Sala SP
Gab. 1
Est. X
Tab. 14
N.º 9

X
14

Rx - 4 - 3786

TRACTATVS
DE
TESTAMĒTIS

AUTHORE

Ban. C. 10 v.do

FRANCISCO PINHEIRO
LVSITANO GOVVEENSI
SOCIETATIS JESV,
DOCTHORE THEOLOGO:

[illegible]

EBORENSI ACADEMIA
[illegible] PRIMARIO SACRÆ THEOLOGIÆ
Magistro, & ejusdem Academiæ
Cancellario:



[illegible] SECVNDVS

[illegible]

CONIMBRICÆ

Cum Privilegio, & Sup. Gratiâ.

[illegible]PHVMFERREYRA, Vniuersit. Typograph.
Anno Domini M.DCLXXXIV.

TRACTATVS
DE
TESTAMĒTIS

AUTHORE

P. FRANCISCO PINHEIRO,
LVSITANO GOVVEENSI,
SOCIETATIS JESV,
DOCTHORE THEOLOGO;

R. Coll.ª de S. Pedro.

IN EBORENSI ACADEMIA
OLIM PRIMARIO SACRÆ THEOLOGIÆ
Magistro, & ejusdem Academiæ
Cancellario:



TOMVS SECVNDVS.

CONIMBRICÆ:

Cum Priuilegio, & Sup. Gratiâ.

Apud JOSEPHVM FERREYRA, Vniuersit. Typograph.
Anno Domini M.DC.LXXXIV.

TRACTATVS
DE
TESTAMĒTIS

AUTHORE

P. FRANCISCO PINHEIRO,
LVSITANO GOVVEENSI
SOCIETATIS JESV,
DOCTHORE THEOLOGO;

IN EBORENSI ACADEMIA
OLIM PRIMARIO SACRÆ THEOLOGIÆ
Magistro, & ejusdem Academiæ
Cancellario.

TOMVS SECVNDVS

CONIMBRICÆ
Cum Privilegio, & Sup. Gratiâ.
Apud JOSEPHVM FERREYRA, Vniuersit. Typograph.
Anno Domini M.DCLXXXIV.

FACVLTAS PATRIS PROVINCIALIS SOCIETATIS IESV Prouinciæ Lusitanæ.

LUdouicus Aluarez Societatis IESU Prouincialis Prouinciæ Lusitanæ, authoritate mihi concessa à Reuerendo admodum P.N. Generali Ioanne Paulo Oliua, facultatem concedo, ut imprimi possit tractatus *de Testamentis*, compositus à P. D. Francisco Pinheiro ejusdem Societatis. In cujus fidem præsentes literas dedi manu propria subscriptas, & sigillo mei muneris munitas. Vlyssipone 2. Iulij anno Domini 1676. *Ludouicus Aluarez.*

MAndatis Illustrissimorum DD. Inquisitorum supremi Senatus sanctæ Inquisitionis hujus Regni Lusitaniæ obtemperans, vidi, & attentè perlegi tractatũ *de Testamentis*, compositum à P. D. Francisco Pinheiro sacræ Religionis Societatis Iesv Alumno, & in alma Eborensi Academia Primario Theologiæ Magistro, & Cancellario; nihilque fidei, aut bonis moribus dissonum inueni; mò opus doctum, Catholicum, ac omnibus numeris absolutum deprehendi. Quapropter luce, & prælo dignum judico. In nostro Conuentu Ulyssiponensi D. Antonij, die 1. Octobris 1676. *Fr. Emmanuel à D. Athanasio.*

DE mandato supremi Concilij sanctæ Inquisitionis perlegi, & reuidi tractatum *de Testamentis*, elaboratum à P. Francisco Pinheiro, Doctore Theologo Societatis Iesv; nihilque in eo inueni à fide orthodoxa, vel bonis moribus deuium; imò potiùs, vt materiâ proficuum, stylo gratum, resolutionibus fæcundum, sententijs firmum, prælo & luce dignum judico. Vlyssipone, in Conuentu S. Dominici, die 6. Maij 1677. *Fr. Benedictus à S. Thoma.*

Licença da Meza Geral do S. Officio.

VIstas as informaçoẽs, podese imprimir este liuro, cujo titulo, *tractatus de Testamentis*, Author o P. Doutor Francisco Pinheiro, & impresso tornarà pera se conferir, & se dar licença pera correr, & sem ella não correrà. Lisboa 22. de Iunho de 677.

Manoel Pimentel de Sousa. Manoel de Moura Manoel.
Fr. Valerio de S. Raymundo.

Licença do Ordinario.

POdese imprimir, vistas as licenças do S. Officio. Coimbra 2. de Iulho de 677.
D. Fr. Aluaro Bispo Conde.

Licença da Mesa do Paço.

QUe se possa imprimir vistas as licenças, & depois de impresso tornarà à Mesa, pera se taxar, & conferir: & sem isso não correrà. Lisboa 2. de Abril de 1680.
Roxas. Basto. Rego. Lamprea.

VIsto estar conforme com seu original pòde correr este liuro. Lisboa 18. de Ianeiro de 1684.
Manoel Pimentel de Sousa. Manoel de Moura Manoel. Ieronymo Soares. Ioam da Costa Pimenta. Bento de Beja de Noronha.

TAixão este liuro em reis em papel. Lisboa 26. de Ianeiro de 1684.
M. P. Roxas. Basto. Rego. Lamprea. Noronha.

IL Vdouicus Aluarez Societatis IESV Prouincialis Lusitaniæ, autho-
rate mihi concessa à Reuerendo admodum P. N. Generali Ioanne Paulo Oli-
va, facultatem concedo, vt imprimi possit tractatus de Vsuris, compositus
à P. D. Francisco Pinheiro eiusdem Societatis. In cuius fidem præsentes literas de-
di manu propria subscriptas, & sigillo mei muneris munitas. Vlyssiponæ 3. Iulij an-
no Domini 1676.

Ludouicus Aluarez.

MAndatis Illustrissimorum DD. Inquisitorum supremi Senatus fidei Inqui-
sitionis huius Regni Lusitaniæ obtemperans, vidi, & attente perlegi tractatū
de Vsuris, compositum à P. D. Francisco Pinheiro Sacræ Religionis
Societatis Iesv Alumno, & in alma Eborensi Academia Primario Theologiæ Magi-
stro, & Cancellario; nihilque fidei, aut bonis moribus dissonum inueni; imo opus dec-
tum, Catholicum, ac omnibus numeris absolutum deprehendi. Quapropter luce, &
prælo dignum iudico. In nostro Conuentu Vlyssiponensi D. Antonij die 17. Octo-
bris 1676.

Fr. Emmanuel à D. Antonio.

DE mandato supremi Concilij sanctæ Inquisitionis perlegi, & recudi tractatum
de Vsuris, elaboratum à P. Francisco Pinheiro, Doctore Theologo So-
cietatis Iesv; nihilque in eo inueni à fide orthodoxa, vel bonis moribus dissonum;
imò potius, vt materia profectum, fructuosum, reformationibus secundum, fructuris
firmum, prælo & luce dignum iudico. Vlyssiponæ, in Conuentu S. Dominici, die 6.
Maij 1677.

Fr. Benedictus à S. Thoma.

Licença da Mesa Geral do S. Officio.

VIstas as informações, poderá imprimir este liuro, cujo titulo, tractatus de Vsu-
rarum, Author o P. Doutor Francisco Pinheiro, & impresso tornará para se
conferir, & se dar licença para correr, & sem ella não correrá. Lisboa 21. de Ju-
nho de 677.

Manoel Pinheiro de Seyla. Manoel de Moura Manoel.
Fr. Valerio de S. Raymundo.

Licença do Ordinario.

POde se imprimir, vistas as licenças do S. Officio. Coimbra 7. de Iunho de 677.

D. Fr. Alvaro Pelle Conde.

Licença da Mesa do Paço.

VIsto estas licenças do S. Officio, & do Ordinario, pode correr este liuro. Lisboa 18. de Ia-
neiro de 1684.

Manoel Pinheiro de Seyla. Manoel de Moura Manoel. Heytor Soares
Ioam da Cofta Pimenta Bento de Brito de Nazareth

Taxão este liuro em reis em papel. Lisboa 26. de Ianeiro
de 1684.

M. P. Roxas. Baſto. Rego. Lamprea. Azeuedo.

TOMVS SECVNDVS DE TESTAMENTIS.

DISPUTATIO IV.

De Substitutionibus.

SECTIO I.

Quid, & quotuplex sit substitutio?

SVMMARIVM.

Substitutio rectè definitur, Secunda institutio. *Et quo pacto id verificetur? num.* 1.

Fideicommissarius vniuersalis sit hæres in effectu, vbi hæreditas ei restituitur; ibid.

Etiam substitutio, qua quis vocatur in tertio gradu, vel alio vlteriori, dicitur secunda institutio, num. 2.

Substitutio prout etiam in legatis, fideicommissis, & donationibus causâ mortis fieri potest, quomodo definiatur? numer. 3.

Substitutio diuiditur in Directam, & Indirectam, seu Fideicommissariam. Et qua ratione hæc membra inter se differant? num. 4.

Substitutio directa est præstantior, & simpliciter fauorabilis; indirecta verò magis dicitur odiosa; ibid.

In dubio censetur substitutio potiùs directa. In aliquibus tamen casibus præsumitur potiùs indirecta, seu Fideicommissaria; num. 5.

Directò substitutus propria authoritate capit hæreditatem, & nullam patitur diminutionem: secus verò substitutus indirectè, seu per fideicommissum; numer. 6.

Etiam in legatis, fideicommissis, & donationibus causâ mortis fieri potest substitutio directa, & indirecta, seu Fideicommissaria; n. 7.

Quando fit restitutio substituto per Fideicommissariam in legatis, vel fideicommissis, etiam vniuersalibus, non detrahitur Trebellianica; num. 8.

Quando in legatis, vel fideicommissis

facta est substitutio Fideicommissaria descensiua per plures gradus, sub tali Fideicommissaria continetur Vulgaris seu directa inter ipsos substitutos; ibid.

Substitutio Vulgaris, & Directa in legatis, & fideicommissis, etiam vniuersalibus, fieri potest in codicillis; eod. num. 8. fine.

Quot sint species substitutionis? num. 9.

Vulgaris substitutionis definitio traditur, & explicatur; num. 10.

Qui non potest testari, non potest directè substituere; ibid.

Pupillaris substitutionis definitio; n. 11.

Si testator ita dicat: Instituo filium meum, & si ille non erit hæres, vel, si intra pupillarem ætatem post mortem meam decesserit, substituo illi Seium: *est duplex substitutio expressa, Vulgaris scilicet, & Pupillaris; ibidem.*

Pupillaris substitutio fuit introducta fauore impuberum; num. 12.

Secundùm jus commune, neque pater viuente auo impuberis, neque etiam auus viuente patre, potest ipsi impuberi pupillariter substituere: & quomodo id sit intelligendum? num. 13.

De jure autem Lusitano potest pater substituere filio impuberi, etiam viuente auo; ibid.

Exemplaris substitutio quæ sit? & à quibus fieri possit? num. 14.

Substitutio Reciproca, quæ etiam dicitur Breuiloqua, definitur, & explicatur; num. 15.

Substitutio Compendiosa quomodo definiatur? & quibus verbis fiat? num. 16. & 21.

Vtrum substitutio Compendiosa fieri possit sub conditione citra mortem, vt, Si institutus aliquid fecerit, *vel* quandocumque aliquid fecerit? *num. 17. & seqq.*

Quomodo substitutio Compendiosa à reliquis differat? num. 20.

Substitutio Compendiosa etiam puberi, & extraneo fieri potest; ibid.

Substitutio Compendiosa non potest fieri verbis obliquis; num. 21.

Militaris substitutio definitur, & explicatur; num. 22.

Optima formula substitutionis Militaris; num. 23.

Si substitutio Militaris concepta sit per verba communia, an debeat censeri directa, vel potiùs Fideicommissaria? ibid.

Substitutio Fideicommissaria definitur, & explicatur; num. 24.

Fideicommissa vnde dicantur, & in quo à legatis differant? num. 25.

POst institutionem hæredis, de qua superiori disputatione dictum est, sequitur vt dicamus in præsenti de substitutionibus; cùm sint succedaneæ ipsi institutioni, & proximè ad illius naturam accedant, vt jam ex dicendis constabit.

Substitutio igitur definiri solet, *Secunda institutio.* Quam definitionem tradit Glos. *in Rubr. ff. de Vulgari,* & ibi DD. eaque tenenda est, cùm sit communiter recepta, licèt nonnulli aliter definiant, vt videri potest apud Rip. *in d. Rubr. ff. de Vulgari* Donel. *de Iure Ciuili, lib. 6. cap. 23. post princip.* Trentacinq *in proæmio tract. de Substitution. num. 2.* Mol. *disp. 182. num. 1.* & alios, quos refert Fusar. *tract. de Substitution. q. 1. num. 1.* Quo pacto autem substitutio, de qua hic agimus, sit secunda institutio, constat facilè, quia omnes substitutiones ex quibus hæreditas alicui defertur, conueniunt in hoc, qnòd deficiente instituto, seu vocato in primo gradu ad hæreditatem testatoris, siue quia non potest, aut non vult esse hæres, siue quia definit esse in rerum natura, vel alio modo, vocatur seu substituitur alius, qui loco illius sit hæres; succedendo in hæreditatem, siue ipsius testatoris substituentis, siue alterius, pro quo ille testatus est, vt infra cùm egerimus de singulis speciebus substitutionis constabit. Et talis secunda vocatio est, & dicitur meritò, *secunda institutio.* Quòd maximè intelligitur in substitutionibus directis, quę propriè sunt institutiones secundi gradus; indirectæ namque seu 1

Fi-

fideicommissariæ, solùm lato modo substitutiones, & institutiones dicuntur; quatenus scilicet per illas etiam vocatur substitutus ad hæreditatem, qua ei restituta, fit hæres in effectu, dum ad illum transeunt omnia commoda, & incommoda hæreditaria, ita vt in eum dentur omnes actiones, quæ jure Ciuili hæredi, & contra hæredem competerent, *l.1. ff. Ad Trebel. §. Restituta, & §. Sed quia, Inst. de fideicommiss. hæred.* Ita explicat, & latiùs declarat Donel. *d.c.23. vers. Ita quid, ad fin.*

2 Cæterùm, cùm audis, *substitutionem esse secundam institutionem*, intellige tam substitutionem, qua quis vocatur ad hæreditatem in secundo gradu, (ideſt, qua vocatur immediatè post institutum, qui dicitur esse in primo gradu) quàm etiam, qua vocatur in tertio, quarto, & quouis alio gradu vlteriore. Possunt namque dari plures substituti, non solùm conjunctim, sed etiam ordine successiuo in infinitum, ex quibus, qui immediatè vocantur post institutum, dicuntur esse in secundo gradu, deinde qui proximè sequuntur, in tertio, & sic de reliquis, *l.1 & ibi Glos. in princip. ff. de Vulgari* cum alijs. Omnes autem ejusmodi substitutiones, etiam in gradu valde remoto, dicuntur secundæ institutiones, quia sequuntur post ipsam primam institutionem: ad eũ modum, quo omnes nuptiæ post primum matrimonium dicuntur secundæ, *l. Siquis prioris, 8 §. Talem, & ibi Glos. verb. Secundo thoro, Cod de Secundis nuptijs.* Atque ita in specie tradit Rolandinus *tract. de Testam. qui habetur. tom. 8. tract. rubr. 21. num. 1.*

3 Illud etiam notandum, quòd in præsenti solùm agitur de substitutione in hæreditate, seu qua hæredi datur substitutus: si enim loquamur de substitutione, prout etiam in legatis, fideicommissis, & donationibus causâ mortis, fieri potest, vt probat *l. Hæredibus, ff. de Leg. 2. l. Si legata, C. de Legatis, l. vnic. §. Pro secundo, & §. Sin autem sub conditione, vers. Quod si, C. de Caduc. tol.* & tradit communis DD. quos latè refert eos sequẽs Fusar. *de Substit. q. 13.* optimè illam definit Molina *d. disp. 181. n. 1.* in hunc modum. *Est vnius, aut plurium, in alterius, aut aliorum locũ ad rem aliquam in vltima voluntate facta vocatio.* Cujus definitionis explicationem habes apud eundem Molinam. Ea tamen nobis non inseruit, cũ solùm agamus de substitutione in hæreditate: quare de hac tantùm sunt intelligenda, quæ in prògressu hujus disputationis dicemus, vbi aliud non fuerit specialiter notatum.

Diuiditur dicta substitutio in Directam, 4
& Indirectam, seu Fideicommissariam. Directa est, quando hæreditas defertur substituto absque ministerio alicujus, qui illam restituat. Indirecta est, quando hæreditas defertur substituto mediante altero, qui eam illi restituat, vt quando hæres scriptus grauatur hæreditatem, vel partem hæreditatis alicui restituere. Harum substitutionum plures sunt differentiæ, & valde diuersi effectus, vt ex dicendis constabit: præstantior autem est substitutio Directa, & magis fauorabilis, Bald. *in cap. vlt. num. 2. de Rè judicata*; imò simpliciter est fauorabilis, nam Indirecta magis dicitur odiosa; siquidem imponit grauamen, *l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari, l. Ex tribus, juncta Glos. ibi, Cod. de Inoffic. testament.* & notat Mantica *lib. 5. de Conject. vlt. volunt. tit. 1. numer. 4.*

Unde in dubio, an substitutio aliqua 5
sit directa, vel Fideicommissaria, censenda potiùs est directa, vt tenet communis sententia, quam relatis plurimis tradunt Mantica *loco citat. num. 3.* & Fusar. *de Substitut. q. 6.* & habetur expressè *in cap. 1. de Testament. in 6.* Quòd tamen intelligitur, nisi ex fortiori præsumptione alibunde desumptâ contraria voluntas testatoris demonstretur, vt notat cum alijs idem Mantica, *numer. 10.* & Fusar. *dict. quæst. 6.* vbi ponit plures casus, in quibus substitutio præsumitur potiùs Fideicommissaria.

Est etiam directa substitutio potenti- 6
or, quàm Fideicommissaria, nam directò substitutus propria auctoritate capit hæreditatem, & nullã patitur diminutionẽ:

substitutus verò indirectè, seu per fideicommissum, capit de manu alterius, & regulariter cum diminutione quartæ Trebellianicæ, *d cap. 1. de Testament. in 6.* & DD. communiter *in l Centurio, ff. de Vulgari, & in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substitution.*

In legatis quoque, fideicommissis, & donationibus causâ mortis fieri potest substitutio directa, & indirecta, seu Fideicommissaria, vt notat Molin. *d. disp.* 182. *num.* 5. & cum multis alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 15. *num.* 2. & Fusar. *de Substitut. q* 13. *num.* 1. Si enim quis leget hoc modo. *Lego hanc domum Seio, si autem ille me viuo moriatur, aut eam repudiet, lego illam Titio,* fit Titius substitutus in tali legato per Vulgarem, quæ est substitutio directa: si autem legatum fiat hoc modo, *Relinquo hanc domum Seio, qui post decem annos, vel per mortem suam eam restituet Sempronio,* erit Sempronius substitutus in eo legato per Fideicommissariam. Et idem cum proportione procedit in fideicommissis etiam vniuersalibus, & in donationibus causâ mortis; cùm in his omnibus pari ratione fieri possit substitutio, vt per jura, & DD. *num.* 3. allegatos.

8 In multis verò hujusmodi substitutiones differunt à substitutionibus directis, & indirectis, quæ fiunt in hæreditate. Nam cùm detractio Trebellianicæ locum habeat respectu substituti per Fideicommissariam in hæreditate, ea tamen non detrahitur quando fit restitutio substituto per Fideicommissariam in legatis, vel fideicommissis, etiam vniuersalibus, vt notat Molina tum *disp.* 182. *num.* 5. tum *disp.* 187. *num.* 2. *per text. in l.* 1. *§. Denique, & §. Inde Neratius, & ibi Glos. ff. Ad Trebel.* & alia jura, & ex quibus idem tradit alter Molin. *lib.* 1. *de Primog. cap.* 17. *num.* 30. & Emman. à Costa *in cap. Si pater, p.* 2. *vers. Trebellianica, num.* 15. estque communis sententia. Præterea, quando in legatis, vel fideicommissis facta est substitutio Fideicommissaria descensiua per plures gradus, vt cùm aliquid relinquitur pluribus ordine successiuo, itaut primus restituat secundo, & secundus tertio, &c. Sub tali Fideicommissaria continetur Vulgaris, seu directa inter ipsos substitutos, itaut si primus, vel alius inferior nolit, aut non possit capere, capiat sequens, vt est communis sententia, quam relatis multis tradit Peregr. *tract. de Fideicom. art.* 15 *n.* 5. & Fusar. *de Substit. q.* 13. *n.* 8. *& q* 369. *n.* 37. *cum seqq.* vbi latè id probat. In substitutione autem Fideicommissaria, qua hæres gravatur restituere hæreditatem, non continetur Vulgaris, seu directa, vt bene probat Peregr. *de Fideicom. art.* 34. *n.* 11. per text. *in l. Ille à quo §. Si de testamento, ff. Ad Trebel. & in l. Si nemo, ff. de Regul. jur. & in l. Eam quam, C. de Fideicom. & in l. Non justam, C. Ad Trebel.* Denique licèt substitutio directa in hæreditate nequeat fieri in codicillis, *l.* 2. *C. de Codicil. cum concord.* tamen Vulgaris, & directa in legatis, & fideicommissis, etiam vniuersalibus, fieri potest in codicillis, vt cum Emman. à Costa, docet, ac bene probat Mol. *disp.* 182. *n.* 13 *fine.*

Quinque autem celebres substitutionum species distingui solent, Vulgaris, 9
Pupillaris, Exemplaris, Reciproca, seu Breuiloqua, & Cõpendiosa: illis verò jure optimo additur Militaris directa: & communiter etiam agi solet de substitutione Fideicommissaria, tanquam de peculiari specie. Quare de his omnibus hoc eodem ordine nobis agendum est; & propterea singulæ earum definitiones ante omnia proponendæ, & quasi sub vno aspectu subjiciendæ sunt; quia vix vlla est quæstio circa aliquam ex dictis speciebus in qua cæteræ species non attingantur, & non oporteat teneri mente propriam cujusque rationem.

Vulgaris ergo substitutio ita definitur. 10
Est secunda institutio directa, quæ à quolibet testatore, & respectu cujuscumque hæredis fieri potest. Sic definiunt Jal. *in l.* 1. *num.* 13. *ff. de Vulgari,* Ripa, *ibid. numer.* 46. Ant. Gom. *tom.* 1. *Var. cap.* 3. *numer.* 1. Fusar. *de Substitution. quæst.* 18. *numer.* 1. & alij. Fit optimè hæc institutio per hujusmodi verba: *Si Titius*

à me

à me instítutus mihi hæres non fuerit, tunc Seius hæres esto, l. 1. ff. de Vulgari. Appellatur Vulgaris, eo quòd omnibus pateat, tam actiuè, quàm passiuè, ideſt, à quolibet, & cuilibet nullo discrimine fieri possit: cùm autem dicitur, posse à quolibet testatore fieri, per quemlibet testatorem, intelligitur quicumque validè testari potest: nam qui non potest testari validè, siue ob impotentiam de jure, siue de facto, nequit etiam vulgariter substituere: hujusmodi namque substitutio, & quælibet alia, per quam hæreditas datur directò, solùm fieri potest in testamento, seclusis priuilegijs, vt est notissimum per *l. Hæreditas, Cod. de Pactis conuentis*, & alia jura. Et sic quacumque ex causa quis testari non potest, substituere etiam directò non potest.

11 Pupillaris substitutio sic definitur, seu describitur à Molina *d. disp.* 182. *num.* 10. juxta *l. 2. ff. de Vulgari, & Inst. de Pupillari subst. in princip. Est substitutio directa, qua testator libero impuberi in potestate ipsius constituto, neque per mortem ejusdem testatoris in alterius potestatem recasuro, hæredem instituit, qui ipsi impuberi succedat.* Alij aliter definiunt, vt videre est apud Leonium, *de Substit. tit. de Pupillari, num. 1. & sequentib* vbi plures definitiones adducit, & expendit, sed non oportet in eis immorari: nam omnes in idem recidunt, nec sunt meliores, quàm quæ proposita est. Forma seu exemplum hujus substitutionis est, quando testator expressè, vel tacitè, seu virtualiter in hunc modum disponit. *Instituo hæredem filium meum, & si ille post mortem meam intra pupillarem ætatem decesserit, sit hæres illius Seius*, vel, *Substituo illi Seium.* Quod si dicat: *Instituo hæredem filium meum, & si ille hæres non fuerit, vel intra pupillarem ætatem post mortem meam deceßerit, succedat illi Seius*, vel, *instituo*, aut *substituo Seium*: erit tunc duplex substitutio expressa: altera Vulgaris, quatenus in euentu, quo filius non sit hæres, vt si moriatur ante ipsum testatorem, is sibi hæredem instituit Seium; altera Pupillaris, quatenus etiam in euentu, quo filius post mortem ipsius testatoris, hæreditate jam adita, decedat intra pupillarem ætatem, hæredem ipsi filio instituit eundem Seium.

Hæc institutio fuit introducta per leges fauore impuberum, ideſt, non habentium ætatem quatuordecim annorum, si sint masculi, vel duodecim, si fœminæ. 12 Cùm enim ante pubertatem non possint testari, prouidit jus, vt pater, in cujus potestate essent, posset in suo testamento instituere illis hæredem, pro casu quo illi post obitum ipsius patris ante annos pubertatis moriantur. Vnde quando pater tali modo substituit, censetur condere duplex testamentum: alterum quo sibi iustituit hæredem: alterum, quo dat hæredem filio, sic habetur §. *Igitur, Instit. de Pupillari subst.*

Dicitur autem in prædicta definitione, 13 *Neque per mortem ipsius testatoris in alterius potestatem recasuro.* Quia ei, qui recasurus est, non potest pupillariter substitui; *l. 2. in princip. ff. de Vulgari*, vnde secundùm jus commune, neque pater, viuente auo, potest pupillariter substituere filio, cum is de jure communi non sit in potestate patris, dum auus viuit: neque auus viuente patre, potest substituere pupillariter nepoti, licèt illum habeat in potestate, quia per mortem aui recasurus est in potestatem patris: si tamen substituat, & pater ante ipsum auum moriatur, valebit substitutio: vt constabit ex dicendis *sect. 3. §. 5. numer.* 532. *& 535.* De jure autem Lusitano *lib. 4. Ordin. tit. 87. §. 7.* potest pater substituere pupillariter filio, non obstante, quòd auus viuat, quia secundùm hoc jus, filius non est in potestate aui, sed patris.

Substitutio Exemplaris sic definiri 14 potest, *Est substitutio directa, qua pater, vel mater, vel alius ascendens, juxta sui gradus prærogatiuam, hæredem constituit suo descendenti laboranti aliquo naturali, & perpetuo impedimento, propter quod testari non potest, vt furioso, mentecapto, surdo, & muto à natiuitate.* Ita sumitur ex *leg. Humani-*

tatis, Cod. de Impuberum, & alijs substit. & ex §. Qua ratione, Inst. de Pupillari subst. ex jure Lusitano *lib.* 4. *Ordin. tit.* 87. §. 11. Dicitur hæc substitutio Exemplaris, quia fit ad exemplum Pupillaris, hoc modo, *Instituo hæredem Petrum, filium, vel nepotem meum, & si ille decesserit durante furore, quo laborat, sit ejus hæres Paulus.*

15 Substitutio Reciproca, quæ etiam Breuiloca dicitur, *Est substitutio, in qua sub vnica verborum conceptione plures instituti adinuicem substituuntur.* Sic Barthol. & alij *in l. Lucius, ff. de Vulgari,* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *num.* 2. & Fusar. plures referens *tract. de Substit. quæst.* 254. *n.* 1. Forma hujus substitutionis est, quando testator postquam instituit plures hæredes in suo testamento, addit hæc, aut similia verba, *Quos substituo inter se.* Cæterùm cùm hæc substitutio plures in se contineat, censent multi DD. eam non esse peculiarem speciem substitutionis, sed complexionem multarum: Rectiùs tamen alij dicunt, eam esse peculiarem speciem quoad formam, non autem quoad effectum. Hoc verò ad quæstionem de nomine videtur spectare; & nihil refert, vtrùm hoc, aut illo modo sentias.

16 Substitutio Compendiosa definitur, *Est substitutio, quæ sub conditione mortis, vel aliâ, plura tempora complectitur.* Sic Barth. *in l. Centurio sub num.* 9. *ff. de Vulgari,* & alij inter quos latè hanc definitionem probat, & declarat Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 2. *& seqq.* Fit hæc substitutio, quando testator his, aut similibus verbis vtitur; *Instituo hæredem meum Petrum, & quandocumque ille morietur,* vel *post ejus mortem, aut per mortem illius, instituo, vel substituo Paulum, vel deueniat hæreditas mea ad Paulum.* Quam formam ponit Ordinatio Lusit. *lib.* 4. *& tit.* 87. §. *vlt.* eaque ab omnibus approbatur, etiam de jure communi, ac præsertim quando mortis conditio apponitur per aduerbium distributiuum, *Quandocumque.*

17 Dicitur autem in definitione, *Quæ sub conditione mortis, vel aliâ;* quia etiam sub alia conditione, quàm mortis, potest fieri Compendiosa. Quod quidem dubio caret, si intelligatur de alia conditione vltra mortem, vt, *Si decesserit sine liberis, l. Centurio,* 15. *ff. de Vulgari, cap. Raynutius, & cap. Raynaldus, de Testam.* Si verò intelligatur de alia conditione citra mortem, vt si institutus aliquid fecerit, videtur huic intellectui obstare, quòd in eadem definitione additur de complexione plurium temporum: nam hæc tempora communiter intelliguntur non esse alia, quàm pupillaris ætatis, & pubertatis, itaut sensus sit, Compendiosam esse, quæ fit impuberi, tam pro casu quo decedat in ætate pupillari, quàm post illam: quòd vtique non stat absque conditione mortis cum complexione temporum diuersorum, & incompatibilium: juxta quorum diuersitatem, variæ ac diuersæ substitutiones in ista continentur, nam si institutus decedat antequam esset pubes, erit Pupillaris, si postquam factus est pubes, & hæreditatem adiuerat, Fideicommissaria, si verò neq; ante neq; post pubertatem hæreditatem adiuit, est Vulgaris. Quando autem substitutio fieret sub aliqua conditione citra mortem, vt v.g. *Quandocumq; institutus in patriam redierit,* licèt talis substitutio comprehendat etiam plures species, nimirum Vulgarem; si institutus redeat antequam adeat hæreditatem: & Fideicommissariam, si redeat post hæreditatem aditam, attamen non comprehendit illas ob complexionem diuersorum temporum, ex quorum varietate inducantur, sed quia complectitur alios casus diuersos, scilicet aditæ, & non aditæ hæreditatis. Unde non videtur comprehendi in tradita definitione, & consequenter non esse Compendiosa, saltem propriè, & simpliciter.

Nihilominus tamen substitutionem 18
Compendiosam fieri etiam posse sub cõditione citra mortem, vt quandocumque institutus aliquid fecerit, vel aliquid fuerit assecutus, tenent communiter DD. Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 9. & ibi Aretin. *num.* 7. Jas. *num.* 22. *& in fine.* Socin.

cin. sen. *num.* 18. Ruin. *num.* 30 *ff. de Vulgari* Alberic. *in Rubr. ff. eod.* Couar. *in cap. Raynutius, §. 9. num. 2. de Testam.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 6 & alij. Quia propria ratio Compendiosæ consistit in eo, quod verborum compendio contineat plures substitutiones expressè factas eidem instituto; maximèque ad illam spectat, quòd contineat Vulgarem, & Fideicommissariam, vt declarat Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 8. licèt non sit necessarium quòd illas contineat, vt bene probat Mantic. *lib. 5. de Conject. vlt. vol. tit. 3. num.* 19. Quando autem substitutio fic sub dicta conditione citra mortem, continet expressè verbis generalibus Vulgarem, pro casu quo conditio eueniat antequam institutus hæreditatem adeat; & Fideicommissariam, pro casu quo eueniat post hæreditatem aditam, vt omnes fatentur; ergo est propriè Compendiosa.

19 Neque obstat quod in contrarium adduximus ex verbis definitiuis. Respondetur enim primò juxta Aretin. *d. num.* 7. & Peregrin. *supra num.* 4. Cùm in definitione Cópendiosæ dicitur, quòd complectitur plura tempora, subaudiendum esse, vel plures casus diuersarum substitutionum. Respondetur secundò, & melius juxta Molinam *disp.* 192 *num.* 3. etiam in substitutione, quæ sub conditione citra mortem continet Vulgarem, & Fideicommissariam, verificari, quòd complectatur plura tempora, quatenus scilicet complectitur tempus ante aditam, & post aditam hæreditatem, idque sufficere vt censenda sit Compendiosa, cùm propter talem complexionem contineat plures substitutiones. Id quod etiam est de mente Cardinalis Manticæ *lib. 5. de Conject. vlt. vol. tit. 3. num.* 15. vbi probat quòd etiam tempus ante, & post aditam hæreditatem, licèt sit vniforme, distinguit species substitutionum, & illius complexio sufficit ad Compendiosam. Quamobrem etiam prædictæ substitutioni conuenit propriè definitio supra tradita, cujus vltima particula non solùm debet intelligi de temporibus ante, & post pubertatem, sed etiam ante, & post hæreditatem aditam.

Ex tradita definitione sic explicata 20
intelligitur primò, quomodo Compendiosa differat à cæteris substitutionibus; nam per hoc, quòd verborum compendio plures substitutiones expressè comprehendat, differt à Vulgari, Pupillari, Exemplari, & Militari, quæ sunt substitutiones simplices; & per hoc, quod contineat plures per respectum ad diuersa tempora, differt à Breuiloca, seu Reciproca, quæ licèt plures etiam substitutiones contineat, tamen non continet illas per respectum ad diuersa tempora, sed per respectum ad diuersas personas mutuò inter se substitutas. Intelligitur secundò, substitutionem Compendiosam non solũ posse fieri libero impuberi, sed etiam puberi, & extraneo, vt notant Peregrin. & Molin. *loc. citat.* idque tam sub conditione mortis, quàm sub quauis alia: nam si institutus sit pubes, vel extraneus, eique fiat substitutio, quandocumque morietur, vel quandocumque fuerit consul, erit substitutio Compendiosa continens Vulgarem, & Fideicommissariam, vt satis ex dictis liquet. Licèt autem in hoc sint diuersæ opiniones, tamen omnes conueniunt, quòd talis substitutio saltem habebit effectum Compendiosæ, eritque simul Vulgaris, & Fideicommissaria, vt videre est apud Fusar. *d. q.* 223. *num.* 27. *& seq.* vbi refert Emman. à Costa *in cap. Si pater, in princip. num.* 13. *de Testament. in* 6. & alios.

Aduerte autem, vt substitutio sit Com- 21
pendiosa, opus esse vt fiat per verba directa, vel communia; nam si fiat per verba merè obliqua, vt dicendo; *Quandocumque filius meus morietur, restituat hæreditatem Antonio*, talis substitutio erit tantùm Fideicommissaria, & sic Compendiosa non erit; cùm de ratione Compendiosæ sit, quòd contineat plures substitutiones: sic Barthol. *in d. l. Centurio, sub num.* 32. *ff. de Vulgari*, quem ibi sequuntur Ripa *num.* 101. Socin. jun. *numer.* 274. & plures alij quos citant, & sequuntur Peregr. *d. art.* 34. *num.* 11. & Fu-

sar. *d q.* 223. *num.* 4. qui tamen *num.* 14. id cum alijs limitat, vt non ptocedat, quando verba obliqua essent relata ad ipsum testatorem, vt si diceret, *Post mortem filij mei, ex nunc restituo hæreditatem Titio.*

22 Militaris substitutio directa dicitur, ac definitur, *Qua quis ex militari priuilegio hæredi à se in aliquod limitatum tempus instituto substituit alium, qui post tale tempus succedat directò in hæreditatem, nihil obstante, quod fuerit adita, & acquisita per institutum.* Dicitur, *Qua quis ex militari priuilegio*, quia illi tantùm, qui hujusmodi priuilegio gaudent, possunt hanc substitutionem facere: nam quemadmodum solis militibus, seu ijs, qui ex militari priuilegio testari possunt, permittitur in jure, quod possint decedere partim testati, ac partim intestati, ita illis tantùm indultum est, vt possint directò hæredem restituere vsque ad certum tempus, & ex certo tempore, seu, vt etiam dici solet, ad diem, & ex die, *l. In fraudem*, 16. §. 1. *vers. Miles, & l. Miles*, 42 *ff. de Milit. testam.* cum alijs, & dictum à nobis est *disp. præced. sect.* 7. *concl.* 1. *&* 3. Qui autem hoc priuilegio gaudeant, diximus satis *disp.* 2 *sect.* 7. §. 3. *à num.* 175. & tradit latissimè Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dub.* 1. *solut.* 8. *à num.* 2. & Trentac. *de Substitut. p* 4. *cap.* 8. *num.* 5. *& seqq.*

23 Formulas, seu verba, sub quibus hæc substitutio potest concipi, ponit idem Præt *num.* 21. Optima forma videtur esse, quando testator, instituto v.c. filio pubere, vel Titio extraneo diceret: *Post mortem filij mei*; vel, *post mortem Titij*; vel, *post decem annos sit meus hæres Sempronius*; vel, *instituo hæredem Sempronium.* Substitutio ita facta per gaudentem priuilegio militari, cùm sit concepta per verba directa, est citra controuersiam Militaris directa. Si autem non concipiatur per verba communia: vt *Substituo Sempronium*, vel, *succedat Sempronius*, non conuenit inter DD. an tunc censenda sit Militaris directa, vel potiùs Fideicõmissaria, qualis de jure communi futura esset? Couar. *in cap. Raynutius*, §. 9. *num.* 13. *de Testament.* & alij tenent, censendam esse Fideicommissariam; quòd in dubio, an miles voluerit testari, & disponere, secundùm jus commune, vel juxta suum priuilegium, censendus potiùs sit, voluisse disponere secundùm jus commune. Nihilominus Barth. *in l. Centurio, num.* 12. *ff. de Vulgari*, Simon de Præt. *d. solut.* 8. *sub num.* 21. vbi alios refert, Molina *disp.* 192. *num.* 18. & communior sententia docet meritò, illam substitutionem censendam esse directam; quia cùm verbum commune tam substitutioni directæ, quàm indirectæ aptari possit, & in casu proposito dubitetur, vtra earum à milite facta censeatur? sequenda est regula *cap.* 1. *de Testament.* quòd in dubio, an substitutio sit directa, vel indirecta? censenda potiùs est directa, vt etiam à nobis cum communi dictum est *supra, num.* 5. Limitat autem Prætis *sub d. num.* 21. cum Barth. & alijs, nisi substitutio facta esset filio matrem habenti: tunc enim in fauorem matris non directam, sed obliquam censendam post pubertatem. Si verò substitutio reperiatur facta verbis obliquis, citra dubium est, esse tunc Fideicommissariam; vt cum Couar. & alijs notat idem Prætis *loco citat.*

Substitutio Fideicommissaria, seu indirecta, jam *supra, num.* 4. explicatum est, quænam sit? Variè autem definiri solet à DD. quorum tamen definitiones in eo tantùm differunt, quòd quædam aptiùs, quædam minùs aptè, naturam hujus substitutionis declarant. Communior videtur esse, quam tradit Fusar. *de Substitut. q.* 266. in hunc modum, *Est substitutio, per quam quis hæreditatem de manu hæredis capit.* Aptiùs fortasse definiri posset: *Est substitutio, qua institutus grauatur à testatore, vt acquisitam hæreditatem alteri restituat in totum, aut ex parte.* In qua definitione expressè apponitur propria differentia, per quam hæc substitutio differt à directis, seu ijs, quæ Fideicommissariæ non sunt; quia per has non grauatur institutus restituere

24

hære-

hæreditatem, sed solùm in casu, quo ille non sit hæres, aut desinat esse hæres, vocatur substitutus ad hereditatem, & sit propriè hæres, qualis non sit, qui succedit per Fideicommissariam; per quam solùm consequitur commodum hæreditatis, non autem titulum, & prærogatiuam hæredis, sicut nec jus sepulchri hæreditarij, *l. Ius sepulchri, Cod. de Religios. & sumpt. funer.* Molin. *disp.* 188. *num.* 6. Fusar. *de Substitution q.* 219. *num.* 2. & communis.

Dicitur hæc substitutio Fideicommissaria; quia per eam fidei hæredis committitur, vt hereditatem restituat substituto: generaliter enim fideicommissa nomen, & substantiam à fide hæredis acceperunt, vt dicitur §. *vlt. in princip. Inst. de Fideicommissar. hæredit.* Vnde fideicommissum proprijsimè dicitur, quando testator aliquid relinquit, rogando, vel mandando hæredi, vt illud præstet, seu restituat: & in hoc distinguitur à legato (quanuis aliàs per omnia exæquentur *l.* 1 *ff. de Leg.* 1.) quòd legatū relinquitur simpliciter, vt dicēdo, *Relinquo talem rem Titio*: & sic definitur, *Est donatio quædam à defuncto relicta, l. Legatum, ff. de Leg.* 2. Cùm autem per substitutionem, de qua loquimur, grauetur fides hæredis, vt restituat hæreditatem, continetur in illa proprium fideicōmissum, illudque vniuersale, cùm sit de re vniuersali, qualis est hæreditas; & ideo ipsa substitutio dicta est Fideicommissaria, & qui per illam substituitur, fideicommissarius vniuersalis appellatur. His ita constitutis circa naturam, & partitionem substitutionis jam ad singulas species enumeratas enucleatiùs inculcandas descendamus.

25

SECTIO II.

De substitutione Vulgari.

SUMMARIUM.

SVbstitutio Vulgaris diuidi solet in Expressam, Tacitā, & Mistam; & quæ sit horum membrorum ratio? num. 26. *& 29. cum seqq.*

Substitutio Vulgaris semper ex parte instituti includit conditionem, Si hæres non erit, siue quia nolit, siue quia non possit esse hæres. *Et expressa in vnum ex his casibus ad alterum tacitè extenditur, nisi de contraria voluntate testatoris constet; num.* 26. *&* 27.

Vulgaris substitutio expressa in casum noluntatis non extenditur ad casum impotentiæ, si sit facta in pœnam; eod. num. 27.

Si substitutio Vulgaris facta sit expressè in aliquem particularem casum impotentiæ, an extendatur ad alios casus impotentiæ, vel noluntatis non expressos? num. 28.

Vulgaris substitutio expressa subdiuiditur in expressam per verba generalia, per verba specialia, & per verba singularia: quæ sit horum membrorum ratio? num. 29. *Et vtrum omnes hujusmodi substitutiones censeantur simpliciter expressæ? num.* 30.

Substitutio Vulgaris tacita quæ dicatur? num. 31.

Pupillaris substitutio expressa continet tacitam Vulgarem aliunde quàm ex verbis testatoris subintellectam; eod. num. 31.

Si testator ita dixerit: Instituo filium meum, & si decesserit in pupillari ætate, substituo Caium: *an Vulgaris substitutio ibi contenta censenda sit expressa, vel potiùs tacita? & quæ sit hujus quæstionis vtilitas? num.* 32. *& seq. Et vtrum hujusmodi Vulgaris expiret perueniente instituto ad pubertatem? num.* 34.

Quæ dicatur substitutio Vulgaris Mista? num. 35.

Quo ordine in hac sectione tractanda sunt, quæ ad Vulgarem substitutionem spectant? num. 36.

QUæ sit Vulgaris substitutio, constat ex ejus definitione tradita *sect. præcedenti, num.* 10. Diuidi solet in Expressam, Tacitam, & Mistam, seu quæ par-

partim est expressa, & partim tacita. Tradit, & declarat hanc partitionem Barth. *in l. 1. numer. 6. & seqq. ff. de Vulgari*, quem cæteri communiter sequuntur. Vt autem illam rectè percipias, & simul ipsa hujus substitutionis ratio magis explicetur, sciendum est, quòd hæc substitutio semper, ac necessario ex parte instituti, cui datur substitutus, includit conditionem, *Si ille non erit hæres, vel quia nolit, vel quia nõ possit esse hæres, l. Cùm proponas, 3. Cod. de Hæred. instit.* Vnde siue hujusmodi institutio fiat tacitè, siue expressè, siue alio modo, semper fit in alterum ex illis duobus casibus, scilicet, noluntatis, vel impotentiæ hæredis instituti, vt Juristæ appellant. Quando autem solùm fuerit expressè facta in vnum ex dictis casibus, dicitur expressa in eum casum, & tacita in alium, quia juxta interpretationem juris concepta in vnum expressum, censetur etiam facta in alium non expressum, illumque comprehendit, nisi de contraria voluntate testatoris cõstet, vt tradunt communiter DD. Barth. *in d. l. 1. num. 14.* Couar. *in cap. Raynutius, §. 4. num. 5. de Testam.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 3. num. 10.* Mantic. *lib. 5. de Conject. vlt. volunt. tit. 3. numer. 13.* Fusar. *de Substitut. q. 31. num. 90.* Trentacinq. *tract etiam de Substitut. p. 1. cap. 1. sub num. 30. vers. Ex supradictis* Molina *disp. 183. num. 2.* & alij *per l. Gallus, §. Et quid si tantum, & ferme per totam legem, ff. de Liber. & posth.* & est ratio, quia paria sunt, nolle, & non posse *l. 1. vers. Vsus, ff. de Procurat.*

27 Quare si testator ita dixit: *Instituo hæredem Titium, & si ille non possit esse hæres, substituo Sempronium*; vel, *sit hæres Sempronius:* talis substitutio sustinetur, & admittitur substitutus, si institutus repudiauit hæreditatem, quanuis potuerit illam adire, & esse hæres: quia licèt talis substitutio solùm fuerit expressa in casum impotentiæ, qui non euenit, at fuit tacita in casum noluntatis, qui euenit, idque sufficit, vt substitutus admittatur *d. §. Et quid si tantum.* Similiterècontra, si testator dixit, *Instituo Titium, & si ille noluerit esse hæres, substituo Sempronium*: talis substituto sustinetur, si Titius non potuit esse hæres, vt quia mortuus fuit viuente testatore, vel aliàs fuit impeditus de jure, vel de facto; licèt voluerit esse hæres, quia etiam substitutio expressa in casum noluntatis est tacita in casum impotentiæ, vt per DD. & jura citata. Neque obstat text. *in l. Pater Seuerinam, ff. de Condit. & demonstr.* vbi cùm testator fecisset legatum hoc modo: *Lego talem fundum filiæ meæ vt nubat Elio, & si illa noluerit nubere, lego eundem fundum ipsi Elio*, mortuâ filiâ in pupillari ætate, antequam posset nubere, non debetur legatum Elio; & sic casus noluntatis non comprehendit casum impotentiæ. Respondetur enim, quod illa substitutio Vulgaris in legato fuit facta in pœnam, si filia nollet nubere, & ideo non debuit extendi in casum, quo illa non potuit nubere; quia pœna non habet locum, vbi non est culpa. Ita respondent, & tenent Barth. *in d. l. Pater Seuerinam, in fine, & ibid.* Paul. Imol. & DD. communiter, teste Anton. Gomez *à. num. 10. vers. Neque obstat text.* Id quod etiam bene tradunt Baldus de Vbaldis *tract. de Substitution. in Rubr. de Substitutione Vulgari, num. 6. qui habetur tom. 8. tractatuum nouiorum 2. p. fol. mihi 201. vers.* & Bartholus de Hucio, *tract. de Substitut. cap. 1. num. 5. qui etiam habetur d. 2. p. illius tom. 8. à fol. 212.*

Si autem substitutio facta sit expressè 28
in aliquem particularem casum impotentiæ, vt quando testator diceret: *Instituo hæredem Titium, & si ille me viuo moriatur, substituo Seium*, non conueniunt DD. an talis substitutio extendatur ad alios casus impotentiæ, vel noluntatis non expressos? Ant. Gomez *d. num. 10. not. 3.* & Molin. *d. disp. 183. num. 2. ad fin.* cum alijs, quos referunt, absolutè affirmant, eam extendi ad omnes illos casus. Idem videntur tenere multi alij quos citant, & sequuntur idem Ant. Gomez *supra, not. 1.* & Fusar. *de Substitution. q. 31. num. 3. & 17. & q. 64. num. 21.* quatenus affirmant, quòd substitutio expressa in casum,

si

si institutus moriatur viuo testatore, extenditur ad casum, si moriatur post testatorem, hæreditate non adita. Alij verò censent dictam substitutionem non extendi vltra casum expressum. Ita Glos. *in l. Si mater*, 33. §. 1. *prope fin ff. de Vulgari*, Angel. *in l. 1. §. Substituere, num. 4. & in l. Pater filium, ff. eod.* & quidam alij, quos refert Fusar. *loc. citat.* inter quos adducit etiam Barth. *in d. l. Si mater*, § 1. sed immeritò, nam Bartholus eo loco expresse admittit præfatam extensionem, & solùm eam negat, quando voluntas testatoris refragatur. Itaque prior sententia videtur simpliciter communis, illamque sufficienter probat text. *in d. l. Gallus*, §. *Et quid si tantum, cum alijs, ff. de Liber. & posth. & in l. vlt. Cod. de Instit. & substit.* quos ad hoc bene expendit Fusar. *d. q.* 64. *num.* 21. Vnde juxta hanc sententiam dicenda erit præfata substitutio expressa in particularem casum à testatore designatum, & tacita in illos alios non designatos.

His præmissis, facilè intelligetur quæ- 29
nam in tradita diuisione substitutionis Vulgaris censeatur substitutio Expressa, quæ Tacita, & Mista? In primis ergo expressa Vulgaris est, & appellatur à DD. quæ fit verbis exprimentibus aliquo modo omnes casus, in quos testator sibi prouidet de vulgari substituto. Hæc subdiuiditur in Expressam per verba generalia, per verba specialia, & per verba singularia. Expressa verbis generalibus, seu per verba generalia, est, quæ fit verbis non exprimentibus propriam speciem substitutionis Vulgaris, sed solùm illius genus, vt quando testator diceret: *Instituo Titium, & substituo illi Sempronium.* Hac ratione, in substitutione Breuiloqua, quæ fit, quando testator dicit, *Instituo Titium, & Sempronium, illosque adinuicem substituo*, dicuntur contineri plures substitutiones verbis federalibus expressæ, vt decernitur in Ordin. Lusit. *lib. 4. tit. 97. §. 6. fine*, & tradit Barthol. *in l. 1. num. 8. ff. de Vulgari*, cum multis Glosis, quas etiam referunt, & sequuntur Baldus de Vbaldis *in Rubr. de Sybstitutione Vulgari, num. 3.* & Barthol. de Hucio *d. tract. de Substitution. cap. 1. num. 2.* atque ita omnes communiter intelligunt. Expressa verbis specialibus est, quæ fit verbis exprimentibus propriam speciem Vulgaris, non descendendo ad ejus casus particulares; vt quando testator diceret: *Instituo Petrum, & si ille hæres non erit, substituo, vel instituo Paulum*, ita declarant Barth. vbi *supra, num. 9.* Bald. de Vbaldis *loco citat. num 4.* Couar. *in cap. Raynutius §. 3. num. 4. de Testament.* Prætis *lib. 3. de Interpret. vlt. volunt. interpret. 2. dub. 1. solut. 5. num.* 33. & cæteri communiter, quanuis Molina *d. disp. 183. num. 3.* aliter intellexerit. Expressa verbis singularibus est, quæ fit verbis exprimentibus particulares, seu singulares casus, in quos substitutio committitur, vt, *Si Petrus à me institutus non potuerit, aut noluerit esse hæres, substituo Paulum*; & multò magis singulariter fiet, si casus magis indiuiduentur, vt, *Si Petrus me viuo moriatur, aut propter aliquod impedimẽtum juris, vel facti non potuerit esse hæres*, & ita DD. proximè citati, & cæteri omnes.

Circa prædicta membra hujus subdi- 30
uisionis notant communiter DD. juxta Barth. *in d. l. 1. num. 8. in fine, ff. de Vulgari*; quòd substitutio expressa generaliter, seu verbis generalibus, potest dici tacita specialiter, quia non exprimit speciem Vulgaris substitutionis; & similiter expressa specialiter, dici tacita singulariter, quia non exprimit singularia talis speciei, idest particulares casus, in quos datur substitutus. Unde videri posset solam substitutionem factam singulariter in omnes casus particulares, in quos substitutio committitur, esse simpliciter expressam, duo verò priora membra esse substitutiones mistas, partim scilicet expressas, & partim tacitas. Dicendum tamen est, omnes has substitutiones esse simpliciter expressas, & solùm differre penes magis, & minus, vt notat Mantic. *lib. 5. de Conject. vltim. volunt. titul. 3. numer. 1.*

Deinde tacita Vulgaris est, quæ non 31
ex-

exprimitur verbis: sed vel ex illis, vel aliunde intelligitur. Primo modo, ideſt, ſubintellecta ex verbis teſtatoris, eſt, de qua loquitur *l Titius*, 24. *cum ſeq. ff. de Hæred. inſtit.* vbi facta ſic inſtitutione: *Titius, & Seius vter eorum viuat, hæres mihi eſto:* reſoluit Juriſconſultus; ſi vterque viuat, ambos hæredes eſſe: altero mortuo, eum qui ſupererit ex aſſe hæredem eſſe: & reddit rationem Vlpianus, *quia tacita ſubſtitutio ineſſe videatur inſtitutioni.* Secundo modo, ideſt, aliunde ſubintellecta, eſt quæ continetur in Pupillari ſubſtitutione expreſſa, juxta *l. Iam hoc jure*, 4. *ff. de Vulgari*, & communem: nam ſi teſtator ita dicat: *Inſtituo filium meum, & ſi ille fuerit hæres, & in ætate pupillari deceſſerit, ſubſtituo illi Titium*, talis ſubſtitutio eſt expreſſa Pupillaris, & continet tacitè Vulgarem, ex qua ſi filius decedat in ætate pupillari, ante aditam hæreditatem, admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem teſtatoris, vt ferè omnes per *d. l. Iam hoc jure*, affirmant. Quæ ſubſtitutio nullo modo colligitur ex verbis teſtatoris, ſed potiùs contra ſignificationem verborum inducta eſt à lege præſumente, eam fuiſſe mentem teſtatoris: & ita hæc ſubſtitutio non ſolùm tacita, ſed etiam præſumpta, & merè intelectualis dici poteſt, vt latè declarat Mantica *d tit.* 3. *num.* 2. *& ſeqq.*

32 Si autem teſtator ita dixerit: *Inſtituo filium meum, & ſi deceſſerit in pupillari ætate, ſubſtituo Caium*: non apponendo illam aliam conditionem, *Si hæres erit*; quæſtio eſt, an Vulgaris ibi contenta ſit tacita, vel expreſſa? Cujus quæſtionis non leuis eſt vtilitas; quia ſi eſt tacita, non excludit matrem teſtatoris, ſicut tacita Pupillaris non excludit matrem pupilli, *l. Precibus, Cod de Impuber. & alijs ſubſtit. l. vltim. Cod: de Inſtit. & ſubſtit.*. Si autem ſit expreſſa illam excludit *d. l. Si precibus*, & dicemus infra ſuo loco. Præterea ſi cenſetur tacita, extinctâ ipſâ Pupillari expreſſa, (veluti ſi filius moriatur viuo patre) illa etiam extinguitur, juxta probabilem ſententiam, de qua ſuo loco: ſecus verò ſi cenſeatur expreſſa; quod hæc non pendeat à Pupillari, ſed ſuis verbis ſubſiſtat.

Ad propoſitam igitur quæſtionem, 33
miſſâ controuerſiâ, quam latiſsimè texit Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 34. *à num.* 21. poſt Socin. ſen. *in l.* 1. *numer.* 36. *ff de Vulgari.* Reſpondeo breuiter, latis tutam eſſe opinionem, quam relatis plurimis ſequitur Mantica *d. tit.* 3. *num.* 14. aſſerentem in dict. ſubſtitutione contineri Vulgarem expreſſam verbis generalibus; ſiue talis ſubſtitutio dicenda ſit Pupillaris, & continere Vulgarem expreſſam, vt tenet relatis pluribus Couar. *in cap. Raynutius, §. 5. num. 5. in princip. de Teſtament.* ſiue ſit dicenda Compendioſa continens Pupillarem in forma ſpecifica, & Vulgarem genericè, ſeu verbis generalibus expreſſam, vt alij volunt, ac nominatim Trintacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 13. *num.* 6. magiſque videtur probare Mantica *ſub num.* 15. *verſ. Nec obſtat*; nam quocumque appelletur nomine, ad prædictos effectus ſufficit, quòd Vulgaris ibi contenta cenſeatur expreſſa verbis generalibus. Ratio verò cur talis cenſenda ſit, eſt, quia ea tantùm cenſetur Vulgaris tacita in Pupillari contenta, quæ colligitur ex auctoritate, & præſumptione ſolius legis, contra verba teſtatoris; *vt num.* 31. vidimus: in præſenti autem non refragatur verborum ſignificatio, ſed potiùs adſtipulatur, & ſubſeruit, vt ex prædicta ejus forma patet.

Addunt verò aliqui hujus ſententiæ 34
Authores, illam Vulgarem quantumuis expreſſam expirare filio inſtituto ad pubertatem perueniente, quemadmodum expirat Pupillaris, cui eſt adjuncta; ſiquidem vtraque facta eſt ſub illa conditione, ſi deceſſerit in ætate pupillari. Nihilominus placet, eam non expirare pubertate, vt tenet, & latè probat Couar. *in d. §. 5. ſub num. 5. præſertim verſ. Et ſanè in hac controuerſia*, & Corneus, quem citat, & ſequitur Mantica, *d. tit.* 3. *numer.* 18. Quam ſententiam à fortiori defendent, qui tenent, etiam tacitam Vulgarem in Pupillari expreſſa contentam non expirare pubertate: qua de re dicemus *infra*,

§. 26.

§. 26. q. 6, Ratio verò est, quia Vulgaris non respicit tempus ante, vel post pubertatem, sed solùm tempus ante aditam hæreditatem: vnde quandocumque filius decedat non adita hæreditate, locum habet illa substitutio. Nec obstat, quòd testator apposuerit illam conditionem, *Si decesserit in ætate pupillari.* quia illa cõditio, & restrictio solùm refertur ad Pupillarem substitutionem; quæ non potest fieri vltra illud tempus, *l. Verbis ciuilibus, & l. In pupillari, ff. de Vulgari*; Vulgaris autem omni tempore ante aditam hæreditatem potest habere locum.

35 Denique Vulgaris Mista dicitur, quæ partim est expressa, & partim tacita, quoad casus; in quos vocatur substitutus. Ut quando dictum esset: *Instituo Petrum, & si ille noluerit esse hæres, substituo Paulum*: talis substitutio est expressa in casum noluntatis, & tacita in casum impotentiæ. Et quando diceretur, *Si non potuerit esse hæres, substituo*, &c. est expressa in casum impotentiæ, & tacita in casum noluntatis, vt constat ex dictis *numer. 26. & seq.* vbi sufficienter declarata sunt, quæ ad intelligentiam hujus Vulgaris Mistæ visa sunt necessaria. Plura tamen ad hanc ipsam substitutionem Mistam spectantia infra suo loco, nempe §. 14 sunt addenda, vbi ex professo explicabimus aliquos casus, in quibus dubitari solet, an substitutio facta expressè in vnum casum extendatur ad alium non expressum. Qua in re generalis regula est, extendi ad casum, in quem testator verosimiliter dispositisset, si de eo esset interrogatus; vt ex multis juribus probat Ant. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 3. n. 10. vers. Quartò infertur.* Aliqui etiam cum Barth. *in d. l. 1. num. 17. ff. de Vulgari* apponunt alium modum Vulgaris Mistæ, quæ partim sit tacita, & partim expressa, quoad verba. Id quòd bene declarat Baldus de Ubaldis *in d. rubr de Vulgari substitutione, num.* 10. Sed tamen hic modus tanquam inutilis, & spectans solùm ad modum loquendi, meritò rejicitur apud Mãtic. *lib. 5. de Conject. vlt. vol. tit. 3. n. 13.*

Explicata ratione, & partitione Vulgaris substitutionis, sequitur vt dicamus de ijs, quæ tum ipsi Vulgari secundùm se, tum singulis ejus membris sunt propria, aut propriè videntur conuenire. Qua in re hunc sequemur ordinem. Primùm dicemus de forma, & verbis, quibus hæc substitutio concipitur, & quando tacitè fieri, aut contineri censeatur? Deinde de solemnitatibus ad illam requisitis. Mox de conditione, quam includit; *Si institutus*, seu *primò vocatus, non erit hæres*: quomodo scilicet intelligatur, & quando impleri censeatur? Tum de ejus effectibus, qui ad quatuor capitales reducuntur; quorum primus, & principalis est, quòd per illam deuoluitur, & defertur hæreditas testatoris ad substitutum; secundus, quòd dat vires testamento, ita vt hoc ab illa possit incipere, quando institutio fuerit inutilis ob aliquem defectum instituti; tertius, quòd quando est expressa inducit, & continet tacitam Pupillarem; quartus, quòd facit de hærede suo, & necessario voluntarium, tollendo, aut impediendo Suitatem. Postremò de casibus, in quibus hæc substitutio cessat, vel expirat. Hæc sunt præcipua capita, sub quibus vniuersa, & satis vasta hujus substitutionis materia comprehenditur. Jam ergo à primo exordiamur. 36

§. 1. *De forma, & verbis, quibus Vulgaris substitutio concipitur.*

SUMMARIUM.

Vulgaris substitutio, sicut & cæteræ, nullam certam formam, aut verba sibi determinat, sed quibuscumque verbis fieri potest; num. 37.

Omnis directa substitutio, ac præsertim Vulgaris, habet necessariò duo extrema, alterum negatiuum, ex parte ejus, cui fit substitutio; alterum affirmatiuum ex parte ejus, qui substituitur; ibid.

Quando testator exprimit, se velle facere substitutionem Vulgarem, licèt

aliàs vtatur verbis ambiguis, vel ineptis, aut etiam contrarijs, talis substitutio est Vulgaris, vt si testator dicat; Restituat hæreditatem Paulo, quem vulgariter substituo; *num.* 38.

Quæ substitutio sit, quando testator diceret; Si institutus non erit hæres, restituat hæreditatem Paulo? *num.* 39.

In dubio, an verba contineant substitutionem directam, vel Fideicommissariam? interpretanda potiùs sunt in favorem directæ; *ibid.*

Quando testator per verbum, Instituo, *aut*, Substituo, *vocauit patrem, & ejus filios ordine successiuo, vocati post primum institutum intelliguntur substituti per Vulgarem*; *num.* 40. *Magis id explicatur*; *num.* 41. *& seq.*

Quando pater, & ejus filij ad hæreditatem alicujus vocantur, an intelligantur vocati ordine successiuo, vel potiùs conjunctim? Respondetur cum distinctione; *d n* 40.

Quando testator ita dixit; Si filius meus decedat in pupillari ætate, Petrus sit mihi, & illi hæres; *tam Pupillaris, expressa, quàm etiam Vulgaris expressa verbis generalibus, ibi continetur*; *numer.* 43.

Quid, si testator dixit; Si filius meus in pupillari ætate moriatur, sit mihi hæres Petrus? *ibid.*

Quid, quando dictum esset; Si filius meus in pupillari ætate decesserit, Petrus sit hæres? *vel*, Petrum substituo? *n.* 44.

37 HÆc substitutio, quemadmodum, & cæteræ, & sicut etiam ipsa institutio, nullam certam formam, aut verba sibi determinat, sed quibuscumq; verbis testator sufficienter declaret, se vocare aliquem secundo loco ad suam hæreditatem, in casu quo prior vocatus hæres non sit, est proprijssima substitutio Vulgaris expressa. Quia vero sæpe in casibus particularibus continget dubitari, an verba, quibus testator vsus est, hanc substitutionem contineant? operæpretium erit, aliquos casus, seu formulas, magis dubitabiles hìc exponere, ex quibus facilè de alijs posit judicium ferri. Priùs tamen generaliter statuendum est ex Barth. *in l.* 1. *num.* 17. *ff. de Vulgari*, & communi DD. in omni directa substitutione comprehendi necessariò duo extrema, alterum negatiuum ex parte ejus, cui fit substitutio; cùm hæc necessario requirat, vt ille non sit hæres, aut hæres esse desinat: alterum affirmatiuum, seu positiuum ex parte ejus, qui substituitur; cùm per ipsam substitutionem vocetur positiuè ad hæreditatem: vnde quando vtrumque extremum exprimitur, primum exprimitur verbis negatiuis, vt, *Si institutus non erit hæres, si non peruenerit ad pubertatem*, &c. Secundum verbis affirmatiuis, vt, *Titius hæres esto, Titium substituo*, vel similibus. Quod licèt locum habeat in omnibus substitutionibus directis, vt bene declarat Bartholus *vbi supra*, maximè tamen procedit in Vulgari, cujus specialis, & proprijssima forma est; *Si Petrus non erit hæres, sit hæres Antonius*, vel similis. Cæterùm, vt Vulgaris sit expressa, saltem verbis generalibus, non oportet quod primum extremum vllis verbis negatiuis exprimatur, cùm satis sit, quod testator dicat; *Instituo Petrum, & substituo Antonium*, constat ex supradictis *num.* 34.

His suppositis, primus casus sit. Quando testator vtendo verbis aliàs ambiguis, vel ineptis, aut etiam contrarijs, dixit, se facere substitutionem Vulgarem, vel quod substituebat vulgariter, seu per Vulgarem, vt si dixit: *Restituat hæreditatem Paulo, quem vulgariter substituo*: talis substitutio est Vulgaris. Ita Barth. *in l. Quærebatur*, 20. *n.* 2. *ff. de Milit. testam.* & ibi Bald & Angel. *n.* 3. Mantic. *lib.* 5. *de Conject. tit.* 1. *n.* 9. Fusar. & alij quos refert *tract. de Substit. q* 34. *n.* 3. Quanuis contradicat Lancelot Polit. *tract. de Substit. tit. de Vulgari substitutione, quæsito*, 3. *n.* 4 Ratio est, quia licèt verbum, *Restituo*, sit obliquum, & vt sic solùm inseruiat ad fideicómissũ, attamen verba obliqua trahũtur ad directa ex expressa dispositione testatoris, vt constat per *d. l. Quærebatur*: & hoc euenit in præsenti: vbi cũ testator 38

de-

declarauerit se velle facere institutionem Vulgarem, & sic directo hæredem instituere, verbum illud, *Restituat*, trahitur ad directum, acsi diceret, *Sit hæres Paulus in secundo gradu.* Similiter si testator dixit, se substituere vulgariter, si institutus sine filijs decedat, talis substitutio est Vulgaris; nec euadit Fideicommissaria, per conditionem, *Si sine filijs*; nihil obstante, quòd hæc conditio magis congruit substitutioni Fideicommissariæ; quia id non tollit quominus possit stare cum sola Vulgari, & ita euenit in casu proposito, cùm testator solùm intenderit facere Vulgarem, quam expressit: ita cum alijs Mantica *lib.* 11. *de Conject. vlt. vol. tit.* 1. *numer.* 2. & Fusar. *d. q.* 34. *n.* 8 qui tamen *n.* 7. alios contrarium tenentes refert.

39 Secundus casus sit, quando testator ita dixerit; *Si institutus non erit hæres, restituat hæreditatem Paulo.* In hoc casu, quidam censent contineri substitutionem Fideicommissariam ob verbum obliquum, *Restituat.* Sic Ripa *in l.* 1. *num.* 113 *ff. de Vulgari*, & Trentacinq. *de Substitut p.* 1. *cap.* 2. *num.* 1. *vers. Quartus casus.* Probabilius tamen est, contineri Vulgarem, vt sentiunt Baldus *in l. Humanitatis, col. antepen ff. de Impub. & alijs substitut.* Alex. & Socin. sen. *in d. l.* 1. *ff. de Vulgari*, & Fusar. *d. q.* 34. *num.* 39 vbi in hanc etiam adducit Crassum. Ratio est, quia testator solùm intendit facere substitutionem, quæ potest stare cum conditione, *Si institutus hæres non erit*: hæc autem est Vulgaris, non verò Fideicommissaria; cùm hæc contrariam conditionem omnino requirat, & solùm eâ positâ locum habere possit. Confirmatur, quia licèt in casu proposito ex vna parte stet verbum, *Restituat*, quod est obliquum, & vt sic congruens tantùm substitutioni Fideicommissariæ: attamen cùm ex alia parte stet conditio, *Si non erit hæres*, quæ solùm potest conuenire substitutioni Vulgari; ea potiùs debet prævalere, & trahere illud verbum ad directum, quàm econtra: tum quia verbum obliquum facilè admittit significationem directi ex voluntate testatoris, vt constat ex dictis in casu præcedenti: conditio verò, *Si hæres non erit*, nulla ratione trahi potest ad contrariam, *Si erit hæres.* Tum etiam, quia in dubio, an verba contineant substitutionem directam, vel Fideicommissariam, interpretanda potiùs sunt, in fauorem directæ, vt latè probat Mantic. *lib.* 1. *de Cõject. vlt. vol. tit.* 1. *n.* 3. *& seqq.* Ex quibus rejicienda etiam est sententia Lanceloti Politi, qui *d. quæsito*, 3. *n.* 3. & 4. vult substitutionem sub prædictis verbis factam esse irritam, & inutilem ob terminorũ repugnãtiã, idq; licèt testator addidisset, se velle substituere per Vulgarẽ.

Tertius casus est, quando testator per 40
verbum, *Instituo*, aut *Substituo*, vocauit patrem, & ejus filios, ordine successiuo. Tunc enim vocati post primum institutum, intelliguntur substituti per Vulgarem, juxta communem DD. Id verò, vt rectiùs percipias, aduerte quòd quando agitur de vocatione patris, & filiorum ad hæreditatem alicujus, distingui solet triplex casus: vnus est quando inter illos cadit ordo necessitatis, vt quando pater instituit proprium filium, & filios illius, ipsius testatoris nepotes: necesse enim habet pater instituere etiam nepotes, ne si fortè filius moriatur viuente ipso testatore, testamentum rumpatur per nepotes in eo præteritos. Vnde in hoc casu intelliguntur nepotes vocati ordine successiuo, ideſt, casu quo filius testatoris hæres non sit; vt est communissima DD. sententia, quam innumeris relatis tradit Mantic. *lib.* 4 *de Cõject. vlt. vol. tit.* 9 & Fusar. *de Substit. q.* 476. qui plures adhibet ampliationes, & limitationes. Alter casus est, quando inter illos cadit tantùm ordo charitatis, & affectionis: vt quando quis instituit suum fratrem, & filios illius, & in hoc casu communissima etiam DD. sententia est, intelligi filios simul, & conjunctim cũ patre ad hæreditatem vocatos; vt videre est apud Mantic *d. tit.* 9. *n.* 19. & Fusar. *d. q.* 476. *n.* 31. quanuis hos etiam censeri ordine successiuo vocatos, teneant aliqui post Barth. *in l. Gallus, §. Quidam rectè, n.* 4 *ff. de Lib. & posth.* & quidẽ multi sunt casus, quos limitando cõmunẽ sententiã ad-

adducit Fusar. *cit.* in quibus Bartholi opinio à pluribus admittitur. Tertius tandem casus est, quando neque affectionis ordo in dicta vocatione intercedit, vt quando quis instituit extraneum, & illius filios. In quo euentu consentiunt securè DD. omnes, intelligi patrem, & filios esse vocatos conjunctim, teste Fusar. *d.q.* 476. *num.* 74. quod suas etiam admittit limitationes, & declarationes, vt idem Fusar. aduertit.

41 His suppositis, illud in primis ad rem præsentem statuo: quoties pater, & vnus, aut plures ejus filij ad hæreditatem vocantur ordine successiuo, per verbum, *Instituo*, vt dicente testatore: *Instituo Titium, & ejus filium*, vel *filios*, tunc siue in tali vocatione intercedat ordo necessitatis, siue tantùm affectionis, siue neuter, intelliguntur filij vocati per Vulgarem. Ita loquendo in casibus, quibus interuenit ordo necessitatis, vel affectionis, docent relatis pluribus Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 71. *num.* 2. & 7. & Fusar. *de Substitut. q.* 479. *num.* 1. & loquendo generaliter pro quouis casu, quo duo, aut plures ordine successiuo instituuntur, Mantica *lib.* 4. *de Conject. vlt. volunt. tit.* 9. *in fine*, vbi alios refert. Ratio generalis est, quia cùm in prædictis casibus fuerit facta substitutio per verbum directum, & ciuile, quale est, *Instituo*, & semel jure directo valere potuerit, ad fideicommissum, & jus indirectum nō trahitur, *l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari, & Pupil.*

42 Statuo deinde: quando testator per verbum, *Substituo*, vocauit patrem, & filios, vt dicendo; *Instituo filium meum, & illi substituo Sempronium fratrem meum, & ejus filios*; tunc admissa opinione Bartholi relata *num.* 40. *in* 2. *casu*, quòd hujusmodi vocati veniunt ordine successiuo, intelliguntur illi filij vocati post patrem per Vulgarem. Ita Menoch. *d. Præsumpt.* 71. *numer.* 8. Fusar. *d quæst.* 479. *numer.* 26. & alij innumeri, quos referunt. Ratio est, quia quando substitutio est facta per simplex verbum, *Substituo*, intelligitur Vulgaris, nihil obstante, quòd illud verbum sit indifferens ad significandam etiam Fideicommissariam: nam in dubio præsumitur substitutio directa nō vero Fideicommissaria; *c. Si pater, de Testam. in* 6. Bald. *in l. vlt. per eum text. C. de Hæred. instit.* Mant. *lib* 5. *de Conject. tit.* 1. *num.* 3. & cæteri communiter. Ampliationes, & limitationes seu declarationes hujus resolutionis, vide apud Menoch. & Fusar. *loc. cit.*

Quartus casus sit, quando testator ita dixit; *Si filius meus decedat in pupillari ætate, Petrus sit mihi, & illi hæres*: in hoc enim casu contineri tam Pupillarem expressam, quàm Vulgarem expressam verbis generalibus, docent merito Curt. jun. *in l. pen. num.* 6. *Cod. de Impub. & aljis substit.* Alciat. *in l.* 1. *num.* 165. *ff. de Vulgari*, Costa *in cap. Si pater, p.* 3. *ver. Pupillares, n.* 12 *de Testam. in* 6. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 34. *n.* 20. & Fusar. *de Substitut. q.* 34. *num.* 24. Quod si testator ita dixerit, *Si filius meus in pupillari ætate moriatur, sit mihi hæres Petrus*, videtur sentire Menoch. *dict. præsumpt.* 34. *numer.* 12. solùm ibi contineri Pupillarem expressam. At etiam expressam Vulgarem ibi non immeritò agnoscunt Socin. Ien. *in dict. l.* 1. *numer.* 36. *ff. de Vulgari*, Couar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *numer.* 5. *vers. Ex quibus infero, de Testam.* & alij. 43

Atque idem tenendum, quando testator ita dixisset; *Si filius meus in pupillari ætate deceßerit, Petrus sit hæres.* Ita sentiunt Bald. *in l. Precibus, Cod. de Impub. & aljs substitut.* & ibi Castr. Alex. & Jason. Socin. sen. *in dict. l.* 1. *ff. de Vulgari*, Menchaca *lib.* 2. *de Succeß. progreßu, §.* 13. *numer.* 30. & 36. & Trentacinq. dicens hanc esse communem sententiam *p.* 2. *de Substitut. cap.* 4. *numer.* 4. licèt contrarium, quòd scilicet isto casu sit tantùm Pupillaris expressa, & Vulgaris tacita, verius credat Menoch. *supra, sub. numer.* 31. *vers. Existimo*, vbi idem tenet in casu, quo testator dixit; *Si filius meus in pupillari ætate deceßerit, Seium substituo*: quæ sententia multis etiam alijs placet, quos latè refert Fusar. 44

Fusar. *d. q.* 34. *num.* 20. Sed jam *supra numer.* 33. cum Mantica, & alijs probauimus etiam Vulgarem expressam in hoc casu contineri: pro qua opinione plures etiam DD. refert idem Fusar. *num.* 18. & Menoch. *sub d. num.* 31. *vers. Secundò.*

Alios casus minoris momenti omitto, qui videri possunt apud Fusar. *d. q.* 34. Illud tamen aduerto, in omnibus prædictis casibus contineri Vulgarem substitutionem expressam. Quando autem contineatur tacita? *sequenti §.* aperietur.

§. 2. *Quibus casibus tacita Vulgaris substitutio subesse intelligatur?*

SUMMARIUM.

TAcita Vulgaris simpliciter dicta intelligitur, quæ in expressa Pupillari, vel alia simili substitutione contineri dicitur; num. 45.

Vtrum substitutio Vulgaris tacita contineatur in Pupillari expressa? Respõdetur affirmatiuè, & quo fundamento; numer. 46. *& seq.*

Vulgaris tacita continetur in expressa Pupillari, licèt hæc sit inutiliter facta, vt quando esset facta extraneo, vel puberi, &c. num. 48.

Axioma, Si non valet, quod ago; vt ago; non valet, vt valere potest, *quando non procedat? ibid.*

Tacita Vulgaris continetur in Pupillari expressa, quanuis hæc concepta sit his verbis: Si hæres erit, & in pupillari ætate, *&c. num.* 49.

Tacita Vulgaris continetur in Pupillari expressa, licèt hæc restricta sit ad breuius tempus, quàm ætatis pupillaris; vt si testator diceret: Si filius meus decedat intra decimum annum, vel in ætate infantili; *num.* 50.

Expressa substitutio Pupillaris nõ continet tacitam Vulgarem, quando aliqua ratione constat testatorem noluisse illam contineri; num. 51.

Quando testator in vtrumque casum, Pupillaris scilicet & Vulgaris, expressè prouidit, neutra in altera tacitè continetur; num. 52.

Expressa prouisio hominis facit cessare tacitam prouidentiam legis: quod procedit etiam quando expressum est circa diuersum; ibid.

Tacita Vulgaris non continetur in Pupillari expressa, quando testator cogitauit, & tamen vulgariter non prouidit, vt si habens duos filios impuberes vni substituit vulgariter, alteri pupillariter; num. 53.

Tacita Vulgaris, quæ in expressa Pupillari continetur, cessat si mater testatoris superstes sit, nisi esset substitutus aliquis ex descendentibus testatoris; num. 54.

Tacita Vulgaris non continetur, quando filius exhæredatus substitueretur per Pupillarem; num. 55.

Tacita Vulgaris non habet locum, quando substitutus pupillaris est incapax succedendi testatori, quanuis sit capax bonorum pupilli, vt est filius spurius testatoris; num. 56.

Si pater substituat pupillariter filium naturalem, non continetur tacita Vulgaris in illa pupillari, si supersit alius filius legitimus, qui velit succedere. Et quomodo hoc procedat attento jure Lusitano? ibid.

An tacita Vulgaris contineatur quando impuberi substituerentur ejus cohæredes? num. 57.

Quando substitutio Pupillaris esset facta filio exhæredato vel præterito, non continetur tacita Vulgaris in illa Pupillari; num. 58. *Quoa procedit, licèt filius sit injustè exhæredatus, vel præteritus, & ex ea causa rumpat institutionem alterius; num.* 59.

Per Auth. Ex causa, *sustinetur Pupillaris substitutio facta filio injustè exhæredato, vel præterito; non substinentur autem aliæ substitutiones directæ, ex quibus succeditur testatori; ibid.*

Si Pupillaris substitutio facta sit separatim, longo interuallo post testamentum patris, tacitam Vulgarem non continet; num. 60.

Substitutio Vulgaris non potest fieri ex interuallo post conditum testamentum; ibid.

In substitutione Exemplari expressa cõtinetur Vulgaris tacita præterquam in casibus, in quibus non continetur in Pupillari expressa; num. 61.

In substitutione Fideicommissaria non continetur Vulgaris. Quod tamen in vno, vel altero casu limitatur; num. 62.

45 TAcitam Vulgarem substitutionem hoc loco appellamus, quæ nullo modo in verbis testatoris continetur, sed aliunde subesse intelligitur: hæc enim tantummodo simpliciter dicitur tacita ex communi vsu DD. qui non aliam intelligunt, quando absolutè de tacita Vulgari loquuntur. Vnde non venit in præsentem considerationem illa Vulgaris intellecta ex verbis testatoris, quam Jurisconsultus appellat tacitam in casu *l. Titius, 24. cum seq. ff. de Hæred. instit.* de qua loquuti sumus *num.* 31. sed ea tantùm quæ contineri dicitur in Pupillari, vel simili substitutione expressa, de qua infra, & sæpius nobis agendum est.

46 His animaduersis, prima quæstio in præsenti est: Utrum substitutio Vulgaris tacita contineatur in Pupillari expressa? Respondetur affirmatiuè ex receptissima penè omnium sententia, quam relatis pluribus tradunt Mantica *lib. 5. de Conject. tit. 3. num. 2.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4 præsumpt. 43. num. 1.* & Fusar. *de Substitut. q. 24. num. 1. & seqq.* per celebrem text. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, juxta communem intellectum; quem bene præ alijs declarat Menoch. cit. qui *sub num. 4.* dicit solùm Lancellotum Politum *tract. de Substitution. rub. de Pupillari, num. 47. vers. Octauò principaliter*, in contrarium stare: at etiam in contrarium refertur Vigl. *Instit. de Pupil. subst. in princip.* sed eorum sententia cùm sit valdè singularis, & communiter reprobata, omnino rejicienda est; illamque optimè contra Polit. refellit Leon. *tract. de Substitut. vbi de Pupillari, num. 200. & seqq.*

Ratio verò, qua prædicta decisio nititur, est præsumpta, vel subintellecta voluntas testatoris: siue quia cùm filio pupillariter substituit, etiam vulgariter ei substituisset, si cogitasset casum quo filius nollet, aut non posset esse hæres: siue, quòd magis credo, & pluribus placet, quia in ipsa expressa voluntate, qua pater per Pupillarem expressam voluit, vt sua hæreditas deueniret ad substitutum mediante persona filij, si is post illam adeptam in pupillari ætate decederet, continetur voluntas tacita, qua etiam censetur voluisse, vt immediatè sua hæreditas ad substitutum peruenire, si filius ante illam adeptam morereretur. Id quod argumento à fortiori bene deducit Donel. *lib. 6. de Iure ciuili cap. 24. vers. Alia substitutione.* Nam pater substituendo expressè pupillariter filio, voluit vt tam sua, quàm filij bona ad substitutum peruenirent; vtraque namque per talem substitutionem substituto deferuntur; *l. Sed si plures, § Ad substitutos, ff. de Vulgari*: per Vulgarem autem solùm deferuntur bona ipsius testatoris: si ergo pater voluit, vt substitutus sibi, & filio hæres esset, bene colligitur multò magis voluisse, vt sibi tantùm succederet, quando vtrique succedere non posset, & ita quod Vulgaris locum haberet, casu quo Pupillaris cessaret. 47

Tradita communis sententia amplia- 48
tur primò, vt procedat licèt ipsa Pupillaris substitutio inutiliter sit facta, vt quando esset facta extraneo, vel non existenti in potestate, vel puberi: nam tunc etiam in illa continetur, & admittitur tacita Vulgaris, ex ratione pro prædicta sententia adducta. Ita sentiunt Barth. *in l. 1. num. 57. ff. de Vulgari, & alijs in locis*, Bald. *in l. fin. num. 8. Cod. de Instit. & substitut.* Barth. de Hucio *tract. de substitut. cap. 1. num. 27.* Bald. de Vbaldis *tract. etiam de Substit. in rubr. de Substitutione Vulgari, num. 41.* Mantica *lib. 1. de Conject. tit. 3. num. 22 & seq.* Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 184. post med.* Menoch. *d. præsumpt. 43. num. 6.* Fusar. *d. q. 24.* & plures alij, quos referunt. Nec obstat axioma, *Si non valet quod ago, vt ago, non valet,*

valet, vt valere potest, l. Non codicillum, Cod. de Testament. cum concordant. Nam hoc axioma multas patitur limitationes, quarum aliquas attingit Sanch. *lib. 1. de Matrimon. disp. 20. numer. 3. vers. Tertiò quia, & disp. 21. num. 2.* vbi ponit limitationem, quam in specie præsentis casus approbat etiam Baldus *in l. vltim. num. 15. Cod. de Hæred. instit.* & ex eo Mantica, *d tit. 3 num. 24.* asserendo, illud axioma non procedere, quando id quod valere potest, includitur in eo quod non valet, vt per *l. Si tam angusti, ff. de Seruit.* In nostro autem casu tacitè includitur Vulgaris in Pupillari expressa, vt declaratum est.

49 Ampliatur secundò, vt procedat, licèt testator substituendo pupillariter, expressè dixerit, *Si hæres erit, & in pupillari ætate*, &c. nam licèt conditio, *Si hæres erit*, repugnet omnino Vulgari substitutioni, quæ semper includit contrariam cõditionem, *Si hæres non erit*: attamen ex subintellecta voluntate testatoris substituentis pupillariter, conditio illa, *Si hæres erit*, solùm apponitur respectu ipsius Pupillaris, & non excluditur Vulgaris; imò eo ipso quòd testator voluit, vt substitutus succederet ex Pupillari, euenientе casu illius, censetur ex interpretatione voluisse etiam vt succederet ex Vulgari, si casus Pupillaris non euenireret, vt probatum est, & ita sentiunt Donel. *loco supra citat.* Paul. Castr. & illum referens Mantica *d tit. 3. numer. 2.* Menchac. *lib. 2. de Succes. progressu, §. 12. num. 9. & §. 15. num. 6.* Trentacinq. *de Subst. p. 2. cap. 5.* & alij quos citat, & sequitur Fusar. *d. q. 24. num. 8.*

50 Ampliatur tertiò, vt procedat, licèt Pupillaris expressa sit restricta ad breuius tempus, quàm ætatis pupillaris, vt quando testator diceret, *Si filius meus decedat intra decimum annum, vel in ætate infantili.* Sic Barthol. *in l. 1. num. 56. ff. de Vulgari*, Alex. *in l. Si ita quis*, aliàs, *sed si quis ita, num. 2. ff. eod.* Mantic. *lib. 5. de Conject. vlt. volunt. tit. 3. num. 21.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 43. num. 5.* Fusar. *d. q. 24. num. 3.* & alij quos referunt, licèt nonnulli contradixerint. Probatur bene eo argumento; quia Vulgaris substitutio, quanuis non fit facta simpliciter, sed in vnum casum singularem, seu individuum, adhuc tamen continet tacitam Pupillarem, perinde acsi esset facta simpliciter, vt per *l. vltim. Cod. de Instit. & substitut.* ergo pari ratione Pupillaris substitutio, quanuis non sit facta simpliciter, vel vsque ad tempus pubertatis, sed ad breuius tempus, juxta *d. l. Siquis ita*, tacitam Vulgarem continere censenda est.

In multis autem casibus prædicta communis sententia limitationem patitur, quia in primis non procedit, si ex conjecturis, vel aliàs constet, contrariam fuisse testatoris voluntatem *d. l. Iam hoc jure, ad fin.* ibi: *Si voluntas parentis non refragetur, ff. de Vulgari*, & ita scribunt Barth. *in d. l. 1. num. 34. ff. eodem*, Bald. *in l. Quãuis, Cod. de Impub. & alijs substit.* Mantica, *lib. 5. de Conject. tit. 4. num. 1.* & alij. 51

Vnde sequitur primò locum non habere dictam Vulgarem tacitam, quando testator in vtrumque casum (scilicet Vulgaris, & Pupillaris) expressè prouidit: tunc enim censetur noluisse, vt vna in alia contineretur; & sic neutra tacita locum habet. Ita communiter DD. per *l. Cùm ex filio, § 1. vbi Glos. verb. Aliàs*, & Barth. *ff. de Vulgari*, idem Barth. *in l. 1. numer. 34.* & Socin. sen. *num. 38. vers. Quartò, ff. eod.* Bald. de Vbal. *tract. de Substit. rubr. de Substit. Vulgari, num. 16.* Fusar. plures referens *d. q. 24. num. 18.* & Mantic. *lib. 5. de Conject. tit. 4. num. 2. & tit. 14. num. 13.* vbi ad hoc notat, communem regulam esse, quòd expressa prouisio hominis facit cessare tacitam prouidentiam legis, vt per *l. Maritus, Cod. de Procurat. & l. vltim. Cod de Pactis conuent.* quæ regula non solùm procedit, quando tacitum, & expressum est circa idem, sed etiam quando expressum est circa diuersum, vt idem Mantica probat, & declarat per casum *d. l. Maritus.* 52

Sequitur secundò, non contineri tacitè dictam Vulgarem quando testator cogitauit, & tamen vulgariter non substitu- 53

it: sufficiens enim inde capitur conjectura, eum noluisse ita substituere. Sic Decius *cons.* 315. *n.* 3. quem sequitur Mantica *d tit.* 4. *num.* 2. Vnde si pater habeat duos filios impuberes, & vni substituat vulgariter, & alteri pupillariter, cessat in vtroque casu substitutio tacita. Sic relatis alijs Mantica *loco citat.* & Fusar. plures referens *d. q.* 24. *num.* 25. licèt nonnulli contrarium sentire videantur.

54 Sequitur tertiò, cessare dictam Vulgarem, si mater testatoris superstes sit; quod non præsumatur voluisse testatorem matrem suam excludi per substitutum in casu non expresso. Ita Barth. *in l.* 1. *num.* 41. *ff. de Vulgari*, & ibi Jal. *num.* 3. Alex. *num* 38. Socin. sen. *num.* 24. Alciat. *num.* 57. Ripa, *num.* 175. & alij communiter ibid. Couar. *in cap. Raynutius*, §. 4. *in fine de Testam.* Mantica *d. tit.* 4. *num.* 5. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 43. *num.* 11. Trentac. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 13 *num.* 5. Fusar. *de Substit. q.* 61 *numer.* 1. & plures alij quos referunt, estque penè omnium sententia. Quæ tamen limitatur, nisi esset substitutus aliquis ex descendentibus ipsius testatoris, vt aduertunt Alex. Ripa, Couar. Mant. Menoch. *loc. citat.* & alij. Aliqui etiam apud Fusar. *num.* 2. eam limitant, vt non procedat, quando Pupillaris esset concepta his verbis: *Instituo filium meum, & si deceßerit in pupillari ætate*, &c. Hæc tamen limitatio mihi est valde suspecta, & credo esse contra communem aliorum sensum.

55 Sequitur quartò, non contineri dictam Vulgarem, quando filius exhæredatus fuisset substitutus per Pupillarem. Quia cùm sit exclusus per exhæredationem à bonis patris, non debet intelligi admissus per Vulgarem, nisi exprimatur. Ita Cumanus *in l. Qui habebat, per text. ibi, ff. de Vulgari*, Crassus, §. *Substitutio*, *q.* 28. *num.* 5. Trentac. *d. p.* 1, *cap.* 1. *num.* 13. & alij, quos citat, & sequitur Fusar. *de Substit. q.* 24. *num.* 23. licèt contrarium teneat Socin. jun. *l.* 2. *num.* 91. *ff. de Vulgari.*

56 Deinde non procedit etiam dicta communis sententia principalis, si substitutus est incapax succedendi testatori, quanuis sit capax bonorum pupilli, vt est filius spurius testatoris. Tunc enim cessat Vulgaris, quia per eam non succeditur pupillo, sed testatori, & ita sentiunt Barth. *in l.* 1. *Cod. de Natural. lib.* Bald. *in l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari*, & ibi Angel. & Jas. *num.* 9. Mantica *lib.* 5. *de Conject. tit.* 4. *num.* 3. Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 14. Menoch. *d. præsumpt.* 43. *num.* 9. & Fusar. plures referens *d. q.* 24. *num.* 14. Hinc inferes, si pater substituat pupillariter filium naturalem non cõtineri tacitam Vulgarem in ea Pupillari, si supersit alius filius legitimus, qui velit succedere; quòd tunc nequeat naturalis succedere testatori. Secus autem, si legitimus non supersit. Ita cum alijs Menoch. & Fusar. *loc. citat.* Quod in Lusitania solùm habet locum in filio naturali hominis non plebeij, ascendentes legitimos non habentis. Nam vt habetur *lib.* 4 *Ordin. tit.* 92. homo non plebeius, vulgo *Caualleiro*, si habeat descendentes legitimos nihil potest relinquere filio naturali; si verò tantùm habeat ascendentes, potest illi relinquere de tertio, quod voluerit: quòd si etiam ascendentibus careat, omnia bona illi potest relinquere: filius autẽ naturalis hominis plebeij perinde potest patri succedere, acsi esset legitimus.

Limitari præterea solet dicta commu- 57
nis sententia in casu, quo ipsi impuberi substituerentur ejus cohæredes; quòd tũc eueniente casu Vulgaris succederent illi substituti per jus accrescendi, & ita cessaret tacita Vulgaris. Sic docent Socin. sen. *in l.* 1. *num.* 35. *ff. de Vulgari*, Mantica *d. tit.* 4. *num.* 11. Menoch. *d. præsumpt.* 43. *num.* 12. & Fusar. *d. q.* 24. *num.* 17. Bene autem aduertit Mantica, nihil referre, vtrùm tales cohæredes admittantur ex tacita Vulgari comprehensa in Pupillari, vel ex jure accrescendi; quod etiam tacita quædam est substitutio, *l. Si Titio, & Mæuio*, §. *Iulianus, cum Glos. ff. de Leg.* 2.

Limitatur item præfata sententia, vt 58
non procedat, quando substitutio Pupillaris

laris esset facta exhæredato, vel præterito; nam tunc cessat tacita Vulgaris, vt per DD. *in l. 2 ff de Vulgari*, vbi Socin. jun. *num. 93.* Menchac. *lib. 2. de Succeß. progreßu, §. 15. numer. 14. verß. Quintus caßus, & num. 53. & seq.* Trentacinq. *d. cap. 1. num 14.* & alij apud Fusar. *d. q. 24. numer. 21.* Ratio est facilis, quia pater substituens filio exhæredato, vel præterito, solùm vult vt substitutus succedat in bonis, quæ ille filius habuerit aliunde quàm ex paterna hæreditate, à qua eum excludit, & sic non vult vt talis substitutus sibi succedat per Vulgarem, cùm per hanc vocetur substitutus ad hæreditatem, & bona ipsius substituentis. Accedit, quod exhæredans, vel præteriens filium, instituit alium hæredem, cui ex ipsa institutione vult suam hæreditatem deferri, & sic non vult eam darè ex tacita Vulgari, quæ in Pupillari expressa illi filio facta includatur.

59 Unde procedit hæc limitatio, quanuis filius sit injustè exhæredatus, vel præteritus, & ex ea causa rumpat institutionem alterius; quia semper stat, quòd testator noluit in illa Pupillari includi Vulgarem. Stat præterea quòd rupto testamento per filium injustè exhæredatum, vel præteritum, licèt substitutio Pupillaris in eo facta sustineatur per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* non tamen sustinetur vlla substitutio Vulgaris, quæ ibidem facta sit; cùm testator per talem substitutionem sibi hæredem instituat: rupto autem testamento ex causa exhæredationis, vel præteritionis, quanuis cætera in eo contenta permaneant, institutiones tamen corruunt, vt *per d. Auth. Ex causa*: quod intelligitur de institutionibus, & substitutionibus directis, per quas succeditur testatori, vt optimè probat Barth. *in d. Auth. Ex causa, num.* 16. & ita in specie sentiunt Antõn. Gomez *tom.* 1. *Var. cap.* 3. *sub num.* 23. §. *Dubium tamen* Menchac. *d. num.* 14. *verß. Quartus caßus* Trentac. *de Subßit. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 19. & alij apud Fusar. *d. q.* 24. *num.* 20. asserentes non contineri tacitam Vulgarem in Pupillari, quæ sustinetur beneficio *d. Auth. Ex causa.*

Limitatur vltimo dicta principalis 60
sententia, vt non procedat quando Pupillaris esset facta separatim, & longo interuallo post testamentum patris. Ita Bald. *in l. Siquis eum, §. 1. ff. de Vulgari*, Alex. *in l. 2. ff. de Vulgari*, Jaß. *ibid. & in d. l. Iam hoc jure col. 3. ff. eod.* Menchac. *de Succeß. progreß. lib. 2. §. 11. num. 23. verß. Hactenus*, dicens esse communem, *& §. 15. num. 14. verß. Sextus*, Mantica *lib. 5. de Conject. tit. 4. num. 9.* Menoch. *de Præßumpt. lib. 4. præßumpt. 43. numer. 10.* Trentac. *d. cap. 1. num. 12.* & alij apud Fusar. *d. q. 24. num. 16.* qui tamen *numer. 17.* contrariam opinionem magis probat, adducendo pro ea Imolam, & vtrumque Socin. sen. & jun. Fundamentum est, quia licèt Pupillaris substitutio fieri possit ex interuallo post testamentum patris, *l. Siquis eum, §. 1. ff. de Vulgari:* at Vulgaris ita fieri nequit, cùm sit pars maximè principalis ipsius testamenti, quod diuersis temporibus fieri nequit, *l. Cùm antiquitas; Cod. de Testament.* Id quod amplius constabit ex dicendis §. *seq.* vbi de solemnitate ad Vulgarem substitutionem necessariâ nobis agendum est.

Secunda quæstio est, vtrum in substitu- 61
tione Exemplari expressa contineatur tacita Vulgaris? Respondetur affirmatiuè. Ita sentiunt Barth. *in l. Ex facto, num. 34. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num. 79.* & Alciat. *num. 70. verß. Sed quid in caßu contrario*, Bald. *in l. Humanitatis, num. 33. ßub verß. Octauo, Cod. de Impuber. & alijs ßubßit.* Mantica *lib. 5. de Conject. tit. 3 num. 8. & tit. 16. num. 18.* Menoch. *de Præßumpt. lib. 4. præßumpt. 44. num. 1.* & Fusar. *de Subßitut. q. 173.* licèt contrarium doceat Lancelot. Polit. *tract. de Subßitut. tit. de Exemplari, numer. 22.* Fundamentum est, quia Exemplaris est introducta ad exemplum, & similitudinem Pupillaris, §. *Qua ratione, Inst. de Pupil.* igitur qua ratione Pupillaris expressa continet tacitam Vulgarem, vt in proxima q. dictum est, eâdem etiam illam continet expressa Exemplaris. Vnde aduertunt bene Menoch. *d. præßumpt. 44. fine,*

fine, & Fusar. *vbi supra*, hanc resolutionem limitari cum proportione in omnibus casibus, in quibus dictum est non cõtineri Vulgarem in Pupillari.

62 Tertia quæstio est, vtrum Vulgaris substitutio contineatur in Fideicommissaria? Respondetur negatiuè, vt tradit Glos. & Barth. *num.*2. quem alij sequuntur *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari* Alex. *cons.*1.*num.*1. *vol.*1. & Mantica *d. tit.*3. *num.*11. dicens id probari euidenter *in l. Ille à quo, §. Si de testamento, & l. fin. ff. Ad Trebel.* Hinc tamen excipitur specialiter casus, quo miles per fideicommissum relinqueret libertatem, & hæreditatem seruo: nam tale fideicommissum continet tacitè Vulgarem, ex qua ille seruus directè succedet testatori, si instituti non adita hæreditate moriantur, vt expressè habetur *in l. Neque enim*, 14. *§. fin. ff. de Milit. testam.* Idemque est, quando tale fideicommissum esset factum à pagano, si instituti, eo ignorante, vel post ejus mortem, non adita hæreditate, decederent, vt *ibidem, in sequenti*, statuitur. Hujus casus meminit Barth. *in l.*1.*num.*32. *ff. de Vulgari*, & Mantica, *tit.*3. *num.* 10. qui notant esse casum specialem.

§. 3. *Quæ solemnitas ad valorem Vulgaris substitutionis requiratur?*

SUMMARIUM.

*AD Vulgarem substitutionẽ requiruntur omnes juris solemnitates, quæ ad valorem testamenti sunt necessariæ; num.*63.

*Substitutio Vulgaris non potest fieri codicillis, sicut nec vlla alia directa: si tamen in codicillis fiat, obliquabitur, & valebit in vim fideicommissi; num.*64.

Si substitutio Vulgaris adimatur in codicillis, trahetur ademptio ad fideicommissum, si hæreditas alteri applicetur: alioqui erit nulla ademptio; ibid.

*Vtrum ad substitutionem Vulgarem requiratur, quòd illam præcedat institutio? num.*66. *& seqq.*

*Vtrum Vulgaris substitutio possit fieri separatim ex interuallo post perfectum testamentum, in quo est institutus hæres, cui per illam datur substitutus? Affirmant aliqui; num.*69. *Alij verius negant; num.*70. *& seqq.*

*Tam codicilli quàm tabulæ Pupillares sunt quædam appendices, & veluti sequelæ testamenti; non verò partes principales, & ideo possunt fieri ex interuallo post testamentum; num.*71.

*Tabulæ pupillares non faciunt vnum cum testamento patris, sed ipsæ per se sunt distinctum testamentum filio impuberi factum; num.*72.

*Si quis testamentum fecerit, & postea ex interuallo coram septem testibus fecerit substitutionem Vulgarem, an ita substituendo intelligatur voluisse facere nouum testamentum? num.*73. *& seqq.*

Si notarius in instrumento testamenti nuncupatiuè facti omisit scribere substitutionem Vulgarem, vel aliam directam, quæ à testatore legitimè fuerat nuncupata, potest postea ea substitutio probari per testes; numer. 78. *Quot testes requirantur? num.*79.

*Ad probandam substitutionem Fideicommissariam, quam notarius in scriptura testamenti omisit, quot testes sufficiant? num.*80.

*Quæ solùm possunt fieri in testamento requirunt ad sui probationem eundem numerum testium, qui ad valorem testamenti necessarius est; num.*81.

Error notarij circa solemnitatem testamenti potest probari duobus testibus; ibidem.

*Testamentum inter liberos, & quælibet alia dispositio priuilegiata, quæ cum solis duobus testibus fieri potest, non indiget maiori numero testium ad sui probationem; num.*82.

63 REgula hac in re est, ad Vulgarem substitutionem requiri omnes juris solemnitates, quæ ad valorem testamenti sunt necessariæ. Ratio est manifesta; tum quia hujusmodi substitutio, &

quæ-

quælibet alia directa, solùm potest fieri in testamento; cùm per talem substitutionem detur hæreditas directo, quod non aliter, quàm testamento fieri potest, secluſis priuilegijs, vt probauimus *disp. præcedenti sect. 2.* Tum etiam, quia substitutio Vulgaris dat vires testamento, adeò vt hoc ab illa possit incipere, vt est communissima omnium sententia per *l. Siquis ita hæres instituatur, 82. ff. de Hæred. instit. & l. 3. in fine, ff. de Liber. & posth.* Igitur nisi interueniant omnia requisita ad valorem testamenti, stare nequit substitutio Vulgaris.

64 Hinc infertur hanc substitutionem non posse fieri codicillis, sicut nec vlla alia directa, vt notauimus *disp. 2 sect. 10. §. 1. numer. 384.* & tradit, loquendo in specie de Vulgari, Fusar. plures referens *tract. de Substitut. q. 19. num. 1.* Si tamen hæc, vel alia directa substitutio in codicillis fiat, obliquabitur; & valebit in vim fideicommissi, vt probat text. *in l. Seruius Saturninus, & in l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* estque communissima DD. sententia, quam tradunt Barth *in l. Centurio, col. 3. & in l. Lucius, col. fin. ff de Vulgari*, Couar. *in cap. Raynutius, §. 7. num. 4. de Testam.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 33. num. 68.* Mantic. *de Conject. vltim. vol. lib. 5. tit. 2. num. 11.* Trentacinq *de Substitut. p. 5. cap. 10. num. 8* & plures alij, quos congerit Fusar. *de Substit. q. 8. num. 18.* qui idem tenet *d. q. 19. num. 9.* Vnde etiam consequens est, quod licèt dicta substitutio nequeat adimi in codicillis, cùm in his neque dari, neque adimi possit hæreditas, *l. 2. §. Hæreditas, l. Diui, in princip. ff. de Iure codicil. l. 2. l. Si idem, Cod. de Codicil. §. Codicillis autem, Inst. tit. eod. tit. cum concord.* tamen si in codicillis adimatur trahetur similiter ademptio ad fideicommissum, vt per *d. l. 2. ff. de Iure codicil. & l. Hæreditas, Cod. de His quib. vt indignis.* Quod procedit, si hæreditas alteri applicetur: secus verò si ademptio fieret simpliciter; nam tunc nulla omnino esset. Sic Fusar. *d. q. 19. num. 10. cum Glos. in l. pen. §. vlt.* & ibi Barth. & Paul. Castr. *ff. de Condit. instit.* Imol. *in l. 1. in fine, ff. de Injusto rupto*, Cephal. *cons. 467. num 86.* & alijs, quos refert.

Infertur etiam non valere Vulgarem substitutionem factam de persona extranea in testamento minùs solemni inter liberos; vt notant Trentacinq. *tract. de Substitut. p. 1 cap. 1. num. 18.* & Fusar. *de Substitut. q. 24. num. 19.* Nam licèt tale testamentum sit priuilegiatum vt valeat absque juris solemnitatibus, id intelligitur quantum ad disposita inter ipsos liberos, & fortè etiam quoad legata, & fideicommissa extraneis relicta, non autem quoad institutiones extraneorum, si quæ ibi fuerint admistæ, vt constat ex *l. vlt. Cod. Famil. ercisc. & ex l. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, Cod. de Testam.* & à nobis traditum est, *disp. 2 sect. 7. §. 5. num. 199. & seqq.* ergo cùm dicta substitutio sit quædam institutio personæ extraneæ, est inualida ob defectum solemnitatis testamentariæ, quæ in illo testamento non remittitur respectu extraneorum. 65

Quæres vtrum sit solemnitas, vel requisitum necessarium ad substitutionem Vulgarem, quòd illam præcedat institutio? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua est, quia substitutio Vulgaris includit conditionem, si institutus nolit, aut non possit esse hæres; ergo supponit necessariò institutionem hæredis, quo deficiente admittatur substitutus, & hanc partem videtur tenere Glos. *in l. 1. verb. Institutione, ff. de Vulgari*, & Dinus *ibidem.* Communis tamen resolutio est, ad Vulgarem substitutionem non requiri institutionem expressam, sed sufficere tacitam: alteram tamen earum necessariam esse. Ita sentiunt Barth. *in d. l. 1. numer. 16. ff. de Vulgari* Bald. & Vbald. *de Substit. in rubr. de Substitutione Vulgari num. 8.* Barth. de Hucio *de Substit. cap. 1. num. 6.* & plures alij quos citat, & sequitur Fusar. *de Substit. q. 20. num. 1.* 66

Quòd sufficiat institutio tacita probant citati DD. per *d. l. Siquis ita hæres instituatur, 82. ff. de Hæred. instit.* quæ probat valere dispositionem, quaquis instituta- 67

tuitur hæres sub conditione, si legitimus, seu veniens ab intestato, nolit testatori succedere: vbi apparet dari substitutum vulgarem legitimo hæredi, cùm is non fuerit expressè institutus, sed solùm tacitè, & quatenus non fuit excluſus per testatorem, quominus posset ei succedere, si vellet; quòd Barth. & alij declarant, & probant *argum. l. Conficiuntur, ff. de Iure codicil.* Vnde non debes intelligere, quòd ille legitimus fuerit tacitè vocatus ad hæreditatem per illud testamentum, quasi testator videatur illum instituisse, eo ipso quòd illi dedit substitutum; id enim falsum esse constat per *l. Ex facto*, 19. *ff. de Hæred. instit.* de qua paulo infra sermo erit, sed solùm in quantum ei per illud testamentum non fuit ablata hæreditas, quæ per legem illi defertur ab intestato, vt bene declarat Lancel. Polit. *tract. de Substit. rubr. de Substit. Vulgari, particula, 2 num. 16. & 18.* qui propterea vult, illum non dici propriè institutum, sed impropriè: & consequenter substitutum illi datum potiùs dicendum esse institutum sub conditione, si ille legitimus nolit esse hæres. Quod quidem mihi etiam placet; sed tamen non est recedendum à communi modo loquendi cæterorũ DD. qui illum legitimum appellant tacitè institutum, & alterum substitutum.

68 Quòd autem vel expressa, vel saltem tacita institutio sit necessaria, vt Vulgaris substitutio locum habeat, probari solet ex ipso vocabulo, & natura talis substitutionis; cùm ea nihil aliud sit, quàm subrogatio in locum instituti. Nihilominus sunt qui teneant nullam prorsus requiri institutionem. Ita sentiunt nonnulli, quos tacito nomine refert Polit. *d. num. 18.* & videtur tenere Mantica *lib. 5. de Conject. tit. 5. num. 4.* vbi ita scribit, *Si fiat substitutio ei, qui nullo modo fuit institutus, valet testamentum, & substitutus succedit.* Et ita etiam loquitur ac sentit Glos. communiter recepta *in d. l. Ex facto*, 19. *verb. Esset data, ff. de Hæred. instit.* per illum textum, in quo juxta communem intellectum admittitur ad partem vacantem hæreditatis institutus sub conditione, *Si Seius non erit hæres*; cùm Seius non fuerit institutus, neque vlla ratione ad hæreditatem admissus, vt ibidem declaratur. Hæc autem controuersia solùm spectat ad modum loquendi: quia non dubitatur, an debeat admitti institutus sub conditione, si alter, qui nullo modo fuit institutus, non erit hæres. Nam constat admitti debere, juxta communem sententiam, in qua plerique conueniunt, sequendo Glossam *proximè citat.* sed an debeat dici substitutus, vel institutus? Et quidem parum refert, vtrum hoc, vel illo modo loquaris: videtur autem conciliari posse vtramque opinionem, si dicamus, esse substitutum apparenter, secundùm formam verborum, reipsa autem solùm esse institutum sub conditione. Vnde semper ad veram substitutionem Vulgarem necessaria erit aliqua institutio, vel tacita, vel expressa.

Quæres præterea, vtrum Vulgaris substitutio possit fieri separatim ex interuallo post perfectum testamentum, in quo est institutus hæres, cui per illam datur substitutus? Affirmatiuam partem approbat Imola *in l. Siquis eum, §. Si suo testamento num. 4. vers. Item nec videtur, ff. de Vulgari*, dicens, non videri verum, quòd substitutio Vulgaris non possit ita fieri, dummodo legitimus numerus testium adhibeatur, id est, septem; quòd hoc nullo jure cautum reperiatur. Idem sentiunt Socin. sen. *in l. 2. col. 8.* & ibid. Socin. jun. *num. 90. ff. eodem.* Menchac. *de Succes. progres. §. 12. num. 7.* & Fusar. *de Substit. q. 24. num. 17.* quatenus asserunt, contineri tacitam Vulgarem in Pupillari expressa facta ex interuallo post testamentum patris. 69

Contraria tamen sententia est verior, 70 & receptior, quam tenent Bald. *in l. Siquis eum, §. 1. col. 1. vers. Quæro qualiter intelligatur*, & ibi Alex. *sub num. 9.* Jason *in l. Iam hoc jure, num. 50. vers. Quæro notabiliter, ff. de Vulgari*, Crassus *in §. Substitutio, q. 28 num. 2.* asserens esse cõmunem opinionem, Mantica *de Conject. vltim. vol. lib. 5. tit. 4. num. 9.* Menoch. *de*

Pra-

Præsumpt. lib. 4 præsumpt. 43. num. 10. Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 1. num.* 12. & plures alij, quos refert Fusar. *d. q.* 24. *num.* 16. qui inde deducunt non contineri tacitam Vulgarem in Pupillari expressa facta ex magno interuallo post patris testamentum. Probatur, quia substitutio Vulgaris facta hæredi scripto in testamento est pars valde principalis,& propria ipsius testamenti, adeò vt hoc ab illa possit vires accipere, *l. 3. in fine, ff. de Liber. & posth.* & illa vicissim stare non possit, nisi sit facta in testamento, vt constat ex supradictis *num.* 63. estque indubitata omnium sententia: ergo non potest fieri ex interuallo post perfectum testamentum: alioqui jam testamentum fieret per partes separatim, ac diversis temporibus constitutas, quod esse non potest, cùm testamentum vno contextu fieri debeat, & aliter factum sit nullum, *l. Hæredes palam,* 21. *ff. de Testament. l. Antiquitas, Cod eod. tit.*

71 Nec obstat si dicas, quòd etiam codicilli facti ab eo qui testatus est, & tabulæ pupillares, idest Pupillaris substitutio, intelliguntur esse partes testamenti *l. pen. ff. Quemadmodum testam. aper.* & tamen ex interuallo post testamentum fieri possunt, vt de codicillis est notissimum,& de tabulis pupillaribus expresse habetur *in d. l. Siquis eum §.* 1. *ff. de Vulgari.* Id inquam, non obstat; nam vt bene respondet Trentac. *loc. cit.* tam illi codicilli,quã tabulæ pupillares sunt quid accessorium ad testamentum, & quędam illius sequelæ, non verò partes principales,vt constat *per l. Quod per manus,* 10. *& l. Ab intestato,* 16. vbi de codicillis, *ff. de Iure codicil.* & per text. *in §. Liberis autem,* vbi de tabulis pupillaribus. *Inst. de Pupillari.* Vnde mirum non est, quòd possint fieri ex interuallo post perfectum testamentum: Vulgaris autem substitutio est pars principalis testamenti, vt dictum est.

72 Confirmatur, & declaratur prædicta responsio, nam substitutio Vulgaris ita est pars testamenti, vt cum alijs partibus illius vnum testamentum componat, & naturam illius participet, ita vt in ea saltem vari possit ipsum testamentum, vt ex dictis constat. Dicti autem codicilli non cõponunt testamentum, neque participant naturam illius, sed tantùm sunt quædam appendices ipsius testamenti, in quibus illud saluari non potest, *d. l. Quod per manus, ff. de Iure codicil.* Tabulæ etiam pupillares non faciunt vnum cum testamento patris, sed ipsæ per se sunt distinctum testamentum filio impuberi factum, & in tantum dicuntur pars testamenti paterni, in quantum sunt quædam sequela, & velut appendix illius, à cujus valore pendẽt *d. l. Siquis eum, ff. de Vulgari d. §. Liberis autem, Inst. de Pupillari.* Vnde licèt tam dicti codicilli, quàm tabulæ pupillares possint fieri ex interuallo post testamentum, non censetur quòd in tali casu fiat testamentum per partes separatim,& non vno contextu, vt de jure fieri debet: secus autem, si substitutio Vulgaris ex tali interuallo fieret, cùm sit pars componens testamenti; & ideo admitti non debet quòd possit ita fieri.

Hinc verò non leue suboritur dubium, 73
nimirum, siquis testamentum fecerit, in quo Titium hæredem scripserit,& postea ex interuallo Vulgarem substitutionem fecerit, dicendo coram septem testibus, *Si Titius hæres non erit, instituo, vel substituo Seium,* an ita substituendo intelligatur voluisse facere nouum testamẽtum? In qua quæstione tam pars affirmatiua, quàm negatiua magnam cõtinet difficultatem, nam si intelligatur voluisse facere nouum testamentum, consequenter rumpetur prius testamentum, & Titius in eo institutus non poterit esse hæres; quia neque erit hæres ex primo testamẽto,siquidem est ruptum;neq; ex secundo, siquidem in eo non est scriptus, nec sola voluntas testatoris sufficit, *l. Quoties, in princ. ff. de Hæred. inst.* & positus in conditione non intelligitur in dispositione, *l. Siquis sub conditione, ff. Siquis omissâ causâ testament.* atque in specie,quod ex illis verbis, *Si hæres non erit,* non intelligatur institutus, casus est *in dict. leg. Ex facto,* 19. *ff. de Hæred. instit.* Ex quibus admittendus erit

Seius scriptus in secundo testamento valido, excluso Titio, qui in primo fuit institutus. Quod sanè videtur absurdum, cùm id sit contra voluntatem testatoris, quæ totum facit, *l. Ex facto, 2 ff. de Hæred. instit.*

74 Si autem dicamus, non intelligi illum testatorem voluisse facere nouum testamentum, videtur obstare, *l. Illud, §. Tractari, ff. de Iure codicil.* vbi à substitutione Vulgari sumitur conjectura, quòd quis voluerit facere testamentum; sic enim habet ille textus: *Nam si à Titio legata reliquit, & substitutum adscripsit, si hæres non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligitur.* Obstat etiam illa regula, quòd quando quis facit dispositionem, quæ non potest fieri codicillo, sed solùm testamento, præsumitur voluisse testari, vt si aliquem hæredem instituit, vel exhæredauit, *l. Nõ codicillum, 14. Cod. de Testament.* quam regulam tradidimus, & latè explicuimus *disp. 2. §. 2. à n. 422.* Substitutio autem de qua hìc loquimur, solùm potest fieri testamento; vt ex dictis constat. Obstat denique illa alia regula, quòd in dubio capienda est illa conjectura, quæ facit actum valere, *l. Quoties, ff. de Reb. dub. l. Quoties, ff. de Verb. oblig. & reg. 68. ff. de Reg. jur.* dicta autem substitutio non valeret, nisi intelligatur quòd defunctus ita substituendo voluit facere nouum testamentum, cùm aliàs facta ex interuallo post primum testamẽtũ, valere nõ posit, vt probatũ est.

Quid ergo dicendum? Alex. *in l. Siquis*
75 *eum, §. Si suo testamento, num. 10. ff. de Vulgari*, relatus, & explicatus per Manticam *lib. 5. de Conject. tit. 2. num. 2.* videtur sentire, quòd ex Vulgari substitutione facta ex interuallo non videatur factum aliud testamentum, & quòd factum est non tollatur, nisi appareat testatorem voluisse facere secundum testamentũ: quam sententiam magis videtur probare idem Mantica *num. 4. vers. Sed quod attinet*, dicens posse defendi, quòd Vulgaris facta simpliciter post testamentum, vt in casu proposito, non sufficit ad probandum, quòd testator voluerit facere aliud testamentum, eâ præsertim ratione, ne Titius in primo testamento institutus contra voluntatem testatoris excludatur. Et ad text. *in d. l. Illud, §. Tractari*, qui videtur contra, respondet dupliciter: primò, quod ibi est sermo, quando Titius fuit etiam expressè institutus: secundò, quòd ille textus non est contentus eâ solâ conjecturâ, quòd quis dederit substitutum, sed adjecit etiam, quòd à Titio legata fuerint relicta; quæ quidem jure veteri non poterant valere, nisi ex testamento, *§ Præterea. Inst. de Fideicommiss. hæred.* in nostro autem casu fuit simpliciter concepta sola Vulgaris substitutio. Dici potest tertio & melius, quòd in casu illius textus non supponitur fuisse antea factum testamentum, quo Titius fuerit institutus, sicut in nostro casu; in quo proinde satis appareat, quòd testator dando simpliciter substitutum hæredi instituto in testamẽto antea facto, non intendit euertere ipsum testamentum, vt contingeret, si aliud facere voluisset, sed tantũ facere substitutionem tanquam appendicem, & sequelam illius.

Hæc sententia est satis probabilis: vn- 76
de eâ retentâ, non obstant illæ duæ regulæ in contrarium allatę *num. 74.* Respondetur enim, eas procedere, nisi sequatur aliquod absurdum, vel obstet sufficiens conjectura in contrarium, vt in præsenti contingit. Nec refert quòd in hac sententia peritura sit illa substitutio: nam tolerabilius est, inutilem reddi testatoris dispositionem, quàm quòd valeat contra ejus voluntatem, *l. Verbis ciuilibus, & ibi DD. ff. de Vulgari.*

Credit etiam Mantica *sub num. 5.* dici 77
posse, quòd si per illam substitutionẽ cẽseatur factum secundum testamentum, debet intelligi ex illis verbis, *Si Titius hæres non erit*, ipsum Titium ibi esse institutum, si aliàs ab inteſtato non posset succedere, juxta *l. Siquis ita hæres instituatur, 82. ff. de Hæred. instit.* Probat quia alioqui iretur contra voluntatem testatoris, qui tunc demum voluit Seium admitti, si Titius nollet, aut non posset esse hæres; quòd eludi non de-

debet; nam voluntas totum facit, *l. Ex facto, 2. circa med. ff. de Hæred. instit.* & facit vt in testamento scriptum valeat *l. Si mihi, & tibi, in fine, ff. de Leg. 1.* Ad leges autem adductas *num. 83.* quæ probant solam voluntatem non sufficere ad institutionem hæredis, respondet eas non obstare, quia in nostro casu non solùm est voluntas, seu conjectura voluntatis, sed etiam scriptura prioris testamenti, ex qua, licèt ipsum testamentum fuerit ruptum per posterius, potest declarari, & probari intentio testatoris, *l. vlt. juxta communem intellectum, ff. de Reb. eorum.* Et hinc etiam ad *l. Ex facto, 19. ff. de Hæred. instit.* respondet eam non refragari, quia loquitur, quando positus in illa conditione, *Si hæres non erit*, non fuerat institutus: in proposito autem casu Titius fuit institutus in primo testamento, & licèt ex eo nō possit adire, supposito quòd fuerit ruptum per secundum; tamen ex secundo, quasi in eo rursus, ex illis verbis, *Si hæres non erit*, videatur institutus, poterit adire, & excludere substitutum. Hæc etiam opinio satis probabilis mihi videtur, & eò magis placet, quia juxta illam tam institutio, quàm substitutio sustinetur, juxta voluntatem testatoris, quæ ante omnia spectari debet.

78 Quæres tandem, si notarius in instrumento testamenti nuncupatiuè facti omisit scribere substitutionem Vulgarem, quæ à testatore legitimè fuerit nuncupata, an possit postea ea substitutio probari per testes? Respondetur affirmatiue ex communi, & indubitata DD. sententia; quam relatis pluribus tradit Fusar. *de Substit. q. 283. num. 1.* Colligitur *ex l. Quoties, §. 1. ff. de Hæred. instit. ex l. Errore, Cod. de Testament. & ex l. Cùm proponebatur, ff. de Leg. 2.* Ex quibus generaliter affirmat Mantica *lib. 12. de Conject. vltim. vol. tit. 16. n. 1.* non posse dubitari, quin ea, quæ fuerunt dicta à testatore, & à notario prætermissa, possint probari per testes, vt suum effectum sortiantur.

79 Quot autem testes ad dictam probationem requirantur? Respondeo breuiter, requiri illum numerum testium, qui ad testandum necessarius est, idest, requiri septem testes, si testator solùm poterat testari seruatis solemnitatibus juris Ciuilis. Ita sentiunt Glos. *in d. l. Cùm proponebatur, verb. Conjectura, ff. de Leg. 2.* Barth. *ibi num. 3.* Bald. Angel. & Imola *in d. l. Quoties in princip. ff. de Hæred. instit.* Jas. *in d. l. Errore, num. 7. Cod. de Testament.* Decius *in l. Si librarius numer. 10. ff. de Regul. jur.* & alij quos citat & sequitur Mascard. *de Probat. concl. 643. num. 1. & seqq. vol. 2. & coneluf. 1343. num. 9 & 11.* Qui omnes docent, quòd ad probandam dispositionem factam in testamento, & omissam in scriptura illius, requiruntur septem testes, & ad probandam factam in codicillis, requiruntur quinque, sicut ad faciendum ipsū testamentum, vel codicillos. Vnde cùm substitutio de qua loquimur facta sit in testamento, & in eo tantùm fieri possit, vt supponimus, & probatum est, *num. 73.* fit vt ad illam probandam septem testes sint necessarij. Et idem est de qualibet alia substitutione directa, vt in specie concludit Mascard. *d. concl. 1343. n. 12.*

Si verò loquamur de substitutione Fi- 80
deicommissaria, videtur quòd ad eam probandam sufficiunt quinque testes, licèt sit facta in testamento, vt docet Fusar. *de Substit. q. 283. num. 3.* vbi pro hac ipsa resolutione allegat Glos. Barth. & alios ex proximè citatis; qui tamen id non asserunt, sed potiùs oppositum; nam absolutè dicunt, quòd dispositio facta in testamento debet probari septem testibus, & loquuntur nominatim in casu *d. l. Cùm proponebatur*, in quo fuerat omissa quædam substitutio Reciproca in fideicommisso particulari, quæ tam in testamento, quàm in codicillis fieri poterat. Vnde in specie quòd substitutio Fideicommissaria in scriptura testamenti omissa septem testibus probanda sit, licèt clausula Codicillaris in eo contineatur, tradit post alios Surd. *in cons. 129. & cons. 147. n. 1. lib. 1.* prout illū refert Fusar. *d. q. 283. n. 7.* Nihilominus tamen prædicta Fusarij opinio mihi videtur satis probabilis, quia non debet requiri maior numerus

testium ad probandam dispositionem testatoris, quàm qui ad eam legitimè faciendam sufficiens est: cõstat autem quòd substitutio Fideicommissaria cum solis quinque testibus fieri potest; siquidem potest fieri in codicillis, qui maiorem numerum testium non requirunt, *l. vlt. prope fin. C. de Codic.* Quare hoc ipsum etiam dicendũ est in legatis, & alijs dispositionibus, quæ in codicillis fieri possunt, nihil obstante quòd sint facta in testamento.

81 In ijs verò, quæ solùm possunt fieri in testamento, cujusmodi sunt datio, & ademptio hæreditatis, & substitutiones directæ, tenenda omnino est sententia Glossæ, & aliorum, quos supra allegauimus, quæ sententia communissima est; licèt non defuerint, qui absolutè asserent, quòd ad probandum errorem notarij commissum in scriptura testamenti, duo testes sufficiunt, vt videre est apud Manticam *de Conject. vlt. vol. lib.* 3. *tit.* 13. Mascard. *d. concl.* 1343. *num.* 10. & Fusar. *d. q.* 283. *num.* 6. vbi nonnullos allegãt, illud autem notandum, si error solùm cõtigerit circa solemnitatem testamenti, vt si notarius solùm descripsit sex testes in testamento, posse eum errorem probari per duos testes, vt est communis sententia, quam relatis pluribus tradit Mantica *de Conject. lib.* 12. *tit.* 16. *num.* 16. *& seqq.* Aliud namque est probare dispositionem testatoris, ad cujus probationem est necessarius idem numerus (imò & eadem qualitas) testium, qui ad illam faciendam; aliud probare testamenti solemnitatem, licèt hæc etiã sit de substantia testamenti.

Notandum etiam, prædicta intelligi, &
82 procedere seclusis priuilegijs, nam si testamentum, vel dispositio sit priuilegiata, vt possit fieri cum duobus testibus, vt si est facta ad causas pias, vel inter liberos, tunc non maiorem testium numerum requiri ad illius probationem, & ita loquendo de dispositione, & testamento inter liberos docent Mantic. *d. tit.* 16. *n.* 11. & Fusar. *d. q.* 283. *n.* 11. Plura circa probationem errorum in testamentis contingentium videri possunt apud Manticã, & Mascard. *loc. cit.* vbi planè hanc materiam tractant.

§. 4. *De conditione,* Si institutus hæres non erit, *quæ in Vulgari substitutione interuenit, quomodo intelligatur?*

SUMMARIUM.

CONditio, Si hæres non erit, *in substitutione Vulgari facta ei, qui erat sui juris, & talis à testatore cognoscebatur, intelligitur, si nec sibi, nec alteri, cui postea mutata conditione fuerit subjectus, hæreditatem acquisierit. In substitutione autem facta ei, quem testator sciebat esse alieni juris, vt quia erat seruus alicujus tertij intelligitur, si nec ei cui subjectus est, nec sibi, mutata conditione, acquisierit hæreditatem; num.* 83.

Si testator vulgariter substituit ei, quem putabat esse sui juris, cùm reuerà esset seruus cujusdam tertij, tali putato libero adeunte, diuidenda est hæreditas inter ejus dominum, & substitutum; n. 84. *Vtrum diuidenda sit æqualiter? n.* 85.

Si verò econtra, testator instituit hominẽ liberũ, quẽ putabat esse seruũ, eiq; vulgariter substituit, illo adeunte, omnino excluditur substitutus, & vtrũ etiam excludendus sit dominus putatiuus? num. 86. *& seq.*

Quãdo existimatus seruus cẽseatur institutus contemplatione domini? n. 87.

Si testator instituit filiũfam. quẽ putabat esse sui iuris, eiq; vulgariter substituit, vtrũ eo adeũte hæreditas, aut saltẽ vsusfructus, inter ejus patrem, & substitutum diuidi debeat? n. 88. *& seqq. Et quid si ille hæreditatem repudiet? n.* 89.

Quid si testator instituit quem putabat esse sui juris, cũ tamen esset monachus, ei vulgarẽ substitutũ adscripsit? n. 91.

Vtrum in d conditione, Si hæres non erit, *nomine hæredis veniat etiam bonorum possessor, seu qui solùm vtiliter est hæres, prout de jure Prætorio? n.* 92.

Bonorum possessor etiam in odiosis, & correctorijs venit nomine hæredis, ibid.

Conditio Vulgaris substitutionis Si hæres nõ erit, *intelligitur de hærede ex testamẽto, si institutio præcesserit; num.* 93.

Si

Si institutus sit hæres legitimus, & is repudiet hæreditatem ex testamento, quamuis velit succedere ab intestato, locum facit substituto; ibid. Et quid si talis institutus non sit capax succedendi ex testamento, sed solùm ab intestato, vt filius spurius, qui mortuo patre testatore legitimaretur? num. 94.

EX superioribus constat, & certissimum est, in omni substitutione Vulgari necessariò interuenire, seu includi conditionem, *Si institutus non erit hæres*, circa quam plura veniunt explicanda; & ante omnia, quomodo illa sit intelligenda.

Hæc igitur in re constat de jure, quòd
83 quando datur substitutus vulgaris ei, quem testator sciebat, aut non falsò putabat esse sui juris, per illa verba, *Si hæres non erit*, intelligitur, si nec sibi, nec alteri cui postea mutata conditione fuerit subjectus, hæreditatem acquisiuerit: & similiter, quando substitutio fieret ei, quem testator sciebat subjectum esse alieno juri, vt quia erat seruus alicujus tertij, idque testator nouerat, per dictam cõditionem, *Si hæres non erit*, intelligitur, si nec eum, cui subjectus est, hæredem fecerit, nec sibi mutata conditione acquisierit hæreditatem. Ita expressè habetur *in l. Si pater familiàs, 40. ff. de Hæred. instit. & §. vlt. Inst. de Vulgari subst.*

Quando autem testator falsò putabat
84 illum esse sui juris, quia reuerà erat seruus cujusdam tertij, distinguendum est; nam vel apparet mentem testatoris fuisse, vt illa verba, *Si hæres non erit*, acciperentur juxta interpretationem juris; & tunc intelliguntur, & valent eodem modo, sicut quando referuntur ad eum, quem testator sciebat esse seruum, ideſt, ac diceret, *Si nec domino, nec sibi, mutata conditione, hæreditatem acquisiuerit:* vnde in tali casu, si ille seruus jubente domino hæreditatem adiuerit, substitutus excluditur, & dominus fit hæres: vel apparet, quòd testator solùm voluit, vt ille, quem liberum putabat, sibi omnino hæreditatẽ quæreret, ita vt eum minimè instituisset, si sciret esse seruum; & tunc conditio, *Si hæres non erit*, non intelligitur cum adjectione, *nec alium hæredem fecerit*: vnde in hoc casu, licèt ille seruus domino jubẽte hæreditatem adeat, substitutus admittitur, excluso domino, cùm seruus sibi quærere non possit, nec dominus per illũ acquirere contra voluntatem testatoris. Sic quoad vtrumq; casum habetur *in l. Cùm proponas, C. de Hæred. inst.* Vel non appareat de mente testatoris: & tũc, cùm dubiũ sit, vtrum dicendo, *Si hæres non erit*, voluerit testator, vt ea verba acciperentur juxta prædictam interpretationem juris, secundùm quam, seruo illo adeunte, dominus admittitur, & substitutus excluditur, an potiùs vt acciperentur juxta propriam ipsius testatoris opinionem, ideſt, cum restrictione ad casum, quo institutus esset liber, & sibi posset hæreditatẽ quærere, vt testator putabat, in quo casu, excluso domino substitutus admittitur, vt dictum est, neuter in totũ excluditur, sed si talis seruus hæreditatem adeat, diuidẽda est hæreditas inter illos, ideſt inter dominum, & substitutum. Sic habetur *in d. l. Si pater, ff. de Hæred. instit. & in d. §. vlt. Inst. de Vulgari.*

Vtrum autem prædicta diuisio æqualibus portionibus facienda sit, nec ne? Respõdent affirmatiuè, & merito, Polit. *tract. de Subst. de subst. Vulgari, partic. 3. sub. n. 2.* Alex. Trentac *de Subst. p. 1 c. 9. n. 3.* licèt contrarium teneant Glos. & communiter DD. *in d. l. Si pater, & d. §. vlt.* nam licèt in his textibus dicatur, quòd in casu ibi proposito fient duo semisses, & alter eorũ diuidetur inter dominum, & substitutum, id propterea dicitur, quia seruus, de quo ibi agitur, non fuit institutus ex asse, sed ex parte, vtpote cui datus fuit cohæres Sẽpronius, qui ei substitutus est, vt manifestè colligitur ex textu *in d. l. Si pater*, ibi: *Eiq; si hæres non esset, Sempronium cohæredem substituerit*; in qua specie cùm seruus solũ fuerit institutus pro dimidia parte hæreditatis, rectè statuitur solam illam dimidiã diuidendã esse inter dominũ, & substitutũ, propter dubiũ jus vtriusq; circa partem, in qua seruus fuerat institutus. Et

hinc manifestè sequitur quòd si hujusmodi seruus institutus sit ex asse, tota hæreditas in assignato dubio inter dominũ,& substitutũ æquis portionibus diuidenda est,vt nostra resolutio affirmat,quã etiam tenet Donel. *lib.6.de Iure ciuili,c.24.verſ. Solam,per l.Et hoc* 41.*ff.de Hæred.inſtit.*

86 Dubitabis autem quid dicendum, si è contrario testator instituit hominem liberum, putando esse seruum, eique substitutum dedit?Nonnulli ex antiquis DD. quos refert Corneus *in d.l. Cùm proponas num.* 19. *Cod. de Hæred. inſtit.* tenent idem, quod in præcedenti casu, scilicet diuidendam esse hæreditatem inter substitutum, & eum cui institutus adeundo acquirit. At communis resolutio est,quòd talis seruus putatiuus sibi totam hæreditam acquirit. Ita resoluunt Glos. communiter receptã, *Inſt. de Vulgari ſubſt. in fine* dicens hoc esse citra dubium, Barth. *in d.l. Cùm proponas, numer.* 9. Bald. *ibid. num.*19. dicens hoc esse indubitanter verum, ibidem etiam Salicet. *num.* 8. & alij, & Polit. *d.partic.*3.*num* 2. Rationem optimam reddit Bartholus, quia si ille institutus esset verè seruus, & fuisset manumissus ante aditionem, hæreditas ei quæreretur, vt per *d.l.Si pater, ff.de Hæred. inſtit.* ergo multò magis ei quæritur existenti libero tempore institutionis, cùm non minùs dilectus censeri debeat existens liber, quàm si esset seruus. Hæc resolutio procedit simpliciter, & de plano in instituto contemplatione sui. Si enim sit institutus contemplatione domini putatiui, credit Polit. *loc. citat.* quòd illi tantùm acquiret. argum. *d.l.Cùm proponas, & l.penult. Cod.de Iure deliber. & l Filiofamil.*42. *ff. de Condit.& demonſtr. & l.Si filio,*24.*ff.de Donat. cauſ.mor.* Quòd tunc solùm ministerium acquirendi domino in eo sit consideratum, vnde non minùs videtur illi acquirere, quàm si esset verè illius seruus.

87 Nihilominus, præfata communis resolutio etiam in instituto contemplatione domini procedit, cum hoc tamen addito, quòd sic institutus tenetur hæreditatem sibi aditione acquisitam restituere domino, vt constat ex *l.Liber homo, ff. de Acquir. rer. dom.* vbi Barthol. & Glos. *verb. Eſſe*, quæ inde infert eum institutum cogendum esse adire, & restituere, & *ex l. Homo liber ff. eod.* vbi Glos. id latiùs declarat,& tradit etiam Corneus *in d.l.Cùm proponas, num.*19. Hoc autem juxta textus, & DD. citatos,intelligitur de instituto contemplatione domini illum bona fide possidentis, opusque est vt ipse possessus sciens conditionem suam quòd scilicèt liber sit) hæreditatem adierit, vt habetur *in d.l.Homo liber.*ignarus enim suæ conditionis, nulli quærit, vt ibidem latè declarat Glos. quæ alias etiam declarationes, & molestas limitationes ponit,quas videas cùm casus occurrerit. Pro casu etiam,quo dominus putatiuus mala fide possidebat institutum, videri potest Corneus *loc. citat.* Tunc autem censetur seruus institutus contemplatione domini, quando testator sciebat, aut opinabatur illum esse seruum, & non constat, quòd eum instituerit gratiã ipsius. Nam eo ipso, quòd institutus est, vt seruus, & non constat aliàs de mente testatoris præsumitur institutus contemplatione domini, vt probat text.*in d.l.Filiofamil.*42.*ff de Cõdit. & demonſtr. & in d. l.penult. Cod. de Iure deliber.* vbi Barthol. Bald Jas. & cæteri omnes, idem Jas. *in d. l. Cùm proponas*, Menoch. *de Præſumpt. lib.*4.*præſumpt.*22.*num.*3. & alij quos refert.Idem tenet Polit. *d.partic.*3.*num* 18. saltem in casu, quo in institutione facta est mentio domini,vt si dictum est,*Inſtituo Stichum ſeruum Titij*, id enim ad minimum conuincitur per *d. l. penult. Cod. de Iur. deliber.* vbi id expressè habetur.

88 Dubitabis præterea, si testator instituit filiumfamil. quem putabat patrem fam.l; seu sui juris, & si hæres non foret,dedit substitutum, an in tali casu, si ille institutus hæreditatem non adeat,locum habeat dispositio *d. l. Si paterfamilias, ff. de Hæred. inſtit.*vt scilicet hæreditas partim acquiratur patri, & partim substituto? In hac quæstione si loquamur spectato tantùm jure Digestorum, communis sententia est affirmatiua, quam tenent

Glos.

Glos. *in l. Siquis filiumfamil. in princip.* & ibi Barth. & Alex. *ff. de Acquir. hæred.* idem Barth. Bald. Imola, Jason. Roma. Angel. & Ripa *in l. Cùm filiofamil. ff. de Leg.* 1. & alij quos citat & sequitur Trentacinq. *tract. de Substitut. p.* 1. *cap.* 9 *num.* 4. Ratio est, quia de jure Digestorum filiusfamil. æquiparatur seruo quoad facultatem acquirendi, nam vt seruus quidquid acquirit, domino acquirit, ita quidquid acquirebat filius, patri acquirebat, *l. Placet, ff. de Acquir. hæred.* igitur qua ratione per *l. Si pater*, determinatum est in seruo, quem testator liberum putabat, vt eo adeunte, pars hæreditatis acquireretur domino, & alia pars remaneret substituto, vt *num.* 48 declaratum est, eàdem planè hoc ipsum cum proportione procedit in dicto filio, si jus Digestorum spectemus.

89 Si autem loquamur spectato jure Codicis, ex quo hodie in Aduentitijs filiusfamil. sibi acquirit proprietatem, & solus vsusfructus quæritur patri, *l. Cùm oportet, & l. final. in princip. Cod. de Bon. quæ liber.* resolutio est, quòd adita hæreditate per filiumfamil. in casu proposito, tota hæreditas quoad proprietatem acquiritur ipsi filio, & non habet in ea locum dispositio *d. l. Si pater famil.* nam hæc solùm procedit quando institutus non potest sibi acquirere, sed alteri. Et ita tenent Bald. Imol. Paul. de Castro Cuman. Alex. & Jas. *in d. l. Siquis filiumfamil. ff. de Acquir. hæred.* Alex. Socin. & Ripa *in d. l. Cùm filiofamil. ff. de Leg.* 1. Alex. Trentacinq. *loco proximè citat.* & cæteri communiter. Si autem ille filius hæreditatem repudiet, probabile est quòd tunc facienda est diuisio inter patrem, & substitutum, juxta formam *d. l. Si pater famil.* vt cum alijs resoluit idem Trentacinq. Nam cùm hodie de jure Codicis *in d. l. final. Cod. de Bon. quæ liber.* possit pater adire, & obtinere totam hæreditatem à filio repudiatam, & probabile sit hoc ipsum procedere licèt filio datus sit substitutus (qua de re infra) rectè in casu proposito dicemus, quòd propter contrarias rationes, quæ ex vna parte faciunt pro patre, & ex alia pro substituto (qui aduersus patrem potest allegare contra mentem testatoris esse, quod ille admittatur, cùm filium instituerit, existimando esse patremfamil.) locum inter illos habet prædicta diuisio, dato quòd pater aliàs non esset in totum excludendus ex eo quod filio datus est substitutus.

Quoad vsumfructum verò, qui adita 90
per filium hæreditate patri acquiritur, multi tenent quod in casu proposito facienda est prædicta diuisio inter patrem, & substitutum. Ita sentiunt Bald. Imol. Alex. Jas. & alij *in d. l. Siquis filiumfam.* estque communis sententia, vt testatur Trentacinq. *vbi sup. vers. Tertius, & vltimus.* At oppositum tenet merito idem Trentacinq. cum Fulgoso *in d. l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* Socin. *in d. l. Cùm filiofamil. num.* 27. & Ripa *ibidem num.* 50. *ff. de Leg.* 1. Ratio est, quia prædicta diuisio solùm habet locum, quando propter cõtrarietatem rationum inter substitutũ, & eum, cui institutus acquirit, est dubiũ, vter ad hæreditatem sit admittendus, vt ex dictis constat; in præsenti autem tale dubium non est, nam non dubitatur circa acquisitionem hæreditatis: hæc enim soli filio eam adeunti acquiritur, nihil obstante quòd vsusfructus acquiratur patri; quia non ei acquiritur vt hæredi, sed vt singulari successori: cùm vsusfructus sit res particularis, & non portio hæreditatis.

Dubitabis vlteriùs, quid juris, si testa- 91
tor instituit aliquem, quem putabat esse sui juris, cùm tamen esset monachus in monasterio succedendi capaci? an scilicet si tali instituto datus sit substitutus, diuidenda sit hæreditas inter ipsum substitutum, & monasterium, juxta formam *d. l. Si paterfamil. ff. de Hæred. instit?* Quæ dubitatio procedit, quando aliàs non constat de mente testatoris. Et ratio dubitandi pro parte affirmatiua est in prõptu, quia monachus æquiparatur seruo quoad hoc, vt quemadmodum seruus solùm acquirit domino, ita monachus solũ acquirit monasterio: igitur quemadmodum instituto seruo, quem testator puta-

bat sui juris, hæreditas diuiditur inter dominum, & substitutum, vt disponitur *in d.l. Si paterfamil.* quando aliàs non constat de mente testatoris, vt supra declaratum est; ita pariter in præsenti casu videtur fieri debere diuisionem inter monasterium, & substitutum. Nihilominus contrarium est tenendum; quia fauore piæ causæ præsumitur, quòd testator etiam si sciret illum honoratum esse monachum, & consequenter hæreditatem deuenturam esse ad monasterium, illum nihilominus instituereț: nam in dubio capienda est conjectura, quæ sit fauorabilis institutioni, & monasterio vt bene Mantica *lib. 4. de Conject. vltim. vol. tit. 7. numer. 19.* qui inde infert, valere institutionem, & quæri hæreditatem monasterio, quando testator instituit aliquem, qui erat monachus, quem ignorabat esse ingressum in monasterio. Dispositio autem *d.l. Si paterfamil.* ex qua prædicta diuisio introducta est, solùm habet locum, quando præsumptio voluntatis testatoris non stat magis pro eo, cui institutus acquirit, quàm pro substituto, & sumitur ex *d.l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. inst.* & satis ex ipsis terminis patet.

Dubitabis tandem, vtrum nomine hæ-
92 redis, in dicta conditione intelligatur etiam bonorum possessor, itaut cùm dicitur, *Si institutus non erit hæres*, non solùm intelligatur, si non erit hæres directè, ac strictè, prout de jure Ciuili, sed etiam, si non erit hæres vtiliter, & lato modo, prout de jure Prætorio, ex quo non datur propriè hæreditas, sed bonorum possessio, §. *Quos autem, Inst. de Bonor. possess?* Respondetur, etiam bonorum possessorem intelligi, vnde si institutus solùm petat, & obtineat bonorum possessionem secundùm tabulas, id sufficit vt conditio deficiat, & substitutus excludatur. Ita omnes, ac nominatim Barth. *in l. 1. num. 52. ff. de Vulgari, per text. in l. Puberem, 2. Cod. de Iure deliber. & in l. In conditionibus, 19, §. Si patronus per eum text. ff. de Condit. & demonstr. & per text. in l. 1. §. Bonum, ff. Ad Trebel.* Polit. *de Substitut. tit. de substit. Vulgari, partic. 3. numer. 5. fine*, & Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap. 3. sub num. 2. vers. Quarta est*, qui id tradunt tanquam indubitatum. Ratio est, quia bonorum possessor, licèt secundùm juris subtilitatem non sit propriè hæres, attamen est hæres vtiliter, & in effectu, ac per omnia proprio hæredi æquiparatur, vnde etiam in odiosis, & correctorijs venit nomine hæredis simpliciter dicti, vt latè probat Polit. *supr. num. 8.* & Trentacinq. *num. 6. vbi plures refert.*

Illud verò addendum, dictam condi- 93
tionem, *Si institutus non erit hæres*, intelligi de hærede ex testamento, *l. Hæres instituta, & ibi DD. Cod. de Impuber. & alijs substit. l. Filium emancipatum, Cod. de Acquir. hæred.* Vnde si hæres scriptus habens vulgarem substitutum, sit etiam hæres legitimus, & repudiet hæreditatem ex testamento, licèt velit succedere ab intestato, locum nihilominus facit substituto *d. l. Hæres instituta.* Hoc autem solùm procedit, quando institutio præcedit substitutionem, nam si non præcedat, vt quando datur substitutus hæredi legitimo, juxta *l. Siquis ita hæres instituatur. 82. ff. de Hæred. instit.* clarum est non intelligi dictam conditionem de hærede ex testamento. Sic docent Polit. *d. partic. 3. num. 5.* & Trentacinq. *d. cap. 3. num. 2.*

Aduertit etiam idem Trentacinq. præ- 94
fatam resolutionem principalem procedere, licèt institutus non potuerit esse hæres ex testamento, sed solùm ab intestato, vt in casu quo pater instituerat filium spurium, qui mortuo patre legitimaretur: constat enim ex communi DD. quòd per talem legitimationem non validatur institutio, sed tamen potest legitimatus succedere ab intestato, præiudicando alijs ab intestato venientibus, qui nondum hæreditatem adiuerunt, juxta not. *in l. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de Liber. & posth.* Si ergo ponamus quòd tali filio datus est substituțus vulgaris, & ille velit succedere patri ab intestato non vtique admittetur, sed substitutus succedet, per *d. l. Hæres instituta*, vbi ita resoluit Curt. jun. dicens, id esse ex mente omnium scri-

ben-

bentium. Quòd si opponas, hoc videri contra voluntatem testatoris, qui censetur voluisse, vt quoquo modo filius potuisset esse hæres, substitutum excluderet. Respondet Trentacinq. quòd propter hanc rationem, si testator esset juris doctor, qui sciret talem filium solùm posse succedere ab intestato, verisimile est, quòd dando illi substitutum, si hæres non esset, intellexit, si neque ab intestato hæres esset; secus autem si testator esset idiota. Cæterùm mihi longè verius apparet, quòd siue testator esset doctus, siue indoctus, non intendit quòd substitutus posset excludere filium vllo in casu, quo is posset, & vellet esse hæres, & sic in casu proposito teneo, quod conditio, *Si hæres non erit*, intelligitur etiam ab intestato. Neque obstat *d. l. Hæres instituta*, nam loquitur quando hæres poterat adire ex testamento, & noluit: in quo casu sibi debet imputare, si per substitutum excludatur, etiamsi velit succedere ab intestato.

§. 5. *Quando dicta conditio*, Si nõ erit hæres, *censeatur impleta, ad hoc vt sit locus substituto?*

SUMMARIUM.

Substituto non est locus, quandiu institutus jure suo admitti potest, sed vbiprimum desijt posse esse hæres,, vt quia repudiauit, &c. num 95.

Si institutus repudiauit, sed tamen potest in integrum restitui, an interim dum non restituitur, admittatur, & possit adire substitutus? Respondetur affirmatiuè; num. 96. cum seqq.

Si autem institus solùm repudiasset de jure Ciuili, & vellet venire de jure Prætorio, vel econtra, substitutus non admittitur; num. 97.

Institutus qui repudiauit, si restituatur, solùm fit hæres vtiliter, & cur? numer. 98.

Si pater instituit filium, quem habebat in potestate, & illi dedit substitutum vulgarem, filius autem se abstinuit ab hæreditate, an substitutus statim admittatur, vel expectandum sit triennium, intra quod hæres Suus potest suam abstentionem reuocare? numer. 99. & seq.

Vtrum facultas reuocandi abstentionem, quæ Suis hæredibus concessa est, solum competat ijs, qui retinent jus Suitatis? num. 100.

Vtrum postquam substitutus admissus est ad hæreditatem filijfamilias, qui se ab ea abstinuit, possit talis filius pœnitere, & auocare à substituto hæreditatem illi jam acquisitam? num. 101 & seqq.

Minor petens restitutionem aduersus repudiationem hæreditatis, restituitur, & ipsas etiam res per substitutum alienatas recuperat, & quomodo id sit intelligendum? num. 102. & seq.

Facultas reuocandi intra triennium abstentionem hæreditatis hæredibus Suis concessa non impeditur per jus accrescendi competens cohæredi, nisi cohæres sit extraneus; num. 106.

Ius Suitatis tollitur per dationem cohæredis extranei; ibid.

PRocedendo vlteriùs circa præfatam conditionem, regula in proposita quæstione est, eam conditionem non censeri impletam, atque adeo non esse locum substituto, quandiu institutus jure suo admitti potest, *l. Quandiu institutus, 68. ff. de Acquir. hæred.* sed cùm primũ desijt posse esse hæres, vt quãdo excluſus est repudatione, vel morte, vel defectu conditionis, sub qua institutus est, vel alio quouis modo, sic Barth. *in l. 1. num. 19. fine, ff. de Vulgari*, Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 24. vers. Vt primo.* Politus *de Substitut. tit. de Substitut. Vulgari, partic. 3. num. 11.* Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 4. num. 2.* & omnes. Quomodo autem hæc regula accipienda sit, intelligetur ex resolutione sequentium quæstionum. 95

Prima quæstio est, si institutus repudiauit, sed tamen potest in integrum restitui, & est spes quòd restituetur; vt quia 96

erat

erat minor, & reperitur læsus, an interim dum non restituitur, admittatur, & possit adire substitutus? Respondetur affirmatiuè. Sic Barth. *in d.l.* 1. *num.* 19. vbi etiam Alex. Jas. Socin. Ripa, & alij communiter, *ff. de Vulgari*, Glos. Barth. & Bald. *in l. Etsi sine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Min.* Bald. de Vbald. *tract. de Substitut. rubr. de Substitutione Vulgari, num.* 12. Politus *d. particula* 3. *sub num.* 11. Trentacinq. *d. cap.* 4. *num.* 3. & cæteri communiter per text. *in d. §. Sed quod Papinianus.* Nec obstat prædicta regula, quòd dum institutus potest admitti non est locus substituto. Nam juxta Barth. *d. num.* 19. & cæteros communiter, intelligitur, dum potest institutus admitti jure ordinario, & communi: non autem si solùm possit admitti jure speciali, vt in casu præsenti.

Hic tamen aduerte, quando institutus
97 solùm repudiasset de jure Ciuili, & vellet venire de jure Prætorio, vel econtra, non admitti substitutum ex tali repudiatione, vt bene cum communi DD. tradit Barth. *in l. Nec is, §.* 1 *num.* 3. *ff de Acquir. hæred.* Ripa *in d. l.* 1 *num.* 120 *ff. de Vulgari*, Bald. *in l. Suum hæredem*, & ibi Salicet. & alij communiter, *C. de Iure deliberandi*, Trentacinq. referens plures *d. p.* 1 *cap.* 20 *num.* 4. & Fusar. *de Substitut. q.* 37 *numer.* 1. contra Glos. *in d. l. Suum hæredem*; nam in tali casu procedit dicta regula, *Quod quandiu institutus potest succedere, præfertur substituto.* Quando autem institutus simpliciter repudiauit hæreditatem, tunc manet simpliciter excluſus, vt citati DD. notant; & ideo licèt per aliquod remedium extraordinarium possit admitti, vt in nostro casu, interim dum ei non succurritur, admittitur & potest adire substitutus.

98 Addit Polit. *loc. citat.* & Trentacinq. *d. p.* 1 *cap.* 4 *num.* 3. *vers. Verum*, quòd vbi quis simpliciter repudiauit hæreditatem, licèt possit restitui, vt in nostro casu, tamen ita manet excluſus, vt ampliùs non possit esse hæres, nam restitutio non facit hæredem *d. §. Sed quod Papinianus*, (est enim remedium Prætorium: Prætor autem hæredem non facit, *§. Quos autem, Inst. de Bonor. possess.*) sed vtiles tantum actiones per eam transferuntur, & ideo non mirum, si illo instituto repudiante, statim admittatur substitutus, cùm facta repudiatione, statim verum sit, quòd institutus non potest ampliùs esse hæres, scilicet propriè, ac directè, sed solùm vtiliter per restitutionem. Non placet tamen hæc ratio, quanuis Politus eam maximè cõmẽdent, & Trentacinq. eam sibi arroget, tanquam nouè à se inuentam: nam etiam quando institutus repudiauit tantùm de jure Ciuili, non potest ampliùs esse hæres directè, sed solùm vtiliter, nimirum, de jure Prætorio, cui non renuntiauit, & tamen in tali casu, dum de jure Prætorio admitti potest, non est locus substituto, vt dictum est. Quare tradita communis resolutio eo potissimùm fundamento sustinenda est, quòd ille institutus manserit simpliciter excluſus per repudiationem, & remedium restitutionis, ex quo adhuc potest admitti, cùm sit extraordinarium in consideratione non est ad tollendum effectum substitutionis, qui ante ipsam restitutionem causandus est, vt latiùs declarat Ripa apud Trentacinq. *loco proximè citat.*

Secunda quæstio est, si pater instituit 99
filium, quem habebat in potestate, & illi dedit substitutum vulgarem; ipse autem filius se abstinuit ab hæreditate, nolendo esse hæres patris, an substitutus statim admittatur, vel expectandum sit triennium, intra quod hæres Suus potest suam abstẽtionem reuocare, beneficio *legis fin. Cod. de Repud. hæred?* Pro resolutione aduerte, valde controuersum esse, vtrum per Vulgarem substitutionem factam filio in potestate tollatur existentia Suitatis? Qua in re communior sententia est affirmatiua, præterquam in quibusdam casibus, quos adducit, & latè declarat Trentacinq. *de Substitut. p.* 1 *cap.* 14 *à n.* 2. & Fusar. *de Substit. q.* 52. Alia verò sententia, quæ etiam est multorum DD. simpliciter hunc effectum negat substitutioni Vulgari. Quarum opinionum, quę nobis potior videatur, infra suo loco aperic-

riemus; hic solùm statuo vtramque esse probabilem, & grauissimorum Doctorum. Hoc posito veniendo ad præsens institutum, dico, quod retenta priori opinione magis communi, locum non habet præsens quæstio, nisi tantùm in illis casibus, in quibus etiam illa opinione admissa Suitas non tollitur per dationem substituti: nam beneficium *d.l. fin.* quo dictum triennium ad reuocandum permittitur, solùm fuit concessum hæredibus Suis, id-est, jus Suitatis retinentibus, & illis tantùm competit, vt cum Glos. Barth Baldo, Angel. Alex. & communi DD. *in d.l.fin.* resoluit Trentacinq. *d.p.* 1. *cap.* 4. *num.* 4. licèt Politus contrarium suadere conetur, *tract. de Substitut. tit. de Substit. Vulgari, partic.* 3. *num.* 11. & 12. vbi contendit, quòd etiam sublato jure Suitatis per dationem substituti, gaudet filius beneficio illius legis fin. quod etiam relatis alijs tuetur Menchaca *lib.* 3. *de Succeß. creat.* §. 21. *num.* 187. Admissâ verò posteriore opinione, procedit quæstio simpliciter, & indistinctè: cujus proinde sensus est, vtrũ in sententia, vel casibus, in quibus per Vulgarem substitutionem non tollitur existentia Suitatis, si filius se abstineat à paterna hæreditate, admittatur statim substitutus, non expectato illo triennio ad reuocandam abstentionem concesso?

100 In quæstione igitur sic proposità duplex est sententia. Prima negatiua, quam tenent Paul. Castr. & Fulgos. *in d. l. fin. Cod. de Repud. hæred.* & idem Castro *in l. Siquis suus, ff. de Iure deliber.* argum. *d. l. Quandiu institutus, ff. de Acquir. hæred.* ex qua habetur, quòd quandiu institutus potest admitti, non admittitur substitutus. Sed hoc fundamentum facilè excluditur: nam regula illius legis procedit, quandiu institutus potest admitti de jure communi, & ordinario, non autem si de jure speciali, vt in præsenti casu; nam ea, quæ sunt de jure speciali non habentur in consideratione, *l. Quòd si Minor, §. Scæuola, ff. de Minor.* Secunda ergo, & receptior sententia est affirmatiua, quòd scilicet statim admittatur substitutus, non expectato lapsu illius triennij. Hanc tenent Glos. *in d.l.fin. & ibi* Alex. *sub. numer.* 6 *Cod. de Repud. hæred.* Barth. Bald. Angel. & Imola *in d. l. Quandiu*, Politus *de Substitut. tit. de Vulgari substitutione partic.* 3. *num.* 13. Trentacinq. *d.p.* 1. *de Substitut. cap.* 4. *sub num.* 6. Fusar. *de Substit. q.* 40. *num.* 1. & plures alij quos refert. Ratio est, quia vbi ille filius recusauit, se abstinendo, statim excluditur: ergo fit locus substituto. Nec refert, quòd adhuc possit pœnitere, & admitti; cùm hoc sit de jure speciali, quòd non est in consideratione, vt dictum est.

Dubium autem non leue est, vtrum ad- 101
misso substituto infra illud triennium, juxta prædictam secundam sententiam possit adhuc filius pœnitere, & auocare à substituto hæreditatem, jam illi per aditionem acquisitam? Negant, si filius non esset Minor, Glos. *in d. l. fin. Cod. de Repud. hæred.* & ibi Bald. Angel. Alex. Jas. & alij, Glos. *in l. Siquis suus, ff. de Iure deliber.* Glos. Bald. Raphael, & Jacob de Auen. *in l. 2. Cod. de Iuris, & facti ignor.* Padill. dicens esse communem opinionẽ *in l. Cùm ignorantia, num.* 7. *Cod. eod.* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Tuo itaque testatore, num.* 139. *de Testament.* & alij. Mouentur primò per text. *in d.l.fin.* tum quatenus solùm permittit, vt Suus hæres post abstentionem possit pœnitere, si res sit integra, seu in eodem statu permanens; postquam autem substitutus hæreditatem acquisiuit, jam res non est integra: tum etiam quatenus ille textus vult, vt filius reuocata abstentione efficiatur hæres Suus, & sic directus, quòd esse non posset, si admitteretur postquam substitutus adiuit; nam sequeretur, quòd essent simul duo hæredes directi in solidum; siquidem substitutus postquam semel fuit effectus hæres per aditionem, non posset desinere esse hæres, *l. Etsi fine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minorib.* Consequens autem est falsum, *l. Si vt certo, §. Si duobus, ff. Commodati.* Mouentur secundò per text. *in l. Filij, §. 1. ff. Ad Tertul.* vbi filius repudians hæreditatem maternam, si intra annum pœniteat, admittitur, dummodo adeat, antequam cõ-

san-

sanguineus, seu agnatus adjuerit. Ex quo à paritate rationis dicendum similiter videtur pro nostro casu, quòd filius recusans paternam hæreditatem, ita demùm admittitur intra dictum triennium, si pæniteat, & adeat antequam adiuerit substitutus. Tertiò denique mouentur, quia jus accrescendi, quod dicitur tacita substitutio, *l. Si Titio, §. Iulianus, ff. de Leg.* 2. impedit beneficium *d. l. fin.* cohærede pro sua parte hæreditatem agnoscente, vt tenent Bald. *in d. l.* 2. *Cod. de Iur. & facti ignor.* Alex. & Jas. *in d. l. fin.* vnde à fortiori impedietur illud beneficium per expressam substitutionem, substituto adeunte.

Contrariam nihilominus sententiam
102 probabiliùs tenent Barth. Alex. Angel. Imola, & Jas. *in l.* 3 *ff. de Acquir. hæred.* Aretin. *in l. Pro hærede, §. Papinianus, ff. eod.* Politus *d. partic.* 3. *num.* 14. & alij quos citat & sequitur, & Trentacinq. plures referens *d. cap* 4. *num.* 9. *vers. Et cum hæc*, vbi dicit hanc sententiam sibi verisimam videri. Probatur, quia licèt per *d. l. fin.* non concedatur filio, qui se abstinuit, vt possit redire ad hæreditatem, nisi si res in eodem statu permaneant; tamen per hoc quòd substitutus adiuerit, non intelliguntur, juxta eam legem, res non manere in eodem statu, nisi jam essent venditæ, vel alienatæ, vt satis constat ex ipso textu, ibi: *Sancimus, siquidem res jam venditæ sunt*, vt *nullus aditus ei ad hæreditatem reseruetur: sin autem res alienatæ non sunt, &c. hujusmodi ei datur licentia*: ergo quòd substitutus jam hæreditatem adiuisset nihil officit, quominus filius abstentionem reuocans ad ipsam hæreditatem redire possit infra dictum triennium, si modo res non sint venditæ, vel alienatæ. Quod intellige in filio maiore 25. annorum: nam si esset Minor, vel res essent venditæ, eo adhuc in minore ætate constituto, non ei denegatur per restitutionem in integrum adire hæreditatem, & res alienatas recuperare, & creditoribus patris satisfacere, vt expressè habetur *in d. l. fin. Cod. de Repud. hæredit.*

Nec obstat text. *in l. Quod si Minor, §.* 103
Scæuola, ff. de Minor. vbi dicitur, si Minor omiserit, vel repudiauerit hæreditatem, vel bonorum possessionem, si quidem omnia in integro sint, audiendum esse; si verò jam distracta hæreditate, vel negotijs finitis, ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendum. Respondetur enim, missis alijs solutionibus, quæ variæ à Glos. & alijs *in d. §. Scæuola* afferuntur, quòd in hoc §. solùm denegatur restitutio Minori volenti auocare emolumentum hæreditatis à substituto, qui suâ industriâ eam distraxerat maiori pretio, quàm aliàs apud ipsum Minorem valeret, vt satis indicat text. *in d. §. Scæuola*, ibi: *Ad paratam pecuniam laboribus substituti*: iniquum enim esset ob fauorem Minoris priuari substitutum fructu propriæ industriæ ipsi absque cujusquam injuria quæsito; præsertim cùm Minor nõ possit censeri læsus repudiatione, ex eo quòd hæreditas fuerit fructuosior propter industriam substituti. Si autem hæreditas fuisset distracta suo pretio citra substituti industriam; tunc non denegatur restitutio Minori, etiam juxta *d. §. Scæuola.* Sic respondet Trentacinq. *d. cap.* 4. *num.* 10. *ad finem*, & videtur etiam sentire Glos. *in d. §. Scæuola, verb. Repellendum*, in vltima responsione.

Ad fundamenta adducta pro prima 104
sententia, respondetur facilè. Et quidem ad primum deductum *ex d. l. fin* quatenus in ea denegatur dictum beneficium filio Maiori, si res non sint in eodem statu, patet responsio ex probatione contrariæ sententiæ, quam sequimur. Quatenus verò ex eadem lege arguit inconueniens, si filius admittatur, postquam substitutus adiuit, respondetur, nullum inde sequi inconueniens; nam filius postquam semel fuit hæres jure Suitatis non definit esse hæres per abstentionem; semper enim retinet jura hæreditaria directa, & solùm amittit jus, & dominium vtile, propter quam causam dicitur post abstentionem manere hæres solo nomine, idest, sine effectu, & vtilitate, vt latiùs explicuimus *disp.* 2. *sect.* 10. *§.* 7. *num.* 509. & constat

per

per *l. Cùm quæsi*, 30. §. *Sed & siquis, ff. de Fideicommissar. liber.* & per *l. Pro hærede, §. Papinianus, junctâ Glossâ ibi, ver. Citra nomen, ff. de Acquir. hæred.* reuocata verò abstentione beneficio *d. l. fin.* eam vtilitatem recuperat, & manet hæres directus tam nomine, quàm effectu; & substitutus, qui interim fuit admissus manet omnino exhæres, cùm nunquam habuerit jura directa, actiones verò vtiles, quæ solæ in eum transierant, illi filio restituantur, & sic non sequitur quod admissa tali restitutione maneant duo hæredes in solidum, non solùm directi, sed nec etiam vnus directus, & alter vtilis. Adde quòd licèt in substituto maneat adhuc nomen hæredis, nullum est inconueniens, quòd filius sit simul hæres in solidum; quia non repugnat esse simul duos hæredes in solidum, vnum solo nomine, & alterum cum effectu *l. Cùm filio, ff. de Leg.* 1. Barth. *in l. In suis, ff. de Liber. & posth. & in l. Qui se patris, sub n.* 9 *C. Vnde liberi.*

105 Ad secundum respondetur, non valere argumentum à textu *in d. l. filij, §.* 1. admittente filium ad hæreditatem maternam quam repudiauerat, ad textum, & beneficium, quo *in d. l. fin.* hæres Suus admittitur ad hæreditatem patris, à qua abstinuerat: quia filius non est hæres Suus respectu matris: jus autem multò magis fauet hæredibus Suis, quam nõ Suis, vt vel ex ipsa *l. fin.* patet, in qua hæredi Suo conceditur triennium ad reuocandam repudiationem, seu abstentionem, non ita verò hæredi non Suo.

Ad tertium denique respondetur, ne-
106 gando impediri beneficium *d. l. fin.* per jus accrescendi competens cohæredi, qui illi filio datus esset: contrarium namque tradit Trentacinq. *d. c.* 4. *n.* 9. cum Barth. Imola, Paul. Castr. & alijs quos refert per *d. l. Pro hærede, §. Papinianus, ff. de Acquir. hæred.* Id verò intelligo, nisi cohæres illi filio datus, esset extraneus; nam ex institutione extranei cohæredis intelligitur sublata existentia Suitatis, vt est cõmunis sententia, quam relatis pluribus tradit Menchac. *lib.* 3. *de Succes. creat. §.* 21. *n.* 83. licèt infra *n.* 86. ab illa recedat, & tenet Mantic. *lib.* 5 *de Conject. vlt. vol. tit.* 5. *n.* 6. per text. *in l. Apud Iulianum §.* 1. vbi Alex. *n.* 4 *ff. Ad Trebel.*; beneficium autem *d. l. fin.* solùm conceditur hæredibus Suis, vt constat ex terminis *d. l. fin.* & ex communi tradidimus *supra, num.* 99.

§. 6. Excutitur celebris quæstio, vtrum substitutus vulgaris impediat transmissionem hæreditatis non aditæ, quæ aliàs transmitteretur.

SUMMARIUM.

INstitutus moriens antequam hæreditatem adiret, non transmittit illam ad hæredes. Id tamen fallit in tribus casibus, & quinam illi sint? n. 107.

Existentia Suitatis tolli per dationem substituti vulgaris, alij affirmant, alij negant. Retenta opinione affirmantiũ, quæ communior est, transmissio ex potentia Suitatis impeditur per vulgarẽ substitutum; isq; præfertur ijs, ad quos hæreditas non adita jure Suitatis transmittenda foret. Retentà verò opinione negantium, vel loquendo in casibus, in quibus cõtraria magis cõmunis limitatur, dicta transmissio per substitutũ non impeditur; n. 108. *& seq.*

Transmissio hæreditatis non aditæ ad liberos instituti descendentis à testatore, quæ dicitur de jure sanguinis, non impeditur à substituto; n. 110. *& seqq. Si is, ad quem hæc transmissio facta est, hæreditatem repudiet, tunc substitutus transmittentis admittitur; n.* 111.

Transmissio hæreditatis concessa ratione juris deliberandi non impeditur per substitutum vulgarem; num. 113.

Proponitur, & excluditur sententia affirmans, quòd per substitutum vulgarem impeditur transmissio hæreditatis, tam quæ fit jure sanguinis, quàm jure deliberandi; n. 114. *& seqq.*

Beneficia Principum interpretanda sunt citra præjudicium tertij, quod intelligitur de præjudicio in jure jam quæsito, non verò in jure quærendo; d.

num. 114.

Quòd dicitur, prouisionem legis cessare per prouisionem hominis, non procedit quãdo vna nõ est alteri cõtraria; n. 116.

Illi, ad quos institutus transmittit hæreditatem non aditam, non veniunt ab intestato, sed ex testamento; & hoc eorum aditione confirmatur; num. 117.

Ius accrescendi competens cohæredi excluditur per substitutum; non autem excluditur transmissio, & assignatur dispar ratio; num. 118.

Ius transmissionis est potentius jure accrescendi; num. 119.

Proponitur sententia quorumdam DD. existimantium per beneficium transmissionis ex jure deliberandi, non excludi substitutum vulgarem; num. 120.

Reijcitur hæc sententia; num. 121.

Supposito, quòd filius testatoris per dationem vulgaris substituti amiserit jus transmittendi hæreditatem ex potentia Suitatis, vtrum nihilominus possit eã transmittere ex jure sanguinis, vel deliberandi? num. 122. *& seqq.*

Conditio, Si volet esse hæres, *apposita per patrem in institutione filij in potestate, non suspendit ipsam institutionem, sed solùm efficit institutum de necessario voluntarium, perinde acsi testator diceret,* Si nolit, hæres nõ existat; *n.* 124.

Legata relicta sub conditione, Si legatarius volet, *non transmittuntur, nisi legatarius declaret se ea acceptare. Et similiter hæreditas relicta Suo hæredi sub simili conditione, non transmittitur ex potentia Suitatis: secus autem ex jure sanguinis, vel deliberãdi; n.* 125.

Vtrum transmissio ex jure sanguinis, quæ etiam pro legatis concessa est locum habeat in legatis relictis sub conditione, Si legatarius volet, *quãdo ille mortuus est antequam declararet, se ea acceptare? num.* 126.

107 TErtia quæstio est, vtrum, si institutus, cui datus est substitutus vulgaris, moriatur non adita hæreditate, admittatur statim substitutus, exclusis ijs, ad quos alias hæreditas transmitteretur? Qua in re præmittendum est, quod licèt regulariter institutus, qui moritur non adita hæreditate, non transmittit illam ad hæredes, *l. vnica, §. In nouissimo, C. de Caduc. tol.* id tamen fallit in tribus casibus. Primus est, quando institutus est hæres Suus; is enim hæreditatem sibi delatam etiam nondũ aditam ad quoscumque suos hæredes transmittit, si eam non repudiauit, *l. Apud hostes, C. de Suis, & legit. hæred. l. Si fratris, C. de Iure deliber. cum concordan;* censetur enim, mortuo patre, continuari in eo dominium bonorum, quod pater habebat, *l. In suis, ff. de Suis, & legit. §. Sed sui, Inst. de Hæred. qualit. cum simil.* & ideo antequam hæreditatem adeat, vel ei se immisceat, est illius dominus, & consequenter illam trãsmittit ad quoslibet Suos hæredes, quemadmodum cætera sua bona; diciturque illam transmittere ex potentia Suitatis. Secundus est quando institutus est descendens testatoris, & habet filios, vel alios descendentes, hic enim licèt hæreditatẽ sibi delatam non adeat, neque sciat eam sibi delatam esse, illam nihilominus transmittit, non ad quoscumque hæredes, sed tantùm ad descendentes: sic habetur *l. vnica, C. de His qui ante apertas tabulas,* & attingitur *in d. §. In nouissimo,* ibi: *Exceptis videlicet liberorum personis:* vnde solet dici hæc transmissio, *de jure sanguinis.* Tertius est, quando institutus sciens hæreditatem sibi esse delatam, vult deliberare circa eam adeundam, vel repudiandam, & intra annum, quem de jure habet ad deliberandum, è vita discedit, hæreditate non adita, nec repudiatâ. Is enim hæreditatem ad quoslibet Suos hæredes transmittit, in eo statu, & cum ea conditione, qua ad ipsum spectabat, id est, cum facultate illam adeundi, vel repudiandi, quousque prædictus annus impleatur, *l. Cum in antiquioribus, C. de Iure deliber. d. §. In nouissimo, in fine;* & dicitur hæc transmissio, *ex jure deliberandi.*

His præmissis, petit quæstio proposita, vtrùm in prædictis casibus, statim vbi institutus moritur, admittatur substitutus, & cesset transmissio? Cui difficulta- 108

ti

ti per partes satisfaciendum est. In primis ergo, quod attinet ad casum transmissionis ex potentia Suitatis, vel possumus loqui juxta opinionem magis communem, quæ tenet per dationem substituti vulgaris tolli existentiam Suitatis, præterquam in quibusdam casibus; quam sententiam tuetur Glos. *in l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inoffic. test.* Dynus, Barth. Angel. Imol. Alex. Jas. & alij, *in l. Si filius hæres, ff. de Liber. & posth.* Bald. *in l. Si arrogator, in 5. oppos. ff. de Adoption;* Barth. Alex. Socin. & Jas. *in l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari,* & plures alij quos refert. Trentac *de Subst p. 1. c. 14. n. 1.* & Fusar. *de Subst q. 72. n. 1.* Et hac opinione retenta, dicendum omnino est pro præsenti articulo, admitti substitutum, & non esse locum transmissioni ex potentia Suitatis, vt docent Barth. Alex. Imol. & alij DD. *in d l. Si filius hæres, ff. de Liber. & posth.* Ant. Gom. *tom. 1. Var. c. 9 sub n. 50. in solutione tertij fundam. ad fin.* Trētac. *d p. 1 c. 5. n. 15. vers. Aut sumus,* & alij; estque communis sententia, vt Ant. Gom. testatur. Ratio patet, quia si per dationem vulgaris substituti tollitur Suitas, vt supponimus, planum est quòd non potest Suitas efficere, vt hæreditas transmittatur excluso substituto; quia quod non est, nihil operatur; & cessante causa, cessare debet effectus, *l. Adigere, §. Quanuis, ff. de Iure patron.*

109 Vel possumus loqui juxta minùs cōmunem, sed tamen valde probabilem opinionem quæ tenet, per substitutionem Vulgarem filio factam non tolli Suitatem, vt sentiunt Bald. *in d l. Si filius hæres, col. 2.* & ibi Angel. Paul. Castr. Aretin. & alij, *ff. de Liber. & posth.* Fulg. & alij *in l. 3. C. de Iure deliber.* Donel *lib. 6. de Iure ciuili, c. 24. vers. Vulgari subst.* Ant. Gom. *tom. 1. Var. c. 3. n. 15. vers. Sed his non obstantib.* Menchac. latè id probans *lib. 3. de Succes. creat. §. 21. n. 186.* & alij non pauci, quos adducit Trentac. *d. c. 14.* & Fusar. *d. q. 72.* Et tenendo hanc opinionē, vel loquendo tantùm in casibus, in quibus cōtraria opinio magis cōmunis limitatur, dicendū est pro præsenti articulo, quòd per substitutū non impeditur transmissio ex potētia Suitatis ad hæredes instituti, vt tradit Polit, *de Subst. tit de Subst. Vulgari partic. 3. n. 97. ad fin.* Menchac. *d. §. 21. n. 266.* & relatis alijs Trētac. *d. 1 p. c. 5. fin.* Probatur facilè, quia supposito quòd filius retinet jus Suitatis, non obstante, quòd ei datus sit substitutus, statim vbi pater moritur est verè, ac propriè hæres ex potentia Suitatis, perinde ac si actualiter adjisset, *§. Sui Inst. de Hæred. qualit. §. 1. Inst. de Hæred. ab inteſt. l. In suis, ff. de Liber. & posth. l. Necessarijs, ff. de Acquir. hæred.* Ergo quanuis non adeat, excludit substitutū, & transmittit hæreditatem ad suos hæredes, si eam non repudiauit: patet consequētia, nam substitutus non habet locū, acquisita hæreditate per institutū; & si is eam retineat vsq; ad mortem, transmittit illam ad quoslibet hæredes, vt est notissimū. Quæ autem ex prædictis duabus opinionibus circa existentiam Suitatis, quando filius habet substitutū vulgarem, præferēda sit, & qui sint casus, in quibus etiam retenta priore opinione, Suitas nō denegatur illi filio? dicemus ex professo infra §. 23. & ex ibi dicendis magis explicabuntur, quæ ad præsentem articulum spectant.

Deinde quod attinet ad casū transmissionis de jure sanguinis, cōmunis resolutio 110
est, nō impediri hāc transmissionē à substituto. Ita resoluunt Polit. *d. partic. 3. n. 98.* Barth. de Hucio *de Subst. c. 1. n. 9.* Ant. Gomez *tom. 1. Var. c. 9. sub n. 50.* Emm. à Costa referens plures, & dicens esse cōmunē opinionem *in c. Si pater, p. 1. verb. Habēs, n. 20.* Mol. Theol. *tom. 1. de Iust. disp. 183. vers. Secunda concl.* Trentac. *de Subst p. 1. c. 5. sub n. 14. vers. Remota ista,* & plures alij, quos refert Fusar. *de Subst. q. 47. n. 1.* Probatur primò, & efficaciter ex *d. l. vnic. C. de Caduc. tol. § pen. juncto §. In nouissimo.* nā cū dictū esset *in §. In nouissimo,* hæreditatē nō aditā nō trāsmitti, nisi, vel ad personas liberorū, seu ex jure sāguinis, juxta *l. vn. C. de His qui ante apertas tabulas,* vel ex jure deliberādi, juxta *l. Cū in antiquioribus, C. de Iure deliber.* tandem *in d. §. pen.* referendo se ad dicta *in §. In nouissimo,* concludit Imperator, quòd ex-

tra eos casus, si hæreditas non fuit adita per institutum debet peruenire ad substitutum, si illum habeat. Vbi vides transmissionem ex jure sanguinis non impediri à substituto.

111 Probatur secundò, quia tunc demum vulgaris substitutus admittitur, quando institutus penitus excluditur, *l.3.ff.de Acquir.hæred.cum simil.* in casu autem, quo jus concedit vt hæreditas nondum adita possit transmitti, non cēsetur penitus excluſus institutus, qui eâ non aditâ nec repudiatâ, mortuus est; siquidem adhuc ex ejus persona, & jure ab eo transmisso, hæres ejus potest adire, & effici hæres: ergo non debet admitti substitutus, vbi talis institutus moritur, sed præferēdus est hæres ipsius instituti, expectandumq; donec ille potest adire: & si adeat, omnino excluditur substitutus; si verò repudiet, tunc substitutus admittitur.

112 Probatur tertiò, & vltimò ex conjectura voluntatis testatoris, in qua fundata est *d.l.vnica, C. de His qui ante aper. tab.* ad cōcedendam transmissionem ex jure sanguinis; nam propterea in illa lege concedit Imperator hanc transmissionem ad liberos instituti descendentis à testatore; quia, *Perindignū est* (verba sunt textūs) *fortuitas ob causas, vel casus humanos, nepotes, aut neptes, pronepotes, aut proneptes, auita, vel proauita successione fraudari, alioſq; aduersus auitum, vel proauitū desiderium, insperato legati commodo, vel hæreditatis fraudari.* Quæ quidem ratio militat etiā in casu, quo institutus habeat substitutum, illumq; cōprehendit illis verbis, *alioſq; aduersus auitū, vel proauitum desideriū*, &c. vbi per alios intelliguntur etiam substituti, vt post Richard. Malum. exponit Barth. *in l.1. n. 20 ff. de Vulgari* Bald. de Vbald. *tract. de Substit. rubr. de Subst. Vulgari. n.* 13. & Barth. de Hucio *loco sup. cit.* & constat facilè, quia de jure præsumitur quòd testator magis diligit filios instituti à se descendentis, quàm substitūtum, etiamsi substitutus sit etiā descendēs ipsius testatoris, vt probat *l. Cùm auus*, & ibi cōmuniter DD. *ff. de Condit. & demōstr.* ergo intelligi debet in præsēti casu testatoris desiderio, & voluntatē esse, vt per substitutū non impediatur transmissio ad liberos institutos; & sic, quòd etiam stante substituto, est locus transmissioni ex jure sanguinis, prout *in d.l.vnica* concessa est. Aduertit autem Polit. *loco cit.* id procedere, nisi ex persona substituti, & alijs quibusdam efficacioribus præsumptionibus, quæ certâ regulâ definiri nō possunt, pro certo apparuerit, etiam in hunc casū testatorē voluisse, admitti potiùs substitutū.

Quod deniq; attinet ad casū transmis- 113
sionis ex jure deliberandi, cōmunis etiam est resolutio, non impediri hanc transmissionem per substitutum vulgarē. Ita sentiunt Barth. *in d l.1. n.20 ff. de Vulgari*, & ibi Aretin. *col.7.* Alex. *in* 10. Jas. *n.* 35. & Socin. *col.20. vers. Circa secundam quæstionem.* Idem Barth. *in l. Si paterfam. 40. n.4 ff. de Hæred. inst.* & ibi etiam Joan. de Imol. *col. pen. vers. Vltimò inducitur*, Bald. de Ubald. *loc. sup. cit.* Barth. de Hucio *d.c. 1. n.9.* Ant. Gom. plurimos referens *tom. 1. Variar. c.9. sub n.50.* Emman. à Costa, *in c. Si pater*, 1. *p. verb. Habens, n.22.* Molin. *d. disp. 183. vers. Secunda conclusio*, & multi alij quos adducit Fusar. *de Subst. q 48 n. 1.* Probatur efficaciter primis duobus fundamentis, quibus eandem resolutionem probauimus in casu præcedenti, circa trāsmissionem ex jure sanguinis: vtrūq; enim etiam in hoc casu militat, ac præsertim primum desumptū *ex l.vnica, §. pen. jūcto §. In nouissimo, C. de Caduc. tol.* vbi hic etiam casus in specie continetur.

Contrariam tamen sententiam quoad 114
vtrūq; casum, quod scilicet tā in casu trāsmissionis ex jure sanguinis, quàm ex jure deliberandi, præferri debeat substitutus hæredi, in quem transmissio concessa est, tenent Angel. *in d.l. Si paterfam. n. 14 ff. de Hæred. instit. & in l. Cùm proponas, in princ. C. eod. & in l. fin. in princ. ff. de Vulgari* alijsq; in locis, Rip. *in l.1. n.129. vers. Tertiò dubitatur. ff. eod.* & alij apud Ant. Gomez *vbi sup.* & apud Fusar. *de Subst. q.47. num.3. & q.48. num.2.* Qui præcipuè mouentur ex sequentibus. Primò, quia si substitutus excluderetur in dictis casibus, intelligeretur beneficium transmis-

missionis concessum à Principe cum præjudicio tertij, nempe substituti: quod nō est admittendum; nam beneficia Principum semper sunt interpretanda citra præjudicium tertij, *l. Nec anus, Cod. de Emancip. liber. l. 2. §. Ne quid à Principe, ff. Ne quid in loco pub. cap. Quanuis, de Rescriptis, in 6.* Hoc tamen fundamentum nullius est momenti: nam cùm dicitur, quòd beneficia Principis sunt interpretanda citra præjudicium tertij, intelligitur de præjudicio tertij in jure jam ipsi quæsito, non verò in jure quærendo, vt in præsenti accidit: nam beneficium transmissionis impediuit ne substitutus acquireret hæreditatem vbi institutus eâ non aditâ mortuus est; quemadmodum impediuit etiam cohæredes, & venientes ab intestato ne admitterētur, quādo aliàs secluso illo beneficio admittendi erant.

Secundò mouentur, quia non obstante beneficio transmissionis, verum est dicere, quòd institutus, qui mortuus est non adita hæreditate, non fuit, nec jam potest esse hæres: substitutus autem vocatur, & admittitur pro casu, quo institutus non erit, nec poterit esse hæres, vt supra, *num.* 95. explicatum est: ergo non obstante beneficio transmissionis, admitti debet substitutus, non verò hæres in quem transmissio concessa est. Sed hoc etiam fundamentum facilè soluitur. Responderi namque potest primò ex Barth. *d. num.* 20. quòd licèt institutus in casu proposito non sit, nec jam possit esse hæres, tamen facit alium hęredem; quia ex ejus persona adit is, in quem fit transmissio: conditio autem, sub qua substitutus vocatur, *Si institutus non erit hæres*, intelligitur si non erit hæres, nec alium hæredem fecerit, *d. l. Si pater fam. ff. de Hæred. instit.* Responderi potest secundò ex dictis *n.* 111. quòd institutus in præsēti casu nō censetur omnino excluſus ab hæreditate, eoquod mortuus sit ante illam aditam, cùm ei concessum sit, vt per suum hæredem illam possit adire: substitutus autem non admittitur, nisi postquam institutus omnino excluſus est.

Tertiò mouentur, quia prouisio hominis tollit prouisionē legis, *l. fin. C. de Pact. conuent. l. Marius, C. de Procurat.* ergo transmissio hæreditatis non aditæ, cum sit ex prouisione, *d. l. vnicæ, C. de His qui ante aper. tab. & d. l. Cum in antiquioribus, C. de Iure deliber.* tollitur per substitutum, qui venit ex prouisione testatoris. At hoc etiam fundamentum non valet. Nam prouisio hominis in præsenti casu non est contraria prouisioni legis; quia testator non intelligitur vocasse substitutum, nisi pro casu quo institutus penitus esset excluſus: lex autem effecit vt is non esset omnino excluſus per mortem antę aditam hæreditatem, sed quòd adhuc per suum hæredem posset adire; quod quidē cum dicta testatoris prouisione non pugnat, & sic per eam non tollitur.

Quartò mouētur ex *l. fin. C. de Necessar. seruis hæred. instit.* vbi excluso instituto, substitutus absolutè præfertur ijs, quos leges vocant ad hæreditatem defuncti; vnde sequitur, præferri debere substitutum ijs, ad quos ex prædictarum legum cōcessione hæreditas non adita hodie trāsmittitur. Verùm ad hoc etiam facilè respondetur, *d. l. fin.* procedere de vocatis per legem ad succedendum defuncto ab intestato, seu in casu quo testamentū fiat caducùm: ijs enim bene præfertur substitutus, cum veniat ex voluntate defuncti, & per ejus admissionem sustineatur testamentum, quod non euenit in nostro casu: nam illi, ad quos transmissio hæreditatis non aditæ concessa est, non vocantur, nec veniūt ab intestato, sed ex testamento, quòd non obstāte defectu aditionis per institū, manet validū, & aditione per illos faciendâ confirmari potest, vt constat per *d. l. vnicam, & d. l. Cùm in antiquioribus.*

Quintò deniq; mouentur, quia substitutus vulgaris præfertur cohæredi volenti venire per jus accrescendi, *l. 2. §. Si duo, ff. de Bon. poss. sec. tab. l. vnica, §. In primo, & §. pro secūdo, C. de Caduc. tol. Auth. Hoc amplius, C. de Fideicom.* ergo etiam præferri debet volentibus venire ex jure trāsmissionis. Nā sicut hæc illis cōpetit ex dispositione legis, ita etiā cōpetit jus accrescendi cohęredibus, *l. Si in testamento fine*

fin. vbi Barth. & alij *ff. de Vulgari.* Cæterũ neque hoc argumentum conuincit. Est enim maior ratio, cur jus accrescendi excludatur per substitutum, non verò jus transmissionis; nam jus accrescendi fuit introductum in successione ex testamento, ne contra juris regulam, *l. Ius nostrum, ff. de Regul. jur.* testator decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, vt contingeret, si pars repudiata per vnum ex hæredibus scriptis substitutum non habentem, alteri non accresceret. Quæ ratio cessat quando cohæres repudians habet substitutum, & sic talis substitutus cohæredi non repudianti præferri debet, cùm sit expresè vocatus à testatore in locum deficientis, & cesset ratio ob quam lex alteri concessit jus accrescendi. Ratio autem, cur transmissio fuit inducta in prædictis duobus casibus, est vel fauor, & justum desiderium testatoris, vt quoad transmissionem de jure sanguinis constat *ex d. l. Vnica, Cod. de His qui ante aper. tabul.* vel fauor ipsius instituti, & successorum, ne absque matura deliberatione subire cogantur onera, & commoda hæreditatis, quæ illis potest esse damnosa, vel lucrosa, vt quoad transmissionem ex jure deliberandi apertum est, & constat per *d. l. Cùm antiquioribus, Cod. de Iure deliberandi.* Quæ quidem ratio non cessat ex eo quod institutus habeat substitutum, vt per se manifestum est; & ideo non oportuit, vt jus transmissionis per substitutum excluderetur.

Unde obiter inferes cum Ant. Gom. 119
d. cap. 9. sub num. 50. vers. Secundo non obstat, & Trentacinq. *de Subst. p. 1. cap. 4. sub num. 12. vers. Sextò mouentur, in fine,* potentius esse jus transmissionis jure accrescendi. Nam cùm jus substitutionis sit potentius jure accrescendi, vt dictum est, planè si jus transmissionis est potentius jure substitutionis, à fortiori est potentius jure accrescendi, ex regula, *Si vinco vincentem,* &c. & ita tenet Bald. *in d. l. Vnica, col. 1. Cod. de His qui ante aper. tab.* Jas. *in l. vnica, num. 25. C. Quando non petentium partes,* & alij *ibid.* vt Anton. Gomez *vbi supra* testatur.

Prædictæ contrariæ sententiæ accedũt 120
ex parte Politus *de Subst. tit. de Substitutione Vulgari, partic. 3. num. 99.* & Trentacinq. *d. cap. 5. sub num. 14. vers. Aut verò illi,* existimantes, non excludi substitutum per beneficium transmissionis ex jure deliberandi; quanuis oppositum affirmandum sit, & ab ipsis affirmetur, in transmissione ex jure sanguinis. Mouentur potissimùm ea ratione, quia vbi verba testatoris sunt clara, & voluntas non repugnat, illis standum est, *l. Non aliter, ff. de Leg. 3.* Quando autem agitur de transmissione ex jure deliberandi, concurrente substituto vulgari, verba testatoris stant clarè pro substituto; nam verba conditionis, sub qua vocatus est, *Si institutus hæres non erit,* verificantur moriente instituto ante aditam hæreditatem, cùm verum sit eum non esse, nec jam posse esse hæredem: & alioqui non repugnat voluntas ipsius testatoris, quia non agitur de transmissione ad descendentes illius, sicut quando est ex jure sanguinis, quæ, vt diximus, fundatur in desiderio, & præsumpta voluntate testatoris, qui censetur velle suam prolem alijs præferri; sed de transmissione ad quoslibet hæredes instituti, etiam extraneos; nam hi etiam gaudent beneficio juris deliberandi per *d. l. Cùm in antiquioribus* respectu quorum non consideratur affectio, & judicium testatoris, vt constat *ex l. Sed & si, 6. ff. de Leg. 3.* & ita non censetur contra voluntatem testatoris, quòd illi excludantur per substitutum. Si autem institutus esset filius testatoris, admittit Trentacinq. *loco citat. vers. Aut verò loquimur,* quòd tunc præferrentur hæredes talis instituti ex dicto beneficio juris deliberandi ob præsumptam voluntatem testatoris, qui censeri debet magis diligere suum filium, & ejus posteritatem, quàm substitutum, & posteritatem alienam.

Nihilominus etiam quando ageretur 121
de transmissione ad hæredes extraneos ex jure deliberandi, tales hæredes præferri debere substituto, nobis omnino tenendum est, juxta communem sententiam

rcla-

relatam *num.* 113. nam hoc etiam conuincunt fundamenta ibidem commemorata. Neque obstat ratio proximè in oppositum adducta; ei namque satisfit eâdem responsione, qua simile argumentum soluimus *num.* 115. Itaque absolutè tenemus, neque transmissionem ex jure sanguinis, neque ex jure deliberandi per substitutum impediri, & consequenter hæredes hæredis instituti in casibus pro quibus hujusmodi beneficium concessum est, substituto esse præferendos.

122 Rogabis, vtrùm retentâ magis communi opinione relata *num* 108. quòd datio substituti vulgaris impedit Suitatem, & consequenter transmissionem ex potentia Suitatis, possit nihilominus filius, cui pater dedit substitutum, transmittere hæreditatem ex jure sanguinis, vel deliberandi, & sic excludere substitutum in casibus, pro quibus hujusmodi benficium fuit introductum? Respondet affirmatiuè Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 9. *num.* 50. *in fine*, quem sequitur Molina *disp.* 183. *vers. Tertia conclusio*, qui videntur duci ea ratione; nam filius, cui jus Suitatis ablatum est, manet sicut cæteri hæredes non sui, igitur quemadmodum hi, licèt habeant substitutum, possunt transmittere ex jure sanguinis, & ex jure deliberandi hæreditatem non aditam, ita etiam ille filius. Cui sententiæ obiter eam attingens accedit Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 14. *sub num.* 21. & eandem quoad transmissionem ex jure sanguinis approbat, & dicit esse communem *d.* 1. *p. cap.* 5 *num.* 14. *vers. In suo, fine.*

123 In contrarium tamen videtur vrgere grauis difficultas; nam ratio ob quam prædicta communis opinio tenet, per Vulgarem substitutionem factam filio in potestate tolli Suitatem, est quia testator per hanc substitutionem vocat substitutum sub conditione, *Si filius, quem instituit noluerit, aut non potuerit esse hæres*; vnde intelligitur facere institutionem sub contraria conditione, *Si filius voluerit esse hæres*; vt sumitur *ex l. Quibus diebus*, 40. *§. Quidam Titio, & ex l. Aliquando*, 106. *ff. de Condit. & demonstr.* quæ quidem verba licèt in extraneo, seu non necessario hærede nihil operentur, attamen in necessario, qualis est filius in potestate, operantur, vt non maneat necessarius, atque adeò nec suus, & reddunt institutionem conditionalem, *l. Verba hæc*, 12. *& ibi Glos. & DD. ff. de Condit. instit. l. Iam dubitari*, 86. *vbi etiam DD. ff. de Hæred. instit.* Modo sic arguo. Per substitutionem Vulgarem factam filio in potestate manet filius institutus sub conditione, *Si voluerit esse hæres*; institutus autem sub conditione non transmittit hæreditatem, si decedat ante conditionem impletam, vt sumitur *ex l. Vnica, §. Sin autem aliquid sub conditione, Cod de Caduc. tol.* & pater, quia in relictis conditionalibus non cedit dies ante implementum conditionis, *d. §. Sin autem*, & si conditio deficiat, perinde habentur, acsi relicta non essent, vt est notissimum: patet autem, non posse quem transmittere hæreditatem sibi non relictam: igitur cũ filius in casu, de quo loquimur, decesserit ante impletam illam conditionem, sub qua fuit institutus, *Si volet esse hæres*, siquidem decesit non adita hæreditate, & sic antequam voluerit esse hæres, planè sequitur nullo modo potuisse hæreditatem transmittere.

Nihilominus tamen recedendum non 124
est à præfata sententia, quæ videtur communis, ac præsertim si agatur de transmissione ex jure sanguinis, seu ad liberos, cùm pro ea stet præsumpta voluntas testatoris, vt vidimus *supra num.* 112. & cõstat *ex d. l. vnica, Cod. de His qui ante aper. tab.* Ad difficultatem verò in contrarium objectam respondetur, quòd instituto filio in potestate sub dicta conditione, *Si voluerit*, vel *si volet esse hæres*, per hujusmodi conditionem non redditur institutio conditionalis quoad substantiam, sed solùm quoad qualitatem, & peculiarem vim, quam aliàs in filio haberet, ideſt, non suspenditur institutio donec filius exprimat se velle esse hæredem, quasi ante talem expressionem non sit hæreditas ei delata, sed solùm suspenditur vis, quam aliàs haberet efficiendi fili-

um reipsa hæredem independenter ab ejus voluntate, ita vt idem valeat, *Si volet esse hæres*, acsi diceretur, *Si nolit, hæres non existat*, vt expresse habetur *in d. l. Verba hæc*, 12. *ff. de Condit. instit.* ibi: *Verba hæc, si volet, hæres esto: in necessario conditionem faciunt, vt si nolit, hæres non existat*: quod etiam constat ex *d. l. Iam dubitari, & ex l. Cornelius*, 69 *ff. de Hæred. instit.* Atque ita docent Dynus, Bald. & alij communiter *in d. l. Cornelius*, & Glos. vlt. *in d. l. Iam dubitari*, vbi etiam Bald. & alij. Vnde in nostro casu, per illam conditionem, *Si voluerit esse hæres*, appositam, vel subintellectam in institutione filij in potestate, cui datus est substitutus, solùm fuit impedita acquisitio hæreditatis ex necessitate, & ex potentia Suitatis, antequam filius exprimeret se velle esse hæredem; non verò fuit effectum, vt hæreditas non censeretur ei delata statim post mortem patris, antequam illam expressionem faceret; & ita non mansit impeditus, quominus statim posset hæreditatem transmittere tam ex jure sanguinis, quàm deliberandi, quemadmodum hæredes non sui, qui vt eam ex his juribus transmittant, satis est quòd fuerit delata, licèt eâ nondùm acceptatâ decesserint.

125 Neque obstat, quòd in legatis, si fuerint relicta sub conditione, *Si legatarius volet*, talis conditio operatur vt non transmittantur ad hæredes, si legatarius decedat antequam declaret se ea acceptare, vt expressè habetur *in l. Si ita legatum*, 68 §. *Illi, si volet*, *ff. de Leg.* 1. Nam hoc solùm probat, quod hæres Suus institutus sub dicta conditione, *Si volet*, non transmittit hæreditatem, vt jam sibi acquisitam, si decedat antequam declaret, se velle esse hæredem: nam quemadmodum illa conditio in legatis efficit, vt non acquiratur jus legatario antequam ea accepter, & sic vt non transmittantur quasi jam illi quæsita, si ante acceptationem decedat: ita etiam in hæreditate respectu Sui hæredis operatur, vt is eam non acquirat ex potentia Suitatis, & consequenter vt eam transmittere non possit tanquam sibi jam quæsitam, si moriatur eâ nondùm acceptatâ. Non autem probat, quòd ante illam acceptationem non possit præfatus hæres facultatem adeundi transmittere ex jure sanguinis, vel deliberandi supra explicato; nam de hoc transmittendi genere non agitur *in d. §. Illi, si volet*, neque in vllis alijs legibus Digestorum; fuit enim multò post introductum per jus Codicis *in d. l. vnica, Cod. de His qui ante aper. tab. & in d. l. Cũ in antiquioribus, Cod. de Iure deliberandi.*

Vnde non absre dubitari potest, an 126
etiam in legatis relictis sub dicta conditione, *Si volet*, habeat locum transmissio ex jure sanguinis (quæ non solùm pro hæreditatibus, sed etiam pro legatis, & fideicommissis concessa est, *in d. l. vnica*) si legatarius decedat antequam declaret se illa acceptare? quam quæstionem non reperio apud DD; sed tamen pars negatiua tenenda videtur, juxta Glos. *in d. l. Iam dubitari, verb. Non debet, ad fin.* vbi expendens textum *in d. l. Si ita legatum, §. Illi, si volet*, vbi agitur de legato relicto sub dicta conditione, *Si legatarius illud volet*, dicit, quòd loquitur de conditione quæ suspendit, quod non facit illa de qua est sermo *in d. l. Iam dubitari*, vbi agitur de conditione, *Si volet*, adjecta institutioni filij in potestate; quòd hæc solùm operetur, vt institutus non sit hæres necessarius. Ex qua doctrina clarè deducitur, quòd neque ex jure sanguinis transmittitur dictum legatum, si legatarius decesit antequam expresserit se illùd velle; nam quod relictum est sub conditione suspensiua, si ea deficiat, perinde se habet acsi relictum non esset: legatum autem, quod relictum non est, nullo modo transmitti potest, vt patet. Accedit præterea text. *in l. vnica, §. Sin autem aliquid sub conditione, Cod. de Caduc. tol.* vbi vniuersim statuitur, quòd legatum, & fideicommissum conditionale non cedit, nisi impleta conditione, & si ante eam impletam legatarius, vel fideicommissarius moriatur, non transmittitur, sed vadit ad substitutum, vel conjunctum, vel remanet hæredi testatoris.

§. 7. *Verum*

§. 7. *Vtrum seruo alieno instituto hæreditatem repudiante, vel adire nolente, admittatur substitutus, excluso domino?*

SUMMARIUM.

SEruus ab aliquo institutus non prtest hæreditatem repudiare absque jussu domini, potest autem nolle adire, etiam domino jubente, vt adeat; numer. 127.

Vt hæreditas, in qua seruus institutus est, domino acquiratur, necessaria est voluntas, seu aditio ipsius serui; ibid.

Seruus institutus contemplatione domini, potest cogi adire, & acquirere hæreditatem domino. Etsi quidem absque controuersia constet, quòd ille est seruus, ipse dominus eum potest per se ipsum cogere; num. 128.

Seruo alieno instituto nolente hæreditatẽ adire, prima sententia tenet, non statim fieri locum substituto, neque dominũ excludi, vbi seruus domino jubente adire recusat, sed præfigendum esse terminum ad instantiam substituti; & si intra illum non adeat, tunc eo elapso substitutum admitti; num. 129. *Et hæc sententia magis probatur; n.* 132.

Secunda sententia distinguit inter seruum institutum contemplatione domini. & institutum gratiâ ipsius: ac de primo affirmat, eum posse cogi adire; & si cogatur, non considerari, quòd re ipsa non adeat, & domino acquirat, excluso substituto; num. 130. *De secundo autem tenet, quòd vbi non vult adire, statim facit locum substituto; n.* 131.

Quid dicendum retentâ prædictâ secundâ sententiâ, si seruus contemplatione domini institutus, adeò pertinax sit, vt neque durè coactus velit adire? num. 132. *& seqq.*

Seruus institutus contemplatione domini, si ei datus est substitutus, non potest cogi per judicialem potestatem, vt adeat, sed solùm potest cogi à domino, vel ex delegatione domini, idque moderatè: & si taliter coactus reipsa non adeat, admittendus est substitutus; num. 133. *& seq.*

Si seruus communis duorum institutus sit, & jussu vnius domini adeat, non verò jussu alterius, an substitutus admittatur ad partem ejus, qui non jussit adire? quidve de illa faciendum? numer. 135.

QUarta quæstio in ordine circa præ- 127
fatam conditionem Vulgaris substitutionis est, si institutus sit seruus alienus, dato substituto vulgari, ille vero nolit adire, an per hoc impleatur dicta conditio substitutionis, *Si hæres non erit*, vt substitutus admitti debeat excluso domino serui? Quæ dubitatio sub alijs terminis est, vtrùm ille seruus nolendo adire, noceat domino, & locum faciat substituto? Vbi ante omnia aduertendum, quòd licèt seruus non possit repudiare hæreditatem absque jussu domini, *l. Legatum, ff. de Leg.* 1. *l. Is potest*, 18. *& ibi Glos. ff. de Acquir. hæred.* attamen potest nolle adire, etiam jubente domino, vt adeat; vt expressè habetur *in l. Cùm proponas*, 3. *ad fin. Cod. de Hæred. instit.* & notat Glos. *in d. l. Is potest*, & Polit. *de Substit. tit. de Substit. Vulg. partic.* 3. *sub num.* 14. Aduertendum præterea, quòd instituto seruo, vt hæreditas acquiratur domino, necessaria est voluntas, seu aditio ipsius serui, vt constat, *ex d. l. Cùm proponas, & ex l. Seruo inuito*, 65. *in princip. ff. Ad Trebel.* Vnde seruo adire nolente non potest dominus adire, & si de facto adeat, nihil facit.

Aduertendum denique quòd seruus 128
institutus contemplatione domini potest cogi, vt adeat, & domino acquirat. Ita sumitur ex *l. penult. Cod. de Iure deliber.* ibi: *Quia apertissimum est, intuitu domini institutionem esse conscriptam, necesse sit omnino per competentem judicem eum compelli adire.* Vbi nota in hoc textu esse sermonem de seruo, qui litigabat aduersus dominum contendendo se esse liberum: si enim absque controuersia cõstet de seruitute instituti, tunc ipse dominus

nus eum potest per se ipsum compellere, vt tradit Barth. *in d. l. penult. num.* 1. Paul. Castr. *ibid. num.* 5. & Polit. *supra, num.* 15. *fine*, vbi addit, quòd in hoc etiam casu potest dominus implorare officium judicis, vt eum cogat adire, vel puniat, pro arbitrio ipsius domini, argum. *l.* 3. *Cod. de Patr. potest.* Ratio verò cur dominus cum potest cogere, videtur esse, quia potest illi jubere vt adeat: vnde consequens est teneri eum obedire, & si non obediat posse dominum eum punire, vt contumacem, & efficere vt à contumacia discedat. Circa hoc tamen vide quæ infra dicam, *num.* 134.

129 His animaduersis, prima sententia in proposita quæstione est, non fieri locum substituto, nec dominum excludi, vbi primum seruus domino aditionem imperanti obtemperare recusat, & adire non vult; quia cùm illa recusatio non habeat vim repudiationis, siquidem seruus sola sua voluntate repudiare non potest, vt dictum est, licèt tunc noluerit obedire domino, adhuc poterit postea adire, & interim non admittitur substitutus, vt per *l. Quandiu institutus*, 68. *ff. de Acquir. hæred.* Cæterùm cùm seruus toto vitæ suæ tempore persistere possit in nolitione adeundi, & perquàm durum sit quòd substitutus tandiu maneat in suspenso, & hæreditas tanto tempore jaceat, addit hæc sententia, debere à judice assignari terminum ad instantiam substituti, & si seruus intra eum non adeat, statim eo elapso locum fieri substituto, & dominum manere omnino excluſum. Ita sentiunt Paul. Castr. *in d. l. Cùm proponas, num.* 10. & ibi Corneus *num.* 16. *Cod. de Hæred. instit.* Imola *in l. Paterfamil. col.* 4. *ff. eod. tit.* & alij. In contrarium tamen videtur stare text. *in d. l. Cùm proponas*, ibi: *Si nec per semetipsum alium fecisset hæredem (potuit enim, quanuis jubente domino, nolle adire) ita demum substitutus vocaretur.* Quibus verbis innuitur, quòd statim ubi seruus adire recusat, defertur hæreditas substituto.

230 Secunda igitur sententia est, debere in præsenti distingui inter seruum institutum contemplatione domini, & institutum gratiâ ipsius serui: & si quidem seruus priori modo institutus sit, tunc non statim deferri hæreditatem substituto, nec dominum excludi, vbi ille nonvult adire domino jubente, sed posse cogi vt adeat. *d. l. penult. Cod. de Iure deliber.* & licèt ejus voluntas necessaria sit, vt per eum hæreditas domino acquiratur, vt per *d. l. Seruo inuito, in princip.* attamen, si per judicem, seu per prætorem cogatur, vt potest, non considerari in eo tantam pertinaciam, vt etiam ita coactus persisturus sit in recusatione aditionis. Quod probatur per text. *in l.* 1. *§.* 1. *ff. Siquis omissâ causâ testament.* vbi dominus dicitur incidere in edictum illius tituli, *Si*, se jubente, seruus non adierit, cùm possit illum nolentem cogere. Quæ decisio esset iniqua, si considerare tur talis pertinacia serui, siquidem tunc meritò dominus excusari posset. Facit etiam quòd in toto titulo, *ff. ad Trebel.* considerat ur coactio, non autem talis pertinacia. Tunc autem censetur institutus seruus contemplatione domini, quando in ipsa institutione facta est mentio domini, vel etiam quando solius seruitutis instituti, vt constat ex dictis *supra §.* 4. *num.* 87. & notat Polit. *loco infra citat.*

Si verò posteriori modo, id est gratiâ 131
ipsius serui, institutio facta sit, tenet prædicta sententia statim admitti substitutum, vbi primùm seruus non vult adire, non quia is possit repudiare, sed quia nolendo adire, verificatur conditio, *Si hæres non erit*, neque enim in isto casu esse in consideratione, quòd dominus posset illum cogere, cùm testator de domino non cogitauerit; & ideo statim deferri hæreditatem substituto, perinde ac si institutus jure repudiasset; quam resolutionem probat text. *in d. l. Cùm proponas*, qui planè procedit in hoc casu; siquidem loquitur de seruo, quem testator putabat esse liberum, & vt talem instituerat, vbi nulla domini contemplatio considerari potest, sed sola instituti gratia, vt patet. Hanc sententiam ita explicatam quoad vtramque partem tenet Politus *de Subst. tit.*

tit. de Substit. Vulgari partic. 3. num. 18.

Cæterum prior sententia magis arri-
132 det, cùm sit receptior, & magis æquitati, ac rationi consentanea; vnde in praxi ab ea non recederem. Tenendo autem secundam sententiam, desiderabit fortasse aliquis maiorem lucem circa priorem illius partem, quatenus dicit, non considerari tantam pertinaciam in seruo, vt etiam coactus nolit tandem adire, nam licèt nunquam moraliter eueniet, vt à seruo coacto, persertim diu vexato, tandem non extorqueatur, vt pareat domino aditionem imperanti: attamen cùm non sit impossibile reperiri seruum adeò pertinacem, vt nullo coactionis genere flectêdus spectur, dubitari potest, an hujusmodi pertinacia noceat domino, vt tandem admittendus sit substitutus, si seruus reipsa non adeat? Videtur respondendum negatiuè, dicique posse, quod licèt seruus moriatur, non adita hæreditate, satis est quod fuerit jussus adire, ad hoc vt hæreditas censeatur adita quantum ad effectum, vt domino acquiratur, vt in specie admittit Menchaca *tract. de Succession. creatione lib. 3. §. 21. sub num. 250. vers. Quid dicendum*, argum. *l. Non justam 4. Cod. Ad Trebel.* vbi si institutus cum onere fideicommissi vniuersalis moriatur, non adita hæreditate, postquam jussus fuerat per judicem vt adiret, habetur hæreditas pro adita, ad effectum, vt fideicommissum confirmetur, & tandem fideicommissario restituatur vt ibi declarat Barthol. quem cæteri DD. sequuntur, teste Peregrino, *tract. de Fideicommissis art. 2. num. 76.*

133 Nihilominus communis opinio videtur esse, nullam coactionem domino prodesse ad acquirendam hæreditatem, & substitutum excludendum, si seruus reipsa non adeat. Ita sentit Glos. *in d. l. pen. verb. Adire, Cod. de Iure deliber. & in d. l. Cùm proponas, verb. Potuit, Cod. de Hæredib instit.* vbi etiam Barthol. *num. 5.* Fulgos. *num. 3.* Paul. Castr. *num. 4.* & alij qui dicunt seruum nolentem adire præjudicare domino, etiamsi dominus ad extorquendam aditionem eum excoriasset: & Politus *vbi supra, num. 16.* quærens, quid faciendum, si seruus neque domino, neque judici aditionem imperanti obedire velit, quantumuis omne tormentum patiatur, fatetur neminem, quem ipse legerit, vsque ad eam diem dubitasse, quin eâ serui obstinatione domino præjudicetur, *per d. l. Cùm proponas*, quatenus scilicet ibi dicitur, quod non obstante jussu domini, potest seruus nolle adire, & tunc fieri locum substituto: ad quod etiam est text. *in d. l. Seruo inuito, ff. Ad Trebel.* Hæc igitur opinio nobis tenenda est, quam etiam tenet Trentacinq. *de Substitution p. 1. cap 7. sub num. 5.* vbi ad argumentum, quod in contrarium sumitur *ex d. l. Non justam*, respondet ex doctrina Baldi *ibid. num. 5.* quod quando testator substituit vulgariter, & non fideicommissariè, tunc institutus non potest per judicem cogi vt adeat, & si fiat coactio nullum operatur effectum; neque *d. l. Non justam*, locum habet, quia testator, substituendo vulgariter dat licentiam abstinendi, & sic præceptum judicis non tenet, cùm sit contra voluntatem testatoris; item quia ille institutus nolendo adire non videtur facere in fraudem, cùm permittente testatore repudiet, *l. 1. §. Si proponatur, ff. Si quis omissâ causâ testam.* Vnde cùm in nostro casu datus sit, & existat substitutus vulgaris, & non fideicommissarius, vt supponimus, non potest seruus cogi per judicem, vt adeat, & si cogatur, id non tollet quominus substitutus admittatur, excluso domino, si seruus reipsa non adeat.

Neque obstat *d. l. penult. Cod. de Iure* 134
deliber. quæ in casu ibi proposito dicit, seruum institutum contemplatione domini cogendum esse per judicem, vt adeat, nam debet intelligi per supradicta, nisi habeat substitutum vulgarem. Vnde si seruus in tali casu adeat ob coactionem factam per judicem, aditio erit vitiosa, & rescindenda, atque adeo minimè sufficiens ad excludendũ omnino substitutum cùm fuerit facta ex coactione injusta, & sic per metum injustè illatum, ex quo omnis actus redditur vitiosus, & saltem

in

in foro conscientiæ annullandus. Id autem intelligo quando judex seruum coegisset judicialiter ex publica sui muneris auctoritate & potestate, cùm in tali coactione illam excederet: secus autem, si solùm nomine ipsius domini, & ex facultate illius seruum compulisset, vt mittendo eum in carcerem ad petitionem domini, eumque ibi detinendo, & faciendo alia pro arbitrio domini, ad quæ potestas dominatiua in tali casu se extenderet. Nam omnes concedunt posse dominum cogere seruum, quem possidet, vt adeat, idq; satis probat ratio adducta, *num.* 128. *fine*, præsertim quando seruus est institutus contemplatione ipsius domini, in quo casu hic loquimur: quòd si dominus potest illum cogere per se, etiam potest per alium, atque adeo & per brachium judicis, vices suas ei delegando. Credo autem non posse illum cogere crudeliter, sed moderatè, cùm testator dando substitutum, atque ipsum etiam jus illi permittat, vt possit nolle adire, etiam jubente domino; vnde non videtur grauiter dominum offendere nolendo ad jussum ejus adire.

135 Hactenus dicta procedunt in seruo vnius domini jubentis eum adire. Vnde superest dubium, si seruus sit communis duorum, & jussu vnius adeat, non verò jussu alterius, qui fortè hæreditatem repudiauit, an tunc admittatur substitutus ad partem, quam repudians omisit, vel potiùs ea pars accrescat ei qui adire jussit? Respondet Polit *tract. de Substitut. tit. de Substitut. Vulgari, particul. 3. num. 21.* quòd illa portio debet pertinere ad substitutum, cùm seruus communis vicem duorum sustineat, vt *l. 1. §. Si seruus, ff. de Stipulat. seru.* & ita etiam docet Bald. de Vbald. *tract. de Substit. rubr. de Substit. Vulgari, num.* 14. Addit verò Polit. *loco citat.* Si dominus, qui omisit, expressè non repudiauit, sed tantùm negatiuè se habuit, quòd tunc illa portio vel ipsi seruo postea manumisso quæri possit, vel nouo domino adire jubenti, si fuerit alienatus, vt est casus *in l. Seruus duorum, 64. cum seq. ff. de Acquir. hæred.* Quæ etiam probantur per casum *l. fin. in princip. ff. eodem.*

§. Vtrum filiofamiliàs instituto hæreditatem repudiante, admittatur substitutus, excluso patre instituti?

SUMMARIUM.

PRima sententia in hac quæstione est, admittendum esse potrem, excluso substituto; num. 136. *Quibus fundamentis? num.* 137.

Secunda sententia tenet admittendum esse substitutum; num. 138. *Probatur multis fundamentis; ibid. & numer.* 139.

Præfertur prior sententia, quæ est communis, & soluuntur fundamenta secundæ; num. 140. *& seq.*

Per jus accrescendi competens cohæredi excluditur pater instituti, quando ipse filius institutus mortuus est ante aditam hæreditatem: secus verò, si hæreditatem repudiauit; num. 141.

Prædicta prima sententia limitatur primò, vt non procedat si institutus esset talis persona, quæ verosimiliter esset charior testatori, quàm pater instituti; num. 142.

Limitatur secundò, vt non procedat si institutus repudiauerit repudiatione tacita, ideſt resultante ex dispositione legis, eoquod lapsum fuerit tempus illi à judice præfixum ad adeundum; num. 143. *Hæc limitatio procedit tum in casu, quo tam institutus, quàm ejus pater sciebat delatam esse hæreditatem; num* 144. *Tum etiam quando solus filius id sciebat, & noluit adire intra terminum præfixum; num.* 145. *Idque licèt id fecerit malitiosè, vt patri præjudicaret, nec pater sic fraudatus poterit in integrum restitui aduersus lapsum termini; num.* 136. *Secus autem, quando institutus sciens delatam sibi esse hæreditatem potuit patrem certiorare, & dum pater ignorat, elapsus est terminus; num.* 147.

Li-

Limitatur tertiò, & non procedat in hæreditate Profectitia, idest, in qua filiusfamil. institutus est contemplatione patris; num. 148. *& seq. Hanc tamen limitationem aliqui non improbabiliter rejiciunt; num.* 151.

Quando filius est institutus contemplatione patris, potest pater illum cogere vt adeat, & illo adeunte tota hæreditas cum suis oneribus patri acquiritur; numer. 149. *Et quid si pater non possit de facto filium cogere vt adeat, vt quia est absens, vel furiosus? num* 150.

Vtrum filius institutus contemplatione patris, illi præjudicet, & locum faciat substituto, si nolit adire, etiam patre jubente, & cogente illum, vt adeat? ibidem.

In dubio non præsumitur filius institutus contemplatione patris? eod. num. 150.

136 QVinta quæstio est, si institutus sit filiusfamiliàs, & repudiet, an per hoc fiat locus substituto, vel potiùs admittendus sit pater ipsius instituti, juxta dispositionem, *l. fin. Cod. de Bon. quæ liberis*, vbi sancitum est, vt filio in potestate recusante adire hæreditatem sibi delatam, possit ejus pater illam adire, & sibi acquirere? In hac quæstione prima sententia est, admittendum esse patrem, & substitutum excludi. Ita sentiunt Glos. *in d. l. fin. in princip. verb. Recusante filio*: & ibidem Barth. *num.* 2. Jacob Butricar. Ruin. Bald. & alij, idem Barth. *in l.* 1. *numer.* 22. *ff. de Vulgari* vbi etiam Alex. *numer.* 24. Jas. *num.* 44. Ripa *num.* 142. dicens esse communem, Alciat. *num.* 27. & plures alij. Iterum Barth. *in l. Cum proponas, num.* 3. vbi etiam Bald. & Fulgos. Bald. de Vbald. *tract. de Substit. rubr. de Substit. Vulgari, num* 15. *&* 16. Menchaca *de Success. progres. lib.* 2. §. 12. *numer.* 22. & multi alij quos refert Fusar. *de Substitut. q.* 42. *num.* 1. & Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 1. affirmans esse communem, & receptam scribentium sententiam.

137 Præcipua illius fundamenta sunt. Primum, quia in *d. l. fin.* §. *Similiq; modo*, dicitur quòd perinde possit pater adire hereditatem à filio repudiatam, quasi ipse pater ab initio fuisset hæres institutus: sed si ab initio institutus esset, substitutũ excluderet, vt patet: ergo pari modo illum excludit filio repudiante. Secundum, quia quandiu hæreditas potest adiri per vocatum in primo gradu, non est locus substituto, seu vocato in secundo gradu, *l. Quandiu institutus*, 68. *ff. de Acquir. hæred.* atqui repudiante filio, vocatur pater tanquam institutus in primo gradu *d.* §. *Similique modo*: ergo si sit viuus, quãdo filius repudiat, nec aliàs sit impeditus, vt adire possit, non est locus substituto. Tertium quia substitutio Vulgaris intelligitur sub conditione, si institutus non erit hæres, neque alium hæredem fecerit, *l. Si paterfamil. ff. de Hæred. instit. cum similib.* in præsentia autem filius ministerio suo fecit hæredem patrem, & pater ex jure filij adijt: ergo non est locus substituto. Quartum, quia quòd pater posset adire hæreditatem à filio repudiatam fuit inductum per *d. l. fin.* in compensationem juris, quod ei per nouas leges fuerat diminutum: olim namque quidquid acquirebat filius patri acquirebat, *l. Placet, ff. de Acquir. hæred.* postea fuit hoc restrictum ad vsumfructum (vt scilicet filius sibi acquireret proprietatem Aduentitiorum, patri verò vsumfructum, *l. Cùm oportet, & d. l. fin. in princip. Cod. de Bon. quæ liber.*) Hæc autem compensatio consistit in hoc, vt sicut olim quæcumque bona Aduentitia filius acquirebat, patri acquirebat; ita hodie quæcumque hæreditas à filio fuerit repudiata, possit acquiri patri; & cõsequenter, vt is possit excludere substitutũ, sicut excludit vemétes ab intestato.

Secunda sententia est, substitutum esse admittendũ, patre instituti excluso. Hanc tenent Angel. Alex & Ruin. *in d. l.* 1. *ff. de Vulgari*, idem Angel. Alberic. & Paul. Castr. *in d. l. fin. in princ. Cod. de Bon. quæ liber.* Jason. Castr. *in d. l. Cùm proponas*, C. *de Hæred. instit.* Donel. *de Iure Ciuili, lib.* 6. *cap.* 24. *vers. Hoc loco.* Polit. *tract. de Substitut. tit. de Substitut. Vulgari, partic.* 3. *numer.* 31. *& seqq.* Trentacinq. 138

tract. de Substitut. p. 1. cap. 6. numer. 10. vers. Ex prædictis, & alij quos refert idem Trentacinq. *num. 3. fine*, & Fusar. *de Substitut. q. 42. num. 2.* Ducuntur præcipuè his fundamentis. Primò, quia conditio substitutionis, *Si institutus non erit hæres*, extitit filio repudiante, nam talis filius non fit hæres sibi, vt constat, neque etiam patri, nam pater per *d. l. fin.* non vocatur ex persona filij, sed ex propria persona, acsi esset à principio hæres institutus, *d. § Similique modo:* existente autem conditione substitutionis, admittitur substitutus. Confirmatur, nam dicta conditio substitutionis Vulgaris, intelligitur in hunc sensum, *Si institutus non erit hæres, neque aditione sua alium fecerit hæredem*, vt constat *ex l. Si paterfamil. ff. de Hæred. instit. & ex d. l. Cùm proponas*; ibi; *Neque per semetipsum alium, &c. Cod. eod.* In præsenti autem filius institutus, non solùm non adiuit, sed repudiauit: vnde nulla ratione potest dici, quòd ipse fecerit patrem hæredem, neque enim repudiatio est medium aptum ad acquirendam alicui hæreditatem.

Secundò, quia jus substitutionis Vul-
139 garis est potentius jure accrescendi, illudque excludit, vt diximus *§. præced. num.* 128. & constat per *l. 2. § Si duo, ff. de Bonor. possess. secundùm tab. & l. Quidam testamento Proculum, & l fin. ff. de Vulgari & Pupil. cum simil.* Jus autem accrescendi excludit patrem instituti *l. 2. Cod. Ad Orfician.* ergo à fortiori jus substitutionis ipsum patrem excludit. Tertiò, quia prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, *l. Cùm ex filio, §. 1. ff. de Vulgari, & l. Ex facto, §. Item quæro, ff. eod.* sed in nostro casu testator vocauit substitutum: ergo cessat prouisio legis, quæ vocauit patrem. Quartò, quia dispositio *d. l. fin. Cod. de Bon. quæ liber.* quatenus vocat patrem ad hæreditatem à filio repudiatam, est noua & correctoria; nam olim pater non acquirebat hæreditatem filio relictam, nisi mediante aditione filij; ergo non debet extendi ad casum, quo filius repudiat, stante substitu-

to: nam correctoria non extenduntur, vt per DD. *in auth. Quas actiones, Cod. de Sacros. Eccles.* Quintò denique quia testator dando substitutum dat licentiam instituto, vt possit repudiare, & facere locum substituto, quæ licentia est adeò efficax, vt hæredem de jure Ciuili necessarium reddat voluntarium, vt omnes fatentur, & constat per *l. Iam dubitari, 86. ff. de Hæred. instit cum simil.* ergo etiam in præsenti, cùm filius habeat substitutum, & sic licentiam repudiandi in fauorem illius, hæc licentia erit efficax ad faciendum locum substituto, & excludendum patrem, non obstante dispositione juris Ciuilis *in d. l. fin.* per quam patri conceditur, vt possit adire hæreditatem à filio repudiatam. Alia fundamenta videri possunt apud Polit. & Trentacinq. *loc. citat.*

Ambæ hæ sententiæ sunt valde proba- 140
biles: magis tamen propendeo in primam propter duo priora fundamenta pro ea adducta, & quia est simpliciter communis, vt etiam Aduersarij fatentur. Ad primum itaque fundamentum secundæ respondetur, in illa conditione substitutionis Vulgaris, *Si institutus non erit hæres*, necessariò subaudiendum esse, vel alius loco illius in eodem primo gradu vocatus; vt in præsenti est pater; quo proinde adeunte, deficit conditio, & sic euanescit substitutio. Vnde etiam ad confirmationem dicendum, quòd ille sensus, *Si non erit hæres, neque aditione sua*, &c. non tollit quominus subaudiendum etiam sit, quod modo diximus, imò id suadet; nam propterea censetur deficere illa conditio, quando institutus sua aditione facit alium hæredem, quia ille alius censetur vocatus in primo gradu loco instituti: quæ ratio etiam in nostro casu procedit.

Ad secundum respondetur, tunc per 141
jus accrescendi excludi patrem instituti, quando institutus mortuus est ante aditam hæreditatem, in quo casu loquitur illa *l. 2. Cod. Ad Orfic.* Casus namque, ideſt mors filij, potest præjudicare patri, licèt non repudiatio, vt tenent cõmuniter

DD.

DD. *in d.l.fin.* nos autem loquimur quando institutus repudiauit; quo casu negamus excludi patrem per jus accrescendi, sicut negamus excludi per jus substitutionis, & sic nihil concludit argumentum. Ad tertium respondetur, per prouisionem hominis non tolli prouisionem legis, nisi quando vna est alteri contraria; in præsenti autem contrariam non esse. Nam testator non intelligitur dedisse substitutum, nisi verificata conditione substitutionis in sensu *numer. præcedenti* explicato: & sic non vocasse illum, dum pater instituti repudiantis existit, & potest adire, juxta *d.l.fin.* Ad quartum respondetur, *d.l fin.* non extendi propriè ad casum, quo filius repudians habet substitutum, sed illum comprehendere, cùm vocet patrem ad hæreditatem à filio repudiatam, perinde acsi pater ab initio, & in primo gradu esset institutus, & sic ante substitutum. Ad quintum denique respondetur, negando consequentiam; est enim diuersa ratio in nostro casu; quia testator dans substitutum in tantùm censetur dare instituto licentiam repudiandi, in quantum ponit conditionem, *Si institutus non erit hæres*, quæ idem valet acsi diceret, *Si noluerit, aut non potuerit esse hæres*: conditio autem, *Si noluerit*, licèt in hærede necessario operetur, & faciat de necessario voluntarium, at nihil operatur in extraneo *d. l. Iam dubitari, ff. de Hæred. instit. cum simil.* In præsenti autem hæres institutus est extraneus respectu testatoris, & sic nihil in eo operatur illa conditio, & licentia repudiandi, ad hoc vt possit nocere patri, nec testator intelligitur voluisse patri nocere, & quòd *d. l. fin.* non habeat locum in tali casu; imò potiùs præsumi debet voluisse se cõformare cum dispositione illius legis, sicut cum alijs juris sanctionibus, quando de contraria ejus voluntate non constat.

142 Prædicta verò communis sententia limitatur primò, nisi substitutus esset talis persona, quæ verosimiliter esset magis dilecta à testatore, quàm pater instituti: nam tunc illa admitteretur, excluso patre. Sic Bald. *in d.l.fin. in princip. Cod de Bon. quæ liber.* vbi etiam Castr. idem Bald. *in d. l. Cùm proponas, col.* 2. & ibi Alex. *Cod de Hæred. instit.* Imola *in d.l. Paterfamil. col. penult. ff. eod.* Alex. *in d.l.* 1. *num.* 2. *ff. de Vulgari* vbi etiam Ripa, *num.* 146. Polit. *de Substitut. tit. de Substit. Vulgari partic.* 5. *num.* 35. Trentacinq. *de Substitut p.* 1. *cap.* 6 *num.* 12. & plures alij quos citat, & sequitur Fusar. *de Substit. q.* 42. *num.* 3. contra Jas. & Alciat. quos ibid. refert. Probatur hoc per *l. fin. Cod. de Instit. & substit.* & per *l. Quidam ita in testamento, ff. Ad Trebel.* Neque obstat ratio, qua Iason contrarium sentit, quòd scilicet pater vocatur quasi esset ab initio institutus *d. §. Similique modo*, si autem institutus esset, excluderet substitutum, licèt is esset magis dilectus; nam ad hoc respondetur, id etiam quod in illo *§ Similique modo* dicitur, intelligi debere cum eadem limitatione, *nisi substitutus esset magis dilectus testatori, quàm pater*, nam in casu excepto vt generalis conclusio non procedit, ita nec ejus ratio.

Limitatur secundò, nisi institutus repudiauerit repudiatione tacita, idest resultãte ex dispositione legis, eoquod lapsum fuerit tempus illi à judice præfixum ad adeundũ, juxta *l. Quandiu institutus*, 68 *ff. de Acquir. hæred.* tunc enim præjudicat Patri. Barth. *in l.* 1. *fine C. Qui admitti ad bonor. possef.* & ibid. Dec. *in* 3. *lect. n.* 47. Tiraq. *de Legib connub, Glos.* 5. *n.* 49. & 50. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 1. *q.* 46. *fine*, & cæteri communiter per text. *in d.l.* 1. & *l. fin. in princ. ff. Quis ordo in bonor. possef. seru.* & consequenter admittitur substitutus, Trentacinq. *d. c.* 6. *n.* 13. & alij infra citandi. Ratio autem cur hodie illa tacita repudiatio nocet patri, non verò expressa, quod videtur mirum, est, quia olim, quando filius expresse repudiabat, non nocebat patri, *l. Is qui hæres, § fin. ff. de Acquir. hæred.* Vnde filio expresse repudiante, non statim acquirebatur hæreditas sequenti in gradu: at quando filius excludebatur tempore, statim sequenti in gradu hæreditas deferabatur, & 143

jus adeundi hæreditatem, vel agnoscendi bonorum possessionem acquirebatur, §. *Cum igitur Inst. de Bon. possess.* eâque de causa illa filij exclusio patri nocebat, *l fin. ff. Quis ordo in bon. pos.* & ideo non mirum quod hodie per nouum jus Codicis inductum sit, vt quando filius expressè repudiauerit, possit pater adire, vt per *d.l. fin. Cod. de Bonis quæ liber.* secus verò, si filius solùm tacitè repudiet, omittendo adire intra tempus præfixum.

Cæterùm pro maiori declaratione hu-
144 jus limitationis, quæ quidem communis est, tres casus distingui solent. Primus est, quando tam institutus, quàm ejus pater sciebat, esse delatam hæreditatem, vel bonorum possessionem, & neuter illam petijt intra tempus præfixum. Et in hoc casu sentiunt communiter DD. *in d. l.* 1. *Cod Qui admitti*, præjudicari patri; quod ibi expressè affirmant Paul. Castr. *num.* 6. Salic. *num.* 19. & Corneus, *num.* 15. sequuntur Polit. *d. partic.* 3. *num.* 39. Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 14. Fusar. *d. q.* 42. *num.* 9. & alij. Ratio est, quia jura non subveniunt negligentibus, *l. Pupillus, ff. Quæ in fraudem credit: l. Non enim negligentibus, ff. Ex quibus caus. maior.* Vnde cùm in d. casu tam pater, quàm filius fuerit negligens, neuter admittitur, & sic fit locus substituto.

Secundus casus est, quando solus inst-
145 titutus sciebat delatam sibi esse hæreditatem, vel bonorum possessionem, & noluit patrem certiorare, vt illam petere posset intra terminum præfixum, & in hoc etiam casu pater excluditur ex communi sententia DD. *in d.l.* 1. *Cod. Qui admitti*, vbi Jacob de Naue, Cynus, Pet. de Bellapert. *num.* 20. Barth. *col. fin.* Bald. 27. *oppos.* Salicet. *num.* 20. Paul. Castr. *numer.* 8. Alex. *num.* 6. Corneus, *num.* 15. *& in l. Is qui hæres*, vbi Barth. *num.* 6. Aretin. *col. penult.* & Ias. *num.* 34. *ff. de Acquir. hæred.* & plures alij quos citant, & sequuntur Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 15. & Fusar. *d. q.* 42. *num.* 10. Probatur primò, quia *in d.l. fin. §. Similique modo, Cod. de Bon. quæ liber.* dicit Imperator, quòd ea quæ superiùs dispositum erat, vt scilicet pater posset adire, &c. seruanda sunt, quando pater, & filius discordant, idest, quando filius recusat adire, & pater vult vt adeat, vel econtra. In præsenti autem casu talis discordia non est. Secundò, & principaliter, quia id persuadet ratio pro præfata limitatione assignata *numer.* 143.

Et procedit hæc sententia licèt filius
146 malitiosè permiserit labi tempus, vt patri præjudicaret, vt tenent Zuccar. *in d. l.* 1. *numer.* 50. *& sequent. Cod. Qui admitti*, & ibi Dec. *in* 2. *lect. numer.* 29. *& in vltim. numer.* 105. Polit. *d. partic.* 3. *numer.* 39. & Trentacinq. *d. cap.* 6. *numer.* 15. *vers. Et hoc procedit:* tum quia *d. l.* 1. *Cod. Qui admitti, & d. l. fin. ff. Quis ordo*, procedit indistinctè: tum etiam quia siue filius per solam negligentiam, siue per malitiam permiserit labi tempus, pater non excluditur ob illam culpam filij, sed propter lapsum termini. Tum denique quia cùm quis sine fraude, idest, sine animo fraudandi, in alienum præjudicium repudiare potest, cum fraude repudiare non prohibetur, *l. Quod autem, in princip. ff. Quæ in fraud. credit.* Quare si filius potest præjudicare patri sinendo labi illum terminum absque animo fraudandi, profectò etiam habendo illum prauum animum patri præjudicabit; licèt in contrarium stent Barthol. Roman. Alex. & Ias. *in dict. l. Is qui hæres*, & alij, quos refert Trentacinq. & Fusar. *loc. citat.* Nec pater sic fraudatus poterit in integrum restitui aduersus lapsum termini, vt notant Zuccar. *in dict. l.* 1. *numer.* 24. *Cod. Qui admitti*, & Trentacinq. *vbi supra, vers. Et nota* contra Tapiam *in dict. l.* 1. *numer.* 26. esset enim talis restitutio in præjudicium eorum, quibus hæreditas, vel bonorum possessio elapso termino delata est: maior autem cum alieno præjudicio non restituitur ad lucrum, *l. Sciendum*, & ibi Barth. *ff. Ex quib. caus. maior.*

Tertius casus est, quando institutus
147 sciens delatam sibi esse hæreditatem, vel bonorum possessionem, non potuit patrē certiorare, & dum iste ignorat elapsus

est

est terminus, non agnita hæreditate, vel possessione per filium, & in hoc casu non præjudicat patri tacita filij repudiatio, vt sentiunt Zuccar. *in a. l.* 1. *num.* 70. C. *Qui admitti*, & Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 17. licèt contrarium teneant Salicet. *in d. l.* 1. *num.* 21. & ibi Castr. *num.* 7. & Alex. *numer.* 14. dubitetque Fulgos. *in l. fin. Cod. de Repud. bon possess.* Ratio est, quia jure antiquo ejusmodi tacita repudiatio non præjudicabat patri, quem filius ante lapsum termini certiorare non potuit, vt patet ex *d. l. fin. ff. Quis ordo in bon. poss. seru.* hoc autem jus nullibi hactenus reperitur mutatum.

148 Limitatur tertiò præfata communis sententia, vt non procedat in hæreditate Profectitia, ideſt, in qua filiusfamil. est institutus contemplatione patris. In hac enim non procedere dispositionem *d. l. fin. C. de Bon. quæ liber.* qua patri conceditur, vt possit adire hæreditatem à filio repudiatam, tenent Jacob. de Naue, & alij antiqui DD. quos citant, & sequuntur Salic. *in d. l fin. in princip. num.* 6. & ibid. Fulgos. *num.* 4. & Corneus *num.* 3. Alex. *in l Siquis mihi bona, §. Iußum, num.* 8. *ff. de Acquir. hæred.* & alij quos refert Fusar. *de Substit. q.* 42. *num.* 15. quia *d. l. fin.* loquitur expressè de hæreditate Aduentitia, & Castrensi, & nullo modo de Profectitia: vnde quoad hanc manet immutatum jus antiquum, ex quo regulariter nõ acquirebatur patri hæreditas filiofamiliàs delata, nisi ipso filio post jussum patris eam adeunte, *l. Siquis mihi bona,* 25. *§. Iussum, & ibi DD. ff. de Acquir. hæred.*

149 Et ratio hujus differentiæ videtur esse, quam Salic. Bald. & alij attingunt *in d. l. fin. in princip.* quia quoad hæreditatem Profectitiam manet patri integrum jus cogendi filium, vt adeat, argum. *l. Filij, in princip. ff. de Fur. & l. Si filius, ff. de Patria pot. est. & l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* & ideo non oportuit prouideri ei de alio remedio. quod secùs est in hæreditate Aduentitia, & Castrensi: nam cùm hodie etiam Aduentitia acquiratur filio quoad proprietatem, & ille maneat obligatus oneribus hæreditarijs, si illam adeat, vt per *d. l. fin.* non debet cogi adire, ne inuitus obligetur, & propterea jure optimo conceditur patri, vt possit eam suo periculo adire, si filius recuset, quæ ratio non militat in hæreditate Profectitia, cùm hæc adita per filium tota patri cum suis oneribus quæratur, vt nec per momentum penes filium maneat, *l. Placet, ff. de Acquir. hæred.*

Quòd si pater non possit de facto filium cogere, vt adeat, vt quia est absens, vel furiosus, credit Bald. *in d. l. fin. in princip. numer.* 14. quòd tunc succurrendum est patri de æquitate ejusdem *l. fin.* sed hoc non approbat Corneus, *vbi sup.* & meritò; nam alioqui, etiam quando filius patri jubenti, & compellenti resisteret, nec adduci posset ad adeundum, succurrendum similiter esset patri; quod admittendum non est, præsertim stante substituto, argum. *d. l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* & præterea, quia testator dando substitutum intelligitur dedisse licentiam illi filiofamil. vt posset nolle adire, & sic facere locum substituto in præjudicium patris, vt constat ex dictis *supra, numer.* 133. Vnde quæ ibi diximus circa seruum institutum contemplatione domini, stante substituto, pari ratione procedunt in filiofamil. instituto contemplatione patris, stante similiter substituto. Quando autem filius censeatur institutus contemplatione patris, videas apud Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 28. *& lib.* 4. *præsumpt.* 22. vbi per *l. vltim. in fine, Cod. de Vsufructu* statuit regulam, quòd in dubio non præsumitur filius institutus contemplatione patris, sed ipsius filij. 150

Prædictis tamen non obstantibus, graues DD. sentiunt quòd etiam in hæreditate Profectitia locum habet dispositio *d. l. fin.* & sic recusante filio eam adire, admittendum esse patrem, sicut in Aduentitia, & Castrensi à filio repudiatâ. Sic tenent Jason *in d. l. Cùm proponas, n.* 21. *C. de Hæred. instit.* Polit. *de Substit. tit. de Vulgari, partic.* 3. *n.* 27. Trentac. *de Substitut. p.* 1. *c.* 7. *n.* 6. *vers. Huic rationi,* & alij, 151

quod etiam magis videtur probare Bald. *in d.l.fin.in princip. num.* 14. vbi dicit absurdum esse, quòd pater admittatur per *d.l. final.* in Aduentitia, in qua minus jus habet, & non in Profectitia, quæ pleniori jure ad ipsum spectat: nam si ineſt id, de quo minùs videtur ineſſe, ergo & id de quo magis. Quod si opponas, *in d.l.fin.* non fieri mentionem de Profectitia; respondet eam legem esse conditam in fauorem patris, & sic intelligi debere, vt etiam Profectitiam comprehendat. Hæc sententia non est improbabilis, sed tamen à contraria recedendum non est, per supra dicta.

§. 9. *Vtrum mortuo instituto antequam adiret, admittatur ejus pater, substituto excluso?*

SUMMARIUM.

R. *Espondetur negatiuè, nisi institutus sit infans, & moriatur in infantia; num.* 152.

Intelligitur autem prædicta resolutio primò, nisi filius sciens delatam sibi esse hæreditatem moriatur intra annum post obitum testatoris; num. 153.

Intelligitur secundò, nisi pater filio ante mortem jussisset, vt adiret; num. 154. *Vel nisi ipse pater adeat, quando filius est in vltimo vitæ articulo, quando jam est incapax adeundi, sed licèt hoc aliquibus probatur, meritò tamen ab alijs rejicitur; num.* 155.

Intelligitur tertiò juxta aliquos DD. nisi filius esset institutus ab aliquo ascendente, vt à matre, vel auo. Sed hæc limitatio non placet; num. 156.

Prædicta resolutio principalis procedit, etiamsi filius fuisset institutus contemplatione patris, licèt contrarium sentiat Trentacinq. num. 157.

Legatum relictum filio contemplatione patris, potest capi à patre absque vllo facto filij: secùs autem hæreditas filio relicta contemplatione patris: & cur? num. 158.

SExta quæstio est, vtrum mortuo instituto ante aditam hæreditatem, possit ejus pater illam adire, excluso substituto? Respondetur negatiuè, nisi institutus fuerit infans, & sit mortuus in infantia, seu ante septennium. Sic Barth. *in l.* 1. *num.* 23. *ff. de Vulgari*, & ibidem Alex. Jas. Ripa, Socin. & alij Bald. *in l. fin. num.* 11. *Cod. de Bon. quæ liber.* vbi etiam Cynus Paul. Castr. Corneus *num.* 5. & alij communiter, idem Baldus *in l. Si infanti, Cod. de Iure deliber.* Imola *in l. Si pater, ff. de Hæred. instit.* Roman. Barth. & Alex. *in d. l. Is, qui hæres, in fine, ff. de Acquir. hæred.* Polit. *de Substit. tit. de Substit. Vulgari, partic.* 3. *num.* 3. & Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 19. estque communissima sententia. Probatur primò argum. ab speciali per *d l. Si infanti*, vbi specialiter conceditur, vt mortuo infante ante aditam hæreditatem ei delatam, succedat ejus pater: quo apertè supponitur, secùs esse in mortuo post infantiam. Secundò, quia si pater posset adire, esset ex persona filij vtendo jure illius: hoc autem non stat post mortem filij: nam extincto filio, extinguitur etiam illius jus, & sic jam pater eo vti non potest est enim jus adeundi valde personale, & non transmittitur ad alios, nisi in certis casibus in jure expressis, *l. vnica, §. In nouissimo, Cod. de Caduc. toll. cum simil.* Tertiò denique, quia licèt *in l. fin. Cod de Bon. quæ liber.* pater admittatur ad hæreditatem à filio repudiatam; id intelligitur constitutum in vtilitatem filij, qui patre adeunte quodammodo fit hæres, seu dominus hæreditatis per patrem acquisitæ, *l. Licèt, §. Patronos, ff. de Verbor. signif. §. Sui, Inst. de Hæred. qualit. & dif.* ipsumque jus præsumit, quòd pater adeundo hæreditatem bonum consilium ceperit pro filio, *l. Si filius, Cod. de Patria potest.* Hæc autem ratio cessat, quando filius ante aditam hæreditatem moritur: & sic in tali casu locum non habet dispositio *d. l. fin.* 152

Intellige verò hanc resolutionem primò, nisi filius sciens delatam sibi esse hæ- 153

re-

reditatem moriatur intra annum post obitum testatoris. Nam in hoc casu transmittit ad patrem jus deliberandi, & adeundi quod ipsi cõpetebat, *l Cùm in antiquioribus, Cod de Iure deliber.* Trentac. *d.cap.6 num.20.*

154 Intellige secundò, nisi pater filio ante mortem jussisset vt adiret. Tunc enim, illo mortuo, pater adire posset, per beneficium *d.l.fin.Cod.de Bon quæ liber.* vt ibi tenet Bald. *num.* 11. *in princip.* quem sequuntur Castr. & Fulgosus *ibid.* Socin. jun. *in d.l.* 1. *num* 28. *vers. Sextò limita, ff de Vulgari*, & alij: nam filius non adeundo post jussum patris censetur repudiare, argum. *l Recusari, 94 ff. de Acquir. hæred.* & sic in casu proposito locum fecit dispositioni *d. l. fin.* paterque ante illius mortem jus acquisiuit adeundi hæreditatem, perinde acsi à principio esset institutus, juxta eandem *l.fin.§. Similique modo*, quo jure etiam post mortem filij vti potest, nam postquam illi semel est acquisitum, non pendet deinceps à persona filij, argum. *l Si post mortem*, 10. *in fine, ff. de Bonor. posses. contra tabul.*

155 Credit etiam Bald. *in d.l. fin. in princ. num.* 18. quem sequitur Roman. *in l. Is qui hæres, §. Neque filius, ff. de Acquir. hæred.* quod non adita hæreditate per filium, poterit pater adire, quando filius fuerit in vltimo vitæ articulo, cùm jam est penè mortuus, & incapax adeundi: quòd tunc filius censeatur omnino exclusus, perinde acsi repudiasset, & sic locum habeat dispositio *d l.finalis*. At contrarium tenent Fulgos. & Alex. *in d. §. Neque filius*, quos sequitur Trentacinq. *d. cap. 6. num.* 23. & mihi etiam placet, quia si filius in illo articulo habeatur tanquam si repudiasset, & repudiatio est tacita, in qua *d.l.fin.* non procedit, vt ex supradictis constat. Et si dicamus, in illa etiam procedere, sequitur quòd nunquam pater per mortem filij excluditur, nam semper in vltimo vitæ articulo redditur filius impotens ad hæreditatem adeundam: & si per hoc censetur repudiare in terminis *d.l.fin.* statim pater acquirit jus adeundi, quo etiam post mortem filij, vti potest, vt nuper probauimus: consequens autem est contra præfatam communem sententiam.

Intellige præterea tertiò cum nonnullis DD. nisi filius esset institutus ab aliquo ascendente, vt à matre, vel auo; quod tunc filio mortuo antequam adiret, facultas adeundi transmittatur ad patrem jure sanguinis ex beneficio *l. vnicæ, Cod. de His qui ante apertas tab.* At hæc limitatio non star in longè veriori, & communiori sententia, quæ tenet hæreditatem ascendentium descendenti delatam non transmitti ex jure sanguinis, seu ex beneficio *d. l.vnicæ* ad alios ascendentes, sed tantùm ad descendentes institutos, de quibus tantùm *in d. l.* fit mentio; qua de re alibi ex professo agendum, & ita pro præsenti casu docet relatis alijs Trentacinq. *d. cap. 6. sub num.* 21. qui etiam *num.* 24. rejicit quandam aliam limitationem, quam ponit Angel. *in l. Si quis mihi bona, §. Iussum, ff. de Acquir. hæred.* vbi ait, quòd quando pater fuisset relegatus tempore mortis filij, & propterea non potuisset consentire filio volenti adire, restituitur post mortem filij, & substitutus excluditur. 156

Tandem idem Trentacinq. *supra, numer.* 25. prædictam communem sententiam limitat, vt non procedat quando filius fuit institutus contemplatione patris, quòd tunc videatur hæreditas directè cõferri ipsi patri, atque adeo quòd is ex propria persona illam potest adire independenter à persona filij; quod probat per *l.Filiofamil.ff.de Condit. & demonstr. l.final.Cod.de Vsufruct.* & alias, dicitque ita tenere Bald. *in d.l. Filiofam.* Hæc tamen limitatio nulla ratione admittenda est; quia spectato jure antiquo hæreditas delata filiosamil. non acquirebatur, nisi ipso filio eam adeunte post jussum patris, vt constat per *l. Siquis mihi bona, §. Iussum, ff. de Acquir. hæred.* quod jus non fuit postea correctum quoad hæreditatem Profectitiam, qualis est hæc, de qua loquimur, sed solùm quoad Aduentitiam, & Castrensem, vt *supra, numer.* 148. cum receptiori sententia tradi- 157

dimus, & quanuis concedamus, jus illud etiam quoad Profectitiam, fuisse correctum *in l. fin Cod. de Bon. quæ liber.* vt tenet ipse Trentacinq. post alios, quos supra citauimus *num.* 151. In hac etiam opinione non potest pater adire vllam hæreditatem filio delatam, nisi ipso filio eam expresè repudiante, vt constat ex dictis §. *præcedenti, num.* 144. *cum seqq.* Neque *d. l. fin.* quæ id concedit, extenditur ad casum, quo filius mortuus est antequam adiret; alioqui penitus euerteretur præfata communis sententia, de qua tantùm limitandâ hìc agimus.

158 Neque obstant leges, quas Trentac. pro se allegat; quia vel non sunt ad rem, vel solùm agunt de legatis, vt *d. l. Filiofamil.* in qua habetur, quòd legatum relictum filiofamil. sub commemoratione patriæ potestatis, vel seruo sub commemoratione potestatis dominicæ, videtur relictum ipsi patri, vel domino, & hi per se rectâ viâ illud capiunt. Ex quo textu fatemur, quòd legatum relictum filio cõtemplatione patris, potest capi à patre absque facto, & acceptatione filij; at in hæreditate id admitti non potest: & diuersa ratio est, quia legato ex sua natura non repugnat quòd acquiratur absque vllo facto legatarij, cùm etiam ignoranti acquiri possit *l. Cùm pater, 79. §. Surdo, ff. de Leg. 2.* Glos. *in l. Legatum ita, 82. verb. Vt hæreditas, ff. eod.* & omnes: hæreditas autem vt acquiratur indiget aditione, seu acceptatione, *l. Cùm hæredes, ff. de Acquir. hær. ed. cum simil.* opusq; est vt aditio fiat per institutum, etiamsi is non possit sibi acquirere, sed alteri, cujus contemplatione institutus sit, vt probat text. *in l. penult. Cod. de Iure deliber. cum simil.* non negamus tamen, quòd quando institutus est hæres Suus, vel necessarius, tunc ipso jure illi acquiritur hereditas, & sic absque aditione. Sed hic casus est specialis, nec ad præsentem quæstionem spectat. Denique Bald. *in d. l. Filiofamil.* loquitur in diuerso casu, & sic non bene pro prædicta limitatione adducitur.

(?)

§. 10. *Vtrum monacho instituto recusante adire hæreditatem, vel mortuo ante illam aditam, possit adire monasterium; an fiat locus substituto?*

SUMMARIUM.

Monacho instituto adire recusante, admittitur ejus monasterium, si est capax succedendi; numer. 159. *& seqq.*

Monachus respectu sui monasterij æquiparatur filiofamil. num. 160. *Vtrum in modo acquirendi monasterio æquiparetur potius seruo, quàm filiofamil. num.* 161. *& seq.*

Quando monachus est institutus, hæreditas defertur immediatè monasterio, & hoc illam potest adire, & acquirere absque vllo facto monachi; num. 163. *& seqq.*

Monachus ratione voti obedientiæ, ita est sub potestate Religionis sicut pupillus sub tutore: & quomodo id procedat? num. 165.

Monachus institutus adire recusans potest à monasterio cogi, vt adeat; idque erit vtile, licèt ipsum monasterium, seu ejus Prælatus, per se adire possit; numer. 166.

Si testator sufficienter declaret, se velle admitti substitutum in casu, quo monachus institutus sponte sua non adeat, non poterit monasterium acquirere hæreditatem, & excludere substitutum, nisi præuia aditione spontanea ipsius monachi; num. 167.

Vtrum monacho instituto mortuo post delatam, nondum tamen aditam hæreditatem, possit monasterium illam adire, an potius admittendus sit substitutus? Prima sententia negat posse monasterium adire; num. 168. *& seq. Secunda verò affirmat, & hæc censetur probabilior; num.* 170. *& seqq.*

Monacho instituto transeunte ad aliud monasterium post delatam hæreditatem, nondum tamen aditam, competit

jus

jus adeundi priori monasterio; numer. 171.

Tutor non potest adire hæreditatem delatam pupillo infanti; si is ante eam aditam moriatur: monasterium autem adire potest hæreditatem relictam monacho, etiamsi iste ante illius aditionem mortuus sit; & assignatur dispar ratio, num. 173.

Sententia negans, posse monasterium adire hæreditatem relictam monacho, qui ante eam aditam mortuus est, fallit primò in hæreditate paterna, & vtrum id procedat, quando tali monacho datus est substitutus Vulgaris? num. 174.

Filiusfamilias factus monachus conservat jus Suitatis, & hoc in monasterium transfertur; ibid.

Fallit secundò prædicta sententia negãs, quando monacho fuit delata hæreditas alicujus ascendentis; num. 175. *At hæc fallentia non habet solidum fundamentum; num.* 176.

Quando monasterium habeatur loco filij? ibid.

Fallit tertiò quando monachus scivit delatam sibi esse hæreditatem, & ante aditionem obijt nondum elapso anno, qui ad deliberandum conceditur; numer. 177.

Fallit vltimò, quando monachus malitiosè neglexisset adire. At fundamentum hujus fallentiæ non probatur; numer. 178.

Vtrum retentâ prædictâ sententiâ negante posse monachum adire, mortuo monacho ante aditam hæreditatem, competat monasterio restitutio aduersus omissionem aditionis? num. 179.

159 SEptima quæstio præcedentibus affinis est, si institutus sit monachus, cui, si hæres non foret, testator dedit substitutum, an illo repudiante, seu recusante adire, admittatur substitutus, vel potiùs monasterium, si aliàs sit capax succedendi? Tractat latissimè hanc quæstionem cum suis annexis Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 7. & post eum Sanch. *tom* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 12. 1 *num.* 35. at breuiter nos ab illa expediemus. Resolutiuè igitur dicendum, quòd in casu proposito succedit monasterium, & substitutus excluditur. Ita Barthol. *in l.* 1. *num.* 21. & 22. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 23. Jas. *num.* 43. Ripa *num.* 150. *& seqq.* Alciat *num.* 24. *& seqq.* alijque ibidem, Bald. *in l.* 1, *Cod Qui admitti*, Salicet *in l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* Barth. Socin. *in l. Filiosamil. num.* 5. *ff. de Condit. & demonstr.* Castr. *in l. Ex repudiatione, num.* 2. *Cod. de Fideicommiss.* Roman. *in l. Is qui hæres, §. Neque filius, num.* 11 *ff. de Acquir. hæred.* Polit. *de Substit. tit. de Substit. Vulgari partic.* 3. *num.* 50. qui tamen solùm id admittit, quando monachus fuit institutus contẽplatione monasterij, Zazius *de Substit. cap.* 1. *num.* 10. Bald. de Vbald. *de Substitut. rubr. de Substit. Vulgari: num.* 14. Joan. de Andr. *cap. In præsentia, num.* 23. *de Probat.* & ibi Anton. *num.* 28. Anchar. *num.* 18. Bellamera *num.* 27. & alij. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si absque liberis, vbi de Vulgari, num.* 81. & 86. *de Testam.* & quamplures alij quos citant & sequuntur Trentacinq. *d. cap.* 7. *num.* 4. & Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 40. estque communissima sententia, à qua pauci recedunt, quos citat idem Sanch. *num.* 39. & Fusar. *de Substit. q.* 41. *numer.* 2.

160 Fundamentum, quo Bartholus, & cæteri ferè omnes hujus sententiæ Authores ducuntur, est, quia si filiusfamil. habens patrem recuset adire hæreditatem sibi ab aliquo delatam, potest illam adire, & sibi acquirere ejus pater, beneficio *l. fin. Cod. de Bon. quæ liber.* idque licèt filio datus sit substitutus, quem pater excludit, eoquod filio repudiante vocatur pater acsi à principio esset institutus, vt habetur eâdem *l. fin. §. Similique modo*; & propter alia fundamenta à nobis adducta § 8. *num.* 137. Monachus autem respectu sui monasterij æquiparatur filiofamilias, vt omnes fatentur. Igitur sicut filio recusante hæreditatem sibi delatam, admittitur pater, excluso substituto, ita etiam recusante monacho, admitti debet mo-

monasterium.

161 Quod si opponas cum Authoribus cõtrariæ sententiæ, monachum in modo acquirendi potiùs æquiparari seruo, quàm filio, nam filius non in omnibus acquirit patri, siquidem in Castrensibus, & quasi Castrensibus totum sibi acquirit, & in Aduentitijs, solum vsumfructum acquirit patri, monachus autem quidquid acquirit totum monasterio acquirit, sicut seruus totum acquirit domino; ac proinde quemadmodum seruo instituto nolente adire, non admittitur dominus, sed fit locus substituto, *d.l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* ita pariter monacho adire nolente, non monasterium, sed substitutum admitti. Respondetur, monachum neque filio, neque seruo æquiparari in omnibus; sed solùm quatenus est vtilius monasterio, vt est frequentissima DD. sententia, quam relatis pluribus tradunt Trentacinq. *d.cap.7. num.3. fine*, & Sanch. *d. num.40.* monachum namque nunc filio, nunc seruo æquiparari inductum est in fauorem monasterij, & ideo ea æquiparatio capienda est, quæ monasterio fuerit vtilior, ne quod in ejus fauorem inductum est, vertatur in damnum, contra regulam *l. Quod fauore, Cod. de Legib. & cap. Quod ob gratiam, de Regul. jur. in 6.* Igitur cùm in casu proposito vtilius sit monasterio, quòd monachus nolens adire æquiparetur filio, id tenendum est, & consequenter poterit tunc monasterium adire, & capere hæreditatem, substituto excluso.

162 Cæterùm hoc fundamentum mihi nõ videtur solidum, neque adæquatum. Non solidum, quia quòd in eo assumitur, non debere monachum in præsenti casu æquiparari seruo, sed filio, licèt aliàs in modo acquirendi æquiparetur seruo, qui soli domino acquirit, non videtur verum: nam si monasterium sentit, & amplectitur commodum comparationis monachi cum seruo, sentire etiam debet incommodum: cùm regulare sit, vt qui sentit commodum, debeat quoque sentire incommodum, argum. *l. fin. §. penult. Cod. de Furtis, l. vnicæ, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol. l. Secundum naturam, ff. de Regul. jur.* præsertim quando (vt in præsenti) commodum, & incommodum respicit eandem rem, & circa illam versatur, Stephan. Gratian. *tom. 5. Discept. forens. cap. 916. num. 35.* Non adæquatum, quia etiam admisso, quòd monachus in præsenti casu debeat æquiparari filio, quatenus eo repudiante admittitur pater, excluso substituto, hinc non sequitur quòd monasterium admitti debeat, repudiante monacho, nisi quando monachus fuisset institutus gratiâ, & contemplatione sui, vt quia erat amicus testatoris, qui ea ratione illi gratificari voluit: secus autem si fuisset institutus contemplatione monasterij, nam etiam filio repudiante, pater ejus non admittitur, si ille fuit institutus contemplatione patris, vt multis relatis DD. tradidimus, & magis probauimus §. 8. *num. 148. cum seqq.* licèt aliqui contrarium sentiant, quos citauimus *num. 151.*

Optimũ igitur, & magis solidum fundamentum traditæ communis sententiæ est, 163
quia quando monachus est institutus, hæreditas defertur immediatè monasterio, & hoc illam potest adire, & sibi acquirere absque vllo facto monachi, vt tenent communiter juris Canonici professores, Innocent. *cap. In præsentia, num. 7. de Probation.* & ibi Hostiens. *num. 11.* Joan. Andr. *num. 23.* Anton. *num. 28.* & Panor. *num 76.* Beroius *in cap. Raynutius, num. 384. & 391. de Testam.* vbi etiam Guilliel. Bened. *verb. Si absque liberis, 2. tit. de Vulgari substitutione, num. 81.* Couar. *in cap. 1. num. 21. de Testam.* & alij: quibus ex juris Cæsarei DD. accedunt Imola *in l. Si paterfamil. ff. de Hæred. instit.* Castr. *in l. Legatum, ff. de Leg. 1.* Alex. *in l. 1. num. 21. cum seq. ff. de Vulgari*, & ibi Alciat *num. 52.* Cynus, & Bald. *in l. Deo nobis, Cod. de Episc. & cleric.* Idem Bald. *in l. Filiofamil. 42. ff. de Condit. & demonstr.* Angel. *in l. Papinianus, in princip. ff. de Inoffic. testam. & §. Alienus, 2. num. 6. & seqq. Inst. de Hæred. instit.* Barbat. *cons. 19. col. pen. vers. Sed ipse, volum. 3.* Spino *in Speculo testam.*

testam. Glos. 12. *principali, num.* 17. *& seqq.* Tapia *in Auth. Ingressi, vers. Ipso ingressu, in princip. num* 94. *Cod. de Sacros. Eccles.* Menchaca *de Succes. creat. lib.* 3. §. 21. *num.* 251. & multi alij quos citat, & sequitur Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 36. sequitur etiam ex Theologis Molin. *tom.* 1. *disp.* 140. *col.* 8. *vers. Non solùm bona,* Emman. Rodrig. *qq. Regular. tom.* 2. *q.* 77. *art.* 1. & Graffis 2. *p. decis. lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 74. licèt contrarium teneant plerique Legistarum, vt affirmat relatis pluribus Sanch. *supra, num.* 35. & eos sequens Trentacinq. *d. cap.* 7. *sub num.* 2. *vers. Vnde cum, & vers. Ex prædictis.*

Quam resolutionem, seu dicendi modum probo, ac declaro hac ratione; quia 164
ei censetur hæreditas immediatè delata, cui virtute institutionis illa potest immediatè acquiri, vt ex ipsis terminis patet: instituto autem monacho, soli ejus monasterio potest hæreditas immediatè acquiri virtute talis institutionis: non enim potest acquiri monacho, & mediante illo, ipsi monasterio, cùm ille ratione professionis redditus sit incapax, cui aliquid acquiratur, & solùm possit acquirere Religioni, in quam per traditionem, qua se illi in professione tradidit, omnia ejus jura translata sunt, vt exemplo serui, seu ejus qui in seruitutem traditus est, bene declarat Soar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 6. *cap.* 2. *num.* 8. Nec dici potest, quòd saltem vt hæreditas acquiratur Religioni, seu monasterio, necessaria est voluntas, seu aditio ipsius monachi, sicut instituto seruo, necessaria est ejus voluntas, vt hæreditas acquiratur domino, *l. Seruo inuito, in princip. ff. Ad Trebel. l. Cùm proponas, Cod de Hæred. instit.* Hoc, inquam, non potest dici; nam per professionem non solùm renuntiauit monachus omnibus suis juribus, eaque in Religionem trastulit, si illa erat capax succedendi, sed etiam renuntiauit propriæ voluntati, eamque Prælatis Religionis perfectè subdidit, ita vt deinceps jam non habeat velle, neque nolle *cap. Non dicatis,* 12. *q.* 1. *cap. Si Religiosus, de Electione, lib.* 6. Quãdo autè institutus caret voluntate, potest adire, qui illum habet in potestate, vt quando est infans, in quo casu pater illius adire potest, *l. Si infanti,* 18. *Cod. de Iure deliber.* Et quidem, quod monachus, quia non habet velle, neque nolle, comparari debeat infanti quoad præsentem effectum, tenet expresè Menchaca *d.* §. 21. *sub num.* 250. *vers. Quid dicendum?*

Facit quòd tradit Soar. *tom.* 2. *de Relig. tract. de Voto, lib.* 6. *cap.* 7. *num.* 5. vbi dicit, quòd monachus ratione dictæ subjectionis, quam ex voto obedientiæ, & renuntiatione propriæ voluntatis habet respectu Prælati Religionis, est veluti pupillus sub tutore: quæ comparatio solùm potest procedere respectu pupilli nullam habentis voluntatem, cujusmodi est infans, seu minor septennio. Nam qui septennio est maior, non pendet in omnibus à tutore, neque dependentia, quam ab illo habet, consistit in eo quod non habeat velle, aut nolle independens ab illius voluntate, sed in eo quòd habeat voluntatem subordinatam judicio, & approbationi, seu auctoritati illius. Vnde non dicitur, quòd ad negotium pupilli sit necessaria licentia tutoris, sed auctoritas, quæ proinde negotio perfecto adhiberi potest, *l. Siquis mihi bona, §. Iussum, ff. de Acquir. hæred.* At verò monachus in omnibus pendet a Prælato, cui vice Dei se subjecit, eaque dependentia consistit in perfecta subordinatione respectu voluntatis Prelati, ita vt nulla propria voluntas ei supersit; & ideo rectè quoad rem præsentem comparatur pupillo infanti, cujus tutor se solo potest adire hæreditatem ei delatam, *d. l. Si infanti* Glos. *in l. Potuit,* 5. *verb. Nesciente, Cod. de Iure deliber. & in l. Pupillus si fari, argum. illius text. ff. de Acquir. hæred.* 165

Aduertit autem optimè relatis alijs 165
Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 41. quòd siue hanc, siue contrariam sententiam sequamur, integrum est monasterio cogere monachum institutum, vt hæreditatem adeat, præcepto ac pœnis eum compellendo: neque ista compulsio erit superflua, etiamsi solus Prælatus monasterij possit adire, juxta supra dicta; quia cùm multi DD. teneant,

neant, & sit probabile, necessariam esse additionem monachi, vtilissimum erit, saltem ad vitandas lites, quod ille adeat, debeatque talem additionem præcedere jussus, vel licentia Prælati: alioqui erit illicita, & nulla, vt probat idem Sanch. *numer.* 37.

167 Illud etiam aduerto, prædictam sententiam procedere, nisi testator sufficienter declarasset, quod monacho per se, ac sponte sua non adeunte, admitteretur substitutus, vt si dixisset: *Instituo talem monachum, & si ei non placuerit adire, deueniat statim hæreditas ad Petrum, quem in tali casu substituo:* tunc enim vbi monachus declarauerit, se nolle adire, monasterium excluditur, & admittitur substitutus, cùm ea sit testatoris voluntas, quæ maximè in substitutionibus attenditur, & seruanda est, *l. Iam hoc jure, 4 ff. de Vulgari.* Vnde neque in tali casu poterit cogi à Prælato vt adeat; siquidem testator non aliter voluit, quod posset acquiri hæreditas monasterio, nisi mediante spontanea aditione monachi instituti.

168 Octaua quæstio est, vtrum monacho instituto mortuo post delatam, nondum tamen aditam, hæreditatem, possit monasterium illam adire, an potiùs admittatur substitutus? Multi sentiunt monasterium adire non posse, & sic admittendum esse substitutum. Ita Barth. *in l. Is potest, 24. num. 13 ff. Acquir. hæred. & in l. 1 num. 23 & 24.* vbi etiam Ripa *numer. 154.* & Bartholom. Socin. *num. 25. ff. de Vulgari,* Cynus *in l. fin. num. 8. Cod. de Episc. & cleric.* & ibi Alberic. *num. 7.* Fulgos. *ibid. §. Hoc etiam cognitum, num. 2.* Salic. *eod. §. num. 3.* Aretin. *cap. In præsentia, num. 95. de Probation.* Bellamera *ibid. num. 28.* Tentacinq. plures referens *tract. de Substit. p. 1. cap. 7. num. 8.* & alij quos citat Fusar. *de Substitut. q. 44. num. 1.* vbi affirmat hanc esse communem sententiam Legistarum, ideoque seruandam in foro sæculari, licèt opposita in foro Canonico præferenda sit. Vnde etiam Angel. *Inst. de Vulgari, in princip. num. 37.* dicit hanc partem esse seruandam in terris Imperij, secùs in terris Ecclesiæ.

Ducuntur primò, quia monachus in 169
modo acquirendi comparatur filio, vel seruo, vt DD. communiter admittunt: mortuo autem filio, vel seruo instituto ante aditam hæreditatem, non potest pater, vel dominus eam adire, vt de patre ostensum est *§. præced.* cum communi sententia, & de domino constat per *l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* patetque satis ex dictis *§. 7. per totum.* Secundò, quia instituto monacho non potest monasterium adire, nisi nomine, & ex persona ipsius monachi: per mortem autem extinguitur talis persona: ergo & facultas adeundi, quæ ex illa competebat monasterio; nam sublatâ causâ tollitur necessariò effectus. Tertiò denique probari potest hæc sententia ex eo, quod supra, *num. 165.* statuimus, monachum æquiparari pupillo infanti sub tutore. Nam licèt tali pupillo instituto possit tutor ejus nomine adire hæreditatem ei delatam; attamen hæc facultas cessat, si pupillus ante aditam hæreditatem moriatur, *l. Si infanti, Cod. de Iure deliber.* idque ea ratione, quòd sublatâ personâ, cujus nomine tutor poterat adire, ipsa etiam facultas adeundi pereat necesse est. Hæc verò sententia in aliquibus casibus à suis Authoribus limitatur, quos infra *à num. 174.* commodiùs trademus.

Contrariam sententiam tenent com- 170
muniter Canonistæ, & multi etiam ex Legistis, eaque nobis videtur probabilior, scilicet, in proposito euentu posse monasterium adire. Ita Joan. Andr. *cap. In præsentia, num. 23. de Probat.* & ibi Anton. *num. 28.* Panorm, *num. 77.* Berous *num. 559.* Anchar. *num. 18.* Felin. *num. 57. q. 10.* idem Berous *in cap. Raynutius, num. 391. de Testam.* & ibi Guilliel. Bened. *verb. Si absque liberis moreretur, 2. vbi de Vulgari, num. 91.* Couar. *in cap. 1. numer. 21. de Testament.* Bald. *in l. Filiofamil. 42. ff. de Condit. & demonstr.* Alex. *in l. 1. num. 26. ff. de Vulgari,* & ibi Alciat. *num. 95.* & Imola *num. 6.* Rolandin. *de Testam. rubr. 23 num. 19. ad fin.* (habetur *tom. 8. tractatuum Nouæ collect.*

1. p.

1.p.in princ.) Angel.de Gambilion *tract. de Testam.Glos.*84.*num.*7. (habetur eod. tom.) Tapia *in Auth.Ingressi,verb. Ipso ingressu, in princ.num.*96.*Cod. de Sacrosc. Eccles.* Spino *Specu. de Testam.Glos.*12. *principali, num.* 17. *& seqq.* Menchaca, *de Successionum.creat. lib.*3 §.21.*num.*251. & multi alij etiam ex Legistis, quos refert eos sequens Sanch, *tom.* 2. *in Decal. lib.*7.*cap.*12.*num.*47. Idem ex Theologis tenent Molina *tom.*1.*disp.* 149. *col.* 8. *vers. Non solum bona*, Emman. Rodrig. *qq. Regular. tom.*2 *q.*77. *art.*1. & Lessius *lib.*2.*de Iust. cap.*41. *dub.*11. *num.*87.

171 Probatur facilè ex dictis *num.* 163. *& seq.* vbi cum multis DD. probauimus, quod instituto monacho, hæreditas defertur immediatè monasterio, si est capax succedendi, eique & non monacho comperit jus adeundi: hinc enim planè sequitur, quòd etiam mortuo monacho, potest monasterium adire; siquidem vbi hæreditas fuit delata, acquisiuit jus adeundi, quòd per mortem monachi non extinguitur; nam postquam semel est acquisitum non pendet ampliùs à persona monachi, arg. *l.Si post mortem*, 10, *in fine, ff. de Bon, possess. contra tab.* Vnde notat bene Couar. *d.num.*21. quod transeunte monacho instituto ad aliud monasteriũ post delatam hæreditatem, antequam esset adita, competit jus adeundi priori monasterio, non verò illi, in quod monachus transiuit. Addo præterea, quòd etiam in opinione, quæ tenet, hæreditatem deferri immediatè ipsi monacho instituto, potest monasterium illam adire post mortem monachi, argum. *d.l. Si infanti*; vbi si infanti deferatur hæreditas, & ille ante aditionem in infantia moriatur, patre superstite, potest pater adire, & sibi acquirere hæreditatem. Cùm enim monachus æquiparetur filio, & hæc comparatio maximè procedat respectu filij infantis, vt constat ex dictis *num.* 164. *& seq.* bene per illam legem probatur, quòd etiam monacho mortuo post delatam hæreditatem, potest monasterium adire, & ita in specie concludit Menchaca *d.*§.21.*sub n.* 250.*vers. Quid dicẽdũ, & n.*251.*in princ.*

Quæ resolutio non solùm ptocedit, 172
quando non est datus substitutus, sed etiam illo stante, vt declarat Sanch. *d.n.*47. Et ratio est, quia substitutus non admittitur, quamdiu durat jus primi instituti, *l. Quamdiu*, 3 *ff. de Acquir hæred.* jus autem primi instituti in præsenti casu durat, & permanet in monasterio, in quod omnia jura monachi translata sunt, vt ex dictis constat: ergo etiam stante substituto, potest monasterium adire, & substitutum excludere. Confirmatur, nam in casibus in quibus jus concedit transmissionẽ juris adeundi ad hæredes instituti, possunt hi adire post illius mortem, etiam stãte substituto, vt latè cum communi tradidimus *supra*, §. 6. idque ob eam rationem, quia supposito beneficio transmissionis, jus primi instituti conseruatur post ejus mortem in ejus hæredibus, & quamdiu illud durat non est locus substituto: eadẽ autẽ est ratio in præsẽti casu, vt ex dictis cõstat. 173

Et hac sententiâ retentâ facillimo negotio diluuntur fundamenta Aduersariorum *num.*169. adducta. Ad primum respondet Sanch. *d cap.* 12 *num.*47. monachum in casu præsenti neque filio neque seruo æquiparari quoad acquisitionem; quòd talis æquiparatio fuerit inducta in fauorem monasterij, & consequenter solùm habeat locum quando est vtilis monasterio: in præsenti autem casu esset damnosa. Aliter tamen, & fortè meliùs responderi potest, juxta supradicta *num.* 171. *vers. Addo præterea*, monachum in hoc casu æquiparari filiofamil. infanti, & sic, quemadmodum mortuo tali filio ante aditam hæreditatem ei delatam potest pater adire; ita etiam in nostro casu potest adire monasterium. Ad secundum respondetur, licèt jus adeundi non competat monasterio, nisi ratione personæ monachi instituti; attamen solùm pendere à tali persona quoad acquiri, & vt ita dicam, in fieri, non autem in conseruari; quia vbi hæreditas fuit delata, statim jus illam adeundi fuit perfectè acquisitum monasterio, & non pendet ampliùs à persona monachi: & sic licèt per mortem talis persona extinguatur,

tur, id non tollit quominus monasterium adire possit, si hæreditas monacho viuente delata est. Ad tertium respondetur, monachum æquiparari pupillo infanti sub tutore, quoad hoc vt non sit necessaria ejus voluntas ad adeundam hæreditatem ei relictam; non autem debere illi æquiparari in casu, de quo hic loquimur. Et ratio diuersa est, quia tutor non adit jure proprio hæreditatem delatam pupillo, sed tantùm jure ipsius pupilli, & ad eam illi acquirendam; quod non habet locum, nisi pupillo viuente: at verò monasterium adit hæreditatem monacho relictam, non jure ipsius monachi, cũ is sit incapax talis juris, sed jure proprio, vtpote sibi perfectè quæsito, aditque vt hæreditatem sibi acquirat; ac proinde vt tali jure vti possit, non pendet à vita, & persona monachi.

174 Retentâ etiam priori sententiâ, aliqui sunt casus, in quibus illa à suis Authoribus limitatur. Primus est, quando agitur de hæreditate paterna, qua delata, nondum tamen aditâ, monachus mortuus est. Hanc enim transmitti ad monasterium tenent Odofred. Jacob Butrigar. & Paul. Castr. *in l. fin. § Hoc etiam, Cod. de Episc. & cleric.* Socin. *in l. 1. ff. de Vulgari, num.* 25. & alij, quos citat & sequitur Trentacinq. *de Substitut. cap. 7. num.* 13. Ducuntur, quia in monacho conseruantur jura Suitatis, vt est communis sententia, teste Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 12. num.* 5. per text. *in d. l. fin.* vbi dicitur, perinde illum succedere, ac si Religionem ingressus non fuisset: igitur sicut hæres Suus sæcularis transmittit hæreditatem paternam ad hæredes, ita regularis eam transmittit ad monasterium: vel certè quemadmodum sæcularis, vbi ejus pater moritur fit hæres, & dominus hæreditatis absque aditione ex solo jure Suitatis; ita etiam vbi moritur pater monachi, acquirit monasterium ejus hæreditatem ex jure Suitatis, quod in ipsum monasterium cũ ipso monacho translatum est, sicut & cætera illius jura, vt ex dictis constat, & in specie bene declarat Sanch. *d. num.* 5. *& seqq.* Hoc tamen fundamentũ solùm probat efficaciter, pertinere ad monasterium hæreditatem paternam delatam monacho, cui pater non dedit substitutum, esto talis monachus ante aditionem moriatur. Si autem ei datus est substitutus, obstat communior sententia, quæ tenet per aditionem substituti vulgaris tolli Suitatem; vt vidimus § 6. *num.* 108. Quæ sententia non minùs procedit respectu hæredis regularis, quàm sæcularis.

Alius casus, (in quo præcedens ex alio fundamento continetur) est, quando monacho fuit delata hæreditas alicujus ascendentis, siue talis ascendens esset ejus pater, siue mater, siue auus, &c. Tunc enim transmitti hæreditatem ad monasterium quasi ex jure sanguinis mortuo monacho ante aditionem, sentiunt Barthol. *in l. 1. numer. 24. ff. de Vulgari,* & ibi Angel. Imola, & Socin. Cynus *in l. fin. numer.* 8. *Cod. de Episc. & cleric.* & ibi Alberic. *num.* 7. Fulgos. *§ Hoc etiam cognitum, num.* 2. Salicet. *eod. §. numer.* 3. Aretin. *cap. In præsentia, numer.* 92. *& seqq. de Probation.* & ibi Bellamera, *numer.* 28. Menchaca *de Succes. progress. lib. 1. § 9. numer.* 9. & alij. Ducuntur, quia monasterium habetur loco filij, & liberorum ipsius monachi, per text. *in d. cap. In præsentia, & text. cum Glos. in §. Sed hoc præsenti, Auth. de Sanct. Episc. & in Auth. Nisi rogati, Cod. Ad Trebel.* tenent plurimi DD. quos longa serie referunt Trentacinq. *vbi supra, numer.* 17. & Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap.* 16. *num.* 3. Constat autem quòd is, cui hæreditas ascendentium delata est, si ante aditionem moriatur, jus eam adeundi transmittit ad suos filios, & descendentes, beneficio *l. vnicæ, Cod. de His qui ante aper. tab.* 175

At hic etiam casus seu ejus, fundamentum, parum habet firmitatis, præsertim stante substituto. Quia in primis multò verius est, monasterium non haberi loco filij, vt expendendo prædictos textus probat optimè Sanch. *dict. cap.* 16. *n.* 4. & docent innumeri DD. quos ibidem refert. Deinde esto admittatur, monasterium haberi loco filij, id non debet 176

ex-

extendi vltra casum in dictis textibus expressum: in eis enim solùm deciditur, vt quando aliquis fuerit grauatus restituere bona alicui tertio, si absque liberis decedat, & talis grauatus religionem fuerit ingressus, nullis filijs relictis, talia bona pertineant in perpetuum ad monasterium, illo tertio fideicommissario penitus excluso. Quod cùm sit exorbitans à jure communi, non debet extendi ad alios casus, sed omnino ad illum expressum restringi; & ita plerique DD. tradunt, quos idem Sanch. refert, & sequitur *loco cit. num. 5.* ac proinde in casu, de quo hìc loquimur, non debet monasterium haberi loco filij: denique ratio *d. l. vnicæ, Cod. de His qui ante aper. tab.* vbi conceditur dicta transmissio hæreditatis non aditæ ad descendentes, solùm procedit in veris descendentibus, non verò in fictis, & interpretatiuis, quale est monasterium, & ita in specie docet Trentacinq. *d. cap. 7. num.* 18. vbi concludit quod stante substituto, non debet admitti dicta transmissio ad monasterium: additque hanc opinionem sequendam esse in judicio tanquam communem, vt eam aliqui apud ipsum appellant.

177 Tertius casus est, quando monachus sciuit delatam sibi esse hæreditatem, & ante aditionem obijt, nondum elapso anno, qui ad deliberandum conceditur. Tunc enim jus adeundi intra illum annũ ad monasterium transmitti per mortem talis monachi, docent Socin. *in l. 1. sub num. 23. ff. de Vulgari*, Andreas Fachineus *in suis controuersijs juris, lib. 6. cap. 18. vers. Ego ad propositum*, Menchaca, *de Succes. progres. lib. 1. §. 9. sub num. 8. in fine.*, & Trentacinq. *de Subst. p. 1. cap. 7. num. 11.* per *l. Cùm antiquioribus, Cod. de Iure deliber.* vbi hujusmodi transmissio conceditur.

178 Vltimus casus est, quando monachus malitioſé neglexisset adire. Tunc enim monasterio non nocet, vt sentiunt Roman. *in l. 1. Cod. Qui admitti*, Socin. *in l. 1. sub num. 23. ff. de Vulgari*, & Trentac. *d. cap. 7. num. 12.* Qui id probat ex æquiparatione monachi cum filio: nam filius qui malitioſé negligit adire, habetur pro repudiante, & illa negligentia pro repudiatione, *l. Recusari, 94. ff. de Acquir. hæred.* filio autem recusante, potest pater adire, *l. fin. Cod. de Bon. quæ liber.* Igitur admissâ dictâ æquiparatione, prout communiter admittitur, quando est vtilis monasterio, potest in dicto casu monasterium adire. Cæterùm quanti momenti sit hoc fundamentum, constat ex dictis *num. 162.*

Denique suppositâ eâdem priori sententiâ, quòd mortuo illo monacho ante aditam hæreditatem, nequit monasterium adire, dubitari solet, vtrum competat monasterio remedium restitutionis in integrum aduersus omissionem aditionis, vt sic hæreditatem ilâ viâ restitutionis adipiscatur? Communis resolutio est affirmatiua, quam bene relatis alijs tradit Trentacinq. *d. cap. 7. num. 19. & seqq.* & Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 12. numer. 50.* contra Couar. *in cap 1. num. 1. vers. Quod velis, de Testam.* vbi hoc remedium negat monasterio in hoc casu, licèt illud concedat in casu, quo monachus delatâ, non verò aditâ hæreditate ad aliam Religionem transit. Probatur tradita resolutio argum. *l. Panthonius, ff. de Acquir. hæred.* & per alia fundamenta, quæ apud citatos DD. maximè apud Trentacinq. videri possunt. Illud tamen notandum ex eodem Trentac. *d. cap. 7. in fine*, si antequam monasterium dictam restitutionem peteret, admissus esset substitutus ad hæreditatem, non posse monasterium restitui, & substitutum excludere, nisi juxta dispositionẽ, *l. Quòd si minor, 29. §. Scæuola, ff. de Minor.* quam dispositionẽ tradidimus, & explicuimus, *§. 5. n. 103.*

179

§. 11. *Vtrum instituto existente indigno, admittatur substitutus, vel potiùs Fiscus?*

SUMMARIUM.

QVãdo institutus indignus post aditam, & acquisitã hæreditatẽ, ab ea excluditur, succedit in ea Fiscus,

eus, substituto excluso; num. 180.

Quando institutus indignus est aliàs incapax acquirendi hæreditatem, vt filius spurius testatoris, excluditur Fiscus per substitutum; ibid.

Quando institutus indignus est capax, & nonvult adire hæreditatem, vel illam repudiat, an tunc admittatur Fiscus, vel potiùs substitutus? Prima sententia est admittendum esse Fiscum; numer. 181 *& seqq. Secunda, admittendum potius esse substitutum; num.* 187. *Prior sententia præfertur, cum quadam modificatione pro casu quo institutus est indignus ob non vindicatam necem testatoris; num.* 188. *Soluuntur fundamenta secundæ sententiæ; numer.* 189.

180 NOna quæstio circa præfatam conditionem substitutionis Vulgaris est, quando institutus indignus ab hæreditate excluditur, an tunc fiat locus vulgari substituto, vel potiùs admittendus sit Fiscus? Non procedit hæc quæstio quando institutus indignus post aditam, & semel acquisitam hæreditatem ab ea fuit exclusus: tunc enim certum est admitti Fiscum, excluso substituto, vt ad minimum probat, *l. Si sequens*, 15. *in princ. ff. Ad Syllan.* & tradit bene post alios Politus *de Substit. tit. de Vulgari, partic.* 3. *num.* 76. & Trentac. *tract. de Substit. p.* 1. *cap.* 8. *num.* 7. Neque etiam est difficultas, quando institutus indignus est aliàs incapax acquirendi hæreditatem, vt quia erat filius spurius testatoris. In tali enim casu communis penè omnium sententia est, Fiscũ excludi per substitutum, vt videre est apud Fusar. plures referentem *tract. de Substit. q.* 51. quam etiam cum alijs probat Trentacinq. *vbi supra.* Quia instituto indigno existente incapaci, purificatur dicta conditio substitutionis Vulgaris ex capite impotentiæ, quia scilicet institutus non potest esse hæres: & sic est locus substituto. Pro quo etiam facit *l.* 31. *in metallum ff. de Iure Fisci*, & not. per Barthol. *in l. Hæreditas*, C. *Quibus vt indignis.* Estque vera hæc resolutio, licèt agatur de substituto per Vulgarem comprehensam in Compendiola, vt quãdo substitutus esset Titius, si spurius institutus decederet absq; liberis, vt relatis multis tradit Fusar. *d. q.* 51. *num.* 3. vbi affirmat ita judicatum fuisse in quadã causa magni momenti, ipso patrocinante.

Tota difficultas est, quando institutus 181
indignus est capax, & nonvult adire hæreditatem, vel illam repudiat. In quo casu, prima sententia est, Fiscum esse præferendum substituto, hanc tenent Barth. *in l.* 1. *num.* 26. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 28. Socin. sen. *num.* 30. dicens esse communem, & alij; idem Barth. *in d. l. Si sequens*, & ibi Roman. *ff. Ad Syllan.* Bald. *in l. Eam quam, num.* 9. & 10. *Cod. de Fideicom.* Barth. de Hucio *tract. de Substit. cap.* 1. *num.* 12. Bald. de Vbal. *tract. Etiam de Substit. in rubr. de Substit. Vulgari, num.* 18. Fumeus *de Substit, vbi de Vulgari, num.* 23. Menchaca *de Succeß. progreßu lib.* 2. §. 12. *num.* 22. *ante med.* Peregrin. *de Iure Fisci lib.* 2. *tit.* 2. *num.* 27. & *de Fideicommiss. art.* 2. *num* 40. & plures alij, quos citat, & sequitur Fusar. *de Substit. q.* 50. *n.* 1. estq; recepta scribentiũ sententia, vt testator Trentac. *d. c.* 8. *n.* 1. vbi multos etiam pro illa refert.

Probatur primo, quia instituto existen- 182
indigno ante aditam hæreditatem, ipsa hæreditas nondum adita defertur Fisco, & is eam potest occupare, vt probat text. *in l. Recusare*, 6. §. *Meminisse, vers. Si Fisco, ff. Ad Trebel.* vbi juxta interpretationẽ Glos. cõmuniter receptam, statuitur, quòd nolente instituto vindicare necem testatoris, & sic indigno existente, potest cogi Fiscus agnoscere hæreditatẽ, & illam restituere, si erat relicta cum onere fideicõmissi, estq; sermo de hæreditate non adita per institutum, vt satis constat ex verbis textus, ibi: *Si Fisco bona vacantia deferantur:* nam si jam esset adita non dicerentur bona illius vacantia; cùm per aditionem esset acquisita, & sub dominio instituti: idem probat tex. *in l. Cum Fisco.* 9. *ff. Ad Syllan*; ibi: *Cum Fisco caduca bona defuncti addicũtur propter inultã mortẽ.*

Respondet Trentac. *d. c.* 8. *n.* 4 & 5. 183
quòd

quod in casu horum textuum non aderat substitutus, & sic non mirum quòd Fiscus admittatur ad illam hæreditatem non aditam. At quòd etiam stante substituto idem sit dicendum, ideſt, quòd Fiscus admittendus sit, excluso substituto, probat clarè text. *in d.l. Si sequens, in princ. ff. Ad Syllan.* vbi dicitur, quòd instituto existente indigno, non transfertur hæreditas ad substitutum, & redditur ea ratio; quia pœna instituti non debet esse præmium substituti; & ideo ea hæreditas ad Fiscum deuoluitur. Quæ ratio procedit, licèt hæreditas nondum sit adita per institutum indignum, nam quòd is ab illa acquirenda excludatur, vt in casu *d. verſ. Si Fisco*, in pœnam ejus effectum est; quod proinde in præmium substituti cedere non debet. Adde quòd etiam textus *in d.l. Si sequens*, videtur loqui in casu, quo hæreditas non erat adita per indignum: nam si tantùm loqueretur pro casu, quo esset adita, non erat cur ad excludendum substitutum recurreret ad dictam rationem pœnæ; cùm per ipsam aditionem Vulgaris substitutio expiret, *l. Si paterfamil. 4. ff. de Hæred. instit. cum simil.*

184 Probari solet secundò eadem sententia, quia quando institutus sciens se indignum, non vult adire hæreditatem, vel illam repudiat, censetur id facere in fraudem Fisci, & sic habetur pro adeunte, ad hoc vt Fiscus admittendus sit, substituto excluso, argum. *l. Non justam, Cod. Ad Trebel.* Respondent ad hoc Polit. *de Substit. in rubr. de Vulgari, partic. 3. numer. 77. ad finem*, & Trentacinq. *d. cap. 8. sub num. 2. verſ. Secundò mouentur*, negando posse censeri illum institutum adire nolle in fraudem Fisci: quod sic probant; nam institutus non vindicans necem testatoris, non est culpabilis, neque incidit in pœnam amittendi Fisco hæreditatem, nisi illam adeat ante vindictam, *l. Necessarios, §. 1. ff. Ad Syllan.* ergo qui neque vult vindicare testatoris necem, neque adire hæreditatem, fraudem non committit; nam, quam fraudem, inquiunt, committit ille, qui culpam simul quitat, & pœnam? nolendo scilicet adire, vt sic neque sit in culpa omissionis vindictæ, neq; incidat in pœnam publicationis hæreditatis.

Hæc tamen responsio in multis deficit 185
Quia in primis non habet locum in casibus, quibus institutus est indignus, & punibilis ante aditam hæreditatem; vt quãdo ipse institutus testatorem occidit, vel illum vi, aut metu coegit vt se institueret, vel falsi accusauit testamentum, in quo institutus est; & similibus, de quibus suo loco. Deinde, quia etiam quando testator fuit per alium occisus, non est vniuersim verum, quòd institutus nõ vindicans ejus necem non est culpabilis, nisi adeat hæreditatem; nam si testator occisus est per aliquem de sua familia, vt per seruum, & institutus non vindicata illius nece, testamentum aperiat, delinquit contra edictum Syllanianum, *l. 3. §. Quòd ad causam, ff. Ad Syllan.* & licèt receptior sententia sit, quòd propter hoc dictum incurrit pœnam pecuniariam centum aureorum, de qua *in l. Lege Cornelia, 25. §. Ex hoc edicto, ff. Ad Syllan.* non verò pœnam confiscationis hæreditatis, vt notat Glos. *in d. §. Ex hoc edicto, & in l. In cognitione, ff. eod.* & Barth. *in d.l. Si sequens*, & sumitur *ex d. l. Necessarios, §. 1. ff. eod.* attamen graues DD. vt Joan. & Azo. apud Glos. *loc. cit.* tenent, quòd incurrit confiscationem, per *l. fin. ff. eod. & l. Si ea, C. de His qnibus vt indignis*, vbi id exprimitur, & idem docet Mol. *tom. 1. de Iust. disp. 178. verſ. Secundus euentus.* Quæ sententiæ fortè conciliari possent, si dicamus, quòd prima procedit, quando institutus post apertum testamentum vindicauit necem testatoris. Secunda verò, quando testamentum aperuit, & postea non egit de vindicanda nece defuncti, vt tunc, si adire nolit, præsumatur id facere in fraudem Fisci, & habeatur pro adeunte, atq; vt talis priuetur hæreditate, vt indignus.

Tandem quia siue loquamur, quando 186
testator occisus fuit per aliquem de sua familia, siue quando per extraneum; (in quo secundo casu, non tenetur institutus vindicare illius necem ante aditam hæreditatem, *l. 1. Cod. de His,*

quibus vt indignis) fieri potest, vt institutus non vindicans necem defuncti, neque adiens hæreditatem, jure censeatur non adire in fraudem Fisci; si nimirum sit negligens, non adeundo intra tempus debitum: nam post talem negligentiam est præsumptio quòd in fraudem Fisci non adeat; & ideo potest tunc Fiscus hæreditatem occupare, excluso substituto, perinde acsi esset adita. Sic declarat Barthol. *in d. l. Si sequens, in princip.* quem hac in parte sequitur Zasius *de Substitut. cap. 1. numer. 17.* Vnde addit idem Barth. sibi videri bonum remedium, ad hoc vt substitutus à Fisco non excludatur, quòd antequam instituto labatur tempus negligentiæ, faciat præstitui ei terminum ad hæreditatem adeundam, vel repudiandam: tunc enim, illo ante negligentiam repudiante, transire hæreditatem ad substitutum, quod etiam apud Fusar. *d. q. 50. numer. 7.* tenet Intrig. *de Substitut. cent. 1. q. 33. num. 7.*

187 Secunda sententia est, substitutum admitti, excluso Fisco. Ita sentit Barth. sibi contrarius *in l. Ejus qui delatorem, §. fin. ff. de Iure Fisci*, quatenus absolutè docet, quòd quando institutus est indignus, bona applicantur Fisco, si institutus adiuit hæreditatem; secus si non adiuit: eandem sententiam tenent expresè Angel. *in l. 1. ff. de Vulgari*, Polit. *loco supra cit.* Trentacinq. *d. cap 8. num 8. & seq.* & alij quos refert Fusar. *de Substitut. q. 50 num. 2.* Probatur primò, per *d. l. Necessarios, §. 1. ff. Ad Syllan.* vbi dicitur non aliàs confiscari hæreditatem ejus, qui per aliquem de sua familia occisus est, quàm si constiterit institutum ante vindicatam illius necem adijsse. Secundò, quia instituto indigno adire nolente, & sic tacitè, vel expresè repudiante, impletur conditio Vulgaris substitutionis, *Si institutus non erit hæres*; cùm sub ea non tantùm comprehendatur casus impotentiæ, sed etiam noluntatis, quo scilicet institutus noluerit esse hæres, vt est notissimum. Ergo in tali casu fit locus substituto, & consequenter ille debet admitti, excluso Fisco. Tertiò, quia si quid obstaret, esset quòd institutus censeretur nolle adire in fraudem Fisci: at talis fraus non debet præsumi; nam cùm ille non teneatur adire, & multæ aliæ sint causæ, ex quibus potest moueri ad omittendam additionem, hæreditatemque repudiandam, potiùs debet præsumi, quòd illam omittit ex alijs legitimis causis, quàm vt Fisco præjudicet. Quarto denique quia institutus indignus priuatur hæreditate à Fisco in pœnam criminis, quo se fecit indignum, *d. l. Si sequens, in princip. ff. Ad Syllan.* talis autem pœna non habet locum antequam ille adeat, & acquirat hæreditatem, cum nemo priuetur re, quam non habet; nam priuatio supponit habitum, *l. Manumissiones, ff. de Iust. & jur. l. Decem, ff. de Verb. obligat.*

188 His tamen non obstantibus prior sententia videtur retinenda, præsertim quãdo institutus non est indignus ob non vindicatam necem defuncti, sed ob aliam causam, ex qua ante aditam, vel repudiatam hæreditatem indignus factus est, vt quia testatorem occidit, vel coegit, vt se instituteret, &c. Quia in hujusmodi casibus, cùm institutus ante additionem sit indignus, & mereatur confiscationem hæreditatis, nihil obstat quominus vbi hæreditas ei delata est, possit Fiscus illam occupare, antequam sit adita: id quòd pro casu, quo institutus dolo impediuit testatorem, ne testamentum mutaret, satis apertè habetur, *l. 2. ff. Siquis aliquem testari prohib.* ibi: *Si fidei ejus, qui dolum admisit, commissum est vt hæreditatem restitueret: ea hæreditas caduca cum suis oneribus fiet, vt commodum legis Falcidiæ Fiscus sentiat, adrantis autem fideicommissarius:* vbi vides hæreditatem caducam, atque adeò non aditam occupari cum suo onere per Fiscum, vt per hæredem. Semel autem admisso, quòd Fiscus potest occupare hæreditatem nõdum aditam, debet hoc intelligi, etiam stante substituto, ne pœna vnius fiat præmium alterius contra *d. l. Si sequens, ff. Ad Syllan.* In casu autem, quo institutus non vindicat necem defuncti, res est magis dubia; cùm ante additionem non com-

committat crimen, ex quo sit obnoxius confiscationi, saltem si testator non fuit necatus per aliquem de sua familia, sed per extraneum. At in hoc etiam casu placet dicta prima sententia, cum declaratione, seu limitatione, quam ex Bartholo, & Zasio tradidimus *num.* 186.

Sic intellectâ primâ sententiâ, soluuntur facilè fundamenta, quæ pro secunda
189 adducta sunt. Ad primum respondetur, cùm *in d.l. Necessarios, §.* 1. dicitur, non confiscari illam hæreditatem, antequam sit adita, id intelligi, secluſa fraude instituti: nam si intelligatur eum nolle adire in fraudem Fisci, vt quando est negligẽs, habetur pro adeunte, Ad secundum respondetur, licèt instituto adire nolente censeatur impleta conditio substitutionis; & fiat locus substituto, id procedere, nisi alius ex persona, vel causa instituti jus habeat ad hæreditatem occupandam, vt in præsenti habet Fiscus ob crimen instituti, cujus pœna non debet cedere in præmium substituti, *d.l. Si sequens; ff. Ad Syllan.* Ad tertium respondetur, si hæreditas sit lucrosa cogitari non posse, saltem regulariter, quòd institutus indignus non vult eam adire, nisi in fraudem Fisci, seu quòd sciat, aut timeat sibi à Fisco esse auferendam. Si autem hæreditas esset damnosa, vt quando debitis eam excedentibus grauata esset, tunc admitti potest, quòd ob eam potiùs causam, quàm in fraudem Fisci recusat illam adire: nec Fiscus curabit illam occupare. Ad quartum denique respondetur, satis esse quòd indigno denegetur hæreditas, quæ illi delata est, ad hoc vt rectè dicatur eâ priuari in pœnam: nam ad propriam priuationem satis est quòd præcedat habitus quoad conuenientiam, seu quoad debitum, siue reipsa extiterit, siue non: sic enim cæcus à natiuitate habet propriam priuationem visûs, ex eo tantùm quòd illi secundùm naturam visus debebatur.

(?)

§. 12. *Si institutus nolit adire, vtrùm admittatur substitutus vulgaris contra fideicommissarium, qui vult cogere institutum, vt adeat, & sibi restituat?*

SUMMARIUM.

Communis sentẽtia in hac quæstione præfert fideicommissarium volentem cogere institutum, vt adeat; num. 190. *& seqq.*

Per dationem vulgaris substituti tollitur existentia Suitatis, nisi datus etiam esset substitutus fideicommissarius; numer. 192.

Vt hæres scriptus non possit cogi à fideicommissario, vt adeat, opus est vt testator illum expresè eximat à tali coactione; ibid.

Proponitur, & excluditur sententia præferens substitutum vulgarem fideicommissario; num. 193.

Relicta ab instituto censentur repetita à substituto vulgari, quoties non constat de contraria voluntate testatoris; numer. 194.

Quando fideicommissum non est repetitũ à substituto, si institutus moriatur ante aditam hæreditatem, neque jussus fuisset illam adire, extinguitur fideicommissum: secus autem, si institutus decessit postquam jussus est hæreditatem adire; num. 195.

DEcima quæstio circa prædictam 190
conditionem est, si instituto dati sunt duo substituti, alter vulgaris, alter fideicommissarius, & institutus nolit adire, vel repudiet, an sit locus substituto vulgari, vel potiùs fideicommissario, ad hoc vt possit cogere institutum, vt adeat, & sibi restituat? communis sententia stat pro fideicommissario. Eam tenent Barthol. *in l. Facta, §. Iulianus,* & ibi Paul. Castr. *ff. Ad Trebel.* idem Barthol. *in l.* 1. *num.* 25. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 17. Jas. *num.* 49. Socin. sen. *num.* 23. Ripa *num.* 160. & Alciat. *num.* 61.

Barth. Castr. Angel. & multi alij *in l. Si patroni, §. fin. ff. Ad Trebel.* Cyn. Barth. Bald. & Castr. *in l. Non justam, Cod Ad Trebel.* Fumeus *de Substitut. tit. de Vulgari, num.* 32. Polit. *de Substitut. in Rubr. de Vulgari partic.* 3. *numer.* 55. Peregrin. *de Fideicom. art.* 2. *numer.* 69. Trentacinq. *de Substitut. cap.* 8. *num.* 10. & Fusar. *de Substit. q.* 38. qui plures referunt.

191 Probant multi hanc sententiam per text. *in d. §. Iulianus*, secundùm quandam lecturam. At cùm hic textus plures habeat intellectus non conuincit, nec ad decisionem causarum allegabilis est, vt per Barth. *in l. In ambiguo, ff. de Reb. dub.* Meliùs probatur per *d. l. Non justam, C. Ad Trebel.* quam ad hoc optimè inducit Trentacinq. *sup. num.* 11. *vers. Secundo.* Et reuerà si rectè inspiciatur, continet in specie hunc casum, vt etiam aduertit Peregrin. *d. num.* 69. *vers. Contra verò, in fine.* Ratione etiam constat, quia testator dando substitutum fideicommissarium, intelligitur voluisse se conformare cum dispositione juris, Barth. *in l. Hæredes mei, §. Cùm ita, ff. Ad Trebel.* dispositio autem juris est, quòd fideicommissarius possit cogere institutum vt adeat, & sibi restituat, vt constat ex toto tit. *ff. Ad Trebel.* Ergo licèt testator dederit etiam substitutum vulgarem, intelligitur, quòd voluit, vt institutus posset cogi à fideicommissario: & sic quòd nolente instituto adire præferendus sit fideicommissarius vulgari substituto, si velit cogere institutum vt adeat, & sibi restituat.

192 Nec obstat, siquis dicat, quòd testator dando substitutum vulgarem, videtur dare instituto licentiam repudiandi, cùm ea substitutio fiat sub conditione, *Si institutus noluerit, aut non potuerit esse hæres*: & consequenter, quòd talis institutus non potest cogi adire, nec præceptum judicis id jubentis valet; siquidem est contra voluntatem testatoris. Respondetur enim, quando testator dedit etiam substitutum fideicommissarium, non intelligi quòd dedit instituto simpliciter, & absolutè licentiam repudiandi, sed ita demũ, si fideicommissarius eum non coegerit. Quo pacto, licèt regulare sit, juxta communem sententiam, quòd per datione vulgaris substituti tollitur existentia Suitatis, & qui aliàs erat hæres necessarius redditur voluntatius; id tamen fallit, si testator det etiam substitutum fideicommissarium, vt tradunt Castr. Alex. & Jas. *in l. Si filius hæres, ff. de Liber. & posth.* Bald. & Fulgos. *in d. l. Non justam, Cod. Ad Trebel.* estque communis sententia, quam alijs etiam relatis tradit Trentac. *de Subst it p.* 1. *cap.* 14. ea ratione, quòd dato substituto fideicommissario videtur ablata hæredi facultas abstinendi, & repudiandi; vt etiam cum alijs notauit Peregrin. *supra, vers. Sequuntur, & num.* 70. vbi addit; quòd vt hæres scriptus non possit cogi à fideicommissario, opus est, vt testator illum expressè eximat, dicendo, quòd non possit cogi, nec sufficere quòd eum hæredem scribat, addendo, si hæres esse voluerit; quòd alij etiam apud ipsum aduertunt.

Contrariam sententiam, quòd substitutus vulgaris præferendus sit, tenuit Glos. *in d. l. Si patroni, §. fin.* juxta primum intellectum hujus textus, *ff. Ad Trebel.* & videtur posse hanc sententiam conciliari cum præcedente, dicendo hanc esse veram quando fideicommissum non fuerit repetitum à substituto vulgari; illam aliam verò, quando fideicommissum tacitè, vel expressè repetitum est: quam distinctionem, & concordiam inculcat, licèt non firmet Barth. *in d. l.* 1. *num.* 25. *ff. de Vulgari.* Rejicienda nihilominus est ista sententia, & conciliatio; nam quòd etiam quando fideicommissum non est repetitum possit fideicommissarius cogere institutum non obstante substituto vulgari probat latis ratio adducta, *num.* 191. & tenent in specie ferè omnes DD. *num.* 190. allegati, estque communis sententia, quam relatis multis tradunt Trentacinq. *d. cap.* 8. *num.* 10. & Fusar. *d. q.* 38. *num.* 5. 193

Pro maiori autem declaratione aduerte, fideicommissum ab instituto relictum censeri etiam relictum, seu repetitum à 194

subs-

substituto vulgari, quoties non constat de contraria voluntate testatoris, *d. l. Non justam, & ibi omnes, Cod. Ad Trebel. & l. Licet Imperator, 77. vbi etiam scribentes ff. de Leg. 1.* Cũ enim substitutus sit vocatus secundo loco, & sic minùs dilectus, nõ debet esse melioris conditionis, quàm institutus, *l. Publius, §. vlt. ff. de Condit. & demonstr.* Vnde etiam legata, & fideicommissa particularia, quibus testator institutum grauauit, repetita censentur à substituto, vt bene post Curt. jun. deducit Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 5. tit. 1. num. 13.* & constat *per d. l. Licet Imperator.* In multis autem casibus ex conjecturata mente testatoris relicta ab instituto non sunt repetita à substituto, vt quando testator grauauit substitutum fideicommisso diuerso ab eo, quod ab instituto reliquerat; vel quando causa, ob quam reliquerat ab instituto, cessat in substituto, qui casus *in d. l. Licet Imperator*, causâ exempli notantur.

195 Aduerte præterea, quando fideicommissum non est repetitum à substituto, si institutus moriatur ante aditam hæreditatem, neque jussus fuisset illam adire extingui fideicommissum, *l. Itle à quo, 13. §. Si de testamento, in fine, ff. Ad Trebel.* & ibi omnes: si autem institutus decessit non adita hæreditate, postquam fuit jussus adire; tunc, siue fideicommissum esset repetitum à substituto, siue non, minimè perit; transit enim tunc hæreditas cum eodem onere fideicommissi ad sequentem vocatum, & ab eo illud obtinet fideicommissarius absque detractione quartæ Trebellianicæ, vt expressè habetur *in d. l. Non justam Cod. Ad Trebel.* Quamobrem semper est vtile fideicommissario cogi institutum adire; cùm ea coactio non solùm confirmet fideicommissum, vt non pereat decedente instituto ante aditam hæreditatem, sed etiam efficiat vt illud integrè restituatur fideicõmissario, Trebellianicâ non detractâ.

(:)

§. 13. Si pluribus institutis datus sit substitutus vulgaris, & vnus ex institutis repudiet, vel aliàs deficiat, an id sufficiat vt substitutus ad ejus portionem admittatur, excluso jure accrescendi, quod aliàs cohæredibus, seu cõjunctis competit?

SUMMARIUM.

SI aliqua ratione constet testatorem voluisse, vt deficiente vno ex institutis, admitteretur substitutus ad ejus portionem, tali voluntate standum est, excluso jure accrescendi conjunctis concesso; num. 196.

Necessitas juris accrescendi in successione testamentaria cessat ex voluntate testatoris, quando ex ejus prohibitione non sequitur, quòd testator decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus; ibid.

Si non constet, quod testator dando substitutum pluribus institutis, voluit eos priuare jure accrescendi, non admittitur talis substitutus, nisi omnibus institutis deficientibus; num. 197.

Datio substituti tunc impedit jus accrescendi, quando singulariter singulis institutis, vel vni ex pluribus datus est: secus verò quando datus est pluribus collectiuè; ibid.

Si institutis Titio, & Seio, testator illis simpliciter substituit hoc modo: Si hæredes non erunt, substituo Semproniũ: *an satis sit, quod vnus ex illis deficiat ad hoc, vt substitutus ad ejus portionem admittatur? Prima sententia affirmat, & quibus fundamentis? num. 199. & seqq.*

Hæc sententia limitatur, vt nõ procedat, quando instituti essent filij testatoris; vel ita ei conjuncti, vt verosimile sit substitutum non fuisse magis dilectum; num. 203.

Con-

Contraria sententia est communissima, quòd scilicet in casu proposito non debet admitti substitutus, sed conjunctus, ex jure accrescendi; numer. 204. *Probatur; num.*205. *&* 207.

*Qua ratione verum sit quòd institutus est magis dilectus, quàm substitutus? num.*206.

Dicta contraria sententia præfertur, & ad rationes oppositæ respondetur; num. 108 *& seqq.*

*Quando seruus communis est institutus, vel aliquid ei legatur, non censentur ejus domini conjunctim vocati, sed diuisim: & ideo vno ex eis repudiante, admittitur substitutus ad ejus portionem, altero domino ab ea excluso; numer.*210.

*Si pluribus institutis datus sit substitutus fideicommissarius ad totam hæreditatem sub aliqua conditione implenda in eorum personis, an satis sit conditionem impleri in persona vnius, ad hoc vt substitutus ad ejus portionem admittatur? num.*211. *& seq.*

*Si causa pia sit vulgariter substituta pluribus institutis, an vno ex eis deficiente admittenda sit ad ejus portionem, excluso jure accrescendi alijs concesso? num.*213.

*Prædicta communis sententia relata; numer.*204. *non procedit, quando substitutus esset vnus ex institutis; numer.* 214. *Id verò intelligitur, nisi substitutus esset institutus disjunctim, alij verò essent instituti conjunctim, vt si testator dixisset*: Instituo Caium, & Titium in semisse, & Petrum in alio semisse, eumque illis alijs substituo, si hæredes non erunt. *In quo casu vno ex illis conjunctis repudiante non admittitur Petrus sed alter conjunctus: idque licèt Petrus esset filius testatoris, alij verò extranei; num.*215.

Quando substitutus vulgaris est datus pluribus institutis copulatiuè, opus est vt nullus eorum sit hæres, ad hoc vt substitutus admittatur: vt quando instituto Caio, & Titio, dictum esset; Si Caius, & Titius hæredes non erunt, substituo Sempronium. *Et cum quibus ampliationibus, & limitationibus id sit intelligendum? num.* 216.

Idem tenendum, quando dictum esset; Si neque Caius, neque Titius hæredes erunt, sit hæres Sempronius, *vel*, substituo Sempronium; *num.*217.

Idem etiam est, quando substitutio fuerit facta pluribus nomine collectiuo, vt si testator dixerit; Si vterque hæres non erit, *vel*, si ambo, *aut*, si omnes hæredes non erunt; *num.*218.

Idem dicendum, quando substitutio fuerit facta pluribus implicatiuè; vt si Titio, & Caio instituti, dictum esset; Si Titius, atque etiam Caius hæredes nō erunt. *Idemque est de similibus formis; num.*219.

Quando substitutio est facta pluribus alternatiuè, quolibet eorum deficiente, admittitur substitutus ad ejus portionem; vt quando instituto Caio, & Seio, dictum esset; Si Caius, vel Seius hæres non erit; *num.*220.

*Id verò limitatur primò, nisi instituti essent descendentes testatoris, substitutus verò extraneus; num.*221.

Limitatur secundò, nisi præcedens institutio facta esset alternatiuè, vt si dictū esset; Instituo Titium, & Seium, & si Titius, aut Seius hæres non erit, substituo Caium; *num.*222.

Quando substitutio facta est pluribus distributiuè, vt si dictum sit; Quisquis, *aut*, siquis ex hæredibus scriptis hæres non erit, substituo Caium; *satis est quòd vnus ex institutis repudiet, ad hoc vt substitutus ad ejus portionem admittatur; num.*223.

Si testator ita dixisset; Instituo Seium, & Titium, quibus substituo Caium; *an quolibet ex illis deficiente admittatur substitutus ad illius portionem? num.* 224. *& seqq.*

IN hac quæstione, quæ in ordine est vndecima circa dictam conditionem Vulgaris substitutionis, generaliter statuendum est: si ex verbis testatoris, vel alia ratione constet, eum voluisse, vt substitu- 196

stitutus admitteretur ad portionem instituti repudiantis, vel aliàs deficientis, tali voluntati obsequendum esse, quia hoc negotium totum pendet à voluntate testatoris, qui quidem in præsenti casu optimè potest prohibere, & excludere jus accrescendi in fauorem substituti, nihil obstante, quòd hoc jus fuerit inductum ex necessitate legis; nam vt bene aduertit Mantica, *lib.4 de Conjectur. vltim. vol. tit.12. aliàs* 11. *num.*30. necessitas juris accrescendi in successione testamentaria cessat ex voluntate testatoris, quando ex ejus prohibitione non sequitur, quòd testator decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus; nam propter vitandum hoc inconueniens inducta fuit illa necessitas: in præsenti autem tale inconueniens non sequitur, siquidem prohibito jure accrescendi, succedit substitutus ex testamento in portionem instituti deficientis, & sic nulla est dubitatio, quin voluntas testatoris volentis admitti substitutum, excluso dicto jure accrescendi, obseruari debeat, si de illa constat, vt idem Mantica concludit.

7 Econtra verò, si non constet, quòd testator dando substitutum pluribus institutis, voluit eos priuare jure accrescendi, contraria regula statuenda est: scilicet, non debere substitutum admitti, nisi omnibus institutis deficientibus. Ita sentiunt communiter DD. vt ex infra dicendis constabit: & ratio est, quia instituti, cum sint vocati primo loco à testatore præsumuntur magis ab eo dilecti, quàm substitutus, vt per *l. Publius*, 36. *§.1. ff. de Condit. & demonstr.* tradunt Mantica, *d.tit.12. num.* 25. Peregrin. *de Fideicommissis, art.* 13. *num.* 18. *&* 19. Trentacinq. *de Substitution. p.1. q.17. num.* 4. & alij. Igitur censeri non debet, quòd testator dando substitutum vult in ejus gratiam priuare institutos jure accrescendi ipsis per legis prouidentiam concesso, sed solùm quòd illis omnibus deficientibus substitutus admittatur. Nec obstat, quòd *in l. vnica, §. In primo, & §. Pro secundo, Cod. de Caduc. toll.* substitutus præfertur conjuncto, seu cohæredi; id quod etiam habetur *in l.2. §. Si duo, ff. de Bonor. possess. secund. tab.* & diximus *supra, §.6. numer.*128. nam hoc procedit, quando substitutio est nominatim vni facta, in quo casu expressè loquitur *d. §. Si duo:* ibi, *Secundo, tertius substitutus:* secus autem si sit facta pluribus conjunctim. Quam responsionem tradit Peregrin. *supra, num.*20. vbi ex Salic. Barth. Jas. Ripa, & alijs, docet, quòd datio substituti tunc impedit jus accrescendi, quando datur singulariter singulis, vel vni ex pluribus: secus verò quando datur pluribus collectiuè.

His ita in generali constitutis, ad ali- 198
quos particulares casus descendendum est, qui in proposita quæstione pro faciliori vsu, & praxi à DD. distingui solent. Primus casus est, quando testator, institutis, v.c. Titio, & Seio substituit simpliciter hoc modo: *Si hæredes non erunt substituo Sempronium.* In hoc casu sentiunt multi satis esse, quòd vnus ex institutis deficiat, ad hoc vt substitutus ad ejus portionem admitti debeat, excluso jure accrescendi, quod aliàs cõjuncto, seu coinstituto, competeret. Ita sentiunt Bald. *in l penult. ff. de Injusto rup. test.* & ibi Alex. Angel. *in l. Hæredes mei, §. Cùm ita, col.2. ff. Ad Trebel.* & ibi Imola *col. pen.* & Alex. *col.* 8. *&* 11. *vers. Sum solitus*, Polit. *de Substitution. in rubr. de Vulgari, partic.*3. *q.* 25. *quam proponit, num.* 56. *& resoluit, num.*63. *in fine*, & alij, quos refert Trentacinq. *d. q.*17. *num.* 5. *vers. Licèt superior*, & Fusar. *de Substit. q.*54. *num.*11.

Fundamentum hujus sententiæ est; 199
quia vno ex institutis non existente hærede, verificatur illa conditio substitutionis, *Si hæredes non erunt:* ergo debet admitti substitutus; consequentia ab omnibus admittitur. Antecedens probatur primò argumentatione Dialectica, quia deficiente vno ex illis institutis, hæc affirmatiua, *Titius, & Seius sunt hæredes*, est falsa, ergo opposita, *non sunt hæredes*, est vera; nam istæ propositiones, *sunt hæredes*, & *non sunt hæredes*, pugnant contradictoriè: certissimum est autem, quòd

duæ

duæ contradictoriæ non possunt esse simul veræ, nec simul falsæ, igitur si illa, *sunt hæredes*, est falsa, necesse est vt hæc, *non sunt hæredes*, sit vera.

200 Secundò probatur argum. text. *in l. Si is qui ducenta, §. Cùm ita, ff. de Reb. dub.* vbi cùm quis ita stipulatus est, *Si Damam, Stichum, & Herotem non steteris, promittis mihi centum*; stipulatio cõmittitur, & promittens incurrit pœnam, si non sistat omnes, etiam si vnum steterit: quia sistendo vnum, non facit verificari, quòd illos steterit: & consequenter, nec falsificari oppositam, sed potiùs verificari. Similiter ergo in nostro casu, satis erit quòd vnus ex institutis non sit hæres, ad hoc vt non possit verè dici, illos esse hæredes, sed simpliciter non esse hæredes.

201 Tertiò probatur *ex l fin. in princip. ff. de Vulgari*, supponendo quòd seruus cõmunis tenet personam duorum in his, quæ per eum dominis acquirenda sunt, vt probatur, *in l. 1. §. Communis, ff. de Stipul. seru & in l. Si fundum, §. 1. ff. de Leg. 1.* Hoc enim supposito, dicitur in illa *l. fin.* quòd instituto seruo communi, cui, si hæres non sit, datus est substitutus, si alter ex ejus dominis repudiet, locus fit substituto, scilicet quoad partem repudiantis, vt ibidem declarat Glos. *ver. Substituto*, nihil obstante quòd alter dominus adeat, & velit præferri jure accrescendi, vbi ferè in specie continetur, & deciditur casus, de quo hic loquimur. Probari etiam solet præfata resolutio *ex l. penult. ff. de Injusto rupto.* Sed hic textus non vrget, nam ibi singulis institutis singuli substituti dati sunt, vt patet ex verbis illius, ibi; *substitutis nostris:* nos autem loquimur, quando pluribus vnus substitutus datus est.

202 Probatur tandem satis efficaciter idem intentum ex conjecturata voluntate testatoris per text. *in l. Hæredes mei, 57. §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* vbi, si quis duos filios instituit, & si vterque sine liberis decederet, substituit fideicommissariè neptem suam, dicit textus, quòd decedente primo cum liberis, & vltimo sine liberis, licèt conditio substitutionis, attenta vi verborum, defeciisse videatur; tamen spectata mente testatoris neptis substituta admittitur ad portionem ejus, qui sine liberis decessit. Quam testatoris mentem colligit ibi Jurisconsultus ex eo quòd, cũ testator totam hæreditatem peruenire voluerit ad neptem, si vterque filius sine liberis decederet, censetur voluisse, vt altero tantùm absque liberis decedente, pars illius ad eam peruenirct; quod est juxta regulam, *l. Quæ de tota, ff. de Rei vendic. & l. Iam pars, ff. Pro derelicto*, & pari ratione procedit in nostro casu. Atque idem argumentum sumitur *ex l. Lucius Titius, §. Caio, cum simil. ff. Ad Trebel.* vbi, cùm quis duobus hæredibus institutis fideicommisit, vt post mortem hæreditatem restituerent, primo moriente admittitur statim substitutus fideicommissarius ad illius partem, non expectata morte alterius.

Limitatur autem hæc sententia, vt nó 203 procedat, quando instituti essent filij testatoris, vel ita ei conjuncti, vt verisimile sit, substitutum non fuisse magis dilectũ. Sic limitat Polit. *loco citat.* & loquendo quando sunt instituti liberi, seu descendentes testatoris, & substitutus est extraneus, hoc ipsum apud Fusar. *d. q. 54 numer. 12.* tenent Angel. *in d. l. Hæredes mei, §. Cùm ita, col. 2.* & ibi Alex. *col. 11. vers. Sum solitus*, Bald. *in l. penult. Cod. de Impub. & alijs substit.* Zanchin. *d. §. Cùm ita, num. 896.* Menoch. *cons. 297. numer. 10. & seq.* Idem etiam, quando instituti sunt transuersales, qui suo cohæredi possunt succedere, docent Decius, *in d l. penult. Cod. de Impub. & alijs substit.* Corneus *consil. 31. & 97. lib. 1.* & alij apud eundem Fusar. *num. 14.* Qui tamen multò plures refert *num. 13.* qui in hujusmodi transuersalibus contrarium tenent. Mihi verò absolutè dicendum videtur, præfatam sententiam non procedere, quando instituti, vel sanguine, vel amicitiâ ita sunt conjuncti testatori, vt pensatis omnibus, verisimile sit eum noluisse illis præferri substitutum in portione vacante.

Contraria verò sententia, quòd scili- 204

cet

cet in proposito casu principali non debeat admiti substitutus, sed cohæres, seu conjunctus ex jure accrescendi, est communissima. Eam tenent Barth. *in d. l. Hæredes mei, §. Cũ ita, n. 5. ff. ad Trebel.* & ibi Castr. *n.* 4. Socin. jun. *n. 72. & seq.* Ripa *n. 95.* vbi testatur de cõmuni, Zanchin. *n.* 893. *& seqq.* & cæteri scribentes cõmuniter, Glos. *in l Quamuis*, vbi etiam Barth. *C. de Impuber. & al. subst.* Castr. *in l. pen. ff. de Injusto, rupto, irrit.* Corn. *in l. pen. C. de Impuber. & aliis subst.* Barth. *in l. 1. num. 48. ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *num.* 67. Socin. sen. *num.* 190. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Vulgaris, num.* 128. *de Testam.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 4. tit.* 11. *aliàs*, 12. *num.* 25. Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsump.* 87. *num.* 12. *&* 13. Peregrin. *de Fideicom. art.* 13. *n.* 19. Trentac. *de Substit. p. 1. cap.* 17. *sub n. 6. vers. Exprædictis*, & multi alij, quos præcitati referunt.

205 Probatur hæc sententia facilè ex regula supra tradita *num.* 197. quòd quando testator dedit substitutum pluribus institutis, si non constet, voluisse illos priuare jure accrescendi in fauorem substituti, non debet is admitti, nisi omnibus institutis deficientibus: eoquòd hi censeantur magis dilecti, quàm substitutus. Hinc enim planè sequitur, non debere in præsenti casu admitti substitutum, sed conjunctum, seu cohæredem qui adiuit. Nam per hoc, quòd testator in casu proposito institutis duobus dixerit, *Si hæredes non erunt, substituo Sempronium*, non constat quòd voluit institutos priuare jure accrescendi in portione, quæ vacauerit, & dare illam substituto: licèt enim illa verba, *Si hæredes non erunt*, possint fortasse admittere sensum distributiuum, acsi testator diceret; *Si vnus, vel alter hæres non erit*; at planiùs, & magis propriè, vel saltem non minùs propriè, accipiuntur in sensu copulatiuo, vt idem valeant, atque ista: *Si neuter erit hæres*: vnde dici non potest, quòd ex illis constet, voluisse testatorem admitti substitutum, altero tantùm ex institutis deficiente; sed ad summum, quòd est dubium de hoc. Et ita succedit prædicta regula in fauorem conjuncti, seu instituti, qui adiuit, vt præferri debeat substituto, ex præsumptione qua instituti censentur magis lecti, quàm substituti, vt per *l. Publius, §. 1. ff. de Condit. & demonstr.*

Dicit ad hoc Politus *dict. numer.* 63. 206 *prope finem*, illam præsumptionem maioris dilectionis respectu instituti nihil in præsenti valere; quòd institutus solùm in parte sua sit magis dilectus, quàm substitutus, idest, in ea parte in qua specialiter fuit dilectus, seu institutus, non verò in parte cohæredis. Hoc tamen facilè refellitur. Primò, quia quando plures conjunctim sunt instituti, (vt in nostro casu) tota hæreditas singulis datur, & partes fiunt concursu, *l. Conjunctim*, 78. & ibi rem magis explicans Glos. *ff. de Leg.* 3. *l. vnica, §. His ita definitis, Cod. de Caduc. tol.* Vnde qui ex illis hæreditatem adeunt, partem conjunctorum sibi hæredum tanquam suam præoccupant, vt habetur *in dict. §. His ita.* Ergo quando talibus hæredibus datus est substitutus, vt in præsenti, quilibet eorum est magis dilectus, quàm substitutus, non solùm quoad partem, sed simpliciter quoad totam hæreditatem; cùm quilibet ad totam primo loco sit vocatus, & substitutus non nisi secundo loco, & in defectu institutorum. Secundò, quia etiam quando plures essent instituti diuisim, seu in distinctis partibus hæreditatis, & illis esset datus substitutus, adhuc quilibet illorum debet simpliciter, & absolutè censeri magis dilectus à testatore, quàm substitutus; cùm quilibet sit absolutè, & simpliciter vocatus ad suam partem, & substitutus ad nullam sit vocatus nisi sub conditione, & in defectum alicujus: quòd maius beneficium singulis institutis impensum planè ostendit quemlibet illorum fuisse magis charum testatori, quàm substitutum; & sic nisi sufficienter appareat, quòd testator voluit singulos institutos priuare jure accrescendi, vel non decrescendi, ad hoc vt substitutus, quolibet eorum deficiente ad ejus portionem admitteretur, id non debet præsumi, sed oppositum.

Confirmatur, & declaratur ampliùs
207 prædicta sententia. Primò, quia quando plures sunt instituti conjunctim, vt in casu proposito, omnes ad vnum corpus reducti sunt, *d. §. His ita definitis*, & sic sunt instituti indiuisè, ita vt hæreditas intelligatur tota omnibus, & tota singulis data, vt ex eodem textu patet: ergo etiam substitutio illis facta, si hæredes non erũt, debet intelligi indiuisè, & tanquam vni facta, ita vt ex vi illius non possit substitutus succedere in partem hæreditatis, sed in totam, & consequenter solùm possit admitti omnibus institutis deficientibus. Secundò, quia spectato communi vsu loquendi, ista indefinita: *Titius, & Seius à Petro instituti non fuerunt ejus hæredes*, non verificatur per hoc, quòd alter illorum non fuit hæres. Nam si v.c. quidam ex filijs Petri sint puberes, & quidam impuberes, non erit verum dicere, absolutè loquendo, quòd filij Petri non sunt puberes. Et ratio est, quia juxta cõmunem acceptionem, propositio indefinita æquipollet vniuersali; vt idem valeat, *Non sunt puberes: Non sunt, aut non fuerunt hæredes*, acsi dictum esset, *Nullus eorum est pubes, Nullus hæres*, &c. Ex quo patet, non satis esse, quod vnus ex institutis non fuerit hæres, ad hoc vt intelligatur verificata conditio substitutionis, *Si hæredes non erunt*, & sic in nostro casu non est locus substituto, nisi omnibus institutis deficientibus.

208 Hæc sententia nobis videtur probabilior. Vnde ad fundamentum contrariæ adductum *num.* 199. *& seqq.* negamus antecedens, & ad primam ejus probationem negamus consequentiam: nam hæ propositiones: *Sunt hæredes, & Non sunt hæredes*, non sunt contradictoriæ, sed contrariæ vniuersales, quæ licèt non possint esse simul veræ, at possunt esse simul falsæ, vt patet in his: *Omnis homo est senex, & Nullus homo est senex:* & tales in nostro casu sunt illæ. *Sunt hæredes, & Non sunt hæredes:* quia æquipollent his, *Quilibet ex institutis est hæres:* & *Nullus ex institutis est hæres:* quas patet esse falsas, quando vnus fuit hæres, & alter non fuit hæres, vt in nostro casu.

Ad secundum respondetur, has pro- 209
positiones; *Promittens stitit illos tres seruos, & Non stitit illos*, non esse vniuersales, sed particulares, imò singulares, & cõtradictorias, cùm in eis eadem actio sistendi tres seruos absolutè affirmetur, & negetur de vna, & eadem persona singulari, nẽpe de domino, qui promisit: vnde necesse est, vt si affirmatiua, *Stitit illos seruos*, est falsa: opposita negatiua sit vera, ex regula Dialecticorum, quòd contradictoriæ non possunt esse simul veræ, nec simul falsæ; igitur licèt ille promittens stiterit vnum seruum, non mirum quòd stipulatio fuerit commissa, cùm adhuc verũ sit, eum non stitisse illos tres seruos. In nostro autem casu, illæ propositiones; *Instituti sunt hæredes, & Instituti non sunt hæredes*, æquipollent vniuersalibus contrarijs, quæ possunt esse simul falsæ, vt declaratum est: & ideo quamuis vno ex institutis repudiãte falsa sit affirmatiua, *Sũt hæredes*, bene cum hoc stat, quòd etiam opposita negatiua, *Non sunt hæredes*, est falsa, altero adeunte, cùm æquipolleat huic, *Nullus ex institutis est hæres.*

Ad tertiam respondet Barth. & com- 210
muniter DD. teste Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 10. *in d. l. fin.* per illa verba, *Si hæres non sit*, relata immediatè ad seruum, & vltimatè ad personas dominorum, non censeri dominos conjunctim vocatos, sed separatim, idest, pro partibus, quas in seruo habent, vt in simili, quando aliqua proprietas seruo communi legata est, expresè habetur *in l. Et Proculo*, 20. *ff. de Leg.* 2. & ideo mirum non est, quòd ad partem repudiatam admittatur substitutus, non verò dominus, qui acceptauit. In nostro autem casu fuere hæredes instituti conjunctim, vt dictum est. Si autem quæras, cur illi domini non censeantur conjunctim vocati? Respondeo ex Barth. *in d. l. Et Proculo, & in l. Si duobus*, 41. & ex Glos. *ibid. ff. de Leg.* 2. quòd quando domini vocantur mediante persona serui, non conjunguntur per verba testatoris; sed per legem, quæ facit, vt ex vno deueniatur ad plures, nec etiam

sunt

sunt conjuncti re, cùm non faciant partes per concursum, sed partes dominicas, id-est, quæ respondent partibus pro quibus sunt domini illius serui. Vnde satis apparet meritò non censeri vocatos conjunctim à testatore, sed separatim, ac diuisim pro partibus, quas in seruo habent.

211 Ad vltimam probationem respondetur, quòd non obstante textu *in d. §. Cum ita, & simil*; sentiunt plurimi DD. quòd etiam in substitutione Fideicommissaria, quando quis substituitur pluribus in tota hæreditate sub aliqua conditione implenda in eorum personis non est locus substitutioni, nisi conditio in omnium personis impleatur, siquidem in eo tantùm casu potest substitutus consequi totum. Quam sententiam tenent Barth. *in l. Quidam testamento, argum. illius tex. ff. de Vulgari.* & ibi Bald. & Aret. plureſque alij, quos refert Mantica *lib. 11. de Conjectur. vlt. volunt. tit. 5. numer. 24.* Trentacinq. *de Substitutionib. p. 2. cap. 6. numer. 29.* & Fusar. *de Substitut. q. 473. numer. 6.* Vnde ad text. *in d. §. Cum ita*, qui videtur probare contrarium, variè respondent Ripa ibid. *num. 136.* & Socin. jun. *num. 94. verſ. Ad secundum*, Mantica proximè cit. *numer. 27.* & Trentacinq. *d. cap. 6. numer. 30.* At tenendo contrariam opinionem, quæ multos etiam, & magnos DD. pro se habet, vt apud proximè citatos videre licet quòd scilicet, impleta conditione Fideicommissariæ in uno ex hæredibus grauatis, statim substitutus admittitur ad ejus partem, licèt fuerit vocatus ad totum, vt in casu *d. §. Cum ita*; respondemus, adhuc inde nõ sequi, quòd idem sit dicendum in Vulgari substitutione, de qua noster casus procedit.

212 Ratio differentiæ duplici ex capite assignari potest. Primo, quia substitutio Fideicommissaria induci potest conjecturis, *l. Cùm proponeretur, ff. de Leg. 2.* & in ea mens prævalet verbis, *l. Cùm virum, Cod. de Fideicommiſsis*; & ideo *in d. §. Cum ita*, receditur à verbis propter conjecturam voluntatis: substitutio autem directa conjecturis non inducitur; cùm per eam verè, & propriè instituatur hæres, ad quod verba expressa requiruntur, nec sufficiunt conjecturæ, vt probauimus *disp præced. sect. 4. §. 1. per l. Iubemus, C. de Testam.* & alia jura ibidem relata. Secundo, quia in substitutione Vulgari pluribus facta obstat jus accrescendi competens institutis in portione, quæ vacauerit; quo jure non censentur priuari per datione substituti, juxta regulam supra traditam, *num. 197.* In substitutione autem Fideicommissaria hoc obstaculum non datur; cùm ea non habeat locum, nisi post aditam hæreditatem, quo tempore non est locus juri accrescendi institutis concessum, *l. 1. §. Interdum, ff. de Vsufructu accreſcendo.* Hanc secundam differentiam assignat Barth. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer. 4. ff. Ad Trebel.*

213 Vtrum autem prædicta sententia principalis procedat quando substituta esset pia causa? Negant Bald. *in cap. Si pater, col. 18. verſ. Quæro de vno, de Testam. in 6.* Jas. *in l. 1. col. fin. ff. de Vulgari, & in l. pen. col pen. Cod. de Impub. & alijs ſubſtit.* & Paleot. *in ſubſcriptione ad conſil. Alex. 93. lib. 3.* Quia hujus causæ fauor videtur postulare, vt in dubio censeatur magis dilecta, quàm conjunctus. At oppositum tenent Ripa *in d. §. Cum ita, num. 98.* & ibi Zanchinus, *num. 903.* Alciat *in d. l. 1. num. 83. ff. de Vulgari*, vbi etiam Ripa, *num. 198.* & Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 17. num. 9.* & hoc videtur probabilius, quia instituti semper intelliguntur magis dilecti, quàm substitutus, vt constat ex dictis maximè *num. 206.* Vnde etiam præfata sententia intelligitur procedere, licèt substitutus sit filius testatoris, vt notat Trentacinq. *supra, num. 7.*

214 Limitanda verò est, vt non procedat, quando substitutus esset vnus ex institutis, vt si testator Petrum instituisset simul cum alijs, addendo, quòd eum illis substituebat, si hæredes non forent: tunc enim, si vel vnus ex illis alijs repudiauerit, statim Petrus ad illius partem admitti debet: quia cùm sit conjunctus, & simul etiam substi-

tutus, duplici titulo munitus est, & præsumitur magis dilectus à testatore: atque adeo in portione vacante cæteris præferri debet. Sic tenent Aretin. *in §. Vel singulis, col. 2. Inst. de Pupil. substit.* Corn. *in l. pen. num. 8. Cod. de Impuber. & aliis substitut.* Curt. jun. *ibid. col. 5.* Crot. *in l. Re conjuncti, num. 170. ff. de Leg. 3.* Mantica *de Conject. ultim. volunt. lib 4. tit. 11. aliàs 12. numer. 25. vers. Sed tamen.* Trentacinq. *d. cap. 17. num. 20.* & alij.

215 Intellige verò hanc limitationem, nisi substitutus esset institutus disjunctim, alij verò conjunctim; vt quando testator ita diceret; *Instituo Caium, & Titium in semisse* (idest in sex partibus hæreditatis) *& Petrum in alio semisse, eumq; illis alijs substituo, si hæredes non erunt.* In hoc enim casu, si vnus ex illis conjunctis repudiet, non admittetur Petrus, sed alter conjunctus per jus accrescendi; idque licèt Petrus esset filius testatoris, alij verò extranei, vt tradit notabiliter Trentacinq. *d. cap. 17. num. 7.* Quia cùm alij sint re, & verbis conjuncti in semisse, censentur quoad eam partem magis dilecti: & ideo in jure accrescendi sunt præferendi filio verbis tantùm conjuncto: quæ sententia est Bartholi *in l. Re conjuncti, in tertio membro, ff. de Leg. 3.* & facit text. *in l. vnica, §. His ita, vers. Si verò quidam, Cod. de Caduc. toll.*

216 Secundus casus est, quando duobus, vel pluribus institutis datus est substitutus copulatiuè; vt si testator instituto Caio, & Titio, diceret; *Si Caius, & Titius hæredes non fuerint, substituo Sempronium.* In hoc casu idem omnino tenendum, quod in præcedenti; quia reverà eadem vtrobique est ratio, atque eadem juris fundamenta vt præter alios rectè intellexit Politus *in dict. q. 25.* vbi prom iscuè disputat de vtroque casu tanquam de vno, & eodem. Plerique tamen DD. diuersitatem inter eos agnoscunt, putantque maiorem esse rationem in hoc secundo casu, vt substitutus non debeat admitti, nisi omnibus institutis deficientibus, propter expressionem copulatiuæ, quæ non facit locum substitutioni, nisi Caius & Titius, cæterique instituti, si plures fuerint, repudiauerint, vel aliàs defecerint. Vnde nonnulli qui in præcedenti casu tenent, debere admitti substitutum, vel vno ex institutis repudiante, id in hoc casu negant. Et qui in præcedenti sentiunt, opus esse vt omnes instituti deficiant, ad hoc vt substitutus admittatur, hoc ipsum tanquam à fortiori in præsenti fatentur; licèt etiam non desint, qui hoc in præsenti negent cùm oppositum in præcedenti admiserint. Quidquid tamen de hac DD. varietate sit, communis sententia est, non admitti in hoc casu substitutum, nisi in defectum omnium institutorum, seu conjunctorum, vt videre est apud Manticam, *vbi supra vers. Idem multò magis.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 13. num. 19.* & Trentacinq. *d. cap. 17. numer. 17.* qui eam relatis plurimis tradunt ac sequuntur: & multò plures pro illa adducit Fusar. *de Substitut. q. 54. numer. 3.* inter quos est Gios. *in l. Hoc articulo, ff. de Hæred. instit.* & Barthol. *in dict. l. Hæredes mei, §. Cùm ita, numer 5. ff. Ad Trebel.* alijsque in locis. Hæc igitur sententia nobis est tenenda cum eisdem ampliationibus, & limitationibus, atque ex eisdem fundamentis, quibus hoc ipsum in præcedenti casu defendimus; nam reverà idem in præsenti est verborum sensus, atque eadem ratio, vt consideranti erit manifestum.

Vnde idem etiam tenendum est, si testator ita dixerit; *Si neque Caius, neque Titius hæredes erunt; sit hæres Sempronius,* vel, *substituo Sempronium*: nam in hoc etiam casu substitutio fit pluribus collectiuè, seu copulatiuè; & sic nisi omnes deficiant non est locus substituto, sicut in prædictis duobus casibus statuimus. Atque ita cum Barth. & alijs, quos referunt, docent Mantica, & Peregr. *vbi sup.* & Trentac. *d. c. 17. n. 21.* estq; communissima sententia, quam etiam tenet Politus *d. q. 25. n. 60. in princ.* licèt oppositũ senserit in prædictis duobus casibus. Non 217

de-

desunt tamen, qui etiam in hoc casu contrarium teneant, vt videre est apud Fusar. *dict. q. 54. numer. 7.*

218 Idem similiter dicendum, quando substitutio facta fuerit pluribus nomine collectiuo, vt si testator dixerit, *Si vterque hæres non erit*; vel, *si ambo*; aut, *si omnes hæredes non erunt*. Nam licèt vno ex duobus repudiante verum sit, quòd non sunt ambo hæredes neque quòd vterque est hæres, & sic videatur verificari conditio illius substitutionis: attamen spectata mente testatoris, & communi etiam loquendi vsu, verba illa, *Si vterque hæres non erit*, vel, *si ambo hæredes non erunt*, habent hunc sensum; si vterque, vel ambo repudiauerint, vel aliàs defecerint: vel vt aptiùs loquar, si vterque, vel ambo nolucrint, aut non potuerint esse hæredes: & sic fit substitutio pluribus collectiuè, proceditque eadem ratio, quæ in superioribus casibus, ad hoc vt non sit locus substituto, nisi vterque, vel omnes instituti deficiant, & ita sentiunt Barth. *in l. Hæredes mei, 57. §. Cum ita, num. 5. ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. Imola, & Ripa, *num.* 111. Socin. jun. *num. 77.* Zanch. *numer.* 901. & alij communiter: idem Barth. *in l pen. Cod de Impub. & aliis substit.* & ibi Bald. Castr. Alex. Jas. Decius, & plures alij, Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 4. tit. 11. aliàs, 12. num. 27.* Peregrin. *de Fideicommiß. art. 13. num. 56.* Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap. 17. num. 23. & 30.* Fusar. *d. q. 54. num. 15.* & alij, quos hi postremi referunt. Quæ sententia, vt vides, receptissima est, licèt ab ea recedat Politus *d. num. 60. post med.*

219 Pari etiam ratione substitutus pluribus datus non admitteretur, nisi omnibus deficientibus, quando substitutio illis est facta copulatiuè; vt si Titio, & Caio coinstitutis, dictum sit, *Si Titius, atque etiam Caius hæredes non erunt*; vel, *si Titius, item & Caius non erunt hæredes*; nam his, & similibus formis fit substitutio pluribus copulatiuè; atque adeò non est illi locus, nisi omnes deficiant, ita relatis alijs Trentacinq. *dict. cap. 17. numer. 32. & seq.*

Tertius casus principalis est, quando substitutio facta est pluribus alternatiuè, vt si instituto Caio & Scio dictum sit, *Si Caius, aut Seius hæres non erit, substituo Titium.* In hoc casu quolibet ex institutis repudiante, substitutus admittitur ad illius portionem, & cessat jus accrescendi competens conjuncto, quia in alternatiuis sufficit alteram partem esse veram, *cap. In alternatiuis, de regul. jur. in 6. cap. Inter cæteras, de rescriptis, l. Siquis ita stipulatus fuerit, ff. de Verb. obligat. l. Si is qui ducenta, §. Virum, ff. de Reb. dub.* Atque ita docent Polit. *de Substit. in rubrica de Vulgari, partic. 3. q. 25. num. 60. fine*, Mantica vbi supra *num. 28.* Peregrin. *de Fideicommiß. art. 13. num. 34.* Trentacinq. *de Substitutionib. cap. 17 numer. 37.* Fusar. *d. q. 54. num. 44.* & multi alij quos referunt, estque communissima sententia.

Ea verò limitatur primò, nisi instituti 220
essent liberi testatoris, & substitutus extraneus: tunc enim ex præsumpta voluntate testatoris non admittitur substitutus, nisi omnibus institutis deficientibus, ita omnes DD. proximè citati cum alijs quos referunt, inter quos est Glossa, & Barth. cæterique scribentes *in d. l. Qui ducenta, §. Item si pater, ff. de Reb. dub.* Probatur tum ex prædicto textu, juxta intellectum Glossæ communiter receptum: tum ea ratione, quia licèt verba repugnent, tamen verosimile non est, quòd testator voluerit extraneum substitutum proprijs filijs præferre, *l. Cùm auus, ff. de Condit. & demonstr.* & ideo vt absurdum cesset, fauore liberorum alternatiua accipitur pro conjuncta, vt est text. *in l. Lucius, 85. ff. de Hæred. instit. & in l. Generaliter, in princip. & in §. 1. Cod. de Institution. & substitut.* cum alijs quos affert, & in hanc sententiam latè ponderat Trentacinq. *numer. 39.* contra Imolam, qui contrarium defendit.

Limitatur secundò, nisi præce- 221
dens institutio facta esset alternatiuè, vt si dictum esset; *Instituo Titium, aut Seium; & si Titius, aut Seius hæres non erit, substituo Caium.*

Tunc enim substitutio non resoluitur in singularitates, sed vno ex institutis adeunte expirat, & substitutus excluditur. Sic Barth. *in d. l. Si is qui ducenta, §. Item si pater*, per eum textum, quem in his terminis intellexit, *ff. de Rebus dub.* Ripa, Zanchus, & alij, quos refert & sequitur Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 13. *num.* 34. *vers. Secundo.* Et ratio est, quia substitutio regulatur juxta naturam præcedentis institutionis: in præsenti autem apparet ex ipsa institutione testatorem voluisse, vt vnus tantùm ex institutis haberet totam hæreditatem; & ita sufficit quòd vnus tantùm adeat ad hoc vt substitutus excludatur.

223 Quartus casus est, quando substitutio facta est pluribus distributiuè, vt si dictũ sit; *Quisquis*, aut, *siquis ex hæredibus scriptis hæres non erit, substituo Caium.* In hoc etiam casu sufficit quòd vnus ex institutis repudiet, ad hoc vt substitutus ad ejus partem admittatur. Sic relatis alijs Mantica *d. num.* 28. & Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 37. Ratio patet, quia distributiua resoluitur in multas singulares, & operatur quasi essent plures dispositiones separatæ, ac denumerationes, *l. Sicut in annos, vers. Vnde tractatum, ff. Quibus mod. vsufruct. amit.* Et sic perinde valet præfata substitutio, acsi dictum esset, *Si primus non erit hæres, substituo illi Caium, & si secundus non erit hæres, substituo illi eundem Caium.* Vnde satis liquet fieri locum substituto, quolibet eorum repudiante.

224 Dubitari autem hìc solet, vtrùm similiter resoluatur in singularitates substitutio facta pluribus hoc modo: *Instituo Seium, & Titium, quibus substituo Caium.* Respondent affirmatiuè Bald. *in l. pen. num.* 8. *Cod. de Impuber. & aliis substitut.* & ibi Jacob de Rauena, Angel. Imola, Corn. *col.* 3. & Curt. jun. *col* 4. Ripa *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, sub num.* 110. *ff. Ad Trebel.* & ibi Zanch. *num.* 908. & Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 41. Fundamentum est, quia de natura relatiui est, vt referatur ad plures singulariter, & non collectiuè, *l. Lucius Titius testamento, §. Lucius, ff. de Leg.* 2. Igitur per illa verba, *Quibus substituo Caium*, intelligitur ex proprietate illius relatiui, substitui Caium singulis institutis: & consequenter vel vno deficiente ad ejus partem admittendus est.

Hæc sententia mihi est difficilis; quia 225
si quando substitutio est facta pluribus, sub illis verbis, *Si hæredes non erunt*, intelligitur facta omnibus collectiuè ex præsumpta voluntate testatoris; eoquòd censeatur magis dilexisse conjunctos, quã substitutum, vt tenet communis sententia in primo casu tradita; non video cur eadem voluntatis conjectura non habeat etiam locum in hoc casu, quidquid sit de proprietate relatiui: quod certè non ita necessariò refertur ad singulos, vt non possit etiam satis propriè referri, & intelligi relatum ad omnes collectiuè. Et ita non desunt, qui in præsenti casu sentiant, intelligi debere substitutionem factam omnibus collectiuè, non obstante dicto relatiuo. Ita enim sentiunt Ripa sibi cõtrarius *in l.* 1. *num.* 195. *ff. de Vulgari*, & ibi Alciat *num.* 44. *aliàs.* 87. quæ opinio mihi est valde probabilis; at cùm opposita videatur communiter recepta, non videtur ab ea recedendum.

Intelligenda verò est hæc sententia ni- 226
si instituti essent descendentes testatoris, & substitutus extraneus, vt relatis multis tradit Trentacinq. *d. cap.* 17. *num.* 42. & Fusar. *de Substit. q.* 54. *num.* 58. Ego adderem, vel aliàs ita chari testatori, vt verosimile esset, quòd noluit eos priuare jure accrescendi in fauorem substituti. Intelligit etiam prædictam sententiam Trentacinq. *num.* 43. sequendo Bald. & Rip. vt non procedat, quando relatiuum refert copulatim, seu conjunctim; tunc enim putat substitutum non admitti nisi omnibus repudiantibus. Exemplum esse potest, quando institutis tribus, vel pluribus dictum esset, *Quibus omnibus substituo, &c.* Plures casus seu substitutionis formulas affert Menchaca *de Succeß. progreß. lib.* 2. *§.* 24. & Fusar. *de Substit. q.* 54. apud quos, quia leuioris sunt momenti, videndos omitto.

§. 14. *De casibus, qui comprehenduntur in dicta conditione substitutionis Vulgaris;* Si institutus hæres non erit: *tam quando est simpliciter posita, quàm cùm vnus tantùm casus in ea exprimitur.*

SUMMARIUM.

EXplicantur termini hujus quæstionis; *num.* 227.

Quandò in substitutione simpliciter dictum est, Si hæres non erit, *comprehenditur tam casus noluntatis, quàm impotentiæ; num.* 228.

Limitatur autem primò præfata resolutio, vt non intelligatur comprehendi casus noluntatis, quando substitutus est in potestate instituti. Rejicitur tamen hæc limitatio; num. 229.

Limitatur secundò, vt non intelligatur comprehendi casus impotentiæ ob mortem instituti, quando pater filio substitutus est; num. 230.

Limitatur tertiò, vt non intelligatur comprehendi casus, ex quo, si comprehenderetur, resultaret absurdum, vt quòd substitutus præferretur magis dilecto, v.c. filio, vel nepoti; num. 231.

Vtrum quando pater filio substituit nepotem, secundùm consilium Galli, & ipsi nepoti, si hæres non foret substituit extraneum, talis extraneus admittatur, si filius superuixit testatori, & tam ipse filius quam nepos ex eo natus, hæreditatem repudiauit? num. 232. *& seq.*

Substitutio concepta expressè in casum, quo institutus nolit esse hæres, comprehendit etiam casum, quo hæres esse nõ possit, & econtra; num. 234.

Conditio apposita per testatorem ratione effectus, qui ex ejus implemento sequitur, satis est quòd impleatur per æquipollens; ibid.

Conditio, quæ inest ex necessitate, seu ex ipsa rei natura, solùm apponitur ratione effectus, satisque est quòd impleatur per æquipollens; ibid.

Prædicta extensio substitutionis ad casum non expressum etiam habet locum in legatis; num. 235.

Limitatur autem primò præfata resolutio principalis tradita num. 234. *vt substitutio concepta in casum noluntatis, non comprehendat casum impotentiæ, quando esset facta in pœnam; numer.* 236.

Limitatur secundò, vt non procedat, quando casus exprimeretur, addendo, tunc, *& eo casu. Rejicitur tamen hæc limitatio; & solùm admittitur, quando adderetur,* exclusiuè, tantum, *vel* non aliter; *num.* 237.

Limitatur tertiò, vt non habeat locum, quando testator prouidit expressè in vtrumque casum: vt si substituit Seium, si institutus nollet esse hæres; si autem non posset hæres esse, substituit Caium; num. 238.

Vtrum substitutio facta posthumo in casum quo ille nascatur, & repudiatâ, vel non adita hæreditate moriatur, extendatur ad casum, quo ille natus non sit? Prima sententia negat: & multis fundamentis suadetur, quæ statim excluduntur; num. 239. *& seqq. Contraria sententia est longè communior, & probabilior, eaque defenditur; numer.* 244. *& seqq.*

Conditiones voluntariæ admittunt extensionem ad alium casum ex præsumpta voluntate disponentis; num. 243.

Conditiones, in quibus testator effectum considerauit, quamuis sint voluntariæ extenduntur ad casus, in quibus idem effectus sequitur; ibidem.

Prouisio facta in vnum casum extenditur ad alium non expressum, in quo testator idem verosimiliter disposuisset; num. 245.

Substitutio facta ventri, si non nascatur, extenditur ad casum quo natus est, & ante aditionem mortuus est, vel repudiauit; num. 246.

Substituti dati nascituro admittuntur eo non nato; num. 247.

De natura Vulgaris substitutionis est, vt expressa in aliquem casum comprehendat tacitè alium, in quo eadem sit ratio, & effectus, nisi constet de contraria voluntate testatoris; num. 248.

Prædicta sententia affirmans substitutionem factam posthumo nascituro, extendi ad casum quo non nascatur, non procedit, quando testator casui expresso adhibuisset verba restrictiua: neque quando in vtrumque casum specialiter prouidisset; num. 249.

Ampliatur autem dicta sententia, vt etiam procedat in Vulgari comprehensa in Compendiosa facta posthumo nascituro: & in tacita Vulgari comprehensa in Pupillari facta ventri nascituro; numer. 250.

Ampliatur præterea vt procedat etiam, quando posthumus fuit alteri substitutus, & ipsi posthumo in pupillari ætate, vel quandocumque decedenti alius substitutus datus est; num. 251.

Quando quis instituit filium, & si is viuo ipso testatore moreretur, substituit Titium, an ea substitutio extendatur ad casum, quo filius mortuus sit post testatorem hæreditate non adita? Prima sententia negat; num. 252. Secunda probabiliùs affirmat; num. 253.

Substitutio non extenditur de tempore expresso ad tempus non expressum; num. 252. Id verò intelligitur de tempore expresso voluntariè: secus autem si tempus expressum insit tacitè ex ipsa rei natura, seu ex necessitate, vt aiunt, causatiua; num. 254.

Substitutio extenditur etiam de tempore expresso voluntariè ad non expressum, quando in vtroque tempore militat eadem ratio; num. 255.

Si testator hæredi instituto substituit Caium, & huic, si viuo instituto, vel viuo ipso testatore decederet, substituit Seium, admitti debet Seius, licet Caius primus substitutus decesserit post mortem instituti, & testatoris, si hæreditas non fuit adita; num. 256.

Vulgaris substitutio facta filio posthumo, si non nascatur, extenditur ad casum quo natus sit; ita vt si ante aditam hæreditatem decedat, admittatur substitutus per Vulgarem: si autem moriatur post aditam hæreditatem, sed tamen ante pubertatem, substitutus admittatur per Pupillarem tacitam in illa Vulgari comprehensam; num. 257. Id verò procedit, nisi mater talis posthumi simul cum illo fuerit instituta, & viua sit, quando ille moritur: & quomodo id sit intelligendum? ibid. & numer. 258. & seq.

Quando substitutio facta est instituto sub conditione in defectum conditionis, an talis substitutio extendatur ad casum, quo conditio non impletur ante mortem instituti, impletur autem postea? num. 260.

Quando quis est institutus hæres ex diuersis partibus, & in aliqua illi est datus substitutus, an talis substitutus habeat locum, instituto adeunte ex sola parte, in qua non est facta substitutio? Respondetur negatiuè; num. 261.

Institutus ex diuersis partibus hæreditatis, non potest adire vnam partem, omissâ aliâ, etiamsi in ea illi sit datus substitutus; ibid.

Si substitutio sit facta posthumis nascituris, an extendatur ad casum, quo vnus tantùm posthumus testatori nascatur? Negant aliqui: alij verò probabiliùs affirmant; num. 262. Intelligitur autem hæc secunda sententia, nisi ageretur de excludenda matre posthumi nati, aliâue personâ magis dilectâ, quàm substitutus; num. 263.

Institutio posthumorum, siue sit facta in numero plurali, vt Instituo posthumos, *siue in singulari, vt* Instituo posthumũ, qui mihi nascatur, *intelligitur, & sustinetur, siue vnus, siue plures nascantur. Et idem est de substitutione posthumorum; dict. num. 262.*

Substitutio declaratur per institutionem, & ab ea recipit interpretationem; ibid.

227

DUodecima, & vltima quæstio circa dictam conditionem Vulgaris substitutionis est, de casibus in ea com-

comprehensis, in quibus instituto deficiente substitutus admittitur. Qua de re licèt nonnihil dictum sit in principio hujus sectionis, attamen solùm ibi attigimus, quæ necessaria visa sunt ad inculcandam diuisionem substitutionis Vulgaris in Expressam, Tacitam, & Mistam, reseruatâ in hunc locum plenâ hujus rei tractatione. Quærimus ergo in presenti, quinam casus censeantur comprehendi sub dicta conditione; tum quando testator solùm dixit, *Si institutus hæres non erit:* tum quando aliquem casum expressit, siue noluntatis, vt *Si noluerit esse hæres, si repudiauerit*, &c. siue impotentiæ, vt *Si non nascatur, si me viuo moriatur*, &c.? Quos terminos hic amplius non explicamus, tùm jam ex dictis in principio hujus sectionis pateant. Maioris autem claritatis gratiâ, quæstionem hanc particulatim expediemus, plures dubitationes sub ea distinguendo, & explicando.

228 Dubitabis igitur primò, vtrum quando in substitutione simpliciter dictum est, *Si hæres non erit*; comprehendatur tam casus noluntatis, quàm impotentiæ, perinde acsi dictum esset, *Si noluerit, aut non potuerit esse hæres?* Respondetur affirmatiuè ex omnium sententia; quæ probari solet per *l. Cùm proponas*, 3. *Cod. de Hæred. instit.* quamuis hic textus reverà non sit efficax, vt post Aretin. & alios aduertit Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 20. quia solùm ibi proponitur quædam substitutio facta his verbis; *Si hæreditatem meam adire noluerit, vel non potuerit.* Nihilominus tamen prædicta resolutio est vera; siquidem inspecta generalitate illorum verborum, *Si hæres non erit*, vterque prædictus casus sub eis continetur; cùm institutus tam verè, & propriè non sit hæres in vno, atque in alio. Tunc autem censetur existere casus noluntatis, seu deficientis voluntatis, quãdo constat institutum nolle adire hæreditatem etiam in posterum; quod fit quando hæreditatem repudiat: casus verò impotentiæ, seu deficientis facultatis, tunc extitisse dicitur, cùm constat institutum non posse adire hæreditatem, vt quia est mortuus, vel aliàs incapax adeundi, aut quia deficit conditio, sub qua institutus est: vel aliquâ aliâ de causa, vt *in d. l. Cùm proponas.*

Limitatur autem præfata resolutio primò, vt per illa verba, *Si hæres non erit*, non intelligatur fieri substitutio in casum noluntatis, quando substitutus est in potestate instituti. Quòd tunc non permittatur instituto repudiare hæreditatem, vt per *l. Iulianus, ff. Siquis omissâ caus. test.* & sic solùm intelligatur facta substitutio in casum impotentiæ. Ita Barth. *in l.* 1. *num.* 13 *ff. de Vulgari*, quem plerique sequuntur, vt Bald. de Hubald. *tract. de Substitution. in rubrica de Vulgari, num.* 5. Barthol. de Hucio *tract. etiam de Substit. cap.* 1. *num* 4. & alij. At contrarium tenent meritò Glos. *in d. l. Iulianus, verb. In casu.* Socin. & Ripa *in d. l.* 1. & Trentacinq. *d. cap.* 1. *num.* 21. per ipsummet text. *in d. l. Iulianus*, vbi planè supponitur, quòd repudiante patre instituto, succedit filia ei substituta, & solùm tali instituto non permittitur repudiare in fraudem legatariorum, statuiturque eum per repudiationem non liberari à soluendis legatis. 229

Limitatur secundò, vt per dicta verba non intelligatur comprehendi casus impotentiæ ob mortem instituti, quandò pater filio substitutus est, sic limitant Aretin. *in d. l.* 1. *ff. de Vulgari*, Ruin. *consil.* 6. *sub num.* 11. *volum.* 3. & Trentacinq. *d. cap.* 1. *num.* 22. & ita etiam videtur sentire Glos. *in d. l. Iulianus, verb. Votum, ff. Siquis omissâ caus. test.* licèt contrarium teneat Socin. *in d. l.* 1. Ducuntur per text. *in d. l. Iulianus, in* 2. *casu*, vbi dicitur, quòd nemo filiæ patrem contra votum parentum substituere videtur: si autem in illa substitutione intelligeretur comprehendi casus impotentiæ ob mortem filij instituti, id esset contra parentũ votum; cùm secundùm naturam parentum votum sit, vt filij eis succedant, non verò econtra. 230

Limitatur tertiò, vt non intelligatur comprehendi casus, ex quo, si comprehenderetur, resultaret aliquod absurdũ; 231

vt

vt quòd substitutus præferretur magis dilecto, v.c. filio, vel nepoti, contra *l. Cùm auus, ff. de Condit. & demonstr.* & *l. Cùm acutissimi, Cod. de Fideicommissis*: sic Bartol. *in l. Si mater*, 33. §. 1. *num.* 2. *ff. de Vulgari*, Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 69. *numer.* 29. & plures alij apud Fusar. *de Substitutionib. q.* 31. *numer.* 47. Patet ex regula generali, quod quælibet dispositio, ita debet intelligi, vt non sequatur absurdum, *l.* 1. §. *Vnde quæritur, ff. de Publican. l. Scire oportet*, §. *Aliud*, & ibi notat Bald. *ff. de Excusat. tut. & l. Siue hæreditaria, in fine, ff. de Negot. gest.* Et ne fiat aliquid contra præsumptam voluntatem testatoris, *l. Cùm acutissimi, Cod. de Fideicommiss. cum simil.*

232 Hinc resoluitur notabiliter quidam casus, quem ponit Glos. *in d. l. Si mater*, §. 1. qui talis est. Instituit quis filium suum; & si is viuo ipso testatore decederet, substituit ex Galli consilio nepotem, qui ex illo nasceretur, ne si fortè filius viuo ipso testatore decederet, nepos ex illo relictus se præteritum reperiens testamentum rumperet: si autem nepos hæres non foret, substituit extraneum: postea decessit testator, filio superstite: & tam ipse filius, quàm nepos, qui ex eo natus fuit, hæreditatem repudiauit: Quæritur vtrùm admittendus sit ille extraneus, qui nepoti, si hæres non foret, substitutus est? Respondent negatiuè Glos. & Barth. *loco cit.* Alex. *in l.* 1 *ff. de Vulgari*, Jas. *ibid num.* 30. Trentacinq *de Substit. p.* 1. *cap.* 1. *numer.* 23. & Fusar. *d. q.* 31. *numer.* 92. Fundamentum Bartholi est; quia ille nepos non potuit esse hæres ex testamento aui: substitutio autem extranei non intelligitur ei facta, nisi in casum quo ex testamento posset, & nollet esse hæres; quia alioqui sequeretur absurdum, de quo *numer. præcedenti* dictum est. Maior propositio hujus argumentationis, quòd scilicet ille nepos non potuerit esse hæres ex testamento aui, ostenditur facilè; quia quando nepos substituitur filio secundũ consilium Galli, talis substitutio censetur facta in Suitate, vt scilicet testamentum non rumpatur ob præteritionem hæredis Sui, si fortè defũcto filio ante testatorem, nepos se præteritum reperiat, *l. Gallus*, §. *Et quidsi tantum*, & §. *Nunc de lege, ff. de Liber. & posth.* talis autem substitutio euanescit, testatore ante filium decedente; siquidem superstite filio, cessat ratio, & conditio ipsius substitutionis; cùm nepos non fuerit vocatus, nec debuerit necessariò vocari, vt testamentum nõ rumperet, nisi in casum, quo hæres Suus primi gradus, nempe filius non existeret. Et sic in casu proposito non potest nepos succedere ex testamento, & dispositione testatoris. Quod autem sequeretur dictum absurdum, si extraneus intelligeretur substitutus nepoti in casum, quo nepos non posset succedere ex illo testamento, probatur; quia si id intelligeretur, excluderetur nepos per extraneum, ne posset succedere ab intestato in hæreditate aui à patre repudiata; siquidem dum est, qui possit succedere ex testamento, vt in præsenti esset extraneus, non est locus successori ab intestato, *l. Quamdiu institutus*, 68. *ff. de Acquirend. hæred.* cui consonat reg. *Quamdiu*, 90. *ff. de Regal. jur.* & ita præferretur extraneus nepoti in hæreditate aui, incidereturque in dictum absurdũ. Ne igitur hoc sequatur, concludit Barth. illum substitutum extraneum non censeri vocatum, nisi in casum, quo nepos posset, & nollet esse hæres ex testamento: & consequenter non esse locum tali substituto in casu proposito, cũ nepos ille ex testamento succedere non potuerit, etiam patre repudiante. Diuerso fundamento nititur Trentacinq. *loco cit. de Substit.* & videtur hæc resolutio satis probabilis.

At oppositum censeo probabilius: aduerto enim dici posse ac debere in hoc casu, illum extraneum censendum esse vocatũ à testatore in euentũ pro quo nepos neque ex testamento, neque ab intestato possit, aut velit esse hæres. Hoc enim admisso, cessat omnino prædictum absurdum; siquidem tunc non impeditur nepos per substitutum extraneum, quominus repudiante patre possit succedere 233

auo

auo ab inteſtato, ſi velit; ſi autem nolit, vt in caſu propoſito, & tunc extraneus admittatur, talis admiſsio non eſt contra voluntatem teſtatoris, ſed ſecundùm illam, cùm ponamus, illum extraneum eſſe vocatum in caſum, quo nepos nolit eſſe hæres, etiam ab inteſtato. Quod autem cenceri debeat dicta ſubſtitutio facta etiam in euentum, quo nepos nolit eſſe hæres ab inteſtato, probatur, quia licèt de jure ſit, quòd conditio ſubſtitutionis Vulgaris, *Si hæres non erit*, intelligitur de hærede ex teſtamento, *l. Hæres, Inſt. & ibi DD. Cod. de Impuber. & alijs ſubſtit. l. Filium emancipatum, Cod. de Acquir. hæred.* id tamen fallit, ſi inſtitutus ſolùm poſsit ſuccedere ab inteſtato, & præſumptio ſit, quòd teſtator etiam in tali caſu noluit præferre illi ſubſtitutum, vt quandò inſtitutus eſt deſcendens teſtatoris, ſubſtitutus verò extraneus: tunc enim ſubſtitutus non cenſetur vòcatus, niſi in caſum, quo inſtitutus neque ab inteſtato poſsit, aut velit eſſe hæres, vt probauimus *ſupra*, §. 4 *numer.* 94. & conſentit ex parte Trentacinq. loco ibidem relato: quæ doctrina in præſenti caſu militat, vt patet.

234 Dubitabis ſecundò, vtrum ſubſtitutio, ſeu ſubſtitutionis conditio, concepta expreſsè in caſum, quo inſtitutus nolit eſſe hæres, comprehendat etiam caſum, quo hæres eſſe non poſsit? & econtra, vtrum expreſſa tantùm in hunc ſecundum caſum, comprehendat etiam primum? Reſpondetur affirmatiuè ex communi ſententia; quam relatis multis tradidimus *in princip. hujus ſect.* 2. *num.* 26. vbi etiam attigimus quædam ejus fundamenta, omiſsis alijs, quæ apud DD. ibi citatos, maximè verò apud Trentacinq. videri poſſunt. Præcipuum verò fundamentum eſt, quia quando teſtator apponit conditionem, reſpiciendo ad effectū, qui ſequitur ex ejus implemento, non oportet, quòd talis conditio impleatur in forma ſpecifica, ſed ſatis eſt, quòd ille effectus ſequatur, vndecumque id proueniat, *l. Si mater, Cod. de Inſt. & ſubſt. l. Mulier, in princip. ff. Ad Trebel. l. Fideicommiſſa, §. Si cui, ff. de Leg.* 3. *l. Si ita, ff. Quando dies leg. ced.* Barth. *in l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, num.* 3. *ff. de Liber. & poſthum.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 16. *numer.* 4. & omnes: ſed in conditione ſubſtitutionis in alterum tantùm ex dictis caſibus concepta, cenſetur teſtator reſpexiſſe ad effectum, qui ex ejus euentu ſequitur, vt omnes admittunt: eſt enim conditio neceſſaria, ideſt, quæ ex neceſsitate ineſt, vt eſt indubitatum; cùm ſubſtitutio Vulgaris ſuapte natura requirat, quòd inſtitutus nolit, aut non poſsit eſſe hæres, vt ex dictis conſtat: in conditionibus autem hoc modo neceſſarijs reſpicitur ad effectum, ſatiſque eſt, vt impleantur per æquipollens, ideſt, per id, quod eundem effectū habet, vt ex jure, & communi DD. tradidimus *diſp. præced. ſect.* 9. §. 1. *numer.* 242. *& ſeq.* Ergo, cùm ad locum ſubſtitutioni faciendum idem effectus ſequatur, ſiue inſtitutus nolit, ſiue non poſsit eſſe hæres, ſiquidem in vtroque caſu hæreditas vacat, non oportet, quòd eueniat caſus in conditione expreſſus, ad hoc vt illa cenſeatur impleta, ſed ſufficit, quòd eueniat non expreſſus, qui expreſſo æquipollet; & ſic vterque in dicta conditione, & ſubſtitutione comprehenditur.

Hæc reſolutio ampliatur, vt locum ſi- 235
militer habeat in legatis, in quibus etiam vulgariter ſubſtitui poteſt, vt notauimus *ſect.* 1. *hujus diſp. num.* 7. & ſi in eis fiat ſubſtitutio in caſum noluntatis, ideſt, ſi legatarius repudiet, trahitur pari modo ſubſtitutio in caſum impotentiæ, quo ſcilicet legatarius non poſsit habere legatū, & econtra: ſic Barthol. & Paul. Caſtr. *in l. Pater Seuerinam, ff. de Condit. & demonſtr.* Eſtque communis ſententia, teſte Trentacinq. *de Subſtit. p.* 1. *cap.* 1. *ſub numer.* 31. *verſ. Et cum hæc*, licèt vnus, vel alter apud eundem refragetur. Eadem quippe ratio in legatis militat, quæ in hæreditate, vt conſideranti patebit.

Limitatur autem eadem reſolutio pri- 236
mò, vt ſubſtitutio concepta in caſum noluntatis non comprehendat caſum impotentiæ, quando eſſet facta in pœnam, vt

cùm

cùm hæreditas, vel legatum relinqueretur priori vocato sub conditione nuptiarum, vel simili: & si eam implere nollet, relinqueretur alteri. Tunc enim substitutio non extenditur ad casum, quo prior vocatus decessit antequàm esset in mora parendi conditioni, & relictum assequi potuerit. Est casus expressus *in d. l. Pater Seuerinam*; & ita relatis plurimis docent Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 65. num. 30.* & Fusar. *de Substit. q. 31. num. 52.* quod substitutio non extenditur de casu ad casum, quando induceretur pœna. Et ratio est, quia pœna extendi non debet maximè in casum, quo nulla est culpa, vt est casus impotentiæ.

237 Limitatur secundò, vt non procedat, quando casus exprimeretur, addendo, *tunc*, &, *eo casu*; quod hujusmodi dictiones sint restrictiuæ, & sic impediant extensionem ad casum non expressum. Ita Petrus de Anchar. *consil. 356. numer. 3.* Decius *consil. 63. num. 2. & consil. 315. numer. 2.* & multi alij, quos citant, & sequuntur Mantica *de Conject. vltim. vol. lib. 3. tit. 14. num. 10.* Trentacinq. *de Substitution p. 1. cap. 1. num. 41.* Menoch. *consil. 326. num. 16 lib. 4.* & *d. præsumpt. 65. numer. 28.* & Fusar. *de Substit. q. 31. num. 34 & seq.* Ab hac tamen limitatione multi dissentiunt, quos refert Menoch. *d. numer. 28.* eamque tot modis sublimitant Mantica *sub d. num. 10.* Fusar. *d. q. 31. à num. 37.* & alij quos referunt, vt vix vnquam possit habere locum: & mihi quidem absolutè, & simpliciter rejicienda videtur: si autem testator adjiceret dictionem, *tantùm*, vel, *non aliter*, tunc omnino, & absque vlla modificatione extensio ad casum non expressum impeditur. Sic relatis alijs Mantica *vbi supra vers. Sed tamen, ad fin.* & Fusar. *d. q. 31. num. 45.* Sunt enim hæc verba adeò præcisiua, vt omnem omnino extensionem excludant: vnde etiam formam inducere censentur, vt Parisius, Rolandus à Valle, & alij apud Fusar. notarunt.

238 Limitatur tertiò, vt non habeat locum, quando testator prouidit specialiter in vtrumque casum, vt si constituit Seium, si institutus nollet esse hæres: si autem nõ posset esse hæres, substituit Caium: tunc enim non fit extensio de vno casu ad alium: sic Ripa *in l. 1. num. 98. ff. de Vulgari* Socin. sen. *consil. 76. col. 5. lib. 3.* Fulgos. *consil. 49. col. 2. vers. Superest igitur*, & alij, quos citant, & sequuntur Trentac. *de Substitut. p. 1. cap. 1. num. 39.* Menoch. *cons. 171. num 18. & lib. 4. de Præsumpt. præsumpt. 65. numer. 31.* & Fusar. *de Substitut. q. 31. num. 54.* Ratio est, quia extensio ab vno casu ad alium fit ex conjectura, quod illa sit voluntas testatoris: talis autem conjectura cessat vbi habetur expressa prouisio, & dispositio testatoris; *l. Marius, Cod. de Procurator. l. vlt. Cod. de Pactis conu.* & in specie id probat tex. *in l. Cùm ex filio, § Filius, ff. de Vulgari.* Hinc colliges, si in proposita specie eueniat casus impotentiæ, & Caius in talem casum substitutus non posit, aut nolit succedere, non debere admitti Seium, qui substitutus est in casum noluntatis.

Dubitabis tertiò, vtrum substitutio facta posthumo nascituro extendatur ad casum, quo ille natus non sit: vt quando quis instituit posthumum, quem nasciturum sperabat, & si ille ante aditam hæreditatem moreretur, vel illam repudiaret, substituit Seium: an si posthumus non nascatur, admittendus sit Seius, acsi in casum etiam non nati posthumi substitutio facta fuerit? 239 Circa hanc dubitationem magna jam olim extitit altercatio inter L. Crassum qui partem affirmatiuam, & Q. Mutium Scæuolam qui negatiuam tuebatur, vt refert M. Tullius *in Orat. pro Cæcinna* vbi testatur secundùm Crassi opinionem judicatum fuisse. Adhuc tamen durat controuersia, & multis pars negatiua magis placet. Eam defendunt Oldrad. *cons. 177.* Roman. *in l. Quandiu institutus, ff. de Acquir. hæred.* Ruinus *in l. Hæredes mei, §. Cùm ita, num. 6. & seq. ff. Ad Trebel. & consil. 104. num. 4. & consil. 172. num. 4. lib. 2.* Ripa *in l. 1. num. 96. ff. de Vulgari*, Joan. Andr. *in addit. ad Specul. tit. de Testam. §. In primis, in additione magna, vers. Occurrit hic nouissimus casus*; Fulgos. *cons. 49.* Anchar.

cons.

cons. 359. Corneus *cons.* 199. *num.* 32. *lib.* 2 Castr. *cons.* 219. *num.* 1. *lib* 1. Alex. *consil.* 1. *num.* 9. *lib.* 1. *& consil.* 188. *num.* 7. *lib.* 2. Peregrin. *cons.* 55. *lib.* 2. & plures alij, quos refert Mantica *lib.* 11. *de Conjectur. vlt. vol. tit.* 6. *num.* 1. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 65 *num.* 21. & Fusar. *de Substit. q.* 64. *num.* 14.

240 Mouentur primò per *l. Commodissimè, ff. de Liber. & posthum.* vbi si testator dicat; *Instituo posthumum, si me viuo nascatur*, non intelligitur institutus posthumus, qui mortuo testatore natus fuerit. At hic textus non vrget; nam præter alias responsiones quibus illi satisfaciunt contrariæ sententiæ defensores, illa est satis facilis,& communiter approbata, quam affert Fusar. *supra, num.* 17. quod scilicet per *d.l. Commodissimè*, solùm excluditur extensio ad casum, in quo inducitur diuersa persona: nam licèt institutus, de quo ille text. loquitur, sit eadem persona quoad substantiam in vtroque casu, attamen non est eadem quoad qualitatem accidentalem: quoniam si nascatur viuo patre, dicetur simpliciter filius, & manebit sub potestate patris; si autem mortuo patre nascatur, dicetur posthumus, & non erit sub patria potestate, habebitque alias differentias accidentales. Quæ personarum diuersitas meritò impedit ne prouisio in vnum casum extendatur ad alium, nam voluntas, & affectio testatoris determinata ad vnam personam, non porrigitur ad aliam, cùm sit dissimilis, & diuersæ rationis. In nostro autem casu non inducitur diuersa persona substituti: & sic non valet in eo argumentum *ex d l. Commodissimè.*

241 Mouentur secundò, quia nasci, ac mori non adita hæreditate, & non nasci, sunt casus contrarij, ac valde dissimiles; cùm in vno ponatur existentia, in alio non existentia: substitutio autem directa, licèt admittat extensionem de casu ad casum, attamen non eam admittit ad casum contrarium, vel dissimilem Barthol. *in l. Gallus, §. Et quid si tantum, num.* 7. *ff. de Liber. & posthum.* Angel. *in l. Si pater filium, ff. de Vulgari*, Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 32. & alij communiter. Verùm ad hoc etiam respondetur facilè in specie, de qua loquimur illos casus non esse contrarios, neque dissimiles in ratione, & effectu, ad quem testator respexit; siquidem in vtroque vacat hæreditas, & est eadem persona substituti, eademque circa illam testatoris affectio. 242

Mouentur tertio ex eo, quòd conditio debet impleri in forma specifica *l. Cohæredi. & l. Mæuius, ff. de Condit. & demonstr.* præsertim quando conditio est voluntaria, Barth. *in d. §. Et quid si tantum, numer.* 2. *&* 3. & communis: conditio autem dictæ substitutionis, *Si posthumus nascatur, & repudiet*, est voluntaria: ergo non debet censeri impleta, per hoc, quòd posthumus natus non fuerit: & sic illo non nato non est locus substitutioni.

Sed hoc etiam argumentum facilè 243
excluditur: Primò, quia etiam conditiones voluntariæ admittunt extensionem ad alium casum ex præsumpta voluntate disponentis. Alex. *cons.* 148. *col.* 5. *lib.* 2. Curt. Jun. *consil.* 83. *num.* 5. Patris *consil.* 20. *numer.* 41. Dec. *consil.* 427. *numer.* 2. & in specie Menoch. *dict. præsumpt.* 65. *numer.* 16. & Fusar. *dict. quæst.* 64. *numer.* 28. qui plures referunt: in præsenti autem præsumitur mentem testatoris fuisse, vt etiam non nato posthumo substitutus admitteretur, cùm in tali casu eadem sit ratio, & effectus; atque si posthumus nasceretur, & repudiaret. Secundò, quia testator apponendo dictam conditionem considerauit effectum, vt posthumo deficiente succederet substitutus, qui effectus sequitur, siue posthumus nascatur, & repudiet, siue non nascatur: conditiones autem voluntariæ, in quibus testator effectum considerauit extenduntur ad casus, in quibus sequitur idem effectus, Barthol. *in l.* 1. *col. vltim. Cod. de Condit. infer.* Angel. *in l. Patersamil. ff. de Hæred. institut.* & plures alij, quos citant,& sequuntur Mantica *lib.* 11. *de Conject. vltim. vol. tit.* 16. *n.* 4. & Fusar. *d. q.* 64. *n.* 29. *& q.* 31. *n.* 59.

Tertiò, quia satis probabile est, quòd etiam per casum similem potest impleri conditio, vt relatis multis tradit Menoch. *d. præsumpt. 65. num. 15.* & Fusar. *d. q. 64. num. 3.* Tandem quia dicta conditio, *Si nascatur*, censeri debet necessaria; quia vt posthumus non posset institui, nisi sub conditione, *Si nasceretur*, ita non potuit ei substitui, nisi tali conditione ipsi institutioni adhibitâ. Ita cum alijs Fusar. *supra, num. 31.* constat autem conditionem necessariam non oportere quòd impleatur in forma specifica, sed sufficere per æquipollès, vt tradimus *disp. præced. sect. 9. §. 1. n. 242. & seq.* estque indubitatum.

244 Pro contraria igitur parte quæ tuetur debere admitti dictam extensionem ad casum posthumi non nati, stat longè communior, & probabilior sententia; quam sequuntur Barth. *in l. 1. num. 12 ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num. 33.* Jason *num. 28.* Socin. sen. *num. 13.* Rip. *num. 168.* alijque communiter, Bald. *in l. vlt. num. 7. Cod. de Instit. & substit.* Angel. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari*, Salicet. *in l. Si Testamentum, q. 5. principali, Cod. de Instit. & substit.* Imola *in l. Ab exhæredato, §. vlt. in fine, ff. de Leg. 1.* Aret. *in l. Quandiu, 2. num. 7. ff. de Acquir. hæred.* Fulgos. *cons. 90.* Decius *cons. 227. numer. 2. & 3. & consil. 238. num. 3.* Surdus *cons. 236. lib. 2.* & alij innumeri, quos citant, & sequuntur Mantica *lib. 11. de Cõject. vlt. volunt. tit. 6. sub num. 1. & 2.* Menoch. *lib. 4. de Præsumpt. præsumpt. 65. n. 13. & sub num. 21.* Peregrin. *de Fideicom. art. 15. n. 16.* Trentacinq. *de Substit. p. 1. c. 10. n. vlt.* & Fusar. *de Subst. q. 64. n. 1.*

245 Probatur primò, quia prouisio facta in vnum casum extenditur ad alium casum non expressum, in quo testator idem verosimiliter disposuisset, *l. Quo loco, ff. de Hæred. instit. l. Seruo, ff. de Condit. & demonstr.* vnde dici solet, quòd illud haberi debet pro dispositio, de quo si testator fuisset interrogatus, verosimiliter respondisset, sic se velle, Glos. *in l. Tale pactum, §. Qui prouocauit*, & ibi Jas. *ff. de Pactis* Dec. post alios *consil. 89. num. 1. & consil. 227. num. 10.* Tiraq. *in l. Si vnquam, verb. Libertis, n. 22. C. de Reu. donat.* Menoch. *à præsumpt. 65. n. 5.* & alij. Est autem plusquam verosimile quòd in nostro casu, si testator fuisset interrogatus, an vellet vt substitutus succederet posthumo non nato, incunctanter respondisset, se velle: quia si eum dilexit, posthumo nato, & ante aditam hæreditatem mortuo, eundem non minùs dilexisse credendum est, posthumo non nato, cùm nulla probabilis ratio differentiæ inter vnum, & alterum casum considerari possit.

Probatur secundò argum. text, *in l. vltim. Cod. de Inst. & subst.* vbi substitutio facta ventri, si non nasceretur, extenditur ad casum, quo natus est, & ante aditionem mortuus est, vel repudiauit, vnde etiam econtra, substitutus datus posthumo nascituro admittetur eo non nato; cũ eadem sit ratio. 246

Tertiò, est bonus text. pro hac parte *in d. l. Ab exhæredato, §. vlt. ff. de Leg. 1.* qui sic habet. *Cum à posthumo ita legatur, si hæres erit, & non nato posthumo, substituti adeant: legata debere eos existimandum, quæ ille si viueret, debiturus erat.* Vbi vides substitutos datos nascituro admitti, eo nato. 247

Tandem, vt alias omittam probationes, quas Menoch. & Fusar. *loco supra citat.* congerunt, ea mihi videtur optima, quia de natura Vulgaris substitutionis est, vt expressa in aliquem casum cõprehendat tacitè alium, in quo eadem sit ratio, & effectus, nisi constet de contraria voluntate testatoris, vt ex dictis patet. In præsenti autem eadem planè est ratio, & effectus, posthumo instituto non nato; atque si nasceretur, & repudiaret, vel ante aditionem obiret, vt nemo diffitetur: ergo substitutio in hunc secundum casum expressa, etiam illum primum instituti non nati comprehendit, cùm de contraria voluntate testatoris non constet. Tota hæc argumentatio est euidens, & posset amplius illustrari plurimis exemplis, in quibus DD. admittunt extensionem substitutionis à diuersis casibus expressis ad non expressos, propter identitatem rationis, & effectus, vt videri potest 248

apud

apud Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *sub num.* 10. & Menoch. *d. præsumpt.* 65. *num.* 6. *& seqq.* qui quamplurima hujusmodi afferunt exempla, & nos etiam nonnulla inferiùs cum judicio addemus.

249 Limitatur autem præfata sententia, vt non procedat, quando testator casui expresso adhibuisset verba restrictiua; neq; quando specialiter in vtrumque casum prouidisset, vt limitando resolutionem dubitationis, *num.* 237. *& seq.* dictum est, eadem namque vtrobique est ratio. Non censetur autem restringi substitutio ad casum expressum per dictionem, *Tunc*, à testatore adhibitã, vt relatis multis tradũt Menoch. *d. præsumpt.* 65. *n.* 24. & Fusar. *d. q.* 64. *n.* 38. licèt nonnulli refragentur.

250 Extenditur verò dicta sententia, vt etiam procedat in Vulgari comprehensa in Compendiosa facta posthumo nascituro, vt notant Trentacinq. *de Substit. p.* 4. *cap.* 14 *num.* 30. Menoch. *d. præsumpt.* 65. *num.* 23. & Fusar. *d. q.* 64. *num.* 32. qui plures referunt; quanuis non pauci etiam apud Fusar. contrarium teneant. Extenditur etiam, vt locum similiter habeat in tacita Vulgari comprehensa in Pupillari facta ventri nascituro, vt nimirum substitutus admittatur, etiam ventre non nato, vt probat text. *in d. l. vltim. C. de Instit. & substit.* vbi Bald. & Castr. & text. *in l. Qui ventri, juncta Glossa ibi, ff. de Ventre inspic.* docentque Angel. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari* Alex. *in l.* 1. *num.* 33. *ff. eod.* & ibi Jas. *n.* 6. & Socin. sen. *n.* 7. & alij, quos citat, & sequitur Fusar. *d. q.* 64. *num.* 34. *& seq.* vbi rejicit distinctionem, quam ponit Barth. *in d. l.* 1. *n.* 33. *ff. de Vulg.* vbi dicit, quòd aut venter deficit post mortem testatoris, vel paulo ante illam, ita vt testator non potuerit mutare testamentum: & tunc substitutus admittatur: aut deficit tanto tempore ante testatoris mortem, vt is testamentum mutare potuerit, & tunc substitutus excludatur: quam distinctionem alij etiam admittunt. At meritò quoad posteriorem partem rejicitur: nam quòd testator potuerit testamentum mutare post ventris defectum, & non mutauerit, argumento potiùs est, quòd voluerit decedere cum eo testamento, & sic conseruare substitutionem in eo factam.

Extenditur quoque dicta sententia, vt 251
procedat etiam quando posthumus fuit alteri substitutus, & ipsi posthumo in pupillari ætate, vel quandocumq; decedenti alius substitutus datus est. Tunc enim si institutus decedat, non adita hæreditate, & posthumus ei substitutus non nascatur, admittitur secundus substitutus ipsi posthumo nascituro datus. Sic contra Oldrad. *d conf.* 177. & sequaces, tenent fere omnes, qui prædictam sententiam tuentur, vt videre est apud Menoch. *d. præsumpt.* 65. *sub n* 21. vbi plurimos refert.

Dubitabis quartò, quando quis instituit 252
filium, & si is viuo ipso testatore moreretur, substituit Titiũ, filius autem mortuus est post testatorem, hæreditate non adita, an in tali casu admittẽdus sit substitutus? Respondent negatiuè Barth. *in l. Si mater*, 33. §. 1. *ff. de Vulgari*, & ibi Bald. & Castr. Angel. *in l.* 1. §. 1. *& in l. Si pater filium, ff. eod. & in l. Quandiu, vlt. ff. de Acquir. hæred.* Menoch. *conf.* 326. *num.* 28. *& de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 65. *sub num.* 39. & alij, quos refert, & sequitur Fusar. *de Substit. q.* 31. *num.* 97. atque ita etiam videtur tenere Glos. vlt. *in d. l. Si mater*, § 1. Præcipuum fundamentum est, quia substitutio non admittit extensionem de tempore expresso ad tempus non expressum, vt est receptissima DD. sententia, quam relatis plurimis tradunt eos sequendo Menoch. *d. præsumpt.* 65. *n.* 39. Peregr. *de Fideicom. art.* 15 *n.* 8. Fusar. *de Subst. q.* 33. *n.* 1. & Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 38. *per text. in l. Si quis ita, ff. de Vulgari*, vbi Barth. Castr. Jas. & alij communiter: si autem substitutio, de qua hìc loquimur, sustineretur decedente instituto post testatorem, fieret extensio à tempore ante mortem testatoris ad tempus post illam, vt patet: ergo non debet sustineri. Cõfirmatur per text. *in l. Commodissimè, ff. de Liber. & posth.* vbi posthumus institutus si viuo testatore nascatur, non admittitur si nascatur post illius mortem.

253 Nihilominus contrariam sententiam, quod scilicet ille substitutus admittendus sit, quamuis institutus mortuus fuerit post testatorem, tenent meritò Fulgos. *in l. fin. Cod. de Instit. & substit. col.* 2. *num.* 2. vbi dicit, se ita consuluisse, Jason *in l.* 1 *.col.* 5. *num.* 15. *ff. de Vulgari*; & ibi Socin. *col.* 14. *vers. Tertiò limita*, Bald. *num.* 26 & Alex. *col.* 4. *num.* 11 Joan. de Imola *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, de Testam.* estque communis DD. *in d.l. Si mater*, §. 1. vt testatur Anton. Gom. eam sequens *tom.* 1. *Var. cap* 3. *sub num.* 10. *not.* 1. neque ab ea dissentit Barth. loco pro opposita sententia allegato: nam loquitur in casu valde diuerso, quem *supra, numer.* 232. expendimus: tenent etiam Menoch. *consil.* 621. *in princ. & cons.* 1062. *à num.* 16. Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 33. & alij, quos refert Fusar. *d.q.* 31. *num.* 17. Probatur ijsdem fundamentis, quibus superiori dubitatione probauimus, substitutionē factam posthumo, si non nasceretur, extendi ad casum, quo natus esset: pari enim ratione præsentem resolutionē probant.

254 Nec obstat, quòd pro opposita sententia adducitur, substitutionem non extendi de tempore expresso ad non expressum; nam hoc intelligitur de tempore quod est expressum voluntariè; secùs autem de eo, quòd inerat ex ipsa rei natura, seu ex necessitate, vt aiunt, causatiua, vt tradunt Angel. Imola, & Alex. *in l. Gallus, in princip. post Glos. vltim. ibi, ff. de Liber. & posthum.* Jas. *in l. Si ita quis substituerit, num.* 5. *ff. de Vulgari*, Ruin. *in l.* 1. *num.* 43. *ff. eod.* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si absque liberis, num.* 29. *de Testam.* Socin. sen. *consil.* 140. *col. vltim. lib.* 1. Alciat. *respons.* 492. *numer.* 24. *vers. Quartò respondeo*, Menoch. *d. præsumpt.* 65. *num.* 40. Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 1. *num.* 33 *vers. Primò*, & alij. Quando enim exprimitur tempus quod inest secundùm rei naturam, videtur exprimi per modum quo inerat, & sic potiùs demonstratiuè, quàm taxatiuè, *l. fin. §. Titia, ff. de Libert. legat.* In nostro autem casu, tempus mortis filij ante testatorem, quod in substitutione fuit expressum, est de natura ipsius substitutionis, & inest tacitè, licèt non exprimatur; nā quòd institutus viuo testatore moriatur, pertinet ad casum impotentiæ, qui est de natura institutionis vulgaris, *l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* & patet ex dictis *supra, num.* 228. nec est dubium quòd hic casus consideretur, quocumque modo impotentia eueniat, vt post Barth. & alios scribit Dec. *consil.* 1. *num.* 78. *lib.* 1. & Fusar. *de Substitut. q.* 64. *num.* 12. Ergo substitutio de qua hìc loquimur, extensionem admittit ad tempus non expressum, quo post testatoris mortem institutus non posit, aut nolit esse hæres.

Accedit, quòd etiam admittitur ex- 255
tensio de tempore expresso voluntariè ad tempus non expressum, quando in vtroque militat eadem ratio, vt tenent Gratus *consi.* 125. *num.* 23. *lib* 2 Dec. *consil.* 1. *num.* 107 Menoch. *d. præsumpt.* 65. *num.* 41. & Fusar. *de Substitut q.* 65. *numer.* 7. licèt contrarium teneat Oldo *cons.* 59. *numer.* 28. Vnde si testator pupillariter substituit filio infanti, intelligitur etiam substituisse filio post infanti. m vsque ad pubertatem, cùm militet eadem ratio prouidendi filio: quod exemplum ponit Menochius. In nostro autem casu militat similiter eadem ratio, decedente filio post mortem patris, vt consideranti erit manifestum. Ad confirmationem desumptam ex *d.l. Commodissimè*, respondetur, *vt supra, num.* 240.

Ex his colliges primò, si testator 256
hæredi instituto substituit Caium, & hunc, si viuo instituto, vel viuo ipso testatore, decederet, substituit Seium, admitti debere Seium, licèt Caius primus substitutus decesserit post mortem instituti, & testatoris, si hæreditas non fuit adita, siquidem substitutio concepta in casum impotentiæ, expresso tempore, quo eueniet, extenditur ad casum non expressum, qui alio tempore euenit, vt ex dictis constat. Et ita in specie cum Joan. de Imola, & Alex. docet Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *num.* 10. *not.* 2.

Col-

Colliges secundò, quod Vulgaris sub-
257 stitutio facta filio posthumo, si non nat-
catur, extenditur ad casum non expres-
sum quo natus sit; ita vt si ante hæredi-
tatem aditam decedat, admittatur substi-
tutus per Vulgarem: si autem moriatur
post aditam hæreditatem, sed tamen an-
te pubertatem, substitutus admittatur
per Pupillarem tacitam in illa Vulgari
comprehensam. Sic cum Barth. Bald.
Castr. & communi Ant. Gom. *loco supra
citat. not.* 5. & constat per text. *in l. fin.
Cod. de Instit. & substit.* Aduerte autem,
in hoc textu poni limitationem, nisi ma-
ter talis posthumi, quæ simul cum illo fu-
erit instituta, viua sit quando ille mori-
tur; tunc enim eam debere succedere, ex-
cluso substituto. Quod Barth. intelligit,
licèt filius decesserit, hæreditate non adi-
ta: ita vt in hoc casu cohæres per jus ac-
crescendi excludat substitutum vulgarẽ.

258 At hoc reverà ex illo textu non colli-
gitur, sed solùm quòd decedente illo filio
ante pubertatem, hæreditate jam adita,
non admittitur substitutus ex tacita Pu-
pillari in dicta Vulgari inclusa, sed sola
mater in hæreditate filij succedit; nam in
d. textu dicitur, quòd tali posthumo im-
pubere defuncto, censetur testator magis
voluisse matrem ejus ad illius venire suc-
cessionem, quàm substitutum: quòd lo-
cum non habet in casu substitutionis Vul-
garis, ex qua soli testatori succeditur, vt
§. *sequenti* ostenditur, sed tantùm in ca-
su Pupillaris, ex qua non testatori, sed
pupillo succeditur, vt in præsenti substi-
tutus succederet, nisi staret in medio pu-
pilli mater; quam juxta præsumptam tes-
tatoris voluntatem, jus noluit quòd ab
hæreditate filij, cujus legitima est hæres,
per substitutum ex tacita Pupillari exclu-
deretur. Atque ita contra Barth. & alios, dictum textum intelligunt Alex. Bald. Imola, Angel & Paul. Castr. quos citat Mantica *lib. 5. de Conjectur. vltim. voluntat. tit. 4. numer.* 8. & etiam Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 1. num.* 27. vbi refert Polit. *& cap.* 13. *sub num.* 13.

259 Aliunde autem satis probabilis est re-
solutio Bartholi, quam etiam probat Mã-
tica *vbi supra, num. 7. & lib. 4. tit.* 11. *aliàs,* 12. *num.* 23. quòd scilicet eueniente
dicto casu non expresso præfatæ substitu-
tionis Vulgaris, mater pupilli, quæ cohæ-
res illius esset, substitutum excludit à suc-
cessione testatoris mariti sui; nam licèt re-
gulare sit, quòd substitutus præfertur cõ-
juncto, seu cohæredi, *l. 2. §. Si duo, ff. de
Bonor. posses. secund. tab. l. vnica, §. In
primo, & §. Pro secundo, Cod. de Caduc.
tol.* id tamen fallit quando excluderetur
persona magis dilecta, Glos. Barth. & alij
in l. Si mater, §. 1. ff. de Vulgari: in præ-
senti autem mater pupilli censetur magis
dilecta, quàm substitutus; tum quia est
vxor testatoris, tum quia fuit ab illo potè
instituta in parte hæreditatis; substitutus
verò in alia parte sub conditione. Con-
traria tamen opinio est communis pro
qua plures id affirmantes refert Fu-
sar *de Substit. q.* 60. *n.* 5. quæ verò nobis
magis probetur infra suo loco aperietur.

260 Dubitabis quintò, quando facta est
substitutio hæredi instituto sub conditio-
ne, in defectum conditionis, an talis
substitutio extendatur ad casum quo
conditio non impletur ante mortem
instituti, impletur autem postea? Exempli causâ: Titius fuit institutus, si certa nauis ex India venerit et si non venerit, substituit Caium; Titius autem pendente illa conditione mor-
tuus est, & sic non potuit esse hæres; postea verò nauis venit ex India, & con-
ditio impleta est: quæritur vtrum Cai-
us admittendus sit, nihil obstante, quòd substitutio de illo fuerit facta, si nauis non venisset? Respondendum vi-
detur affirmatiuè; quia mens testatoris fuisse videtur, vt si nauis non venisset viuente instituto, admitteretur substi-
tutus; cùm eo ipso quòd conditiona-
liter institutus ante impletam conditio-
nem moritur, conditio censeatur defe-
cisse, & institutio euanescat, locusque fiat substituto. Nihilominus contrari-
um tenent Bald. Paul. Castr. Angel. & Imola, *in l. Qui ex duabus, ff. de Acquir. hæred.* Angel. & Socin.

in l.1. ff. de Vulgari, Oldr. *in prælud. de Compendiosa, p. 2. q. 3. vers. Limitatur sextò*, Trentacinq. affirmans esse communem, & receptam scribentium sententiam *d p. 1. de Substit. cap. 1. num. 36.* & Fusar. *de Substit. q. 31. num 93.* Probant per text. *in d l. Qui ex duabus*, eum valde subtiliter, & per multas ambages inducendo, vt videre poteris apud Trentacinq. nam in cortice illius textus solùm habetur, quòd quando hæres fuit pro parte purè institutus, & pro parte sub conditione, si moriatur pendente conditione, & hæc post ejus mortem impleatur; pars illa conditionalis ad ejus hæredem deuoluitur.

261 Dubitabis sextò, quando quis est institutus hæres ex diuersis partibus, & in aliqua illi est datus substitutus, an talis substitutus habeat locum, instituto adeunte hæreditatem ex sola parte, in qua non est facta substitutio? Respondetur negatiuè per text. expressum *in l. Si Jolus, ff. de Acquir. hæred.* & ita docet Mantica *lib. 4. de Conjectur. vltim. vol. tit. 11. aliàs, 12. num. 22.* & Trentacinq. *de Substit p. 1. cap. 1. numer. 37.* qui rationem reddit; quia ille institutus adeundo partem, necessariò fit hæres in totum, ne testator maneat pro parte testatus, & pro parte intestatus; quòd jus non patitur, *l. Jus nostrum, ff. de Regul. jur.* & si dicas, id non sequi in præsenti casu; cùm pars non adita peruentura sit ex testamento ad substitutum: vrgetur vlteriùs argumẽtum; quòd vt pars posset peruenire ad substitutum, opus esset quod institutus hæreditatem diuideret: ille autem id efficere non potest: quia neque potest antequam adeat, cùm nondum sit dominus; neque postea, quia per aditionem effectus est dominus in totum. Quod si instes, illum fuisse institutum in portionibus à testatore distinctis; & sic quòd diuisio est facta per testatorem. Respondetur, tunc censeri testatorem diuisisse, quando in diuersis partibus instituit diuersos; in quo casu vnus potest adire sine altero, *l. Seruus quoque, post princip. ff. de Hæred. instit.* non sic autem, quando vnum tantùm instituit; quia tunc assignatio partium diuersarum non fit causâ diuidendi hæreditatem, sed alio fine, sicut distinctio partium in fundo fit gratiâ commoditatis culturæ, remanente vnitate fundi, *l. Caius, ff. de Leg. 2.*

Dubitabis septimò, si substitutio sit 262
facta posthumis nascituris, an extendatur ad casum, quo vnus tantùm posthumus testatori nascatur? Negant Oldrad. *consil. 142.* Joan. Andr. *in addit. ad Specul. tit. de Testam. §. In primis, addit. vltim. vers. Quarta quæstio*, Roman. *in l. quãdiu, a 2. col. vltim ff. de Acquir. hæred.* Corneus *consil. 199. num. 2. lib. 2.* Dec. *consil. 287. num. 13. & 14.* Bursat *cons. 19. num. 17.* Crot. *in l. Gallus, §. Et quid si tantùm, num. 90. & 91. ff. de Liber. & posth.* & alij, quos adducit Fusar. *de Substitut. q. 64. num. 68.* At contrarium tenent meritò Aretin. *in l. Placet, ff. de Acquir. hæred.* Ruin. *in d. §. Et quid si tantùm, num 4* Jas. *consil. 108. lib. 4* Alciat. *lib. 3. de Verb. signif. num. 27.* Decian. *consil. 1. num. 265. vers. Et similiter respondetur, lib. 1.* Hieron Gabr. *consil. 117. numer. 41. & seq. lib. 1.* & alij, quos referunt, & sequuntur Menoch. *de Præsumpt. lib. 4 præsumpt. 65. num. 20.* vbi testatur hanc esse communem sententiam, & Fusar. *d q. 64. num. 69.* Probatur, quia institutio posthumorum siue sit facta in numero plurali, vt, *Instituo posthumos*, siue in singulari, vt, *Instituo posthumum, qui mihi nascetur*, intelligitur, & sustinetur siue vnus, siue plures nascantur, *l. Placet, 4. fine, ff. de Liber. & posthum.* quod Glossa ibi dicit mirabile propter fauorem institutionis, & testamenti conseruandi, & propter odium præteritionis, vt vitetur. Ergo etiam substitutio posthumis facta, pari modo intelligenda erit; & sic quamuis sit illis facta in plurali numero sustinebitur, licèt vnus tantùm nascatur, vt etiam econtra facta in singulari habebit locum quamuis plures nascantur. Nam pro regula traditur, quòd substitutio declaratur per institutionem, & ab ea recipit interpretationem, continetque ea, quæ continentur in institutio-

nc,

ne, *l.1. & ibi DD. Cod. ae Impuber & alijs substit.* Alex. *consil.* 204 *num.* 6 *lib.* 6. Jas. *consil.* 144. *num.* 12. *lib.* 4 Socin. sen. *consil.* 114 *in princip. lib.* 3. Ruin. *consil.* 141. *numer.* 8. *lib.* 2.

Limitatur autem hæc resolutio, vt nõ procedat, quando ageretur de excludenda matre posthumi nati, aliâue personâ magis dilectâ, quàm substitutus; nam tũc numerus pluralis posthumorum, non verificabitur in singulari ad illam excludendam, ne fiat extensio contra personam magis dilectam. Sic cum Bursat. *d. consil.* 19. & alijs Fusar. *supra, num.* 71. Aliæ dubitationes, seu casus qui ex testantium arbitrio varij & diformes esse possunt, facilè ex prædictis resolui poterunt: & ideo pluribus circa hanc materiam supersedeo, quæ apud citatos DD. videri possunt, maximè verò apud Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 1. & Fusar. *de Substit. q.* 31. *&* 64.

§. 15. *De primo, & principali effectu Vulgaris substitutionis, qui est, deuoluere successionem, seu hæreditatem ad substitutum. Et in primis, vtrùm per illam succedatur soli testatori?*

SUMMARIUM.

QVot effectus Vulgaris substitutionis numerentur? num. 264.

Ex Vulgari substitutione non continente Pupillarem soli testatori succeditur. Et idem est, quando Vulgaris Pupillarem continet, licè taliqui refragentur; num. 265. *& seq.*

Repudiante, vel abstinente filiofamil. cui pater expressè substituit vulgariter, succedit substitutus per eam Vulgarem soli testatori, idque eo tempore, quo filius repudiat; per Pupillarem autem in illa Vulgari comprehensa succedit ipsi filio, cùm in Pupillari ætate decedit; num. 266.

De necessitate Pupillaris substitutionis non est, quòd pupillus sit re ipsa hæres patris; ibid.

Etiam per Vulgarem tacitam comprehensam in Pupillari expressa soli testatori succeditur, idq; quando pupillus repudiat; & si ipse pupillus postea decedat in pupillari ætate, succeditur etiam in ejus bonis per expressam Pupillarem; num. 267.

Si pater, & pupillus, cui ipse pater pupillariter substitueret, simul intereant, vt ex eodem fulmine, vel in eodem naufragio, an substitutus admittatur ex Pupillari ad bona pupilli, & ex Vulgari ad bona patris? num. 268. *& seq.*

In dubio, an pater, vel ejus filius impubes priùs obierit, filius præsumitur præmortuus; num. 269.

Vulgaris tacita comprehensa in Pupillari expressa habet locum, & substitutus ex ea admittitur, quamuis mater pupilli superstes sit; num. 270. *An id procedat licèt mater pupilli sit ejus cohæres, ideſt, simul cum illo instituta? num.* 271.

Substitutus non admittitur ex dicta Vulgari tacita, si mater testatoris superstes sit; num. 272. *Id verò intelligitur primò, nisi substitutus esset descendens testatoris; num.* 273. *Secundò, nisi agatur de Vulgari comprehensa in Pupillari, in qua solùm exprimatur conditio,* Si in pupillari ætate decesserit; *numer.* 274.

QUinque principales effectus substitutionis Vulgaris distinxit Barthol. *in l.* 1. *num.* 18. *ff. de Vulgari,* quem cæteri scribentes ibidem sequuntur: ac primum dixit esse, quòd in homine sui juris intelligitur, *Si hæres non erit, vel mutata conditione alium hæredem non fecerit*; econtra verò in homine alieni juris. Quòd certè non est effectus, sed tantùm conditio, quæ tacitè huic substitutioni inest, per quam ejus natura, & propria differentia explicatur. Quamobrem tacito semper nomine effectus illam exposuimus §. 4. hactenusque per plures quæstiones magis explicuimus. Effectus ergo hujus substitutionis ad quatuor tan- 264

tùm capitales reducimus, quos etiam Bartholus, cæterique agnoscunt, & sunt ij, quos in fine principij hujus sectionis assignauimus: quorum primus est, *deuoluere successionem ad substitutum, & facere illum hæredem in secundo, vel alio vlteriori gradu.*

265 Circa hunc igitur effectum, qui certè primarius & substantialis est, illud ante omnia inquirimus, vtrùm per Vulgarem substitutionem succedatur soli testatori, vel etiam ei, cui substitutio facta est. In hac quæstione, si loquamur de Vulgari expressa non continente Pupillarem, vt quando est facta puberi, vel non existenti in potestate testatoris, nulla prorsus est difficultas; planum est enim quòd ex tali substitutione soli testatori succeditur; cũ per eam non nisi ad testatoris hæreditatem substitutus vocetur. Et ita omnes tanquam indubitatum supponunt. Si autem loquamur de Vulgari Pupillarem cõtinente, qualis est, quam pater facit filio impuberi, si hæres non sit; nonnihil apparet difficultatis, propter continentiam Pupillaris, ex qua in bonis pupilli succeditur, vnde aliqui existimarunt, quòd per talem Vulgarem, non solùm succeditur testatori, sed etiam pupillo, cui illa facta est: id quod probare videtur text. *in l. 2. §. vltim. vers. Sed, etsi ita, ff. de Vulgari,* illis verbis; *Si filius hæres non extiterit, proculdubio Seius ei hæres erit*: vbi illud demonstratiuum, *ei*, clarè videtur referri ad filium, cui impuberi pater substituerat Seium per Vulgarem expressam, vt ex textu constat.

266 Nihilominus communis, & verissima sententia est, quòd etiam ex ista Vulgari expressa Pupillarem continente solùm succeditur testatori, & in bonis illius, vt planè constat *ex Inst. de Pupillari, in princip.* ibi: *Si quidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres:* vbi Glossa addit; *Et solius patris habet bona*; quod intelligitur ex dicta Vulgari: nam per Pupillarem tacitam in illa contentam, etiam filio succedet, si ille ante pubertatem decedat. Unde declarando magis prædictam sententiam, statuunt DD. quod repudiante, vel abstinente filio, succedit substitutus per dictam Vulgarem soli testatori, idque eo tempore quo filius repudiat; per Pupillarem autem tacitam in illa comprehensam succedit ipsi filio, cùm in Pupillari ætate decedit; non enim repugnat quod vtraque substitutio copulatiuè habeat effectum, euenientе casu vtriusque: nam id planè admittitur *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari:* neque de necessitate Pupillaris est, quòd pupillus fit re ipsa hæres patris, *l. Iulianus, aliàs, Si pupillus, ff. de Acquir. hæred. l. Apud Iulianum,* 11. *§. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* Sic docent Barth. *in l.* 1. *num* 39. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 37. Aretin. *col.* 17. Jas. *num.* 62. Socin. sen. *num.* 38. & Ripa *num.* 173. Angel. *in l.* 2. *§. Sed & siquis, ff. eod.* vbi etiam Paul. Castr. Imola *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, de Testam.* Bald. de Hubal. *tract. de Substit. in rubr. de Vulgari, num.* 28. Barth. de Hucio *tract. etiam de Substit. cap.* 1. *num.* 19. Zasius *de Substit. cap.* 1. *num.* 27. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 5. *numer.* 2. Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 13. *numer.* 1. & cæteri communiter. Neque obstat text. *in d. vers. Sed ita*, nam illud, *ei*, intelligi debet relatum ad testatorem, de quo paulò ante fuerat sermo: vel si referatur ad filium, vt aliqui volunt, intelligi debet ex Pupillari tacita. Sic declarant Barthol. & ferè omnes citati Doctores.

267 De tacita etiam Vulgari, quæ in expressa Pupillari continetur aliquale dubium est; nec desunt qui etiam ad successionem & bona pupilli eam trahunt, per text. *in l. Qui fundum, §. Cohæres, ff. Ad leg. Falcid.* Vera tamen, & communis sententia stat in contrarium, idemque in hac substitutione tenet, quòd proximè in expressa Vulgari Pupillarem continente dictum est, scilicet, per talem Vulgarem tacitam soli testatori succedi, pupillo repudiante; idque tunc, quando ille repudiat: & si ille post repudiationem in pupillari ætate decedat, tunc ei per expressam Pupillarem succedit, & ita vt vtraque substitutio copulatiuè locum habeat: nam

hìc

hic etiam militant, quæ ad hoc ipsum statuendum in expressa Vulgari Pupillarem continente *num. præcedenti* adducta sunt; neque vsquam reperitur, quòd ex Vulgari pupillo succedatur, sed soli testatori. Et ita hanc sententiam tenent, & declarant Barthol. *in d.l.* 1. *num.* 40. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Socin. Ripa, & alij Angel. & Paul. Castr. in *l.* 2. §. *fin. ff. eodem* Imola *in d. c. Raynutius, in materia de Vulgari, de Testam.* Bald. *in l. Eam quã, num.* 53. *cap de Fideicom.* Bald. de Hubal. *tract. de Substit. in Rubr. de Vulgari, numer.* 29. Barth. de Hucio *tract. etiam de Substit. cap.* 1. *num.* 20. Zasius *etiam de Substit. cap.* 1. *num.* 27. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 5. *num.* 1. & 2. Trentacinq. *d. cap.* 13. *num.* 2. cæterique communiter. Neque obstat text. *in d.* §. *Cohæres*, nam hic text. habet varias lecturas, & communiter exponitur, quòd procedit in Pupillari expressa non verò in tacita Vulgari.

268 Hinc notant multi, si contigerit, quòd pater, & pupillus simul intereant, vt ex eodem fulmine, vel in eodem naufragio, admittendum esse substitutum ex Pupillari ad bona pupilli; & ex Vulgari ad bona patris: cùm in tali euentu vtriusque substitutionis casus detur: cùm enim filius non fuerit superstes patri, non fuit illius cohæres, & sic datus est casus substitutionis Vulgaris: & cùm decesserit ante pubertatem datus est casus Pupillaris: constat autem ex supra dictis, quòd substitutus datus per patrem filio impuberi, siue per expressam Vulgarem, siue per expressam Pupillarem, in casum vtriusque copulatiuè admittitur, juxta *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Sic Barth. *in d. l.* 1. *num.* 40. Zasius *d. num.* 27. Mantica *d. tit.* 5. *num.* 2. & alij.

269 Hoc tamen difficultatem habet non leuem: nam quanuis pater, & filius eodem fulmine, eodem naufragio, vel eâdem ædificij ruinâ perempti sint, cogitari certè non potest, quòd eodem temporis momento, seu instanti, animam exhalauerint, sed solùm quòd inter vnius, & alterius mortem valde breue spatium interjectũ fuerit, incertumque erit, vter prior extinctus sit? In tali autem incertitudine præsumendum est, filium prædecessisse: nam in dubio filius impubes præsumitur præmortuus, *l. Qui duos, § fin ff. de Reb. dub.* & sic non potest illi succedi ex Pupillari: cùm hæc euanescat filio ante patrem decedente, *l. Quòd si filius*, 11. *ff. de Captiuis, & postlim. reu.* Atque ita sentiunt Socin. *in d. l. Qui duos, §. Cùm in bello*, & moderni Papienses, quos citat, & sequitur Trentacinq. *d. cap.* 13. *numer.* 3. quæ sententia mihi etiam placet.

Notant etiam plerique, & meritò, dic- 270
tam Vulgarem tacitam comprehensam sub Pupillari expressa locum habere, & substitutum ex ea admitti, quanuis mater pupilli superstes sit. Ita Barth. *in d. l.* 1. *num.* 41. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 38. Ripa *num.* 175. Socin. sen. *num.* 41. & alij Glos. *in l. vltim. Cod. de Instit. & substit.* & ibi Angel. Bald. Jas. & Dec. Imola *in cap. Raynutius.* & ibid. Guil. Bened. *in materia de Vulgari, num.* 18. *de Testam.* Barthol. de Hucio *tract. de Substit. cap.* 1. *num.* 21. Zasius *tract. etiam de Substit. cap.* 1. *num.* 27. Mantica *lib.* 5. *vltim. volunt. tit.* 4. *num.* 6. & 7. Molina *disp.* 184. *vers.* ¦ *Obseruandum tamen* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 37. *num.* 2. Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *c.* 13. *num.* 4. & cum pluribus Fusar. *de Substit. q.* 60. *num.* 2 ¦Ratio est, quia vt ex dictis constat, eueniente casu Uulgaris, etiam tacitæ, non succeditur pupillo, sed testatori ejus patri: successio autem, & bona talis testatoris non pertinent ad matrem pupilli, quæ ipsa est vxor testatoris: nam vxor non succedit in bonis mariti, nisi eo decedente ab intestato, & deficientibus ejus agnatis, & cognatis, *l. vnica, Cod. Vnde vir,* ¦ *& vxor.* Igitur non potest in dicto casu excludere substitutum, ne testatori ex tacita Vulgari succedat.

Id verò limitat Mantica *d. num.* 7. nisi 271
mater pupilli esset ejus cohæres; quòd tunc, licèt tractetur de successione viri, substitutum excludat ex præsumpta voluntate ipsius viri testatoris: ad quod dicit

cit esse casum singularem *in l.vlt. Cod. de Instit.& substit.* Sed reuerà in illa lege non agitur de successione pupilli, vt ostẽdimus §. *præcedenti,num.* 258. & probat latissimè Trentacinq. *d. cap.* 13. *præsertim, num.* 13. Dicta verò limitatio est probabilis, vt constat ex dictis §. *superiore, num.*259. quamuis oppositum sit receptius, vt ibidem attigimus.

272 Aliter dicendum est, si mater testatoris sit superstes; hæc enim substitutum excludit, vt etiam tradunt Barth. Alex. Ripa, & Socin. *in d. l.* 1. *ff. de Vulgari*, Angel Bald. Jas. & Dec. *in d. l.vltim. Cod.de Instit. & substit.* Imola *in d. cap. Raynutius, in materia de Vulgari*, Couar. *ibid.* §.4. *in fine*, Barth. de Hucio, & Zasius *loco sup. citat.* Mantic. *d.tit.* 4. *numer.* 5. Molina, *vbi supra*, Menoch. *de Præsumpt.lib.*4 *præsumpt.*43.*num.*11. Trentacinq. *d.cap.* 13. *num.* 5. Fusar. & plures alij, quos refert, *tract.de Substit.q.*61.*numer.*1. Probatur quia per Pupillarem tacitam in Vulgari expressa contentam, nõ admittitur substitutus contra matrem pupilli, vt est receptissima DD. sententia, quam latissimè relatis pluribus tradunt Trentacinq. *d.p.*1 *cap.*12. & Fusar. *de Substit. q.* 157. & nos infra suo loco trademus. Ergo etiam per tacitam Vulgarem in expressa Pupillari contentam, non admittitur substitutus contra matrẽ testatoris: eadem namque vtrobique est ratio, cùm in vtroque casu agatur de non excludenda matre à bonis filij sui: quæ quidem ratio fortiùs militat in præsenti, nam si testator substituendo per Vulgarem expressam filio suo impuberi non præsumitur voluisse etiam illi substituere pupillariter contra matrem ipsius impuberis, nec illam ab ejus successione excluderet: à fortiori substituendo per Pupillarem expressam, non debet præsumi, quòd voluit etiam substituere per tacitam Vulgarem contra matrem suam, cũ multò minùs debeat intelligi, voluisse propriam matrem priuare successione filij, idest, ipsius testatoris.

273 Intellige autem hanc resolutionem primò, nisi substitutus esset descendens testatoris: tunc enim dicta Vulgaris tacita matrem ipsius testatoris excluderet, ex præsumpta testatoris voluntate, argum. *l.Cùm acutissimi, Cod. de Fideicom. & l.Cùm auus, ff. de Condit. & demonstr.* & ita docent Alex. *in d.l.*1.*numer.* 38. & Ripa *num.*175. *ff. de Vulgari*, Couar. *in d.cap. Raynutius*, §. 4. *fine*, Mantica *d. tit.* 4. *num.* 5. Trentacinq. *de Substitut. p.*1.*cap.*13. *num.* 7. & alij, quos refert, & sequitur Fusar. *de Substit.q* 61. *num.*4.

Intellige secundò, vt solùm procedat 274
quando agitur de successione per Vulgarem contentam in Pupillari expressa, quæ facta sit sub hac duplici conditione, *Si filius hæres erit, & in pupillari ætate decesserit*, nam si solùm dictum esset; *Si in pupillari ætate decesserit, substituo*, &c. Vulgaris, quæ ibi continetur est expressa verbis generalibus, vt ex receptiori sententia tradidimus *in principio hujus sect. num.*35. & relatis pluribus tenent Mantica *lib.*5.*vltim.volunt. tit.*13 *num.*14 & Trentacinq. *d.cap.*13.*num.*6. & sic per illam excluditur mater testatoris, sicut per expressam Pupillarem mater pupilli, *l. Precibus, Cod de Impuber.& alijs substit.* Atque ita docent Mantica, & Trentacinq. *proximè* citat. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4 *præsumpt.* 43. *numer.* 11. & alij, quos citat & sequitur Fusar. *de Substitution q.*61.*num.*3.

§. 16. *An substitutio Vulgaris trahatur ad prælegata instituto relicta?*

SUMMARIUM.

Explicatur præsens quæstio, & negatiuè resoluitur; num. 275.

Limitatur primò prædicta resolutio, vt non procedat quando testator verbis amplis, & generalibus substituit, vt si dixit, Substituo ei in omnibus, & per omnia; *num.*276.

Limitatur secundò, quando tam hæreditas, quàm prælegatum fuit instituto relictum sub conditione, & factus est locus substituto, quia institutus conditio-

tioni non paruit; num.277.

Limitatur tertiò, quando dies prælegati non cessisset, vt quia institutus, cui prælegatum est relictum, decessit viuo testatore; num.278. Hoc tamen intelligendum cum distinctione, de qua ibidem.

Limitatur quartò, quando prælegatum esset adeò magnum, vt absorberet totũ patrimonium, aut longè maiorem partem bonorum testatoris; num.279.

Limitatur quintò, vt non procedat quoad partem prælegati, quæ respondet portioni hæreditariæ, in qua prælegatarius institutus est, si locus substitutioni factus est, eoquòd ille non aditâ, nec repudiata hæreditate post testatorem decessit: tunc enim pars illa ad substitutum spectat; num.280.

Pars prælegati respondens portioni hæreditariæ, in qua prælegatarius institutus est, censetur ei relicta sub conditione, Si repudiauerit hæreditatẽ, *& cur? ibid. & num.281. Excluditur quædam obiectio, & tota resolutio magis declaratur; num.282. & seq.*

275 QUanuis hæc quæstio ad alias etiam substitutiones pertineat, tamen in vnaquaque peculiarem habet inspectionem, vt suis locis videbimus. Quoad Vulgarem igitur hìc à nobis excutienda est: spectat enim ad primum illius effectum, quem §. *præcedenti* explicare cæpimus. Eam verò claritatis causâ sic propono. Instituit quis hæredem Titium, & Caium, eisque res quasdam prælegauit; tunc addidit: *Si ambo, vel eorum alter, mihi hæres non erit, substituo Sempronium*: contigit Titium hæredem non esse: quæro, vtrùm Sempronius substitutus non solùm admittatur ad portionem hæreditariam, quam Titius consecuturus erat, si adiret, sed etiam ad prælegatum? Respondetur negatiuè ex communi sententia, quam tenent Barthol. *in l.1. num.44. ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *num.46.* & Ripa *num.178.* idem Barth. *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, num.2. ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. *num.1.* Alex. *numer.4.* Socin. sen. *num.4.* Ruin. *num.16.* Roman. *num.3.* & Imola, *num.11.* Bald. *in l. Cùm virum, col.2. Cod. de Fideicom.* & ibi Coras. *num.65.* & Padil. *num.24.* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, vers. Si absque liberis, vbi de Vulgari, num.114. de Testam.* Bald. de Hubal. *tract de Substit. rubr. de Vulgari, num.31.* & alij quos citant, & sequuntur Menoch. *de præsumpt. l.4 præsumpt.195. n.2.* Peregrin. *de Fideicom. art.7. n.5.* Trentac. *de Substit. p.1. cap.13. num.14.* & Fusar. *de Subst. q. 69. num.1.* per text. manifestum *in l Miles, §. Pro parte, ff. de Leg 2. & in l. Sextiliam, aliàs Sextiam. ff. de Leg. 3.* vbi etiam Barth. & cæteri communiter. Et ratio est quia substitutio Vulgaris fieri solet respectu hæreditatis, vel portionis hæreditariæ, cùm per talem substitutionem succedatur directò testatori substituenti: quando autem substitutio fit in hæreditate non veniunt prælegata: hæc enim nomine hæreditatis non continentur, *l. Si Titius ex parte. ff. de Leg. 3. & l. Titiæ, ff. Ad leg. Falcid.*

Limitatur autem primò tradita resolu- 276
tio, vt non procedat quando testator verbis amplis, & generalibus substituit; vt si dixit; *Si Caius hæres non erit, substituo ei in omnibus, & per omnia Sempronium*: tunc enim eueniente casu substitutionis, consequitur Sempronius etiam prælegatum Caio relictum. Sic Fulgos. *in d. l. Eum virum, numer.4. Cod. de Fideicommiss.* & ibi Corn. *col. fin.* & Anton. de Padil. *num.25.* Menoch. *d. Præsumpt. 195. num.5.* Peregrin. *d art.7 num.7. vers. Tertiò limitatur*, & Fusar. *d. q. 69. num.7.* vbi etiam refert Intrigl. *de Substitut. cent.1, q.45. num.6.*

Limitatur secundò, quando tam hære- 277
ditas, quàm prælegatum fuit instituto relictum sub conditione, & factus est locus substituto, quia institutus conditioni non paruit: tunc enim etiam prælegatum substituto debebitur, vt tradit Fusar. *d. q. 69. num.10.* citans Peregrin. *d. num.7.* qui tamen id apertè non dicit, sed solùm, quòd institutus in tali casu prælegatum non assequitur, juxta *l. fin. §. fin. ff. de Doli*

li except. Procedet autem sine dubio hæc limitatio, si testator expressè substituit in casum, quo institutus conditioni non pareret.

278 Limitatur tertiò, quando dies prælegati non cessisset, vt quia institutus, cui prælegatum est relictum, decessit viuo testatore; nam tunc etiam prælegatum substituto debebitur, vt sentiunt Claudius Sezsellius *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis, num. 4. vers. Sed aduerte, ff. Ad Trebel.* Coras. *in d. l. Cùm virum, num. 67. Cod. de Fideicommiss.* Padil. *ibidem, num.* 26. & Menoch. *d. præsumpt.* 195. *num.* 6. qui mouentur per text. *in l. vnica, §. In primo, & §. In secundo, Cod. Caduc. tol.* vbi habetur, quòd legata, quæ fiunt caduca, aut quasi caduca per mortẽ legatarij ante testatorem, remanent in hæreditate ad commodum succedentiũ in ipsa hæreditate, nisi adsit substitutus, vel conjunctus ei, cui relicta sunt. Vnde cùm in nostro casu adsit substitutus, is debet capere legatum, seu prælegatum, de quo loquimur. Hanc tamen rationem nó immeritò improbat Peregrin. *d. art. 7. numer.* 8. quia *in d. §. In primo, & d. §. In secundo,* non dicitur quòd hujusmodi legata spectant ad substitutum in hæreditate, sed ad substitutum, vel conjunctum in ipsis legatis. Vnde magis placet distinctio, quam post Guiliel. Cunei *in l. Precibus, Cod. de Impub. & aliis substit.* Alex. *in d. §. Quidam liberis, num.* 4. & Ruin. *ibid. num.* 16. approbant idem Peregrin. *d. num.* 8. & Trentacinq. *de Subst. d. cap.* 13. *fine,* vt scilicet dicta limitatio procedat, quando substitutio facta est simpliciter, vt si testator dixit absolutè; *Substituo illi Sempronium:* vel (ut exemplificat Trentacinq.) *Substituo Sempronium in ejus portione:* secus autem si substitutio est facta nominatim in hæreditate; vt si dictum est, *Substituo illi in hæreditate,* vel *in portione hæreditaria*: tunc enim non pertinebit prælegatum ad substitutum.

279 Limitatur quartò, quando prælegatũ esset adeò magnum, vt absorberet totum ferè patrimonium, aut longè maiorem partem bonorum testatoris: tunc enim substitutus illud consequeretur, quia tale prælegatum succedit loco portionis hæreditariæ, vt est casus *in l. Quid ergo, ff. de Leg.* 1. & ita sentiunt Socin. sen. *in d. §. Quidam liberis, num.* 5. *limit.* 4. Coras. *in d. l. Cùm virum, num.* 71. *Cod. de Fideicom.* Cuman. *in l. Eum qui, §. Pro parte, ff. de His, quæ vt indigniss.* Menoch. *d. præsumpt.* 195. *num.* 7. Peregrin. *d. art.* 7. *num.* 7. & 8. *fine,* Trentacinq. *d. cap.* 13. *sub num.* 14. *vers. Hæc conclusio,* & cum alijs Fusar. *d. q.* 69. *num.* 8. dicit autem Coras. *loco cit.* hanc limitationem intelligendam esse, quando per repudiationem instituti fit locus substituto; quia *in d. l. Quid ergo,* solùm dicitur, quòd institutus, cui tam magnum prælegatum relictum est, non potest illud consequi repudiata hæreditate. Vnde quando non ex capite repudiationis, sed ob impotentiam adeundi factus est locus substituto, vt quia mortuus est institutus antequam sciret sibi esse delatam hæreditatem, ait idem Author, dici posse, solùm pro portione hæreditaria prælegatum deberi substituto: pro alijs autem partibus ad hæredes instituti transmitti, juxta text. *in d. l. Miles, §. Pro parte, ff. de Leg.* 2. ibi: *Præceptionum autem portiones, quæ pro parte cohæredum constiterunt, ad hæredes ejus transmitti,* id quòd ex statim dicendis facilè intelligetur.

28[illegible] Limitatur quintò, vt non procedat quoad partem prælegati, quæ respondet portioni hæreditariæ, in qua prælegatarius institutus est, si locus substitutioni factus sit, eoquòd ille non aditâ, nec repudiata hæreditate, post testatorem decessit; tunc enim pars illa ad substitutum spectat. Ita sumitur *ex d. §. Pro parte,* juxta intellectum Glossæ, *vers. Constiterunt,* & Barth. *ibid.* & tenent Peregrin. *d. art. 7. sub num. 5. vers. Ex qua ratione.* & Trentacinq. *d. cap.* 13. *numer.* 14. *vers. Secundò declaratur.* Vt autem dilucidè probetur, sciendum est, quòd quando sunt plures hæredes instituti, & aliquid eis, vel vni eorum prælegatum est, tale prælegatum in tota hæreditate con-

continetur, estque onus totius hæreditatis, quo cohæredes pro portione hæreditaria grauantur. Vnde si ego sim hæres prælegatarius, quilibet meorum cohæredum pro sua hæreditaria portione mihi debet soluere partem prælegati, excepta ea parte, quę respondet portioni hæreditariæ, in qua ego sum institutus: hæc enim pars non grauat portiones aliorum, sed meam tantummodo. Cæterùm cùm hæredi à se ipso legari non possit, *l. Legatum, §. Hæredi, ff. de Leg.* 1. neque sibi ipsi quis debere possit, *l. Vranius, ff. de Fidejussor.* fieri nequit vt talis pars mihi sit prælegata simpliciter, & absolutè; quia alioqui jam mihi ipsi eam deberem: igitur ne inutiliter videatur mihi relicta titulo prælegati, intelligitur esse relicta sub conditione, si hæreditatem repudiauero. Tunc enim portio hæreditaria, in qua fui institutus, accrescit alijs cum onere prælegati quoad illam partem; quam proinde mihi debet soluere substitutus vulgaris, qui in dicta portione hæreditaria me repudiante succedit: reliquas verò partes ejusdem prælegati soluent alij cohæredes, vnusquisque pro sua portione hæreditaria, vt dictum est. Et sic in casu, quo prælegatarius repudiat hæreditatem, totum prælegatum capit. Ita DD. citati, sicque procedit text. *in l. Filio, & in l. Qui filiabus, §. fin. cum l. seq. ff de Leg.* 1.

281 At si prælegatarius non extitit hæres, non quia repudiauit, sed quia decessit post testatorem non adita hæreditate, tunc pars prælegati contenta in portione hæreditaria, in qua ille fuit institutus, ei non debetur, ob defectum conditionis; siquidem ei fuit relicta sub conditione, *Si hæreditatem repudiaret*, vt declaratum est, ille vero non repudiauit. Et hoc est fundamentum prædictę limitationis, nã cùm prælegatario relicta fuerit illa pars prælegati, sub conditione, quæ impleta non est, transit portio hæreditaria in casu proposito ad substitutum sine onere soluendi illam partem: quod aliter se habet in alijs partibus ejusdem prælegati, quæ continentur in portionibus cohæredum; nam illæ fuerunt relictæ prælegatario simpliciter & absolutè, ad instar proprij legati simpliciter relicti, quod statim à morte testatoris cedit: & ideo ab initio fuerunt debitæ prælegatario, independenter ab hoc quòd ipse postea existeret, vel non existeret hæres, repudiaret vel non repudiaret hæreditatem: vnde si ante aditam hæreditatem moriatur, eas nihilominus transmittit ad hæredes, sicut transmittuntur legata.

282 Dices optimè saluari, quòd etiam pars prælegati contenta in portione hæreditaria, in qua prælegatarius est institutus, transmittitur ad hæredes ipsius prælegatarij, quando ille non extitit hæres, eo quod decesserit ante aditam hæreditatem; quia possumus intelligere eam partem fuisse illi relictam sub conditione, *Si hæres non foret*, & non præcisè, si hæreditatem repudiaret. Respondet Glos. *in d. l. Miles, §. Ex parte, verb. Constiterunt*, licèt illa pars fuerit relicta prælegatario sub conditione, *Si hæres non foret*, hanc conditionem in proposito casu deficere, quia non extitit viuo prælegatario, siquidem mortuus est pendente ipsa conditione; cùm ponamus eum non fuisse hæredem, eo quod mortuus sit ante aditam hæreditatem: relicta verò sub conditione, quæ non impletur viuente honorato, non transmittuntur *l. vnica, §. Sin autem, Cod. de Caduc. tol.* quando autem prælegatarius repudiat hæreditatem, viuit, & sic existit conditio; & ideo tunc acquirit, & transmittit etiam illam partem.

283 Hæc tamen responsio non placet, nec admittitur à Barthol. *in dict. §. Pro parte, numer.* 3. quia etiam in casu, quo quis non est hæres ob solum defectum aditionis, conditio illa, *Si hæres non erit*, impletur eo adhuc viuo, & in vltimo vitæ articulo existente, cùm jam tunc voluntas deficiat, & hæreditas adiri non possit, *l. fin.* & ibi Glos. *ff. Quando dies leg. ced. l. Ab omnibus, §. Cum quidam, ff. de Legat.* 1. Vnde si prælegatario fuisset relicta illa pars prælegati sub con-

ditione, *Si hæres non foret*, proculdubio eam transmitteret, etiamsi ob solum defectum aditionis hæres non extitisset. Aliter ergo respondet Barth. *loco cit.* illam partem prælegati non censeri relictam prælegatario sub conditione, *Si hæres non erit*, sed, *Si hæreditatem repudiauerit*, quia id persuadet text. *in d. §. Pro parte*, qui quidem aliter intelligi non potest, vt expendenti constabit.

§. 17. Vtrum Vulgaris substitutio facta filio vim habeat respectu legitimæ illi debitæ, itaut ad illam etiam substitutus admittatur, si filius paternam hæreditatem non adeat?

SUMMARIUM.

EXplicatur sensus hujus quæstionis; num.284.

Si filius, cui pater vulgariter substituit, moriatur viuente ipso patre, succedit substitutus absque detractione legitimæ ad filium spectantis; numer.285.

Si filius repudiauit simpliciter hæreditatem paternam, etiam quoad legitimam succedit substitutus in totum, etiam in ipsam legitimam: & vtrùm possit filius acceptare solam legitimam, repudiata reliqua hæreditate? ibid. remissiuè, & num.290.

Prima sententia in quæstione proposita negat admitti substitutum ad legitimam filij, decedente ipso filio post patrem ante aditam ejus hæreditatem; numer. 286. Quo fundamento; numer.287.

Secunda sententia tenet oppositum, & quibus fundamentis? numer. 288. & seqq. Præfertur prima sententia; numer.292.

Omnes antiquæ leges, quæ permittebant induci aliquod grauamen in legitima filijs debitâ, sublatæ sunt per nouum jus Codicis; num.293.

Hæredi non licet diuidere hæreditatem, acceptando vnam partem, & ommittendo aliam. testator autem bene illam diuidere potest inter plures institutos; numer.294.

Institutus purè in parte hæreditatis, & in alia parte sub conditione, si habeat substitutum in parte conditionali, potest statim adire, & acquirere partem purè relictam, & pro alia expectatur euentus conditionis; ibid.

Remouentur quædam motiua, ex quibus videtur probari etiam hodie licere patri priuare filium jure Suitatis quoad legitimam ei debitam, & consequenter jure transmittendi illam ad hæredes ex potentia Suitatis; num.295.

Suitas non solùm fauore patris, sed etiam fauore filij inducta est; ibid.

SEnsus hujus quæstionis est, si pater instituto filio, quem habebat in potestate, illi vulgariter substituit, dicendo, *Si non fuerit hæres*, vel, *Si noluerit, aut non potuerit esse hæres, substituo illi Seium*: & talis filius patri superviuens mortuus est antequam hæreditatem adiret; an in tali casu debeat succedere substitutus in tota hæreditate, & bonis in quibus filius fuerat institutus, & ita vt etiam legitimam illi filio cum alijs bonis relictam consequatur, vel potiùs ea legitima ad filij hæredes transmissa sit. 284

Vnde non procedit quæstio, neque est difficultas, quando ille filius mortuus est viuente patre: certum est enim quòd tunc succedit substitutus absque detractione legitimæ ad filium spectantis, vt optimè aduertit Prætis *de Interpr.vlt.voluntlib.3.interpr.2.dub.1.solut.5.n.60.fine, pag. mihi* 76. Dum enim pater viuit non habet filius jus aliquod in bonis patris, quod ad hæredes transmittat: sed tantùm quandam præmaturam spem, quę per ejus mortem in vita patris euanescit, *l.1. §. Si impuberi, vers. Cæterùm, ff. de Collat. bon.* Neque etiam est quæstio, quando filius patri superuiuens, repudiauit simpliciter ejus hæreditatē etiā quoad legitimā. Tunc enim planum est substitutum succedere in totum. Si autem filius 285

velit

velit tantùm acceptare legitimam sibi debitam, repudiata reliqua hæreditate, peculiaris difficultaas est, an jure id facere possit, tum quando habet substitutum vulgarem, tum quando illum non habet? Qua de re latè Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 9. à num* 12. & nos etiam infra suo loco agemus. Hìc autem quæstionem propositam in sensu tantùm explicato accipimus, breuiterque expediemus.

286 Prima igitur sententia in præsenti quæstione est, dictam substitutionem nó habere vim respectu legitimæ, & consequenter substitutum ad eam non admitti, decedente filio post patrem ante aditam ejus hæreditatem. Ita Jacob Butrig. *in l. Si arrogator*, prout eum ibi refert Bald. *in 6. oppos. ff. de Adoption.* Alex. *in l. Si filius hæres, col. fin ff. de Liber. & posth.* Salic. *consil. 70. num. 21. tom. 1.* & plures alij, quos citat & sequitur Ant. Gom. 1. *Variar. cap. 3. sub num. 17. & cap. 9. num.* 40. Ita etiam tenere debent, qui sentiunt, per datione vulgaris substituti nó tolli Suitatem quoad legitimam filio debitam, ne impediatur illius transmissio, decedente filio post patrem ante hæreditatem aditam; quam sententiam tenent Guiliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortuo itaque, num. 202. de Testam.* Socin. *in l. 1. ff. de Vulgari, num.* 47. *vers. Quinto decimò*, vbi testatur, ita communiter sentire Recentiores, Menchaca *lib. 3. de Succes. creat. §. 21. n.* 199. & multi alij apud Ant. Gom. *d. cap. 9. num.* 40.

Fundamentum est, quia in substitutio-
287 ne Vulgari includitur conditio, *Si institutus voluerit esse hæres*; eo enim ipso quòd testator substituit alicui, si noluerit vel non potuerit esse hæres, intelligitur illum instituere sub contraria conditione, *Si voluerit esse hæres, l. Quibus diebus*, 40. §. *Quidam Titio, & l. Aliquando*, 106. *ff. de Condit. & demonstr.* talis autè conditio inducit onus: nam tollit Suitatem, *l. Iam dubitari*, 86. *ff. de Hæred.* & consequenter impedit transmissionem, vt probat text. *in l. Si ita legatum*, 68. §. *Illi, si volet, ff. de Leg. 1.* non posse verò transmittere est onus, *l. Pantonius, ff. de Acquir. hæred.* & hodie omne onus à legitima excluditur, *l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. testament.* Ergo ne tale onus inducatur, non potest Vulgaris substitutio vim habere respectu legitimæ, sed solùm quoad reliquam hæreditatem, si quid amplius vltra legitimam filio relictum sit. Confirmatur, & declaratur, quia vt vulgariter substitutus admittatur ad legitimam filij, qui decessit post patrem, non adita hæreditate, opus est vt filius non acquisierit ipsam legitimam antequam moreretur, nam si eam acquisiuit, transmisit illam ad suos hæredes, & euanuit prorsus substitutio: atqui filius cùm esset hæres Suus, statim post mortem patris legitimam acquisiuit ipso jure Suitatis, neque illam repudiauit, vt supponimus: ergo non potest ad eam admitti substitutus. Quòd si dicas per ipsam substitutionem effectum esse, ne filius legitimam acquireret, sicut ne acquireret reliquam hæreditatem, nisi eam adiret. Contra hoc ipsum stat *d. l. Quoniam in prioribus*, per quam à legitima tollitur omnis mora, & dilatio, vel conditio ejus acquisitionem impediens, vel retardans.

Secunda sententia tenet oppositum, 288
scilicet, dictam substitutionem etiam in legitima habere locum. Hanc sequuntur Bald. *in d. l. Si arrogator, col. 2. in 6 oppos.* Paul. Castr. *in d. l. Quoniam in prioribus, col. 2. sub num. 2. vers. Et adde*, Alex. *in l. Si posthumus, §. Quod vulgo, ff. de Liber. & posthum.* & ibi etiam Paul. Castr. & Jas. Aretin. *in l. Si filius hæres, num. 64. ff. eod.* & ibi Jas. *numer. 64.* Socin. sen. *in l. 1. numer. 56. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa, *num. 159.* Surd. *consil. 58. numer. 11. lib. 4.* Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 2. dub. 1. solut. 5. num. 60. pag. 76.* Menchaca *de Succes. creat. lib. 1. §. 10. num. 421.* Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 14 num. 19.* & plures alij, quos hi referunt. Quæ sententia est sine dubio magis communis, vt aduertit Fusar. qui plures etiam pro illa adducit *tract. de Substit. q. 56.*

289 Probatur primò per text. *in d.l. Si posthumus, §. Quod vulgo, ff. de Liber. & posthum.* vbi habetur, quod instituto filio in primo gradu potest illi dari validè substitutus, quin oporteat ipsum filium exhæredari à secundo gradu substitutorum, in quo est præteritus: vbi datur intelligi, quòd eueniente casu substitutionis perinde succedit talis substitutus in hæreditate, & bonis filio relictis, acsi ipse filius fuisset exhæredatus: sed si filius exhæredatus esset, substitutus succederet in totum, minimè detractâ legitimâ filij: ergo etiam secluſa exhæredatione filij substitutus in totum succedit, eueniente casu substitutionis, quo scilicet filius nolit, aut non possit hæreditatem adire. Ad quòd etiam facit text. *in l. 2. §. Sed & si ita scripserit, ff. de Vulgari, cum similibus*, vbi simpliciter habetur, quòd si filius à patre institutus non fuerit hæres, substitutus illi datus hæres erit; quod intelligendum est simpliciter & vniuersaliter, seu in totum.

290 Probatur secundò, quia filius non potest acceptare legitimam, & repudiare reliquam hæreditatem patris, à quo vniuersaliter institutus est, vt tenet communis sententia, quam relatis pluribus, tradunt Prætis, *vbi supra*, & Trentacinq *de Substit. p. 1. cap. 9. sub num. 24.* argum. *l. Si libertus sub conditione, §. Si libertinus, & l. Si libertus patrono, ff. de Bon. libert.* ergo etiam fieri non potest, vt substitutus illi datus succedat in reliqua hæreditate, remanente legitima penes ipsum filium, vel ejus hæredes.

291 Probatur tertiò, quia si quid obstaret, ne substitutio legitimam etiam comprehenderet, esset quia per hoc inducerētur onus in legitima, quatenus Suitas respectu illius tolleretur; & consequenter ejus transmissio, vt pro fundamento contrariæ sententiæ ponderatum est. At hoc nō obstat: primò quia, cùm leges permittant dari filio substitutum vulgarem: quòd per hoc tollatur Suitas, & per consequens transmissio legitimæ ex potentia Suitatis, non debet censeri onus, sed natura, & effectus actus à jure permissi, *l. Papinianus, §. Quarta ff. de Inoffic. testam.* Secundo, quia Suitas fuit inducta fauore patris, vt haberet hæredem: ergo quamuis eam, ejusque effectum tollat, dando substitutum filio, non dicetur filium grauare; nam qui vtitur jure suo neminem grauat, *l. Si judex, ff. de Minor.* Tertiò, quia licèt per dictam substitutionem tollatur Suitas, & impediatur transmissio legitimæ ex jure Suitatis, tale grauamen non est considerabile; siquidem non impedit filium, quominus possit acquirere integram hæreditatem, si velit eam adire, & si cā nondum aditā moriatur, adhuc illam transmittet, si non jure Suitatis, cùm sublatum sit, certè jure sanguinis, vel jure deliberandi, quo per substitutionem non priuatur, vt probauimus, §. 6. *numer.* 122. *& seqq.* Quartò, quia hodie per *d. l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. testam.* solùm tollitur à legitima grauamen, propter quod de jure antiquo poterat euerti testamentum per querelam, vt latè ponderando particulatim dictam *legem* notat Trentacinq. *d. p. 1. cap. 14. num. 20.* Jure autem antiquo non dabatur querela, nec aliud remedium impugnatiuum testamenti ob Vulgarem substitutionem factam in legitima; imò per ipsum jus talis substitutio licebat, vt ex dictis constat: nec patri vetabatur instituere filium in legitima sub conditione, *Si volet*, vel aliâ potestatiuâ, per quam Suitas & transmissio tolleretur, vt omnes fatentur, & constat per text. in *l. Suus quoque, in princip. & in l. Cornelius, & in l. Iam dubitari, ff. de Hæred. instituend. & in l. Verba hæc, & in l. fin. ff. de Condit. institut.* Quintò tandem, quia si illud obstaret, potior esset substitutio Vulgaris facta filio per matrē, quàm per patrē: nā cùm filius non habeat jus Suitatis, respectu matris, non acquirit ejus hæreditatē, nisi eam adeat: vnde si moriatur ante aditionē, fit locus substituto in tota hæreditate. Quod nō ita euenit in hæreditate patris, si per substitutionē filio facta non potest illū priuare jure Suitatis, & trāsmissionis quoad legitimam, vt Aduersarij volunt.

Vtra-

292 Vtraque prædicta sententia est satis probabilis propter adducta fundamenta. Sed tamen prima nobis videtur probabilior, spectato jure Codicis *in d. l. Quoniam in prioribus*, per quam omne prorsus grauamen, etiam facillimæ conditionis potestatiuæ, *Si volet*, à legitima sublatũ credimus; & jam *disp. præced. sect.* 8. *num.* 141. tradidimus.

293 Ad primam itaque probationem secundæ sententiæ desumptam *ex d. l. Si posthumus, §. Quòd vulgo*, respondetur, neque illam legem, neque vllam aliam antiqui juris Digestorum, nostræ sententiæ officere, cùm per nouum jus Codicis *in d. l. Quoniam in prioribus*, reuocatæ sint quælibet anteriores leges, quatenus aliquod grauamen in legitima permittebant. Addo deinde *in d. §. Quod vulgo*, solùm intendi & declarari, quòd vt sustineatur substitutio facta filio, non oportet eum exhæredari à gradu substitutionis, in quo est prætermissus, si in primo gradu fuit institutus. Quòd autem illa substitutio comprehendat legitimam filij, vel solùm reliquam hæreditatem, id non dicit, neque faciebat ad intentum.

294 Ad secundam respondetur, quidquid sit de antecedente, de quo adhuc sub judice lis est alibi dirimenda, certè consequentiam non valere: nam quòd filius non possit acceptare legitimam, & repudiare reliquam hæreditatem, bene id habet, quia hæredi non licèt diuidere hæreditatem, vt probauimus, §. 15. *num* 261. Testator autem bene potest illam diuidere, relinquendo illam pluribus, vt ibidem notauimus; idque euenit in præsenti, nam dando substitutum filio instituto in maiori portione, quàm in legitima, relinquit filio legitimam absolutè, reliquam verò hæreditatem, sub conditione, *Si volet*: & in defectum talis conditionis illi dat substitutum in eo residuo hæreditatis. In qua quidem diuisione, & dispositione nulla est difficultas, vt constat per *l. Si tesolum, ff. de Hæred. instit. & l. Cùm hæres, §. fin. ff. de Acquir. hæred.* vbi habetur, quòd si hæres sit institutus purè in parte hæreditatis, & in alia parte sub conditione, datusque illi sit substitutus in parte conditionali, habet statim partem sibi purè relictam, & pro alia parte expectatur euentus conditionis; eâque deficiente, admittitur substitutus.

295 Ad tertiam respondetur, quòd ea, quæ ibi afferuntur ad excludendum obstaculum grauaminis, quod retentâ dictâ secundâ sententiâ in legitima induceretur, minimè satisfaciunt. Non enim satisfacit primum: nam licèt olim ablatio Suitatis & transmissionis ex potentia ipsius Suitatis, etiam quoad legitimam fuisset de natura actus permissi, nempe substitutionis Vulgaris: attamen hodie post jus Codicis *in d. l. Quoniam in prioribus*, jam talis actus non est permissus; cùm per eam legem correcta sint jura antiqua, quæ hujusmodi grauamina permittebant. Non secundum, nam esto Suitas fuerit inducta fauore patris; at etiam inducta est, & fortè principaliter, fauore filij, vt notauit Ant. Gom. *d. c. 3. n. 17. vers. Septimò facit, per l. Cùm ratio, ff. de Bon. damnator. & l. In suis, ff. de Liber. & posth. cum simil.* Non tertium, quia reuerà considerabile onus est, quòd filius non possit legitimam transmittere ex potentia Suitatis. Nam licèt Suitate exclusa adhuc possit transmittere totam hæreditatem ex jure sanguinis, & deliberandi: at facultas transmittendi his modis, non est adeò ampla, & expedita, sicut ex potentia Suitatis, vt constat ex supra notatis *§. 6. in princ.* per jura ibi allegata. Non quartum, nam re bene inspecta, per *d. l. Quoniã in prioribus*, non solùm fuit ablatum à legitima grauamen, propter quod juxta leges antiquas testamentũ poterat expugnari; sed quodcumque aliud, vt constat ex illis verbis, ibi; *Ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio moram, vel quodcumque onus introducens tollatur.* Non denique quintum, quia cũ filius, eoquòd sit hæres Suus respectu patris, plus juris habeat in illius bonis, quàm in bonis matris, cujus non est hæres Suus, non est mirum, neque inconueniens, quòd pleniùs

potsit mater disponere, per Vulgarem substitutionem de legitima filij, quàm pater. Neque propterea pater redditus est deterioris conditionis, cùm aliunde potior sit substitutio Vulgaris per eum facta, siquidem continet tacitam Pupillarem, quam mater efficere non potest.

§. 18. *Vtrùm Vulgaris substitutio trahatur ad totum, si facta sit in re certa, vel in quota bonorum?*

SUMMARIUM.

SI substitutio in re certa, vel quota bonorum facta sit legatario, vel fideicommissario, cui talis res, vel quota relicta est, non trahitur vltra relictum in ipsa substitutione expressum; num. 296.

Substitutio in re certa, vel quota bonorum facta hæredi, non trahitur ad totum, si talis hæres habet alium substitutum vniuersalem; num. 297. Secus autem si talem vniuersalem substitutũ non habeat, & dicta substitutio particularis facta sit per verbum ciuile; numer. 298. Si autem sit facta per verbũ commune, tunc ad totum non trahitur; num. 299.

Quid si hæredi instituto in re certa datus sit substitutus in tali re, per verbum Substituo, *vt dicendo*; Si Petrus, quem in tali fundo instituo, non erit hæres, substituo illi Seium? *num. 300.*

296 PRo resolutione aduerte, Vulgarem substitutionem in re certa, vel in quota bonorum, non solùm posse fieri hæredi, sed etiam legatario, vel fideicommissario talis rei, vel quotæ, vt constat ex dictis *sect. 1. hujus disp. num* 13. & 7. Si ergo talis substitutio facta sit legatario, vel fideicommissario, cui res certa, vel bonorum quota relicta sit, citra omnem dubitationem est, illam non trahi vltra relictum in ipsa substitutione expressum, vt si testator ita dixisset; *Relinquo mea arma, & meos libros Petro, si autem ille, me viuo, moriatur, vel aliàs non potuerit, aut noluerit hoc legatum capere, dicti mei libri dentur Paulo.* In hoc casu, si Petrus legatum non capiat, quia noluit, aut non potuit, non propterea debetur totum Paulo, sed tantùm libri, in quibus fuit substitutus. Nam cũ substitutio in legatis, & fideicommissis grauet hæredem, est illi odiosa, & sic non debet extendi, neque vllum est jus, quod talem extensionem induxerit.

Si autem dicta substitutio facta sit hæ- 297
redi, distinguendum est. Nam vel talis hæres, vltra substitutum in re certa, vel quota bonorum, habet alium substitutum vniuersalem: & tunc substitutio in re certa, vel bonorum quota, non trahitur vltra ipsam rem, vel quotam à testatore expressam, illamque tantùm capit substitutus, qui in hoc casu habetur loco legatarij, vt constat per *l. Quoties*, 13. *Cod. de Hæred. instit.* vbi id expresse habetur de instituto in re certa cohæredem vniuersalem habente. Eadem quippe est ratio de substituto: nam vt se habet institutio ad institutum, ita substitutio ad substitutum, *l. Cohæredi, in princip. ff. de Vulgari, l. In ratione, §. Si filio, ff. Ad leg. Falcid.*

Vel non habet substitutum vniuersa- 298
lem; & tunc, aut dicta substitutio particularis reperitur facta per verbum directum, & ciuile, & si dictum sit; *Si Titius à me institutus noluerit, aut non potuerit esse hæres, instituo in tali fundo Seium.* Et in hoc casu communis, & vera resolutio est, quòd talis substitutio trahitur ad totam hæreditatem. Primo, quia institutio in re certa, si non datur cohæres vniuersalis, trahitur ad totum, *l. 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* Eadem autem est ratio de substitutione *d. l. Cohæredi, in princip. & d. §. Si filio.* Secundò, quia in eadem *l. Cohæredi, §. fin.* ita deciditur in substitutione Pupillari, juxta communem traditionem: ergo idem dicendum in Vulgari, cùm eadem sit ratio. Tertiò denique, quia alioqui euenient casu dictæ substitutionis, euaderet testator ex parte testatus, & ex parte intestatus, contra regul. *l. Ius nostrum, ff. de Regul. jur.* & ita sentiunt Bald. *consil.* 196.

col.

col. 2. volum. 4. Jas. *in l. Centurio, col. 17. ff. de Vulgari,* & ibi Ripa, *num. 95.* Castr. *in l. Precibus, num. 13. Cod. de Impuber. & aliis substit.* Curtius jun. *in l. fin. numer. 41. Cod. de Edicto D. Adr. tol.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 34. num. 19.* & alij, quos citat & sequitur Fusar. *de Substit. q. 71. num. 1.*

299 Aut reperitur facta illa substitutio per verbum commune, vt si dictum esset; *Si Titius à me institutus non fuerit hæres, relinquo talem fundum Seio,* vel, *Succedat in tali fundo Seius:* & tunc non trahitur ad vniuersalem successionem: vnde, instituto non adeunte, substitutus per illam Vulgarem non potest capere totum, & testamentum perire necesse est. Ita cum Barth. Bald. Angel. & cæteris, *in l. His verbis, ff. de Hæred. instit.* Peregr. *d. art. 34. sub num. 19. vers. Aut fuit facta:* & patet, quia verbum commune adjectum rei certæ, vel quotæ bonorum, non trahitur ad totum, vt probat text. *in l. Cogi, §. Generaliter, ff. Ad Trebel.* & diximus latè *disp. præced. sect. 3. num. 30.*

300 Aduerte autem, si hæredi instituto in re certa datus sit substitutus in tali re, per verbum, *Substituo,* vt dicendo; *Si Petrus quem in tali fundo instituo, non erit hæres, substituo illi Seium;* videri in tali casu trahendam esse substitutionem ad totam hæreditatem, quemadmodum trahitur institutio, cui respondet. Nam licèt verbum, *Substituo,* sit commune, vtpote indifferens ad significandam successionem directam & obliquam, vniuersalem & particularem; tamen quando per illud simpliciter datur alicui substitutus, significat determinatè secundam institutionē ejusdem rationis cum prima, ex qua vocatus est ille, cui fit substitutio; sufficienter namque per ipsam primam institutionem ejus significatio determinatur, vt sensus sit, velle testatorem vt deficiente primo instituto, obtineat substitutus quidquid ille obtenturus esset. Nam substitutio simpliciter facta regulatur per institutionem, *l. 1. & ibi DD. Cod. de Impuber. & aliis substit.* igitur cùm in casu proposito institutio facta in re certa porrigatur ad totam hæreditatem, *l. 1. §. Ex fundo, ff. de Hæred. instit.* profectò substitutio illi correspondens facta simpliciter per verbum, *Substituo,* ad totam hæreditatem trahenda est. Quod intelige, nisi simul concurrat aliquis vniuersaliter institutus, vel substitutus, vt per supradicta *num. 297.* juxta *l. Quoties, C. de Hæred. instit.*

§. 19. *Si plures fratres sint vulgariter substituti, an vtrimque conjuncti excludant consanguineos tantùm, vel vterinos?*

SUMMARIUM.

Distinguitur duplex casus in proposita quæstione; num 301.

Si testator habens, v.c. duos filios ex vna vxore, & duos ex alia, omnes instituit, & ad inuicem substituit, vnus autem illorum noluit, aut non potuit esse hæres, non tantùm frater qui ei erat vtrimquè conjunctus, sed etiam alij duo fratres ad ejus portionem admittuntur; num. 302. *& seq.*

Prædicta resolutio procedit etiam quando ageretur de tacita Vulgari, vel de jure accrescendi. Et vtrum similiter sit dicendum, quando ageretur de Pupillari, vel Fideicommissaria substitutione reciprocè inter prædictos filios facta? num 304.

Limitatur primò prædicta resolutio principalis, vt non procedat, quando pater in institutione conjunxit re, & verbis filios primæ vxoris, & similiter filios secundæ inter se, separatim ab alijs: quòd tunc in locum ejus, qui hæres nō extitit, solùm admittatur, qui re & verbis illi conjunctus est, numer. 305. *Id verò intelligitur nisi ex verbis testatoris sufficienter colligatur, eum voluisse, vt omnes admitterentur: quod exemplis declaratur; num.* 306.

Limitatur secundò, vt non procedat, quando pater instituit in maiori portione filios vnius vxoris, quàm alterius; nam. 307.

*Dicta principalis resolutio cum suis ampliationibus, & limitationibus procedit similiter in substitutione facta per matrem filijs habitis ex diuersis matrimonijs; num.*308.

Quando testator substituit fratres suos hæredi à se instituto, vtrùm eueniente casu substitutionis admittendi sint soli ejus fratres vtrimque conjuncti, vel etiam alij ex altero tantùm latere conjuncti? Prima sententia est, solos vtrimque conjunctos esse admittendos. Et hæc probatur; num. 309. *Secunda tenet, tam vtrimque conjunctos, quàm ex altero tantùm latere admitti, & quibus fundamentis; numer.* 310. *Prior sententia præfertur, & soluuntur fundamenta secundæ; numer.*311.

*Prædicta prima sententia limitatur primò, vt non procedat quando testator solùm haberet vnum fratrem sibi vtrimque conjunctum. Hæc tamen limitatio est difficilis; num.*312.

Secundò limitatur, nisi testator vocasset fratres signo vniuersali; vt, Substituo omnes fratres meos; *num.*313.

*Tertiò limitatur, nisi testator aliqua ratione significasset, se non minùs diligere fratres ex altero tantùm latere, quã ex vtroque sibi conjunctos; num.*314.

Quartò limitatur, vt non solùm fratres vtrimque conjuncti, sed etiam consanguinei tantùm vocati censeantur, quando testator substituit simpliciter agnatos per Cõpẽdiosã, vt si dixit; Decedente filio meo hærede instituto sine liberis, maneant mea bona in perpetuum in mea familia pro conseruatione agnationis, *vel,* Substituo agnatos meos; *num.*315.

*Vtrum quando testator extraneus substituit fratres hæredis instituti, admittantur simul omnes ejus fratres, etiam ex altero tantùm latere ei conjuncti? num.*316.

301 ANtequam transeamus ad secundũ effectum Vulgaris substitutionis, visum fuit præmittere hanc quæstionem; quæ cùm versetur circa successionem hæreditariam ex vi dictæ Vulgaris, non minùs spectat ad primum effectum, qui est deuoluere successionem ad substitutum, quam quæ hactenus *à §.* 15. sub illo collocatæ sunt. In proposita igitur quæstione duplex casus distingui solet. Primus est quando pater condidit testamentum inter filios, quos ex diuersis vxoribus susceperat, & illos inuicem vulgariter substituit. Secundus est, quando testator habens plures fratres, quosdam ex vtroque latere sibi conjunctos, quosdam verò consanguineos tantùm, vel vterinos (idest solùm ex parte patris, vel ex parte matris sibi conjunctos) proprium filium, vel aliquem alium sibi hæredem instituit, & illi substituit vulgariter fratres suos, vt si dixit; *Si filius meus hæres non erit, substituo illi fratres meos.*

Quòd attinet ad primum casum, quæs- 302
tio est, si testator habebat v.c. duos filios ex vna vxore, & duos ex alia, quos omnes hæredes instituit, & ad inuicem substituit: vnus autem ex eis noluit, aut non potuit esse hæres. Vtrùm ad ejus portionem admittendi sint omnes ejus fratres, vel ille tantùm, qui ei erat vtrimque conjunctus? Respondetur admitti omnes fratres. Ita sentiunt Barth. *in l. Lucius, num.*21. *vers. Quæro, quidam, ff. de Vulgari,* & ibidem Jas. *num.*31. & Ripa *num.* 47. qui duo testantur de communi, Bald. *in l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. de Vulgari,* & ibi Imola, & Castr. Barth. de Hucio *tract. de Substit. in materia de Reciproca, num.* 19. Zasius *de Substit. cap.* 4. *vbi de Reciproca, num.*11. *& seq.* Couar. *Pract. qq. c.*38 *num.*2. vbi plures refert, & testatur de communi, Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib.*8. *tit.*7. *numer.*3. *& tit.*13. *num.*6. Menoch. *de præsumpt. lib.*4. *præsumpt.*75. *sub num.* 1. Trentac. *de Substit. p.* 5. *cap.* 9. *sub numer.* 2. *vers. Cùm hæc igitur,* vbi relatis multis dicit hanc esse receptam scribentium sententiam. Peregrin. *de Fideicom. art.*20. *numer.* 15. dicens esse communiter receptam, Fusar. *de Substit. q.*79. & plures alij, quos hi referunt, licèt contrarium voluerit

erit Dinus, quem refert & refellit Barth. *in l. Re conjuncti, col. pen ff. de Leg. 3.*

303 Fundamentum est, quia per Vulgarem succeditur tantùm ipsi testatori, vt constat ex dictis §. 15. & patet per text. *Inst. de Vulgari, in princip.* testator autem præsumitur æqualiter diligere omnes suos filios, velleque æqualitatem inter omnes seruare, §. *pen. Auth. de Nuptijs, & l. fin. Cod. Communia vtriusque judicij.* ergo per dictam Vulgarem omnes admittuntur, licèt ex diuersis vxoribus fuerint progeniti. Confirmatur, quia eueniente casu Vulgaris, portio instituti, cui talis substitutio facta est, mansit in patrimonio testatoris, nec vnquam instituto fuit acquisita, *l. Post aditam, Cod. de Impuber. & alijs substit.* ergo ad succedendum in illa portione ex vi talis substitutionis, nõ debet attendi maior, vel minor proximitas, vel affectio instituti, sed solius testatoris, quæ in casu proposito est æqualis ad omnes filios.

304 Quæ resolutio procedit etiam quando ageretur de tacita Vulgari, vel de jure accrescendi, quod tacita etiam Vulgaris appellatur. Sic post Barth. *in d.l. Reconuicti*, & alios docet Couar. *d. num. 2.* Peregrin. *d. cap. 9. num. 16.* & Mantica *d. tit. 13. num. 6.* & patet ex supra jacto fundamento; siquidem etiam per tacitam Vulgarem, & per jus accrescendi, succeditur soli testatori, qui omnes filios pari affectione diligere præsumitur. Vtrum autem similiter dicendum sit, quando agitur de Pupillari, vel Fideicommissaria substitutione? ideſt, vtrum omnes filij, vel solùm vtrimque conjuncti, ex illis substitutionibus reciprocè inter eos factis, admittendi sint? Non est res adeo facilis, neque ita conuenit inter DD. vt videre est apud Couar. *d. cap. 38.* Manticam *d. tit. 7. num. 3. & d. tit. 13. num. 6.* Menoch. *d. præsumpt. 75.* Peregrin. *d. art. 20. 12. & seqq.* Trentacinq. *d. cap. 9. à numer. 3.* & Fusar. *d. q. 79.* qui discrepantes circà hoc opiniones proferunt, & excutiunt. Sed hac de re infra; cùm de Pupillari, & Fideicommissaria substitutione agemus.

305 Cæterùm præfata resolutio limitatur primò, vt non procedat, quando testator in institutione conjunxit re, & verbis filios primæ vxoris, & similiter filios secundæ inter se, vt si dixit; *Instituo hæredes Caium, & Seium filios meos ex primo matrimonio in vna dimidia; & Titium, & Sempronium ex secundo matrimonio in altera dimidia, eosque inuicem substituo.* Tunc enim vno illorum hærede non existente, succedit tantùm alter re, & verbis illi conjunctus. Ita declarant Barth. *in d.l. Lucius, num. 21. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa, *num. 47.* & Alciat. *n. 48.* Bald. *in l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. de Vulgari*, & ibi Imola, Castr. Jas. & Alciat. pluresque alij antiquiores, quos citant, & sequuntur Menoch. *d. præsumpt. 75. num. 4.* Peregrin. *d. art. 20. numer. 17. & 18.* Trentacinq. *d. cap. 9. num. 2.* & Fusar. *d. q. 79. num. 4.* Ratio est, quia quando cum jure substitutionis conjunctum est jus accrescendi, præfertur ille substitutus cui jus accrescendi competit, vt est text. *in d. §. Qui discretas*; in præsenti autem jus accrescendi in portionem ejus, qui deficit, competit tantùm cohæredi, qui re & verbis illi est conjunctus, *l. vnica, §. His ita definitis, vers. Sin verò, Cod. de Caduc. tol.* ergo ille tantùm, qui re & verbis conjunctus est, ex dicta substitutione succedit.

Intellige verò hanc limitationem, nisi 306
testator talibus verbis vsus esset, vt ratio recti sermonis non pateretur solùm conjunctum admitti, vt si pro casu, quo vnus tantùm conjunctus remaneret, sicut in exemplo supra posito, substitutionem nihilominus faceret dando substitutos in numero plurali; vt quando ita dixisset; *Et si aliquo ex dictis filijs meis* (quorum scilicet duo fuere instituti conjunctim in vna dimidia, & alij in alia dimidia) *hæres non extiterit, substituo illi reliquos.* Tunc enim non tantùm conjunctus, qui superfuerit, sed etiam alij disjuncti vocati censentur. Ita cum Ruino, Surdo, & alijs Fusar. *d. q. 79. num. 7. & q. 494. num. 6.* vbi in eandem sententiam adducit Barth. *in l. vlt. in fine, ff. Ad Trebel.* Alex. *in l. Cohæredi, §. Qui discretas, num. 3.*

&

& ibi Alciat *num.* 4. *ff. de Vulgari*, Ripa, *in l. Lucius, num.* 38. *ff. eod.* & plures alios. Ratio patet, quia aliàs non potest sermo secundùm propriatatem verificari. Vnde non admitto, sicut nec admittit Fusar. *d.q.* 79. *num.* 6. quod Menoch. *d. præsumpt.* 75. *num.* 6. tradit, scilicet, quòd etiam quando testator in casu proposito ita dixisset, *Et aliquo ex dictis filijs meis ante adeptam hæreditatem decedente, substituo illi superuenientes*; solus conjunctus, qui vnicus supersit, admitti debet; si autem ille etiam non extet, tunc admittendos esse disjunctos. Id enim apertè confunditur ex prædicta ratione, nec in hoc fuit constans ipse Menochius, nam contrarium docuit *consil.* 434. *num.* 43. *vers. Nono*, vbi etiam *num.* 45. citat Socin. sen. Ruin. & Rolan. Addit Fusar. *d.q.* 79. *num.* 8. cum Surdo *consil.* 31. *num.* 23. *lib.* 1. idem dicendum, quando essent duo filij ex vna vxore, & tres ex alia, & euenerit casus substitutionis in vno ex tribus: quòd tunc licèt numerus pluralis verificetur, attamen quia si casus in vno ex duobus euenisset, etiam conjuncti ex alio latere vocati censerentur, planè ob seruandam æqualitatem idem dici debet, licèt casus euenerit in vno ex tribus.

Limitatur secundò, vt non procedat
307 etiam quando pater instituit in maiori portione filios vnius vxoris, quàm alterius; vt si habebat duos filios ex prima vxore, & tres ex secunda, & vnicuique ex illis duobus dedit quadrantem, idest, tres partes hæreditatis; tribus verò alijs vnicuique sextantem, seu partes duas hæreditatis: tunc enim non ostendit parem affectionem ad omnes filios, & ita cessat ratio, qua prædicta resolutio principalis nititur, fatendumque est, quòd in tali casu vno illorum deficiente, non debent cæteri omnes ex substitutione admitti sed tantùm ex vtroque latere illi conjuctus. Ita sentiunt Crauet. *cons.* 43. *numer.* 2. Mantica *lib.* 8. *de Conject. vlt. volunt. tit.* 7. *num.* 3. *fine*, Menoch. *consil.* 198. *numer.* 17. *& d. præsumpt.* 75. *num.* 7. & Fusar. *d.q.* 79. *num.* 11.

308 Quæ hactenus dicta sunt, quando pater instituit, & reciprocè substituit filios ex diuersis vxoribus susceptos pari passu procedunt in institutione similiter facta per matrem pluribus filijs habitis ex diuersis maritis. Vtrobique namque eadem militat ratio. Et hæc satis pro primo casu.

Circa secundum casum, quando scili- 093
cet testator substituit fratres suos hæredi à se instituto, maior est difficultas, an euenientе casu substitutionis, admittendi sint omnes ejus fratres, vel solùm ei vtrinque conjuncti, exclusis consanguineis tantùm, vel vterinis? Qua in re prima sententia est, fratres vtrinque testatori conjunctos esse admittendos, exclusis alijs. Primò, quia maior censetur esse affectio testatoris erga fratres sibi vtrinque conjunctos, quàm erga sibi conjunctos ex altero tantùm latere. Secundò, quia in successione fratris ab intestato, præferuntur qui ei sunt vtrinque conjuncti ex juris dispositione, *Auth. Itaque, Cod. Communia de succes. Auth. Post fratres, & Auth. Cessante, Cod. de Legitim. hæred.* testator autem vocando indefinitè fratres suos ad suam successionem, prout in præsenti casu, censendus est voluisse se conformare cum dispositione juris. Ita sentiunt Castr. *in l. vltim. num.* 5. *Cod. de Verb. signif.* & ibi Jas. *num.* 26 Corn. *cons.* 37 *num.* 3. *lib.* 1. *& cons.* 22. *num.* 14. *lib.* 2. Ruin. *cons.* 165. *num.* 9. *lib.* 2. alijsque in locis, Socin. sen. *cons.* 51. *num.* 20. Dec. *cons.* 153. *num.* 4. *& consil.* 155. *num.* 3 & plures alij, quos referunt ac sequuntur Menoch. *cons.* 187. *num.* 40. *& cons.* 198. *num.* 15. *lib.* 2. *& de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 75. *num.* 21. Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 3. *dubit.* 4. *solut.* 3. *num* 47. *pag. mihi* 233. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 20. *num.* 19. & Fusar. *de Substitut. q.* 79. *num.* 37. qui quanuis loquantur de fratribus testatoris substitutis per Fideicommissariam, idem tamen sentiunt de substitutis per Vulgarem, cũ eadem prorsus sit ratio, vt aduertit, & tenet in specie Fusar. *d.q.* 79. *num.* 12. neque citati DD. alijs nituntur fundamentis circa fideicommissarios, quàm illis ipsis, quæ

pro

pro tradita resolutione adduximus.

310 Secunda sententia est, omnes fratres debere admitti, idest, tam vtrinque, quàm ex altera tantùm parte testatori conjũctos. Ita loquendo etiam de substitutis per Fideicommissariam tenent Ruin. sibi contrarius *consil.* 159 *num.* 16. & 17. & *consil.* 168. *num.* 18. *volum.* 1. Peregrin. sibi etiam contrarius *consil.* 64. *numer.* 15. *lib.* 5. & Mantica *de Conject. vltim. vol. lib.* 8. *tit.* 13. *num.* 3 Fundantur primo in quadam recepta opinione DD. *in l. Gallus, §. Quidam rectè, ff. de Liber. & posth.* vbi contra Barthol. communiter concludunt, quòd si testator substituit fratrem suum, & ejus filios, non intelligitur vocasse illos ordine successiuo, sed conjunctim, vt scilicet eodem tempore succedant filij, & pater, non obstante quòd is sit proximior testatori, & magis ei dilectus, & quòd secundùm jus commune illi esset ab intestato successurus priusquam filij. Ergo similiter in præsenti casu, licèt fratres vtrinque testatori conjuncti censeantur magis ei dilecti, & successuri essent ab intestato, priusquam consanguinei tantùm, vel vterini; id non debet obstare, quominus omnes intelligantur conjunctim vocati, vt simul & eodem tempore succedant. Secundò quia dispositio testatoris vocantis absolutè fratres suos, debet intelligi in propria significatione verborum, à qua in dubio non est recedendum *l. Non aliter, ff. de Legat.* 3. *l. Si alij, ff. de Vsufr. legat.* frater autem ex altero tantùm latere conjunctus, propriè dicitur frater, *l. Iurisconsultus, §. Idem faciendum, & §. Secundo gradu, ff. de Grad. & affinib.* Barth *in l. Lucius, §. Quæritum, de Legat.* 3. Ergo cùm testator dicit, se substituere fratres suos, omnes sunt intelligendi, tam vtrinque, quàm ex altera tantùm parte conjuncti.

311 Hæc tamen non cogunt recedere à prima sententia, quæ est communis. Ad primum namque bene respondet Menoch. *d. præsumpt.* 75. *sub num.* 21. esse diuersam rationem in casu, quo testator substituit fratrem, & ejus filios: nam eo ipso, quòd copulatiuè vocauit patrem, & filios significauit, se vocasse illos conjunctim, cùm ea sit natura copulæ, *l. Duobus, ff. de Legat.* 1. & ita voluisse recedere ab ordine successionis ab intestato, tantumque dilexisse filios fratris, quantum ipsum fratrem. At in nostro casu cùm indefinitè vocauerit fratres, datur locus præsumptioni, quòd magis dilexerit vtrinque conjunctos, & voluerit se conformare cum jure communi, juxta quod in successione ab intestato vtrinque conjuncti præferũtur. Ad secundum respondetur, licèt etiam ex altero tantùm latere cõjuncti propriè dicantur fratres, attamen ob maiorem conjunctionem, & affectionem cum vtrinque conjunctis esse locum præsumptioni, quòd testator vult istos præferri, quando relinquit fratribus indefinitè, vt in præsẽti. Respõderi etiam potest, quòd in nostro casu nomen, *Fratres*, est collectiuum cùm comprehendat fratres diuersorum graduum, idest, tam vtrinque conjunctos, qui in successione ab intestato sunt proximiores; quàm conjunctos ex altero tantùm latere, qui sunt remotiores: constat autem quòd vocati per nomen collectiuum plurium personarum existẽtium in diuerso gradu, censentur vocati ordine successiuo, vt tradunt omnes *in d. l Gallus, d. §. Quidam rectè, ff. de Liber. & posth.* & ideo fratres vtrinque conjuncti in specie nostri casus censeri debent priùs vocati, cæteri verò non nisi secundo loco, & illis deficientibus: quod bene stat, quanuis omnes propriè dicantur fratres, quam responsionem tradit etiam Menoch. citatus.

Limitatur verò dicta prima sententia 312
primò, vt non procedat, quando testator solùm haberet vnum fratrem sibi vtrinq; conjunctum. Nam tunc dicendo se substituere fratres suos, etiam de conjunctis ex altero tantùm latere intelligendus est, vt ille pluralis numerus verificetur. Ita sumitur *ex l. vltim. ff. Ad Trebel.* & tradunt Gabr. *consil.* 121. *num.* 8. & 9. *lib.* 1. Gratus *consil.* 18. *num.* 20. *vers. Item quia, lib.* 2. Ruin. *cons.* 268. *num.* 19. *lib.* 2. & alij, quos citant, & sequuntur Menoch. *d. præsumpt.* 75. *n.* 22. Peregrin. *d. art.* 20.

num.

*num.*20. & Fusar. *d.q.*79. *num.* 38. Obstat tamen, quia si fratres diuersorum graduum intelliguntur vocari ordine successiuo, vt proximè dictum est, bene verificatur ille numerus pluralis, si intelligamus testatorem vocare primo loco vnum tantùm sibi vtrinque conjunctum, & reliquos secundo loco, in illius defectu: siquidem in tali casu verum est dicere, quod vocauit fratres suos, nempe ordine successiuo. Propter quam rationem satis mihi difficilis est prædicta limitatio.

313 Limitatur secundò, nisi testator vocasset fratres signo vniuersali, vt dicendo; *Substituo omnes fratres meos.* Tunc enim etiam ex altera tantùm parte ei conjuncti vocati censerentur. Sic Castro *consil.* 383 *num.*1 *lib.*1. Peregrin. *d. art.*20. *numer.*21. quia vniuersalis locutio operatur, vt contineantur etiam quæ aliàs non continerentur, *l. Liberorum, §. Quod tamen Cassius, & l. Iulianus, ff. de Legat.* 3. At hic etiam obstare videtur, quod illa locutio vniuersalis bene verificetur, si omnes fratres vocati intelligantur ordine successiuo, nimirum vtrinque conjuncti primo loco, & illis deficientibus consanguinei tantùm, vel vterini. Sed ad hoc responderi potest, quòd testator exprimendo se vocare omnes fratres suos, significat se diligere æqualiter tam vtrinque, quàm ex altera tantùm parte conjunctos, & sic omnes conjunctim vocare.

314 Limitatur tertiò, nisi testator aliqua ratione significasset, se pariter velle honorare fratres ex altero tantùm latere, atque vtrinque sibi conjunctos, vt si in ipsa substitutione expressè, aut relatiuè de consanguineis, vel vterinis fecit mentionem. Nam tunc hi etiam pariter admitterentur, vt notauit Peregrin. *d. art.* 20. *num.* 20. *fine*, & Fusar. *d.q* 79. *numer.*41. qui etiam *num.*46. aduertit idem esse dicendum, si testator in institutione tantum honorasset fratres ex vno latere, quàm vtrinque conjunctos.

Limitatur quartò, quando testator ha-
315 bens fratres vtrinque conjunctos, & consanguineos, seu ex parte solius patris conjunctos, non fecit substitutionem vocando fratres, sed substituit simpliciter agnatos per Compendiosam, vt si dixit; *Decedente filio meo hærede instituto sine liberis, volo vt bona mea maneant in perpetuum in mea familia pro conseruatione agnationis meæ*; vel, *substituo agnatos meos.* Tunc enim etiã consanguinei tantũ admittentur cum vtrinque conjunctis. Ita Crotus *in l. Filius famil. §. Diui, numer.* 162. *ff. de Leg.* 1. Alciat. *cons.* 37. *lib.*2. Mantica *de Conject. vlt. vol. lib* 8. *tit.*13. *num* 4. *&* 5. Menoch. *à præsumpt.*75. *numer.*23. vbi alios refert, Peregrin. *art.*20. *num.*19. *fine*, Fusar. *d. q.* 79. *num.* 42. & alij, quos citant. Ratio est, quia cùm testator solam agnationem considerauerit, & hæc in solis conjunctis per viam masculinam conseruetur, conjunctio ex parte matris, quæ in vtrinque conjunctis concurrit, non auget jus ad successionem, ad quam soli agnati vocantur. Confirmatur, nam simili modo frater consanguineus tantùm succedit in feudo simul cum fratre vtrinque conjuncto, eo quòd ad feudi successionem soli agnati admittuntur, & jus cognationis non consideratur, vt tradit Bald *in cap.*1. *in fine, de Succeff. frat. & grad succed. in feud.* & ibi Aluar. & Præpos. quam decisionem alij etiam probant, quos citant & sequuntur Mantica, & Menoch. *vbi supra.*

316 Si quæras, vtrum quando testator extraneus substituit fratres hæredis instituti, admittantur simul omnes ejus fratres etiam ex altero tantùm latere ei conjuncti? Respondet negatiuè Simon de Præt is *de Interpret. vltim. volunt. lib.*3. *interpret.*3 *dubit.*4. *solut.*3. *sub num.* 47. *vers. Aut testator extraneus, pag. mihi* 233. vbi docet præferri debere illius fratres vtrinque conjunctos. At oppositum mihi videtur probabilius, cùm in isto casu respectu testatoris, cui succeditur, cesset ratio maioris conjunctionis, & affectionis erga vtrinque conjunctos, & alioqui etiam ex altero tantùm latere conjuncti propriè dicuntur fratres, *à l. Iurisconsultus, §. Idem faciendum, & §. Secundo gradu, ff. de Gradib. & affin.* & verba testatoris in significatione propria intelligen-

ligenda sunt, *d. l. Non autter, ff. de Leg. 3. cum simil.*

§. 20. *De secundo effectu Vulgaris substitutionis, qui est dare vires testamento, quod alias corrueret.*

SUMMARIUM.

CErti juris est, quòd Vulgaris substitutio dat vires testamento. Et quomodo id proceaat? num.317.

Quando testamentum est nullum in primo gradu ob solemnitatis defectum, non accipit vires à substitutione Vulgari in eo facta; num.318. Id verò intelligitur, nisi substitutio esset facta in causam piam, vel inter liberos; num.319.

Quando institutio, seu testamentum in primo gradu est nullum ob defectum ex parte testatoris, vt quia erat impubes, vel alia ratione inhabilis, non accipit tale testamentum vires à substitutione; num. 320.

Quando institutio, seu testamentum in primo gradu corruit, ob solum defectum ex parte instituti, qui non velit, vel non possit esse hæres, neque alium hæredem facere, tale testamentum sustinetur per Vulgarem substitutionem, si ex parte substituti similis defectus non detur. Et ponuntur multi casus, in quibus excluso instituto, substitutus admittitur? num. 321.

Si institutio fuit irrita, eoquod in ea fuit præteritus filius, qui erat in potestate testatoris, non sustinetur testamentum per substitutionem Vulgarem, si etiam in ea filius fuit simpliciter præteritus: secùs autem, si in ea fuit legitimè exhæredatus; num.322.

Si testamentum quoad institutionem fuit ruptum per natiuitatem posthumi in primo gradu præteriti, an vires accipiat in secundo gradu per substitutionem, si talis posthumus in eodem secundo gradu fuit exhæredatus? Respondetur cum distinctione; numer. 323. & seq..

An si filius emancipatus eodem modo sit præteritus à primo gradu, & exhæredatus à secundo, testamentum in primo gradu ruptum ex causa præteritionis, vires accipiat in secundo virtute substitutionis? num.325.

QUod Vulgaris substitutio habeat regulariter hunc effectum, certi juris est, vt per *l. 3. in fine. ff. de Liber. & posth. cum simil.* & patet ratione, siquidem hujusmodi substitutio est secũda institutio directa, per quam deficiente prima institutione, creatur tam verè & propriè hæres, sicut crearetur per primam, si testamentum in primo gradu subsisteret. Igitur quemadmodum per primam institutionem, quando illa stat, constituitur essentialiter, & substantialiter testamentum validum in primo gradu; ita etiam constituitur in secundo gradu per Vulgarem substitutionem, quando ei locus est ob primæ institutionis defectum; & sic talis substitutio efficit, vt testamentum subsistat, quando alias ob defectum primæ institutionis periturum erat. Dixi autem, habere hunc effectum, *regulariter*; quia interdum illo caret, vt statim patebit. Exponendum itaque nobis hic est, quandonam Vulgaris substitutio det vires testamento, quod in primo gradu est nullum, & quando non? Ad quod ante omnia notandum, testamentum posse esse nullum, vel ob defectum solemnitatis: vel ob defectum testatoris, vt quia erat impubes, vel filiusfamiliàs, vel seruus pœnæ, vel deportatus, aut quauis alia ratione ad testandum inhabilis, vel denique od defectum instituti, vt quia est deportatus, vel alias incapax recipiendi ex testamento, vel quia noluit esse hæres, aut non fuit institutus, qui institui debuit, vt quando filius est præteritus, vel exhæredatus injustè. 317

His positis, certum in præsenti est, 318
quòd quando testamentum est nullum in primo gradu ob solemnitatis defectũ, non accipit vires à substitutione Vulgari

in eo facta. Ratio patet, quia solemnitas juris est simpliciter necessaria ad valorem testamenti, *l. Hac consultissima, in princ. & §. Ex imperfecto, Cod. de Testam.* & diximus *supra, disp. 2. sect. 2. præsertim, num. 23. & 26.* Vnde tam necessaria est ad testamentum validum in secundo gradu, quàm in primo; siquidem in vtroque est verè, ac propriè testamentum: igitur si testamentum, ob solemnitatis defectũ est nullum in primo gradu institutionis, non potest reddi validum in secundo virtute substitutionis, cùm illud vitium vtrique gradui sit commune. Propter quam rationem diximus *supra, §. 3. in princip.* ad valorem substitutionis Vulgaris requiri omnes juris solemnitates, quæ ad valorem testamenti sunt necessariæ.

319 Intellige verò hanc resolutionem, nisi substitutio esset facta in causam piam; nam tunc sustineretur testamentum in gradu talis substitutionis, non obstante defectu solemnitatis, ex quo esset nullum in primo gradu institutionis ad causas nõ pias factæ; siquidem ad valorem dispositionis piæ solemnitas juris necessaria non est, vt docent omnes, & nos latè explicuimus *disp. præcedenti sect. 9. §. 3.* Intelligе similiter, nisi substitutio facta esset inter liberos: vt si pater in primo gradu instituisset extraneum, liberis in eo gradu exhæredatis; & si ille non foret hæres, eosdem liberos instituisset in secundo gradu. Tunc enim si tale testamentum careret solemnitatibus juris, esset nullum in primo gradu, at sustineretur in secundo virtute substitutionis, cũ ad valorẽ dispositionis inter liberos solemnitas juris non requiratur, *d. §. Ex imperfecto, & l. vltim. Cod. Famil. erciscund.* & tradidimus *disp. præced. sect. 7. §. 5. num. 188.*

320 Certum præterea est, quòd quando institutio, seu testamentum in primo gradu est nullum ob defectum ex parte testatoris, vt quia erat impubes, vel mente captus, aut alia quapiam ratione intestabilis non accipit tale testamentum vires à substitutione. Ratio est manifesta, quia inhabilitas testandi pari modo se habet respectu testamenti in primo gradu, atque in secundo; & ideo quando ratione talis defectus ex parte testatoris, testamentum est nullum in primo gradu, non potest esse validum in secundo virtute substitutionis. Et quidem si ei, qui est inhabilis ad testandum non permittitur codicillari, *l. Diui, 6. §. penult. & l. Conficiuntur, 8. in princip. vers. Codicilli, ff. de Iure codicil.* multò minùs permittetur substituere directè in hæreditate; cùm hoc sit maius, imò sit verè ac propriè testari. Si autem detur casus, in quo defectus testatoris cesset respectu secundi gradus, tunc bene per substitutionem vires accipiet testamentum, vt notauit Barth. *in l. 1. numer. 28. ff. de Vulgari,* & constat argum. *l. Nam si miles, 7. ff. de Injust. rup. testam.* docentque alij apud Fusar. *de Substitut. quæst. 23. numer. 27.*

321 Certum est tertiò, quòd quando institutio corruit ob defectum ex parte instituti, eoquod institutus non vult, aut non potest esse hæres, tunc per Vulgarem substitutionem testamentum sustinetur, si ex parte substituti similis defectus non detur. Patet, quia in tali casu nihil est, quòd hunc effectum impediat; & ita habetur per *l. Iam dubitari, ff. de Hæred. instit. & l. Cùm proponas, Cod. eod. tit. cum simil.* Itaque admittitur substitutus, & valet testamentum in gradu substitutionis, quando institutus ob solum suum defectum excluditur, vt hæres non sit, neque alium hæredem faciat; siue id contingerit, quia excluſus est tempore, idest, quia non adiuit intra tempus sibi præstitutum, *l. Quandiu institutus, 68. ff. de Acquir. hæred.* siue quia excluſus est morte, idest, quia mortuus est non aditâ, neque transmissa hæreditate, *l. vnica, §. Pro secundo,* ibi: *Substitutus, Cod. de Caduc. tol. & l. Thais, §. Splendophorus, ff. de Fideicommissar. libert.* siue quia est excluſus deportatione, vel alia damnatione, *l. Gallus, §. Et quid si tantũ, ff. de Liber. & posth.* siue quia est filius spurius testatoris, *l. 2. C. de Hæred. inst.* seu quia habetur pro nõ scripto, vt si fuit institutus qui tẽpore, quo factũ est testamentũ,

in

in rebus humanis non erat, *l. 3. §. v. ff. de Liber. & posth. a. l. 2. Cod. de Hared. instit. l. vnica, §. In primo, & §. In nouissimo, Cod. de Caduc. tol.* vel aliqua alia ratione incapax succedendi ex testamento, vt ex prædictis constat. Atque in his DD. omnes conueniunt, traditque Barth. *in d. l. 1. num. 24. ff. de Vulgari.*

322 Si autem institutio cuasit irrita, eo quod non fuit institutus, qui institui debuit, quia scilicet fuit in ea præteritus filius, qui erat in potestate testatoris; tunc distinguendum est: nam vel talis filius fuit etiam simpliciter præteritus in substitutione; & tunc cùm idem sit vitium substitutionis, non potest per eam sustineri testamentum, sed tam in primo, quã in secundo gradu manet irritum, idest, tam quoad institutionem, quàm quoad substitutionem; & solùm quoad legata, & reliqua in eo cõtenta sustinetur per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* vt cum Barth. ibid. & communi sententia diximus *disp. præced sect. 4. §. 2. num. 73.* vel non fuit præteritus simpliciter, sed exhæredatus, insertâ causâ, vt si testator ita dixit, *Si Titius à me institutus non fuerit hæres, substituo illi Seium, & exhæredo filium meum Sempronium, quia me grauiter percussit:* & in hoc casu valet substitutio, & dat vires testamento in secundo gradu, vt probat text. *in d. l. 3. §. fin. ff. de Liber. & posth.* & tenet communis sentẽtia cum Barth. *in d. l. 1. num. 24. vers. Primo casu, ff. de Vulgari.*

323 Si verò posthumus sit præteritus in primo gradu, & similiter exhæredatus in secundo, testamentũ ruptum in primo gradu per natiuitatem posthumi, qui se præteritum inuenit, non accipit vires in secundo gradu per substitutionem, si extat institutus, quãdo posthumus nascitur: secus autem, si jam tunc institutus in primo mortuus est, hæreditate non adita. Prior pars hujus resolutionis constat per text. *in l. Nam & si sub conditione, §. fin. ff. de Injusto rupto, & ir. test.* Et ratio cur ita constitutũ est in posthumo, cùm aliud sit in jam nato existente sub potestate, vt per *d. l. 3. §. fin.* est, quam attingit Barth. loco proximè citato, & eo non allegato tradit, & valde cõmendat Trentac. *de Subst. p. 1. c. 10. n. 4.* quia testamentũ in quo posthumus est præteritus, non est nullũ à principio, sed posthumus nascẽdo illud rũpit, *l. 1. C. de Posth. hæred. inst. & l. 2. C. de Bonor. poßeß. contr. tab.* & non rumpit illud nisi ad vtilitatem suam, vt nimirũ sibi locũ faciat, *d. l. Nam, & si sub conditione, in fin.* Si autem in casu proposito solũ rũperet testamentum in primo gradu, in quo est præteritus, non verò in secũdo in quo est exhęredatus, non vtiq; rumperet in sui vtilitatem, sed in vtilitatem substituti, cui & non sibi locũ faceret; quod jus, & ratio non admittit. In casu autem quo filius jã natus est præteritus, testamentũ à principio est nullũ ipso jure, & nõ fingitur rũpi per ipsum filium, sicut in prædicto casu posthumi præteriti; & ideo non mirum, quòd eodem filio exhæredato à secundo gradu, vires accipiat testamentũ in eodẽ gradu per substitutionem, cũ secluſa ratione rũpendi sibi testamentum, nulla sit alia, ex qua talis effectus impediatur.

Et hinc probatur, & declaratur secun- 324
da pars prædictæ resolutionis, quòd scilicet dictũ testamentũ sumit vires à substitutione, si tempore quo posthumus nascitur institutus in primo gradu mortuus est, hæreditate non adita; quia in tali casu per mortẽ instituti perijt testamentũ in primo gradu: vnde posthumus, qui postea nascitur, inueniens se in eo gradu prętéritũ talem gradũ non rumpit, cùm jam sit peremptus: & sic non rũpit etiam secundũ gradũ, à quo est exhæredatus, sed admittitur substitutus, quemadmodũ quando filius jam natus à primo gradu est prętéritus, & à secũdo exhæredatus. Atq; ita habetur per text. expressũ in *l. 1. §. Si vẽter ff. de Vẽtre in poßeß. mit.* & tradit bene Trent. *d. c. 10. n. 1. & 4. vers. Et hinc ex supradictis,* vbi notat idẽ esse quoties simili de causa perẽptus esset primus gradus, quãdo posthumus nascitur, vt quia institutus repudiauerat, vel erat incapax, &c.

Quòd si filius emancipatus eodem 325
modo sit præteritus à primo gradu, & exhæredatus à secundo, tunc rupto

primo gradu ex causa præteritionis, non accipit testamentum vires in secundo per substitutionem, si instituti in primo gradu viuunt, vt probat text. *in l. Non putauit, § A primo, ff. de Bonor. poßeß. contra tabul.* vt bene cum Barth. considerat Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 2. & constat facilè ex dictis, quia testamentum, in quo filius emancipatus prœteritus est, non est irritum de jure Ciuili, sed solùm per jus prœteritum tali filio conceditur, vt petendo bonorum possessionem contra tabulas, possit illud infirmare, *§. Eadem hæc, Inst. de Hæredit. quæ ab intest. defer. l.* 1. *& seqq. ff. & Cod. de Bonor. possess. contra tabul.* Unde cùm hoc remedium fuerit inductum in fauorem talis filij, vt sibi, & non alteri locum faceret, planè fit vt quando hujusmodi remedio vtitur aduersus primum gradum, in quo est prœteritus, etiam excludat secundum in quo est exhœredatus; ne contra mentem juris non sibi, sed alteri, ideſt substitutis, locum faciat. Secùs erit si tempore, quo talis filius dicto remedio vult vti, jam instituti in primo gradu sint mortui, non adita hæreditate, vel aliàs ab ea excluſi, vt per proximè dicta *num. præced.* Aduerte autem quòd forsan hodie secundùm jus nouissimum Authenticorum, *in §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur omnes, Authent. Vt cum, de Appel. cognosc.* illud ipsum, quòd *num.* 322. dictum est in filio existente sub patris potestate, similiter & indistinctè dici debet in emancipato; quia per prædictum jus nouum videtur constitutum, vt eodem modo sit, & habeatur nullum testamentum, quo est prœteritus, vel injustè exhœredatus filius emancipatus, atque existens in potestate patris, vt sentit Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 34. & Molin. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 175. *prope finem.* Quid tamen in hac re sentiam infra suo loco, vbi de materia ex professo agemus, declarabitur.

(:)

§. 21. *Expediuntur aliquæ quæstiones circa prædictum effectum substitutionis Vulgaris.*

SUMMARIUM.

VTrum annullata institutione per querelam fratris, eoquòd instituta sit persona turpis, sustineatur testamentum per Vulgarem substitutionem, atque ex ea substitutus admittatur excluso fratre testatoris? num. 326.

Substitutio facta ei, qui non fuit institutus, dat vires testamento; num. 327.

Si institutus non possit esse hæres eo modo quo testator voluit, sed alio modo, quia nimirum fuit institutus Suus, & tempore quo testator moritur, reperitur emancipatus, an tunc sit locus substitutioni, & ab ea vires capiat testamentum? Respondetur cum distinctione; num. 328. *& seq.*

Vtrum testamentum possit capere vires à tacita Vulgari comprehensa in Pupillari expressa, si pupillus post mortem patris decessit non aditâ, nec aliàs acquisita hæreditate paterna? Prima sententia negat; num. 330. *Secunda, & verior affirmat; num.* 331.

Expresso vitiato non vitiatur tacitum in eo comprehensum, quando tacitum venit æquè principaliter, sed quando venit accessoriè, & vt sequela expressi; num. 332.

Si pupillus, cui pater expressè substituit pupillariter, paternam hæreditatem repudiet, sumit vires testamentum paternum à tacita Vulgari comprehensa in Pupillari expressa; num. 333.

Quando pupillus, cui pater substituit pupillariter, est institutus solus, & non aditâ, nec repudiata hæreditate decessit, non capit testamentum vires à tacita Vulgari comprehensa in Pupillari, sed transmittitur hæreditas patris ad substitutum hæredem pupilli, ipseque substitutus eam capit jure transmissionis, non ex tacita Vulgari; numer. 334. *Et idem est quando pupillus*

est

est institutus simul cum alio cohærede Suo, ideſt, jus Suitatis habente; n. 335.

Quid, si cohæres datus pupillo est extraneus? num. 336. *& seqq.*

Datio cohæredis extranei tollit à pupillo existentiam Suitatis quoad effectum confirmandi tabulas pupillares; non ita verò quoad effectum transmittendi hæreditatem non aditam ad quoscumque hæredes ipsius pupilli; d. num. 336. *Sed contra; num.* 338.

In omnibus casibus, in quibus pupillus habens cohæredem extraneum decesſit ante acquisitam hæreditatem paternam, habet locum tacita Vulgaris comprehensa in expreſſa Pupillari ei factâ, & per eam accipit vires testamentum patris ipsius pupilli, licèt cohæres ei datus non adeat hæreditatem; n. 337.

Per dationem cohæredis extranei nō impediri Suitatem pupilli, etiam quoad effectum confirmandi tabulas pupillares, aliqui probabiliter sentiunt; n 338.

Licèt per dationem cohæredis extranei impediatur Suitas, id juxta aliquos procedit de datione talis cohæredis cum effectu: ſecus, ſi effectum non habeat, vt quia cohæres repudiauit; ibid.

Quando impuberi instituto, qui patris testatoris hæres non existit, datus est ſubstitutus Pupillaris aliquis ex liberis ipsius testatoris, qui aliàs non reperitur institutus, testamentum accipit vires à tacita Vulgari, quæ in expreſſa Pupillari comprehenditur; n. 339.

Testamentum accipit vires à tacita Vulgari comprehensa in Pupillari expreſſa, decedente pupillo in vita patris testatoris, ex communi sententia; numer. 340. *& seq. Contrariam sententiam tenent non pauci; num.* 342. *Ea tamen excluditur; num.* 343.

Prædictam communem sententiam limitant aliqui cum Barth. vt non procedat, ſi pater mortuo impubere, potuit ſibi prouidere, faciendo aliud testamentum; num. 344. *Hæc tamen limitatio meritò ab alijs rejicitur; num.* 345. *Excluduntur ejus fundamenta; num.* 346.

Explicatur fundamentum præſumptionis, ex qua tacita Vulgaris comprehendi intelligitur ſub expreſſa Pupillari; d. num. 345. *& seq.*

Si Pupillaris ſubſtitutio ſit facta ventri, & is non naſcatur, vires accipit testamentum, & admittitur ſubſtitutus ex tacita Vulgari; num. 347.

ADhuc verò circa prædictum effectum nonnullæ ſunt quæſtiones minimè prætereundæ. Prima eſt, vtrū annullata inſtitutione per querelam fratris, eoquod inſtituta ſit perſona turpis, ſuſtineatur teſtamentum per Vulgarem ſubſtitutionem, atque ex ea ſubſtitutus admittatur, excluſo fratre? Videtur negandum per ſupradicta, ſiquidem frater rumpendo tale teſtamentū, quoad primum gradum, id facit ad ſuam vtilitatem, vt nimirum ſibi locum faciat, & non ad vtilitatem ſubſtituti, quæ eſt ratio ob quam *ſupra, num* 323. *&* 325. diximus, quòd poſthumus, & filius emancipatus, rumpentes teſtamentum quoad primum gradum, in quo ſunt prætériti, rumpunt conſequenter ſecundum, à quo fuerunt exhæredati. Nihilominus tamen contrariam ſententiam tuetur latè Menoch. *conſil.* 1137. *dub.* 2. & pro ea quandam deciſionem ſenatus Pedamontani refert Fuſar. *de Subſtit. q.* 52. *n.* 4. ex Theſauro *deciſ.* 127. *& ſeq. n.* 9. atque juxta hanc opinionem judicatum fuiſſe dicit Peregrin. *tract. de Iure Fiſci, lib.* 3. *tit.* 18. *n.* 100. Neque eſt eadem ratio in hoc caſu, atq; quādo poſthumus, vel filius emancipatus rūpunt teſtamentum. Nam fratri non eſt conceſſum, quod poſsit rumpere teſtamētum fratris ex eo præciſè quòd in illo ſit prætéritus, ſed quòd ſit prætéritus, vocatâ priùs perſona turpi, & per eam ab hæreditate ipſius fratris excludatur; quod in jure cenſetur abſurdum, vtpote cedens in dedecus, & contumeliam fratris prætériti: hoc autem abſurdū ceſſat in ſubſtitutione perſonæ non turpis, nulla enim fratris prætériti eſt injuria, nullū dedecus in eo quòd annullata inſtitutione perſonæ turpis, perſona honeſta ex ſubſtitutione admittatur, & ipſū fratrē excludat, vt per 326

se liquet. Posthumis autem, & alijs filijs cõceditur simpliciter, & absolutè, quod possint rumpere testamentum paternũ, in quo se præteritos reperierint, atq; adeo vt simpliciter, & absolutè sibi locum faciant, respiciendo tantùm ad propriam ipsorum vtilitatem; quod non staret, si rumpendo primum gradum, non sibi, sed substitutis locum facerent.

327 Secunda quæstio est, vtrùm substitutio facta ei qui non fuit institutus, det vires testamento: vt quando testator, non instituto Petro, dixit; *Si Petrus mihi hæres non erit, Paulus hæres esto?* Respondetur affirmatiuè, cum Glos. *in l. Ex facto, 19. verb. Esset data, in fine, ff. de Hæred. instit.* vbi etiam Bald. Paul. Castr. & Imola; idemque tenent alij, quos citat, & sequitur Mantica *lib. 5 de Conject. vltim. volunt. tit. 5. num. 4.* & Trentac. *de Substitut. p. 1. cap. 10. num. 6.* Ratio est, quia quòd Petrus non fuerit institutus, non tollit quominus verificata sit conditio, *Si hæres non erit*, sub qua testator Paulum vocauit, & sibi hæredem instituit; neque est aliquid quòd impediat, ne talis vocatio sit valida, & efficax ad dandum vires testamento. Latiùs circa hanc quæstionem disputat Trentac. sed non est, cur eam tanti faciamus.

328 Tertia quæstio est, si institutus potest quidem esse hæres, sed non eo modo quo testator voluit, quia minimum fuit institutus Suus, & tempore mortis testatoris reperitur emancipatus, an tunc sit locus substitutioni, & ab ea vires capiat testamentum? Respondetur cum distinctione; nam vel talis substitutio fuit facta ex necessitate, juxta consilium Galli, quod est, quando nepos substituitur filio in potestate: vel fuit facta ex voluntate, vt est, quando substituitur extraneus, vel alius, qui, emancipato filio instituto, non potest subintrare in locum Suitatis, à quo filius egressus est. In primo casu habet locum substitutio: secus verò in secundo. Ita Barthol. *in l. 1. num. 29. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num. 30.* Socin. *num. 34.* Jas. *num. 56.* & cæteri communiter. Imola *in cap. Raynutius*, & alij, quos citat, & sequitur Trentacinq. *d. cap. 10. numer. 7. & 11.*

Priorem partem hujus resolutionis 329
probat text. *in l. Gallus, § Et quid si tantùm, ff. de Liber. & posthum.* Et ratio est, quia quando nepos substituitur filio, juxta consilium Galli, talis substitutio fit principaliter in Suitate, ad hoc vt nepos intret in locum filij jure Suitatis, si fortè filius tempore mortis testatoris jam non existat in rerum natura, vel non sit hæres Suus; ne si tunc nepos se præteritum reperiat, testamentum rumpat; cùm in tali casu habeat primum locum in Suitate, & consequenter jus rumpendi testamentum aui, si ab eo sit præteritus. Ergo, cùm in nostro casu filius desierit esse hæres Suus per emancipationem, habet locum dicta substitutio nepotis, & ab ea incipit testamentum. Nec obstat, quòd hodie sublata est differentia inter Suos, & emancipatos, per *Auth. de Hæredib. ab intestato, §. Nullam verò*; nam per hunc textum nihil mutatum est circa successionem ex testamento, sed tantùm circa successionem ab intestato, vt notat Glos. *in d. §. Et quid si tantùm, verb. Emancipatus, & in l. Si emancipati, Cod. de Collation.* alijsque in locis, quod etiam tenent Roman. Dec. & alij, quos citat, & sequitur latiùs id probans Trentacinq. *supra, num. 10. & seqq.* patetque satis ex *d. §. Nullam verò, in fine.* Aliam partem probat text. *in d. l. Gallus, §. fin. & in l. Si pater famil. Titium, ff. de Hæred. instit. & in §. Seruus autem, vers. Si non, Instit. eod. tit.* estque citra dubium.

Quarta quæstio est, vtrùm testamen- 330
tum possit accipere vires à tacita Vulgari contenta in Pupillari expressa, si pupillus post mortem patris decessit, non aditâ, neque aliàs acquisita hæreditate paterna; vt si decessit in captiuitate, in quam viuo patre deuenerat? Negant Dinus *in l. 1.* & ibi Jas. *num. 85.* dicit esse communem opinionem, *ff. de Vulgari*, Cyn. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substit.* & ibi Franc. Jacob. de Rauen. & alij, Din. *in l. Ita tamen, §. à Patre, ff. Ad Trebel. & in l. Quòd si filius, ff. de Vulgari*, Glos.

in

in l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel. & ibi Din. & Rainer. Bald. 329
in l. Si pater filium, ff. de Vulgari, & ibi Castr. Angel. *in l. Si pater captus, ff. eod. & in l. vnica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol. & in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari,* Joan. Andr. *in cap. Si pater, de Testament. in 6. & in Addition. ad Spec. rubr. de Testam.* & Corneus affirmans esse communem *consil.* 199. *num.* 24. *lib.* 2. Ducuntur, quia in casu proposito vitiatur Pupillaris substitutio expressa ipsi pupillo facta, vt habetur *in l.* 2. *in princip. vers. Adeo autem, ff. de Vulgari, & in l. Lex Cornelia,* 28. *vers. Si verò viuo, ff. eod.* Ergo vitiatur etiam tacita Vulgaris comprehensa in illa: nam vitiato expresso, necesse est vitiari etiam tacitum, quod in eo continetur, *l.* 3. *§. Qui habet, Cod. de Seruit. rustic. præd. & l. Si sponsus, §.* 1. *ff. de Donat. inter virum, & vxor.*

331 Contrarium nihilominus tenent meritò Glos. *in d l. Lex Cornelia, verb. Non existimo, & in l. Si pater captus, verb. Substitutus, & vtrobique* Barthol. & alij *ff. de Vulgari,* idem Barth. *in l.* 1. *num.* 31. *ff. eod.* & ibi Alex. *num.* 30. Jas. *num.* 57. Socin. sen. *num.* 35. Ripa *num.* 163. Alciat. *num.* 74. & Catal. *num.* 86. Bald. *in l. fin. Cod. de Instit. & substit.* Barth. *in l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, num.* 3. *ff. Ad Trebel.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, numer.* 98. *de Testam.* vbi dicit esse communem, Couar. *ibid. §.* 5. *num.* 5. *vers. Vndecimò,* Menchaca *de Succes. progress. lib.* 2. *§.* 11. *numer.* 22. *& seqq.* dicens esse communem, Zasius *tract. de Substit. in materia de Vulgari, num.* 22. Mantica *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 4. & alij, quos refert Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 10. *sub num.* 16. vbi dicit esse communem, & Fusar. *tract. de Substitut. q.* 23. *num.* 15. Fundamentum est, quia, tacita Vulgaris habet virtutem expressæ, vt *in l. vltim. num.* 6. *Cod. de Instit. & substit.* cum temperamento illius legis scribit Bald. & patet cùm regulariter, taciti & expressi eadem virtus dicatur, *l. Cùm quid, ff. Si cert. pet.* atqui per expressam Vulgarem factam filio impuberi, admittitur substitutus, & capit vires testamentum patris, si filius non sit hæres, vt constat ex dictis, & est citra dubium; ergo similiter per Vulgarem tacitam. Confirmatur, quia vt tacita Vulgaris locum habeat, non requiritur aditio pupilli, sed quòd pupillus non adeat, nec sit hæres: siquidem Vulgaris post aditam hæreditatē protinus extinguitur, *l. Post aditam, Cod. de Impuber. & alijs subst.*

Neque obstat quod Aduersarij in con- 332
trarium adducunt: nam tunc vitiato expresso vitiatur etiam tacitum, quando tacitum venit minùs principaliter, & accessoriè, tanquam sequela ipsius expressi: tacita autem Vulgaris, quæ sub expressa Pupillari comprehenditur, non est accessoria respectu illius, sed per se, & æquè principaliter à testatore intenditur, & ideo non vitiatur, licèt Pupillaris expressa vitietur. Vnde diximus *supra, §.* 2. *numer.* 48. cum Barth. & multis alijs, locum esse tacitæ Vulgari, etiamsi Pupillaris expressa ab initio esset inutilis, vt quia facta esset extraneo, uel puberi, &c.

Maioris autem claritatis, atque vlte- 333
rioris doctrinæ gratiâ aliqui casus sub proposita quæstione distinguendi sunt. Primus est, si pupillus paternam hæreditatem repudiat, seu omittat. In hoc casu citra dubium est, quòd à tacita Vulgari comprehensa in expressa Pupillari ei facta, potest testamentum vires sumere, atque ex ea adiri hæreditas paterna per substitutum. Nam in hoc casu non solùm militat fundamentum resolutionis supra traditæ, *num.* 331. sed etiam cessat ratio contrariæ; quia repudiatio vel abstinentia pupilli non vitiat tabulas pupillares, cùm hæ per existentiam Suitatis ipsius pupilli confirmentur, & confirmatæ maneant, non obstante repudiatione, vt est communis omnium sententia per text. *in l. Si filius,* 12. *ff. de Vulgari, & in l. Filius, qui se paterna, ff. de Acquir. hæred.* & ita in specie docet Trentacinq. *d. cap.* 10. *sub num.* 17. *vers. Exprædictis.*

Secundus casus est, quando pupillus 334
solus est institutus, (id est, quin ei cohæ-

res datus sit) & non adita, nec repudiata hæreditate paterna post mortem patris decessit. In hoc casu non accipit testamentum vires à tacita Vulgari, sed transmittitur hæreditas patris ad substitutum hæredem pupilli; ipseque substitutus eam capit jure transmissionis, & non ex tacita Vulgari, sic Trentacinq. *d. num.* 17. *vers. Secundus casus*, & videri etiam potest Barth. *in l.* 2. *in princip. num.* 25. *ff. de Vulgari*, & alij, quos idem Trentacinq. refert, & sequitur *cap.* 13. *num.* 8. Ratio est, quia in hoc euentu gaudet pupillus jure Suitatis, quæ per tacitam Vulgarem non tollitur, vt est indubitatum, & infra, §. 22. *numer.* 376. constabit; existentia autem Suitatis confirmat tabulas pupillares *d. l. Si filius, ff. de Vulgari*, & sic decedente pupillo in ætate Pupillari, succedit substitutus in ejus hæreditate, virtute Pupillaris substitutionis, & simul etiam in hæreditate patris ex jure transmissionis, non ex Vulgari tacita, cũ Vulgaris in casu transmissionis cesset, vt vidimus § 6.

Tertius casus est, quando pupillus fuit
335 institutus ex parte, dato illi cohærede, & decessit post patrem, non aditâ, nec repudiata hereditate. In hoc casu distinguendum est. Nam vel cohæres pupillo datus est etiam Suus; & tunc idem est dicendum, atque, in præcedenti casu dictũ est; quia in hoc etiam euentu retinet pupillus Suitatem, vt docent omnes; pluralitas enim existentiam Suitatis, non diminuit, neque vnum simile aliud simile corrumpit: vnde cùm per existentiam Suitatis tabulæ pupillares confirmentur, vt dictum est, sequitur quòd etiam in tali euentu, non est locus tacitæ Vulgari, sed tantùm Pupillari, & transmissioni, sicut in præcedenti casu.

336 Aut est cohæres extraneus, & tunc cõcludendum videtur cum Trentac. sub *d. num.* 17. *vers. Quartus casus*, post Alex. quem refert, testamentum non accipere vires à tacita Vulgari comprehensa in expressa Pupillari, atque ipsam etiam Pupillarem perire, cohærede non adeunte, & consequenter substitutum penitus excludi, deuoluique totam hereditatem ad hæredes pupilli ab intestato. Fundamentum est, quia datio cohæredis extranei tollit, seu impedit Suitatem pupilli, ne per ejus existentiam confirmentur tabulæ pupillares, *d. §. Idem Iulianus*, non autem impedit quominus ex potentia ipsius Suitatis transmittat pupillus hæreditatem non aditam ad quoscumque suos hęredes, vt constat per *l. Si fratris*, 3. *Cod. de Iure deliber.* & tenent approbando hanc distinctionem Barth. Bald. Angel. Imol. & alij *in l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari.* Paul. Castr. *in d. §. Idem Iulianus, & in d. l. Si fratris*; vbi etiam Bald. & Angel. pluresque alij, quos refert Corn. *in ead. l. Si fratris, num.* 25. estq; communis sententia; igitur non fuit in nostro casu per dationem cohæredis extranei impeditus pupillus, quominus hæreditatem transmitteret ex potentia Suitatis: vbi autem datur casus talis transmissionis, cessat effectus substitutionis Vulgaris, etiam expresse, nedum tacitæ, vt *supra*, §. 6. probatum est; & ita non potest in præsenti casu dicta Vulgaris tacita dare vires testamento. Unde neque etiam ipsa Pupillaris expressa confirmabitur, & consequenter neque ex illa substitutus admittetur. Nam secluśa confirmatione tabularum pupillarium per existentiam Suitatis, quæ quoad hunc effectum sublata intelligitur per dationem cohæredis extranei, non potest Pupillaris substitutio confirmari, nisi per aditionem hæreditatis ex testamento paterno *l.* 2. *in princip. vers. Adeo autem, & l. Sed si plures*, §. *Filio, ff. de Vulgari:* in præsenti autem casu talis aditio non interuenit; siquidem neque pupillus adijt, vt supponimus, neque adiuit adireve potuit substitutus ex Vulgari, vt probatum est; nec denique ij, ad quos pupillus hæreditatem transmittit, talem aditionem facere possunt; quia non succedunt, vt hęredes patris, sed vt hęredes filij, seu pupilli, qui jure Suitatis hæres patris extitit, ipsamque paternam hæreditatem sibi jam eo jure acquisitam transmisit, vt habetur *in d. l. Si fratris, Cod. de Iure deliber.* ac proinde non adeunt, nec succedunt ex testamento patris, neq;

etiam

etiam ex testamento ipsius pupilli, seu ex tabulis pupillaribus, cùm non fuerint cõfirmatæ, sed succedunt pupillo ab intestato. Et ita concluditur, quod neque ex tacita Vulgari, neque ex Pupillari expressa potest in casu præsenti succedere substitutus, sed tota hæreditas ad hæredes pupilli ab intestato deuoluitur.

337 In contrarium tamen videtur stare Mantica *lib. 5. de Conjectur. vltim. vol. tit. 5. sub num. 6. vers. Sed ni ego*, vbi absolutè docet non esse necessariam additionem cohæredis extranei ad hoc vt tacita Vulgaris confirmetur, sed ab ea posse vires sumere testamentum, ipsamque suum effectum sortiri in bonis testatoris, nihil obstante quòd dictus cohæres non adeat; pro qua sententia allegat Glos. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari*, Barth. *ibidem, num. 2. & in l. 1. num. 32. ff. eod.* & alios graues DD. At Glos. solùm loquitur in casu, quo pupillus non fuit hæres propter captiuitatem in qua decessit, in quo casu hic non loquimur; Barth. etiam, alijque DD. licèt probent, quòd ad confirmationem tacitæ Vulgaris non requiritur aditio cohæredis, at non exprimunt casum, de quo hic agimus, & verificatur eorum sententia, quemadmodum & sententia ipsius Manticæ, quando pupillus habens cohæredem extraneum repudiauit hæreditatem patris, vel decessit in captiuitate, in quam viuo patre deuenerat, & in similibus casibus, in quibus Suitas pupilli sublata, vel impedita fuit tam quoad effectum confirmandi tabulas pupillares, & alia disposita per testatorem; quàm etiam quoad effectum transmissionis hæreditatis; in quibus casibus fatemur, quòd Vulgaris tacita non indiget aditione coheredis ad hoc vt confirmetur, sed ab ipsa potest testamentum vires accipere, vt loquendo in casu, quo pupillus repudiauit, & cohæres extraneus illi datus adire noluit, tradit expressè Trentacinq. *d. cap. 10. sub num. 17. vers. Tertius casus*, vbi addit, quòd adita hæreditate patris ex dicta Vulgari tacita in eo casu, ipsa Pupillaris substitutio per talem additionem confirmabitur, & poterit substitutus adire hæreditatem pupilli, si is in ætate Pupillari decedat; id quod latiùs idem Author docet eodem *cap. 10. num. 8.* & tradit etiam cum Baldo *in l vlt. numer. 10. Cod. de Institut. & substit.* Mantica *vbi sup. ante num. 7.* quamquam mirabile ei videatur, quòd tacitum confirmet expressum: idemque tenet Paul. Leonius *tract de Substitut. tit. de Pupillari, num. 198.*

Aliunde autem superior conclusio tra- 338
dita *num. 336.* non videtur solida, cùm fundetur in eo quòd pupillus in illo casu quoad aliquid sit Suus, & quoad aliquid non Suus; quòd videtur absurdum, & à multis reprobatur, qui tenent Suitatem pupilli non impediri per additionem cohæredis extranei, ne tabulas etiam pupillares confirmet; quam sententiam relatis multis, tradit, Corn. *in d. l Si fratris, C. de Iure deliber. num. 27. & seqq.* vbi latè respondet ad obiecta in contrarium, vnde tandem *num. 40.* concludit, quòd cõtraria opinio communis fundata non est in aliqua ratione efficaci, & quòd hæc pars facilè potest contra illam teneri: qua opinione retenta, quæ sanè est valde probabilis, idem in præfato casu dicendum est, atque quando cohæres pupillo datus est Suus. Id quod aliâ etiam viâ defendi potest, si nimirum teneamus cum Baldo *in d. l. Si fratris*, quòd licèt datio cohæredis extranei impediat Suitatem, vt tenet communis sententia, id procedit quãdo talis cohæres esset datus cum effectu, secùs si sine effectu, vt quia repudiauit, quod etiam admittitur à Paulo Castr. *in l. Cùm hæreditate, ff. de Acquir. hæred.* & ab eodem Baldo, *in Repetitione legis, In suis, col. 31. ff. de Liber. & posthum. & in tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num. 20.* potestque confirmari ex Glos. *in l. Papinianus, §. Quarta, verb. Ad substitutum, ff. de Inoffic. testam.* vbi tenent, quòd licèt substitutio Vulgaris soleat impedire Suitatem, tamen non impedit quando substitutus repudiat: vnde sentit, quòd tunc fingitur retro fuisse Suus hæres, quod est notabile: ex qua sententia pro nostro casu sequitur, quòd per datio-

nem

nem cohæredis extranei, non fuit impedita Suitas pupilli, cùm ponamus cohæredem repudiasse, seu noluisse adire, & sic quòd idem in tali casu est dicendum, atque quando cohæres pupillo datus est Suus; in quo eventu, quid tenendum sit, diximus *num.* 335 Quantum vero probabilitatis habeat illa sententia Baldi, modo non disputo, certè idem Bald. & Castr. contrarium alibi docuit, vt refert Corn. *in d.l. Si fratris, num.* 36.

339 Quartus casus est, quando impuberi instituto, qui patris testatoris hæres non extitit, datus est substitutus Pupillaris aliquis ex liberis ipsius testatoris, qui aliàs non reperitur institutus. Et in hoc casu tenendum est, quod testamentum non rumpitur, sed accipit vires à tacita Vulgari, quæ in expressa Pupillari comprehenditur, vt tenent Imola *in l. Si pater filium, num.* 2. *per eum text. ff. de Vulgari* Ripa *in l.* 1. *num.* 162. *& seqq. ff. eod. & ibi* Alciat. *num.* 115. vbi hanc sententiam dicit communem, Couar. *in cap. Raynutius, de Testament. §.* 5. *num.* 5. *vers. Tertia est sententia*, vbi hanc dicit veriorem, & plures alios in eam adducit Mãtica *lib.* 5 *de Conject. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 7. & Fusar. *de Substit q.* 23 *num.* 25. quia tacita Vulgaris est æque principalis, & per se subsistens, atque ipsa Pupillaris expressa, sub qua comprehenditur; vt jam *supra, num.* 332. dictum est; & ideo licèt Pupillaris corruat, illa tamen suam vim retinet, & non minùs potest dare vires testamento in casu proposito, quàm Vulgaris expressa, si substitutus per eam esset vocatus.

340 Quinta quæstio est, vtrùm à tacita Vulgari cõprehensa in Pupillari expressa capiat vires testamentum, decedente pupillo in vita patris testatoris? Respondetur affirmatiuè ex communissima sententia, quam tenent Barth. in *l. Lex Cornelia, num.* 2. *ff. de Vulgari*, & ibi Bald. Imola, & Roman Bald. *in l. Humanitatis, col.* 10. *Cod. de Impuber. & alijs substit.* & ibi Paul. Castr. idem Bald. *in l. Quidam elogio, Cod de Iure deliber.* Barth. *in l. Neque, §. Cùm miles, num.* 5. *ff. de Vulgari*, Imola *in l.* 1. *num.* 8. *ff. eod.* & ibi Alex. *num.* 32. Socin. sen. *num.* 36. Jal. *num.* 59. Ripa *num.* 164. dicens esse communem, Alciat. *num.* 30. Bald. *in l. vnica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol.* Guil. Bened. *cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num.* 99. *&* 102. *de Testament.* Couar. *d. §.* 5. *num.* 3. dicens esse veriorem opinionem, Zasius *tract. de Substit. in materia de Vulgari, num.* 22. Menchaca *de Successione creat. lib.* 3. *§.* 21. *limit.* 10. *num.* 242. *& de Succes. progressu lib.* 2. *§.* 11. *num.* 38. *& §.* 15. *num.* 36. & plures alij, quos citant, & sequuntur Mantica *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 6. *numer.* 11. Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 10. *sub num.* 20. *vers. Et cum suprà dicta*, & Fusar. *de Substit q.* 23. *num.* 4.

Probatur facilè, quia vt Vulgaris tacita vim habeat, & suum effectum sortiatur, non pendet à Pupillari expressa; cùm non sit accessoria respectu illius, sed æquè principaliter intenta à testatore, ex præsumptione scilicet legis sic illius mentem interpretantis, vt constat ex dictis *supra, §.* 2. *num.* 47. & tenent communiter DD. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, neque etiam pendet ex eo quòd institutus moriatur post testatorem, nam Vulgaris comprehendit suâpte naturâ omnem casum, quo institutus non sit hæres, siue quia nolit, *l. Cùm proponas,* 3. *Cod. de Hæred. instit.* qui autem decedit ante testatorem non est, neque potest esse hæres, & ita in tali etiam casu locum habet Vulgaris: ergo quanuis Pupillaris pereat, decedente pupillo ante testatorem, non tamen perit, sed potiùs fit locus tacitæ Vulgari, quæ stat de per se, absque dependentia à Pupillari expressa, vt declaratum est, & sic in tali casu dat vires testamento. Confirmatur, quia tacita Vulgaris sustinetur, & sustentat testamentum, licèt expressa Pupillaris, sub qua est comprehensa, sit à principio inutilis, vt quia facta est extraneo, vel puberi, vt relatis multis tradidimus *supra, §.* 2. *num.* 48. Ergo à fortiori habet locum, & sustentat testamentum, quando Pupillaris expressa ab initio fuit valida, & solùm ex post facto vitiatur, 341

prout

prout in nostro casu, cùm faciliùs impediatur initium actus, quàm ejus conseruatio, argum. *l. Patre furioso, ff. de His qui sunt sui, vel alieni jur.*

342 Contrariam tamen sententiam tenent non pauci, existimantes non solùm expressam Pupillarem, sed etiam tacitam Vulgarem sub ea comprehensam expirare, decedente pupillo in vita testatoris. Ita sentiunt Glos. Cynus, & Dynus *in l. Quod si filius, ff. de Captiu. & postlimin. reuer.* Dynus *in l. 1. ff. de Vulgari*, Joan. Andr. *in Addition. ad Specul. in rubr. ad tit. de Testament.* Angel. *in l. vnica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol. & in l. Centurio, & in l. Si pater captus, ff. de Vulgari*, Paul. Castr. *in l. Iam hoc jure, ff. eod.* Old. *consil.* 30. Bald. *consil.* 151. *vol* 4. *& consil.* 170. *volum.* 5. & plures alij, quos citant Mantica *d. tit.* 6. *numer.* 11. *in medio*, Trentacinq. *d. cap.* 10. *numer.* 18. & Fusar. *d. q.* 23. *num* 6. Mouentur præcipuè per text. *in d.l. Quod si filius*, vbi dicitur, quòd si filius moriatur in ciuitate antequam pater captus sit ab hostibus, atque adeo si moriatur, viuo adhuc patre, nihil est quod de secundis tabulis tractari possit. Vnde cùm in secundis tabulis non solùm contineatur substitutio Pupillaris expressa, sed etiam tacita Vulgaris, concluditur, quòd vtraque substitutio in tali casu expirat, nec de illis tractari possit.

At non obstante hoc, & alijs hujus sen-
343 tentię motiuis, retinenda est superior sententia communis. *Et ad d. text. in d. l. Quod si filius*, dicendum cum Mantica *in d. lib. 5. tit. 5. num.* 8. Trentacinq. *d. numer.* 18. *vers. Primo*, & alijs, quos referunt, verba illa, *Nihil est quod de tabulis pupillaribus tractari possit*, intelligi tantùm de Pupillari substitutione, vt apertè colligitur ex rationibus in eodem textu assignatis; quę quidem non in tacita Vulgari, sed in sola Pupillari locum habent: non enim dicitur, succedi ex tabulis pupillaribus, quando succeditur ex tacita Vulgari, sed solùm, quando succeditur ex Pupillari, *l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* neque tacita Vulgaris ex ipsis tabulis oritur, sed ex interpretatione, seu præsumptione legis, vt sæpius dictum est. Quare illa vniuersalis negatiua. *Nihil est, quod de tabulis pupillaribus tractetur*; ita exponenda est, vt tam Pupillaris substitutio, quàm quæcumque fuerint relicta à substituto in tabulis pupillaribus, in eo casu euanescant; non autem vt etiam tacita Vulgaris expiret. Omitto alia, quæ contra communem sententiam opponuntur, quia non sunt magni ponderis, & facili negotio illis respondet Trentacinq. *loco proximè citato*, vbi à quolibet videri possunt.

Prædictam verò communem sententi- 344
am limitat Barthol. *in l. 1. num. 32. ff. de Vulgari, & in l. Lex Cornelia, num. 3 ff. eodem, & in l. Tractabatur, ff. de Militari testam.* vt procedat quando pater post mortem impuberis, non potuit sibi prouidere, faciendo aliud testamentum, vt quia statim decessit, vel ignorauit mortem filij; quòd substitutus veniat per tacitam Vulgarem ex præsumpta voluntate testatoris, qui eum instituisset, si sciuisset; vt per *l. Si pater captus, cum sua Glos. ff. de Vulgari:* secùs autem si pater sibi potuit prouidere, & non prouidit, quòd tunc cesset illa præsumptio voluntatis defuncti, nec lex ei subueniat ad coadjuuandam ejus voluntatem, cùm ille fuerit negligens, & talem fauorem non mereatur, quam sententiam sequuntur Ripa *in d. l. 1. num.* 167. Castr. *in d. l. Lex Cornelia, & in l. vnica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol.* Corneus *consil.* 207. *lib.* 1. & alij apud Trentacinq. *d. cap.* 10. *sub num.* 20. & apud Fusar. *d q.* 23. *num.* 6. Mouentur argum. *l.* 3. *Cod. de Inoffic. testam. & argum: d.l. Tractabatur, ff. de Militari testam.*

Nihilominus hanc limitationem me- 345
ritò rejiciunt Couar. *in cap. Raynutius, §. 5. num. 5. vers. Secunda hac, de Testamentis*, vbi testatur prædictam sententiam Bartholi communiter reprobari, Mantica *d. tit. 6. num.* 11. *post med.* Menchac. *de Succeß. creat. lib.* 3. *§.* 21. *num.* 242. Trentacinq. plurimos idem tenentes referens *d. cap.* 10. *sub num.* 20. *vers. Et cum*

su-

supradicta, & alij, quos refert Fular. *d. q.* 23. *num.* 7. Enimvero cùm de jure sub expressa Pupillari contineatur tacita Vulgaris, & hæc sufficiat, vt testamentum sustineatur, & substitutus ad hæreditatem testatoris admittatur, credendum potiùs est, quòd ideo testator mortuo filio, non mutauit testamentum, cùm posset; quia voluit substitutum admitti, & non quòd voluerit eum excludi, neque admittendum est, substitutum venire per tacitam Vulgarem ex præsumptione, quòd testator eum instituisset, si sciuisset, vel cogitasset filium sibi hæredem non fore, sed quia in expressa voluntate, qua testator per Pupillarem expressam voluit, vt ipsa hæreditas deueniret ad substitutũ mediante persona filij, si is post illam adeptam moreretur in pupillari ætate, cõtinetur tacitè voluntas qua censetur voluisse, vt ipsa sua hæreditas transiret immediatè ad substitutum, si filius ante eam adeptam moreretur, vt cum receptiori sententia tradidimus, & probauimus *supra*, §. 2. *num.* 47. Unde statim ab initio tacita Vulgaris intelligitur simul, & æquè principaliter facta cum Pupillari, vt satis constat per *d. l. Iam hoc jure, & ibi DD. ff. de Vulgari.* Neque testator per mortem filij intelligitur illam priorem voluntatem mutasse, vel ab ea recessisse; nam mutatio voluntatis non præsumitur *l. Eum qui voluntatem, ff. de Probation. l. Cùm hic Status, in princip. ff. de Donat. inter vir, & vxor. cap. Maiores de Baptismo:* neque post filium habuit testator aliquem sibi chariorem, cui intelligatur voluisse relinquere sua bona, quàm substitutum Ergo siue post mortem filij diu vixerit, & mutare potuerit testamentum, siue non, substitutus est admittendus ex tacita Vulgari, & per eam sustinebitur testamentum.

346 Ex quibus non obstat *d. l.* 3. *Cod. de Inoffic. testam.* quia ea lex loquitur, & procedit tantùm in casu, quo testator repentina morte interceptus non potuit mutare testamentum, in quo præterierat filium sibi recèns natum; quo casu ei subueniunt ex præsumptione, quòd filium instituisset si per mortem non impediretur mutare testamentum. In nostro autem casu non admittitur substitutus per tacitam Vulgarem ex præsumptione, quòd testator cum instituisset, si sciret casum filij, & haberet spatium mutandi testamentum, sed ex præsumptione, quod illum ab initio vocauit per Vulgarem tacitam sub expressa Pupillari comprehensam, vt probatum, & declaratum est. Non obstat etiam *d. l. Tractabatur, ff. de Milit. testament.* quia ibi conseruantur fideicommissa ex speciali fauore libertatis, mortuo fideicommissario in vita testatoris, qui post illius mortem non potuit mutare testamentum: à casu autem speciali non arguitur ad alios, sed potiùs fit argumentum in contrarium. Deinde testator *in d. l. Tractabatur*, sciens fideicommissarium esse mortuum, consequenter ac sine dubio sciebat substitutionem Fideicommissariam esse extinctam, & ideo si non prouidit, cùm posset, ipsi imputatur: in nostro autem casu totum est econtra, cùm extincta Pupillari, non extinguatur tacita Vulgaris, vt probatum est; & ita cùm testator aliud non disposuerit, vim suam retinet, vt argum. *l. Si Fidejussor. ff. de Leg.* 1.

Sexta quæstio est, vtrùm si Pupillaris 347
sit facta ventri, & is non nascatur vires accipiat testamentum, substitutusque admittatur, ex tacita Vulgari? Respondet affirmatiuè Barth. *in l.* 1. *num.* 33 *ff. de Vulgari*, præterquàm in casu, quo testator post ventris defectum habuit tempus mutandi testamentum, & non mutauit, cùm posset: tunc enim dicit, quòd tacita Vulgaris extinguitur: quam distinctionem, alij etiam approbant. At eâ rejectâ, indistinctè tenendum est, tacitam Vulgarem locum habere in casu proposito; sicut in casu præcedentis quæstionis; nam eadem vtrobique est ratio. Atque ita in specie relatis multis docet Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 22. per text. *in l. Qui ventri, juncta Glos. ff. de Ventre inspic. & in l. fin. Cod. de Institut. & substitut.* Quatenus ibi Vulgaris expressa facta, si posthumus non nascatur, continet tacitam

Pupil-

Pupillarem, eo nato: vnde econuerso, expressa Pupillaris facta ventri, qui nascetur, continet tacitam Vulgarem, eo non nato, & *in l. Ab exhæredati, §. fin. juncta Glos. ff. de Leg. 1. & text. in l. Si nemo, §. fin. ff. de Testament. tutela.*

§. 22. *De tertio effectu Vulgaris substitutionis qui est inducere Pupillarem tacitam quando ipsa Vulgaris est expressa.*

SUMMARIUM.

Regula est, quòd Vulgaris substitutio expressa inducit tacitam Pupillarem, siue ex fictione juris, siue quod longè verius est, ex præsumpta voluntate testatoris: quæ præsumptio non est juris & de jure, sed juris tantùm; num. 348.

Prædicta regula ampliatur primò, vt locum etiam habeat, quando Vulgaris est expressa in vnum casum, & tacita in alium, & solus casus non expressus euenit; num. 349.

Secundò ampliatur, vt quamuis mater pupilli sit in medio, nihilominus tacita Pupillaris sub expressa Vulgari comprehendatur, licèt contra matrem effectum non habeat; num. 350.

Per tacitam Pupillarem comprehensam in Vulgari expressa non excluditur mater pupilli, sed ab ea potiùs, si filio superstes sit, substitutus excluditur à successione pupilli; num. 351.

Substitutus admittitur ex tacita Pupillari, non solùm quando mater pupilli ante ipsum pupillum mortua est, sed etiam quando ei superuixit, at ejus hæreditatem repudiauit; num. 352.

Per tacitam Pupillarem intelligitur substitutus vocatus sub conditione, Si mater pupilli, non possit, aut nolit ei succedere; *ibid.*

Si auus habens nepotem impuberem ex filio emancipato instituat ipsum nepotem, eique vulgariter substituat extraneum, viuente ipso filio emancipato, tunc etiam sub illa Vulgari continetur tacita Pupillaris; sed non habebit effectum, si ille filius nepoti superuixerit, nec ejus hæreditatem repudiauerit; numer. 353. *sed contra; numer.* 354.

Limitatur primò prædicta regula, vt non procedat, quando constat de contraria voluntate testatoris; num. 355.

Si testator expressit, se nolle vt in Vulgari expressa contineatur Pupillaris tacita, duo testes sufficient vt ea contraria voluntas probetur; ibid.

Limitatur secundò, vt non procedat, quando testator expressè in vtrumque casum, ideſt, tam Vulgaris, quàm Pupillaris substitutionis, prouidit; numer. 356.

Limitatur tertiò vt non habeat etiam locum, quando testator in casum Vulgaris substituit per Vulgarem, & in casum Pupillaris substituit per fideicommissum; num. 357.

Limitatur quartò, vt non procedat, quando Vulgaris expressa facta est taxatiuè, vt si testator dixit; Substituo vulgariter tantùm: *vel,* si filius meus non erit hæres, substituo Caium in tali casu tantùm; *num.* 358. *Quid, si dixit;* Se tunc, *&* in eo casu, *substituere? numer.* 359.

Limitatur quintò, vt non procedat, quando pater habens filios impuberes vni substituit expressè vulgariter, alteri pupillariter; nisi sufficienter constet, testatorem ex obliuione, aut errore omisisse exprimere Pupillarem in persona ejus, cui substituit per Vulgarem; numer. 360.

Limitatur sextò, vt non procedat, quando pater duobus filijs imparibus, ideſt puberi & impuberi, simpliciter substituit per Vulgarem: talis quippe Vulgaris, etiam vt est facta impuberi, non continet tacitam Pupillarem; & idem est, si pater instituisset simul filium impuberem, & alium extraneum, & vtrique per Vulgarem substituisset; n. 361. *Id verò intellige, si illa Vulgaris facta est dictis imparibus conjunctim: secùs*

autem, si facta fuerit singulis separatim, licèt aliqui contrarium sentiant; num. 361. *& seq.*

Limitatur septimò, vt non habeat locum, vbi lege, aut statuto cautum esset, vt testamenta intelligantur ad literam, prout jacent. Id tamen non est solidum; num. 364.

Limitatur octauò, vt non procedat in substitutione Vulgari facta per militem; num. 365. *Hæc tamen limitatio rejicitur; num.* 366.

348 CErta juris regula & sententia est, quòd Vulgaris substitutio expressa filio impuberi facta continet, & inducit tacitam Pupillarem, vt constat & tradunt omnes, *per l.* 2. *§. vltim. vers. Sed & si extiterit, ff. de Vulgari, & per l. Iam hoc jure, ff. eodem, & per l. Quanuis, Cod. de Impuber. & alijs substit.* siue quia lex fingit, testatorem, qui vulgariter substituit, voluisse etiam substituere pupillariter; siue quod longè verius est, quia ipsũ jus præsumit, testatorem ita voluisse, vt colligitur *ex d. l. Iam hoc jure*, vbi hæc voluntatis quæstio appellatur, & apertiùs ex *d. l. Quanuis*, ibi; *Si modo non contrariam voluntatem testatoris*, &c. quæ verba clarè significant totum hoc negotium pendere à præsumpta voluntate testatoris. Et ita relatis pluribus docet latè Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 35. vbi contrarias etiam opiniones refellit, additque hanc præsumptionem non esse juris & de jure, sed juris tantùm, quod alij etiam satis multi apud ipsum tradunt, inter quos Barth. *in l.* 3. *num.* 5. *ff. de Leg.* 1. Aret. *in d. l. Iam hoc jure, num.* 2. & Polit. *tract. de Substitution. in tit. de Vulgari, particula*, 1. *in fine:* & patet, quia contra dictam Pupillarem tacitam admittitur probatio, quòd scilicet testator noluerit eam contineri sub expressa Vulgari, vt probat, *d. l. Quanuis*: quod non ita esset, si dicta Pupillaris niteretur fictione, aut præsumptione juris & de jure; cùm neque contra hujusmodi præsumptionẽ, neque contra fictionem, probatio admittatur, vt est citra dubium vt notat idem Menoch. *num.* 3. *fine*, & *numer.* 5. & 7. Quod autem sit fundamentum præsumẽdi dictam Pupillarem tacitam sub expressa Vulgari? Tractant Mantica *lib.* 5. *de Conjectur. vlt. vol. tit.* 13. *n.* 6. & Menoch. *d. præsumpt.* 35. *n.* 22. nos verò dicemus commodiùs *sect. seq.* vbi ex professo de Pupillari agemus.

Ampliatur primò dicta regula, & juris præsumptio, vt locum etiam habeat, quãdo Vulgaris est expressa in vnum casum, & tacita in alium, soluſque casus non expressus euenit; vt si fuit facta, si posthumus non nascatur, ille verò natus fuit, & decesit in pupillari ætate: nam sub tali etiam Vulgari Pupillaris tacita continetur, vt probat text. *in l. vlt. Cod. de Instit. & substit.* & docent Barth. *in l.* 1. *num.* 36. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *n.* 38. *in princip.* Alex. *in d. l. vlt. C. de Instit. & substit.* & ibi Jas. *n.* 1. Guil. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, n.* 105. *de Testam.* & ibi Couar. *§.* 4. *n.* 6. *vers. Est autem expressa*, Menchac. *de Succes. progres. §.* 18. *n.* 42. Mantica *d. tit.* 13. *numer.* 17. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsũpt.* 36. *num.* 13. Trentacinq. *de Substitution. p.* 1. *cap.* 11. *num.* 1. & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 28. *num.* 2. Est autem satis mirabile, vt substitutio in vnum tantùm casum expressa porrigatur ad duas tacitas diuersi generis, vt Mantica *loco citat.* notauit. 349

Ampliatur secundò, vt quanuis extet mater pupilli, nihilominus tacita Pupillaris sub expressa Vulgari comprehendatur, licèt contra matrem effectum non habeat. Ita sentiunt Barthol. *in l. Centurio, num.* 5. *ff. de Vulgari*, & ibi Aret. *col.* 5. Ripa *n.* 33. vbi dicit esse communem, Socin. Jun. *n.* 123. Cephal. *num.* 166. & alij, idem Barth. *in l. Precibus, num.* 5. *Cod. de Impuber. & alijs substit.* & ibi Dec. *num.* 11. & Rimin. Jun. *num.* 155. Salicet. *num.* 8. & 9. Paulus Castr. *num.* 6. & Alex. *num.* 5. idem Castr. *in d. l. vltim. num.* 4. *Cod. de Instit. & substit. & in d. l. Quanuis, numer.* 1. *ad fin. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Mantica *de Conjecturis vltim. volunt. tit.* 13. *num.* 18. & *tit.* 14. *numer.* 350

mer. 16. aliàs *num.* 21. *in noua editione*, Menoch. latissimè hac de re disputans *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 40. *num.* 1. & plures alij, estque communis sententia, vt multi apud Manticam testantur; quod etiam fatentur Polit. *tract. de Substitut. tit. de Vulgari, partic.* 5. *num.* 40. & Trentacinq. *de Substitution. p.* 1. *cap.* 12. *sub num* 6. *vers. Secunda est opinio*, qui ejus vtilitatem admittunt, sed aliâ viâ.

351 Hæc ampliatio procedit suppositâ alia communi, & receptâ sententiâ, quòd per tacitam Pupillarem comprehensam in Vulgari expressa non excluditur mater pupilli, sed ab ea potiùs, si filio superstes sit, substitutus excluditur à successione pupilli; quam resolutionem tradunt latè post alios Menoch. *d. lib.* 4 *præsumpt.* 39. Trentacinq. *d. cap.* 12. *à princip.* & Fusar. *de Substitut q* 157. de qua etiam nobis agendum est *sect. seq.* § 16. Illâ ergo nunc suppositâ, fundamentum præfatæ ampliationis sumitur *ex d. vltim. Cod. de Instit. & substit.* vbi facta per patrem Vulgari expressa filio impuberi, & eueniente casu Pupillaris, dicitur quod debet admitti substitutus, si mater pupilli ante ipsum pupillum mortua sit. Quod non staret, si substitutus non intelligeretur vocatus ab initio per Pupillarem tacitam quando testator eum substituit vulgariter: nam si tunc illa tacita Pupillaris non fuisset facta, atque adeo si tunc nulla extitisset, non posset postea mortuo jam testatore suscitari, tum per regul. *Quæ ab initio, penult. ff. de Regul* tum quia voluntas finitur morte, *l. Cùm hic status, ff. de Donat. inter vir. & vxor, l. Centesimis,* §. 1. *ff. de Verbor. oblig.* vnde si viuente testatore illa substitutio non extitit, non potest postea ex vlla ejus volũtate induci. Quòd si dicas cum Polito, *vbi supra*, & alijs eam suscitari, & induci auctoritate legis: obstat, quòd hoc admisso, jam non ex præsumpta voluntate testatoris, sed ex mera fictione juris inducta esset hujusmodi substitutio, cujus oppositum *supra, num.*
352 348. cum communi statuimus.

Hinc colliges, substitutum admitti ex tacita Pupillari, non solùm quando mater pupilli ante ipsum pupillum mortua est, sed etiam quando eis superuixit, at ejus hæreditatem repudiauit, vt tenent Barth. *in d. l. Centurio*, Polit. *d. partic.* 5. *num.* 41. *vers. Attamen communis*, vbi hanc sententiam dicit communem, Mantica *d. n.* 18. *& alij*, ratio est, quia substitutus intelligitur vocatus ab initio ad successionem pupilli sub conditione, *Si mater ipsius pupilli non possit, aut nolit ei succedere*, vt ex Aretino, ac juxta mentem Bartholi declarat Menoch. *d. numer.* 1. illa autem conditio impletur, repudiante matre hæreditatem pupilli. Politus verò probat hac ratione; quia substitutus non excluditur à successione pupilli, nisi causâ, & fauore matris: talis autem causa, seu fauor cessat, non solùm quando mater moritur ante pupillum, sed etiam quando post ejus mortem repudiat. Neque obstat, quòd *in d. vltim. Cod. de Instit. & substit.* solùm consideratur casus, quo mater præmoritur, quia per hoc non excluduntur casus similes; vel etiam, quia non fuit in cogitatione, quòd mater posset spernere hæreditatem pupilli.

Ampliatur tertiò, vt quod dictum est, 353
quando mater pupilli est in medio, similiter dicendum sit, quando auus habens nepotem impuberem ex filio emancipato instituit ipsum nepotem, eique substituit vulgariter extraneum, viuente filio patre nepotis; quia tunc etiam sub illa vulgari expressa comprehenderetur tacita Pupillaris, quæ effectum non habebit, si pater tali nepoti superuixerit, nec ejus hæreditatem repudiauerit: sic Barth. *in l.* 2. *num.* 24. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa, *numer.* 47. Socin. Iun. *num.* 100. vbi dicit esse communem sententiam, & alij, Zas. *in l.* 1. *num.* 49. *ff. eod.* & Salic. *in d. l. vltim. num.* 6. *Cod. de Instit. & substit.* quorum fundamentum est, quia eadem videtur esse ratio in patre pupilli, atque in matre, quam substitutus ex tacita Pupillari non excludit, vt dictum est.

Cæterùm Mantica *lib.* 5. *de Cõiect. vlt.* 354
volunt. tit. 14. *num.* 18. *aliàs*, 23. *in nouissima edit.* longè diuersam rationem assignat in patre, & magis credit, eum in

casu proposito simpliciter excludi à successione filij, nisi ex conjecturis appareat, quòd testator illi erat benè affectus, & nō fecit eum exhæredem, eoquod extraneum, quem vulgariter nepoti substituit, chariorem haberet: secluſis nanque hujusmodi conjecturis, stat contra illum ea ratio, si testator ipsum filium suum contra commune votum parentum neglexit, præferendo illi extraneum, cùm ageretur de successione ipsius testatoris, magis debet intelligi voluisse illi præferre eundem substitutum in successione nepotis, cùm successio minus rigorosè sit debita ascendētibus. *l. Nã & si parētibus. ff. de Inoffic. test. l. Scripto, in fin. ff. Vnde liberi.* Hæc autem ratio cessat in matre impuberis, cui, eâ præteritâ, pater vulgariter substituit extraneum; quia successio testatoris, de qua in Vulgari substitutione agitur, nullo jure est debita matri, vxori ipsius testatoris; & ideo non sequitur, quòd similiter intelligatur exclusa per tacitam Pupillarē à luctuosa filij successione. Hæc resolutio mihi videtur verior; & procedit absque dubitatione, quando pater fuisset mala mente exhæredatus à testatore patre suo, & auo impuberis, vt cum alijs notat idem Mantica *Suprà num. 21. aliàs 25.* argum. *tex. in §. Exhæredatos, Auth. de Hæred. & Falcid. & l. Si patronus testamento, §. Siquis mala mente. ff. de Bonis libert.* Tunc enim cessat conjectura, quòd testator voluerit illū patrē præferri substituto in successione impuberis.

355 Multas autem limitationes prędicta regula patitur. Primò limitatur, vt non procedat, quando constat de cōtraria voluntate testatoris, quòd scilicet noluerit tacitam Pupillarem comprehendi sub expressa Vulgari. Hæc limitatio est citra dubium, exprimitur enim *in d.l. Iam hoc jure, vers. Sin autem impubes*, ibi; *Si voluntas parentis non refragetur, ff. de Vulgari, & in d.l. Quanuis*, ibi; *Si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur, Cod. de Impuber. & alijs substit.* atque ita docent omnes. Dubitabis autem si testator expressit se nolle, quòd in Vulgari expressa contineatur Pupillaris tacita, quot testes sufficiant, vt ea contraria voluntas probetur? Sufficere duos tenent Barthol. *in l. 2. in princ. num. 39. ff de Vulgari*, & ibi Ruin. *num. 61.* & Ripa *num. 51.* Bald. *in l. Quanuis, Cod. de Impub. & alijs substitut.* & ibi Salic. & Alex. Socin. sen. *in l. 1. num. 38. ff. de Vulgari*, Guil. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num. 107. de Testam.* Mantica *lib. 5. de Conjectur. vlt. volunt. tit. 14. num. 11.* dicens id esse magis receptum, Menoch. *de Præsumption. lib. 4. præsumption. 36. num. 16.* & cum alijs Fusar. *de Substit. q. 28. num. 39.* Probant quia vbi agitur de declaratione volūtatis, sufficiunt duo testes, *l. Hæredes palam, §. Sed & si notam, vbi Glos. & Dynus, ff. de Testam.* Barthol. *loco proximè citat.* & multi alij, apud Mantic. *d. tit. 14. numer. 12.* Et præterea, quia duo testes faciunt conjecturam, vt notatur *in l. vltima, Cod. Famil. erciſc.* & maximè contra tacitam voluntatem, & extensiuam interpretationem: nam vna conjectura tollit aliam, *l. Diuus, ff. de Restit. in integr. cum similib.* Decius tamen *in d.l. Quanuis, numer. 1. & consil. 315. num. 4. vers. Quarta & vltima*, credit requiri septem testes, quòd in hoc casu agatur de probanda testatoris voluntate. Hæc tamen ratio non subsistit, nam reuerà solùm agitur de interpretanda voluntate testatoris, vt alij notant, & satis per se liquet. Quòd si testator dictam voluntaem contrariam non expresit, satis erit quòd ea ex conjecturis colligatur, vt constabit ex sequentibus limitationibus, & aduertit Mantica *supra, num. 12. in fine.*

Limitatur itaq; secundò præfata regula, vt non procedat, quando testator expresè in vtrumq; casum, ideſt, tam Vulgaris, quàm Pupillaris substitutionis prouidit, vt si ita dixit; *Instituo Caium filiū meum, & si hæres non erit, substituo Semproniū: si autem dictus filius meus hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, substituo ei Titium.* In hoc enim casu, sub Vulgari expressa illis verbis, *Si hæres non erit substituo Sempronium*, non comprehenditur tacita Pupillaris ad commodū dicti

dicti Sempronij. Casus est *in l. Cum ex filio, §. 1. vbi Glos. & DD. ff. de Vulgari*, & constat etiam ea ratione, quòd expressa prouisio hominis facit cessare tacitam prouisionem legis, *l. Maritus, Cod. de Procurat. & l. vlt. Cod. de Pactis.* Atque ita docent Barthol. *in l. 1. num. 24. ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *num. 38.* Jason *in d. l. Quanuis, num. 1. vers. Tertiò fallit*, vbi dicit hoc esse ab omnibus receptum, *Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Dec. *num. 2.* Roman. *consil. 138 in fin. lib. 2.* Barth. de Hucio *tract. de Substitution. vbi de Vulgari, num. 13* Zasius, *tract. etiam de Substit. tit. de Vulgari, num. 25.* Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 5. tit. 14. num. 13.* Menoch. *de Præsumption. lib. 4. præsumpt. 36. num. 16.* Trentacinq. *de Substit. p. 1. c. 11. num. 11.* & cum multis alijs Fusar. *de Substit. q. 28 num. 9.*

357 Limitatur tertiò, vt locum non habeat, quando testator substituit filio impuberi, *Si hæres non erit*; atque adeo per expressam Vulgarem; *& si hæres erit, & in pupillari ætate decesserit*, substituit per fideicommissum, nam tunc etiam sub illa Vulgari expressa, non continetur tacita Pupillaris, vt post Ruinum *consil. 103. in fine, lib. 2.* docent in specie Mantica *d. tit. 14. num. 14* Menoch *d. præsumpt. 36. numer. 49.* & cum alijs Fusar. *d. q. 28. num. 34.* Fundamentum est, quia in hoc etiam euentu habet locum dictum proloquium, quòd expressa prouisio hominis facit cessare tacitam prouisionem legis. Quod quidem non solùm procedit, quãdo exprimitur illud ipsum tacitum, de quo agitur, sed etiam quando exprimitur aliud diuersum, vt sumitur *ex d. l. Maritus*, vbi secundùm communem intellectum probatur, quòd licèt maritus tanquam persona conjuncta possit indistinctè agere pro vxore, tamen si vxor maritum fecerit procuratorem ad vnam causam, non poterit ille maritus in alijs causis pro vxore agere; quia secundùm DD. expressa prouisio hominis facit cessare legis prouisionem, etiam circa alium casum diuersum, vt contra Salicet. declarat ibi Alex. & ad casum præsentem notat Mantica *supra, num. 13. in fine.* Vtrum verò cesset similiter tacita Pupillaris, quando pater substituit filio impuberi per Compendiosam complectentem Vulgarem expressam, & Fideicommissariam? Vide apud eundem Manticam sub *d. num. 14.*

Limitatur quartò, vt non procedat, 358
quando Vulgaris expressa facta est taxatiuè, seu apposita dictione taxatiua, vt si testator dixit: *Substituo Caium vulgariter tantùm*, vel, *si filius meus non erit hæres, substituo Caium in tali casu tantùm*: tunc enim sub illa Vulgari non comprehenditur tacita Pupillaris. Sic Alex. *in l. 1. n. 34. ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *n. 38.* & Ripa *n. 169 fin.* Fulgos. *in l. fin. C. de Impuber. & alijs substit.* & ibi Salic. & Alex. *n. 30.* Paul. Castr. *in l Iam hoc jure, num. 2. ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *sub num. 4.* Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap. 11. num. 2.* & cum multis alijs Fusar. *d. q. 28. n. 10.* essque omnium sententiam affirmat Menoch. *d. præsumpt. 36. n. 25. vers. Cogitandum tamen*, licèt ipse de illa dubitet. Probatur facilè, quia de natura dictionis taxatiuæ est excludere alios casus dissimiles, *l. 2. C. de Patribus, qui filios distrax. l. Ob æs, C. de Prædijs Min. & Clem. Exiui de Paradiso, §. Cum autem, de Verbor. signific.* Pupillaris autem substitutio est dissimilis à Vulgari, nec habet locum, nisi in casu valde dissimili, vt est manifestum.

Vtrum idem sit, quando testator pro- 359
posito casu Vulgaris, diceret, *Se tunc, & eo casu substituere?* Affirmant plerique apud Menoch. *supra, num. 26.* & apud Fusar. *d. q. 28. num. 12.* Alij tamen probabiliùs negant, vt Ripa *in l. 1. num. 169. ff. de Vulgari*, & Rota Romana, quam refert Cassador *decis. 1. in tit. de Testamentis*; quia verba *tunc*, & *eo casu*, non sunt taxatiua, sed solùm demonstratiua, seu declaratiua casûs, cui adjiciuntur, & respectu temporis extremitatem, seu articulum ejus significant, *l. 4. §. vlt. ff. de Condition. & demonstr.* Unde à fortiori sola dictio, *tunc*, non est taxatiua, neque in nostro casu tacitam Pupillarem excludit, vt notat Trentac. *d. cap. 11. num. 2. ad fin. per text. in d. l. 1.* & ibi Barthol. *in 3. oppositon.*

Vide quæ circa hos dictiones diximus *supra*, §. 14. *num.* 237.

360 Limitatur quintò, vt non procedat, quando pater habens duos filios impuberes vni substituit expressè vulgariter, alteri verò pupillariter, vt si dixit; *Instituo Caium, & Seium filios meos; si autem Caius non erit hæres, substituo Meuium: si verò Seius hæres erit, & in pupillari ætate decesserit substituo Sempronium.* Tunc enim illa Vulgaris expressa facta Caio, non continet tacitam Pupillarem. Sic Barthol. *in d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & ibi Castr. & alij Ripa *in l.* 1. *num.* 171. *ff. eod.* Polit. *tract. de Substitution. tit. de Vulgari, partic.* 6. *num.* 48. Zasius *tract. etiam de Substitut. cap.* 1. *de Vulgari, num.* 25. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 14. *num.* 25. *aliàs* 30. *in nouissima edit.* Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 36. *numer.* 29. Trentacinq. *de Substitution p.* 1. *cap.* 11. *num.* 6. & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 28. *num.* 14. licèt contradicant nonnulli, quos præcitati referunt. Præcipuum fundamentum est, quia cùm testator in proposito euentu expressè cogitauerit de Pupillari substitutione, ac per eam prouiderit vni filio, non potest præsumi, quòd similiter voluerit esse prouisum alteri, in quo id non expressit: imò cùm in vno tacuit quod in altero expressit, planè voluit intelligi, se nolle vtrique eodem modo prouidere. Secùs tamen dicendum, si aliqua ratione, vel conjectura sufficienter constet, quòd testator ex errore, vel obliuione omisit exprimere Pupillarem in persona ejus cui expressè substituit per Vulgarem, vt bene aduertit Trentacinq. *vbi supra.*

361 Limitatur sextò, vt etiam non procedat, quando pater duobus filijs imparibus, vt puberi & impuberi, simpliciter substituit per Vulgarem, vt, *Si tales filij mei hæredes mihi non erunt substituo Sempronium.* Cùm enim sub hujusmodi Vulgari, vt est facta puberi, non contineatur, nec possit contineri Pupillaris, fit vt ob æqualitatem inter ipsos institutos seruandam, non intelligatur etiam comprehendi Pupillaris sub ea Vulgari, vt est facta impuberi. Vnde idem ob eandem rationem est, quando, quis simul instituit filium impuberem, & alium extraneum, eisque vulgariter substituit. Ita in specie Mantica *d. tit.* 14. *num.* 15. *aliàs*, 20. *in nouissima edit. per text. in d. l. Quamuis*, & ibi DD. omnes, maximè Angel. *in* 3. *notab. Cod. de Impuber. & alijs substit.* tradit etiam Barthol. *in d. l.* 1. *num.* 34. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *num* 38. *vers. Quintò*, Ripa *num.* 170. Menoch. *d. præsumpt.* 36 *num* 31. & cum alijs Fusar. *d. q.* 28. *num.* 17. Id quod maximè procedit, & verum est, quando dictis imparibus institutis facta est Vulgaris substitutio Reciproca, vt constat per *d. l. Iom hoc jure, vers. Sed si alter, ff. de Vulgari*, & notant Barth. *d. numer.* 34. Mantica *vbi supra*, Menoch. *d. præsumpt.* 36 *num* 28. Trentacinq. *d. cap.* 11. *num.* 3. & cum multis alijs Fusar. *de Substitut. q.* 257. *numer.* 15.

Prædicta verò limitatio intelligitur, & 362
procedit, quando dicta Vulgaris facta est illis imparibus conjunctim, idest sub eadem verborum conceptione, vt cùm testator dixit; *Si hæredes non erunt, substituo illis*, &c. *Vel instituo Caium, & Seium, eosque inuicem substituo.* Contrarium namque juxtà veriorem sententiam dicendum est, quando talis substitutio fuerit facta singulis separatim, vt si testator dixit: *Instituo Caium, & Seium filios meos, & si Caius non erit hæres substituo Seium: si verò Seius hæres non erit, substituo Caium.* Tunc enim si alter erat impubes, sub expressa Vulgari ei facta continetur tacita Pupillaris, ex qua illi ante pubertatem decedenti succedit pubes. Quia in hoc casu vnaquæque illarum propositionum continet distinctam dispositionem, quæ per se seorsim, ac sine respectu ad aliam considerari debet, *l. vltim. ff. de Injusto rupto testament. l. Pater, §. vltim. ff. Ad leg. Falcid.* & ideo de vnaquaque secundùm suam naturam judicandum est, nullo habito respectu ad æqualitatem in eis seruandam. Quod secùs est, quando illis imparibus facta est conjunctim substitutio, cùm in eo casu con-

considerentur per modum vnius corporis, cui vna, & vniformis substitutio censetur facta, argum. *l. vnica, §. His ita, C. de Caduc. tol.* & ita docent Dynus *in d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & ibi Barth. Bald. Angel. Imola, Castr. Alex. & alij, Jacob. Butrig. *in d. l. Quamuis, Cod. de Impuber. & al. subst.* & ibi Bald. Salicet. Angel. Fulgos. & Castr. Joan. Fab. *in §. Qua ratione, num. 31. Instit. de Pupil. subst.* Corneus *in l. 2. num. 4. fine, Cod. de Impuber. & al. substit.* Anchar. *in cap. Si pater, numer. 4. de Testament.* Zasius *de Substitution. cap. 1. de Vulgari, num. 26. fine*, Mantica *vbi supra*, Menoch. *d. præsumpt. 36. num. 31. cum seqq.* Trentacinq. *d. cap. 11. sub num. 5* & Fusar. *d. q. 28 numer. 19.*

363 Sententiam oppositam, quòd etiam quando dicta Vulgaris facta est separatim illis imparibus, non contineat Pupillarem in persona impuberis, magis probarunt Cynus *in d. l. Quamuis*, Ripa *in d. l. 1. numer. 170. ff. de Vulgari*, & alij apud Menoch. *supra, sub num. 33.* qui plures rationes pro hac opinione adducit, ac plenè soluit, quare non oportet eas hìc referri; cùm apud illum facilè videri possint, nec propter eas à communi sententia in praxi recedendum est.

364 Limitatur septimò, vt non habeat locum, vbi lege, vel statuto cautum esset, quòd testamenta intelligantur ad literam, pro vt jacent. Hæc tamen limitatio, licèt à multis probetur, à multis etiam rejicitur, nisi ex alijs verbis statuti constet apertiùs, ejus sensum esse, vt solùm valeant, & seruentur, quæ in ipso testamento exprimuntur. Qua de re latè scribunt Mantica *d. tit. 14. numer. 26. aliàs, 31. & seqq.* Menoch. *d. præsumpt. 36. à num. 42.* Trentacinq. *d. cap. 11. num. 7. cum seqq.* & Fusar. *d. q. 28. num. 21. & seqq.* qui plures DD. in vtramque partem referunt, & nonnullas distinctiones pro vtriusq; factionis conciliatione addunt.

365 Limitatur octauò, vt non procedat in testamento militis, ideſt, vt in substitutione Vulgari facta per militem filio impuberi, non contineatur tacita Pupillaris. Ita sentiunt Alciat. *in d. l. 1. numer. 142. vers. Addidit, & in l. Centurio, num. 35. fine, ff. de Vulgari.* Vacon. *lib. 4. Declarat. jur. cap. 61. num. 11.* Menchaca, *de Successionum. progress. §. 15. numer. 94. & seqq.* & quidam alij. Mouentur primò, quia in testamentis militum sola verba obseruari debent *l. 1. Cod. de Testam. mil.* nec lex supplet casum omissum, seu non expressum, *l. Si miles vnum, & l. Miles ita, in princip. ff. de Milit. testament.* Secundo, quia cùm miles possit directò substituere pro quouis tempore *d. l. Centurio*, nulla est ratio, cur magis videatur substituere filio, vsque ad decimum quartum annum, quàm vsque ad 20. vel vltra, *l. In testamento, in fine, Cod. de Testam. milit.*

Hanc tamen limitationem non immerito rejicit Jal. *in l. 2. in princip. num. 32. vers. Recol. ff. de Vulgari*, Mantica, *d. tit. 14. num. 2.* & Menoch. *d. præsumpt. 36. ante num. 49.* quia etiam in testamentis militum locum habent conjecturæ & præsumptiones, præsertim quæ eorum fauorem, vel filiorum respiciunt, vt probat *d. l. In testamento, in fine, & d. l. Centurio, & l. 3. ff. de Milit. testam.* prout eas inducit Mantica *loco citat.* & ideo non debet à talibus testamentis rejici cõjectura voluntatis, seu præsumptio ex qua *in d. l. Iam hoc jure*, inducta est tacita Pupillaris, vt comprehensa sub expressa Vulgari. Neque obstant ll. citatæ, ex quibus non debet suppleri casus omissus in testamentis militum; nam hoc procedit in casibus illarum legum, non verò in casu *d. l. Iam hoc jure*, per quam tacita Pupillaris ex præsumpta testatoris voluntate inducta est. Neque etiam obstat, quòd miles potest etiam vltra pubertatem filio substituere directò: nam talis substitutio, cùm ex speciali priuilegio cõcedatur, non intelligitur, nisi specialiter, & expressè facta sit; nam priuilegium nõ trahitur in consequentias, *l. Quod verò contra, ff. de Legib.* Pupillaris autem substitutio fit secundùm jus commune, & passim ex præsumpta voluntate inducitur, vt per *d. l. Iam hoc jure, & d. l. Quan-* 366

uis, & ideo ea potiùs, quàm illa alia Militaris intelligi debet à milite facta, quando is filio impuberi per expressam Vulgarem substituit.

§. 23. *De quarto, & vltimo effectu Vulgaris substitutionis, qui est tollere existentiam Sui hæredis.*

SUMMARIUM.

COmmunis DD. sententia hunc effectum agnoscit, & quibus fundamentis? num.367. & seqq.

Si filius est institutus, omisso posthumo, non potest talis filius esse hæres, etiam jure Suitatis, dum posthumi natiuitas speratur; num.369.

Si minor à patre institutus abstineat, substitutus per ejus abstentionem admissus fit hæres directò: & si talis minor restituatur, solùm acquirit actiones vtiles, remanentibus directis penes substitutum; num.370.

Proponitur sententia negans tolli Suitatem per substitutionem Vulgarem; numer. 372. Contraria sententia communis defenditur; num.373. & seqq.

Quando filius est à patre institutus sub conditione Potestatiua, suspenditur existentia Suitatis per talem conditionem, manetque suspensa quandiu conditio impleri potest, nec in tali casu tollitur per Vulgarem substitutionem ipsi filio factam; num.375.

Suitas non tollitur (etiam retentâ prædictâ communi sententia) per tacitam Vulgarem comprehensam sub expressa Pupillari; num.376.

Quando Vulgaris substitutio solùm est facta expressè in casum impotentiæ, non tollitur Suitas pro casu voluntatis, in quem fit extensio; num.377.

Suitas non tollitur per Vulgarem substitutionem, quando hæc est conjuncta cum Fideicommissaria; num.378. Quomodo id sit intelligendum? numer.379. & seqq.

Quando substitutio Vulgaris facta est in Suitate, vt quando pater instituit nepotem, si filius institutus, se viuo, moriatur, Suitas filij per talem substitutionem non tollitur; num.381.

Per substitutionem in parte hæreditatis factam filio in totum instituto, Suitas ipsius filij non tollitur; num.382.

Quando substitutio Vulgaris caret effectu, vt quia substitutus repudiauit, vel viuo testatore mortuus est, Suitas instituti non tollitur juxta graues DD. num.383. sed contrarium est tenendũ; num.384.

Per dationem cohæredis extranei non impediri Suitatem, si cohæres repudiat, vel viuo testatore decedit, graues DD. sentiunt; num. 383. Sed contrarium est probabilius; num.385.

Per substitutionem Vulgarem comprehensam in Compendiosa Suitas instituti non tollitur; num.386.

Quando legata relicta ab instituto non essent repetita à substituto, vt fit quando sunt relicta nominatim ab instituto, non tollitur Suitas per eam substitutionem; num.387. Id verò solùm procedere videtur in casu, quo filius institutus repudiaret hæreditatem in fraudem legatorum; num.388.

Per Vulgarem substitutionem factam filio non tollitur Suitas quoad legitimã ipsi filio debitam; num.389.

HUnc effectum substitutionis Vulgaris communissima DD. sententia agnoscit. Illum quippe admittunt, & inculcant Barth. *in l. 1. num. 18. ff. de Vulgari,* & ibi Imola *in 5. Quæst. principali* Socin. sen. *num. 47.* Ripa *num. 127.* & alij ibid. Glos. *in l. Papinianus, §. Quarta autem, ff. de Inoffic. testam.* vbi etiam Barthol. & alij Bald. *in l. Apud hostes, Cod. de Suis, & legit. hæred. & in l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Barthol. *in l. Gallus, §. Et quid si tantùm, num.5. ff. de Liber. & posthum.* & ibi Emman. à Costa *p.4. num.26.* idem Barthol. *in l. Si filius, qui patri, num.5. ff. de Vulgari,* & ibi Jason *num.17.* Alberic. *num.20.* Socin. sen. *num.10.* & 20. Guil. Bened. *in c. Raynutius, verb. Mortuo, 2. num.120. & verb.* 367

verb. Si absque liberis, num. 193. *de Testament.* Barthol. de Hucio *tract. de Substition. cap.* 1. *num.* 8. Bald. de Hubal. *in simili tract. rubr. de Vulgari, num.* 31. Polit. *tract. etiam de Substit. tit. de Vulgari, in fine.* Zasius *de Substit. cap.* 1. *num.* 8. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 5. *sub num.* 10 Trentacinq. *de Substition p.* 1. *cap.* 14. *sub num.* 1. *vers. Ex antedictis,* & alij, quamplurimi, quos refert eos sequens Fusar. *de Substitution. q.* 72. *num.* 1.

368 Probari solet hæc sententia primò per text. *in l. Si filius hæres, ff. de Liber. & posth.* vbi dicitur, si pater instituit filium, omisso posthumo, & ipsi filio substituit nepotem ex eo, tunc posthumo non nato, nepotem effici hæredem patri, & auo. Unde arguitur, quòd talis filius amisit Suitatem, eoquòd nepos ei fuerit substitutus; quia alioqui statim post mortem patris ei fuisset hæres Suus, & nepos maneret excluſus; cùm tempore mortis aui non obtineret primum locum; siquidem filius eum in gradu præcedebat, quæ prioritas est de substantia Suitatis, *l. Posthumum, ff. de Injusto rupt. testam.*

Hoc tamen fundamentum efficax non
369 est, & facilè ab Aduersarijs excluditur; nã filius in casu illius textus priùs decessit, quàm posthumus per abortum periret, & ita per pendentiam natiuitatis posthumi impeditus est, ne esset Suus hæres. Non enim poterat esse hæres ex testamento; nam quandiu posthumus nasci speratur, non potest institutus esse hæres, etiam jure Suitatis, *l. Illud, §. fin. cum l. seq. ff. de Bonor. posseß. contra tabul. & l. Ventre, in princip. & vers. Ergo si pleno, ff. de Acquiren. hæredit.* Neque etiam ab intestato; nam quandiu locus esse potest successioni ex testamento, non defertur successio ab intestato, *l. Quandiu potest,* 39. *ff. de Acquir. hæred.* igitur cùm per mortem talis filij, dum posthumi natiuitas pendebat, sublatus fuerit primus gradus, subintrauit nepos in ejus locum, & posthumo postea per abortum extincto, effectus est hæres tam auo, quàm patri, qui intellectus est satis facilis, & à multis receptus, dicitque Jason *in d. l. Si filius hæres,* quòd est sicut sol verus, & sic omnino excluditur argumentum, quòd ex hoc textu pro prædicto effectu Vulgaris substitutionis communiter desumitur.

Secundò igitur, & efficaciùs dicta sen- 370
tentia probatur per text. *in l. Et si sine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minor.* vbi si minor à patre institutus se abstineat, nolendo esse hæres, fit locus substituto vulgari, & si postea ille minor in integrũ restituatur aduersùs abstentionẽ, solùm acquirit vtiles actiones, eoquod directæ maneant affixæ ossibus substituti, qui semel fuit effectus hæres, & non potest deinceps desinere esse hæres, secundùm juris regulas: vnde sic pro prædicta sententia arguitur: si per Vulgarem substitutionem non tolleretur Suitas, ille filius minor remansisset Suus, & consequenter etiam post abstentionem maneret hæres directo, quanuis solo nomine, & sine effectu, *l. Generaliter, §. Sed & siquis, ff. de Fideicommißar. libert. & l.* 2. *§. Et si sint Sui, ff. Ad Tertul.* Ergo non fuissent illi necessariè vtiles actiones, cùm semper retinuerit jura directa, quæ excluso per restitutionem substituto pristinam vim recuperarent, vt per *l. Si hæres institutus, ff. Ad Trebel.* Atqui *in d. §. Sed quod Papinianus,* dicitur quòd solùm acquirit actiones vtiles: ergo supponitur, quòd per dationem substituti vulgaris fuit ei sublata Suitas, ex qua statim post mortẽ patris esset hæres directò; indeque effectum est, solum substitutum, qui illo abstinente admissus est, hæredem directò extitisse, & cùm non posset desinere esse hæres, semper apud illum mansisse jura directa, solasque vtiles actiones minori substituto acquiri, vt *in d. textu* habetur.

Tertiò probatur, & declaratur ratione 371
capitali & à priori, quia testator dando substitutum vulgarem filio, intelligitur eum facere hæredem sub conditione, *Si voluerit*; cùm enim per Vulgarem vocetur substitutus sub conditione, si institutus noluerit, aut non potuerit esse hæres, *l. Cùm proponas, & ibi DD. Cod. de Hæred.*

red. instit. eo ipso institutus vocatus censetur sub cõtraria conditione, *Si voluerit esse hæres*, vt sumitur *ex l. Quibus diebus.* 40. *§. Quidam Titio, & ex l. Aliquando* 106. *ff. de Condit. & demonstr.* quæ verba licet in hærede extraneo seu non necessario nihil operentur, attamen in necessario, qualis est filius in potestate, operantur, vt non maneat necessarius, atque adeo nec Suus, sed voluntarius, acsi esset extraneus, redduntque institutionem cõditionalem, *l. Verba hæc*, 12. *& ibi Glos. & DD. ff. de Condit. instit. l. Iam dubitari*, 86. *vbi etiam DD. ff. de Hæred. instit.* & ita de primo ad vltimum per dationem vulgaris substituti tollitur existẽtia Suitatis. Mitto alia fundamenta, quæ apud Trentacinq. *vbi suprà*, & apud Anton. Gom. & Menchac. infra citat. videri poterunt.

372 Contrariam tamen sententiam, quòd scilicet per Vulgarem substitutionem Suitas non tollitur, magis probarunt Bald. *in d. l. Si filius hæres, ff. de Vulgari*, & ibi Angel. Christophor. de Castellionibus Paul. Castr. Raph. Cum. & Alciat. *num.* 40. idem Bald. *in d. l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inoffic. testam.* Bened. de Plumbin. *in l. Si fratris, Cod. de Iure deliber.* & ibi Fulgos. & Castr. Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 24. *vers. Vulgari substit.* Ant. Gom. plures referens *tom.* 1. *Variar. resolut. cap.* 3. *anten.* 16. Menchaca *de Succession. creat. lib.* 3. *§* 21. *numer.* 186. vbi postquam plurima congessit fundamenta pro hac parte, in fine tandem concludit, semper sibi visam esse superiorem communem sententiam à mente sensuque Iureconsultorum tam longè distare, quàm distat solis, luciſque occasus ab ortu. Et hæc sententia non dubium quin valde probabilis sit, tum ob alia fundamenta; tum maximè, quia sententia communis non tam solidis nititur fũdamentis, vt eis non possit satis probabiliter satisfieri, vt videri potest apud Trẽtacinq. *loco citat.* vbi præcipuis fundamentis à se adductis sufficientes adhibet responsiones; quod huic opinioni videtur esse satis; nam eo ipso quòd contrarium efficaciter non probetur, debet ipsa censeri sufficienter probata, cùm habeat suam intentionem fundatam in jure certo, & indubitato, quòd filius in potestate est Suus hæres, *§. Sui, Instit. de Hæred. qualit. & differ. §. Sui, Instit. de Hæred. ab intest. l. Necessarijs, ff. de Acquir. hæred. cum concord.* Omnisque ademptio, & priuatio est odiosa, argum. *l. Cùm quidam, ff. de Liber. & posthumis*; & propterea non debet intelligi facta, nisi sufficienter probetur.

At non censeo recedendum à communi sententia, saltem ob auctoritatem DD. à quibus maiori ex parte tanquam certa inculcatur, vel supponitur, & videtur in praxi recepta. Ut autem firmior euadat proponam, ac soluam vnum, vel alterum argumentum, quòd videtur efficacius, ex multis, quibus ab Aduersarijs impugnatur. Primum sit, quod desumunt *ex l. Lucius*, 45. *in princip. ff. de Vulgari*, vbi filius infans à patre institutus decedens ante pubertatem, quando adhuc per ætatem ei non licebat hæreditatem adire, ipsam nihilominus hæreditatem transmisit ad matrem, excluso substituto, qui per Vulgarem Reciprocam ei fuerat datus: quod non ita esset, si per dationem vulgaris substituti Suitatem amisisset: siquidem hæreditatem non aditam transmittere non potuit ad matrem, nisi jure Suitatis. Respondetur, in eo casu fuisse aditam hæreditatem, vt ibi notat Glos. *verb. Postea*, quod fieri potuit interuentu tutoris, vel judicis, *l. Infanti, Cod. de Iur deliber.* & ita factum esse sufficienter colligitur ex ipso textu, cùm ibi excludatur substitutus, eueniente casu Pupillaris substitutionis, quæ suaptè natura requirit aditionem hæreditatis paternæ, *l.* 2. *in princip. vers. Adeo autem, ff. de Vulgari.* 373

Alterum sit, quod sumitur *ex l. fin. ff. de Condit. instit.* vbi instituto filio sub conditione dandi Potestativa, quæ in vltimo vitæ spiritu impleri possit (vt sub conditione dandi, quæ per alium in illo vitæ articulo potest impleri, vt ibidem dicitur) non admittitur vulgaris substitu- 374

tus

tus ei datus, nisi postquam talis filius eâ conditione non impleta perfectè mortuus est. Vnde sic arguitur: si Suitas amittitur per dationem vulgaris substituti, debuit substitutus in casu proposito admitti, vbi ille filius inciperet mori, & non esset expectanda perfecta illius mors, quia licèt conditio, eo adhuc viuente, impleretur; attamen jam in illo vltimo vitæ spiritu, cùm voluntas deficiat, non potest hæreditas adiri, *l. fin. & ibi Glos. ff. Quando dies leg. ced.* & ita cùm jam certum sit eum non posse esse hæredem, siquidem sublata Suitate, nemo fit hęres absque aditione, admittendus est statim substitutus cui tunc fit locus, quando certum est institutum non posse esse hęredem, vt est indubitatum, & constat ex eadem *l. fin. in primo casu*, latiùsque declaratum est *supra*, §. 5. Atqui in casu proposito expectanda est mors filij: ergo fatendum est, quod per dictam Vulgarem non amisit Suitatem, sed quòd ratione illius etiam in vltimo vitę spiritu potuit esse hæres absque aditione, si conditio tunc impleretur, vt per alium potuit.

375 Respondetur hoc argumento solùm probari, non tolli Suitatem quando substitutus vulgaris datur filio instituto sub conditione Potestatiua, quæ in vltimo vitæ spiritu impleri potest, quòd libenter fatemur, & notauit Socin. *in l. 1. num. 47. in vltima limit. ff. de Vulgari*, & Trentacinq. *d. cap. 14. fine:* suspenditur enim Suitas per conditionem Potestatiuam, *l. Iam dubitari, & l. Cornelius, ff. de Hæred instit. & l. Conditionibus, ff. de Condit. & demonstr.* & notat Barth. *in l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari*; & ideò dum talis conditio pendet non est dicendum, quod Suitas sit sublata per Vulgarem substitutionem postea factam; nam licèt dubitari posset, an testator voluerit eam tollere per dationem substituti, attamen in tali dubio præsumendum potiùs est, solùm voluisse vt maneret suspensa: tum quia non est præsumendũ, quòd in continenti se voluit corrigere, *l. Non ad ea, ff. de Condit. & demonstrat.* Tum quia substitutio in hoc casu facta est in pœnam non seruatæ conditionis, ac proinde debet restringi; magisque intelligitur, quòd testator voluit punire omissionem conditionis, quàm dare licentiam instituto. vt posset non esse hæres, & sic tollere Suitatem. Tum denique, quia in dubio fit interpretatio, prout magis fauet filijs, Bald. *in Auth. Inter liberos, Cod. de Testament.* est autem maior filij fauor, quod pater solùm voluerit suspensam manere Suitatem filij; ad hoc vt in vltimo vitæ articulo fieret hęres, si tũc dicta conditio impleretur: & sic *d. l. fin.* non probat simpliciter & absolutè, quòd Suitas non tollitur per substitutionem Vulgarem, sed solùm, quòd non tollitur quando talis substitutio facta est filio instituto sub conditione Potestatiua, quæ in vltimo vitæ spiritu impleri potest. Neque in hoc tantùm casu, sed etiam in multis alijs prædicta communis sententia limitatur, vt statim videbimus. Alia argumenta leuiora, eorumque solutiones videri possunt apud Trentacinq. *d. cap. 14 sub num. 1.*

Fallit autem præfata sententia, primò 376
in tacita Vulgari comprehensa sub expressa Pupillari: illa enim tacita Suitatem non tollit: Barthol. *in l. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de Liber. & posthum.* & ibi cęteri communiter; idem Barth. *in l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari*, alijque ibidem, Bald. *in l. Post aditam, Cod. de Impuber. & al. substit. & in l. Apud hostes, Cod. de Suis & legitim.* multique alij antiquiores, quos citant, & sequuntur Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 5. num. 11. & 12.* Menchaca, *d. §. 21. n. 189.* dicens esse communem, Trentacinq. *d. cap. 14. num. 2.* qui etiam testatur de communi, & Fusar. *de Substitut. q. 72. num. 9.* Probatur, quia per existentiam Suitatis confirmantur tabulæ pupillares, seu ipsa Pupillaris substitutio, ita vt opus non sit quod hęreditas ex paterno testamento adeatur, *l. Iulianus, l. Filius, qui se paterna, ff. de Acquir. hæredit. l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari.* Quomodo autem confirmaretur Pupillaris per existentiam Suitatis, si ipsa Suitas per tacitam

citam Vulgarem sub ipsa Pupillari comprehensam euerteretur.

377 Fallit secundò, quando Vulgaris substitutio solùm est facta expressè in casum impotentiæ: tunc enim non tollit Suitatem pro casu noluntatis, in quem fit extensio; Barth. *in a. l. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de Liber. & posth.* & ibi communiter DD. Bald. *in l. Cùm proponas, Cod. de Hæred. instit.* Imola *in d. l. Iam dubitari, & in l. Si paterfamil. ff. de Hæred. instit.* Alex. *in l. fin. num. 2. ff. de Institut. & substit.* & ibi Ias. *num. 6. ad med.* Idem Alex. *in l. Si filius hæres, limit. 2.* & ibi Ias. *num. 55. ff. de Hæred. instit.* Socin. sen. *in l. 1. num. 47. ff. de Vulgari,* & ibi Ripa *num. 177.* & alij, quos citant, & sequuntur Trentacinq. *d. cap. 14. num. 5.* & Fusar. *d. q. 72. num. 6.* Probatur per text. *in d. l. fin. secundùm vnum intellectum, Cod. de Instit. & substit.* & præterea, quia si Suitas non tollitur per tacitam Vulgarem comprehensam sub expressa Pupillari, vt proximè dictum est, nec etiam debet tolli per dictam Vulgarem in casum non expressum; quæ etiam est tacita, & solùm per extensionem, sub expressa continetur.

Fallit tertiò, quando substitutio Vul-
378 garis est cõjuncta cum Fideicommissaria: tunc enim Suitatis existentia non tollitur; Alex. *in l. Si filius hæres, col. pen. ff. de Liber. & posth.* & ibi Ias. *numer. 67.* & Castr. Angel. *in l. 1. ff. de Vulgari,* & ibi Socin. sen. *num. 47.* Ias. *num. 41.* & Imol. Bald. *in l. Non justam, prima op. Cod. Ad Trebel.* vbi etiam Fulgos. & plures alij, quos citant, & sequuntur Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 1. dub. 6. solut. 5. num. 29.* Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap. 14. num. 11.* & Fusar. *d. q. 72. num. 12.* Ratio est, quia in hoc casu potest institutus cogi per fideicommissarium, vt adeat hæreditatem, siue velit, siue nolit, *vt per d. l. Non justam, Cod. Ad Trebel.* & *l. Nam quod, §. 1. & in l. Facta, §. Iulianus, ff. eodem.* Ergò non censetur illi data à testatore licentia omittendi hæreditatem, atque adeò nec sublata existentia Suitatis: nam si talem licentiam testator daret, non posset cogi adire, *l. 1. §. Si proponatur, ff. Siquis omissâ causâ testam.*

Intelligit verò hanc limitationem An- 379
gel. *in d. l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inofficioso testam.* vt, quando quis fuerit substitutus vulgariter, & per fideicommissum, inspiciendus sit futurus euentus; & si quidem substitutus eligat succedere ex Fideicommissaria, tunc Suitas, ejusque operatio subsistat, *vt per l. Ita tamen, §. Si pater, ff. Ad Trebel.* si autem eligat succedere ex Vulgari, Suitas euertatur, & effectum non habeat: quam sententiam sequitur Aret. *in l. Centurio, col. antepenult. vers. Vbi dixit, ff. de Vulgari,* & Jason *in d. l. Si filius hæres, col. fin. ff. de Liber. & posth.* Hanc tamen opinionem rejiciunt meritò Prætis, & Trentacinq. *loco proximè citat.* Est enim contra communem supra traditam, & satis confunditur illa ratione; quòd testator grauando institutum fideicommisso, videtur simpliciter, & absolutè negare illi licentiam abstinendi, & sic in nullum futurum euẽtum tollere existentiam Suitatis, vt filius non sit hæres necessarius. Neque enim cum fundamento cogitari potest, quòd testator eam licentiam illi denegauit pro casu, quo substitutus vellet succedere ex Fideicommissaria, econtra verò illam cõconcessit pro casu, quo substitutus vellet succedere ex Vulgari; esset enim hæc nimia prouidentia in fauorem solius substituti, quasi esset magis dilectus, quàm institutus; quod non est admittendum; præsertim cùm tam subtiles distinctiones vix in mentem DD. veniant, nedum testatorum, qui plerumque sunt rudes, & idiotæ.

Addit etiam, & benè Trentacinq. *d.* 380
cap. 14. num. 12. post Barthol. Bald. & alios, quos refert Fusar. *d. q. 72. num. 12.* quòd prædicta limitatio habet etiam locum, quando filio instituto datus est vnus substitutus vulgaris, & alter fideicommissarius, quia tunc etiam militat illa ratio, quòd institutus potest cogi à fideicommissario adire, & ipsi restituere hereditatem, excluso substituto vulgari, vt traditum

tum est *supra*, §. 12. & ita non censetur testator dedisse filio instituto licentiam abstinendi, atque adeo nec Suitatem abstulisse, saltem absolutè & simpliciter, sed ad summum pro casu, quo fideicommissarius nollet eũ cogere adire, juxta sententiam Angeli, *num. præced.* relatam; quam in hoc casu valde probabilem censeo.

381 Fallit quartò, quando substitutio Vulgaris esset facta in Suitate, vt quando testator dixit; *Si filius meus, quem instituo, me viuo moriatur, vel aliàs desinat esse hæres Suus, substituo nepotem.* Per talem quippe substitutionem Suitas instituti non tollitur. Ita Barth. *in d.l. Gallus*, §. *Et quid si tantum, ff. de Liber. & posth.* Alex. *in d l. Si filius hæres, num. 5. fallen. 3. ff. eod.* & ibi Ias. *n. 57.* Socin. sen. *in l. 1. n. 47. limit. 5. ff. de Vulgari*, Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortuo itaque, n. 195. de Testam.* Menchac. *d.* §. 21. *n.* 193. vbi dicit esse communem, Trentacinq. dicens etiam communem *d. c.* 14. *n.* 8. & Fusar. *d. q.* 72. *n.* 24. Probatur per text. *in d l. Gallus*, §. *Sed nunc de lege, juncto* §. *Etiamsi parente, vers. Et bene verba se habent.* Et constat facilè hac ratione, quia talis substitutio fit in casum, quo filius desinat esse Suus, siue per mortem in vita patris, siue per emancipationem: ergo tantùm abest quòd tollat Suitatem, vt potiùs per ejus existentiam ipsa substitutio tollatur.

382 Fallit quintò, quando substitutio solùm esset facta in parte hæreditatis, vt si testator dixit; *Instituo filium meum, & si ille nolit esse hæres nisi in dimidia parte hæreditatis, substituo illi Caium in altera dimidia*; tunc enim Suitas non tollitur. Ita Imola, *in l. Apud Iulianum*, §. *Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* Paul. Castr. *in d. l. Si filius hæres*, & ibi Alex. *n. 5. limit. 2.* Socin. sen. *in d. l. 1. n. 47. limit. 8. ff. de Vulgari*, Guil. Bened. *vbi supra, n. 196.* Menchac. *d.* §. 21. *n.* 192. Trentac. *d. c.* 14. *n.* 9. & Fusar. *d. q.* 72. *n.* 16. estque communis sententia. Probatur *per l. Si solus, in princ. ff. de Acquir. hæred.* & fundatur ea ratione, quia hęres in totum, seu in omnes partes hæreditatis institutus, non potest adire, & acquirere vnam partem, quin simul etiam acquirat, & fiat hęres quoad aliam; quia alioqui posset contingere, vt testator maneret pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod jus non patitur, *l. Ius nostrum, ff. de Regul. jur.* & ideo quando testator dedit filio substitutum vulgarem solùm quoad partem hæreditatis, non potest intelligi, quòd ei dedisset licentiam abstinendi ab ea parte: siquidẽ nec si vellet, talem licentiam dare posset; & ita Suitatem non abstulit. Nec dicas, quòd testator in proposito casu dedit filio licentiam diuidendi hæreditatem; atque adeo quemadmodum, si ipse testator eam diuideret instituendo simul filium, & alios in diuersis partibus illius, posset filius adire, & acquirere suam partem, quin acquireret & haberet jus Suitatis quoad alias, vt per *l. Seruus quoquè, in princip. ff. de Hæred. instit.* ita in casu proposito. Respondetur enim, negando assumptum: nam cùm leges disponant, vt institutus in tota hæreditate, vel in omnibus partibus illius, aut totam capiat, aut totam omittat, *l. 1. & 2. ff. de Acquir. hæred.* fit vt neque de licentia testatoris eam possit diuidere, acquirendo sibi vnam partem, & relinquendo aliam substituto: nam testator ordinationem juris immutare non potest, *l. Nemo potest, ff. de Leg. 1.* Vide etiam circa hoc punctum, quæ supra dicta sunt, §. 14. *numer. 261.*

383 Fallit sextò, juxta opinionem grauium DD. quando substitutio careret effectu, vt quia substitutus repudiauit, vel mortuus est in vita testatoris. Ita Bald. *in l. Si mater*, §. 1. *ff. de Vulgari, & in l. Quidam Eulogio, Cod. le Iure deliber.* Oddus *in Prælud. Compend. p. 2. q. 2. effectu 5.* & Menchaca plures referens *dict.* §. 21. *numer.* 198. vbi testatur hanc esse communem opinionem, quam etiam tenet Glos. *in l. Papinianus*, §. *Quarta, verb. Ad substitutum, ff. de Inoffic. testamento*, prout hanc Glos. non immeritò intelligit Baldus *in l. Si fratris, C. de Iure deliber.* Probari solet à simili

ex quadam alia opinione, quæ tenet, quòd licèt per dationem cohæredis extranei tollatur Suitas, vt probat text. *in d. l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* & explicatum est *supra, §. 21. numer. 336. & seqq.* attamen hoc non procedit, quando talis datio effectu caret, vt quando cohæres noluit, aut non potuit adire, quam opinionem approbat Bald. *in d. l. Si fratris, & in l. Ex duobus, fine, ff. de Vulgari,* quem sequuntur Angel. *in l. Et si contra, ff. eod.* & Paul. Castr. *in d. l. Si fratris, & in l. Cum hæreditate, ff. de Acquir. hæred.* Vnde idem dicendum est in præsenti casu, cùm eadem sit ratio.

Contrariam tamen opinionem tenent
384 merito Imol. *in d. l. Si mater, §. 1. ff. de Vulgari,* & ibi Alex. Jas. *in d. l. Si filius hæres, num. 59. ff. de Liber. & post.* vbi etiam Alex. *n. 5. limit. 9.* Socin. *in l. 1. n. 47. vers. Decimoquartò limita,* vbi dicit hanc opinionem esse magis tutam, Trentac. *de Substitut. p. 1. c. 14. n. 14. & 22.* & alij apud Fusar. *d. q. 72. n. 31.* Probatur primò ex illa regula quòd semel extinctum reuiuiscere non potest, *l. Cum mora, & l. Si diuersa, C. de Transact.* Vnde cùm per dationem substituti pater dederit licentiam filio abstinendi ab hæreditate, & consequenter Suitatem abstulerit, non potest postea Suitas reuiuiscere quando substitutio fit caduca, vel substitutus repudiat. Secundò, quia per dationem vulgaris substituti intelligitur filius institutus sub conditione, *Si voluerit esse hæres,* vt declaratum est *supra, n. 371.* per talem autē conditionem redditur filius simpliciter non necessarius, & non Suus.

385 Neque argumentum à simili quod pro aduersa parte adducitur, vim habet; nam in communi sententia, quæ tenet per dationem cohæredis extranei tolli existentiam Suitatis, *juxta d. §. Idem Iulianus,* multò probabilius est, quòd id procedit etiam in casu, quo talis cohætes repudiauit, vel viuo testatore decesit, ideſt, quòd in tali casu Suitas quæ semel per illam dationem est sublata quoad effectum confirmandi tabulas pupillares (id enim tantùm probat text. *in d. §. Idem Iulianus*) minimè reuiuiscit. Sic tenent Angel. *in l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inoffic. testam.* Imol. *in d. l. Ex duobus, in fine, ff. de Vulgari,* Alex. *in d. l. Si fratris, n. 3. C. de Iure deliber.* Raphael Cuman. *in l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari,* Iason *d. l. Si filius hæres, ff. de Liber. & posth.* & Trentacinq. *d. cap. 14. n. 15.* Fundamentum sumitur tum ex d. regula, quòd semel extinctum non reuiuiscit, tum *ex l. Sed si plures, §. Filio vers. Idem est, ff. de Vulgari,* juxta communem intellectum, vbi probatur, quòd quanuis cohæres non adiuerit, non confirmantur tabulæ pupillares. Vnde arguendo à dicto simili ex datione cohæredis extranei potiùs cōfirmatur nostra sententia, quā Aduersariorū.

Fallit septimò in substitutione Vulga- 386
ri comprehensa in Compendiosa: sic Angel. *in d. l. Papinianus, §. Quarta, col. fin. ff. de Inoffic. testam.* Castr. *in d. l. Si filius hæres, ff. de Liber. & posth.* & ibi Cuman. 3
Alex. *col. fin.* & Ias. *n. 55.* Socin sen. *in l. 1. num. 7. limit. 7. ff. de Vulgari,* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortuo itaque, n. 203. de Testam.* Emman. Cost. *in cap. Si pater, 2. p. verb. Ac deinde filio, numer. 14. de Testam. n. 6.* & alij quos citant, & sequuntur Menchac. *d. §. 21. n. 200.* & Trentacinq. *d. cap. 14. n. 7.* Ratio est, quia substitutio Compendiosa comprehendit simul Vulgarem, & Fideicommissariam, saltem regulariter, & suâpte naturâ, vt est indubitatum: quando autem non solùm datur substitutus per Vulgarem, sed etiam per Fideicommissariam, Suitas non tollitur, vt probatum & declaratum est *sup. n. 378. cum seqq.* Et idem est in Breui 3
loqua continente Cōpendiosā, vtsi dictū esset; *Quandocūq; decesserint eos inuicem substituo.* Sic Alex. & Trentac. *loco cit.*

Fallit octauò, quando legata relicta ab 387
instituto non essent repetita à substituto, vt fit quando nominatim sunt relicta ab instituto, vt per DD. *in l. Si Titio, & Mæuio, §. Iulianus, & in l. Celsus, §. Quod alicuius, ff. de Leg. 2. & in l. Licet Imperator, ff. de Leg. 1. & in l. Re conjuncti, ff. de Leg. 3.* & per Corn.

post

post alios *in l. Non justam, Cod. Ad Trebel.* Tunc enim per dationem substituti non tollitur Suitas, vt sentiunt Bald. *in l. 1. C. Siquis omissâ causâ testam.* Aret. *in d. l. Si filius hæres, ff. de Liber. & posth.* & ibi Alex. *col. pen fallent. 7.* & Jas. *n. 58.* Guil. Bened. *in d. c. p. Raynutius, verb. Mortuo itaque, n. 199. de Testam.* & Mẽchac. *d. §. 21. n. 197.* vbi dicit, hanc esse cõmunem opinionem. Fundamentum est, quia in hoc casu non censetur testator dedisse filio instituto licentiam repudiandi, atq; adeo non substulisse Suitatem; esset enim talis licentia in perniciem legatorũ, quæ omnino perirent, si filius eâ licentiâ vteretur; siquidem in tali casu hæreditas deueniret ad substitutum absq; onere legatorum: non videtur autem testator voluisse, vt liceret instituto euertere legata ab ipso relicta, *l. Iulianus, ff. Siquis omissâ caus. testam.*

386

388 Hanc sententiam dicit Trentac. *d. c. 14. n. 18.* esse indubitanter veram pro casu, quo filius repudiaret hæreditatẽ in fraudem legatorum, vt quando absq; causa nollet esse hæres, quòd pro tali casu, non censeatur testator illi dedisse licentiã repudiandi, vt probat text. *in d. l. Iulianus*, secluso vero tali fraude, probabilius credit cũ Imol. *in l. Si fratris, C. de Iure Deliber.* & Socin. sen. *in l. 1. n. 47. limit. 11.* quòd per dationem substituti in dicto casu, videtur data esse instituto licentia repudiandi, & consequenter Suitas ablata, nihil obstante dicto legatorum periculo; quæ sententia mihi etiam videtur satis probabilis ex ratione, qua id bene declarat Trentacinq. *cit.*

387 389 Fallit nonò, quoad legitimam filio debitam, vt nimirum si filius sit institutus in maiori parte, quàm in legitima, & illi datus sit substitutus vulgaris, talis substitutio non tollat ab eo Suitatem quoad legitimam, & cõsequenter non impediat trãsmissionẽ ipsius legitimæ ex potentia Suitatis ad quoscunq; hæredes filij, si ille ante aditam hæreditatem post mortem patris testatoris decedat. Ita Jas. *in d. l. Si filius hæres, n. 61. ff. de Liber. & posth.* Guilliel. Bened. *in d. verb. Mortuo itaq; n. 202.* Menchaca, *d. §. 21. n. 199.* & Ant. Gom. plurimos in eandem sententiam referens, *tom. 1. Var. c. 9. n. 40.* qui etiam id docet *c. 3. sub n. 17. vers. Sed nihilominus, & n. 19.* vbi ex hoc notabiliter aduertit, posse filium esse pro parte Suum, & pro parte extraneum; cùm in legitima retineat jura Suitatis, non verò quoad alia bona, quando pater illi dedit substitutum vulgarem: id quòd ex multis textibus cõfirmat. Tradita verò principalis resolutio probatur ex eo, quòd hodie omne grauamen à legitima excluditur *per l. Quoniã in prioribus, C. de Inoffic. testam.* Quod fundamentum latiùs in hanc ipsam sententiam explicatum à nobis est *suprà, §. 17. ferè per totum*, vbi etiam contrariam sententiam cum suis fundamentis, & multis ejus relatis Authoribus proposuimus, & confutauimus.

Quasdam alias limitationes leuis momenti affert Trentac. *d. c. 14.* & Fusar. *d. q. 72.* quas, quia facilè ex supradictis intelliguntur apud eos videndas omitto.

§. 24. *Quando Vulgaris substitutio expiret?*

SUMMARIUM.

SVbstitutio Vulgaris expirat adita hæreditate per institutum. Quod procedit respectu omnium graduum substitutionis, vt scilicet omnes expirent, primo instituto adeunte; n. 390.

Si substitutus vulgaris grauatus sit Fideicommissariâ, vt restituat hæreditatem alicui tertio, non solum Vulgaris substitutio, sed etiam ipsa Fideicõmissaria expirat, adeunte primo instituto; n. 391.

Quando plures sunt vocati per meram Fideicommissariam ordine successiuo, licèt in aliquo eorum talis substitutio efficiatur caduca, vt quia secũdo, vel tertio loco vocatus natus non est, vel obijt viuente primo vocato, non proinde expirat talis Fideicõmissaria respectu sequentium vocatorum; ibid.

Etiam Vulgaris substitutio facta in legatis expirat primo legatario legatum agnoscente; num. 392. Id autem fallit

in legato vsusfructus? n. 393. *& seq. Excipiuntur tamen duo casus; n.* 396.

Quando procedat, quòd sermo simpliciter prolatus circa rem, quæ repetitis vitibus fieri potest, intelligatur tantùm de prima vice? num. 395.

390 REgula in præsenti est, quòd Vulgaris substitutio expirat adita hæreditate per institutum. Ita DD. omnes per tex. *in l. Post aditam, Cod. de Impuber. & alijs substit.* & patet ratione, quia hæc substitutio fit sub conditione, *Si institutus hæres non erit:* hæc conditio deficit vbi institutus hæreditatem adit; cùm statim existat hæres: ergo ipsam etiam substitutionem tunc deficere, & expirare necesse est. Quæ regula procedit respectu omnium graduum substitutionis, vt nimirum per aditionem instituti in primo gradu, non tantùm expiret secundus gradus, sed cæteri omnes, quando plures personæ ordine successiuo sunt vocatæ per Vulgarem: sic Barth. *in l.* 1. *n.* 47. *ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *n.* 64. Socin. sen. *n.* 50. Ripa *n.* 185. & cæteri cõmuniter, Barth. de Hucio, *tract. de Subst. c.* 1. *n.* 22. Fumeus *tract. etiam de Subst. vbi de Vulgari, n.* 27. Zas. *in simili tract. tit. de Vulgari, n.* 29. & cũ multis alij Peregr. *tract. de Fideicom. art.* 15. *n.* 3. Trentac. *de Substit. p.* 1. *c.* 16. *n.* 2. & Fusar. *tract. etiã de Subst. q.* 65. *n.* 3. Probatur *per l. Si mater*, vbi Barth. sic sũmat, *ff. de Vulgari, & per l. Cum testamento, ff. de Hæred. instit.* Patet etiam ratione, quia omnes gradus substitutionis Vulgaris fiunt sub conditione, *Si primus institutus hæres non erit*: & ideo si primus adit hæreditatem, cæteri omnes extingũtur, quia deficit conditio. Idem suo modo est, quando nolente, aut non valente primo iustituto hæreditatem adire, sequens vocatus adit: nam tunc etiam omnes vlteriores gradus Vulgaris substitutionis expirant; quia in omni gradu includitur conditio, *Si nullus ex anterioribus vocatis erit hæres.*

391 Quòd si vocatus per Vulgarem grauatus sit Fideicõmissariâ, vt restituat hæreditatẽ alicui tertio, dubitari potest, an primo instituto adeunte, non solùm expiret gradus substitutionis Vulgaris, sed etiam illa Fideicommissaria? Aliqui videntur negare apud Fusar. *d. q.* 65. *n.* 4. At tenendum est, etiam illam Fideicommissariam extingui, vt bene cum Barth. & alijs docet Peregr. *d. art.* 15. *n.* 20. quia relicta à substituto nõ vidẽtur repetita ab instituto, *l. Quoties, C. de Fideicom.* ac præterea, quia ex eo quòd Vulgaris substitutio effecta sit caduca, & inutilis ob aditionẽ primi instituti, nihil ipse primus institutus exinde lucratur, & ita nõ debet etiã exinde grauari. Unde non obstat, quod in oppositum obiici poterat *ex l. vnica, §. Pro secundo, C. de Caduc. tol.* vbi habetur, quòd quando plures sunt vocati per meram Fideicõmissariam ordine successiuo, licèt in aliquo eorum talis substitutio efficiatur caduca, aut quasi caduca, vt quia secundo, vel tertio loco vocatus, natus non est, aut viuente priori vocato obijt, nõ proinde ipsa Fideicõmissaria expirat respectu sequentiũ vocatorum, sed adhuc honoratus, qui relictum assecutus est, tenetur illud restituere proximiori vocato, qui superstes reperitur. Id, inquam, non obstat, nam ratio hujus decisionis est, quia honoratus, qui rem habet, tenebatur eam restituere gradui caducato, & sic cùm per deficientiam illius lucrum sentiat, inde est vt onus etiam sentire debeat, atq; adeò vt debeat ipsam rem sequenti vocato proximiori restituere, quæ ratio redditur *in d. §. Pro secundo*, & in nostro casu cessat, vt dictum est, & ex terminis patet.

Procedit etiam prædicta regula in Vul- 392
gari substitutione facta in legatis, vt si testator dixit; *Lego talem fundũ Petro, si autem noluerit, aut non potuerit illum habere, substituo illi Paulum, vel habeat eum Paulus*; talis substitutio prorsus extinguitur, primo legatario legatum agnoscente, *l. Si legata, 6. Cod. de Legatis.*

Hoc autem graues DD. limitant, vt non procedat in substitutione Vulgari facta in legato vsusfructûs: si enim primus legatarius post agnitionem vsusfructûs legati illum habere noluit, aut non potuit, vt quia per capitis diminutionem illum amisit,

amisit, tenent, quòd debet in eo succedere substitutus, quem testator simpliciter vocauit per Vulgarem, vt dicendo; *Si Titius nolit, aut non possit habere vsumfructum, quem illi relinquo substituo ei Seium.* Ita sentiunt Alex. *in l. 1. numer. 40. ff. de Vulgari.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, vbi de Vulgari, num. 125. de Testament.* Trentacinq. *de Substitution. p. 1. cap. 16. num. 3. & 4.* & cum alijs Fusar. *de Substit. q. 65. num. 7.* Fundamentum est, quia vsusfructus quotidie instituitur, & legatur, *l. 1. §. Interdum, ff. de Vsufructu accrescendo*; ergo licèt primus legatarius illum agnouerit, & pro aliquo tempore fruitus sit, si illum postea repudiet, vel amittat, conditio substitutionis pro reliquo tempore verificatur, cùm in reliquum tempus sit distinctum legatum, quod primus legatarius noluit, aut non potuit habere. Confirmatur, nam ex hoc fundamento dicitur *in d. §. Interdum*, quòd acquisitio vsusfructus legati nõ impedit jus accrescendi competens collegatario, si conjunctus illum omittat: ergo etiam non impedit quominus Vulgaris substitutio locum habeat; nam ipsum jus accrescendi tacita Vulgaris dicitur, *l. Si Titio, §. Iulianus, ff. de Leg. 2.* Confirmatur prætereà optimo textu *in l. Sicut, §. 1 ff. Quibus modis vsusfructus amittatur*, vbi posito, quòd quis Titio, & Mæuio vsumfructum legauit, & si Titius capite minutus esset, eidem ipsum vsumfructum legauit, quæritur, si Titius talem vsumfructũ capitis imminutione amissũ recuperauit, an ei competat jus accrescendi? Et respondetur, perinde illi saluum esse jus accrescendi, acsi alius esset Titio in vsufructu substitutus; vbi vides locũ dari substituto in vsufructu, quẽ primus vocatus capitis diminutione amisit.

394 Verùm hanc limitationem dicit Ripa, *in l. 1. num. 186. ff. de Vulgari*, videri sibi admodum periculosam, quia substitutus non potest succedere nisi in vsufructu, qui primo vocato relictus est vt patet ex definitione substitutionis; vsusfructus autem alicui relictus postquam semel ab eo est acquisitus, per diminutionem capitis ipsius vsufructuarij totaliter finitur, & extinguitur, *§. Finitur, Inst. de Vsufructu*: ergo non videtur posse in eo succedere substitutus: cùm impossibile videatur, quòd detur successio in re extincta. Hæc tamen ratio; non est efficax. Respondetur enim; cùm dicitur, quòd per diminutionem capitis omnino extinguitur vsusfructus, id intelligi quoad vsufructuarium capite minutum non verò quoad substitutum, vt probant fundamẽta pro tradita limitatione adducta.

Neq; etiã vrget, si quis dixerit, quòd cõditio substitutionis in vsufructu debet intelligi, & verificari in prima constitutione vsusfructûs, vt nimirum si in primo vocato vsusfructus ab initio non consistat, tũc substitutus admittatur: secùs verò, si semel in illo constitit, cùm sermo simpliciter prolatus circa rem, quæ repetitis vicibus fieri potest, solùm de prima vice intelligatur, vt per *l. Boues, §. Hoc sermone, ff. de Verb. signif.* Id, inquam, non vrget, quia tunc sermo intelligitur tantùm de prima vice, quando ea vice finita, cessant verba: hac enim de causa, cùm dicitur, *Dũ nupta erit*, talis sermo intelligitur de primis nuptijs, *d. §. Hoc sermone*, quia primis nuptijs solutis cessat veritas verborũ, cùm mulier jam non maneat nupta; quando autem verba non cessant, nec fit interpretatio contra eorum proprietatem, sermo simpliciter prolatus æquipollet vniuersali, & intelligitur de pluribus actibus, *l. Si pluribus, ff. de Leg. 2.* & id contingit in nostro casu, quia cùm vsusfructus suaptè natura quotidiè nascatur, sanè quando absolutè profertur, talis prolatio cõplectitur omnes, & singulas ejus constitutiones, & natiuitates; & ita substitutio, si primus vocatus noluerit, aut non potuerit eum habere, licèt non verificetur quoad primam ejus constitutionem, posito quòd fuit agnitus, & acquisitus per primum vocatum, attamen si is illum postea amittat optimè verificatur quoad sequentes cõstitutiones, respectu quarũ verba non cessant; cùm vsusfructus absolutè prolatus illas etiam complectatur: igitur quoad illas admittitur substitutus. 395

Duo autem hìc sunt aduertenda. Pri-
396 mum est, dictam limitationem non procedere, quando primus vocatus agnitum vsumfructum amisit, seu habere desijt per mortem naturalem. Tunc enim totaliter vsusfructus extinguitur, etiam quoad substitutum: nam is solùm vocatur ad succedendum in vsufructu, qui primo vocato relictus est: primo autem vocato solũ est relictus vsusfructus pro tempore vitæ suæ; cùm id sit de natura vsusfructûs, vt cum persona extinguatur *d. l. Finitur, Inst. de Vsufructu:* igitur si primus vocatus illum habuit pro toto tempore vitæ suæ, nihil superest, quod ad substitutum deueniat. Secundum est, non procedere etiam dictam limitationem, si primus vocatus desijt habere vsumfructum jam agnitum, eoquod illum cesit domino proprietatis, nam tunc censetur illum donasse ipsi proprietario, & sic non reliquisse locum substituto.

Porrò circa prædictam regulam plures sunt quęstiones duobus *seqq. §. §.* expediendæ.

§. 25. *Satisfit aliquibus quæstionibus circa prædictam regulam.*

SUMMARIUM.

VTtrùm aditione vnius expiret substitutio Vulgaris pluribus institutis in vniuersum facta? numer. 397.

Vtrùm quando institutus adiuit, at postea restitutus est in integrum aduersùs aditionem, locum habeat substitutus? Communis sententia affirmat eaque probatur, ac defenditur; num. 398. *& seqq. & procedit quanuis hæreditas sit soluendo; num.* 401. *& seq.*

Vtrùm juxta prædictam sententiam substitutus in proposito casu admittatur de jure Ciuili, vel solùm de jure Prætorio? & quæ sit vtilitas hujus quæstionis? num. 405. *& seqq.*

Non repugnat quòd de jure Ciuili sint duo hæredes in solidum diuersis respectibus, ideſt vnus directò, & alius vtiliter; num. 407.

Per existentiam sui hæredis cessat Vulgaris substitutio facta ex necessitate secundùm consilium Galli, vel l. Vellei; num. 409.

Substitutio Vulgaris expressa facta voluntariè non impeditur per existentiam Sui hæredis, imò ipsa eam existentiam tollit; num. 410. *Vulgaris autem tacita, nec existentiam Suitatis tollit, neque per eam tollitur, sed potiùs confirmatur; num.* 411.

PRima quæstio est, vtrum aditione 397
vnius expiret substitutio Vulgaris pluribus institutis in vniuersum facta; vt quando testator instituit duos, vel plures quibus vulgariter substituit Seium, & vnus tantùm ex illis hæreditatem adiuit cæteris repudiantibus, vel aliàs deficientibus? Hanc quæstionem sub his terminis tractat latissimè multos casus in ea distinguendo Trentacinq. *de Substitution. p. 1. cap.* 17. ea verò coincidit omnino cum illa, quam etiam latè discussimus *§.* 13. *per totum*, vtrùm scilicet institutis pluribus, satis sit quòd vnus ex illis repudiet, vel aliàs deficiat, ad hoc vt substitutus illis in vniuersum adscriptus ad ejus portionem admittatur? Unde quæ illic à nobis tradita sunt ad præsentem etiam quæstionem spectant, ejusque resolutionem continent: proindeque non oportet circa eam hìc immorari: generaliter tamen ex ibi dictis statuendum est, sufficere quòd vnus ex institutis adeat, ad hoc vt substitutus excludatur, & substitutio expiret nisi ex verbis testatoris, vel aliunde, sufficienter constet, quòd ille dando substitutum, voluit priuare illum, qui adiuit, jure accrescendi in portionem, vel portiones aliorum, qui repudiarunt, vel alia ratione hæredes non extiterunt. Hæc est sententia communis, vt patet ex DD. *loco citat.* à nobis allegatis, vbi etiam ejus fundamentum adductum est, & plures pro diuersis casibus distinctiones, & modificationes adhibitæ.

Secunda quæstio est, vtrum quando 398
institutus adiuit, & postea restitutus est

in

in integrum aduersùs additionem, locum habeat substitutus? Communis sententia est affirmatiua: eam tenet Glos. *in l. Et si sine*, 8. §. *Sed quod Papinianus verb. Substituo*, *ff. de Minorib.* & ibi Barth. Bald. & Fulgos. Item Glos. *in l. Post aditam*, *Cod. de Impuber. & alijs substitution.* & ibi Bald. Fulgos. Salic. Castr. Ias. & Coras. Glos. *etiam in l.* 1. §. *Siquis adita*, *verb. Ius antiquum*, *ff. Ad Tertul. & in l.* 2. §. *Interdum*, *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. & Salicet. Barth. *in l.* 1. *num.* 49. *ff eod.* & ibi Socin. sen. *num.* 48. Ripa *num.* 205. & cæteri communiter. Idem Barthol. *in l. Ex contractu*, *ff. de Re judicata*, *& in d. l.* 1. §. *Siquis adita*, *ff. Ad Tertul. & in l.* 1. §. *Post suos*, *ff de Suis*, *& legit. hæred.* Glos. Cuman. Castr. Alex. & alij *in d. l. Ex contractu*, Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius*, *in materia de Vulgari*, *num* 130. *de Testam.* Barth. de Hucio *tract de Substitut. cap.* 1. *num.* 23. Bald. de Hubald. *tract. etiam de Substit. in tit. de Vulgari*, *num.* 34. Fumeus *eodem tract. vbi de Vulgari*, *num* 30. Menchaca *de Successi on. progress. in proæmio*, *numer.* 74. Oddus *in Prælud Compendiosæ*, *p.* 2. *q.* 6. *num.* 6. & cum alijs Fusar. *de Substitution. q.* 65. *numer.* 9.

399 Probatur primò ex ipsa natura, & virtute restitutionis in integrum, quæ talis est, vt omnia reducat in pristinum statum, *l. Denique*, §. *Minore*, *ff. de Minor. l. Quod si minor*, §. *Restitutio*, *ff. eod. & l. Non videtur*, *Cod. de In integr. restit.* Igitur si institutus aduersùs additionem restituitur, rescinditur aditio, & perinde fit locus substituto, ac si institutus nõ adijsset. Nec obstat, si dicas, quòd per illam restitutionem non desinit institutus esse hæres juxta regul. *Quòd qui semel est hæres*, *semper manet hæres*, *d.* §. *Sed quod Papinianus*, *l. Ei qui soluendo*, *ff. de Hæred. instit. cum concord.* Respondetur enim restitutum aduersùs additionem sẽper quidem manere hæredem, at solo nomine, non autem vtiliter, & cum effectu, *l. Eum quali*, 30. §. *Sed & siquis*, *ff. de Fideicommissar. libert.* substitutionem autem, si institutus non sit hæres, intelligi, & habere locum, si non sit hæres cũ effectu] & vtilitate: nam testator præcipuè intendit creare successorem, qui cum effectu ei succedat in hæreditate; siquidem secluso tali effectu, solum nomen hæredis est vanum, & inutile; & ideo cũ hæredi instituto vulgariter substituit, talem substitutionem intelligit pro casu, quo institutus non sit hæres cum effectu.

Confirmatur hoc, quia si institutus nõ 400
fiat hæres jure directo sed solùm vtiliter & in effectu, id satis est vt substitutus excludatur, & non censeatur purificata conditio substitutionis, *Si institutus non erit hæres*, vt cum communi DD. tradidimus §. 4. *num.* 92. & videre est in minore, qui repudiauit hæreditatem, & postea aduersùs eam repudiationem restitutus est; nam licèt solùm recuperet vtiles actiones, seu fiat hæres vtiliter *d. l. Et si sine*, §. *Sed quod Papinianus*, *ff. de Minor.* attamen excludit substitutum, etiam si is jam hæreditatem adijsset, vt per *l. Quod si minor* §. *Scæuola*, *ff. de Minor.* & diximus *supra*, §. 5. *num.* 103. Vnde planè constat conditionem illam substitutionis Vulgaris, *Si institutus non erit hæres*, intelligi de hærede cum effectu; & consequenter satis esse quòd institutus desinat esse hæres cum effectu, ad hoc vt sit locus substituto.

Probatur secundò, per text. *in d. l. Ex* 401
contractu, *ff. de Re judicata*, vbi tutoribus pupillum abstinentibus à bonis paternis post aditam hæreditatem, admittitur substitutus, vel cohæres. Cui textui minimè satisfaciunt quidam Aduersarij dicentes, illum procedere quando hæreditas non est soluendo: non ita verò, si soluendo sit. Quia in primis textus loquitur absolutè & indistinctè, & vbi lex non distinguit, &c. Deinde quia si, vt Aduersarij dicũt, per additionem hæreditatis substitutio in perpetuum extinguitur, non obstante sequenti restitutione, eadem prorsùs est ratio vt debeat extingui, siue hæreditas sit soluendo, siue non; cùm in vtroq; casu institutus fiat eodem

modo hæres per aditionem, & consequenter eodem etiam modo deficiat cõditio substitutionis, *Si hæres non erit:* atqui negare non possunt, hanc conditionem non deficere, quando ille restituitur aduersùs aditionem hæreditatis, quæ non est soluendo: ergo etiam idem fateri debent, licèt hæreditas sit soluendo.

402 Neque obstat, siquis in contrarium objiciat text. *in d. §. Sed quod Papinianus*, vbi minore restituto aduersùs aditionem hereditatis fit locus substituto necessario (ideſt, seruo testatoris) si hæreditas non est soluendo. Respondetur enim ex Glos. ibid. *verſ. Substituto*, id statui specialiter in seruo; quẽ propterea lex noluit, vt in casu proposito esset hæres necessarius nisi hæreditas non esset soluẽdo, quia si foret soluendo, verosimile est, inquit d. Glos. quòd plures vellent capere hæreditatem; & sic non oportuit eum cogi, & facere hæredem necessarium in tali casu: vtrùm autem possit tunc esse hæres voluntarius? textus non resoluit: Glos. verò dicit, posse, si alij legitimi nollent succedere. Mihi tamen satis probabile apparet, quòd etiam legitimis volentibus, succedere potest ille seruus, & capere illam hæreditatem, ex ijsdem fundamentis, quibus modo probamus, substitutũ admitti absolutè ad hæreditatem, aduersùs cujus aditionem institutus fuit restitutus in integrum.

403 Probatur tertio & vltimò, omissis alijs, per textum *in l. pen. ff. de Acquir. hæreditate*, vbi instituto, post aditam hæreditatem aduersùs aditionem in integrum restituto, admittitur cohæres per jus accrescendi ad ejus portionem, si eam sibi velit: ergo similiter, si institutus aduersùs aditionem restituatur, admitti debet substitutus per Vulgarem? Cùm jus accrescendi sit quędam tacita Vulgaris substitutio, *l. Si Titio, §. Iulianus, ff. de Leg. 2.* Vnde si illud in casu dictę restitutionis locum habet, etiam illum habet Vulgaris expressa, cùm eadem sit ratio.

404 Contrariè nihilominus sentiunt aliqui apud Fusar. *d. q. 65. num. 10.* quibus ex parte accedunt Polit. *tract. de Substitution. tit. de Vulgari, partic. 3. q. 42. num. 82.* Thomas Calanth. *in Repet. l. 1. numer. 83. ff. de Vulgari*, & Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap. 18. num. 4. verſ. Ex prædictis patet*, qui solùm in casu, quo hęreditas non sit soluendo, prædictam communem opinionem admittunt; si autem sit soluendo contrariam veriorem judicant, scilicet non fieri locum substituto per restitutionem instituti aduersùs aditionem. At valde infirmis, vt mihi videtur, nituntur fundamentis, quæ quidem omnia ex adductis pro communi sententia refelluntur: quare ab illa recedendum non est, siue hæreditas sit soluendo, siue non.

Dubitari autem circa ipsam commu- 405
nem sententiam solet, vtrùm substitutus in casu proposito admittatur de jure Ciuili, vel solùm de jure Prętorio? Cujus quæstionis ea est vtilitas, quia si venit de jure Ciuili, admittitur vsque ad 30. annos *l. Licèt, Cod. de Iure deliber.* si autem solùm de jure Prætorio, finitur ejus actio spatio vnius anni, vel centum dierum *l. Emancipata, Cod. Qui admitti, cum simil.* In hac igitur dubitatione, pro solo jure Prætorio stant cum Vltramontanis, & quibusdam alijs. Polit. *d. partic. 3. q. 43. num. 83. ad fin.* & Trentacinq. *d. cap. 18. sub num. 10. verſ. Ex prædictis constat*, Mouentur primò, quia restitutus aduersùs aditionem manet hæres de jure Ciuili, *d. l. Et si sine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minor.* ergo substitutus non potest eodem jure fieri hæres, cùm repugnet esse duos hæredes in solidum eodem jure, *l. Quod contra, §. vnic. ff. de Regul. jur.* Secundò, quia substitutus in præsenti casu solùm fit hæres vtiliter, & non jure directo, cùm hoc maneat penes institutum: qui autem est hæres jure Ciuili, talis est directò, & non tantùm vtiliter, vt videtur communiter receptum. Tertiò quia quo jure remouetur obstaculum, quod impediebat, nequis admitteretur ad hæreditatem, eodem censetur ad ipsam hæreditatem admitti, *l. Facta, §. Si sub conditione, versic. Quod si, ff. Ad Trebel.* remedium autem restitutionis in integrum,

grum, quo in præsenti rescinditur, & remouetur aditio, quæ obstabat ne substitutus admitteretur, est de jure Prætorio, *l. 1. & tot. tit. ff. de Minor.* ergo.

406 Nihilominus quòd dictus substitutus veniat de jure Ciuili tenent Barth. *in l. 1. num. 49. ff. de Vulgari, & in l. 2. §. Interdum, num. 2. ff. eod.* vbi etiam Salic. & Alex. Idem Barth. *in d. l. Et si sine, §. Sed quod Papinianus, ff. de Minor. & in l. Qui se patris,* vbi communiter DD. *Cod. Vnde liberi.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num.* 130. *de Testament.* Barth. de Hucio *tract. de Substitution. cap. 1. num. 23.* Bald. de Hubal. *tract. etiam de Substitution. tit. de Vulgari, num. 34.* & alij apud Fusar. *d. q. 65. num. 12.* essèque hanc communem, & receptam scribentium sententiam præsertim Citramontanorum testatur Trentacinq. *d. cap. 18. num. 5.* Probatur per text. *in d. l. 1. §. Siquis adita, ff. Ad Tertul.* vbi si institutus hæreditatem adiuit, & postea per beneficium restitutionis in integrum ab ea abstinuit, admittitur alius ex antiquo jure 12. tabularum, & sic ex jure Ciuili; nihil obstante, quòd ille institutus remanet hæres de jure Ciuili, *d. §. Sed quod Papinianus, & l. Ei qui soluendo, in fine, ff. de Hæred. instit.*

407 Et hinc non obstant, quæ pro contraria sententia adducta sunt. Ad primum enim respondetur, cùm dicitur non posse esse duos hæredes in solidum eodem jure, id esse verum, eodem respectu, non verò diuersis, vt quòd vnus sit hæres de jure Ciuili directo, & alius de jure Ciuili vtiliter quod patet *ex toto tit. ff. Ad Trebel.* vbi institutus, qui adiuit, semper retinet actiones directas de jure Ciuili; & fideicommissarius, cui hæreditatem restitutuit, acquisiuit vtiles de eodem jure Ciuili. Ad secundum patet ex dictis, falsum esse quòd de jure Ciuili non possit quis fieri hęres solùm vtiliter. Ad tertium denique negatur maior, pro qua non bene adducitur text. *in d. vers. Quod si,* nam in hoc textu solùm habetur, quòd quando aliquis cum onere restituendi hęreditatem est institutus sub conditione, quę de jure Prætorio rejicitur, vt turpis, vel difficilis, non autem de jure Ciuili; tunc per ipsum Prætorem cogitur capere bonorũ possessionem, vel vti actionibus hęreditarijs, ad hoc vt eas ex Trebelliano transferat in fideicommissarium; non autem potest adire hęreditatem, & fieri hæres jure Ciuili, quia cùm per illud tales conditiones non censeantur turpes, minimè ab illo permittitur, vt illis non impletis institutus admittatur. Vnde ratio, ob quam in hoc casu solùm de jure Prætorio institutus potest capere bonorum possessionem, non est præcisè, quòd per illud tollatur obstaculum conditionis, sed quia jus Ciuile illam non remittit, neque habet pro remissa, & consequenter, dum reipsa non impletur, institutum non admittit. Quando autem obstaculum ita sublatum est jure Prætorio, vt res maneat in statu in quo dispositio juris Ciuilis habet locum, tunc effectus illius dispositionis, non juri Prætorio, sed Ciuili assignatur, vt patet ex eodem text. *in d. vers. Quod si,* vbi actiones hæreditariæ transferuntur in fideicommissarium ex dispositione Trebelliani, & sic ex jure Ciuili; cùm id fieri non posset, nisi institutus priùs ex jure Prætorio eos nactus esset, remissa conditione, sub qua fuerat institutus; quod similiter euenit in nostro casu, vbi per restitutionem jure Prætorio concessam aduersùs aditionem, fit locus juri Ciuili, quo substitutus vocatur, instituto non adeunte, vel aditionem reuocante.

Non negant autem prædictæ communis sententiæ Authores, quòd etiam de jure Prætorio possit substitutus admitti in casu proposito, imò id expressè fatentur, admittendo posse illum petere bonorum possessionem secundùm tabulas de jure Prætorio, si eo jure admitti velit. Ita Barth. *in d. l. 1. num. 49. ff. de Vulgari, & in d. l. 2. §. Interdum, fine, ff. eod.* alijsque in locis; Barth. de Hucio, & Bald. de Hubal. *vbi suprà,* & alij, id enim secundùm vnam lecturam probat text. *in d. §. Interdum, in fine,* ibi: *ut Prætor vtiles actiones decernat substitutis.* Hanc tamen lecturam non immeritò reprobat Trentacinq. 408

cinq. *d. cap.* 18. *num.* 10. vbi ostendit, in hoc textu non agi de Vulgari, sed de Pupillari substitutione, secundùm primum & verum ejus intellectum.

Tertia quæstio est, vtrùm per existen-
409 tiam Sui hęredis cesset Vulgaris substitutio? Cum enim per existentiam Suitatis filius acquirat, & fiat dominus hæreditatis, sicut institutus extraneus per aditionem, non immerito dubitatur an sicut per aditionem cessat substitutio, ita etiam cesset per existentiam Suitatis? In hac igitur quæstione tres casus distinguendi sunt.

Primus casus est, quando Vulgaris substitutio est facta ex necessitate, ex consilio Galli, vel legis Velleiæ, prout fit quando testator substituit nepotem filio instituto, si ipse filius viuo patre moriatur: quæ substitutio ideo dicitur ex necessitate, quia est necessaria ad hoc vt nepos non se reperiat præteritum, & ex ea causa rũpat testamentum, si filius viuo testatore decedat. In hoc igitur casu, vera & communis resolutio est, per existentiam Sui hæredis, idest filij, cessare talem substitutionem. Ita Glos. *in l. Si mater, §* 1. *ff. de Vulgari*, & ibi Barth. Bald. Castr. Alex. & Jas. idem Barth. *in l.* 1. *num.* 50. *ff. eod.* & ibi Socin. sen. *num.* 54. & Ripa, *num.* 208. Bald. de Ubald. *tract. de Substitut. tit. de Vulgari, num.* 35. Barth. de Hucio *tract. etiam de Substitut. cap.* 1. *num.* 23. Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 18. *num.* 11. & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 55. *num.* 3. Ratio est, quia hujusmodi substitutio censetur potiùs facta in Suitate, quàm in hæreditate, idest, in casum quo filius non existat hæres Suus, & ideo si hæres Suus extitit, quia non est mortuus, nec emancipatus in vita patris, cessat & extinguitur ipsa substitutio.

Secundus casus est, quando substitu-
410 tio est facta voluntariè, & expressè; vt quando pater filio substituit extraneum verbis expressis: vel etiam quando filio substituit expressè nepotem non apponendo conditionem, *Si filius se viuo moriatur*, sed, *Si hæres non erit*, vel dicendo tantùm, se illi substituere nepotem: hujusmodi enim substitutionem censeri voluntariam, docet meritò Trentacinq. *loc. citat.* Et in hoc casu, vel quæstio proposita locum non habet, vel si illum habet substitutio per existentiam Sui hæredis non tollitur. Quod facilè declaratur: nam juxta communem, & magis receptam sententiam per Vulgarem substitutionem expressam factam volũtariè tollitur existentia Suitatis, vt vidimus *supra*, §. 23. & sic retenta hac sententia nõ habet locum prædicta quæstio in tali substitutione. Atque ita in specie respondet Barth. *in d. l.* 1. *num.* 50. *ff. de Vulgari*; tenendo autem sententiam contrariam, vel loquendo in casibus, in quibus prædicta communis limitatur, quos tradidimus *d.* §. 23. Tunc dicimus quod dicta substitutio non permitur per existentiam Sui hæredis; quia si is abstineat, prout potest de jure Prætorio, licèt semper maneat hæres directò, attamen non manet hæres vtiliter & cum effectu; quod sufficit ad hoc vt sit locus substituto, qui non excluditur, nisi institutus effectualiter fit hæres, *l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari*; & ita habet communis DD. sententia, quam post alios refert, & sequitur Trentacinq. *d. cap.* 18. *num.* 11. *vers. Secundus casus*, & Fusar. *d. q.* 55. *num.* 1.

Tertius casus est, quando Vulgaris vo- 411
luntaria est tacita, idest, tacitè comprehensa sub expressa Pupillari. Et in hoc casu non tollitur per existentiam Suitatis. Sic Barth. *in d. l.* 1. *num.* 50. *ff. de Vulgari, & in l. Si mater, §.* 1. *ff. eod.* quem vtrobique alij communiter sequuntur, Bald. *in l. Post aditam, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Guilliel Bened. *in cap. Raynutius, in materia de Vulgari, num.* 132. *de Testam.* Barth. de Hucio *tract. de Substit. cap.* 1. *num.* 23. Bald. de Vbald. *eod. tract. tit. de Vulgari, num.* 35. Trentacinq. *d. cap.* 18. *fine*, & cum alijs Fusar. *d. q.* 55. *num.* 2. Probatur, quia existentia Sui hæredis confirmat tabulas pupillares, in quibus tacita Vulgaris continetur, *d. l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari, l. Filius, & l. Si pupillus, ff. de Acquir. hæred.*

§. 26. Ex-

§. 26. *Expediuntur aliæ quæstiones circa eandem materiam.*

SUMMARIUM.

VTrum si filius à primo gradu præteritus, & à secundo exhæredatus, approbauit primum gradum, cesset in tali casu secundus gradus, nempe substitutio, & sic substitutus ab instituto excludatur? numer. 412. & 414. cum seqq.

Quando institutus solùm potest venire de jure Prætorio, petendo bonorum possessionem, si jus ad talem possessionem petendam habuit originem viuo testatore, tunc institutus præfertur substituto, illumque excludit, petendo possessionem bonorum; num. 413. Secùs autem si jus ad illam possessionem nõ incæpit viuo testatore, vt in casu, quo filius â primo gradu est præteritus; num. 414. & seqq. Id verò declara, & intellige, prout num. 417. & seqq.

Vtrum substitutus admittatur, quando institutus post aditam hæreditatem non paret voluntati defuncti? Respond. affirmatiuè; numer. 421. Quid quando ipse testator indixit instituto pœnam priuationis hæreditatis, si ibi non pareret? num. 422.

Quando non ex dispositione testatoris, sed ex dispositione legis, aliquis repellitur à successione, fauore alterius, illi alteri applicatur hæreditas, seu ejus commodum; ibid.

Voluntas testatoris respiciens commodum alterius perducitur ad effectum jure actionis: respiciens autem solam auctoritatem testatoris, officio judicis; d. num. 422. fine.

Vtrum tacita Vulgaris comprehensa sub expressa Pupillari expiret pubertate instituti? Distingue quatuor casus, prout num. 423. & seqq.

Quando Pupillaris expressa facta est absque præfinitione temporis, non expirat tacita Vulgaris pubertate instituti; d. num. 423. Et idem est quando Pupillaris expressa facta est in longius tempus, quam ætatis Pupillaris; numer. 424. Quid, si facta sit cum præfinitione temporis ante pubertatem; vt, si institutus decedat in pupillari ætate? Prima sententia affirmat, expirare tunc dictam Vulgarem tacitam, perueniente instituto ad pubertatem: & ponuntur, atque excluduntur ejus fundamenta; numer. 425. & seqq. Secunda sententia negat; eaque magis probatur; num. 428. & seqq Quid denique si Pupillaris sit facta cum restrictione ad breuius tempus, quàm ætatis pupillaris? num. 431. & seqq.

Vtrum per emancipationem filij expiret tacita Vulgaris, sicut expirat Pupillaris expressa, in qua illa continetur? Prima sententia affirmat, & quibus fundamentis? num. 433. & seqq. Secunda verò probabilius negat: & ponuntur ejus fundamenta; num. 436.

Quando pater fuit coactus emancipare filium, non expirat tacita Vulgaris per talem emancipationem, etiam retentâ primâ sententiâ superiùs traditâ, quæ in tali casu limitatur; num. 437.

Quid, quando filius egreditur patriam potestatem alio modo, quàm per emancipationem? Dic sicut quando per emancipationem; num. 438.

Vtrum cõditio, Si sine liberis decedat, *sub intelligatur in Vulgari substitutione filio facta? Respondetur negatiuè, præterquam si agatur de Vulgari comprehensa verbis generalibus in Compendiosa; num. 439.*

Quando Vulgaris substitutio expirat aditione hæreditatis, non conuertitur in Fideicommissariam, nec vt talis sustinetur, etiamsi in testamento adhibita fuerit clausula codicillaris; num. 440.

QUarta quæstio in ordine est, si filius 412
à primo gradu pręteritus, & à secundo exhæredatus, approbauit primum gradum volens vt ex eo possit institutus petere bonorum possessionem secundùm tabulas, prout de jure Prætorio conceditur, *l. Filio præterito, in fine, ff.*

ff. de Injusto rup. & irrit. testam. an in tali casu cesset secnndus gradus, idest, substitutio, & sic substitutus ab instituto excludatur, nihil obstante quòd substitutus veniat de jure Ciuili? Quæ quæstio in terminis magis generalibus proponi solet sic; Vtrùm quando institutus solùm potest venire de jure Prætorio, petendo bonorum possessionem, excludatur substitutus quanuis veniens de jure Ciuili? & sumendo illam in his terminis, duo casus in ea distinguuntur. Primus est, quando jus petendæ bonorum possessionis habet originem viuo testatore, vt quando institutio facta est sub conditione, quæ jure Prętorio rejicitur vt turpis, juxta *l. Facta, §. Si sub conditione, vers. Quod si, ff. Ad Trebel.* de qua *supra num.* 407. locuti sumus, vel quando pręteritus est posthumus, qui natus mortuus fuit viuente patre testatore, juxta *l. Posthumus, in princip. ff. de Injusto rup. & irrit. testament.* Secundus est, quando jus petendæ possessionis bonorum consurgit post mortem testatoris, sumente tunc vires testamento de jure Prætorio, vt quando filius præteritus in testamento patris consentit in tale testamentum, patre jam defuncto, juxta *d. l. Filio præterito, ff. de Injusto rupt testam.* Si ergo loquamur in primo casu; resolutio est, substitutum excludi ab instituto bonorum possessionem petente; econtra verò in secundo casu. Ita distinguunt, ac resoluunt Barth. *in l.* 1. *numer.* 51. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Socin. Imola, Iason, Ripa, & alij communiter, Angel. *in l. fin. Cod. de Instit. & substit.* Bald. de Vbal. *tract. de Substit. tit. de Vulgari, num.* 37. Barth. de Hucio *tract. etiam. de Substit. cap.* 1. *num.* 24. *&* 25. & Trentacinq. affirmans esse communẽ, & receptam scribentiũ sententiam *tract. de Substit. p.* 1. *cap.* 17. *num.* 2. *&* 4.

413 Prior pars traditæ resolutionis, quòd scilicet in primo casu excludatur substitutus, probatur facilè; quia in conditione Vulgaris substitutionis, *Si institutus hæres, non erit*, nomine, *Hæredis*, venit etiam bonorum possessor, vt probauimus, *§.* 4. *num.* 92. & tenent communiter DD. per text. *in l. In conditionibus*, 19. *§. Si patronus, ff. de Condit. & demonstr.* sed in dicto primo casu institutus habet jus petendi bonorum possessionem, illamq; potest petere statim post mortem testatoris, cùm illo adhuc viuo originem haberet: ergo si illam petat, cessat conditio substitutionis, & consequenter excluditur substitutus, perinde ac si veniret de jure Ciuili, & hæreditatem adiret.

Alia pars, quòd scilicet in secundo ca- 414
su præferatur substitutus, probatur ea ratione, quia in dicto casu gradus institutionis, a quo filius est præteritus, reperitur ipso jure irritus tempore mortis testatoris, & sic vbi testator mortuus est, habet locum gradus substitutionis, statimque admittitur substitutus, cui filius præteritus approbando postea primum gradum præjudicare non potest; cùm substitutus jam habeat jus quæsitum, quo per illam approbationem priuari nequit, juxta *l. Id quod nostrum, ff. de Regul. jur.* & facit text. cum ibi not. per Bart. *in l. Si post mortem, in fine, ff. de Bonor. poßeß. contra tabul.* Dices, hoc fundamento probari solùm, quòd dicta approbatio non potest nocere substituto postquam hæreditatem ex substitutione adiuit: secus autẽ antequam adiret, cùm ante aditionem nõ fuerit illi jus quæsitum. Respondeo negando assumptum cum Trentacinq. *supra, num.* 9. & alijs, quos refert, nam licèt non fuerit substituto jus quæsitum in re, antequam adiret; at fuit quæsitum jus ad rem, quod ei non est auferendum, *l. fin. ff. de Pactis.* Cum enim primus gradus præteritione filij redditus sit nullus, continuò post mortem testatoris delata est hæreditas ad secundum ex dispositione juris, *l.* 3. *§. fin. ff. de Liber. & posth.* & sic habet substitutus hoc beneficium ex necessitate legis, proindeque etiam ante acceptationem eo priuari non potest, vt per not. à Barth. *in l. Absenti, ff. de Donat.* & à Felino *in cap. In nostra, corol.* 1. *de Rescriptis.*

Magis videtur vrgere quod aliqui ad- 415
uersus hanc partem objiciunt *ex l. Quandiu institutus*, 68. *ff. de Acquir. hæred.* vbi habe-

habetur, quòd quandiu institutus admitti potest, non est locus substituto. Vnde cùm filio præterito concessum sit, quod possit approbatione sua validare institutionem, à qua fuit præteritus, & sic facere, vt institutus admittatur, consequens est vt quandiu est spes, quòd ille approbabit talem institutionem, & volet institutum admitti, non sit locus substituto, & si re ipsa talis approbatio sequatur, substitutio extinguatur. Ad hoc tamen respondetur facilè, *d.l. Quandiu*, procedere, quando institutio fuit valida, & dum adhuc viget, est spes quòd institutus ex illa succedet, non verò, quando institutio reperitur irrita, vel infirmata, vt patet quando institutus est Minor, & repudiauit hæreditatem; in quo euentu, cùm institutio per repudiationem infirmata sit, statim fit locus substituto, licèt adhuc per restitutionem in integrum possit institutus admitti, vt est communis DD. sententia, quam tradidimus, *§. 5. numer. 96.* Hinc autem non dicas, quod similiter in nostro casu sequuta approbatione filij præteriti, admitteretur institutus, quanuis interim dum institutio approbata non fuit, admissus fuerit substitutus. Est enim diuersa ratio in restitutione in integrum, cujus ea est virtus, vt omnia reponat in pristinum statum, *l. Quod si Minor, §. Restitutio, ff. de Minor. l. Non videtur, C. de In integr. restit. cum simil.* Talis autem virtus dictæ approbationi filij præteriti concessa non est.

416 Adhuc tamen oppones; quanuis substitutus statim à morte testatoris admissus sit, eoquod institutio reperitur nulla ex causa præteritionis filij; adhuc nihilominus, si filius ipsam institutionem dicat nullam, volendo succedere contra tabulas, substitutus excluditur: ergo à fortiori, si ipsam institutionem approbet substitutus excludetur, & succedet institutus secundùm tabulas, & juxta voluntatem defuncti, à quo primo loco vocatus est. Respondetur negando consequentiam; nam quando filius dicit nullam illam institutionem, id facit ad suum commodum, & ad propulsandam injuriam præteritionis: quando autem institutionem approbat, id facit ad commodum alterius, nempe instituti: & sic non mirum, quod dicendo nullam institutionem substitutum excludat: non ita verò approbando illam.

Aduerte præfatam doctrinam procedere in communi sententia quæ tenet, testamentum, in quo filius est præteritus esse ipso jure nullum, itaut non requiratur vlla filij declaratio, aut petitio, vt debeat censeri simpliciter irritum: quam sententiam inculcauimus, *disp. præced. sect. 4. §. 2. num. 75.* & tanquam veriorem sequitur Trentacinq. *d. cap. 19 n. 4. ad fin.* vbi pro ea refert Glos. *in §. Sunt autem, verb. Contra tabulas, Instit. de Bonor. poss.* & Glos. *in l. fin. verb. Petita, C. de Bonor. possess. contra tabul.* & Glos. *in l. Si ita scriptum, §. fin. in Glos. fin. ff. de Liber. & posth.* aliaq; Glossas, & DD. quibus plures suo loco addemus. Si autem sequamur aliam opinionem quę tenet, testamentum, in quo filius est præteritus, ita demum irritum esse, si filius illud dicat nullum, prout etiam docent multę Glossæ, vt Glos. *in d. l. Filio præterito, Glos. in l. Scimus, in princ. verb. Ipso jure, C. de Inoffic. testam. Glos. in l. Si duo, ff. de Legat. præstan.* & aliæ multæ apud Trentac. vbi sup. & non pauci DD. quos refert Tiraq. *in l. Si vnquam, verb. Reuertatur, n. 13. C. de Reuocan. donat.* tunc fatendū est, institutum debere admitti, substituto excluso, si filius non dicat testamentum nullum. 417

Aduerte vlteriùs, prædictam doctrinam solùm procedere in casu quo filius à primo gradu præteritus, à secundo est exhæredatus, nam si etiam à secundo fuit præteritus, nullum jus quæritur substituto, *vt per l. 3. §. fin. ff. de Liber. & posth.* tenent communiter DD. teste Trentacinq. *d. cap. 19. n. 6.* & ratio est, quia quando filius etiam à secundo gradu est præteritus, irritus etiam est talis gradus, & sic nullum jus inde quæritur substituto. 418

Declaratur præterea eadem resolutio, quòd non procedit, quando filius præteritus approbat testamentum in vita patris: nam tunc præferretur institutus, vt post Ripa, *in l. 1. num. 214. ff. de Vulgari,* 419

tradit benè Trentacinq. *vbi supra, num.* 7. quia dum testator viuit nullum jus acquiretur substituto, cùm circa acquisitionem hæreditatis tempus mortis inspiciatur, *l. Si alienum, §. In extraneis, ff. de Hæred. instit.* quando autem testator moritur, jam per antecedentem filij approbationem redditum est testamentum validum, *d. l. Filio præterito, ff. de Injusto, rupt. test.* ergo ex illo admittitur institutus, & sic non succedit substitutus.

420 Declaratur tandem, quòd præfata resolutio non procedit, quando institutus esset rogatus restituere hæreditatem filio præterito; quòd tunc posset filius approbare institutionem in præjudicium substituti, ad hoc vt ipse filius consequi possit fideicommissum. Ita post Angel. & alios declarat Socin *in d. l.* 1. *sub num. 55. vers. Secundo potest, ff. de Vulgari*, sed hanc declarationem impugnant Ripa *in d. l.* 1. *n.* 255. Polit. *tract. de Substit. tit. de Vulgari, partic.* 3. *q.* 32. *n.* 73. & Trentac.
421 *d. cap.* 19 *num.* 7. quos vide, si placet.

Quinta quæstio est, vtrùm substitutus admittatur, quando institutus post aditam hæreditatem non paret voluntati defuncti? Respondetur, si institutus, à judice admonitus sit negligens per annum implere voluntatem defuncti, admitti substitutum, præstita cautione de implenda testatoris voluntate. Ita expressè habetur *in Auth. Hoc amplius, Cod. de Fideicommissis, & in corpore vnde sumpta est*; & sic tenent omnes. Aduertit autem Polit. *d. partic.* 3. *quæst.* 37. *sub numer.* 78. licèt in hoc casu substitutus admittatur; attamen non admitti ex vi substitutionis Vulgaris, sed ex beneficio illius Authent. Quòd inde colligit, quia etiam admittuntur legatarij; & fideicommissarij, non tantùm vniuersales, sed etiam speciales, & alij tandem, de quibus *in d. Auth.* Hæc tamen consideratio parum videtur habere vtilitatis; nam cùm constet substitutum admitti, quid refert, vtrũ hac, vel illa ratione?

422 Vtiliùs monet Peregrin. *tract. de Fideicommissis, art.* 11. *numer.* 133. quando testator non indixit pœnam priuationis hęredi prœceptum ejus non implenti, tunc ex legis auctoritate hæredem monitum à judice exauthorari *per dict. Auth. Hoc amplius*, si verò testator eam pœnam illi indixit, tunc quidem priuari hæreditate ab ipso testatore: at in tali etiam casu hæreditatem applicari substitutis, aut cohæredibus, si illos habet; sin autem, venientibus ab intestato, licèt testator illum priuarit in pœnam molestiæ alteri illatæ, vt si vxorem molestaret: quæ sententia est Bartholi, & Imolæ *in l. Si paterfamil. in fine, ff. de Hæred. instit. & in l. Vxorem, §. Hæres, ff. de Legat.* 3. *per text. in §. Præfatæ, Auth. de Nupt.* quam etiam sequuntur Bald. *in l.* 1. *numer.* 43. & ibid. Jason. *col.* 2. *Cod. de His, quæ pœnæ nom.* pluresque alij apud eundem Peregrin. quòd est valde notandum, quia quando non ex dispositione testatoris, sed ex dispositione legis, aliquis repellitur à successione fauore alterius, illi alteri applicatur hæreditas, seu ejus commodum. Barthol. *in d. §. Hæres, per text. in l. Post legatum, §. Amittere, ff. de His, quæ vt indign. & in dict. l.* 2. *§. Si duo, ff. de Collat. bon.* vbi etiam id notat Barthol. qui idem tradit *in l.* 2. *§. Videndum, col.* 2. *ff. Ad Tertul.* Bald. & Castr. *in l. Si defunctus, Cod. de Suis, & legit.* & alij; quos refert, & sequitur. Peregrin. *d. tract. de Fideicommiss. art.* 5. *numer.* 14. *fine, & d. art.* 11. *in fine*, vbi vtiliter pro praxi addit, quòd voluntas testatoris respiciens commodum alterius perducitur ad effectum jure actionis, quæ autem solùm pertinet ad auctoritatem ipsius testatoris, officio judicis, vt per *l. Quintus, ff. de Ann. legat.*

Sexta quæstio est, vtrùm tacita Vulgaris cõprehensa sub expressa Pupillari expiret pubertate instituti, quemadmodũ ipsa Pupillaris expirat? In qua quæstione quatuor casus distingui solent. Primus casus est, quando Pupillaris facta est absq; præfinitione temporis, vt si testator dixit; *Filio meo impuberi substituo Titium*: vel; *Quisquis mihi hæres erit, filio meo hæres esto.* Et in hoc casu recepta 423

DD. sententia est, Vulgarem ibi comprehensam non expirare pubertate filij. Ita Barth. *in l. 1. sub numer. 56. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *sub num. 43.* Socin. *numer. 60.* Ripa *num. 226.* & alij Angel. *in l. In pupillari, & in l. Lex Cornelia, ff. eod.* Imola *in l. Qui habebat, ff. eodem, & in cap. Raynutius*, vbi etiam Guilliel. Bened. *in materia de Vulgari, num. 138. de Testament.* Bald. de Vbal. *tract. de Substitution. tit. de Vulgari, numer. 40.* Barth. de Hucio *in simili tract. cap. 1. numer. 26. fine*, Menchaca, *de Succes. creat. lib. 3. §. 21. numer. 244. & de Succes. progres. lib. 2. §. 11. numer. 46.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 6. sub numer. 2. & numer. 11.* Trentacinq. *de Substitution. p. 1. cap. 22. numer. 1.* & cæteri communiter. Ratio est, quia si Vulgaris in casu proposito restringeretur ad tempus ante pubertatem instituti, id foret ob conjunctionem cum Pupillari, quæ ad illud tẽpus restringitur: constat enim, quod talem restrictionem non habet ex sua natura: at neque illam habet ob conjunctionem cum Pupillari; quia non est illi adjuncta accessoriè, & tanquam ab illa originem trahat, sed æquè principaliter à testatore intenta est, sic legementem defuncti interpretante, vt non semel in superioribus explicuimus, & constat *per l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, quando autem tacitum est æquè principaliter intentum, atque expressum, non ita pendet ab illo, vt extincto expresso, ipsum etiam tacitum extinguatur, aut vitietur, *l. Fidejussor, ff. de Leg. 1.* ergo quantumuis Pupillaris pubertate instituti extinguatur, non propterea extinguitur tacita Vulgaris, quæ sub ea continetur.

424 Secundus casus est, quando Pupillaris facta est in longius tempus, quàm pupillaris ætatis, vt si institutus infra 25. annum decesserit, & in hoc etiam casu tacita Vulgaris, non expirat pubertate, vt docent omnes proximè citati DD. & constat eadem ratione, qua superior resolutio; idque à fortiori, cùm testator vltra tempus pubertatis prouiderit, quæ prouisio, licèt quoad Pupillarem sit inutilis, talis tamen non est quoad Vulgarem sub illa comprehensam; cùm Vulgaris certum aliquod tempus ante, vel post pubertatem non postulet.

Tertius casus est, quando Pupillaris facta est cum præfixione temporis ante pubertatem, vt si in pupillari ætate decedat. Et in hoc casu duplex est sententia. Prima tenet, tacitam etiam Vulgarem simul cum Pupillari in tali casu extingui, aduenientepubertate instituti. Ita sentiunt Barth. *in d. l. 1 sub num. 56. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Angel. *in l. In pupillari, ff. eod.* Aret. *in l. Qui habebat, ff. eod.* Joan. de Imola *in cap. Raynutius de Testament.* Alber. de Rosa *in l. Precibus, numer. 12. Cod de Impuber. & alijs substit.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Vulgaris, numer. 138.* Bald. de Vbal. *tract. de Substitut. rubr. de Vulgari numer. 40.* Barthol. de Hucio *in simili tract. cap. 1. numer. 26.* & alij, quos refert Fusar. *de Substitut. quæst. 67. numer. 4.* Mouentur primò aliquibus textibus, in quibus dicta Vulgaris tacita post pubertatem non admittitur, vt *text. in l. Qui habebat*, juxta intellectum Bartholi, & aliorum, *ff. de Vulgari, & text. in l. penult. §. vltim. Cod. de Necessar. serv. hæred. instituen. & text. in l. fin. in vltim. vers. ff. de Fideicommissar. libert.* At hi textus non vrgent: illis enim facillimè respondent Aduersarij; eos procedere, quando institutus hæreditatem adiuerat: nam tunc per ipsam aditionem, non verò per aduentum pubertatis dicta Vulgaris expirauerat. Ita post alios respondet Mantica, & Trentacinq. *loco infra cit.* 425

Mouentur secundò ex illa regula, quòd quando plura determinabilia sub eadem verborum conceptione continentur, pariformiter determinantur *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. Si legatarius, in fine, ff. de Leg. 3.* in præsenti autem Pupillaris expressa, & Vulgaris tacita sub eadem verborum conceptione continentur: ergo cùm Pupillaris determine- 426

minetur, & restringuatur ad tempus ante pubertatem, ita pariter censeri debet determinata Vulgaris, atque adeo sicut Pupillaris pubertate expirat, ita etiam Vulgaris. Sed ad hoc etiam facilè pro contraria sententia respondetur, illam regulam intelligi in determinabilibus, in quibus non apparet diuersa ratio: in Vulgari autem est ratio longè diuersa, atque in Pupillari, cùm hæc suapta natura vendicet tempus pupillaris ætatis, nec vltra illum possit excurrere, etiam de voluntate testatoris; secus autem Vulgaris.

427 Mouentur tertiò, & vltimo ex illa alia regula, quòd vitiato expresso vitiatur etiam tacitum, *l. 3. §. Et habet, ff. de Seruit. rust. præd.* sed Pupillaris expressa vitiatur, & perit pubertate instituti; ergo etiam tacita Vulgaris, quæ sub illa comprehenditur, simul perire debet. At hoc argumentum sæpius excluſum est: cùm illa regula procedat, quando tacitum venit accessoriè ad expressum, non verò quando est æquè principaliter intentum, vt per *l. Fidejußor, ff. de Leg.* 1. tacita autem Vulgaris est æquè principaliter intenta, atque expressa Pupillaris, sub qua continetur, vt sæpius notauimus; & patet, tum quia quælibet ex his substitutionibus suis regulis innititur, & in casibus valde diuersis locum habet: tum etiam argumento Pupillaris tacitæ sub expressa Vulgari contentæ, quæ non expirat, licèt ipsa Vulgaris per additionem extinguatur *l. 2. ad fin. ff. de Vulgari.*

428 Secunda ergo, & verior sententia est, dictam Vulgarem tacitam non expirare pubertate instituti in casu proposito. Ita sentiunt Glos. *in l. Lex Cornelia, ff. de Vulgari*, vbi etiam Imola, & Cuman. *numer.* 12. Idem Imola *in d. l.* 1. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *num.* 57. *ad fin.* Ripa *num.* 225. & Alciat. *numer.* 160. Salicet. *in l. Si testamento, numer.* 14. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Couar. *in cap. Raynutius, §. 5. numer. 5. vers. Illud sanè, de Testament.* Menchac. *de Succeß. creat. lib.* 3. §. 21. *numer.* 244. *& de Succeß. progreß. lib.* 2. §. 11. *numer.* 46. Mantica, *de Conjectur. vltim. voluntat. lib.* 5. *tit.* 6. *sub numer.* 2. *vsque ad* 11. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 43. *ad fin.* Trentacinq. dicens esse communem opinionem modernorum, *tract. de Substitut. p.* 1. *cap.* 22. *sub num.* 4. & alij apud Menoch. *supra*, & apud Fusar. *de Substitution. quæst.* 67. *numer.* 5.

Probatur primò, quia expressio ejus, quod tacitè, seu ex ipsa natura 429
rei inest, nihil operatur, *l. 3. ff. de Leg.* 1. *l. Non rectè, Cod. de Fidejußor.* sed tempus pupillaris ætatis inest ex ipsa rei natura in Pupillari substitutione, *l. Qui liberis, in princip. & l. In pupillari, & l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari*: ergo ejus expressio non facit, vt eo aduenientè expiret tacita Vulgaris, quæ si illud tempus expressum non esset minimè expiraret, vt etiam Barthol. & alij prioris sententiæ defensores fatentur, vt in 1. & 2. casu vidimus. Confirmatur, nam quando exprimitur id quod inest ex natura rei, censetur exprimi demonstratiuè, vt notat bene Ruin. *consil.* 97. *num.* 4 *vol.* 2. igitur cùm tempus ętatis pupillaris ex natura rei insit in Pupillari substitutione, non debet censeri ibi esse appositum taxatiuè, idest ad restringendam dispositionem, sed solùm ad demonstrandum, quod tali substitutioni conuenit: vnde cùm non conueniat Vulgari, sed tantùm Pupillari, solùm ratione istius debet censeri appositum, non verò vt Vulgarem restringeret.

Probatur secnndò *ex dict. l. Iam hoc* 430
jure, ff. de Vulgari, vbi Jurisconsultus tacitam Vulgarem æquiparat expressæ Vulgari, vt bene ponderat Ripa, Mantica, & Trentacinq. *loco citat.* sed expressa Vulgaris non expirat aduenientè pubertate instituti: ergo neque Vulgaris tacita. Probatur tertiò, quia quando expressa Vulgaris expirat, adeunte filio instituto hæreditatem, antequam esset pubes, non expirat tacita Pupillaris in illa Vulgari comprehen-

sa,

sa, vt jam supra notauimus, & est certissimum, per *l. 2. ad fin. ff. de Vulgari*: ergo etiam quando perueniente instituto ad pubertatem expirat expressa Pupillaris, non propterea expirat tacita Vulgaris in illa Pupillari contenta; eadem enim vtrobique est ratio. Quartò denique probatur ex conjecturata mente defuncti, qui cùm post filium institutum neminem habuerit chariorem, quàm substitutum, profecto sicut ex tali affectione erga illum præsumitur, quod quando eum substituit per Pupillarem expressam, voluit etiam vt per Vulgarem admitteretur, si filius hæres non foret, ita quoque præsumi debet voluisse, vt eadem Vulgaris tacita post filij pubertatem locum haberet, si filius jam pubes hæreditatem repudiasset: nulla enim est maior ratio pro casu, quo ante, quàm quo post pubertatem hæres non foret.

431 Quartus casus est, quando fuit præfinitum breuius tempus, quàm ætatis pupillaris, vt; *Si infra decennium decesserit*: & in hoc casu communissima sententia est, Vulgarem tacitam simul cum expressa Pupillari extingui. Ita sentiunt omnes, quos in præcedenti casu pro prima sententia retulimus, licèt Barthol. & plerique alij hunc quartum casum specialiter non exprimant, sed solùm dicant, quòd quando Pupillaris est facta cum limitatione certi temporis intra ætatem pupillarem, vtraque substitutio (scilicet Pupillaris, & tacita Vulgaris) simul expirant: ita etiam ex ijs, qui in dicto casu præcedenti secundam sententiam sequuntur, tenet Trentacinq. *d. cap. 22. sub num. 4. vers. Quartus & vltimus casus*, vbi testatur hanc esse communem opinionem, & contrariam prorsus rejicit. Adducitur pro hac opinione text. *in l. Si ita quis*, 21. *& in l. Qui plures liberos*, 38. *& in l. Ex facto*, 43. *ff. de Vulgari*. Sed in his textibus solùm habetur, quòd Pupillaris potest fieri cum restrictione ad breuius tempus, quàm ætatis Pupillaris, & quòd finito eo tempore expirat: & sic nihil probant circa tacitam Vulgarem. Adducitur etiam ea ratio, quia testator restringendo prouisionem ad certum tempus, videtur post tale tempus prohibuisse, præsertim quando determinatio illius certi temporis non inest ex natura rei, sed fit voluntariè, vt in præsenti. Sed neque hæc ratio est efficax, nam solùm probat, quòd Pupillaris vltra tempus à testatore determinatum non porrigitur; cùm verba illa, *Si infra decennium decesserit*, non conueniant Vulgari substitutioni, sed tantùm Pupillari, quæ sola respicit tempus mortis.

Quare verior apparet contraria sen- 432
tentia, quòd etiam in hoc vltimo casu tacita Vulgaris non expirat simul cum Pupillari, neque per aduenientem pubertatem instituti. Quam sententiam tenet expressè Menchaca *de Succes. creat. lib. 3. §. 21. num. 244. ad fin.* & videtur etiam tenere Mantica cum alijs, quos refert *d. tit. 6. sub num. 2. vers. De secundo, & numer.* 11. quatenus proposito casu, quo Pupillaris substitutio fuit restricta ad tempus pupillaris ætatis, vel infra tempus pubertatis, absolutè recedit à sententia Bartholi, & tenet quòd in tali casu tacita Vulgaris non finitur pubertate. Probatur hæc opinio rationibus adductis *num.* 430. quibus in superiore casu secunda sententia probata est: satis etiam confirmatur ex dictis contra fundamenta communis sententiæ, quę *num. præced.* adducta, & confutata sunt.

Septima quæstio est, vtrùm per 433
emancipationem filij expiret tacita Vulgaris, sicut expirat Pupillaris expressa, in qua illa continetur? Respondent affirmatiuè Barthol. *in l. 1. numer. 55. ff. de Vulgari*, & ibi Ias. *numer. 59.* Ripa *numer. 222.* qui alios refert, Bald. de Ubald. *tract. de Substitut. rubr. de Vulgari numer. 38.* Barth. de Hucio *in simili tractat. cap. 1. numer. 26.* Paul. Castr. *in l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari*, Fusar. plures referens, *tractat. de Substitution. quæst. 66. numer. 1.* & alij; quam opinionem communem esse testatur Alciat. *in dict. l. 1. numer. 92.* licèt eam non sequatur. Præcipua

ejus fundamenta sunt: Primum, quia Pupillaris intelligitur facta sub conditione, *Si filius in potestate permanserit*: ergo sicut ex defectu hujus conditionis vitiatur expressa Pupillaris, ita etiam vitiatur tacita Vulgaris, argum. *l. Mulieri, & Titio, ff. de Condit. & demonstr.* Sed hoc facilè soluitur, negando consequentiam, quæ non bene probatur per *d. l. Mulieri*, quia in ea lege relictum fuit duplex legatum ejusdem rationis, sub expressa conditione voluntaria, quæ vtrumque pariformiter afficiebat; vnde non mirum quòd defectus talis conditionis vtrumque vitiaret, juxta voluntatem testatoris: at in nostro casu, conditio, *Si filius in potestate permanserit*, conuenit tantùm substitutioni Pupillari, cui inest tacitè seu ex necessitate, non verò Vulgari; & ideo ejus defectus solam Pupillarem vitiat.

434 Secundùm, quia quando duo determinabilia sub eadem verborum conceptione continentur, pariformiter debent determinari, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*: ergo cùm dicta Vulgaris tacita contineatur sub conceptione Pupillaris expressæ, vtraque debet per dictam conditionem pariformiter determinari. At hoc fundamentum jam supra *num.* 426. excluſum est, ex eo quòd illa pariformis determinatio solùm habeat locum in determinabilibus ejusdem rationis: dictæ autem substitutiones magnam inter se habeant diuersitatem.

435 Tertium denique, quia tacita Vulgaris inducta est ex præsumptione, qua lex præsumit, quòd si testator cogitaret, vulgariter etiam substitueret, & non tantùm pupillariter: hæc autem præsumptio cessat, quando pater filium emancipando Pupillarem substitutionem illi factam extinguit; siquidem tunc non potest non aduertere, substitutum non posse succedere ex Pupillari: vnde si in tali casu expressè non prouidet de Vulgari, sibi debet imputare, quòd ea locum non habeat, argum. *l. Tractabatur, ff. de Milit. testament.* Cæterùm hoc etiam fundamentũ jam in casu simili excluſum est *§. 21. numer. 345. & seq.* & in specie bene illi respondent Mantica, & Trentacinq. *loco infra citat.* vbi alias etiam præfatæ sententiæ probationes adducunt, ac dissoluunt, quas omitto, quia nullius ferè sunt momenti.

436 Alij ergo longè probabiliùs negant extingui tacitam Vulgarem per emancipationem filij. Ita Bald. *in l. vltim. num. 9. Cod. de Institut. & substitut.* Alex. *in c. Raynutius, numer. 83. de Testam.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Vulgaris, numer. 137. fine*, Alex. *a. l. 1. num. 42 ff. de Vulgari*, & ibi Alciat. *num 92. quæst. fin. & num. 158. & 159.* & Socin. sen. *num. 59.* Menchaca *de Succeſſ. creat. lib. 3. cap. 21. num. 143. & de Succeſſ. progreſſ. lib. 2. §. 11 num. 40.* Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 5. tit. 6. num. 20. fine*, & Trentac. *de Substitut. p. 1. cap. 21.* Probatur facilè hæc sententia, primò, quia quando tacitum æquè principaliter intenditur atque expressum, non vitiatur ex eo quòd vitietur expressum, *l. 1. §. 1. ff. Quibus mod. pign. vel hypoth. soluat, l. Si fidejußor, in princip.* & ibi Barth. *ff. de Leg. 1.* Vulgaris autem tacita æquè principaliter intenta est à testatore atque Pupillaris expressa, vt satis constat per *d. l. Iam hoc jure*, probatumque est *supra, num. 427.* alijsq; in locis, neque Barth. id negat. Secundò, quia si Pupillaris substitutio fiat filio emancipato, licèt sit inutilis, *l. 2. in princ. ff. de Vulgari*, attamen continet tacitam Vulgarem, quæ sustinetur, vt etiam ipse Barth. admittit *in d. l. 1. num. 57.* pluresque alij pro priore sententia adducti: ergo à fortiori debet sustineri in præsenti casu, quo Pupillaris à principio valuit: nõ enim peruenit ad casum, à quo incipere non potuerit. Tertiò deniq; quia quandò filius, cui Pupillaris substitutio facta est, viuo patre decesſit, licèt pereat Pupillaris, non tamen perit tacita Vulgaris sub ea contenta, neque quoad eam censetur pater mutasse priorem voluntatem, licèt potuerit sibi prouidere condendo nouum testamentũ, vt contra Barth. probauimus cum multis alijs *§. 21. num. 343.* ergo similiter licèt per emancipationem filij pereat Pupillaris, non tamen perit tacita

cita Vulgaris, neque quoad eam præsumitur, quòd pater priorem voluntatem reuocauit.

Hæc sententia multò magis procedit,
437 quando pater fuit coactus filium emancipare, vt in casibus adductis per Glos. *in §. vltim. Inst. Quibus modis jus patr. sol. & in l. Nec auus, Cod. de Emancipat. liber.* Nam quemadmodum alienatio rei legatæ facta ex necessitate non inducit præsumptionem mutatæ voluntatis circa legatum, *l. Fideicommissa, §. Si rem, ff. de Leg. 3. l. Rem legatam, ff. de Adim. leg.* Ita etiam emancipatio coacta illam inducere non debet. Unde in hoc casu, etiam qui priorem sententiam sequuntur, illam censent limitandam, vt videre est apud Fusar. *d. q. 66. num. 3.*

438 Hic etiam aduerte, quòd quando filius alio quouis modo patriam potestatem egreditur, idem prorsus dicendum est quoad tacitam Vulgarem, atque quando filius fit sui juris per emancipationem; cùm eadem sit ratio, vt aduertit post alios Fusar. *vbi supra, num 6.*

Octaua quæstio est, vtrum Vulgaris
439 substitutio expiret, si filius institutus cum liberis decedat, seu, quòd in idem recidit, vtrum conditio, *Si sine liberis decedat*, subintelligatur in Vulgari substitutione filio facta? Communissima, & vera resolutio est negatiua, quam, innumeris relatis, tradunt Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib. 10. tit. 8. num. 1.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 89. num. 127.* & Fusar. *de Substitut. q. 58.* Ratio est, quia quod d. conditio, *Si sine liberis*, subintelligatur in Vulgari substitutione, nullo jure reperitur expressum: nec in ea militat ratio, ob quam illa conditio locum habet in Fideicommissaria, vt bene expendit, ac declarat Mantica *loco citato* quem videas. Vtrum verò id procedat in Vulgari comprehensa in Compendiosa? Pertinet ad materiam Compendiosæ, de qua infra. Communis autem sententia est, non procedere in ea Vulgari, quando solùm generaliter in Compendiosa includitur, vt quando testator dicit, se substituere filio, quandocumque ille decesserit, non addendo, quòd substituit per Vulgarem, & Fideicommissariam: secus autem si id addat, vt dicendo; *Quandocumque filius meus decesserit, substituo illi Titium vulgariter, & pupillariter.* Qua de re videndus Mantica *d. tit. 8. numer. 3.* Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 7. numer. 8.* Fusar. *de Substitut. q. 252.*

Nona, & vltima quæstio est, vtrum
440 quando Vulgaris substitutio, quæ à principio fuit valida, extinguitur aditione hæreditatis, conuertatur in Fideicommissariam, & vt talis sustineri debeat? Respondetur negatiuè, ex omnium sensu, quos hactenus legi: ex quibus nullus ne in dubium quidem id vertit, nisi fortè in casu, quo adhibita est à testatore clausula Codicillaris. Sed neque in tali casu, inquit Mantica *lib. 5. de Conjectur. vlt. vol. tit. 2. in fine, in nouissima editione*, sapiens aliquis dixerit illam Vulgarem verti in Fideicommissariam, per clausulam Codicillarem. Quam resolutionem latiùs, & pluribus citatis DD. tradidi, & probaui supra, *disp. 2. sect. 10 §. 14 num. 613. & seqq.* quare non oportet hìc amplius circa eam immorari. Et hæc satis pro substitutione Vulgari.

SECTIO III.

De Pupillari substitutione.

SEquitur dicendum de Pupillari substitutione, quæ post Vulgarem primũ semper obtinuit locum, tam in corpore Iuris, quàm in tractatibus Doctorũ. Atquè vt commodiori etiam doctrinæ consulamus, hoc ordine procedendum est. In primis trademus, Quid, & quotuplex sit Pupillaris substitutio? Vnde dicta? Quo jure, & quamobrem fuerit introducta? Deinde quibus verbis fiat, aut facta esse intelligatur? Mox, cui & à quo fieri possit? Vbi de requisitis tam ex parte ejus, cui substituitur, quàm ex parte substituentis. Tunc, quos habeat effectus? Tandem quando expiret, seu finiatur? Singula excutiamus.

§. 1. *Quid, & quotuplex sit Pupillaris substitutio? Vnde dicta? quo jure, & quam ob causam fuerit introducta?*

SUMMARIUM.

PVpillaris substitutionis definitio; numer. 441.

Diuiditur Pupillaris substitutio in Expressam, Tacitam, & Mistam. Expressa deinde in expreßam verbis specialibus, & expreßam verbis generalibus; & quomodo hæ duæ species se habeant? num. 442.

Substitutio Reciproca impuberibus facta continet Pupillarem expressam verbis generalibus, si facta sit simpliciter, his verbis: Eos adinuicem substituo; *eod. num.* 442. *Et in tali casu excludit matrem pupilli, secùs autem, quando testator diceret;* Et siquis eorum hæres non erit, eos adinuicem substituo; *numer.* 443.

Quæ sit Pupillaris Tacita, & quo fundamento in Vulgari expreßa contineri censeatur? num. 444.

Pupillaris Tacita, quæ non sola legis auctoritate, sed ex conjecturis secluſa verborum significatione, colligitur, matrem pupilli non excludit; num. 445.

Pupillaris Mista, ideſt, partim expreßa, & partim tacita non videtur poße admitti quoad casus, ideſt, quod sit expressa in vnum casum, & tacita in alium; num. 446.

Quando testator diceret, Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate decesserit, substituo ei Titium: *talis substitutio comprehendit etiam casum, quo pupillus, non adita hæreditate patris, ante pubertatem decedat: & an dicenda sit tacita in talem casum? num.* 447. *& seq.*

Pupillaris substitutio moribus Lacædemoniorum introducta fuit: num. 450. *Et vtrùm hodie dicenda sit de jure cõsuetudinario, vel potiùs de jure Ciuili scripto, eoquod eam Romani vsurpauerint, & in scriptis redegerint, peculiaremque formam, ac modum ei tribuerint? num.* 451.

Pupillaris substitutio introducta est in fauorem pupillorum, ne absque testamento decederent; num. 452.

Vtrum Pupillaris substitutio ita distinguatur à testamento principali, vt censenda sint duo testamenta, alterum patris, alterum filij, vel simpliciter vnum testamentum patris? num. 453.

Vtrum quando pupillus decedit absque Pupillari substitutione, dicēdus sit mori intestatus? ibid. remissiue.

QVinque hìc proponuntur quæstiones. Quod attinet ad primam quid sit? Satisfactum est jam *in prima sectione hujus disp. num.* 11. vbi, missis alijs hujus substitutionis definitionibus, sic eam definiuimus, seu descripsimus cum Mol. *disp.* 182. *num.* 10. *Est substitutio directa, qua testator libero impuberi in potestate ipsius constituto, neque per mortem ejusdem testatoris in alterius potestatem recasuro, hæredem instituit, qui ipsi impuberi succedat.* 441

Ad secundam quæstionem, quotuplex sit hæc substitutio? Respondetur esse triplicem, nimirum, Expressam, Tacitam, & Mistam, ideſt partim expressam, & partim tacitam. Hanc partitionem ferè omnes admittunt post Barth. *in l.* 2. *in princip. num.* 26. *ff. de Vulgari,* estque satis vtilis, vt ex dicendis constabit. Porro expressa subdiuiditur in expressã verbis specialibus, ideſt, quibus propria, & specifica forma Pupillaris substitutionis exprimitur: vt quando testator ita dixerit; *Si filius meus intra pupillarem ætatem decesserit, sit ei hæres Titius,* vel, *substituo ei Titium,* & in expressam verbis generalibus, ideſt, quibus solum in genere substitutio hæc denotatur: vt quando instititutis duobus filijs impuberibus, testator simpliciter diceret; *Eos adinuicem substituo.* In quo euentu, licèt deficiant verba specialiter denotantia Pupillarem substitutionem, satis tamen est, quòd exprimant genus sub quo illa continetur, ad 442

hoc

hoc vt ea censeatur expressa, & non simpliciter tacita, quanuis non ex solis ipsis verbis, sed ex subintellecta mente testatoris ibi contineri censeatur, vt optimè post alios declarat Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib. 5. tit. 13. num. 2.* & ita quod Pupillaris, quæ sub dictis verbis generalibus in Reciproca continetur, censeatur expressa, decisum est in *Orainat. Lusit. lib. 4 tit. 87. §. 6. in fine*, tenetque communis DD. sententia.

Quæ resolutio non spectat ad solam 443
quæstionem de vocabulo; nam ex eo quòd dicta Pupillaris censeatur expressa, & non simpliciter tacita, habet vim excludendi matrem pupilli ab ejus successione, vt per *l. Precibus*, & ibi Glos. communiter receptam, *Cod. de Impuber. & alijs substit.* bene docet Mantica *loco cit.* qui tamen rectè admonet, intelligi debere, quòd Pupillaris comprehensa in Reciproca excludat matrem pupilli, quando simpliciter facta est supra dictis verbis; *Eos inuicem substituo*: secus autem quando testator dixerit; *Et siquis eorum hæres non erit, eos adinuicem substituo*; nam tunc est Vulgaris expressa facta reciprocè, quæ continet Pupillarem omnino tacitam, & sic pupilli mater non excluditur, vt aduertit Barth. *in l. Lucius. num. 7. ff de Vulgari*, cujus dictum valde commendat Imola *ibid. num. 7.* & singulariter adnotauit Seuer. *in d. l. Precibus, numer. 13. in fine*, dicens hoc à paucis animaduerti. Unde addit Mantica, *supra*, idem pari ratione recipiendum esse, si testator dixerit; *Quandocumque filius meus hæres non erit, Titius hæres esto*: quia exprimitur forma substitutionis Vulgaris; & substitutio Pupillaris, quæ ibi continetur, ne in genere quidem exprimitur, sed ex sola conjectura legis contra significationem verborum subintelligitur, & sic manet omnino tacita, proindeque matrem pupilli non debet excludere, *d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substitut. & l. vltim. Cod. de Instit. & substit.*

444 Et hinc constat de secunda specie, in quam Pupillaris diuiditur, idest, de Pupillari tacita, quæ nam sit? Est enim illa, quæ non ex verbis, sed ex mente testatoris per solam legis interpretationem colligitur: & hæc est, quæ in expressa Vulgari continetur, vt per *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. Quanuis, Cod de Impub. & alijs substit.* Ex eo enim quòd testator expressè voluerit, vt non adita sua hereditate per filium substitutus admitteretur, & succederet in suis bonis, præsumit lex eum etiam voluisse, vt si filius post aditam ipsam hæreditatem decedat in pupillari ætate, (quo tempore testari non potest) idem substitutus in eisdem suis bonis succedat; & consequenter vt etiam succedat in bonis, quę aliunde ad pupillum deuenerant: nam si largitur de bonis suis, verosimilius est, quòd largiatur de ijs quæ sunt filij; cùm quilibet faciliùs de alienis quàm de proprijs gratificetur, quando de vtrisquè liberè potest disponere. Unde solet hæc Pupillaris omnino tacita appellari Præsumpta, vt eam appellat Barth. *in l. In testamento, num. 3. Cod de Testament. milit.* & Bald. *in d. l. Precibus, num. 9.*

Aduerte autem, quòd substitutio Pu- 445
pillaris non solùm dicitur tacita quando solâ juris auctoritate ex mente testatoris colligitur, cujusmodi est quæ in expressa Vulgari continetur, juxta *d. l. Iam hoc jure*, sed etiam quando ex conjecturis, secluſa verborum significatione, deprehenditur. At in hoc posteriore casu excludit matrem pupilli, & sic habet vim expressæ: secus autem in priori. Ita Barth. *in d. l. 2. in princip. num. 38. & in l. Centurio, num. 22. ff. de Vulgari, & in l. In testamento, num. 3. Cod. de Testam. milit. & in d. l. Precibus, num. 5. & 7. & ibi* Bald. *num. 9.* Imola *in d. l. 2. num. 10. & in d. l. Centurio, num. 9.* & Mantica latiùs hanc distinctionem explicans *lib. 5. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 13. numer. 8. & 9.*

Tertia denique species, nempe Pupil- 446
laris Mista, fortè coincidit cum expressa verbis generalibus; quæ quidem potest dici tacita quoad verba specialia, & expressa quoad generalia. Quoad casus enim

non

non videtur posse admitti hujusmodi species Pupillaris mistæ, quæ scilicet sit expressa quoad vnum casum, & tacita quoad alium, sicut admittitur in Vulgari; quia Pupillaris solùm fit in casum, si filius in pupillari ætate decesserit, & cùm non sit alius casus, in quo locum habere possit, neque expressè, neque tacitè ad vllum alium potest extendi, vt patet. Quod si dicas Pupillarem posse fieri ad breuius tempus, quàm pupillaris ætatis, vt in casum quo pupillus decedat. v.c. ante decimum annum; & sic quòd potest esse expressa in talem casum, & tacita in casum quo pupillus post illud tempus decedat intra ætatem pupillarem: excluditur facilè hoc dictum, quia si testator substituat pupillariter, si filius decedat intra certum tempus ante expletam ætatem pupillarem, talis substitutio non extenditur ad reliquum tempus illius ætatis, *l. Si ita quis, & l. Qui plures liberos, in princip. ff. de Vulgari*, & sic ea substitutio non potest dici tacita in talem casum, cùm ad illum non extendatur. Ita resoluit Barth. *in d.l.2. numer.26. ff. de*
447 *Vulgari*, cæterique communiter.

Nihilominus tamen idem Barth. *num.* 28. in quodam euentu admittit Pupillarem expressam quoad vnum casum, & tacitam quoad alium: docet enim, quòd quando testator ita dixerit; *Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate decesserit, substituo illi Titium*: talis substitutio est Pupillaris expressa in casum, quo pupillus adita patris hæreditate decedat ante pubertatem, & tacita in casum quo decedat etiam ante pubertatem, sed repudiata hæreditate; nam illa substitutio in hunc secundum casum extenditur, vt probat idem Barth. *d. num.* 28. & Mantica *d.tit.* 13. *num.* 10. estque communis sententia, teste Zasio *de Substit. cap.2. numer.* 4. Leonio *tract. de Substit. tit. de Pupillari, num.* 48. & Trentac. *de Substitut. p.2. cap.5. per l. Iulianus*, aliàs *Si pupillus, ff. de Acquir. hæred. & l. Pater, in princip. ff. de Priuileg. credit.* & tamen hujusmodi casus est tacitus in illa substitutione, siquidem solùm fuit facta expressè in casum, quo filius extitisset hæres. Atque ita cum Barth. sentiunt plerique admittentes in dicto euentu Pupillarem expressam in vnum casum, & tacitam in alium.

Non admittit tamen hanc sententi- 448
am, seu dicendi modum Leonius *in suo tract. de Substit. tit. de Pupillari, num.* 17. Nam quòd pupillus sit, aut non sit hæres, non est casus substitutionis Pupillaris, sed tantùm quòd decedat intra ætatem pupillarem: vnde licèt non neget, quod substitutio facta expressè in euentum, quo pupillus sit hæres, locum etiam habeat, si ille non sit hæres; attamen non admittit dicendam esse partim expressam, & partim tacitam quoad casus, sed esse simpliciter expressam in vtrumque euentum, cùm vnicus ejus casus sit si pupillus decedat in pupillari ætate, qui casus in ea exprimitur, & hic dicendi modus mihi magis probatur, eo præsertim, quòd etiam tenendo opinionem Bartholi, illa substitutio excludit matrem pupilli, non solùm in casu expresso, si pupillus sit hæres, sed etiam in tacito, si hæres non sit, vt ex eod. Barth. *in d.l.2. in princip. num.* 33. *notauit* Mantica *d.tit.* 13. *num.* 11. *in fine*: vnde appareret, quòd licèt in tali casu dicatur tacita, tamen habet effectum expressæ: & ideo satius est, quòd simpliciter, & absolutè dicatur expressa.

In tertia quæstione, vnde dicatur substitutio Pupillaris? Non est quòd immo- 449
remur: patet enim ideo ita appellari, quia solis pupillis fit.

Ad quartam, quo jure sit introducta 450
hæc substitutio? Omissis multis, quæ parum vtiliter à multis dicuntur, respondetur breuiter hanc substitutionem introductam fuisse moribus Lacedæmoniorum, juxta communem DD. qui id colligunt *ex d.l.2. in princip. ff. de Vulgari, & ex Inst. de Pupillari, in fine princip.* vbi dicitur hujusmodi substitutionem fuisse moribus introductam, quòd de moribus Lacedæmoniorum non immeritò intelligitur; nam vt dicitur *in §. pen. Inst. de Iure nat.* Omne jus Ciuile Romanorum

rum manauit à Lacedæmonijs, & Athenienſibus, quorum alteri, nempe Lacedæmonij, nullo jure ſcripto vtebantur, ſed tantùm conſuetudinario moribus ac memoria retento: alteri verò econtra, nullum non ſcriptum jus habebant: & ideo cùm origo dictæ ſubſtitutionis ad mores vtentium referatur, non immeritò Lacedæmonijs tribuitur, quæ conjectura licèt non ſit euidens, habeatque inſtantiam in patria poteſtate, vt benè arguit Leonius *tract. de Subſtitut. tit. de Pupillari, num.* 23. eſt tamen in præſenti materia ſufficiens.

451 Poſtquam verò hæc ſubſtitutio à Romanis fuit vſurpata, non ſolùm redacta eſt in ſcriptis, ſed peculiarem etiam formam ac modum à jure Ciuili ipſorum Romanorum accepit: vnde magna inter graues DD. eſt lis, vtrùm hodiè dicenda ſit hæc ſubſtitutio de jure conſuetudinario, habito reſpectu ad primæuam illius originem: vel potiùs de jure Ciuili ſcripto, habito reſpectu ad leges Ciuiles Romanorum à quibus formam, & modificationem accepit? Sed hæc quæſtio mihi videtur parum vtilis, & ideo illam omitto. Si quis tamen eam deſideret, legat Leonium *in d. tit. de Pupillari, à numer.* 24. & Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 1. *à num.* 4. qui latè & eruditè illam diſcutiunt.

452 Ad quintam denique quæſtionem, quam ob cauſam, hęc ſubſtitutio introducta fuerit? Reſpondetur breuiter, fuiſſe introductam in fauorem pupillorum, ne abſque teſtamento decederent, vt eſt text. *in l. Iulianus*, aliàs, *Si pupillus, ff. de Acquir. hæred.* Cum enim pupillus in ea ſit ætate, in qua teſtamentum ſibi facere non poteſt, *l. Qua ætate, ff. de Teſtament.* congruum, atque è re illius viſum fuit, vt pater, de cujus conſilio multum pro filijs confiditur, *l. fin. Cod. de Curat. fur.* ei poſſet prouidere, condendo illi teſtamentum, ex quo hæredem in ſuis bonis haberet, quòd ad vtilitatem ipſius pupilli maximè ſpectat, *d. l. Iulianus, & in l. Quia, ff. de Interrogat. act. & §.* 1. *Inſt. Quibus non eſt permiſ. fac. teſtam.* Accedit etiam authoritas paterna, cui non immeritò id permitti debuit erga filium impuberem. Atque ita reſoluunt Barth. *in d. l.* 2. *in princip. num.* 18. *ff. de Vulgari*, & ibi Jaſ. *num.* 22. *& ſeq.* Ripa *num.* 27. Socin. jun. *num.* 2. & cæteri communiter, idem Barth. *in d. l. Iulianus, ff. de Acquir. hæred.* Leonius *de Subſtit. tit. de Pupillari, numer.* 34. *& ſeq.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 12. *num.* 12. Trentac. *de Subſtitut. p.* 2. *cap.* 3. *numer.* 1. & cæteri omnes.

Quæri hìc ſolet, vtrùm Pupillaris ſubſtitutio, quæ dicitur teſtamentum pupilli, *§. Igitur, Inſtit. de Pupillari*, ita diſtinguatur à teſtamento patris, vt cenſenda ſint duo teſtamenta, vel tantùm ſit pars illius, ita vt teſtamentum pupillare, & paternum efficiant propriè vnum teſtamentum? Qua in re in vtramque partem ſunt opiniones. Mihi placet reſolutio Trentacinq. *d. cap.* 3. *num.* 3. vbi concludit, quòd habito reſpectu ad hæreditates, & perſonas, quibus de hærede prouidetur, ſunt duo teſtamenta, alterum patris, alterum filij. Vnde prouenit, vt poſſit acceptari hæreditas ex vno, & repudiari ex alio *l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari*, & quòd teſtamentum pupillare poſsit fieri ex interuallo poſt paternum, *l. Siquis eum, §. fin. ff. eodem*, habito autem reſpectu ad ſubſtantiam, ſeu corpus teſtamenti, atque ad formam, ſeu ſolemnitatem illius, nec non ad ejus ſubſiſtentiam eſſe vnum teſtamentum totale coaleſcens ex paterno & pupillari; ſiquidem vtrunque procedit ab eodem efficiente, nempe à patre pupilli, atque vna, & eadem ſolemnitas pro vtroque ſufficit, *l. Patris, & filij, ff. de Vulgari*; neque pupillare ſubſiſtere poteſt ſi paternum non ſubſiſtat, *§. Liberis, Inſtit. de Pupill. ſubſtit. & l. Sed ſi plures, §. Si ex aſſe, ff. de Vulgari*, quæ omnia ſuadent, eſſe vnum teſtamentum. Accedit quòd ſuccedenti ex paterno competit jus accreſcendi reſpectu ſucceſsionis ex Pupillari ac ſi ex vtroque vna totalis hæreditas deferretur *l. Qui patri, ff. de Acquir. hæredit.* quod certè ad vnitatem teſtamenti non parum 453

fa-

facit. Vtrùm verò loquendum potiùs sit juxta priorem respectum, & appellandũ vnum testamentum, vel potiùs juxta posteriorem, & dicendum duplex testamentum? Est|quæstio de vocabulo, in qua non oportet immorari; loquere vt malueris.

Altera quęstio hìc connecti consueuit, in qua multi DD. delassantur. An scilicet quando pupillus decedit absque Pupillari substitutione, dicendus sit mori intestatus? Cujus quæstionis vtilitatem dicunt esse, vt sciatur, ad quem pertineat hæreditas talis pupilli, vbi fuerit Statutum deferens hæreditates ab intestato ad certas aliquas personas, vt ad agnatos, vel ad Ecclesiam, aut ad captiuos. Et ratio dubitandi est, quia non dicitur propriè decedere intestatus, nisi is, qui poterat testari, & testatus non est, vt dicitur, *in l.* 1. *ff. de Suis, & legit. hæred.* pupillus autem testari non potest. Sed hanc quæstionem cum suis dependentijs ego omittendam censeo, quia non video tanti esse momenti, vt alieno loco in ea immorandum sit. Tractat. eam copiosè Polit. *de Substit. tit. de Pupillari, quæst.* 4. & Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 3. *a numer.* 4. qui etiam differunt de intelligentia illius Statuti. De quo etiam si occasio ferat, videatur Leonius *de Substit. tit. de Pupillari, num.* 37. *& seqq.*

§. 2. *Quibus verbis fiat, factave esse intelligatur Pupillaris substitutio?*

SUMMRAIUM.

PVpillaris substitutio, sicut quælibet alia, nullam certam verborum formam requirit, sed quibuscumque verbis fieri potest; num. 454.

Ex Pupillari substitutione succedit substitutus in omnia bona pupilli; ex Fideicommissaria verò pupillo facta per ejus patrem solùm succedit in bona ipsius patris, detractâ legitimâ filio debitâ, & fortè etiam detractâ quartâ Trebellianicâ; num. 455.

Quæ vtilitas sit in discernendo, an substitutio sit tantùm Pupillaris expressa, vel tantùm expressa Vulgaris, aut simul expressa Vulgaris, & Pupillaris, vel Compendiosa? num. 456.

Quotiescumque in substitutione fit mentio ætatis pupillaris, talis substitutio censetur Pupillaris. Quod maximè procedit, quando mentio illius ætatis fit conditionaliter; num. 457.

Si in substitutione fiat mentio ætatis pupillaris solùm demonstratiuè vt dicendo; Filio meo impuberi substituo, &c. *an id sufficiat, vt substitutio censeatur Pupillaris? Negant aliqui; num.* 458. *Alij verò melius affirmant, censendam esse Pupillarem expressam, saltem verbis generalibus; num.* 459. *& seq.*

PRimum omnium hac in re constat, 454
nullam certam verborum formam requiri ad substitutionem Pupillarem, sicut nec ad vllam aliam substitutionem faciendam, sed quibuscumque verbis testator declaret, se velle directo substituere filio impuberi, quem habet in potestate, si decedat in ętate pupillari, fit & datur substitutio Pupillaris expressa; idque siue verba illam significent specialiter, siue solùm generaliter, vt tum ex dictis, §. *præced. num.* 442. tum ex infra dicendis manifestum erit. Hinc sequitur non tot quin plures esse modos, & formas verborum, quibus Pupillaris substitutio fieri potest; vnde cùm omnes in particulari tradi non possint, statuemus pro cunctis quandam generalem regulam, & nonnullos etiam casus particulares magis celebres exponemus, ex quibus ad quoslibet alios occurrentes facilis sit conjectura.

Priùs tamen quàm ad hæc veniamus 455
aduerte, præcipuum laborem, ac difficultatem in præsenti esse, discernere an substitutio facta impuberi sit potiùs Pupillaris, quàm Fideicommissaria, vel econtra? Nam cùm quælibet harum substitutionum possit fieri pupillo, si hæres extiterit; non est facilè dijudicare, de quanam testator senserit? Cùm tamen non

pa-

non parum interfit, censeri potiùs hanc quam illam: nam si est Pupillaris succedit substitutus in omnia bona pupilli, excludendo in totum ejus matrem, cæteroſque hæredes legitimos: si autem est Fideicõmissaria, solùm potest succedere in bona quę ex patris hæreditate ad pupillum deuenerunt, idque detractâ legitimâ ipsius pupilli, cùm in ea filius grauari non possit onere fideicommissi, *l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari*, & fortè etiam detractâ quartâ Trebellianicâ, vt notatur *in l. Quanquam, Cod. Ad l. Falcid. & in cap. Raynutius, de Testam. & DD. in l. In ratione, §. Quod vulgò, ff. Ad leg. Falcid.*

456 Spectat etiam præsens disputatio ad discernendum, an substitutio facta pupillo sit tantùm Pupillaris expressa, vel tantùm expressa Vulgaris, aut simul expressa Vulgaris, & Pupillaris, vel Compendiosa? In quo similiter non mediocris est vtilitas; quia si tantùm est Pupillaris expressa, licèt in se contineat tacitam Vulgarem, per quam eueniente ejus casu substitutus succedit in bona testatoris, attamen id fallit, si mater testatoris sit in medio: & si est tantùm expressa Vulgaris, licèt contineat tacitam Pupillarem, per quam substitutus succedit pupillo decedenti ante pubertatem, attamen hic effectus impeditur, si pupilli mater est in medio: si verò est simul Pupillaris, & Vulgaris expressa vtraque habet plenè suum effectum eueniente casu vtriusque, prout hæc omnia satis ex superioribus constant, & ampliùs ex dicendis constabúnt. Si autem est Compendiosa, quæ suaptè natura complectitur tempus ante & post pubertatem, & Fideicommissariam verbis saltem generalibus expressam, vt communiter notant DD. *in l. Precibus; C. de Impuber. & alijs substit. & in l. Centurio, ff. de Vulgari*; Vulgarem quidem pro quouis tempore, & casu quo institutus nolit, aut non possit esse hæres; Pupillarem, pro casu quo decedat ante pubertatem, siue aditâ, siue non aditâ priùs hæreditate patris; & Fideicommissariam, pro casu quo decedat post pubertatem aditâ patris hæreditate; prout infra agendo de Compendiosa explicandum est.

His præhabitis, regula generalis in præ- 457
senti est: quotiescumque in substitutione fit mentio ætatis pupillaris, talis substitutio censetur Pupillaris. Statuit hanc regulam Zasius *tract. de Substit. c. 2. n. 3.* & ita sentiunt communiter DD. vt videre est apud Manticam *de Vlt. vol. lib. 5. tit. 7. ferè per tot. ac præsertim n. 4.* & apud Prætis *de Interpr. Vlt. vol. lib. 3. interpr. 2. dub. 1. solut. 6. num. 64. pag. mihi, 95. vnde Glos. magna in fin. in d. l. Precibus*, ex commemoratione pupillaris ætatis colligit factam esse Pupillarem substitutionẽ; & hoc eodem argumento, seu conjecturâ ferè semper DD. vtuntur ad hanc substitutionem probandam. Et ratio est clara; quia commemoratio ætatis pupillaris nulli substitutioni deseruit, nisi tantùm Pupillari: vnde si hæc non intelligatur, superuacanea essent testatoris verba, quod non debet admitti, cùm possint aliquid operari, *l. Si quando, in princ. ff. de Leg. 1.* Maximè verò procedit hæc regula, quando mentio illius ętatis fit cõditionaliter, vt, *Si filius meus decedat in pupillari ætate*, vel, *antequam sit pubes*, vel, *ante ætatem in qua testari potest*, aut similibus verbis. Tunc enim manifestissimum est significari Pupillarem substitutionem; cũ talia verba contineant formulam, sub qua Pupillaris in specie concipitur, *l. 1. §. 1. & l. Qui liberis, in princ. ff. de Vulgari, & Inst. de Pupillari, in princ.*

Si autem commemoratio pupillaris ætatis facta sit tantùm demõstratiuè, vt quãdo testator diceret; *Filio meo impuberi substituo*, sunt qui putent non contineri ibi Pupillarem substitutionem, etiam verbis generalibus expressam. Ita sentit Bald. *in d. l. Precibus, n. 48. C. de Impub. & alijs substit.* quem sequuntur Jas. *in l. Si in testamento, C. eod. & in d. l. Centurio, n. 50. ff. de Vulgari*, & Francus *in c. Si pater, n. 87. de Testam. in 6.* idemq; magis videtur probare Prętis *d. n. 64. in fin.* quod tunc non oporteat quòd mentio ætatis pupillaris aliquid operetur, quia quòd causâ demõstrationis ponitur in dispositione, sæpe nihil operatur, *l. Demonstratio falsa. ff. Con-* 458

459 *dit. & demonstr.*

At in hoc etiam casu intelligi debere Pupillarem substitutionem, saltem verbis generalibus expressam, tenent meritò Alex. *in l. 2. in princip. num. 26. ff. de Vulgari, & in l. Gallus, §. Quidam rectè, numer. 6. vers. Prædictis, ff. de Liber. & posth.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, vers. Si absque liberis, 2. num. 17. de Testam.* Zasius *de Substit. cap. 2. num. 3.* Emman. à Costa *in d. cap. Si pater, 3. p. verb. Pupillares, num. 13. de Testament. in 6.* Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib. 5. tit. 7. num. 21. in prima edit. & in nouissima num. 25.* & Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 34. num. 8.* idemque satis apertè sensit Barth. *in d. l. Centurio, num. 31.* & Paul. Castr. *in d. l. Precibus, num. 12. & in l. fin. num. 2. in fine, Cod. de Hæred. instit. & in l. Iam hoc jure, §. Quod jus, num. 5. ff. de Vulgari.* Fundamentum sumitur, tum *ex l. Qui liberis, §. Hæc verba, ff. de Vulgari, & Pup.* vbi testator simpliciter substituit filio suo impuberi, & tamen Pupillaris substitutio intelligitur; tum etiam ex ratione, quia substitutio expressa verbis generalibus, licèt facta sit per verbum commune, quale est, *Substituo*, intelligitur potiùs directa, quam Fideicommissaria, *d. cap. Si pater, de Testam. in 6.* & si facta sit impuberi, ex ipsa qualitate personæ accipit determinationem vt censeatur Pupillaris, vt patet in Reciproca facta hoc modo; *Eos inuicem substituo*: quæ si facta sit duobus impuberibus non tantùm est Vulgaris, sed etiam Pupillaris verbis generalibus expressa, vt tenet communis sententia, & decisum est *in Ordinat. Lusit. lib. 4. tit. 87. §. 6. in fine.* Igitur cùm in casu proposito substitutio fiat impuberi per d. verbum, *Substituo*, satis id est, ad hoc vt intelligatur Pupillaris expressa, saltem ver-

460 bis generalibus.

Dico, *saltem verbis generalibus*, quia si quando substitutio facta est absque mentione ætatis pupillaris, satis est quòd sit facta impuberi, ad hoc vt censeatur Pupillaris expressa verbis generalibus, vt constat ex dicto exemplo Reciprocæ, & tenet communis sententia, quam relatis pluribus tradit Menoch. *d. præsumpt. 34. n. 8* sanè quando in ipsa substitutione specialis mentio facta est illius ætatis, vt in nostro casu, non improbabiliter dici potest, intelligi tunc Pupillarem verbis specialibus expressam; licèt Mantica *loc. cit.* cum Barth. & Alex. dicat, solùm intelligi expressam generaliter, eoquòd porrigatur etiam vltra tempus ætatis pupillaris, & sic non exprimat specificè substitutionem Pupillarem, quæ vltra illud tempus non porrigitur; qua de re alijs cogitandum relinquo. Ad fundamentum veroBaldi negantis absolutè intelligi in dicto casu substitutionem Pupillarem, respondetur facilè; quanuis ibi solùm demonstratiuè fiat mentio ætatis Pupillaris, inde planè ostendi testatorem cõsiderasse illã ætatẽ; & consequenter voluisse prouidere de substitutione filio impuberi peculiariter accomodata, quæ est Pupillaris.

Jam verò pro faciliori vsu prædictæ regulæ, alijsq; vtilitatibus supra tactis, *num. 455. & seq.* expendamus in particulari aliqua verba, seu casus in quibus dubitari solet, an, vel qua ratione, contineatur substitutio Pupillaris?

§. 3. *Expenduntur variæ formulæ, seu casus particulares, in quibus ex ipsis verbis testatoris Pupillaris substitutio intelligatur.*

SUMMRAIUM.

EXpressa Pupillaris concipitur, *quando testator verbis directis substituit filio sub expressa conditione,* Si in pupillari ætate decesserit. *Quod procedit primò, quando verba referrentur expressè ad ipsum pupillum, vt,* Si decesserit in pupillari ætate, sit ei hæres Caius; *num. 461. Secundò, licèt tacito pronomine,* ei, *solùm diceretur,* Sit hæres Caius; *num. 462. Tertiò, licèt testator dixerit,* Si filius meus decesserit impubes, sit mihi hæres Caius: *in quo casu dictio,* mihi, *detrahitur tanquã impertinẽs, & substitutio censetur etiam Vulgaris expressa; n. 463. Quartò*

licèt

licèt dixerit testator; Sit Caius hæres meus; *num.* 464. *Vtrum duæ prædictæ ampliationes locum habeant, quando substitutio esset facta filio exhæredato? num.* 465. *Quintò procedit præfata resolutio principalis, licèt testator dixerit*; Caius mihi, & illi sit hæres, *in quo casu continetur etiam expressa Vulgaris*; *num.* 466.

Quando testator verbo communi substituit simpliciter filio impuberi sub expressa conditione, Si decesserit in pupillari ætate, *talis substitutio est expressa Pupillaris*; *num.* 467.

Quando substitutio facta est filio impuberi verbo communi, vel directo, sub expressa conditione, Si decesserit in pupillari ætate, *an solùm sit expressa Pupillaris, vel etiam expressa Vulgaris? Prima sententia est esse etiam Vulgarem expressam verbis generalibus*; *numer.* 468. *Secunda sententia verior tenet, Vulgarem ibi contentam censendam esse omnino tacitam*; *num* 469. *& seqq.*

Quando à testatore dictum esset; Si filius meus decesserit in ætate pupillari, succedat Titius in bonis meis, *vel*, bona mea deueniant ad Titium, *an talis substitutio sit Pupillaris directa? Prima sententia est affirmatiua*; *num* 473. *Secunda tenet, esse tantùm substitutionem Fideicommissariam*; *numer.* 474. *Prima sententia præfertur, præsertim si dictum sit*; Succedat in omnibus bonis meis, *vel*, bona mea deueniant pleno jure ad Titium; *vel*, deueniant absque vlla diminutione; *num.* 475. *Si retineatur secunda sententia, an intelligenda sit de ordinaria substitutione Fideicommissaria vniuersali*; *vel de Fideicommissaria Pupillari*; *numer.* 476.

Si testator vsus esset verbo obliquo, vt dicendo; Si filius meus decesserit in pupillari ætate, bona mea Titio restituantur, *adhuc in hoc casu tenent aliqui, esse Pupillarem directam, numer.* 477. *Melius tamen alij esse Fideicommissariam, qua ipse pupillus grauatur*; *numer.* 478.

Quando testator diceret; Si filius meus decesserit in pupillari ætate, restituo hæreditatem meam, *vel*, bona mea Titio, *est substitutio Pupillaris directa: & idem dicendum, quoties testator adderet aliqua verba, quibus significaret, se velle pupillariter substituere*; *numer.* 479.

Si testator in substitutione filio facta solùm enuntiatiuè meminerit pupillaris ætatis, tunc per illa verba, Deueniant bona mea ad Titium, *non inducitur Pupillaris substitutio, sed Fideicommissaria*; *num.* 460.

Qualis substitutio sit, quando testator ita diceret; Si filius meus in pupillari ætate absque liberis decesserit, substituo Caium? *Prima sententia est esse substitutionem Pupillarem*; *numer.* 481. *Secunda est, esse Compendiosam, quæ scilicet, decedente filio ante pubertatem, sit Pupillaris, & post pubertatem, Fideicommissaria*; *numer.* 482. *Quæ secunda sententia maximè procedit, quando testator dixisset*; Si decesserit in pupillari ætate, & sine liberis; *num.* 483. *Tertia sententia est, eam substitutionem esse omni tempore Fideicommissariam, & sic neque Pupillarem, neque Compendiosam, quæ sententia rejicitur*; *num.* 484. *Prima verò, & secunda vtraque est satis probabilis: secunda tamen præferturi num.* 485.

Quando testator sub expressa conditione pupillaris ætatis substituit filio in re certa per verbum directum, & ciuile, talis substitutio est Pupillaris directa, & vniuersalis vt si dixisset; Si filius meus decesserit impubes, sit ei hæres Titius in fundo Tusculano; *numer.* 486. *Quod ampliatur primò, etiamsi testator dixisset*; Sit mihi hæres Titius; *numer.* 487. *& seq. Secundò, etiamsi ille fundus Tusculanus esset proprius testatoris*; *numer.* 484. *Tertiò, etiamsi filius fuerit institutus in eadem re certa. Limitatur autem prædicta resolutio,*

cum omnibus his ampliationibus, si illi filio datus etiam sit alius substitutus vniuersalis, vel cohæres vniuersalis; num. 491.

Si substitutio fuerit facta filio in re certa per verbum commune, non erit Pupillaris, neque vniuersalis, sed quoddam fideicommissum particulare, etiamsi facta sit sub expressa conditione, Si filius decesserit in pupillari ætate; *num.* 492. *Contraria sententia est valde probabilis; num.* 493. *& seq. Sed tamen prior sententia retinenda est; num* 495. *& seq.*

Quando quis in suo testamento relinquit alicui bona, vel hæreditatem, quæ ad se ab aliquo tertio obuenit, censetur facere relictum particulare, seu in re certa; num. 494.

Quæ dicta sunt circa substitutionem factam in re certa per verbum commune, pari modo procedunt in substitutione facta per verbum directum non ciuile; num. 497.

In materia substitutionum verbum commune, & verbum directum non ciuile, à pari procedunt. Quæ sint verba Ciuilia; & quæ Directa non Ciuilia? ibid.

Quando nulla facta mentione ætatis pupillaris, pater substituit filio in forma Compendiosa, talis substitutio valet vt Pupillaris ante pubertatem, si sit facta à milite per verba directa, vel communia; idque licèt mater pupilli sit in medio; numer. 498. *Si autem sit facta à pagano, valebit similiter vt Pupillaris, & matrem pupilli excludet, si facta fuerit per verba directa ciuilia, vel non ciuilia; num.* 199. *Si verò facta sit per verbum commune, aut erit facta appositio aduerbio distributiuo,* Quandocumque, *vt si dictum sit,* Quandocumque filius meus decesserit, substituo ei Caium: *& tunc continebit etiam Pupillarem expressam, saltem verbis generalibus; num.* 500. *& seq. Aut facta erit simpliciter in casum mortis,* Vt cùm filius meus morietur, vel post ejus mortem, substituo, &c. *& tunc prima sententia est, eam substitutionem valere jure Pupillaris ante pubertatem instituti; num.* 502. *& seq. Secunda est non valere vt Pupillarem, sed esse omni tempore Fideicommissariam, si institutus moriatur post aditam hæreditatem; n.* 504. *Prima sententia præfertur; num.* 506.

Si institutis duobus filijs imparibus, id est, pubere & impubere, facta eis sit substitutio his verbis; Quandocumq; decesserint, substituo Titium; *in persona impuberis valebit vt Pupillaris ante pubertatem, licèt in persona puberis semper sit Fideicommissaria; num.* 505. *post med.*

Si testator ita dixit; Instituo filium meum Titium, & substituo Caium. *In tali casu, si filius erat impubes, continetur tam Vulgaris, quàm Pupillaris, vtraque verbis generalibus expressa; num.* 507. *Baldus contrarium tenens rejicitur; num.* 508.

PRimus casus sit, quando testator verbis directis substituit filio sub expressa conditione, *Si in pupillari ætate decesserit.* In hoc casu vera, & recepta conclusio est concipi substitutionem Pupillarem expressam. Quæ conclusio procedit primò & principaliter, quando verba referrentur expressè ad pupillum, vt si testator ita dixerit; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, sit ei hæres Caius.* Tunc enim manifestum est exprimi Pupillarem, vt in specie, relatis pluribus, tradunt Emman. à Costa *in cap. Si pater, 3. p. verb. Pupillares, numer.* 11. *de Testam. in* 6. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 34. *num.* 3. & Trentacinq. *de Substitution. p.* 2. *cap.* 4. *sub numer.* 3. *vers. Ex prædictis,* qui optimè notant sub illa formula nullam aliam substitutionem exprimi, præter Pupillarem, propter dictionem, *ei,* relatam ad pupillum; quia per solam Pupillarem fit substitutus hæres pupilli; non negatur tamen contineri ibi tacitam Vulgarem, quam jus sub expressa Pupillari ex præsumpta voluntate testatoris ad-

461

admittit, licèt verba repugnent, vt constat *per l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & notat in specie Menoch. *d. præsumpt. 34. num. 4. in fine*, post Ruinum, *in l. 2. num. 39. ff. de Vulgari.*

462 Procedit secundò dicta conclusio, licèt verba non sint expressè relata ad pupillum, vt quando testator diceret; *Si filius meus in pupillari ætate decesserit, sit hæres Caius.* In hoc etiam casu contineri expressam Pupillarem, probat clarè text. *in l. Qui liberis, in princip. ff. de Vulgari*, vbi sub hac ipsa formula exemplum Pupillaris assignatur, & ita in specie tenent Glos. *in cap. Si pater, verb. Pupillares, de Testam. in 6.* Bald. *in l. Precibus, num. 42. Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Aret. *num. 4.* Castr. *num. 12.* & alij. Emman. à Costa vbi sup. *sub num. 10.* Mantica *de Conject. vltim. vol. lib. 5. tit. 7. numer. 4.* Menoch. *d. præsumpt. 34. sub num. 31. vers. Existimo inquam*, Trentac. *d. cap. 4. sub num. 3. vers. Secundus casus*, & cum alijs Fusar. *de Substit. q. 104. numer. 1.* estque communis, & verissima sententia; quia per illa verba, *Si decesserit in pupillari ætate*, significatur proprius, & specialis casus, in quo Pupillaris substitutio habet locum; & ita manifestè ibi talis substitutio exprimitur. Vtrum verò ibi etiam expressè contineatur Vulgaris, vel solùm tacitè? Dicemus in sequẽti casu, in quo est eadem ratio, & vbi frequẽtius à DD. hæc dubitatio agitari solet.

463 Procedit tertiò, licèt testator dixerit; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, sit mihi hæres Caius.* Dictio enim, *mihi*, non impedit Pupillarem substitutionem; vt probat text. *in l. 1. §. 1.* cum Glos. *in verb. Caius*, & ibi omnes scribentes, *ff. de Vulgari, & in l. Si ita scriptum, §. Qui filio*, & ibi Barth. *ff. de Bonor. posses. secundùm tabulas*; & ita resoluunt communiter DD. quos latè citant, & sequuntur Emman. à Costa *in d. verb. Pupillares, num. 2.* Mantica *d. tit. 7. num. 5.* Menoch. *d. præsumpt. 34. num. 12.* & Fusar. *de Substit. q. 109. num. 1.* Cujus resolutionis duplex ratio reddi solet. Prima est, quia licèt per Pupillarem substitutionem succedatur pupillo, & in omnibus ejus bonis, *Inst. de Pupillari. in princ. l. Sed si plures, § Ad substitutos, ff. de Vulri*; tamen substitutus mediante persona pupilli, qui supponitur à patre institutus, intelligitur etiam hæres, & successor ipsius patris, cùm hæres hæredis dicatur etiam hæres testatoris, *l. Paterfamil. ff. de Vulgari, l. Siquis filium, §. vlt. ff. de Acquir. hæred. & l. vlt. Cod. de Hæred. instit.* Secunda, & melior est, quia illa dictio, *mihi*, tollitur tanquam vitiosa, & habetur pro non adjecta, *l. Cohæredi, §. vlt. ff. de Vulgari*; quod etiam probat text. *in d. l. Si ita scriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. posses. secund. tab. & in l. penult. Cod. de Impub. & alijs substit.* Quas rationes latè expendit, & conciliare conatur Emman. à Costa *loco citat.* licèt videantur sibi inuicem aduersari, cùm prima defendat dictionem, *mihi*, tanquam rectè positam; secunda verò illam rejiciat, tanquam vitiosam. Nobis tamen satis est, quòd secunda sit vera, & retinenda, cùm ex Jureconsultorum verbis, & sententia descendat, vt post Alciat. notat Menoch. *vbi supra.* Et quidem optima ratione dictio illa detrahitur; nam cùm ex illis verbis, *Si filius meus decesserit in pupillari ætate*, constet apertè testatorem voluisse substituere pupillariter, jure optimo dictio, *mihi*, quæ tali substitutioni non inseruit, imò videtur repugnare, tanquam impertinens abjicitur. Cæterùm in hoc euentu cõtineri etiam Vulgarem Expressam, dicunt Socin. *in l. 1. n. 36. in fin. ff. de Vulgari*, & Couar. *in cap. Raynutius, §. 5. n. 5. vers. Ex quibus infero*, & videtur tenere Menoch. *d. præsumpt. 34. n. 20. in fin.*

Procedit quartò ob eandem rationem, 464
quanuis testator dixerit; *Si filius meus decesserit in ætate pupillari, Caius sit hæres meus.* Nam tunc etiam dictio illa, *meus*, Pupillarem substitutionem non impedit, sicut de dictione, *mihi*, dictum est, & ita relatis alijs, tradunt Costa *d. verb. Pupillares, numer. 2.* Mantica *d. tit. 7. numer. 6.* & Menoch. *dict. præsumpt. 34. num. 15. in fine.*

Nota verò, proximè dicta circa casum, 465

quo est adjecta dictio, *mihi*, vel, *meus*, intelligi quando substitutio est facta filio instituto, nam si facta esset filio exhæredato, sentiunt multi talem substitutionem esse nullam : siquidem nequè valeret vt Vulgaris, cùm hæc exhæredato fieri non possit; neque vt Pupillaris, quia ex hac non potest substitutus capere bona testatoris immediatè, sed ad summum mediante persona pupilli, qui immediatè extiterit hæres testatoris; quod in exhæredato non habet locum: nec denique, vt Fideicommissaria, quia exhæredatus non potest grauari fideicommisso, nisi titulo alicujus relicti fuerit honoratus, *l. Ab eo, Cod. de Fideicommiss.* Ita sentiunt Castr. *in l. Precibus, num.* 13. *Cod. de Impuber. & alijs substit. & in l.* 1. *num.* 9. *ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *num.* 12. & Ruin. *num.* 40. Costa *d. verbo, Pupillares, num.* 3. & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 109. *numer.* 4. & ita etiam videntur sentire Mantica *d. tit.* 7. *num.* 9. & Menoch. *d. præsumpt.* 34. *num.* 17. Nihilominus tamen etiam in filio exhæredato illam substitutionem valere vt Pupillarem, defendunt Ripa *in d. l.* 1. *num.* 33. & ibi Alciat. *numer.* 169. Caccialup. *in d. l. Precibus, num.* 24. *Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Seuerin. *num.* 16. Quæ posterior sententia mihi magis probatur, quia etiam in præsenti casu illa dicto, *mihi*, vel, *meus*, rejici debet tanquam superflua, juxta *d. l. Si ita scriptum, §. Qui filio*, cum alijs *supra, numer.* 463. relatis; id enim efficaciter persuadet ratio adducta *eod. num.* 463. *in fine.* Illud etiam adderem, quòd retenta priori sententia, quando testator, exhæredato filio, diceret; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, sit mihi hæres Caius*: intelligi debere Caium conditionaliter institutum in primo gradu, talemque institutionem valere, & effectum habituram, si conditio eueniat: quid enim hoc impedit?

466 Procedit quintò, licèt testator ita dixerit; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, Caius mihi, & illi sit hæres*; nam tunc etiam erit Pupillaris expressa, licèt simul etiam sit expressa Vulgaris. Ita Curtius jun. *in l. penult. num.* 6. *Cod. de Impub. & alijs substit.* Ripa *in l.* 1. *num.* 42. *ff. de Vulgari*, & ibi Alciat. *num.* 165. Costa *d. verb. Pupillares, num.* 12. & Menoch. *d. præsumpt.* 34, *num.* 20. Non desunt etiam qui teneant, dari substituto in hoc euentu electionem succedendi, vel per Fideicommissum, vel per Pupillarem, adita hæreditate per pupillum. Sic teste Fusar. *de Substit. q.* 34. *num.* 25. scribunt Jas. *in d. l. penult. num.* 2. *Cod. de Impub. & al. substit.* & Roman. *consil.* 480. Non video tamen quo fundamento id potuerint affirmare.

467 Secundus casus principalis est, quando testator verbo communi substituit filio impuberi sub expressa cõditione, *Si ante pubertatem decesserit*, vt quando dixerit, *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, substituo Sempronium.* In hoc casu indubitatum similiter est, contineri expressam substitutionem Pupillarem; cùm ibi exprimatur proprius, & specificus casus hujus substitutionis. Solùm dubitatur vtrùm ibi etiam contineatur Vulgaris expressa, vel solùm tacita? Quæ dubitatio pari ratione procedit in casu quo substitutio facta esset verbis directis, dicente testatore; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, sit hæres Caius.* Vtrobique namque eędem pro alterutra parte militant rationes, vt videri potest apud Menoch. *infra citat.* & constat facilè, quia verbum commune, *Substituo*, (& idem erit de quouis alio communi) sumitur in præsenti casu in sensu directo; alioqui neque ipsa Pupillaris substitutio, quæ est directa, ibi contineretur.

468 In hac igitur dubitatione, prima sententia est, in proposito casu contineri simul Vulgarem expressam verbis generalibus. Ita Couar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *num.* 5. *de Testam.* Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *solut.* 5. *num.* 51. Mantica dicens esse communem sententiam *lib.* 5. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 3. *num.* 14. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 4 *numer.* 4. & plures alij, quos referunt. Idem sentit Bald. *in d. l. Precibus, num.* 42. *Cod. de*

Im-

Impuber. & alijs substit. dum asserit, prædictam substitutionem esse Compendiosam restrictam ad tempus ætatis pupillaris, & vt sic continere tam Pupillarem, quàm Vulgarem verbis generalibus expressam; quod etiam affirmant Castr. *in d.l. Precibus, num.* 10. *&* 11. & ibid. Alex. *num.* 6. & Corn. *num.* 8. *&* 9. pluresque alij apud Mantic. *vbi supra*, & apud Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 34. *num.* 27. quibus non paucos addit Fusar. *de Substit. q.* 34. *num.* 21. Præcipuum fundamentum est, quia illa verba; *Si filius meus decedat in pupillari ætate, substituo Sempronium*, vel, *sit hæres Sempronius*: etiam Vulgari substitutioni deseruiunt, eamque admittunt pro casu, quo filius non quæsita patris hæreditate ante pubertatem decedat; vt ne ipsi quidem Aduersarij negant. Ergo Vulgaris ibi comprehensa censenda est expressa, & non omnino tacita, nam ea tantùm censetur Vulgaris tacita in Pupillari contenta, quæ non ex verbis, sed ex præsumptione, & potestate legis contra ipsa verba testatoris colligitur, vt quando testator dicit; *Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate decesserit*, &c. vt *sect. præced. in princ. num.* 31. visum est.

469 Contrariam nihilominus sententiam, quòd imò Vulgaris in prædicto casu contenta omnino tacita censenda sit, juxta *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, magis probarunt Glos. *in cap. Raynutius, de Testam. & in cap. Si pater, eod. tit. in* 6. & Glos. *in l. Precibus, in Glossa magna, in fine, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Innocent. *in d. cap. Raynutius, num.* 1. & ibi Hostiens. in verbo, *Succedat*, & Guilliel. Bened. in verbo, *Si absque liberis*, 2. *in materia Pupillaris, num.* 15. Emman. à Costa *in d. cap. Si pater, p.* 3. *verb. Pupillares, sub num.* 9. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 10. Polit. *de Substitut. in rubr. de Pupillari, num.* 11. *in fine*, Menoch. *d. præsumpt.* 34. *sub num.* 31. *vers. Verum respondetur, & seqq.* pluresque alij. Probatur primò per text. *in l. Si ita scriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. possess. secund. tab.* vbi si institutio fiat illis verbis; *Si filius meus moriatur antequam in suam tutelam veniat*, ideſt, ante pubertatem, *Titius mihi hæres esto*: illa dictio, *mihi*, adjicitur, tanquam inutilis. Si autem præter Pupillarem substitutionem, ibi etiam contineretur Vulgaris expressa, dictio illa non adjiceretur, neque esset inutilis, siquidem deseruiret Vulgari per quam soli testatori succeditur.

Probatur secundo, quia substitutio facta sub dictis verbis; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, substituo Sempronium*, vel, *sit hæres Sempronius*; est Pupillaris expressa verbis specialibus, vt etiam Aduersarij videntur admittere, & fatentur expressè Mantica *d. tit.* 3. *num.* 16. nam id manifestè constat per text. *in l.* 2. *§. vltimo, vers. Sed siquis ita, ff. de Vulgari, & in l. Qui liberis, in princ. ff. eod.* vbi sub illa ipsa verborũ forma substitutio Pupillaris in specie proponitur, ac declaratur: quando autè vna species propriè ac determinatè aliquibus verbis exprimitur, dici non potest, quòd illis verbis exprimatur alia, etiam in generali, quia sub specie non comprehenditur genus: alioqui quando quis expressè diceret, se vidisse, v.c. hominem, seu animal rationale, intelligeremus quòd etiam expresisit, se vidisse leonem, & cæteras species brutorum, quæ cum homine conueniunt in genere animalis, quo nihil absurdius. 470

Dices illa verba; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, sit hæres Sempronius*, reuerà esse indifferentia ad Pupillarem, & Vulgarem substitutionem, & vtranque sub suo ambitu, & generalitate complecti, quia ille filius potest decedere in pupillari ætate, vel acquisita patris hæreditate, vel illâ non acquisitâ: & prædicta verba vtrumque casum complectuntur: ergo cùm alter sit casus Pupillaris substitutionis, alter verò Vulgaris, planè vtraque substitutio sub dictis verbis continetur. Respondetur negando assumptum; quia illa conditio, *Si filius meus decesserit in pupillari ætate*, ex ipsa legum traditione, & testantium vsu habetur, & proponitur vt propria, & specifica differentia Pupillaris substitutionis, & talis re- 471

verà est, nihil obstante, quòd potest habere locum tam in casu quo filius decedat, acquisita hæreditate patris, quàm quo eâ non acquisitâ; quia neuter horum casuum spectat ad specialem rationem hujus substitutionis, sed solùm quòd pupillus decedat in pupillari ætate, siue reipsa fuerit hæres patris, siue non; siquidem Pupillaris substitutio etiam filio exhæredato fieri potest, *l.* 2. & ibi *DD. ff. de Vulgari*, & locum etiam habet, pupillo hæreditatem repudiante, *l. pen. ff. de Priuil. credit.*

472 Stat ergo formam illam verborum; *Si filius meus deceßerit in pupillari ætate*, &c. esse specificam, & per illam exprimi in specie Pupillarem substitutionem: atque adeo verba illa non esse indifferentia ad Pupillarem, & Vulgarem. Vnde si testator dixerit; *Si filius meus mihi hæres erit, & in pupillari ætate deceßerit, substituo illi Caium*, talis substitutio dicitur propriè Pupillaris expressa verbis singularibus; non verò specialibus: Menoch. *d. præsumpt.* 34. *num.* 2. & Fusar. *de Substitut. q.* 103. qui alios referunt. Atque ex his patet responsio ad fundamentum primæ sententiæ, quam tamen censeo satis probabilem ac tutam, præsertim propter auctoritatem DD. qui illam sequuntur; hanc verò secundam censeo in rigore veriorem.

473 Tertius casus est, quando testator ita dixerit; *Si filius meus deceßerit in ætate pupillari, succedat Titius in bonis meis*, vel, *bona mea deueniant ad Titium.* In hoc casu communis sententia est, contineri Pupillarem substitutionem directam. Ita sentiunt Barthol. *in d. l. Si ita scriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. posses. secund. tab.* Socin. sen. *in d. l.* 1. *num.* 11. *in* 2. *casu, ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 37. Socin. jun. plures referens, *consil.* 95. *num.* 26. *&* 27. Costa *in cap. Si pater, p.* 3. *vers. De filio ad filiam, num.* 17. *de Testament. in* 6. Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *num.* 7. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 34. *num.* 16. & Fusar. *de Substit. q.* 108. *num.* 1. qui plures referunt. Fundamentum est primò, quia conditio pupillaris ætatis arguit testatorem sensisse de Pupillari substitutione, quæ sola illam ætatem requirit: vnde Socin. sen. *d. num.* 11. subdit. substitutionem in proposito casu contentam esse Pupillarem formalem, seu verbis specialibus expressam, quod etiam videtur sentire Mantica *d. num.* 7. *in fine.* Secundò & principaliter, quia in præsenti casu verba illa, *in bonis meis*, vel, *bona mea*, debent haberi pro non adjectis, *argum. text. in d. l. Si ita scriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. posses. secund. tab.* vbi, si testator dicat; *Si filius meus deceßerit in pupillari ætate Titius sit mihi hæres*; vel, *sit hæres in bonis meis*, dictio, *mihi*, & verba, *bonis meis*, rejiciuntur.

Contrariam nihilominus sententiam, 474
quòd imò in casu proposito solùm continetur substitutio Fideicommissaria, tenet Bald. *in d. l. Precibus, num.* 44. *Cod. de Impuber. & alijs substit.* quem sequitur Alex. *in d. l.* 1. *num.* 7. *ff. de Vulgari*, & Joan. Crot. *in repet. cap. Raynutius, in materia Pupillaris, fol.* 17. *col.* 1. *vers. Vltimo in hac materia, de Testament.* motus hac ratione; quia prædicta verba non conueniunt Pupillari substitutioni; siquidem per eam succeditur pupillo in omnibus bonis vndecumque quæsitis: conueniũt autem Fideicommissariæ, per quam succeditur in bonis testatoris, *l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari.* Neque in contrarium vrget argumentum quod sumitur ex text. *in d. l. Si ita scriptum, §. Qui filio.* Nam ibi substitutio fuit facta verbis directis, quæ nullo modo conueniunt substitutioni Fideicommissariæ, & ideo non est mirum, quòd in tali casu dictio, *mihi*, & dictio, *verba mea*, rejiciantur vt inutiles & superfluæ. In præsenti autem facta est substitutio per verbũ commune, quale est, *Succedat*, & *Deueniant*, quod est aptum importare substitutionem Fideicommissariam; vnde illam reipsa importabit, cùm ad eam determinetur per verba, *bona mea*, vel, *bonis meis*, quæ conueniunt Fideicommissariæ. Neque etiam vrget illud aliud argumentum deiumptum ex conditione ætatis pu-

pupillaris. Nam ad hoc quoque facilè respondet Crot. *cit.* talem conditionem non repugnare substitutioni Fideicommissariæ, sed inseruire ad eam limitandam, vt non egrediatur metas pupillaris ætatis, juxta *l. Cohæredi, §. Quod si hæredem, ff. de Vulgari*, ac proinde ex tali cõditione non argui necessariò, testatorem de Pupillari substitutione directa cogitasse in casu proposito.

475 Non censeo tamen recedendum à cõmuni, & recepta sententia, quia verba illa, *Bonis meis*, vel, *Bona mea*, non adeò refragantur Pupillari substitutioni, vt aliquâ interpretatione adjuta ei accomodari non possint, vt constat ex supra dictis, præsertim *num.* 463. Maximè verò procedit dicta communis sententia, si dictũ sit; *Succedat in omnibus bonis meis*, vel, *bona mea deueniant pleno jure ad Titium*; vel, *deueniant absque vlla diminutione*; cùm talia verba repugnent naturæ substitutionis Fideicommissariæ, propter legitimam, & quartam Trebellianicam, quę detrahuntur, quando est Fideicommissaria. Mantica *d. tit. 7. num.* 10. *& seq.* Fusar. *d.q.* 108. *num.* 3. *post Præt.* quem refert.

476 Siquis autem retineat prædictam opinionem contrariam; quæ quidem in pũcto juris, & stricta disputatione verior apparet aduerto, quod Bald. & alij pro ea relati concludunt illam substitutionem, *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, bona mea deueniant ad Titium*, esse Fideicommissariam Vulgarem, seu ordinariam, & vniuersalem, juxta terminos *d.l. Cohæredi, §. Quòd si hæredem, ff. de Vulgari*, & consequenter quòd pupillus decedens in pupillari ætate debet restituere substituto paternam hæreditatem detractâ Trebellianicâ. At Emman. à Costa vbi supra *num.* 18. censet esse Fideicommissariam Pupillarem, argum. *l. Si Titio, § fin. ff. de Leg.* 1. atque adeo quòd decedente pupillo intra pupillarem ætatem non ipse pupillus, sed ejus hęres legitimus oneratus cẽsetur restituere substituto bona, quæ testatoris fuerunt: quem dicendi modum latè declarat, & subtiliter stabilire contendit; mihi tamen, ista subtilitas nimia videtur, ac subinde nimiùm etiam suspecta est.

Cæterùm vsque adeò communem sententiam veram aliqui existimant, vt dicant, quod licèt testator vsus esset verbo obliquo, adhuc nihilominus substitutio euaderet Pupillaris directa, vt quando diceret; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate bona mea Titio restituantur.* Ita sentit Aret. *in l.* 1. *num.* 5. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 39. & Anton. Rub. *in l. Gallus, §. Quidam rectè, num.* 25. *ff. de Liber. & posth.* & videtur etiam probare Menoch. *d. præsumpt.* 34. *numer.* 10. quorum totum fundamentum videtur esse, quia conditio illa, *Si decesserit in pupillari ætate*, adeo conuenit Pupillari substitutioni, vt vim habeat eam inducẽdi ex conjecturata mente testatoris, nihil obstante, quod verbo obliquo ei non cõueniente vsus sit. 477

Contrarium tamen, quòd imò talis substitutio sit Fideicommissaria, tenent merito Alex. *in l. Centurio, num.* 83. *ff. de Vulgari*, & ibi Ceph. *num.* 848. *&* 850. Emman. à Costa *in d. cap. Si pater*, 3. *p. verb. Pupillares, num.* 17. Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dubit.* 1. *folut.* 6. *num.* 70. *pag. mihi*, 96. & Mantica plures referens *lib.* 5 *de Conject. vltim. volunt. tit.* 7. *num.* 17. & in nouissima edit. *num.* 22. quia verbum obliquum nulla ratione conuenit directæ substitutioni, sed tantùm Fideicommissariæ, cum qua non ita pugnat dicta conditio pupillaris ætatis; cùm inseruiat ad eam limitandam, vt vltra illam ætatem non excurrat. Putat autem Costa *supra vers. Denique*, quòd dicta conditio vigebit asserere, substitutionem verbo obliquo factam esse Pupillarem obliquam, ex qua scilicet legitimus hæres pupilli videatur rogatus ex pupilli hæreditate restituere substituto bona, quæ patris fuerunt: nec in eo casu detrahendam esse legitimam, cùm pupillus ipse non censeatur grauatus, hæres pupilli, quasi codicillo pupillari, argum. *l. Titio, §. fin. & l. Ab exhæredati substituto, & l. Quod fideicommissum, ff.* 478

de

de Leg. 1. Alij tamen hujus sententiæ auctores simpliciter dicunt, hanc substitutionem esse Fideicommissariam, planèque intelligunt per eam grauari ipsum pupillum. Quod mihi etiam magis placet, quia non amo subtilitates; quæ jure, aut ratione manifesta non nituntur.

479 Quando autem testator diceret; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, restituo hæreditatem meam, vel bona mea Titio.* Tunc substitutionem esse directam Pupillarem, admittunt facilè Costa *supra num.* 18. Mantica *dicto tit.* 7. *numer.* 19. *aliàs* 23. Menoch. *d. præsumpt.* 34. *num.* 11. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 63. & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 108. *num.* 6. Idque meritò, siquidem illud verbum in prima persona non significat restitutionem faciendam mediante alio, cui hæreditas fuerit acquisita, sed quòd ipse testator manu sua illam immediatè confert substituto, & sic habet vicem verbi directi; estque accomodatū ad Pupillarē substitutionem inducendam. Inducetur etiam hujusmodi substitutio verbis obliquis, quotiescumque testator aliquid addidisset, quo sufficienter significaret se velle pupillariter substituere, vt si diceret; *Restituat bona, vel hæreditatem Titio, quem pupillariter substituo:* sic cum alijs Mantica *d. tit.* 7. *sub num.* 16. aliàs 21. & Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 64. qui plures referunt.

480 Denique circa prædictam sententiam communem traditam *num.* 473. aduertendum est primò, eam ab aliquibus limitari, vt procedat, quando testator non ignorabat filium habere aliqua bona propria: secùs verò, si id ignorasset. Sed hanc distinctionem, & limitationem meritò improbant Alex. & Aret. quos citat, & sequi videtur Mantica *d. tit.* 7. *num.* 11. Aduertendū secundò ex eodem Mantica *d. tit.* 7. *num.* 13. *in nouissima edit.* & ex quadam decis. Rotæ, quam ibidem refert, alijsque DD si testator solùm enuntiatiuè faceret mentionem ætatis pupillaris, tunc per illa verba, *Deueniant bona mea ad Titium,* non induci Pupillarem substitutionem, sed Fideicommissariam: vt si testator diceret; *Instituo filium meum impuberem, & per ejus mortem deueniant bona mea ad Titium,* nam tunc restrictio ad bona testatoris prævaleret, vt debeat intelligi potiùs substitutio Fideicōmissaria, per quam succeditur in bonis testatoris; quam Pupillaris, per quam succeditur in bonis pupilli.

Quartus casus est, quando testator ita 481
diceret; *Si filius meus in pupillari ætate absque liberis decesserit, substituo Caium.* In hoc casu prima sententia est, talem substitutionem esse Pupillarem. Ita sentit Barth. *in l. Centurio, numer.* 17. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 27. Socin. sen. *num.* 4. Jas. *num.* 33. *& seq.* Alciat. *num.* 11. *& seq.* Zas. *num.* 4 *&* 5. & Socin. jun. *num.* 227. Cuman. *consil.* 125. Paris. *consil.* 73. *num.* 24. *lib.* 2. Ripa *in l.* 2. *num.* 39. *ff. de Vulgari* Rimin. jun. *in l. Precibus, num.* 269. *Cod. de Impub. & alijs substit.* Costa *in cap. Si pater, p.* 3. *verb. Verbis, num.* 4. Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 11. *tit.* 1. *num.* 3. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 4. *sub num.* 3. *vers. Tertius, & vltimus,* licèt loquatur, quando dictum est, *Si sine liberis decesserit, Titius sit hæres*: idem nanque in præsenti casu valet (*Substituo Titium,* atque, *Sit hæres Titius,*) & cum multis alijs Fusar. *de Substit. q.* 111. *num.* 1. Probatur primò, quia illa verba, *Si sine liberis decesserit,* verificari possunt in filio decedente intra pupillarem ætatem, vt per se constat, nec debent censeri superflua, si ad eam ętatem restringuantur, quasi impossibile sit filios procreari ab eo qui ad pubertatem non peruenerit, nam constat hoc possibile esse, & interdum euenire. Ergo cùm in præsenti casu tam verba, quàm persona Pupillari substitutioni conueniant, hæc censenda est ibi contineri, argum. text. *in cap. Si pater, de Testament. in* 6. Secundò, quia conditio, *Si sine liberis decesserit,* inest tacitè in Pupillari substitutione, cùm eo ipso quòd pupillo filius nascatur, talis substitutio expiret, licèt fuerit facta absque expressione illius conditionis, Barthol. *in l. In pupillari, circa fin. ff. de Vulgari, l. Generaliter, §. Cum*

au-

autem, Cod. de Institut. & substitut. sub condit. fact. l. Cùm acutissimi, Cod. de Fideicomiss. & l. Cùm auus, ff. de Condit. & demonstr. & consequenter nihil ejus expressio operatur ex generali regula, quòd expressio eorum, quæ insunt tacitè, nihil operatur, *l. 3. ff. de Leg. 1.* Atqui si testator diceret; *Si filius meus in pupillari ætate decesserit*, non exprimendo, *Sine liberis*, talis substitutio esset simpliciter Pupillaris, vt nemo diffitetur, & constat ex supradictis: ergo idem est dicendum, quando expressit conditionem, *Sine liberis*, siquidem talis expressio nihil operatur.

Secunda sententia est, in casu pro-
482 posito fieri substitutionem Compendiosam, quę scilicet, decedente filio absque liberis ante pubertatem, sit Pupillaris, & post pubertatem Fideicommissaria. Ita sentiunt Bald. *consil. 373. lib. 2.* Castro *consil 43. lib. 2.* Alex. *consil. 43. num. 7. lib. 2.* Decius *consil. 572. num. 1. & in l. Generaliter, num. 1. Cod. de Institut. & substitut.* Ruin. *consil 103 num 23. lib. 2.* Curt jun *in l. Precibus, num. 66. Cod. de Impuber. & alijs substit.* & plures alij, quos citat, & sequitur Menoch. *de Præsumption. lib. 4. præsumpt. 51. numer. 12.* vbi in fine dicit hanc esse communem, & veram opinionem, licèt dissentiant nonnulli. Fundamentum est, quia non est præsumendum, quòd testator appposuerit conditionem, *Si sine liberis*, respiciendo ad tempus ætatis pupillaris, & non magis ad tempus, quo filius iam esset pubes, ac si dixisset, *Si in pupillari ætate, vel factus pubes absque liberis decesserit*; siquidem secundùm ordinariam legem naturę solus pubes est potens ad generandum: & licèt non sit omnino impossibile impuberem quoque filios procreare, vt aliquando contigisse dicitur, id est rarissimum, & non præsumitur quòd testator de tali casu cogitauerit; cùm rarò contingentia in consideratione haberi non soleant.

483 Maximè verò procedit hæc secunda sententia, quando testator dixisset; *Si decesserit in pupillari ætate, & sine liberis.* In quo casu hanc sententiam amplectitur Trentacinq. *de Substit, p. 4. cap. 9. sub num. 23. vers. Quæ conclusio*, vbi pro eadem refert Paul. Castr. & Ripam. Tunc enim ex illo dicendi modo facilius intelligitur, conditionem, *Sine liberis*, respicere tempus post pubertatem, perinde ac si dictum esset, vel, *Sine liberis*, cùm pro saluanda mente defuncti nouum non sit, copulatiuam resolui in disjunctiuam, & econtra, *l. Generaliter, Cod. de Instit. & substit. l. Lucius, 2. ff. de Hæred. instit.* At etiam in hoc casu fieri tantùm substitutionem Pupillarem, sentiunt multi, quos citat, & sequitur Fusar. *d. q. 111. num. 4.* Et quidem tenendo primam sententiam principalem traditam, *num. 481.* ita videtur affirmandum ex rationibus pro ipsa prima sententia, adductis, quæ in hoc etiam casu militant, vt considerati patebit.

Tertia sententia est, illam substitutionem esse omni tempore Fideicommissa- 484
riam, & sic non esse Pupillarem, nec Compendiosam. Hanc ex Baldo, & Boer. refert Fusar. *d. q. 111. num. 3.* & videtur fũdari in eo, quod conditio, *Si sine liberis*, non congruit pupillari ætati, vt notat *Glos. in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substit.* & de se magis inducit substitutionem Fideicommissariam, vt docet Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. tit. 1. num. 2.* post Bald. *consil. 36. lib. 2. & consil. 55. num. 5. lib. 3.* At hæc sententia, & ejus fundamentum facilè refellitur ex traditis per eundem Mantic. *d. tit. 1. num. 3.* vbi aduertit, quòd per hanc conditionem non excluditur Pupillaris substitutio, si alia verba conueniant, vt constat *per cap. Si pater, de Testament. in 6. & l. Centurio, ff. de Vulgari*, estque communis DD. opinio, à qua pauci recedunt.

Prima verò, & secunda sententia vtraque est satis probabilis: secunda tamen vi- 485
detur prę ferenda; à qua fortasse non dissentiunt multi pro prima sententia relati, vt Costa, Mantica, & alij asserentes simpliciter, in casu proposito per conditionem, *Si sine liberis decesserit*, non tolli quominus substitutio sit Pupillaris: siquidem

dem hoc bene potest intelligi de Pupillari, prout includitur in Compendiosa Neque oppositum cuincunt rationes pro prima sententia adductæ. Ad primam nanque respondetur, licèt verba, *Si sine liberis*, etiam in impubere verificari possint; nec sit omninò impossibile filios procreari ab impubere: attamen cùm hoc sit insolitum, & præter ordinariam naturę legem, non præsumi quòd testator illa verba expressit pro casu, quo filius decederet ante pubertatem, sed pro casu quo decederet pubes: & sic quòd etiam pro tempore post pubertatem substitutionem fecit, quæ substitutio est Compendiosa. Ad secundam respondetur, licèt regulariter expressio ejus quod tacitè inest, nihil operetur; attamen hoc fallere, quando ex circunstantijs, vel ex subjecta materia apparet, expressionem fieri attendendo ad aliud vltra tacitum; quod in præsenti euenit, vt ex dictis constat.

486 Quintus casus est, quando testator sub expressa conditione, *Si filius in pupillari ætate decesserit*, ei dedit substitutum in re certa. In hoc casu dicendum est primò, si talis substitutus datus est per verbum directum, ac ciuile, vt cùm dictum est; *Si filius meus in pupillari ætate decesserit, sit ei hæres Titius in fundo Tusculano.* Tunc eam substitutionem esse Pupillarem directam, & vniuersalem, ex qua substitutus non solùm succedet in illum fundum, sed etiam in reliqua bona pupilli si is ante pubertatem moriatur: constat hoc per *l. Cohæredi, §. vltim. ff. de Vulgari*, estque communis sententia, quam tenent Barthol. *in l. Centurio, numer.* 18. *& 35. ff. eod.* & ibi Alex. *num.* 69. Jas. *num.* 48. Ripa *num.* 95. Cephal. *num.* 686. *& num.* 832. *& seqq.* Castr. *in d. l. Cohæredi, §. fin. num.* 3. Alex. *in l.* 2. *num.* 27. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa. *num.* 43. Imola *in cap. Raynutius, num.* 183. *de Testament.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Compenpiosæ, num.* 41. Bald. *consil.* 123. *num.* 1. *lib.* 4. Roman. *consil.* 58. Corn. *consil.* 94. *lib.* 1. Bald. *tract. de Substit. tit. de Compendiosa, numer.* 11. Barth. de Hucio *tract. de Substit. cap.* 5. *num.* 8. Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 5 *tit.* 7. *numer.* 22. aliàs *in nouissima edit. num.* 26. *& seqq.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 51. Trentacinq. *de Substit p.* 4 *cap.* 2. *num.* 9. & cum multis alij Fusar. *de Substit. q.* 116. *num.* 1. qui DD. licèt maiori ex parte loquantur cum dictum est; *Quandocunque filius meus decesserit*, &c. tamen hic casus quoad præsens institutum non differt ab eo quo dictum est, *Si filius meus decesserit in pupillari*, &c. Ratio verò traditæ resolutionis est, quia verbum directum, & ciuile adjectum rei certæ trahitur ad totum, & inducit institutionem, vt patet *ex l.* 1. §. *Si ex fundo, ff. de Hæred. instit. cum simil.* vbi instituto hærede in re certa mentio talis rei detrahitur; vt intelligatur institutio vniuersalis: quod eadem ratione procedit in substitutione, vt similiter trahatur ad vniuersũ, vt Jurisconsultus arguit *in d. l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulg.*

Hæc resolutio ampliatur primò, vt 487
procedat, licèt testator dixisset; *Sit mihi hæres Titius in fundo*, &c. vt contra Ripam *in l.* 1. *num.* 36. *ff. de Vulgari*; bene probat Mantica *d. tit.* 7. *sub num.* 29. primò, quia sicut mentio rei certæ detrahitur, ne impediat vniuersalitatem institutionis, & substitutionis factæ per verbum ciuile, *d. §. Si ex fundo, & d. l. Cohæredi, §. fin.* Ita etiam detrahitur dictio, *mihi*, ne impediat Pupillarem substitutionem, quando alia verba tali substitutioni conueniunt, vt per *l. Si ita scriptum, §. Qui filio, ff. de Bonor. possess. secund. tab.* & diximus *supra, num.* 463. Secundò, quia esto dictio, *mihi*, non abjiciatur, adhuc potest sustineri Pupillaris substitutio declarando, quòd substitutus mediâ personâ pupilli intelligitur hæres testatoris, juxta regulam, *l. vltim. Cod. de Hæred. instit.* quòd etiam hæres hæredis censetur hęres testatoris. Tertiò, quia in dubio, an testator voluerit substituere filio per fideicommissum, vel per directam Pupillarem substitutionem, intelligendum potiùs est voluisse substituere per Pupillarem, cùm hæc sit benignior interpretatio, *cap. Si pater, de Testam. in* 6.

Obji-

Objicies cum Ripa *supra*. In hoc casu
488 nullum sequi absurdum ex eo quòd neque mentio rei certæ, neque dictio, *mihi*, subtrahatur: siquidem non sequitur, quòd testator decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, qua ratione cessante, talis detractio non fit, neque inducitur successio vniuersalis, *l. Quoties, Cod. de Hæred. instit.* & omnes, *in d. §. Si ex fundo*. Respondetur primò, si hæc objectio valeret, inutile euadere argumentum, quo Jurisconsultus vtitur *in d. l. Cohæredi, §. fin.* vbi de institutione facta ex certo fundo, arguit ad substitutionem similiter factam, vt vtroque casu detrahatur mentio rei certæ, & inducatur successio vniuersalis: non est autem admittendum Jureconsultum male arguisse. Respondetur secundò, negando non sequi absurdum, nam cùm ex verbo ciuili directo, & ex pupillari ætate conditionaliter expressa (quę est propria formæ Pupillaris substitutionis) sumatur sufficiens conjectura, quòd testator voluit facere Pupillarem substitutionem directam, & sic condere testamentum filio, si mentio rei certæ non detraheretur, sequeretur filium decedere testatum pro parte, ideſt, quoad ipsam rem certam, & intestatum quoad reliqua bona. Et si etiam non detraheretur dictio, *mihi*, vel in aliquo fauorabili sensu intelligeretur, sequeretur per Pupillarem succedi testatori, & non ipsi pupillo, sicque duplex sequeretur absurdum. Hanc sententiam tuetur etiam Trentac. *de Subst. 4. p. c. 2. n. 13.* vbi pro eadem refert Ripam *in d. l. Centurio, sub numer. 96. vers. Vel dato, ff. de Vulg.*

Ampliatur secundò, vt procedat, licèt
489 ille fundus Tusculanus esset proprius testatoris. Sic ampliat Trentac. *d. cap. 2. n. 11.* & probatur, quia ex ipso verbo directo magis intelligitur, quòd testator voluit facere Pupillarem substitutionem directam, quàm quòd voluerit facere fideicõmissum, grauando filium, vt eum fundum restitueret; nam verbum directum, non trahitur ad significationem obliquam, *l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari.* Confirmatur, quia in dubio potiùs censendum est, quòd voluit facere substitutionem Pupillarem, quæ est fauorabilis filio, quàm quòd voluerit illum grauare fideicommisso, quòd est odiosum.

Ampliatur tertiò, vt procedat, licèt 490
ipse filius institutus fuerit in eadem re certa, vt si dictum fuit; *Instituo filium meum hæredem in fundo Tusculano; & si ille decesserit in pupillari ætate, Titius sit hæres in tali fundo:* nam tunc etiam substitutio est directa Pupillaris, & trahitur ad omnia bona pupilli. Ita Polit. *tract. de Substitut. tit. de Compendiosa, numer. 26.* Costa illum sequens, & magis explicans *in cap. Si pater, 3. p. verb. De filio ad filiam, sub num. 20. vers. Ego verò*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 7. num. 26. in nouissima edit.* aliàs *num. 22.* dicens id non recipere dubitationem, & constat manifestè per text. *in d. l. Cohæredi, §. vlt. ff. de Vulgari*, vbi id notat Castr. *n. 3.* estque verissima sententia, quæ etiam probatur ea ratione, quia substitutio regulatur per institutionem; institutio autem facta in re certa per verbum ciuile directum trahitur ad vniuersum, detracta mentione rei certæ: ergo similiter substitutio ei respondens facta similiter in re certa per verbum ciuile directum ad vniuersum trahitur; & cùm sit facta pupillo sub conditione, *Si decesserit in pupillari ætate*, euadit simpliciter Pupillaris directa, & vniuersalis.

Intelligitur autem præfata resolutio 491
principalis cum omnibus suis ampliationibus, nisi vltra substitutum in re certa, datus sit alius vniuersalis: tunc enim non trahitur substitutio ad vniuersum sed habet vicem legati: sic Bald. *consil. 170. lib. 1.* & ex eo Prætis *loco supra citato*, atque à cæteris vt certissimum supponitur; quia ipsa etiam institutio facta in re certa, si datus sit cohæres vniuersalis, ad totum non trahitur, *l. Quoties, Cod. de Hæred. instit.* & ibi omnes. Vnde etiam aduertit bene Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 2. num. 12.* cum Baldo, quem ibidem re-

refert, si filius fuit institutus in re certa, & illi datus est cohæres vniuersalis, tunc etiam substitutionem illi factam non esse Pupillarem, nec trahi ad vniuersum: quia in tali casu institutus habetur loco legatarij, vt per *d. l. Quoties*; & sic substitutio censetur illi facta tanquam legatario, ipseque rogatus censetur, vt illam rem certam, seu legatarius restituat.

492 Secundo principaliter in proposito casu dicendum est, si substitutio illa sit facta per verbum commune, vt cùm dictum est, *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, fundus Tusculanus deueniat ad Titium*, vel, *Titius succedat in tali fundo*; tunc non esse substitutionem Pupillarem, neque vniuersalem, sed quoddam fideicommissum particulare, ex quo substitutus solùm potest petere illum fundum, moriente pupillo ante pubertatem. Ita communiter supponunt DD. *in d. l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari*, quatenus ibi distinguunt inter verbum directum ciuile, & non ciuile vel commune; & restriguunt decisionem illius textus ad substitutionem per verbum directum ciuile factam: decidit enim ille textus, esse Pupillarem substitutionem, quando dictum est; *Si filius meus deceßerit ante pubertatem, in partem ejus* (certam videlicet quantitatem) *Titius hæres esto*, expressè autem sic resoluunt Barthol. *in l. Centurio, numer.* 33. *& sequentib.* & ibi Ripa *numer.* 154. Bald. *consil.* 140. *lib.* 1. *& consil.* 170. *eod. lib. & consil.* 296. *lib.* 4. Corn. *consil.* 40. *numer.* 4. *lib.* 3. & latiùs *consil.* 94. *lib.* 1. Castr. *consil.* 114. *col. vltim. lib.* 1. multique alij, quos citant, & sequuntur Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. De filio ad filiam, numer.* 20. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *sub numer.* 12. *& in nouissima edit. sub numer.* 16. *vers. Amplius dico, & seq.* Peregrin. *de Fideicommissis, artic.* 34. *numer.* 55. & Fusar. *de Substitution. quæstion.* 241. *numer.* 36. Fundamentum est, quia verbum commune adjectum rei, aut quantitati certæ, non trahitur ad vniuersalem institutionem, vel substitutionem directam, vt probat text. *in l. Cogi, §. Generaliter, vers. Inde quæritur, & ibi DD. ff. Ad Trebel.* & sic in casu præsenti non inducit Pupillarem substitutionem, sed tantùm fideicommissum particulare.

Non est autem hæc resolutio adeò 493
certa, vt contraria non sit etiam valde probabilis, quòd scilicet verbum commune in præsenti casu non tollat quominus inspecta voluntate testatoris, ibi contineatur directa, & vniuersalis substitutio Pupillaris: quam sententiam tenent Angel. *consil.* 148. *numer.* 5. Socin. sen. *consil.* 117. *lib.* 4. Marian. Socin. jun. *consil.* 95. *per tot. lib.* 1. vbi dicit, hanc esse hodie magis communem opinionem, Aret. *in l.* 1. *col.* 5. *ff. de Vulgari*, & ibi Castr. *numer.* 4. Socin. sen. *numer.* 11. Alciat. *numer.* 166. *& seq.* Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *solut.* 6. *numer.* 76. *pagina mihi*, 97. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 2. *numer.* 28. & plures alij, quos adducit Fusar. *dict. quæst.* 241. *numer.* 33. Ducuntur ea ratione, quia verba illa, *Si filius meus deceßerit in pupillari ætate*, indicant testatorem voluisse pupillariter substituere; cùm in illis reluceat forma specifica hujus substitutionis: vbi autem tenemus mentem, & verba testatoris volentis facere Pupillarem substitutionem nihil officit, quòd ille vsus sit verbo communi: nam hoc verbum fit directum, & aptum ad inducendam institutionem, & substitutionem directam, & vniuersalem, quando ex alijs verbis adjunctis ad eam determinatur: in præsenti autem sufficienter ex prædictis verbis ad Pupillarem determinatur; ac proinde fit directum, & sufficiens vt mentio rei certæ, cui adjectum est, detrahatur, & directa vniuersalisque substitutio Pupillaris inducatur, juxta *dict. l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari*, præsertim cùm talis substitutio sit fauorabilis, pro qua in dubio facienda potiùs est interpretatio, quàm pro fideicommisso, vt sæpius dictum est.

Con-

Confirmatur, nam hoc ferè fundamento resoluimus supra, *numer.* 473. cum Barth. & alijs contineri Pupillarem, quando dictum est; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, bona mea deueniant ad Titium.* Eadem quippe in illo casu, & in præsenti videtur esse ratio; nam etiam quando testator substituit pupillariter in bonis suis, vel etiam in hæreditate sua, censetur facere substitutionem in re certa: siquidem substituendo pupillariter facit testamentum loco filij, quod perinde habetur, acsi ipse filius testaretur, *l. Patris & filij, ff. de Vulgari:* quando autem quis in suo testamento reliquit alicui bona, vel hæreditatem, quæ ad se ab aliquo tertio peruenit, censetur facere relictum particulare, seu in re certa, *l. Ex facto, §. 1. ff. de Hæred. instit. l. Cum filius, §. Lucio,* & ibi Barth. *numer. 2. ff. de Legat. 2. & l. Cogi, §. Sed & si miles, vers. Et quanuis, ff. Ad Trebel.* Socin. sen. *in l. 1. numer. 11. Ad med. ff. de Vulgari.* Trentacinq. *dict. cap. 2. sub numer. 29.* Fusar. *dict. quæstion. 241. numer. 40.* & cum multis alijs Peregrin. *de Fideicommissis, artic. 5. numer. 42.* Ergo si nihilominus substitutio facta pupillo in bonis testatoris per verbum commune, *Deueniant*, trahitur ad vniuersum patrimonium pupilli, & censetur Pupillaris directa, propter dicta verba, *Si filius meus deceßerit in pupillari ætate*: idem pariter dicendum est quando sub eisdem verbis, & terminus facta est in certo fundo, vel simili re certa. 494

Hæc sententia, vt dixi, est satis probabilis; sed tamen non audeo recedere ab opposita, quam video esse communiter receptam. Quare ad fundamentum hujus secundæ opinionis respondeo, verum quidem esse, si sufficienter constiterit voluntatem testatoris esse facere substitutionem Pupillarem, non debere obstare verbum commune, neque mentionem rei certæ, quominus illa substitutio inducatur; quia voluntas verbis præualet, vt omnes facilè admittunt, & notat in specie Mantica, *vbi supra, vers. Sed hoc debet.* Cęterùm in præsenti negamus, ex sola commemoratione ętatis pupillaris, sufficienter constare, quòd illa fuerit testatoris voluntas, cùm verbum commune rei certæ adjectum valde refragetur; & alioquì ipsa conditio ætatis pupillaris alium effectum valde propriùm habere possit, restringere scilicet fideicommissum illius rei certæ ad casum quo pupillus ante pubertatem decedat. 495

Ad confirmationem fundatam in æquiparatione præsentis casus cum alio, quo testator per verbum commune fecit substitutionem restrictam ad bona sua, respondet Costa *d. num. 20, vers. Ego verò, post med.* esse longè diuersam rationem in his casibus: eam tamen neque ibi, neq; alio in loco assignat. Dicendum autem videtur, quòd licèt in stricta disputatione vtroque in casu substitutio videatur facta in re certa, nihilominus quando est facta in bonis testatoris, habet figuram vniuersalis, & ita rectè verbum commune ibi accipitur pro directo, vt inducat substitutionem directam & vniuersalem, juxta communem regulam, quòd verbum commune adjectum vniuersalitati bonorum est directum, & inducit directam, & vniuersalem dispositionem. In præsenti verò casu ne figura quidem apparet vniuersalis dispositionis, cùm substitutio sit facta in re particulari & certa, vt in certo fundo, vel quantitate. Et ideo non potest verbum commune ei adjectum trahi ad vniuersalem & directam substitutionem, etiam ex benigna interpretatione. 496

Quæ hactenus dicta sunt circa substitutionem factam in re certa per verbum cõmune, pari modo procedũt in substitutione facta per verbum directum non ciuile; quia in prẹsenti materia verbum commune, & verbum directum non ciuile à pari procedunt, vt ex communi DD. maximè verò ex Barth. *in d. l. Centurio, num. 18. & 35. ff. de Vulgari*; aduertunt Peregrin. *de Fideicommissis, artic. 34. numer. 49.* Trentacinq. *dict. cap. 2. numer. 7.* & Fusar. *de Substitut. quæst. 116. numer. 17.* Vnde qui tenent, non inducì substitutionem Pupillarem, 497

quando testator in re certa substituit per verbum commune; idem etiam tenent quando substituit per verbum directum non ciuile, vt videre est apud Peregrin *d. artic.* 34. *numer.* 55. & alios supra cit. Vt autem scias, quæ verba censeãtur directa non ciuilia. Dico breuiter, verba directa absolutè esse illa, quæ important, vt is cui relinquitur, auctoritate sua absque ministerio alterius relictum accipere possit, sic definit Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 43. cum Glos. *in l. Eam quam, verb. Directis, Cod. de Fideicommissis, & in l. Omne verbum, Cod. Communia de legat.* hujusmodi autem verba, quædam sunt jure Ciuili introducta, vt tribuant honorato jus hæreditarium; & hæc dicuntur ciuilia directa, ut cùm testator dicit, *Instituo Petrum hæredem*, vel, *Petrus hæres esto*, ita sumitur ex Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 15. & tradit latiùs Peregrin. *d. artic.* 34. *numer.* 49. vbi plura exempla hujusmodi verborum ciuilium adducit. Quædam verò ad tale jus tribuendum determinata non sunt, & hęc dicuntur directa non ciuilia, taliaque censentur, quæ diriguntur ad ipsum honoratum, vt ille manu sua capiat, & non ab alio: sic idem Barthol. *numer.* 16. vbi exemplum ponit in verbo, *Accipiat*, & in verbo, *Capiat*, & in verbo, *Moriatur*, juxta *cap.* 1. *ibi, filiæ moreretur, de Testament. in* 6. etiam infra *num.* 18. verba directa non ciuilia dicit esse, quando testator diceret; *Tali pondere sit talis, & similia.* Quæ sint verba communia, vel obliqua diximus *disp. præced. sect.* 3. *numer.* 24. & videri pro eis, possunt DD. ibidem allegati.

498 Sextus casus est, quando nulla facta mentione ætatis pupillaris, pater substituit filio impuberi in forma Compendiosæ, *Vt quandocumque filius meus decesserit*, vel, *post ejus mortem*, &c. In hoc casu multiplici distinctione opus est. Nam vel substitutio facta est à milite, seu eo, qui gaudebat priuilegijs militaribus; vel facta est à pagano. Si à milite, valet vt Pupillaris infra tempus pubertatis, si facta est per verba directa, aut communia. Constat hoc per text. *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari, & in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substitut. & in cap. Si pater, de Testament. in* 6. estque conclusio indubitata per illa jura apud omnes interpretes, & DD. vt notat Peregrin. *de Fideicommissis, art.* 34. *numer.* 20. vbi ex Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 12. aduertit hanc resolutionem procedere, licèt mater sit in medio, vt est casus in dictis textibus.

Si facta est à pagano, distinguen- 499
dum rursus est, an sit facta per verba directa, vel per communia. Et si quidem facta sit per directa ciuilia, aut non ciuilia, fatentur omnes valere simpliciter, vt Pupillarem, quæ etiam habeat effectum aduersùs matrem pupilli: per text. *in dict. l. Precibus*, qui non solùm procedit in substitutione facta à milite, sed etiam in facta à pagano, vt bene declarat Peregrin. *dict. artic.* 34. *numer.* 21. & *per text. in dict. cap. Si pater*, ex quo hæc conclusio apertiùs probatur, quatenus admittit sufficere verbum directum non ciuile ad Pupillarem in proposito casu inducendam, cùm ibi reperiatur inducta per verbum, *Moriatur*; quòd est directum non ciuile. Si autem facta est per verba communia, vt per verbum, *Substituo*, vel, *Succedat*, aliudue simile, distinguendum adhuc est. Nam vel est facta appositio aduerbio distributiuo, *Quandocumque*, vt si dictum est, *Quandocumque filius meus deceßerit substituo Caium*, vel, *succedat ei Caius:* vel facta est simpliciter in casum mortis, seu sub conditione mortis, vt, *Cum morietur*, vel, *post ejus mortem, substituo, &c.*

Si primo modo facta est, idest, appo- 500
sito adverbio, *Quandocumque*, recepta sententia est, continere Pupillarem expressam, saltem verbis generalibus. Ita in specie tenent Jacob de Aren. & Cynus *in d. l. Precibus*, prout eos refert Barth. *in d. l. Centurio, n.* 26. tenent etiam Fulgos. *consil.* 33. *in fine*, Corn. *consil.* 138. *n.* 7. *lib.* 3. Rip. *in d. l. Centurio, n.* 139. *ff. de Vulgari,*

&

& ibi Alciat. *n.* 90. Sfortia Odd. *tract. de Compendiosa, p. 5. art. 3. num.* 21. Franc. *in cap. Si pater, col.* 45. *vers. Item adde, de Testam. in* 6. Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 34. *num.* 5. *vbi in fine*, dicit hanc esse receptam opinionem, Peregrin. *de Fideicommissis, art.* 34. *num.* 23. vbi dicit, minùs dubitationis esse in hoc casu, quàm cùm simpliciter est facta sub conditione mortis, Fusar. *de Substit. q.* 106. & alij, quos refert. Admittit etiam hanc sententiam Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib* 5. *tit.* 7. *in nouissima edit. num.* 16. quando verba sunt relata ad personam filij impuberis, vt si dictum fuit, *Quandocumque filius meus decesserit, ei substituo Titium*; vel, *ei succedat Titius*, pro qua resolutione adducit Bald. *in l. vlt. num.* 17. *vers. Idem dico, Cod. de Sacros. Eccles.* Fulgos. *d. consil.* 33. *num.* 1. *vers. Nunc autem.* Lanfranc. *in d. l. Centurio, num.* 14. & Ripa ibid. *numer.* 139. Tenere etiam hanc sententiam debent, qui absolutè admittunt in Compendiosa facta impuberi verbis communibus contineri Pupillarem, pro qua opinione plurimos refert, eos sequens Trentacinq. *tract. de Substit. p.* 4 *cap.* 11. *sub num.* 3. & Fusar. *de Substitut. q.* 241. *in princ. juncto num.* 10. *vers. Ego quidem.*

501 Fundamentum hujus resolutionis proprium desumitur ex illo aduerbio, *Quandocumque*, quia per illud fit distributio temporum in generali, *l. Sicut in annos, in princip. ff. Quibus mod. vsusfruct. amit.* & tantum operatur generalis dispositio in vniuerso, quantum particularis in particulari, *l. Si chorus, ff. de Legat.* 3. constat autem, quòd substitutio Compendiosa facta cum distributione temporum in particulari continet Pupillarem; licèt sit facta per verbum commune, vt quando dictum est; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, vel postea quandocumque, substituo Caium*, Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 26. *in princip.* & omnes. Confirmatur, quia sermo distributiuus temporis relatus ad personam, in qua secundùm varietatem temporum potest diuersimodè operari, debet intelligi secundùm conditionem ipsius personæ, *l. Ad plenum, §. Equitij, ff. de Vsu, & habit.* ergo in præsenti distributio illa temporum inducta per dictionem, *Quandocumque*, operari debet diuersas substitutiones, juxta conditionem personæ, cui substituitur, vt scilicet sit Pupillaris si institutus decedat in pupillari ætate, & Fideicommissaria si decedat pubes. Cæterùm Barthol. *dict. numer.* 26. hoc fundamentum non admittit, nec vult quòd per dictum aduerbium, *Quandocumque*, verbo communi adjunctum inducatur Pupillaris, nisi simul concurrat aliqua conjectura, quæ juuet ad colligendum, eam fuisse voluntatem testatoris; negat enim dictionem, *Quandocumque*, operari in præsenti materia distributionem tēporum, cùm non adjiciatur actui iterabili, sicut *in d. l. Sicut in annos*, vbi apponitur in actu, qui potest pluries existere: idemque, teste eodem Bartholo, tenent fere omnes antiquiores, quibus ex recentioribus accedunt Ripa, Odd. Sfort. & alij, quos refert Peregrin. *d. num.* 23. *in fine*, qui illam considerationem de distributiuo, *Quandocumque*, similiter rejiciunt. Nihilominus tamen illa consideratio mihi videtur satis probabilis. Si autem rejiciatur, censebitur substitutio, ac si esset facta simpliciter in casum mortis, de qua statim dicemus. Neque verò Barthol. præfatam resolutionem omninò improbat: eam nanque admittit, ac defendit; *numer.* 28. *& seqq.* quando mater pupilli non est in medio.

Si verò facta est secundo modo, 502
scilicet, in casum mortis simpliciter, maior apparet difficultas; sed tamen communis resolutio est, talem substitutionem valere jure Pupillaris ante pubertatem instituti, vt videre est apud Peregrin. *dict. artic.* 34. *num.* 24. vbi pro ea sub his terminis, refert Glos. *in §. Qua ratione, Instit. de Pupillari.* Barthol. Angel. Imol. Paul. Castr. Alex. Aret. Jas. Ripa, Alciat. & Socin. jun. *in d. l. Centurio*, item eundem Barth. Bald. Angel. Salicet. Paul. Castr.

Alex. Corn. Ial. Curt. jun. Cauialup. Tapia, & plures alios modernos *in d. l. Precibus, C. de Impuber. & al. substit.* Eandem sententiam magis probant Polit. *tract. de Substit. rubric. de Compendiosa, num.* 29. & 30. Leon. *in suo etiam tract. de Substitution. vbi de Compendiosa, numer.* 386. & *seqq.* Menoch. *de Præsumpt. 54. num.* 1. *iuncto num.* 17. *vers. Est itaque* vbi dicit hanc esse veram, & magis receptam opinionem, Trentacinq. *d. cap.* 11. *sub num.* 3. Fusar. *d. q.* 241. *sub num.* 10. alijque innumeri, quos refert idem Fusar. *d. q.* 241. *in princip.* qui omnes simpliciter admittunt in Compendiosa facta impuberi verbis communibus à pagano contineri Pupillarem pro casu mortis intra ætatem pupillarem.

Probari solet hæc sententia per text. *in* 503 *d. l. Precibus*, & *in cap. Si pater, de Testament. in* 6. prout hos textus inducunt, ac declarant Leon. Peregrin. & alij: ijs autem, alijsque fundamentis omissis, quæ à citatis DD. afferuntur, optima ratio hujus sententiæ est, quia substitutio Compendiosa facta impuberi in casum mortis, quanuis sit facta simpliciter, & per verbum commune, complectitur vtrumque tempus, & ante & post pubertatem, vt scilicet locum habeat tam in casu, quo pupillus moriatur in pupillari ætate, quã, quo moriatur postea, ipsumque verbum commune ad vtrunque illud tempus refertur, & perinde valet acsi testator diceret; *Siue filius meus moriatur in pupillari ætate, siue moriatur postea, substituo Caium, vel succedat ei Caius*; quatenus autem est relatum ad tempus ante pubertatem inducit potiùs Pupillarem substitutionem, quàm Fideicommissariam: nam licèt secundùm se sit indifferens ad vtrũque; tamen in dubio, vtrùm hanc, vel illam inferat, potiùs præsumitur pro directa, & Pupillari, vt omnes admittunt per text. *in d. cap. Si pater*, & quia est fauorabilior ipsi pupillo, cùm per eam habeat hæredem, quàm Fideicommissaria, quæ illi inducit onus restitutionis. Confirmatur, & declaratur ex ipsa natura, & definitione substitutionis Compendiosæ, de cujus ratione est, vt sub verborum compendio plures contineat substitutiones diuersæ rationis, non quæ simul, aut diuersis temporibus, vna post aliam, effectũ habere possint, sed quarum aliqua locum sit habitura, si ejus casus eueniat, itaut si institutus moriatur ante aditam hæreditatem, tunc sit, & valeat vt Vulgaris: si autem post aditam decedat in pupillari ætate, Pupillaris; si verò decedat postea, Fideicommissaria: ergo cùm substitutio, de qua hic loquimur, sit verè & propriè Compendiosa facta impuberi, profectò sicut eo moriente ante aditam hæreditatem, valet vt Vulgaris, & si moriatur post aditam, & post ætatem pupillarem vt Fideicommissaria, nulla est ratio, cur non debeat valere vt Pupillaris, si moriatur in pupillari ætate post hæreditatem aditam.

Contrariam tamen sententiam, quòd 504
dicta substitutio non valeat vt Pupillaris, sed omni tempore sit Fideicommissaria, si institutus moriatur post aditam hæreditatem, tenent Glos. *in l. Precibus, vers. Fideicommissi, Cod de Impuber. & alijs substit.* & ibi Bald. *num* 38. & Albert. *numer.* 119. & Glos. *in d. l. Centurio, verb. Dumtaxat, ff. de Vulgari*, & ibi Baldus dicens sic communiter teneri, & Glos. *in l. Ex tribus, verb. Directam, Cod. de Inoffic. testam.* Azo, *in rubr. Cod. de Impuber. & alijs substit. num.* 18. pluresque alij relati à Trentacinq. *d. cap.* 11. *in princip.* & à Fusar. *d. q.* 241. *num.* 8. quæ opinio ab omnibus ferè antiquis ante Barth. recepta fuit, prout ipse Barth. testatur *in d. l. Centurio, sub num.* 27. Præcipuum ejus fundamentum est; quia verbum respiciens plura tempora debet pariformiter dispositionem determinare respectu talium temporum, argum. *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. Quanuis, Cod. de Impuber. & alijs substit.* sed in præsenti idem verbum commune respicit plura tempora, nempe tempus ante pubertatẽ, & post pubertatem; ergo cùm post pubertatem non possit esse substitutio Pupillaris, vtroque autem tempore possit esse Fideicommissaria, admittendum non est

quòd

quòd illud verbum pro altero tempore inducat Pupillarem, & pro altero Fideicommissariam, sed quod pro vtroque Fideicommissariam determinet.

Ad hoc tamen facilè respondent alte-
505 rius sententiæ defensores, negando illam parformem determinationem, quando verbum refertur ad tempora diformia, seu in quibus est diuersa ratio, ob mutationem personæ; nam tunc potiùs contraria regula statuenda est, vt verbum debeat determinari, & operari juxta diuersam conditionem personæ in vno, atque alio tempore, *l. Plenum, §. Equitij, ff. de Vsu, & habit. l. Pater Seuerinam, §. Conditionum verba, ff. de Condit. & demonstr.* diuersa enim ratio jus reformat, *l. Interpositas, Cod. de Transaction.* Nec obstat *d. l. Iam hoc jure, cum simil.* nam ibi solùm habetur, quòd quando substitutio facta est reciprocè duobus impuberibus, idest, vni puberi & alteri impuberi, non valet vt Pupillaris respectu impuberis, ne detur inæqualitas, siquidem in altero Pupillaris substitutio locum habere non potest. Est enim hoc speciale in substitutione Reciproca ex necessitate ipsius reciprocationis, quia non operaretur reciprocè, si in persona vnius operaretur aliter, quàm in alia: & sic non potest inde sumi argumentum ad alios casus vbi talis necessitas, vel alia specialis ratio non apparet; vnde placet quod dicit Polit. *in d. rubr. de Compendiosa, n.* 29. & post eum Leon. *in suo tract. de Substitut. in materia Compendiosæ, num.* 395. si institutis duobus impuberibus, scilicet pubere & impubere, facta eis sit substitutio his verbis, *Quandocumque decesserint, substituo Titium*; quòd tunc in persona impuberis valeret vt Pupillaris intra tempus ætatis pupillaris, licèt in persona puberis semper sit Fideicommissaria, quia in tali casu nulla est ratio, cur non debeat induci diuersa substitutio juxta diuersitatem personarum. Oppositum tenet Trentacinq. *d. cap.* 11. *num.* 17. post Corn. quem refert, dicens talem substitutionem etiam in persona impuberis interpretari semper Fideicommissariam, ne admittatur difformitas: quod non probamus.

Ex prædictis sententijs prior est simpliciter præferenda, quia solidius habet 506
fundamentum, estque hodie magis communis: eam verò variè declarant, ampliant, ac limitant citati DD. vt videri potest apud Trentacinq *d. cap.* 11. *à num.* 8. Menoch. *d. præsumpt.* 54. *à numer.* 14. Peregrin. *d. art.* 34. *à num.* 34. & Fusar. *d q.* 241. *à num.* 14. qui alios referunt. In his autem declarationibus, & limitationibus non oportet hoc loco immorari: commodiùs eas trademus *sect.* 6. vbi agendum est de substitutione Compendiosa, in qua prædicta Pupillaris includitur.

Septimus casus est, quando testator 507
ita dixit; *Instituo filium meum Titium, & substituo Caium.* In hoc casu si filius erat impubes continetur tam Vulgaris, quàm Pupillaris, vtraque verbis generalibus expressa. Sic Barth. *in l. Centurio, sub num.* 32. *vers. Secundò oppono, ff. de Vulgari*, & ibi Iaf. *num.* 55. & Ripa, *num.* 149. Castr. *in l. Iam hoc jure, §.* 1. *num.* 5. *ff. eod. & in l. Precibus, num.* 12. *Cod. de Impuber. & alijs substit.* & ibi Dec. *num.* 15. Emman Costa plures referens *in cap. Si pater, 3. p. verb. Pupillares, numer.* 14. *de Testament. in* 6. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *num.* 4. *de Testam.* Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 34. *num.* 8. Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 2. *sub num.* 8. *vers. Et cum Baldi fundamentum.* Fusar. *de Substit. q.* 107. *numer.* 1. & alij; quos citant. Probatur per text. *in d. l. Iam hoc jure, & in l. Quamuis, Cod. de Impuber. & alijs substit.* vbi Reciproca facta his verbis duobus impuberibus; *Instituo Titium, & Caium filios meos, eosque inuicem substituo:* continet Vulgarem & Pupillarem, non quocunque modo, sed verbis generalibus expressas, vt omnes communiter interpretantur, quibus accedit Ordinat. Lusitan. *lib.* 4. *tit.* 87. §. 6. vbi docidit, Pupillarem substitutionem in dicta Reciproca comprehensam non esse tacitam, sed expressam verbis generalibus. Ratio vero est,

quia verbum, *Substituo*, licèt sit commune, tamen quando simpliciter prolatum est, potiùs intelligitur continere substitutionem directam, quàm indirectam, *d. cap. Si pater, de Testament. in 6.* & DD. communiter: ex dictis autem substitutionibus, tam Vulgaris, quàm Pupillaris congruit personæ instituti in præsenti casu: igitur vtraque illo communi verbo ibi comprehenditur, & in generali exprimitur.

508 Ab hac resolutione in fortioribus terminis dissentit. Bald. *in d. l. Precibus, num.* 48. *in fine, Cod. de Impuber. & alijs substit.* vbi scribit, non dici Pupillarem expressam verbis generalibus, licèt testator dixerit; *Filio meo impuberi substituo Sempronium*; quòd expressio impuberis facta sit demonstratiuè, & non dispositiuè. At hæc sententia jam à nobis excluſa est, §. *præced. num.* 459. *& seq.* vbi vide.

Plures casus vltra supra explicatos afferunt Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. de Filio ad filiam, & verb. Pupillares, de Testam. in* 6. Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *per tot.* Menoch. *d. præsumpt.* 34. Prætis, *de Interpret. vlt. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *solut.* 6. *à num.* 68. & Fusar. *tract. de Substitut. q.* 103. *& sequentibus*: eos tamen consultò omitto, quia vel leuioris sunt momenti, & facilè ex prædictis decidi poterunt, vel rarò, aut nunquam in praxi occurrent. Adhuc verò quemdam alium casum *sequenti*, §. adjiciam, qui est satis celebris, & occasionem præbet tradendi aliqua ad præsentem materiam spectantia, quæ alium commodiorem locum non habent. Quæro igitur.

§. 4. *Si testator ita dixit*; Quisquis mihi hęres erit, sit hæres filio meo impuberi: *an ibi contineatur Pupillaris expressa, vel potiùs expressa Vulgaris?*

SUMMRAIUM.

RESOLVITVR contineri in hoc casu expressam Pupillarem, & tacitam Vulgarem; num. 509.

In substitutione facta his verbis; Quisquis mihi hæres erit, sit hæres filio meo, *solùm intelligitur vocatus, qui fuerit hæres ex testamento, seu ex dispositione testatoris: vnde neque pater qui per filium, neque dominus qui per seruum hæres extitit, neque hæres hæredis ex tali substitutione admittuntur; secus autem, qui hæres extiterit ex Vulgari substitutione; num.* 510.

Vtrùm qui fuerit hæres ex Pupillari vni filio facta, admittendus sit etiam ex Pupillari alteri filio prædictis verbis facta? Respondetur affirmatiuè; num. 511. *Sed contra; num.* 512. *Hæc tamen contraria sententia excluditur; num.* 513.

Fideicommissarius, cui hæreditas restituta est, non admittitur ex dicta substitutione, Quisquis mihi hæres &c. *sed admittitur ipse hæres grauatus, neque cogitur emolumentum talis substitutionis restituere fideicommissario; numer.* 514.

Vt is, qui hæres extitit, admittatur ex dicta substitutione, Quisquis mihi hæres, &c. *duo copulatiuè requiruntur; & quòd hæreditatem assecutus sit ex dispositione testatoris, & quòd eam non obtinuerit mediante alio, qui manserit hæres; num.* 515.

Seruus, per quem dominus, & filius, per quem pater hæres extitit, non manet hæres, etiam nomine, quatenus ille dicitur hæres nomine, penes quem remanent directæ actiones; ibid.

Si testator substituit per hæc verba; Si talis decesserit, substituo hæredes meos infra scriptos, *& postea instituit pauperes per aliquem eligendos; an tales pauperes ex illa substitutione admittantur? num.* 516.

509 ALiqui existimarunt contineri in hoc casu expressam Vulgarem; pro qua opinione citatur Azo, *in summa tituli, ff. de Vulgari*, & Dinus *in suo tract. de Substit.* Vera tamen resolutio est, contineri expressam Pupillarem, & taci-

tacitam Vulgarem. Ita Glos. *in l. Qui liberis, §. Hæc verba, ff. de Vulgari,* & ibi Barth. *num.*2. & cęteri scribentes cõmuniter, Jacob. de Reuend. *in l. Precibus,* vbi etiam Cynus *Cod. de Impuber. & alijs substit.* Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.*6. *num.*1. & alij. Ratio est, quia in hoc casu fit substitutio per quam expressè datur hæres filio impuberi: talis autem substitutio est Pupillaris expressa, non verò Vulgaris, cùm per Vulgarem succedatur testatori, & solùm per Pupillarem succedatur pupillo, seu impuberi. Additur autem, ibi contineri Vulgarem tacitam, ex generali regula, quòd in Pupillari expressa tacitè continetur Vulgaris, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.*

510 Circa hunc verò casum inquires, quinam hæres censeatur vocatus in d. substitutione, per illa verba; *Quisquis mihi hæres erit?* Respondetur eum tantùm, qui est hæres ex testamento, seu ex dispositione, & judicio testatoris, vocatum censeri, atque ex tali substitutione admitti. Ita expressè habetur, *in l. Qui liberis, § Hæc verba, ff. de Vulgari,* & ibi Barthol. cæterique scribentes latè declarant. Hinc sequitur, quòd neque pater qui per filium, neque dominus qui per seruum hæres extitit, neque hæres hæredis, ad talem substitutionem admittuntur, vt in eodem textu subjicitur, reddita ratione; quia nõ veniunt ex judicio, seu voluntate testatoris. Sequitur præterea, qui hęres extiterit ex Vulgari substitutione, vocatum censeri per dicta verba; *Quisquis mihi hæres,* &c. vt aduertit Barth. *in d. §. Hæc verba, num.*6. & patet, siquidem is verè est hæres ex testamento, & voluntate testatoris. Vnde si testator instituit plures hæredes, vltra filium impuberem, & huic substituit pupillariter per dicta verba, alijs verò hæredibus substituit vulgariter Sempronium, in tali casu, si ille impubes decedat in pupillari ætate, & alij hæreditatem repudient, Sempronius qui loco istorum fuerit hæres ex Vulgari, succedet impuberi ex Pupillari.

511 Dubium verò est, vtrùm etiam qui fuerit hæres ex Pupillari substitutione admittendus sit ex substitutione prædictis verbis factâ? Casus est, quando testator habens, v.c. duos filios impuberes, vni substituit pupillariter Caium, alteri verò substituit per dicta verba; *Quisquis mihi hæres erit,* &c. & mortuo primo in pupillari ætate ei successit Caius ex substitutione; post à vero decessit secundus, etiam ante pubertatem, & dubitatur: Vtrùm idem Caius ei etiam debeat succedere, ex vi substitutionis prædictis verbis factæ? Et ratio dubitandi pro parte negatiua est, quia iste pupillaris substitutus non est immediatus hæres testatoris, sed est hæres hæredis immediati, nempe illius primi pupilli qui patri fuit hæres, & in pupillari ætate priùs decessit: constat autem, quòd hęres hæredis non venit in dicta substitutione; *Quisquis mihi hæres erit,* &c. *d. §. Hæc verba.* Nihilominus tamen partem affirmatiuam tenet Barth. *in d. §. Hæc verba, num.* 1. & ibi Salicet. Cuman. Paul. Castr. Alex. & alij, & Trentacinq. *de Substitution. p.*2. *cap.*6. *sub numer.* 4. *vers. Ex prædictis.* Fundamentum sumitur tum *ex d. §. Hæc verba,* vbi non excluditur, qui est hæres hæredis ex judicio testatoris, vt patet ex text. ibi: *Quia non ex judicio veniunt*: substitutus autem pupillaris est hæres hęredis ex judicio, & dispositione testatoris, qui eum filio impuberi substituit, vt esset ejus hæres. Tum *ex l. Patrisfamil. in princip. ff. de Vulgari,* vbi est casus penè expressus, & concludens à fortiori, vt benè expendit Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 3. Tum denique ex ratione; quia talis substitutus cùm sit hæres hæredis ex judicio testatoris, habet affectionem ipsius testatoris, qui proinde præsumitur voluisse, vt ille admitteretur ex dicta substitutione acsi esset hęres immediatè institutus.

In contrarium tamen stant Joan. de 512
Imola, & Aret. *in d. §. Hæc verba,* qui pręcipuè mouentur hoc argumento; nam si sufficit esse hæredem hæredis ex judicio texatoris ad hoc vt substitutus pupillaris, qui extitit hæres pupilli, admittatur ex dicta substitutione, *Quisquis mihi hæres,* &c. sequeretur quod etiam admitte-

retur

retur dominus, qui extitisset hæres ex persona serui, & pater qui ex persona filij: consequens autem est falsum, vtpote contra textum expressum *in d. §. Hæc verba*, ergo etiam falsum est antecedens. Sequela probatur, quia seruus, ex cujus persona dominus fieret hæres, censetur institutus contemplatione domini, nisi de oppositio constet, *l. Filiofamil. ff. de Cõdit. & demonstr. l. penult. Cod. de Iure deliber.* vbi Barth. Bald. Ias. & alij: quod similiter procedit in filio respectu patris, stando in jure antiquo Digestorum, ex quo filius nihil sibi poterat acquirere, sed totum acquirebat patri, quemadmodum seruus domino: is autem, cujus contemplatione alter [est institutus, fit hæres ex judicio, & voluntate instituentis, ut patet: ergo si ex dicta substitutione admittitur pupillaris substitutus ex eo, quòd sit hæres mediatus ex judicio testatoris, admitti etiam debet dominus, qui ex persona serui hæres extitit, & similiter pater, qui ex persona filij hæreditatem acquisiuisset.

513 Sanè hoc argumentum videtur concludens: sed tamen non cogit à priori sententia recedere: respondetur enim esse diuersam rationem in nostro casu, quia pupillaris substitutus fit hæres ex dispositione testatoris, & est ab illo honoratus: dominus autem, & pater veniunt ex dispositione legis, & non est illis habitus honor à testatore, quanuis relictum eis acquiratur: in præsenti autem, & similibus casibus, non attenditur, qui acquirit, sed qui honoratur, vt per text. *in d. l. 3 ff. de Leg. præst.* ibi: *Nec enim quærimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit.*

514 Dubitatur præterea, vtrùm fideicommissarius, cui hæreditas restituta est, admittatur ex dicta substitutione, *Quisquis mihi hæres*, &c. Respondetur negatiuè, cum Alex. & alijs *in d. §. Hæc verba*; quod etiam tenent Socin. *in l. Qui hæredi, §. 1. ff. de Condit. & demonstr.* & Trentacinq. *de Subst. p. 2. cap. 6. ante num. 5. vers. Tertius & vltimus.* Probatur per text. *in d. §. 1.* vbi quando testator loquitur de hærede, disponendo quòd aliquid ei detur, intelligitur de hærede directo, & non impletur in fideicommissario, nec ei restituendum est, cũ non sit hæreditarium. Dices non apparere diuersam rationem, cur is qui succedit in hæreditate testatoris per substitutionem directam Vulgarem, aut Pupillarem, venire debeat in dicta substitutione, *Quisquis mihi hæres*, & non etiam qui succesit per Fideicommissariam, cùm iste etiam veniat ex judicio testatoris. Respondetur diuersam rationem esse, quia hæres, qui restituit fideicommissario, adhuc manet hæres, *§. Restituta, Inst. de Fideicommiss. hæredit. l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* & pro rata Trebellianicæ, quam detrahit, subit onera hæreditaria, *l. 1. & 2. Cod. Ad Trebel.* & ideo verificantur illa verba, *Quisquis mihi hæres*, nec cogitur restituere fideicommissario emolumentum talis substitutionis, vt probat text. *in d. §. 1.* Hæc autem ratio cessat in substituto vulgari, & pupillari; siquidem institutus, in cujus locũm succesit substitutus vulgaris, nunquam extitit hæres, & pupillus, cui succesit substitutus pupillaris, non solùm non remansit hæres, sed nec mansit in rerum natura.

515 Hinc colliges, vt is, ad quem hæreditas testatoris peruenit, admittatur ex dicta substitutione, *Quisquis mihi hæres*, duo copulatiuè necessaria esse, & quòd hæreditatem assecutus sit ex dispositione testatoris, & quòd non obtinuerit illam mediante alio qui remanserit hæres: necessitas hujus secundæ conditionis constat ex proximè dictis, siquidem fideicommissarius ob solum ejus defectum non admittitur: necessitas autem primæ colligitur ex dictis circa dominum & patrẽ, qui mediante seruo, & filio hæreditatem assecuti sunt: siquidem à dicta substitutione excluduntur, non quod seruus, aut filius remanserit hæres: (constat namque neutrum manere hæredem, etiam nomine, quatenus ille dicitur hæres nomine, apud quem remanent directæ actiones; quia has etiam non sibi, sed domino, vel patri acquirunt, vt latè probat ac declarat

rat Barth. *in l. Cum filiofamil. num. 4. ff. de Vulgari*, Loquor quãtum ad filium secundũm jus antiquum, nam aliud est hodie,) sed quia neque dominus neque pater illam hæreditatem obtinent ex dispositione testatoris, sed legis.

Dubitat etiam in præsenti materia
516 Barth *in d.l. Qui liberis, §. Hæc verba, num. 7. ff. de Vulgari*, si testator substituit per hæc verba; *Si talis deceßerit, substituo hæredes meos infra scriptos*, & postea in testamento instituit pauperes eligendos, & nominandos per aliquem; vtrùm illi pauperes admittantur ex tali substitutione? Et pro responsione aduertit, infra scriptos dici illos, qui possunt legi, non qui possunt intelligi, vt probatur *in l. 1. circa princip. ff. de His quæ in testam. del.* pauperes autem electos non posse legi, licèt ex testamento comprehendantur. Hoc supposito, respondet, si ille testator nullos fecit hæredes, quos nominatim scripserit, institutos, vel substitutos, tunc de necessitate debere intelligi de his pauperibus, siquidem cùm alij non sint scripti, constat testatorem de his sensisse, *l. 2 ff. de Liber. & posth.* ad quod etiam facit text. *in l. Pediculis, §. Item cum quæreretur, ff. de Auro, & arg. leg.* Si verò alios hæredes nominatim scripsit in testamento, ad illos referri illam substitutionem, quia verè sunt infra scripti, & in dubio debemus stare propriæ significationi, *l. Non aliter, ff. de Leg. 3. & l. 1. §. Si is qui nauem, ff. de Exercit.* Cæterùm quando substitutio facta esset per illa verba, *Quisquis mihi hæres erit*, vel, *Eos quos hæredes mihi instituí*, vel per similia verba, addit idem Barth. quòd tunc venirent pauperes sic electi, quia veniunt ex judicio testatoris: idq; probatur *in l. Vnum ex familia, ff. de Leg. 2.*

(:)

§. 5. *Cui possit fieri Pupillaris substitutio? Vbi de octo vulgatis requisitis, quæ ad hanc substitutionem postulantur, & maiori ex parte respiciunt personam, cui substituitur.*

SUMMARIUM.

PRimum requisitum ad Pupillarem substitutionem est, vt is, cui substituitur, sit de liberis testatoris; & in primis potest hæc substitutio fieri filijs naturalibus legitimis: idemque est de alijs descendentibus: & habet locũ tam in jam natis, quàm nascituris; numer. 517.

Fieri etiam potest Pupillaris substitutio filijs legitimis non naturalibus, si tales sint per arrogationem, vel adoptionem perfectam, & quæ adoptio sit perfecta? num. 518. & seqq.

Arrogator non potest substituere pupillariter arrogato, nisi tantùm in bonis, quæ ad eum peruenerunt ex ipso arrogatore, vel contemplatione illius: & quomodo id sit intelligendum? numer. 519.

Filijs naturalibus non legitimis non potest substitui pupillariter, nisi sint legitimati; & sufficiet legitimatio etiam post mortem patris obtenta; num. 511.

Secundum requisitum est, vt ille cui fit substitutio, sit impubes. An etiam minori 25. annis pupillariter substitui possit, vbi fuerit statutum, quòd tales minores testari non possint? Respondetur negatiuè. Vtrum saltem eis possit substitui exemplariter? Affirmatiuè; num. 522.

Tertium requisitum est, vt impubes, cui substituitur, sit in potestate substituentis; num. 523.

Licèt impuberi emãcipato non possit fieri Pupillaris substitutio; at pro ea supplenda, potest omitti ejus institutio, & hæreditas per fideicommissum ei relinqui

qui in tempus pubertatis: quod importabit tantundem; quantum Pupillaris substitutio. Et quomodo tale fideicommissum securè fieri possit? ibid.

Vtrum ad Pupillarem substitutionem requiratur, vt impubes sit in potestate, quando conficitur testamentum; vel sufficiat, quando testator moritur? Prima sententia est, hoc secundum sufficere; num. 524. & seq. Secunda est, requiri etiam primum: ejusque fundamenta proponuntur, & soluuntur; numer. 526. & seqq. Prima sententia præfertur; num. 529. fine.

Patria potestas etiam hodie necessaria est, vt pater possit substituere pupillariter; num. 530.

Mater non potest substituere pupillariter etiam spectato jure nouo Authent. Et quid, vbi fuerit statutum, quòd mater filios habeat in potestate? num. 531.

Quartum requisitum est, vt impubes, cui substituitur, efficiatur sui juris per mortem testatoris, ita vt non sit recasurus in potestatem alterius; num. 532. Contrarium tenent aliqui, & quo fundamento? num. 533. & seq. Sustinetur, & declaratur legitimus sensus primæ sententiæ; num. 535. Limitatur autem hæc sententia in milite; numer. 536.

SEquitur in ordine vt dicamus de persona, cui pupillariter substitui potest. Cui quæstioni satisfaciemus, tradendo octo vulgata requisita ad Pupillarem substitutionem, quo ex numero sex respiciunt ac determinant personam, cui illa fieri potest.

517 Primum itaque requisitum est, vt ille cui fit Pupillaris substitutio sit de liberis testatoris, *l. 2. ff. de Vulg.* Cum autem liberi in multiplici sint differentia, siquidem quidam sunt filij naturales, aut non legitimi, opus est vt in particulari declaremus, quibus filijs possit fieri Pupillaris substitutio? In primis ergo certum, & notissimum est, hanc substitutionem posse fieri filijs naturalibus legitimis. Quod intelligitur, & habet locum tam in filijs, seu liberis primi gradus, quàm vlterioris, vt in nepotibus, pronepotibus &c. & tam in jam natis, quàm nascituris, vt probatur *in d. l. 2.* vbi Barth. *num. 3* & cæteri omnes.

Certum est etiam, posse dictam subs- 518
titutionem fieri filijs legitimis non naturalibus, si tales sint per arrogationem, vel per adoptionem perfectam. Per leges namque introductum ac receptum est, vt qui naturaliter non est pater, neque filius, talis tamen moraliter fieri possit arrogatione, vel adoptione. Pater arrogatione efficitur ille, cui aliquis sui juris se in filium, seu in locum filij tradit, transeundo in ejus potestatem, & talis filius dicitur arrogatus, seu filius per arrogationem. Pater adoptione, seu adoptiuus, est ille, qui alienum filium patriam potestatem non egressum sibi in filium, seu loco filij accepit: & talis filius dicitur propriè adoptiuus: dico propriè, quia etiam arrogatus appellari solet adoptiuus, sed minus propriè. Duplex autem est adoptio: quædam perfecta, quædam imperfecta. Nam vel pater filiumfamil. tradit personæ extraneæ in adoptionem; & hodie talis adoptio est imperfecta; quia per eam non transit adoptatus in potestatem adoptantis, vel illum tradit alicui ascendenti masculo sub cujus potestate ipse pater non est, vt auo materno, vel si pater est emancipatus, etiam paterno: & hæc adoptio est perfecta, quia per eam transit adoptatus in potestatem, & familiam adoptantis. Quæ omnia constant per text. *in §. 1. & 2. Inst. de Adoption. & in l. Cum in adoptiuis, Cod. eod. tit.* 519

Ergo quòd filio arrogato possit arrogator substituere pupillariter, si concurrant alia requisita, constat per text expressum *in l. Si arrogator, ff. de Adoption. & in l. Sed si plures, §. In arrogato, ff. de Vulgari, & in d. l. 2. in princip. vers. Sed & si extraneum* vbi Barth. *num. 3.* & omnes, *ff. eod.* Hìc tamen aduerte non eodem modo posse arrogatorem substituere pupillariter arrogato, atque potest pater filio legitimo naturali, nam pater potest substituere tali filio in omnibus ejus

bonis,

bonis, vndecumq; ad illum peruenerint, §. *Non solùm, Inst. de Pupillari:* arrogator autem solùm potest substituere arrogato in bonis, quæ ad eum peruenerunt ex ipso arrogatore, aut contemplatione illius, *d §. In arrogato*; plus enim juris dandum fuit patri naturali & legitimo, quàm legitimo tantùm. Aduerte vlteriùs, fortè non posse arrogatorem substituere pupillariter suo arrogato, nisi tantùm quoad legitimam, seu quartam quam illi debuit relinquere, ex rescripto Diui Pij: vt expressè videtur decisum *in d.l. Si arrogator*, ibi: *Nisi fortè ad quartam solam, ff. de Adopt.* Nihilominus tamen tenendum est, non solùm quoad illam quartam, sed etiam quoad cætera bona, quæ ab arrogatore, vel contemplatione illius, ad arrogatum peruenerunt substitutionem admitti. Ita enim expressè habetur *in d. §. In arrogato*, & sic tenet Glos. *in d.l. Si arrogator, verb. Quartam solam.* Nec reverà huic resolutioni refragatur textus *in d. l. Si arrogator*, si bene inspiciatur, nam loquitur in casu, quo ab arrogatore nihil ad arrogatum peruenit, præter solam quartam, quam ei negare non potuit: & in tali casu verissimum est, substitutionẽ Pupillarẽ illi factam ab ipso arrogatore, solùm extendi ad illã quartã.

Deinde, quòd etiam à patre adoptiuo
520 possit fieri Pupillaris substitutio impuberi adoptato adoptione perfecta, omnes habent pro comperto ex proximè dictis de arrogato; à quo taliter adoptatus reipsa non differt: cùm vterque transeat in potestatem, & familiam ejus, cui in filium traditur, pariquemodo illi subjectus est. Secus dicendum in filijs adoptiuis adoptione imperfecta, per quam adoptatus non transit in potestatem adoptantis: his enim non potest pater adoptiuus pupillariter substituere; quia vnum ex requisitis ad talem substitutionem est, vt is, qui substituitur, sit in potestate testatoris substituentis, vt infra videndum est. Et ita docent Barthol. *in d. l. 2. num. 3 ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *numer.* 16. & cæteri communiter, *& in suis tractatibus de Substit. in materia Pupillaris* Barth. de Huc. *num.* 2. Polit. *num.* 22. Zasius *num.* 7. Leonius *num.* 74. Trentacinq. *p.* 2. *cap.* 7. *post med.* & cum alijs Fusar. *q.* 118. *numer.* 6. vtrùm verò ad hujusmodi substitutionem requiratur, vt adoptio, qua impubes transiuit, in potestatem adoptantis, facta fuerit ante testamentum pendet ex infra dicendis in tertio requisito.

Quod attinet ad filios naturales non 521
legitimos, certò etiam constat non posse patrem eis substituere pupillariter, cùm non sint in ejus potestate, *Inst. de Patria potest. in princip. §. fin. Inst. de Nuptijs, & l. Lucius, in princip.* juncta Glos. *ibi, verb. Naturalem, ff. de Vulgari*, & ita Barthol. *in d. l. 2. num. 3 ff. eod.* cæterique omnes. Id verò intelligè nisi tales filij sint legitimati: nam filijs legitimatis potest pater pupillariter substituere, vt notant Barth. *in d. l. 2. num.* 10. Bald. *in suo tract. de Substit. in materia Pupillaris, num.* 8 Polit. & Zas. *locis proximè cit.* Leon. vbi sup. *num.* 67. cæterique communiter. Quæ resolutio ampliatur, vt admittatur substitutio, quanuis legitimatio esset facta post testamentum patris, imò & post ejus mortem. Sic Barth. *in d. l. 2. n.* 10. & ibi Angel. Imola, Alex. *n.* 17. Jas. *n.* 20. Socin. sen. *n.* 58. vbi testatur de cõmuni, Ripa *n.* 27. & Alciat. *n.* 20. vbi dicit esse communẽ, & cum multis alijs Trentac. *de Subst. p.* 2. *cap.* 9. *num.* 3. & Fusar. *ae Substit. q.* 118. *num.* 10. quia legitimatus dicitur restitutus primis natalibus, *§. Illud, & §. Bella, Auth. Quibus modis naturales effician. sui*, ac proinde censetur, tanquam si fuisset legitimè natus; & cùm tale beneficium concedatur per restitutionem, retrotrahitur; efficitque vt filius habeatur quasi semper fuisset legitimus, *l. fin. ff. de Nat. restit.* Vtrùm verò id procedat, quãdo pater substituit pupillariter filio legitimato, cujus legitimatio tunc erat nulla, & post mortem patris confirmata est? Negant plerique, vt videre est apud Trentac. *d. c.* 9. *sub n.* 4. vbi plures refert, & latè hanc sententiam tanquam veriorem tuetur. Contrarium tamen tenet Ripa *in d. l. 2. n.* 27. idq; mihi videtur probabilius; quia non debet præsumi, quòd

testator voluit facere actum inutilem, *l.* 3. *ff. de Milit. testam.* & sic in casu præsenti censeri debet, quòd pater absolutè voluit, vt substitutio à se facta sustineretur, quoquo modo filius esset illius capax, siue ratione legitimationis jam obtentæ, siue postea obtinendæ, seu confirmandæ, si illa prior non esset sufficiens; neque enim aliud rationabiliter cogitari potest de mente, & intentione patris qui filio voluit prouidere.

522 Secundum requisitum est, vt ille, cui pupillariter substituitur, sit impubes, id-est, quòd non expleuerit ætatem 14. annorum si sit masculus, vel 12. annorum si fœmina. Ita DD. omnes per text. *in d. l. 2. in princip. ff. de Vulgari*, vbi Barthol. *num.* 2. & 5. & cæteri scribentes. Si alicubi fuerit Statutum, quo non solùm impuberes, sed etiam minores 25 annis, testari prohibeantur, dubitant DD. an in tali loco possit pater substituere pupillariter filio puberi infra 25. annum decedenti? In qua quæstione, missâ controuersiâ, quam citatis hinc inde Doctoribus, latè texit Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 8. tenenda est resolutio negatiua, quam tuetur Barthol. *d. num.* 5. multique alij quos refert & sequitur Trentacinq. *cit.* dicens, hanc esse communem & receptam scribentium sententiam: vtrùm verò possit tali puberi exemplariter substitui? Affirmant plerique ea ratione, quia illud Statutum, dum prohibet illum puberem ne testari possit, inducit quamdam bonorum interdictionem specialem, arg. *l. Ex Castrensi, circa princip. ff. de Castr. pecul.* Et ideo sicut prodigo, cui bonis interdictum est, potest fieri substitutio exemplaris, vt tenet Barth. *in l. Ex facto, ff. de Vulgari*, estque communis sententia, ita etiam illi puberi potest fieri.

523 Tertium requisitum est, vt ille impubes sit in potestate testatoris, qui ei substituit. Constat per *d. l.* 2. *in princip.* ibi, *Si sint in potestate, ff. de Vulgari*, & sic tenent communiter DD. Hinc fit, vt impuberi emancipato non possit pater pupillariter substituere, quamquam pro tali substitutione supplenda possit ejus institutio omitti, & hæreditas per fideicommissum ei relinqui in tempus pubertatis: quod importabit tantundem quantum Pupillaris substitutio. Sic habetur *in l. Cum ex filio, in princip. ff. de Vulgari*, vbi latè id declarat Barthol. rectè aduertens, hanc legem nõ esse correctam per jura Codicis, quæ statuunt, vt filius necessario instituatur, neque fortè per Auth. *Vt cum, de Appellatione*, vbi vetatur filium exhæredari, nisi ex certis causis ingratitudinis; cùm per hæc jura non videatur excludi præteritio ex justa causa prouisionis ipsi filio fauorabilis, prout latiùs idem Barth. ex jure, & DD. ibidem confirmat; qui tandem ad vitanda dubia hoc dat consilium ad illud fideicommissum securè faciendum: vt nimirum pater illum filium emancipatum instituat in quinque solidis, & residuum ei leget in tempus pubertatis; tunc enim, inquit, non poterit talis filius testamentum dicere nullum, cùm sit institutus, neque poterit agere ad supplementum, quia jus agendi ad supplementum succedit loco querelæ; quæ hic locum non habet, cùm ei magis sit prouisum per æquipollens Pupillari substitutioni, quæ illi fieri non potest. Cæterùm de his alibi ex professo agendum est.

Quod verò ad præfatum requisitum 524 attinet, dubitatur primò, vtrùm ad Pupillarem substitutionem requiratur, vt impubes sit in potestate, quando conficitur testamentum; an sufficiat quando testator moritur? Prima sententia est, sufficere hoc secundum. Hanc tenent Glos. *in d. l.* 2. *verb Filio præcedente*, & ibi Barthol. *numer.* 8. Alex. *numer.* 7. & 10. Ripa, *numer.* 25. Socin. sen. *numer.* 46. Bald. Angel. Salicet. Aretin. & alij, Imola *in cap. Rainutius, numer.* 93. *de Testament.* Salic. *in l. Si testamento, quæst.* 9. *Cod. de Testament. milit.* Bald. *in l. Humanitatis, vers. Nonò est similitudo, Cod. de Impuber. & aliis substitut.* Leon. *tract. de Substitut. in materia Pupillaris, numer.* 131. vbi dicit se putare hanc communem opinionem esse juridicam, & certissimam, quod repetit

num.

numer. 134. *fine.* Bald. *in suo etiam tract. de Substitut. in rubr. de Pupillari, num.* 8. Barthol. de Hucio *de Substit. cap.* 2. *numer.* 4. Emman. Costa *in cap. Si pater, verb. Habens, sub num.* 6. *vers. Quamquam autem,* Fumeus *tract. de Substit. num.* 44. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 9. *num.* 2. vbi alios refert, testaturque hanc esse communem, & receptam scribentium sententiam; quod alij quoque permulti, etiam ex Aduersarijs, fatentur.

525 Probatur primò hæc sententia per tex. *in d. l.* 2. *in princip. vers. Sed & si extraneum, ff. de Vulgari,* vbi sic habetur. *Si extraneum quis impuberem hæredem scripserit, poterit ei substituere,* (scilicet pupillariter) *si modo eum in locum nepotis adoptauerit, vel arrogauerit, filio præmoriente.* Quæ verba licèt facilè ab Aduersarijs declinentur, asserendo rectè posse intelligi de substitutione facienda postquam impubes jam per adoptionem, vel arrogationem fuerit sub potestate testatoris; nam reverà facilè hunc sensum admittunt: tamen facilior & receptior sensus est, quod testator possit tali impuberi substituere in euentum, quo illum postea habeat in potestate per adoptionem, vel arrogationem; siquidem verba illa, *Si eum adoptauerit, vel arogauerit,* sunt de futuro, & sic indicant, fatis esse futuram adoptionem, ad hoc vt substitutio antea facta sustineatur: alioquì potiùs diceretur de præterito, *Si modo eum adoptauit,* &c. Sed cùm prædictus textus non valde vrgeat, ideo probatur secundò, & meliùs eadem sententia per text. *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari,* ibi: *Cum filiæ, vel nepoti, qui locum filij tenuit:* (scilicet tempore testament, vt Glos. ibidem exponit) *aut post testamentum cæpit tenere, parens substituit si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio Pupillaris fit irrita.* Quibus verbis manifestè suppomitur, impuberi, qui post testamentum cæpit habere requisita ad Pupillaren substitutionem, validè posse talem substitutionem fieri, si mortis quoque tempore (scilicet testatoris) ipsa requisita habeat, permanendo adhuc in familia & potestate testatoris. Tertiò denique probatur, quia Pupillaris substitutio est veluti pars integralis non necessaria testamenti paterni, ad eum modum quo legata dicuntur partes testamenti: constat autem, quòd vt legata valeant, satis est quòd tempore mortis testatoris dentur omnia requisita ad eorum valorem, vt contra regulam Catonianam probatur *in l.* 1. *vers. Item si ff. de Regul. Caton.* ergo idem dicendum in Pupillari substitutione.

Secunda sententia est, requiri quòd 526
etiam tempore testamenti impubes sit in potestate testatoris, ad hoc vt Pupillaris substitutio sit valida. Ita Glosia magna *in d. §. Cum filiæ,* Iason *in d. l.* 2. *numer.* 17. *ff. de Vulgari,* & ibi Castr. Imola, Cuman. Socin. jun. *numer.* 47. *&* 52. & alij, Angel. Aret. *Inst. de Pupillari, in princip. col.* 2. Polit. *tract. de Substitut. tit. de Pupillari, numer.* 31. *& seqq.* Zasius *tract. etiam de Substitut. cap.* 2. *numer.* 14. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 5. *numer.* 2. *de Testament.* Menchaca *de Success. creat. lib.* 3. *§.* 21. *sub numer.* 265. *vers. Et hæc posterior,* & alij, quos pæcitati referunt: affirmatque Couar. omnes fere juniores huic sententiæ accessisse, licèt contraria olim fuerit receptissima. Mouentur potisimè his fundamentis.

Primò ex text. *in l. Si alienum, §. In extraneis, ff. de Hæred. instit. & in §. In hæredibus, Instit. de Hæred. qualit. & differ.* vbi requiritur habilitas hæredis tribus temporibus, scilicet, conditi testamenti, mortis testatoris, & aditionis hæreditatis, ad hoc vt testamentum consistat. Ergo etiam vt Pupillaris substitutio sustineatur, opus erit vt institutus, non solùm tempore mortis testatoris, sed etiam tempore conditi testamenti sit capax, seu habeat omnia requisita ad talem substitutionem. Hoc tamen fundamentum non vrget; quia illi textus loquuntur de capacitate hæredis, ad hoc vt possit institui, & capere ex testamento: non verò loquuntur

de capacitate, vt posit habere substitutum pupillarem, quæ capacitas est longè diuersæ rationis, cùm non sit ad accipiendum, sed potiùs ad dimittendum, & dandum locum alteri; & propterea non mirum quòd sufficiat, eam adesse tempore mortis testatoris, vt probant textus pro prima sententia adducti.

527 Secundò ex illa regula, Quod ab initio non valet tractu temporis non conualescit, *l. Quòd ab initio, ff. de Reg. jur.* sed Pupillaris substitutio facta impuberi, qui tempore testamenti non est in potestate substituentis, non valet ab initio: ergo non conualescit postea, licèt ille impubes tempore mortis ipsius substituentis in ejus potestate reperiatur. Verùm hoc etiam fundamentum facilè soluitur, quia illa regula procedit, quando nihil præter cursum temporis superuenit: non verò, si superueniat aliquid, ex quo actus possit conualescere, vt probat *l. Qui soluendo, ff. de Hæred. instit. & l. Posthumus, & l. Filio, ff. de Injusto rupto,, cum simil.* In præsenti autem superuenit habilitas tempore mortis testatoris. Responderi etiam potest, & fortè meliùs, dictam substitutionem etiam à principio valere sub conditione, si impubes postea veniat in potestatem testatoris: ad eum modum quo ab initio valet donatio rei, quam donans nondum habet, sed sperat habere: vt quando quis donat bona futura.

528 Tertiò, quia Pupillaris substitutio perit, si institutus, cui est facta, exierit à potestate testatoris, *d. l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari:* ergo à fortiori non poterit fieri ei, qui non est in potestate testatoris tempore testamenti; cùm facilius productio impediatur, quàm postquam semel producta est, tollatur, *l. Patre furioso, ff. de His, qui sunt sui, vel alieni jur.* Vnde etiam in rebus physicis probant Philosophi, plus requiri ad rei productionem, quàm ad conseruationem. Ad hoc etiam respondetur facilè, Pupillarem substitutionem in legitimo testamento factam non reddi simpliciter irritam in omne tempus futurum, ex eo quòd institutus exeat de potestate testatoris, sed pendere à futuro euentu; & plenam vim sortiri, si institutus tempore mortis testatoris in ejus potestate reperiatur, vt tenet communis sententia, de qua infra in quinto requisito: & hoc ipsum dicimus de substitutione facta ei, qui tempore testamenti non erat in potestate.

529 Quarto denique, quia quòd institutus sit in potestate testatoris, requiritur tanquam forma ad Pupillarem substitutionem: vt videtur probare text. *in d.l. 2. in princip. ff. de Vulgari.* Quæ autem requiruntur pro forma debent interuenire quando fit actus, *l. 1. §. Si quis ita, ff. de Verb. oblig. l. Hæredes, palam, in princip. ff. de Testament.* Respondet ad hoc Trentacinq. negando, patriam potestatem requiri pro forma Pupillaris substitutionis; cùm talis potestas requiratur, vt potentia ad illam substitutionem faciendam, & non vt forma illius. Quòd si objicias non minùs necessarium esse dari potentiam, quando fit actus, quàm formam tunc interuenre; & sic non vitari vim argumenti Respondet, tunc oportere quòd potentia existat, ad hoc vt fiat actus, quando potentia est causa essendi, non autem quando solùm est causa ordinandi, vt in præsenti: quam distinctionem desumpsit ex Baldo *in l. Humanitatis, sub numer.* 34. *vers. Nonì est similitudo, Cod. de Impuber. & his substitut.* Eamque ego declaro, & confirmo exemplo donationis factæ de re, quam donans non habet, sed postea habiturus est, nam dominium tais rei, quod ille nondum habet, sed sperat habere, est totum jus & potestas, ex qua illam donare potest, vt constat; & tamen non præcedit ipsam donationem, sed multò post aduenit, idq; sufficit; quia non est causa essendi, seu existendi talis actus, sed solùm est causa illũ faciendi; & non repugnat quòd anticipatò fit, habiturus effectum quando dominium ad donantem peruenerit, & sic optimè vitatur vis argumenti.

Igitur

Igitur cùm tam hoc, quàm cætera fundamenta prædictæ secundæ sententiæ facilè dissoluantur, non est recedendum à prima, quæ solidioribus nititur fundamentis, multùmque auctoritate, & antiquitate antecellit.

530. Dubitatur secundò, vtrùm prædictum requisitum sit hodie necessarium, cùm per nouum jus Authenticorum sublata fuerit differentia emancipationis, & patriæ potestatis; vt §. *Nullam, Auth. de Hæred. abintest. venient?* At citra controuersiam respondendum est affirmatiuè, cum Barthol. *in d. l. 2. in princip. numer. 7. de Vulgari*, qui dicit, ita docere omnes, & cum Nicol. de Neapoli Alex. Socin. Jas. & Ripa ibid. Guil. de Cun. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Bald. *cons.* 129. *lib.* 2. Leon. *tract. de Substitut. in materia Pupillaris, numer.* 148. Trentacinq. *de Substitut. p.* 2. *cap.* 10. *numer.* 1. cæterisque omnibus, quia emancipationis, & patriæ potestatis differentia solùm fuit sublata quoad successionem ab intestato, vt scilicet tam ab intestato succedat non existens in potestate, quàm existens, vt est communis sententia, quam tenent Glos. Barth. & omnes *in l. Gallus, §. Et quid si tantùm, ff. de Liber. & posth. & in Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter. & in l. Si emancipati, Cod. de Collat.*

531 Hinc colligitur, matrem non posse substituere pupillariter filio, etiam spectato d. jure nouo Authenticorum; cùm per illud necessitas patriæ potestatis, ad ita substituendum requisitæ sublata non sit, mater autem illâ careat. Vbi autem esset Statutum, quòd mater filios habeat in potestate; controuertunt DD. an ex vi talis Statuti possit mater illis pupillariter substituere? Quam controuersiam, multis in vtramque partem citatis DD. & adductis fundamentis, texit Trentacinq. *dict. cap.* 10. *numer.* 2. & 3. & videri etiam pro illa potest Fusar. *de Substitut. quæst.* 118. *numer.* 28. & *sequentib.* Qui duo Auctores partem affirmatiuam sequuntur, cui Fusarius vnam vel alteram limitationem adhibet. Eos consule, si placet; illam ego omittendam censui, quia fortè nullibi tale Statutum extat.

Quartum requisitum est, vt impubes, cui substituitur, efficiatur sui juris per mortem testatoris, ita vt non sit recasurus in potestatem alterius, vt si auus velit substituere pupillariter nepoti, quem habet in potestate, opus est vt talis nepos non sit recasurus in potestatem patris, per mortem ipsius aui. Ita communis sententia per text. *in dict. l. 2. in princip.* ibi: *Nepotibus etiam possumus, & deinceps, si qui recasuri non sunt in patris potestatem, ff. de Vulgari*, vbi Barthol. *numer.* 12. Angel. Salic. Imola Alex. Jas. Socin. sen. Ripa, Alciat, & alij, Salic. *in l. Si testamento, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Imola *in cap. Raynutius, de Testam.* Barthol. de Hucio *tract. de Substitut. in materia Pupillaris, numer.* 5. Bald. *tract. de Substitut. rubr. de Pupill. numer.* 2. & 10. Zasius *in suo etiam tract. de Substitut. cap.* 2. *numer.* 15. Leon. *in tract. de Substitut. in materia Pupillaris, numer.* 149. & cæteri ferè omnes. Ratio est, quia impubes, qui per mortem testatoris recidit in potestatem alterius, hoc ipso quòd in tali potestate reperitur, est intestabilis, neque posset testari, quanuis esset maior, aut pubes, *l. Qui in potestate, ff. de Testament. l. Tam is, ff. de Donat. caus. mor. cum simil.* Pupillaris autem substitutio, cùm sit aut censeatur testamentum filij impuberis, cujus loco pater testatur, supplendo tantùm defectum ætatis, ob quem ille testari non potest, locum non habet, si ille alia ratione sit intestabilis, quàm ob ætatis defectum: nam fictio ad id tantùm porrigitur, ad quod potest porrigi veritas, *l. Qui ad certum, ff. Loc. & l. Si pater, in fine, ff. de Adoption.* Vnde cùm ille filius etiam secluso ætatis defectu, verè & per se testari non posset existendo sub patria potestate, necesse est vt neque fictè per suum patrem testari possit. Et hinc notant bene Barthol. *dict. numer.* 532

mer. 12. Bald. *dict. rubr. de Pupillari, num.* 10. & alij, quod vniuersim loquendo Pupillaris substituto fieri non potest pupillo, qui alia ratione, quàm ob defectum ætatis, testari non potest.

533 Non desunt autem qui putent, etiam recasuro in potestatem alterius posse fieri Pupillarem substitutionem. Ita sentiunt Aret. *in d. l. 2. ff. de Vulgari*, Menchac. *de Succeß. progreß. lib. 2 §. 14. num. 87. & seqq.* & Trentacinq. *ae Subst. p. 2. cap. 11. num. 2.* per text. *in d. l. 2. in princ.* vbi sic habetur: *Nepotibus etiam possumus, & deinceps*, (scilicet pupillariter substituere) *si qui recasuri non sunt in patris potestatem: sed si eos patres præcedant, ita demum substitui eis potest, si hæredes instituti sint, vel exhæredati:* quibus verbis fit distinctio inter nepotes, qui tempore testamenti non præceduntur à patribus, (vt cùm eorum patres sunt emancipati ipsis nepotibus in potestate retentis) & nepotes qui à patribus præceduntur, idest, quorum patres tempore testamenti primum locum habent in Suitate, ratione cujus necessariò debent instituí: ac de nepotibus hujus secundi generis dicitur, ita demum illis posse pupillariter substitui, si hæredes instituti sint, vel exhæredati: vbi satis apertè admittitur, quòd Pupillaris substitutio potest fieri nepoti recasuro in potestatem patris; siquidem in dicto textu expressè dicitur, fieri posse nepoti, quem pater tempore testamẽti præcedit: patet autem quòd talis nepos per mortem aui recasurus est in potestatem patris, si auus ante patrem decedat.

534 Nec obstat, inquiunt citati DD. quòd in prædicto textu dicitur, nepotibus primi generis posse substitui, *Si qui recasuri non sunt in patris potestatem*: nam per hoc solùm significatur, quòd nepotibus non recasuris potest substitui pupillariter, licèt non sint instituti, vel exhæredati, qui sensus videtur planior ex sequenti vers. *Sed si eos patres præcedant*, &c. Maximè si cum Menchaca, & Trentacinq. aduertas, quòd jure Digestorum nepos tenens primum locum tempore testamẽti, poterat impunè præteriri in testamento aui, *Inst. de Exhæred. liber. in princ.* secus autem, qui à patre præceditur: is enim, si non sit institutus, aut exhæredatus in testamento aui, rumpet illud, eueniente casu, quo sublato patre de medio primum locum tenere incipiat, *l. Posthumorum, ff. de Injusto rupt. testam. §. Posthumorum, Inst. de Exhæred. liber.* Quibus suppositis, rectè procedit explicatio prædicti text. vt sensus sit, quòd nepotibus primum locum tenentibus possit pupillariter substitui, licèt non sint instituti, vel exhæredati; quia cùm non possent rumpere testamentum ex causa præteritionis, non rumperetur etiam Pupillaris substitutio in eo facta, licèt neque instituti, neque exhæredati essent; secùs autem in nepotibus, qui à patre præceduntur, cùm nisi sint instituti, aut exhæredati, testamentum aui rumpant, eueniente casu quo primum locum tenere incipiant, & consequenter etiam ipsa Pupillaris substitutio corruere debeat.

Nihilominus tamen communis sentẽtia est vera, si modo intelligatur in eum sensum, vt Pupillaris substitutio sit inutilis & euanescat, si per mortem testatoris pupillus recidat in potestatem alterius, non autem si facta sit ei, qui habebat patrem, in cujus potestatem poterat recidere; reipsà autem non recidit, quia pater de medio sublatus est ante mortem testatoris. In quo sensu credo communem sententiam ab omnibus suis Auctoribus intelligi, cùm nullus eorum requirat, quòd pupillus non possit recidere in alterius potestatem per mortem testatoris; sed solùm quòd fiat sui juris, ita quòd in potestatem alterius non incidat, vt videre est apud Barth. *d. num. 12.* & alios *supra. num. 532.* citatos. Neque aliud probat text. quo Aduersarij nituntur: nam quòd ibi dicitur, nepotibus, qui à patribus præceduntur posse pupillariter substitui, *Si sint instituti, aut exhæredati*, solùm habet locum pro casu, quo patres de medio sublati fuerint, viuente adhuc testatore; quia solùm pro tali casu oportet, quòd nepotes sint instituti, aut exhæredati, ad hoc vt non rumpant testamentum

tum aui, & consequenter ad hoc vt Pupillaris substitutio illis facta subsistere possit, vt ex dictis constat. Vnde quòd in præcedenti vers. habetur, *Posse nos substituere pupillariter nepotibus, si qui recasuri non sunt in patris potestatem:* cùm generaliter dictum sit, intelligitur de omnibus nepotibus, qui per mortem testatoris efficiuntur sui juris, siue tempore testamenti primum locum haberent, siue à patribus præcederentur: cùm autem testamentum aui corruat, si nepotes, qui à patribus præcedebantur, se præteritos reperiant, sublatis de medio patribus in vita testatoris; ideo in sequenti vers. additur, oportere vt tales nepotes, *sint instituti, aut exhæredati,* ad hoc vt testamentum, ac subinde ipsa Pupillaris substitutio sustineatur, in euentu quo sublatis patribus de medio, sui juris efficiantur per mortem testatoris. Quæ explicatio verissima est, & satis ex ipsis terminis patet.

536 Limitatur autem prædicta communis sententia, nisi testator sit miles; quia auus miles potest nepoti à se instituto facere qualem substitutionem voluerit in hæreditate, & bonis quæ illi reliquerit, quantumuis talis nepos in patris potestatem recasurus sit, vt probat text. *in l. Cùm filius, 29. ff. de Milit. testam.* & ita docent Barth. Bald. Leon. & alij supra citati.

§. 6. *Traditur quintum requisitum, & aliqua ejus consectaria.*

SUMMRAIUM.

QVintum requisitum est, vt ante mortem testatoris non exeat impubes de illius potestate, vt per emancipationem, vel adoptionem perfectam; num. 537.

Pupillaris substitutio extinguitur per professionem religiosam factam à testatore in Religione capaci succedendi in bonis profitentium: secus autem si profiteatur in Religione incapaci succedendi, vt in Ordine Minorum; numer. 538.

Si impubes exeat à patria potestate per aliquam dignitatem, non perit Pupillaris substitutio ei facta, num. 539.

Per egressum impuberis à patria potestate non perit Pupillaris, si est spes quòd reincidat in potestatem ipsius substituentis: satisque est, quòd fictione juris in eam reincidat; vt quando captus est ab hostibus post substitutionem; numer. 540.

Pupillaris, quæ cessauit per emancipationem, vel adoptionem impuberis, reconualescit, si ille postea ab eodem patre adoptatus in ejus potestatem redeat; num. 541. Vtrum reconualescat de jure Ciuili, an de Prætorio? num. 542.

Substitutio Pupillaris, quæ perijt de jure Ciuili, eoquod impubes post mortem patris se in arrogationem dederit, reuiuiscit de jure Prætorio, si impubes exeat de potestate arrogatoris, ac fiat sui juris, neque ad hoc est necessaria noua voluntatis deliberatio; num. 543.

Si pater, qui filio pupillariter substituit, ingrediatur Religionem Societatis, & in ea emittat vota Biennij, statim per ea vota definit habere filiũ in potestate, & infirmatur substitutio ei facta: & si postea idem pater à Societate dimittatur, antequam altiorem gradum in ea obtineret, recuperat patriam potestatem, & reconualescit substitutio, si filius nondum excesserat pupillarem ætatem; num. 544. Si talis pater professionem emittat in eadem Societate, aut Coadjutor formatus effectus sit, an substitutio confirmetur, sicut per mortem naturalem? num. 545. & seq. Quid, si talis pater, postquam emisit vota Coadjutoram formatorum, è Societate expellatur, existente adhuc filio intra ætatem pupillarem? an scilicet substitutio, quam antea fecerat, & vel confirmata, vel extincta fuerat, in pristinum statum reuocetur? num. 547. & seqq.

Si professus in Religione incapaci succedendi, viuis adhuc parentibus, transe-

at ad Religionem succedendi capacem, jus succedendi in hæreditate parentum, quod per primam professionem fuerat extinctum, reuiuiscit per illum transitum in secundam Religionem, illaque succedit: si autem ejus parentes mortui sint antequam ad secundam Religionem transiret, delata fuit successio alijs hæredibus, nec per illum transitum reuocatur; num. 548.

Pupillaris facta per patrem, qui postea ingressus est Ordinem Minorum, & post professionem, viuente adhuc impubere, transiuit ad Religionem succedendi capacem, irrita redditur, nihil obstante quòd per professionem in prima Religione confirmata fuerat. Et idem est, si talis pater, viuente adhuc impubere, translatus est à Religione Minorum ad Episcopatum; num. 549.

537 QVintum requisitum ad Pupillarem substitutionem est, vt ante mortem testatoris non exeat impubes de illius potestate. Ita sumitur *ex l. Quòd si filius*, 11. ibi: *Siue quoniam non reuerso eo, exinde sui juris videtur fuisse, ff. de Captiu. & postlim. reuers.* vbi Glos. *verb. Exinde, & ex l. Cohæredi, §. Cùm filiæ, ff. de Vulgari*, & tenent communiter DD. *in d. l. 2. in princip. ff. eod.* vbi Barthol. *num.* 14. Alex. *num.* 20. Jas. *num.* 21. Ripa, *num.* 26. Angel. Salic. Imola, & alij, Item *in suis tract. de Substit. in materia Pupillaris*, Bald. *num.* 11. Barth de Hucio, *num.* 7. Zasius *sub num.* 15. & Leon. *num.* 155. Costa *in cap. Si pater*, 2. *p. verb. Testatore mortuo, num.* 12. Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 3. *num.* 44. Trentacinq. *de Substitut. p.* 2. *cap.* 12. *num.* 1. & cum multis alijs Fusar. *de Subst. q.* 118. *num.* 40. Hinc sequitur extingui Pupillarem substitutionem, si impubes, cui facta est, emancipetur, vel adoptetur tali adoptione, perquam desinat esse in potestate patris, vt notant Barth. Bald. Zas. Leon. Trentacinq. & cæteri ferè omnes proximè citati: quia tam per emancipationem, quàm per illam adoptionem exit impubes de potestate ejus, qui ei pupillariter substituerat.

Sequitur etiam, extingui substitutionem Pupillarem per professionem religiosam factam à testatore in Religione capaci succedendi in bonis profitentium, vt contra nonnullos docent optimè Costa *d. verb. Testatore mortuo, numer.* 10. *& seqq.* & Sanch. *dict. cap.* 3. *num.* 44. & hoc siue impubes moriatur viuo testatore professo, siue post ejus mortem: quia profitendo desinit pater habere potestatem in filios, vt probat idem Costa, *num.* 11. & Sanch. *lib.* 4. *in Decal. cap.* 35. *num.* 44. nosque etiam tradidimus suprà *disp.* 1 *sect.* 5. *§* 4. *num.* 210. & sic ex defectu prædicti requisiti euanescit Pupillaris substitutio, quam antea ipsis filijs, vel alicui eorum fecerat. Si autem pater profitetur in Religione incapaci succedendi, vt in Ordine Minorum contrarium est dicendum, vt tradunt cit. DD. Costa *num.* 6. & Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 42. quia professio in tali Religione æquiparatur morti naturali: ac proinde quemadmodum per mortem naturalem testatoris confirmatur testamentum, & consequenter etiam Pupillaris substitutio, si pupillus tunc fiat sui juris; ita etiam confirmatur per professionem testatoris in tali Religione, nihil obstante quòd pupillus statim exeat de potestate testatoris. Quod aliter se habet, quando testator profitetur in Religione capaci succedendi; quia licèt etiam per talem professionem moriatur ciuiliter, tamen non censetur tanquam mortuus naturaliter, cùm adhuc quatenus est membrum communitatis succedendi capacis, ipse etiam aliquo modo censeatur capax; quo fit vt testamentum, quod antea fecerat, non confirmetur simpliciter per ejus professionem, sed solùm per mortem naturalem, vt latè relatis plurimis, tradit, ac declarat Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 55. *per text. in l. Cùm pater*, 79. *§. Hæreditatem, ff. de Leg.* 2. *& in l. Statius*, 48. *§. Cornelio, ff. de Iure Fisci.* Proindeque Pupillaris substitutio in eo testamento facta, confirmata non est per professionem talis testatoris, sed confirmanda esset per ejus mor- 548

tem

tem naturalem, si pupillus tunc reperiretur in ejus potestate: at pupillus non est tunc in potestate illius, siquidem tempore quo ille professionem fecit, liberatus est, & ita ex defectu præfati requisiti, talis substitutio euanescit.

539 Limitatur autem primò prædicta communis sententia, vt non procedat quando impubes exiuit de patria potestate per aliquam dignitatem, vt per Episcopatum ex dispensatione Summi Pontificis. Tunc enim non euanescit Pupillaris substitutio illi facta, vt tradunt Barthol. *in d.l.2.num.15.ff.de Vulgari*,& ibi Alex. Jas. Socin. Ien. Alciat. & Ripa *num.* 26. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num.*15. *de Testam. in suis tractatibus de Substit.tit. de Pupillari:* Polit. *numer.* 37. Bald. *numer.*12. Zas. *num.*16. Barthol. de Hucio, *num.* 7. & Leon. *num.*156. Trentacinq. *d cap.*12. *num.*5. & cum alijs Fusar. *d. q.* 118. *num.* 47. estque communis resolutio. Quia egrediens à patria potestate per dignitatem non amittit vlla jura naturalia, & legitima sibi vtilia, *Auth.Constitutio, quæ de dignitatibus, §. Illud, & Auth. Sed Episcopalis dignitas, Cod. de Episcopis, & clericis*, dignitas enim nulli debet esse damnosa, *l.pen.* & ibi Barth. *ff. de Senator.* Substitutio autem Pupillaris, est fauorabilis & commoda impuberi, Glos. *in l.Ex tribus, Cod. Inoffic. testam. & in l.Iulianus*, vbi etiam Barthol. *ff. de Acquir. hæred.* & DD. communiter.

540 Limitatur secundò, vt non procedat,si est spes quòd impubes reincidet in potestatem substituentis: vt si est captus ab hostibus post factam substitutionem,quo casu non perit substitutio, quandiu ille potest reuerti,& redire in potestatem patris: eo namquè in vita patris reuerso, & post mortem ipsius patris in pupillari ætate defuncto, pupillaris substitutus admittitur: cùm jure postliminij ita restituatur à captiuitate reuersus, acsi nunquam extitisset captiuus, vt constat ex toto ferè *tit.ff. de Capt. & postlimin. reuer.* Atque ita in specie tradit Polit. *tract. de Substit. rubr. de Pupillari, numer.* 38. Quin etiam satis est spes quòd mera actione juris pupillus reincidet in potestatem substituentis, ad hoc vt Pupillaris nó pereat ex defectu prædicti requisiti. Nam si pater post factam substitutionem filio impuberi captus sit ab hostibus, & in captiuitate decedat, licèt testamentum quod ante fecerat, effectum fuerit irritũ,& per consequens etiam ipsa Pupillaris substitutio corruerit, tamen per *legem Corneliam* vtrumque confirmatur, quia fingitur decessisse in ciuitate; vnde filio impubere, quem in ciuitate reliquerat, postea intra tempus pubertatis defuncto, perinde valet substitutio, ac si pater non fuisset captus, prout expressè habetur *in l. Lex Cornelia*, 28 *ff. de Vulgari.* Et ita sufficit, quod pupillus per fictionem juris reincidat in potestatem substituentis, ad hoc vt Pupillaris substitutio vim habeat, si aliqua requisita non desint. Plura circà hoc distinguit Polit. *loco cit.* vbi etiam considerat, quando tam filius, quã pater fuit captus, de quo casu agitur *in l. Si pater*, 29. *ff. de Vulgari.* Has tamen distinctiones hìc omittimus, quia satis in præsenti est, quòd constet non perire Pupillarem substitutionem per cessationem patrię potestatis in vita testatoris, si est spes quòd pupillus in eam reincidet. Quam resolutionem tradunt Barthol. *in d.l.2. in princip. num.* 14. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Jas. Socin. sen. Alciat. & Ripa, *num.* 26. *& in suis tract. de Substit. in materia Pupillaris*, Bald. *numer.* 11. Barth. de Hucio *num.*7. & Polit. *vbi supra*, Trentac. 2.*p cap.*12.*num.*4. & Fusar. *q.*118.*num.*41.vbi refert alios,qui testantur, hanc esse communem sententiam.

Limitatur tertiò, vt non procedat 541
quando impubes per emancipationem, vel adoptionem exiuit de potestate patris, qui ei pupillariter substituerat,si postea ab eodem patre adoptetur, & in ejus potestatem redeat: conualescit enim tunc substitutio antea facta, vt tenent communiter DD. *in d.l.2 ff. de Vulgari*, teste Fusar. *d.q.*118. *num.*4. vbi pro eadem sententia refert Rip. Alciat. Salic. Odd. Crass. & alios. Eandem tenet Menchac.

de

de Succeß.progreß. lib.2.§.10. numer.45. & §.14.num.109. & seq. & Trentacinq. *d.cap.12.num.6.* Probatur facilè ex dictis supra, *num. 523. & seqq.* vbi cum cõmuniori sententia tradidimus, non requiri ad Pupillarem substitutionem, quòd impubes sit in potestate substituentis quando fit testamentum, sed satis esse quando testator moritur. Hinc enim à fortiori sequitur, valere substitutionem factam ei, qui non solùm tempore mortis testatoris, sed etiam tempore facti testamenti erat in potestate testatoris, licèt medio tempore ab illa exiuerit; cùm per talem exitum non peruenerit ad casum, à quo non posset incipere, & alioqui facilius confirmetur, quòd initio valuit, quàm quòd non valuit, *l. Posthumus, in princ. ff. de Injusto rupt. testam. cum simil.*

542 Dubitant verò DD. vtrùm in hoc casu conualescat substitutio de jure Ciuili, an de jure Prætorio? atque in vtramque partem sunt opiniones: mihi verò placet quòd de jure Ciuili; vt relatis alijs bene probat Trentacinq. *d. cap.12. num. 7.* & tenent etiam alij apud Fusar. *d.q.118. numer.46.* cùm enim de jure Ciuili sufficiat quòd impubes sit in potestate quando testator moritur, vt supra probatum est, non est dicendum substitutionem fuisse simpliciter extinctam per egressum à patria potestate, viuo testatore; siquidem non peruenit ad casum, à quo non posset incipere: si autem non fuit extincta, non oportet recurrere ad reualiditatem de jure Prætorio, sed ipso jure tandem confirmatur per existentiam sub patria potestate, quando testator moritur.

Si autem quæras, vtrùm in aliquo casu
543 de jure Prætorio reuiuiscat Pupillaris jure Ciuili extincta? Respondeo affirmatiuè: nam si impubes, cui pater pupillariter substituit, post mortem patris se in arrogationem dederit, extinguitur de jure Ciuili substitutio illi facta, eoquod per illam arrogationem fuerit capite minutus, quæ minutio de jure Ciuili pupillare testamentum perimit: & licèt postea ille impubes exeat de potestate arrogatoris, & fiat sui juris, non propterea reuiuiscit de jure Ciuili dicta substitutio, quia eo jure semel extincta non reualidantur, *l. Cætera, §. Tractari, ff. de Leg. 1. l. Inter stipulantem, §. Sacram, ff. de Verbor. oblig. & §. 1. Inst. de Inutil. stipulat.* At reuiuiscit de jure Prætorio, argum. *l. Posthumus, vers. Idem & citra,* juncta Glos. *ibi, ff. de Injusto rupto testam. & §. Non tamen, Inst. Quibus mod. testam. infirm.* Quam sententiam tenent Glos. *in l. Si arrogator, ff. de Adoption.* & ibi Barth. Bald. Alber. Signorol. *num. 10.* & Iaf. *num. 36. & 37.* Eandem tenet, & latiùs declarat Trentacinq. *de Substitut. p. 2. cap.12. sub num. 7.* vbi aduertit, quòd vt tale testamentum pupillare reuiuiscat, non est necessaria noua voluntatis declaratio, quanuis contrarium pro alijs testamentis ante arrogationem factis dispositum sit *in l. Qui ex liberis. §. Testamento, ff. de Bonor. possess. secund. tab.* Et ratio est, quia testamentum pupillare est conditum à patre independenter à voluntate pupilli, & independenter etiam à voluntate illius conseruatur. Vnde nõ est considerabile, quòd pupillus, dando se in arrogationem, censeatur voluisse illud abrogari; cùm ejus volũtas nihil operetur in tali testamento, sed sola voluntas patris. Ergo etiam, vt in casu proposito validetur necessaria non est vlla voluntas pupilli; sed solùm quòd libereturà potestate arrogatoris: maximè cùm generatim loquendo pupillus non habeat velle, neque nolle, *l.1. Cod. de Falsa moneta.* Videas ad hæc, quæ *disp. præced. sect. 10. §.7. num. 497.* dicta sunt.

Ex dictis colliges, quid dicendum in quadam dubitatione, quam Sanch. *tom. 2. in Decal. lib.7. cap. 3. num. 50.* excitat circa substitutionem Pupillarem factam filio impuberi à patre, qui postea ingressus est Religionem Societatis Jesv, & in ea vota Biennij emisit, post aliquod verò tempus, antequam altiorem gradum obtineret, ab ea dimissus est. In quo casu monet bene idem Sanches, quòd cùm ille pater per dicta vota effectus fuerit verè Religiosus, & transierit in potestatem Religionis, eo ipso desiuit habere filium

in

in potestate, & consequenter Pupillaris substitutio antea facta extincta est, juxta supra dicta *numer.* 538. Vnde, patre illo postea egresso, & à votis liberato, dubitatur an filius reincidat in ejus potestatem, & substitutio conualescat; ita vt si talis filius post patrem decedat in pupillari ætate substitutus admittendus sit? Et respondetur affirmatiuè cum eodem Sanch. quia sicut status Religiosus per illa vota assumptus est reuocabilis per dimissionem à Societate, ita etiam ejusdem statûs effectus, nempe amissio patriæ potestatis, reuocabilis erit, vt ferè in specie docet Rebel. *tract. de Oblig. just. 2 p. lib. 1. q. 8 sect. 6 num. 63. & 64.* Et sic patre illo egresso è Societate reincidit filius in ejus potestatem, ac per consequens conualescit prædicta substitutio, cùm ad illam sufficiat, quòd tempore mortis testatoris filius sit in illius potestate, præsertim si etiam tempore conditi testamenti in potestate illius erat, vt ex dictis constat.

545 Si autem pater, post factam Pupillarem substitutionem filio impuberi, professeretur in Societate, dicit idem Sanch. *d. cap. 3. num. 46.* nemini dubium esse, quòd illa professione confirmetur substitutio, perinde ac morte naturali; quia tam ille professus, quàm ipsa Religio est incapax succedendi, proindeque habet illa professio omnes effectus mortis naturalis, sicut supra, *num.* 538. dictum est de professione in Ordine Minorum. Additq, idem dicendum esse de votis Coadjutorum formatorum in eadem Societate emissis; quia quanuis sint simplicia, reddunt vouentem incapacem succedendi; & ipsa etiam Religio, cujus sunt membra, incapax est.

546 Hæc tamen resolutio solùm potest habere locum in eo, qui finito nouitiatu non emitteret consueta vota simplicia, sed statim faceret professionem, aut emitteret vota Coadjutorum formatorum, quòd vix, aut nunquam conceditur. Nam si priùs emittat consueta vota Biennij, cùm per illa amittat patriam potestatem, vt dictum est, perit omnino substitutio Pupillaris; siquidem ad illam necessariò requiritur quòd impubes, cui facta est, non exeat de potestate testatoris ante ejus mortem naturalem, vel saltem ciuilem, quæ naturali æquiparetur, seu per quam testamentum confirmetur, & incipiat habere effectum, vt ex dictis constat: Religiosus autem Societatis per sola vota Biennij non censetur ita mori, nec ejus testamentum per talia vota vllo modo confirmatur, cùm adhuc maneat capax succedendi, nec amittat dominium bonorum, poisitque condere nouum testamentum, & reuocare antea factum, vt est certissimum. Ergo si ille pater postea faciat professionem, vel emittat vota Coadjutorum formatorum, quo tempore censetur mori naturaliter, quoad effectum confirmandi testamentum, necessariò fatendum est perire omnino dictam Pupillarem substitutionem, cùm ad hanc sit prorsus necessarium, vt pupillus sit in potestate patris, tempore quo pater moritur, & testamentum confirmatur, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari,* & constat ex dictis pro tertio requisito.

Si tamen ille pater post emissa vota 547
Coadjutorum formatorum expelleretur à Societate, cùm per talem expulsionem maneat omnino solutus votis, & sic capax succedendi, & habendi proprium, non immeritò dubitatur, an si adhuc filius, cui pupillariter substituerat intra pupillarem ætatem existat, talis substitutio redeat ad pristinum statum? Quæ dubitatio alio modo se habet in casu, quo pater statim post nouitiatum emisit dicta vota Coadjutorum formatorum, (in quo casu non perijt substitutio, sed statim per illa vota fuit confirmata, perinde acsi pater moreretur naturaliter, vt constat ex dictis *numer.* 545.) atque in casu, quo pater priùs emisit consueta vota Biennij, & deinde vota Coadjutorum formatorum, vt fieri solet: quo in casu substitutio fuit extincta, vt *num. præcedenti* ostensum est.

In primo enim casu dubitatur, vtrùm 548
substitutio, quæ per illa vota fuit confirmata, redeunte patre ad sæculum, dum adhuc filius exstat in ætate pupillari, re-

uo-

uocetur ad pristinum statum, quem habebat antequam confirmaretur; ita vt si, viuo naturaliter patre, filius moriatur ante pubertatem, non succedat substitutus in ejus bonis, sed parentes ipsius impuberis? Vel si impubes ante patris expulsionem mortuus sit, substitutus, qui tunc successit, teneatur reddere patri bona pupilli? Proponit hanc dubitationem Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 47. & ad primam ejus partem, quando scilicet impubes mortuus est post expulsionem patris, respondet, non substitutum, sed parentes successuros; quia in his successionibus consideratur capacitas tempore delatæ successionis, quod est, quando pupillus, cui succedendum est, moritur: tunc autem, cùm jam pater non reputetur mortuus, & sit succedendi capax, censetur pupillus ac si viuo patre decederet, in quo euentu expirat Pupillaris substitutio, vt ostendemus, §. 20. *num.* 742. Quod à simili confirmatur exemplo monachi professi in Religione incapaci succedendi, nam cùm post professionem in tali Religione nullum jus ei supersit in hæreditate parentũ, sed succedant alij hæredes, perinde acsi ille esset naturaliter mortuus: tamen si transferatur ad Religionem capacem ante obitum parentum, reuiuiscet quoad succedendi effectum, & nomine illius succedet monasterium capax in illa bona, vt idem Sanch. cùm multis alijs probat *d. lib. 7. cap.* 32. *num.* 26. Ad aliam partem dubitationis, quando scilicet pupillus mortuus est ante patris expulsionem, respondet idem Sanch. *d. num.* 47. quòd tunc pater expulsus, & jam sæcularis effectus, non succedet in hereditatem pupilli, quæ jam pupillari substituto delata est, siue jam sit ab eo adita, siue tantùm delata. Quòd etiam probatur à simili argumento monachi Franciscani translati ad Religionem capacem succedendi; nam si antequam transferretur, mortui sunt ejus parentes, hereditas illorum, quæ jam alteri delata est, non pertinebit ad ipsum monachum translatum, nec ad ejus monasterium, quantumuis succedendi capax, sed ad eum, cui antea delata est, non solùm si jam ab eo sit adita, de quo nemo dubitat, verum etiam licèt tantùm sit delata, secundùm veriorem sententiam, quam relatis plurimis tradit idem Sanch. *d. lib. 7. cap.* 32. *num.* 22. quòd pari ratione procedit in nostro casu.

Hinc deducit Sanch. *d. cap.* 3. *num.* 48. quid dicendum de substitutione Pupillari facta per patrem, qui postea ingressus est Ordinem Minorum, & post professionem, viuo adhuc pupillo, transiuit ad Religionem successendi capacem, in qua postquam est professus, obijt pupillus intra ætatem pupillarem? Dicendum videtur, inquit Sanchez, talem substitutionem reuocari, & reddi irritam, nihil obstante quod fuerit confirmata per primam professionem in Religione incapaci; quia sicut mors ciuilis naturali æquiparata, quæ per professionem in tali Religione inducitur, non est perpetua, sed reuocabilis quoad incapacitatem succedendi, & reipsa in proposito casu reuocata est per professionem in secunda Religione capaci succedendi; ita etiam valor successionis ex Pupillari substitutione per illam primam professionem confirmata, non erit perpetuus, & irreuocabilis ante jus quæsitum substituto, sed reuocabilis similiter per translationem patris ad statum succedendi capacem: in præsenti autem casu translatus est pater ad hujusmodi statum, antequam jus esset quæsitum substituto, siquidem adhuc viuebat pupillus, à cujus morte illud jus pendebat. Igitur cùm post translationem ad dictam Religionem, & statum succedendi capacem, ille pater non censeatur mortuus naturaliter, & pupillus jam antea egressus sit de illius potestate, neque in eam reincidat, fatendum erit substitutionem antea factam prorsus euanescere, siue pupillus moriatur viuo adhuc patre, siue post ejus obitum, sicut supra, *num.* 538. dictum est, quando pater profitetur tantùm in Religione capaci succedendi, viuente filio, cui antea pupillariter substituerat. Vnde addit bene idem Sanch. *d. num.* 49. *fine*, corruere similiter substitutionem, quando pater professus in Ordine incapaci succeden-

549

cedendi translatus esset ad Episcopatum, & post eum translatum obiret filius, cui pupillariter substituerat. Nam cùm per eam translationem talis pater fiat capax succedendi, eadem in tali casu est ratio, atque quando similis professus transfertur ad Religionem succedendi capacem.

550 In secundo casu, scilicet, quando pater è Societate expulsus priùs emisit consueta vota Biennij, & deinde vota Coadjutorum formatorum, dubitatio est vtrũ ejus egressum è Societate, viuo adhuc filio impubere, reuiuiscat substitutio Pupillaris, quæ per vota Biennij extincta fuerat, vt *num.* 546. probatum est? Respondeo affirmatiuè, quia per illum egressum recuperauit pater potestatem in filium, siquidem reuocato statu Religioso, per quem illam potestatem amiserat, consequenter etiam ipsa amissio potestatis reuocatur, vt cum Rebello, & Sanch. dictum est supra *num.* 544. testamentum autem pupillare, quod intercidit per egressum filij à patria potestate, viuente adhuc patre, conualescit per regressum ipsius filij ad eandem potestatem, satisque est quòd filius sub tali potestate existat quãdo pater moritur, vt constat ex dictis *numer.* 541. Ergo redeunte dicto patre ad sæculum reuiuiscit pupillare testamentũ, quod ante ingressum in Societatem fecerat; ita vt si pupillus post ipsum patrem decedat in pupillari ętate, substitutus admittendus sit: secùs autem si decedat viuente adhuc patre, nam tunc substitutio peribit, & parentes ipsius pupilli ei succedent, vt est notissimum, & patet ex dictis *num.* 548.

§. 7. *Traduntur, & explicantur reliqua tria requisita.*

SUMMARIUM.

SExtum requisitum est, vt pater sibi quoque faciat testamentum, seu hæredem instituat, nisi sit miles, & vtrum oporteat, quòd priùs sibi instituat hæredem? num. 551.

Si Pupillaris substitutio non fiat simul cum testamento principali, sed ex interuallo, opus est vt fiat cum solemnitatibus, quæ ad ipsum testamentũ principale requiruntur; eod. numer. 551. *fine.*

Vtrùm valeat substitutio Pupillaris facta in testamento minùs solemni inter liberos? num. 522. *& seq. Et quid, si ipsa institutio facta fuerit separatim inter liberos? eod. num.* 552.

Si pater solùm faciat codicillos, & in eis substituat pupillariter, talis substitutio valebit jure fideicommissi; numer. 555.

Septimum requisitum est, vt filius, cui pupillariter substituitur, non sit præteritus, sed vel institutus, vel exhæredatus, & cur id requiratur? num. 556.

Quando impubes præteritus non rumpit testamentum, non rũpitur etiam Pupillaris ei facta in tali testamento; ibid.

Quando auus nepotem ex filio emancipato in potestate retentum præteriuit, & nihilominus ei pupillariter substituit, valet testamentum, & substitutio; nisi filius emancipatus, viuo ipso auo patre suo, decedat; eod. num. 556.

Substitutio Pupillaris facta filio præterito, qui cùm posset dicere testamentum nullum, illud approbauit, valet; num. 557.

Substitutio Pupillaris facta vni filio in testamento, in quo alter filius est præteritus, conseruatur, & valet per Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter. *num.* 558. *& seq. Contraria sententia proponitur, & excluditur; num.* 560. *& seqq. Intelligitur verò tradita resolutio, nisi pater filium ignoranter præterijsset, & extraneum alteri filio substituisset; num.* 563.

Licèt expressa Pupillaris facta in testamento irrito ex causa præteritionis conseruetur per d. Auth. Ex causa, *non tamen conseruatur tacita Vulgaris, quæ sub expressa Pupillari*

comprehenditur; num. 564.

Tacita Pupillaris comprehensa sub expressa Vulgari conseruatur per d. Auth. Ex causa, *quando testamentum est irritum ex causa præteritionis; num. 565.*

Quando substitutio Pupillaris facta est ipsi filio præterito, nonnulli sentiunt eam non conseruari per d. Auth. Ex causa; *num. 566. Opposita tamen sententia est communissima, & tenenda; numer. 567. & seqq.*

Legata relicta filio præterito non conseruantur per d. Auth. Ex causa; *num. 566. Cur hoc? num. 568.*

Si filius præteritus substitutus sit pupillariter fratri impuberi instituto, & testamentum ex causa præteritionis expugnet, an talis substitutio conseruetur per d. Auth. Ex causa? *num. 570.*

Vtrum stante dicto septimo requisito, irritetur Pupillaris substitutio, si testamentum rumpatur per filium per contra tabulas? Respondetur negatiuè; num. 571. Quid, si filius emancipatus præteritus rumpit testamentum per contra tabulas ante aditam hæreditatem per institutum? num. 572. & seq.

Vtrum, stante dicto requisito septimo, si testamentum rumpatur per querelam inofficiosi, pereat Pupillaris substitutio in ea facta? num. 574.

Impubes potest exhæredari, etiam attento jure Authenticorum, si sit doli capax: secus si doli capax non sit; numer. 575. & seq.

Si filius exhæredetur nullâ insertâ causâ ingratitudinis, testamentum euadit irritum ipso jure; num. 577.

Exhæredatio bona mente facta, etiam in impuberibus doli incapacibus, imò & in posthumis, locum habere potest; & quæ sit, & in quo consistat hujusmodi exhæredatio? num. 578.

Cum in jure antiquo dicitur, Pupillarem substitutionem posse fieri impuberibus institutis, vel exhæredatis, id intelligitur etiam de exhæredatis malamente; quæ sola est propria, & rigorosa exhæredatio; num. 579.

A substituto pupillariter dato impuberi exhæredato non potest testator relinquere vllum legatum, vel fideicommissum, etiamsi ipsi exhæredato ampla legata reliquerit; num. 580.

Octauum requisitum est, vt hæreditas ex testamento patris substituentis adeatur. Quod limitatur primò, nisi testator sit miles. Secundò, nisi tabulæ pupillares per existentiam Sui hæredis confirmata sint. Tertiò, nisi institutus, omissâ causâ testamenti, hæreditatem ab intestato possideat; numer. 581.

Ad confirmationem Pupillaris non requiritur quòd hæreditas adeatur ex institutione in primo gradu, sed satis est quòd adeatur ex substitutione Vulgari, siue tacita, siue expressa; num. 582.

Vt tabulæ pupillares confirmentur ad commodum substituti per aditionem factam ab ipso substituto, quando ille etiam erat institutus, opus est vt adeat sponte, seu non coactus ab aliquo fideicommissario; ibidem.

SExtum requisitum est, vt pater sibi quoque faciat testamentum, seu hæredem instituat. Ita expressè habetur *in l. 1. in fine, & in l. 2. in princip. vers. Quisquis autem, & §. Prius, ff. de Vulgari, & in §. Liberis, Inst. de Pupillari.* Id tamen in milite non requiritur, vt dicitur *in d. vers. Quisquis autem, & in l. Miles ita, § fin. & in l. In fraudem, §. fin.* vbi id magis explicatur, *ff. de Milit. testam.* Notandum etiam, licitum esse testatori facere sibi & pupillo testamentum eodem tempore, vel ex interuallo. Et si quidem eodem tempore, & eâdem scripturâ vtrumque testamentum conficiat, nihil refert vtrum priùs sibi hæredem instituat, vel pupillo, *d. l. 2. §. Prius:* at si ex interuallo vnum post aliud velit facere, opus est vt sibi priùs testamentum faciat, vt est text. *in l. Si quis eum, §. fin. ff. de Vulgari, & in d. §. Prius,* qui sic debet intelligi, vt bene docet Leon. *tract. de Substit.*

in

in materia Pupillaris, num. 158. idemque admittit Glos. *in d. l. Siquis eum, §. fin. verb. Alia rursus.* Aduerte autem circa ordinem conficiendi hæc testamenta variè DD. sentire, vt videre est apud Barth. & alios scribentes *in d. §. Prius*; ex quibus Glossa *in d. §. Prius*, Barth. & alij non admittunt prædictam distinctionem de confectione illorum testamentorum eodem tempore, vel ex interuallo: & longè diuerso modo (quanuis sine fundamento) intelligunt *d. §. Prius.* Quare vt omnis controuersia vitetur, siue vtrumque testamentum fiat simul, siue diuersis temporibus, optimè faciet testator, si priùs sibi condat testamentum, deinde pupillo. Nam in hoc omnes DD. conueniunt, & solùm controuertunt, vtrùm in aliquo casu liceat confici priùs testamentum pupillo, juxta *d. §. Prius*, qui est aliquantùm obscurus. Hìc etiam nota, quando Pupillaris substitutio fit ex interuallo, siue ante, siue post testamentum, opus esse vt fiat cum solemnitatibus, quæ ad principale testamentum requiruntur, vt bene aduertit Polit. *tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num.* 58. per *l. Siquis eum*, 1. *ff. de Vulgari*, ad quod etiam facit *l. Patris & filij, ff. eod. tit.*

552 Dubitari præterea solet circa hoc requisitum. Vtrùm si pater faciat testamentum minùs solemne inter liberos (quod testamentum validum est, *l. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, Cod. de Testament.*) satis id sit ad valorem Pupillaris substitutionis factæ in eo ab eodem patre? Respondetur cum distinctione: nam vel aliquis de liberis est substitutus; & in hoc casu valet substitutio: vel est substitutus extraneus, & tunc non valet. Primam hujus resolutionis partem tradunt Barth. *in d. l. 2. in princip. num.* 18. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Cuman. Socin. Iaf. Ripa, & Alciat. Paul. Castr. *consil.* 353. *& consil.* 371. *lib.* 2. asserens, neque in judicando neque in consulendo recedendum esse ab hac sententia, *in suis tract. de Substit. in materia Pupillaris*, Bald. *num.* 14. Barth. de Hucio *num.* 9. Zasius *num.* 16. Polit. *num.* 43. Leon. *nu-*

mer. 160. & Trentacinq. 2. *p. cap.* 13. *numer.* 2. Menchac. *de Succeß. progreß. lib.* 2. §. 14. *numer.* 118. & alij. Præcipuum fundamentum est, quia Pupillaris substitutio, licèt respiciendo ad successionem, seu ad personam cui ex tali substitutione succeditur, sit & dicatur testamentum filij; attamen respiciendo ad ordinationem, seu causam illius efficientem, est & dicitur testamentum patris, vel certè pars, & sequela testamenti paterni, vt dicitur *in cap. Si pater, de Testament. in* 6. & per illud prouidet pater, tum filio cui substituit, tum etiam ei quem substituit; proindeque quando filium substituit verè dicitur testamentum patris inter liberos: tale autem testamentum valet quanuis non sit solemne, *d. §. Ex imperfecto:* ergo quòd illa substitutio sit facta in dicto testamento minùs solemni, id non obstat ejus valori, si substitutus est de liberis. Imò licèt talis substitutio sit facta separatim, & ex interuallo post testamentum paternum, valida erit, licèt facta sit minùs solemniter; quia tunc etiam est verè testamentum patris inter solos liberos disponentis: nec obesse debet quòd alia consideratione testamentum filij dicitur; cùm id non tollat, esse etiam testamentum patris, & sic priuilegiatum. Ad quod facit text. *in l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, ff. de Inoffic. testament.* vbi probatur, quòd quando Pupillaris substitutio impugnari posset, si acciperetur vt testamentum filij, debet tunc considerari vt testamentum patris: habetur namque in illo textu, quòd licèt filius non posset impunè matrem præterire, si testamentum faceret, tamen pater ei pupillariter substituendo potest illam omnino excludere: & sic consideratur ibi ea substitutio, vt testamentum patris, ad hoc vt per matrem pupilli non impugnetur.

Aliam partem superioris resolutionis tradunt Barth. Alex. Cuman. Socin. Iaf. Alciat. Ripa Castr. Bald. Barth. de Hucio Zasius, & Menchac. *locis proximè cit.* Trentac. *d. c.* 13. *fin.* Imol. *in c. Raynutius, de Test.* & alij. Probatur primò argum. 553

dationis tutelæ, quæ licèt contineat fauorem liberorum, quibus pater per illam prouidet, tamen si sit facta in testamento minùs solemni, & tutor datus sit extraneus, non valet, vt DD. communiter admittunt, cum Barth. *in l. Qui à patre, ff. de Confirm. tut.* Secundò & principaliter, quia relicta personę extraneæ in testamento imperfecto, seu non solemni, inter liberos, non valent, vt probat text. *in d. §. Ex imperfecto, & in l. vlt. Cod. Famil. erciscundæ*, ibi: *Si verò in hujusmodi voluntate designatis liberis alia sit mista persona, certum est eam voluntatem, quantum ad illam dumtaxat personam permistam, pro nulla haberi*; ergo non valet etiam Pupillaris substitutio facta in tali testamento, per quam relinquatur hæreditas pupilli personæ extraneæ. Dices sola relicta titulo institutionis personę extraneæ in tali testamento esse irrita, non verò relicta ex alio titulo, vt constat ex dictis *disp. 2. sect. 7. §. 5. num. 199. & seqq.* vbi defendimus firma esse legata, & fideicommissa in eo testamento facta. Et sic quod valebit etiam dicta Pupillaris substitutio. Respondetur negando consequentiam; nam vt *d. §. 5. num. 201.* aduertimus *in d. §. Ex imperfecto, & in d. l. vltim. Cod. Famil. ercisc.* generaliter irritantur omnia relicta personæ extraneę in illo testamento admistæ. Quòd autem legata & fideicommissa conseruentur, id prouenit ex jure nouiori *in Auth. de Iure imperfecto, cap. 1. vers. Si tamen, & Auth. Quod sine, Cod. de Testam.* vbi decernitur quòd sint firma legata, fideicommissa, & libertates, quæ in testamento inter liberos minùs solemni vxori aut extraneis personis relinquuntur, si modo sint scripta propria manu, & dicta à testatoribus coram testibus. Quod jus non debet extendi ad Pupillarem substitutionem, cùm sit correctorium juris antiquioris, & sic odiosum.

554 Non desunt autem, qui indistinctè sentiant, quamlibet Pupillarem substitutionem, etiam qua extraneus substitutus sit, fieri posse in dicto testamento non solemni. Ita sentiunt Aretin. *in d. l. 2. in sexto requisito, ff. de Vulgari*, Salic. & Coras. *in l. Si testamento, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Polit. *tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num. 43.* & videtur tenere Leon. *in suo tract. de Subst. in materia Pupillaris, num. 162. & seqq.* Mouentur potissimùm ea ratione, quia Pupillaris substitutio semper est vtilis filio, siue substitutus sit de liberis, siue extraneus, *l. Si pupillus, in princip. ff. de Acquir. hæredit.* ergo debet gaudere priuilegio testamenti inter liberos, vt valeat absque juris solemnitate, licèt alia extraneis personis relicta in eo testamento contenta irrita sint, argum. text. *in l. 3. §. pen. ff. de Legat. præstan.* vbi rupto testamento per contra tabulas, irritantur legata facta extraneis, nisi cedant in fauorem liberorum, vt quando essent relicta extraneis cum onere restituendi ea liberis. Ad hoc tamen facilè respondetur, negando consequentiam; quæ non bene probatur argumento prædicti text. Nam legata extraneis facta, quæ ibi admittuntur, quoad totum emolumentum cedunt in vtilitatem liberorum, quibus restituenda sunt; ac proinde censentur quasi solis liberis relicta. In nostro verò casu totum emolumentum substitutionis spectaret ad personam extraneam. Nec refert quòd honor Pupillaris substitutionis spectaret ad pupillum, cui hæres datur, & in jure magis attenditur honor, quàm emolumentum. Nam hoc procedit in dispositione legis, non verò in dispositione & ordinatione testatoris; nam tunc potiùs attenditur emolumentum, Barth. *in d. §. penult.* In præsenti autem loquimur de dispositione testatoris.

555 Quæri etiam hìc solet, si pater non faciat testamentum, sed codicillos, in quibus substituat filio pupillariter, an talis substitutio valeat jure fideicommissi? Et respondetur affirmatiuè, per text. *in l. Scævola, ff. Ad Trebellian.* qui text. est expressus, & facit etiam text. *in l. Illud, §. Tractari, ff. de Iure codicil.* vbi quando constat testatorem voluisse facere codicillos, verba directa trahuntur

ad

ad fideicommissum. Atque ita post alios docent Bald. *tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num.* 13. & Leon. *in suo etiam tract. de Substit. in materia Pupillaris, num.* 159. estque communis resolutio, quam nos etiam tradidimus *disp.* 2. *sect.* 10. §. 2. *num.* 420

556 Septimum requisitum est, vt filius, cui fit substitutio, non sit præteritus, sed vel institutus; vel exhæredatus. Ita DD. omnes per text. *in d l* 2. *in princip. vers. Sed si eos, ff. de Vulgari:* & ratio est, quia si ille filius sit præteritus, est nullum testamentum patris, *l. Inter cætera, ff. de Liber. & posthum. Instit. de Exhæred. liber. in princip. cum simil.* irrito autem testamento paterno, & sic principali, consequenter etiam est irrita substitutio Pupillaris illi accessoria. Quæ ratio ita est adæquata, vt quando fuerimus in casu, quo impubes præteritus testamentum non rumpit, tunc si alia requisita in eo concurrant, bene possit ei pupillariter substitui, licèt non sit institutus, neque exhæredatus. Ita sentiunt communiter DD. Barth. *in d.l.* 2. *in princip num.* 20. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 30. dicens esse communem, Socin. jun. *num.* 73. *& seqq.* qui etiam testatur de communi, Barth. *in l. Gallus, §. Et quid si tantum, num.* 16. *ff. de Liber. & posthum.* & ibi Alex. *num.* 17. & Jas. *num.* 20. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num.* 66. *& in suis tract. de Substitut. in rubr. de Pupillari*, Bald. *num.* 16. Bart. de Hucio *num.* 10. Polit. *num.* 40. & Leon. *num.* 172. Emman. Costa *in cap. Si pater* 1. *p. verb. Eidem filio, num.* 1. *de Testam. in* 6. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 14. *num.* 17. & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 118. *num.* 71. Qui omnes ponunt exemplum in nepote ex filio emancipato, ipso nepote in potestate aui retento, quòd talis nepos ab auo præteritus ejus testamentum non rumpat, secundùm jura hodierna, vt latè probat Barth. *in d. §. Et quid si tantùm, num.* 8. Bene autem aduertit Fusar. *d.q.* 118. *num.* 73. cum Socin. jun. *d.l.* 2. *num.* 74. *in fine, ff. de Vulgari*, & Intrigl. *de Substitut. centur.* 1. *q.* 79. *in fine*, id non procedere quando filius emancipatus viuo patre decederet: nam tunc nepos ex tali filio inueniens se præteritum in testamento aui illud rumpet, quia in tali casu non impeditur à patre quominus debeat succedere in hæreditate aui, & sic potest dicere nullum ejus testamentum; & consequenter etiam Pupillaris substitutio corruet. Aliud exemplum, in quo impuberi præterito poterit pupillariter substitui, est quando extaret Statutum, quo filij in vita patris dotati possent præteriri in ejus testamento: nam tunc etiam illis filijs præteritis poterit pater pupillariter substituere, si alia requisita concurrant, Barth. *in l.* 1. *§. fin. ff. Ad Tertul.* Alex. *in l. Filiæ dotem, Cod. de Collat.* alijque ibid. Ripa *in d. l.* 2. *num.* 30. *fine, ff. de Vulgari*, Menchac. *de Succeß. creat. lib.* 2. §. 16. *numer.* 4. Trentacinq. *dict. numer.* 17. *fine*, & Fusar. *d. q.* 118. *numer.* 74.

Vtrùm similiter valeat Pupillaris substitutio facta filio præterito, qui licèt posset dicere testamentum nullum, illud tamen approbauit? Respondetur affirmatiuè; quia tale testamentum per illam approbationem validatur, & sic ipsa etiam Pupillaris substitutio redditur valida: oportet autem vt approbetur cum auctoritate tutoris, vt per *l. Si ad pupillum, ff. de Authorit. tutor.* Sic Barth. *in d. l.* 2. *in princip. num.* 21. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 34. & alij Cuman. *in l.* 1. *numer. fin. ff. eod.* & ibi Castr. & Alex. *num.* 3. *vers. Cum tamen*, Imola, *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, de Testam.* Bald. *tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num.* 17. Barth. de Hucio *de Substit. rubr. de Pupillari, num.* 10. cum Goffr. quem ibi refert, Menchac. *de Succeß. progreß. §.* 14 *num.* 137. & cum alijs testantibus esse communem opinionem, Fusar. *d.q.* 118. *num.* 68. 557

Plures aliæ quæstiones circa prædictum requisitum à DD. agitantur, spectato tantùm jure antiquo, præsertim in *dict. l.* 2. vbi hoc requisitum exprimitur: quæ quidem omnes, vel maiori ex parte cessant, si illud jus anti-

quum jam hodie non viget, vt multi sentiunt per *Auth. Ex causa*, *Cod. de Liber. præter.* vbi habetur quòd ex causa præteritionis, vel exhæredationis, testamentum est irritum quoad institutiones, cætera verò firma manent. Igitur operæpretium erit, si statim videamus quid circa hoc tenendum sit?

558 Quæstio igitur est, vtrùm per *d. Auth. Ex causa*, sustineatur Pupillaris substitutio facta in testamento rupto ex causa præteritionis, vel exhæredationis injustę? Qua in re duo principales casus ex mente Doctorum distinguuntur. Primus est, quando vni filio instituto facta est Pupillaris substitutio in testamento, in quo alius filius præteritus est. Et in hoc casu communissima sententia est, quòd expugnato testamento ob præteritionem alterius filij, nihilominus substitutio alteri facta conseruatur per *d. Auth. Ex causa*. Ita sentiunt Glos. *in l.* 1 *§. vlt. verb. Obseruari, ff. de Vulgari*, & ibi Barth. *num.* 3. Imol. Alex. Bald. Raphael, & Paul. Castr. Oldr. *in d. Auth. Ex causa*, & ibi Barth. Angel. Fulgos Salic. Paul. Castr. & Ias. *num.* 10. Angel. *in l. Papinianus, §. Sed nec impuberis, ff. de Inoffic. testam.* & ibi Bald. Bart. *in l. Filio præterito, num.* 12. *ff. de Injusto rupto testam.* & ibi Imola, Angel. *in Auth. Vt cum, de Apellat. cognosc. §. fin. col. antepenult.* Imola, *in cap. Raynutius, num.* 39. *de Testament.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Pupillaris, num.* 66. *& seq.* Ripa, *in l.* 2. *num.* 31. dicens esse communem, *ff. de Vulgari*, Bald. *consil.* 128. *lib.* 1. *& conf.* 113. *lib.* 5. Angel. *conf.* 99. *col. vltim. & conf.* 212. Anton. de Butr. *conf.* 98. Roman. *conf.* 181. *num.* 3. *& conf.* 516. *fine*, Alex. *conf.* 47. *col.* 2 *lib.* 2. Bertrand. *conf.* 129. *num.* 1. *lib.* 5. vbi dicit esse magis communem, Corn. *consil.* 148. *lib.* 3. Oldrad. *conf.* 58. *num.* 3. *&* 26. Bald. *tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num.* 16. Polit. *de Substitut. rubr. de Pupil. numer* 42. Leon. *de Substit. in materia Pupillaris, num.* 178. dicens esse communem DD. Menchac. *de Succes. progress. lib.* 2. *§.* 14. *num.* 137. Emman. Costa, *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Censendum, num.* 9. Jul. Clar. *§. Testamentum, q.* 54. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 14. *num.* 11. dicens hanc esse communem, & receptam scribentium sententiam. Et cum multis alijs Fusar. *de Substit. q.* 119. *num.* 1. qui DD. fere omnes indistinctè asserunt, Pupillarem substitutionem factam in testamento vitiato ex causa præteritionis, conseruari hodie per *d. Auth. Ex causa*, sub qua indistinctione præcipuè intelliguntur comprehendere casum, de quo hic loquimur, nam in eo planè, & sine difficultate militant argumenta, quibus ducuntur. Mouentur enim ex sequentibus.

Primo, quia *in d Auth. Ex causa*, ex- 559
pressè habetur, quod ex causa præteritionis, vel exhæredationis corruit testamentum quantum ad institutiones, cætera verò firma permanent: in cæteris autem Pupillaris substitutio comprehenditur, vt probat text. *in l. Qui plures, §. fin. ff. de Vulgari, & in l. Nam quòd, §. Siquis compulsus, ff. Ad Trebel.* eò præsertim, quòd talis substitutio est fauorabilis pupillo, *l. Si pupillus, in princip. ff. de Acquir. hæredit* & nemini odiosa. Secundò, quia in corpore vnde d. Authentica desumpta est, nempe *in Auth. Vt cum, de Appellat. cognosc. §. Aliud quoque capitulum, juncto §. Siue igitur omnes, vers. Si verò contigerit*, cauetur vt ex causa præteritionis, vel exhæredationis injustæ, sit inualidum testamentum quantum ad hæredis institutionem, *at si in eo scripta fuerint legata, fideicommissa, libertates, tutelæ, aut alia quælibet capitula, ea omnia impleantur:* vbi planè sub illis alijs capitulis Pupillaris substitutio comprehensa est; siquidem vltra legata, fideicommissa, libertates, & tutelas, vix aliud capitulum testamenti cogitari potest, nisi illa substitutio; nec vlla est ratio, cur illa excludenda esset: maximè cũ dicens, *omne*, vel, *omnia*, nihil excludat, *l. Iulianus, ff. de Leg.* 3. Tertiò denique quia ratio, ob quam Imperator, *in d. Auth. Vt cum, de Appellat. cog.* statuit vt testamentum, in quo filius injustè fuerit præteritus vel exhæredatus, sit irritum

quan-

quantum ad institutiones, saluis manentibus alijs capitulis in eo contentis, est ne filij falsis accusationibus condemnetur, vel aliquam circunscriptionem in parentum substantijs patiantur, vt exprimitur, *in d. Auth. §. Siue igitur omnes*, quæ ratio cessat in legatis, fideicommissis, & alijs capitulis testamenti, præter institutionem: atqui hæc ipsa ratio non minùs cessat in Pupillari substitutione, quàm in quouis alio capitulo, cùm per illam non impediatur filius præteritus quominus succedat ab intestato in hæreditate patris, nec substitutus ipsi patri, sed pupillo successurus sit; ergo manet salua, & firma per *d. Auth.* sicut alia capitula ibidem expressa.

559

560 Contrariam tamen opinionem magis probarunt Dinus citatus à Bartholo *in d. l. 1. §. fin. ff. de Vulgari*, quanuis postea sententiam mutauerit, teste Costa vbi supra, Bald. sibi contrarius, *in d. Auth. Ex causa, num. 41. & seq. & in rubr. aliàs in l. 1. Cod. Siquis omissâ causâ testament.* Joan. Ign. *in d. Auth. Ex causa, in repetit. num. 167.* Corras. *in l. Si testamento, num. 54 Cod. de Impub. & al. substit.* Citatur etiam pro eadem Jas. *in d. §. fin. num. 9.* quanuis solùm disputandi causâ eam ibi defendat: cujus opinionis hæc sunt præcipua fundamenta. Primum, quia Pupillaris substitutio fieri, & valere non potest nisi substituens sibi hæredem instituat, vt *supra, in sexto requisito* dictum est, & nisi institutus hæreditatem adeat, vt *in vltimo requisito* dicetur, & constat per *d. l. 2. §. Quisquis, ff. de Vulgari.* Ergo cùm ex causa præteritionis testamentum sit nullum, quoad institutionem, quæ perinde habetur, acsi non esset facta, neque ex illa possit adiri hęreditas, non potest Pupillaris substitutio valere per *d. Auth. Ex causa*, sed solùm valebunt quæ absque hæredis institutione fieri possunt, vt legata fideicommissa, &c. Secundum, quia text. *in d. Auth. Ex causa, & in d. §. Aliud quoque capitulum, & d. verf. Si verò*, quibus communis sententia nititur, loquuntur, & procedunt tam in testamento paterno, quàm in materno, quo filius est injustè præteritus, vel exhæredatus: sed prout loquuntur in testamento materno non confirmant Pupillarem substitutionem, quæ in eo sit facta, vt omnes fatentur, cùm matri non concedatur facultas faciendi talem substitutionem: ergo etiam non tribuunt vim Pupillari substitutioni factæ in testamento paterno, sed solùm confirmant capitula, quæ preter institutionem hæredis vtrique testamento conuenire possunt, juxta regulam, quòd determinatio respiciens plura determinabilia pariformiter determinare debet, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.*

Hæc tamen leuiora sunt, quàm vt propter illa discedendum sit à communi sententia. Ad primum itaque respondetur, non valere consequentiam: nam etiam datio tutelæ de jure ordinario requirit testamentum, cùm non possit fieri nisi vel in testamento, vel in in codicillis confirmatis testamento, *l. 2. Cod. de Testam. tutel.* & requirit etiam aditionem hęreditatis, *l. Si nemo, 1. ff. de Testament. tut.* Et nihilominus quando testamentum est irritum ex causa pręteritionis, vel exhæredationis, conseruatur per *d. Auth. Ex causa*, vt patet ex corpore *in verf. Si verò contigerit*, vbi id exprimitur. Item in alio casu infirmato testamento quoad institutionem, tabulæ pupillares conseruantur; quando scilicet hæres institutus non vult adire hęreditatem ex testamento, vt illam possideat ab intestato, vt expressè habetur *in d. l. 2. § Quisquis verf. Planè, ff. de Vulgari.* Dicimus ergo, quòd licèt regulariter, & jure ordinario ad Pupillarem substitutionem requiratur quòd substituens sibi faciat testamentum validum, & ex eo adeatur hæreditas, id tamen fallit in casu speciali *d. Auth. Ex causa.* 561

Ad secundum respondetur, licèt illi textus loquantur tam in testamento paterno, quàm materno, inde non sequi quòd non confirment paternum quoad capitula, quæ non conueniunt materno; nam *in d. §. Si verò contigerit*, confirmatur expressè datio tutoris, cùm tamen 562

mater tutorem dare non possit, sed solus pater, *l. Mater, Cod. de Testam. tut. & l. Peto, §. Mater, ff. de Leg.* 2. Neque obstat dicta regula de pariformi determinatione; tum quia hæc regula non procedit, quando in determinabilibus sunt rationes diuersæ, vel contrarium intelligitur ex mente disponentis; tum etiam quia in præsenti saluatur pariformitas, in eo quod quemadmodum in testamento paterno confirmantur quælibet capitula ei conuenientia præter solam institutionem, ita etiam in materno confirmantur capitula, quæ illi conueniunt: quod autem plura capitula conueniant vni, quàm alteri, id non pertinet ad vniformitatem confirmationis.

563 Intelligitur verò dicta communis sententia, nisi pater filium ignoranter præterijsset, & extraneum alteri filio substituisset: quia non est præsumendum, quòd testator voluit præferre extraneum in hereditate pupilli filio, quem se habere ignorabat, *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonstr. l. Cum acutissimi, Cod. de Fidecommiss.* Et ita sentiunt Salicet. *in d. Auth. Ex causa*, Alex. *in l.* 1. *§. fin. col. vlt. ff. de Vulgari*, Ripa *in l.* 2. *num.* 32. *ff. eod.* Odd. *consil.* 58. *num.* 24. Trentac. dicens esse conclusionem verissimam *d. cap.* 14. *num.* 13. & Fusar. *d. q.* 118. *num.* 5. tenet etiam Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Censendum, num.* 18.

564 Intelligitur etiam vt valeat quidem per *d. Auth. Ex causa*, Pupillaris substitutio facta in testamento ex causa præteritionis irrito, at non valeat tacita Vulgaris, quæ sub ipsa Pupillari expressa continetur. Quia talis substitutio est secunda institutio in hæreditate patris substituentis, *l. In ratione, §. Quod vulgo. ff. Ad leg. Falcid; in d. verò Auth. Ex causa*, non confirmatur, sed potiùs irrita decernitur quælibet talis institutio in dicto testamento facta, ne scilicet filius præteritus impediatur habere hæreditatem patris, vt constat ex *d. Auth. Vt cum, de Appellat. cognosc. d. verf. Si verò contigerit*, & sic tam expressa, quàm tacita Vulgaris substitutio in dicto testamento contenta irrita est, tam per jus antiquum, quàm etiam per illam Auth. Atque ita tenent Alex. & Ias. *in d. l.* 1. *§. fin. ff. de Vulgari*, Ripa *in d. l.* 2. *ff. eod.* Trentac. *d. cap.* 14. *num.* 12.

Si quæras, vtrùm per *d. Auth. Ex causa*, conseruetur substitutio Pupillaris tacita comprehensa, sub expressa Vulgari facta impuberi instituto in testamento, in quo frater institutus injustè præteritus, vel exhæredatus est? Respondetur affirmatiuè, quia licèt illa Vulgaris expressa non conseruetur, id non tollit quominus valeat tacita Pupillaris sub ea comprehensa, quemadmodum valeret expressa, cùm taciti & expressi eadem sit virtus, *l. Cùm quid, ff. Si cert. pet.* & non minùs principaliter sit intenta à testatore, possitque per se subsistere substitutio tacita, quàm expressa, sub qua tacita continetur, vt sæpius in hac disput. dictum est præsertim *sect.* 2. *§.* 26. *num.* 423. *&* 427. Atque ita hanc quæstionem resoluit Curtius junior *in d. Auth. Ex causa, num.* 53. *verf. Sed hic cadit.* quam sententiam dicit Costa *supra, num.* 13. videri probabilem. 565

Secundus casus est, quando substitutio Pupillaris facta est ipsi filio præterito. Et in hoc casu nonnulli sentiunt non conseruari illam substitutionem per *d. Auth. ex causa.* Sic tenent Bald. *in eadem Auth.* & ibi Angel. & Ioan. Jgn. latissimè *à num.* 177. *vsque ad num.* 182. Bald. *consil.* 128. *lib.* 1. *& cons.* 113. *lib.* 5. Ludou. Roman. *consil.* 516. *num.* 10. vbi Mandos. *in Addition. lit. F.* dicit, hanc opinionem esse communem, & Oldr. *consil.* 8. *num.* 26. quanuis fateatur oppositam sententiam communem esse, idem sentit Din. *in d. l.* 1. *§. vlt. ff. de Vulgari*, dum absolutè vult, Pupillarem substitutionem non conseruari per *d. Auth. Ex causa:* citatur etiam pro hac opinione Barth. *in d. §. vlt. & in d. Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter. & in l. Ex duobus, §. fin. ff. de Vulgari:* at hoc vltimo loco nullam de illa Auth. mentionem facit, & loquitur tantùm secundùm jus antiquum, vt post Claudium *in l.* 1. *§. vlt. col.* 2. rectè aduertit Costa *d. verb. Censendum, numer.* 10. 566

Hæc

Hæc verò opinio, omissis alijs ejus fundamentis, quę coincidunt cum adductis in primo casu pro secunda sententia, probatur primò, quia legata filio pręterito relicta, quæ secundùm jus antiquum sunt irrita, vt *per l. Filium, §. Omnibus, ff. de Legat. præst. & l. Si non solus, §. 1. & l. Quidam Titium, ff. Siquis omiss. caus. testam.* non conseruantur per *d. Auth. Ex causa*, vt tradunt Ias. *in d. Auth. Ex causa*, & ibi Corneus *num.* 38. Roman. *d. consil.* 516. *num.* 10. vbi dicit hanc esse communem sententiam, Bertrand. *consil.* 201. *col.* 2. *vers. Sed superest vnum dub. lib.* 1. *in antiquis*, Gozadin. *consil.* 49. *in* 8. *dubio*, Mandos. *in Addition. ad Roman. in d. consil.* 516. *lit. E.* dicens hanc sententiam esse communiorem, & Costa resoluens esse communem *in dict. verb. Censendum, num.* 16. Ergo etiam non conseruatur substitutio Pupillaris ipsi prætento facta. Secundò, quia qui injustè prætenit, aut exhæredat filium, affi-cit eum injuriâ, & ostendit se illum odisse, atquè adeo non censetur quòd fauore illius, & bono consilio pro eo accepto Pupillarem substitutionem illi faciat: ergo non debet intelligi quòd per *d. Auth.* talis substitutio conseruetur.

567 Oppositа nihilominus sententia est communissima, & tenenda, quòd scilicet Pupillaris substitutio etiam ipsi filio prætento facta conseruatur per *d. Auth. Ex causa.* Ita sentiunt Imola *in d. l.* 1. *§. vlt. num.* 4. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 3. *vers. An eodem modo*, & Claud. *numer.* 4. Aret. *in l.* 2. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Alciat. *num.* 45. & Ripa *num.* 32. vbi testatur de communi, Bald. *in l. Humanitatis, col.* 8. *Cod. de Impuber. & alijs subst.* Cuman. *in d. Auth. Ex causa*, & ibi Castr. Ias. *num.* 20. & Ballio de monte Perus. *num.* 69. & 70. vbi dicit hanc esse communem opinionem, à qua neque in judicando, neque consulendo recedendum est, Guid. Pape *decis.* 529. Imola *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, de Testament.* & ibi Guilliel. Bened. *verb. Si absque liberis, in materia Pupillaris, num.* 66. Emman. Costa *in cap. Si pater* 3. *p. verb. Censendum, numer.* 10. & 14. Barth. *consil.* 52. *num.* 2. & *consil.* 44. *numer.* 4. *lib.* 1. Anton. Gom. *tom.* 1. *Var. cap.* 4. *num.* 4. Crass. *§. Substitutio, q.* 26. *num.* 6. vbi testatur de communi, Menchac. *de Succes. progres. lib.* 2. *§.* 14. *numer.* 137. vbi dicit esse communem, Jul. Clar. *§. Testamentum, q.* 54. vbi etiam testatur de communi Valasc. *consult.* 54. *num.* 7. *tom.* 2. qui etiam dicit esse communem, & plurimos pro ea refert. Trentacinq. *de Substitut. p.* 2. *cap.* 14. *num.* 15. *fine*, & cum alijs Fusar *de Substit. q.* 158. *num.* 7. Probatur, quia vt constat ex dictis in primo casu, per *d. Auth. Ex causa*, confirmantur simpliciter & absolutè omnia capitula testamenti irriti ex causa prætentionis, vel exhæredationis injustæ, prætet solam institutionem; inter quæ capitula comprehenditur Pupillaris substitutio, vt ibidem probatum est: & nulla est ratio cur id sit limitandum in substitutione Pupillari facta ipsi filio prætento, vel exhæredato, vt constabit respondendo ad fundamenta contrariæ sententiæ: ergo non est admittenda talis limitatio. Attento autem jure Lusitano *lib.* 4. *Ordin. tit.* 82. *§.* 1. credit Valasc. *d. consult.* 54. *§. vlt.* quòd rupto testamento ex causa prætentionis, vel exhęredationis injustæ, perit etiam substitutio Pupillaris, & Fideicommissaria vniuersalis in eo facta: quia loco cit. Ordinat. absolutè dicitur tale testamentum esse nullum, & solùm excipiuntur legata in eo contenta: quorum nomine non veniunt substitutiones vniuersales; cùm legata sint relicta particularia. Magis tamen placet, quòd sentit Costa *in d. cap. Si pater, verb. Censendum, numer.* 17. vbi asserit, d. legem Lusit. intelligendam esse secundùm jus commune, vt sic etiam in hoc Regno Pupillaris substitutio in dicto casu sustineatur.

Ad primum itaque fundamentum pro 567
prima sententia positum, admisso antecedente, negatur consequentia. Est enim diuersa ratio in legatis relictis filio prætento testamentum expugnanti, atque in Pupillari substitutione eidem facta: tum quia illa legata fuerunt relicta tali filio, vt

præ-

præterito, idest, suppositò quòd hæreditate patris carituras esset: & ideo si ille testamentum expugnat, & sic patris hæreditatem ab intestato consequitur, non manent legata ei debita, cùm in tali casu testatoris judicio destituatur; Pupillaris autem substitutio est illi facta simpliciter, ad hoc vt habeat hæredem, si ante pubertatem moriatur; tum etiam, quia si peteret legata sibi relicta, eo ipso approbaret testamentum paternum, quo relicta sunt, & sic testamentum non rumperet: ergo si illud rumpit, non debent legata permanere, vt arguit ur *in d.l. Filium, §. Omnibus, ff. de Leg. præst.* & sibi imputet quòd facto suo se legatis priuauit; etiamsi id non potuerit facere absque authoritate tutoris: at verò Pupillaris substitutio non pendet à voluntate pupilli, etiam cum tutoris authoritate, sed tantùm à voluntate testatoris, & ideo non est cur deb eat perire, ex eo quòd pupillus t stamentũ rumpat. Quæ ratio est de mente Barth. *in d. l. Ex duobus, §. fin. ff. de Vulgari*, & communiter ab alijs recipitur. Tum denique quia talis filius expugnando testamentum patris, fit indignus, qui aliquod emolumentum ex illo consequatur *l. Papinianus, §. Meminisse, ff. de Inoffic. testam. & l. Quæsitum, ff. de Acquir. hæred. cum simil.* propter eam verò indignitatem non debuit perire Pupillaris substitutio illi facta: nam licèt cedat in aliquam ejus vtilitatem, *l. Si pupillus, in princip. ff. de Acquir. hæred.* tamen cũ præcipuum emolumentum sit substituti, æquum fuit vt istius fauore, & vt voluntas testatoris non periret, substitutio illa per *d. Auth.* conseruaretur, quemadmodum conseruatur datio tutelæ, quanuis cedat in vtilitatem ipsius pupilli. Ad quod etiam bene inducit Costa *sup. num.* 10. *in fine, text. in l. Etsi contra tabulas, ff. de Vulgari*, vbi filius impubes, cui pater fecit substitutionem Pupillarem, petens contra tabulas patris bonorum possessionem, non admittitur ad legata ipsi in eisdem tabulis relicta, vt per *d. l. Filium, §. In omnibus, ff. de Leg. præst.* & nihilominus non amittit vtilitatem Pupillaris substitutionis sibi in eodem testamento factæ.

Si filius præteritus substitutus esset pupillariter fratri impuberi instituto, & ex causa præteritionis testamentum expugnasset, tunc sicut legata tali præterito relicta sunt irrita, & non conseruantur *per d. Auth. Ex causa*, vt dictum est, sic etiam non videtur conseruanda Pupillaris substitutio, qua ille substitutus est, vt clarè sentit Jas. *in d. Auth. Ex causa, numer.* 10. *Cod. de Liber. præter.* Et ratio est quia in præsenti casu legata, & Pupillaris substitutio pari modo quoad emolumentum se habent respectu illius præteriti, eademque est ratio in vtroque emolumento, vt præteritus qui priuatur vno, priuetur etiam alio, vt porbat text. *in d. l. Filium, §. Non solum, ff. de Legat. præst.* vbi non solùm legata, sed etiam emolumentum Pupillaris substitutionis denegatur præterito substituto, qui per possessionem contra tabulas cassat paternum testamentum. Nihilominus tamen Emman. Costa *in cap. Si pater, 3. p. verb. Censendum, num.* 15. & 17. contrarium resoluit, scilicet etiam hoc casu sustineri Pupillarem substitutionem: addit verò distinguendum esse inter filium præteritum, qui testamentum patris dicit nullum, & filium exhæredatum, qui per querelam inofficiosi paternum testamentum expugnat: & hunc, nempe exhæredatum, priuandum esse emolumento talis substitutionis, tanquam illo indignum, eoquòd patris testamentum oppugnauerit, argum. *l. 2. & l. Post legatum, §. Qui principale, ff. de His quibus vt indign. & l. Is qui contra tabulas, ff. de Vulgari, juncta d. l. Filium, §. Omnibus, & §. Non solum, ff. de Leg. præst.* secùs autem præteritum, cùm is non videatur irrogare injuriam patri, dicendo nullum ejus testamentum, quod reuerà ipso jure nullum est. Cæterùm hæc Costæ resolutio mihi non placet, cùm nullum pro se afferat fũdamentum, præter suum ipsius intellectum, vt ipse exprimit, *d. num.* 17. & ideo sentio potiùs cum Jasone, tam legata, quàm Pupillarem substitutionem non susti-

sustineri in præsenti casu per *d. Auth. Ex causa.*

570 Ad secundum fundamentum dictæ primæ sententiæ respondetur primò, licèt pater injustè præteritus, aut exhæredans filium, injuriam illi faciat, & censeatur illum odisse, inde non colligi quòd non debeat censeri bene illi consulere, dando ei substitutum pupillarem, vt probat text. *in l. Si pater, ff. de Testam. tut.* vbi datio tutoris facta filiæ exhæredatæ, quæ datio annullata erat, per judicem confirmatur; ex quo patet, quòd quanuis pater censeatur odisse filium, quem exhæredauit, tamen præsumitur bonum consilium pro eo capere: quod etiam planè probatur ex *Auth. Vt cum, de Appellat. cog. §. Siue igitur omnes, vers. Si verò contigerit,* vbi rupto testamento ex causa injustæ præteritionis, vel exhæredationis, tamen datio tutelæ illi facta per illum textum confirmatur, & sustinetur. Respondetur secundo Imperatorem *in d. Auth.* non respexisse ad fauorem liberorum injustè præteritorum, vel exheredatorum, nisi quatenus irritam esse voluit institutionem principalis testamenti, à qua ipsi liberi essent excluſi: in cæteris autem capitulis vt in legatis, fideicommissis, &c. quæ conseruari voluit, respexisse tantum ad fauorem voluntatis testatorum, ne effectu careret: & sic quanuis in proposito casu Pupillaris substitutio non intelligatur facta in fauorem pupilli, id non obstat quominus per *d. Auth.* sustineri debeat, quemadmodum datio tutelæ sustinetur. Quæ responsio est Costæ *in d. verb. Censendum, sub num.* 14. Hac sententia retenta tollitur de medio dictum septimum requisitum, & consequenter cessat omnis alia dispositio circa illud.

571 Tenendo autem primam sententiam, quæ suam habet probabilitatem, & sic stante dicto requisito juxta terminos *l. d. l. 2. in princip. vers. Sed si eos, ff. de Vulgari,* multa circa illud quæruntur; quæ omnino omitti non debent: satis tamen erit ea breuiter attingi. Primò igitur quæritur, an rupto testamento per contra tabulas, irriteturPupillaris substitutio? Respondetur negatiuè. Ita communiter DD. per text. *in l. Ex duobus, §. fin. ff. de Vulgari,* vbi Barth. Bald. Castr. Imol. Angel. Aret. Salic. Cuman. Alex. Jas. & cæteri communiter. Glos. *in §. Liberis,* & ibi Viglius, & Aretin. *Inst. de Pupillari,* item Glos. *in §. Qua ratione, Inst. eod. tit.* Trentacinq. *de Substit. p. 2. cap. 14. num. 2.* & alij. Ratio est, quia bonorum possessio contra tabulas est de jure Prætorio, *§. Emancipato, Inst. de Exhæredat. liberor.* Prætor autem sicut non potest facere hęredem, ita nec desinere esse hæredem, *§. Quos autem, Inst. de Bonor. possess.* & sic non potest rescindere penitus vires testamenti, atque adeo nec tollere Pupillarem substitutionem; ad quam sufficit quod testamentum de jure Ciuili sit validum, licèt de jure Prætorio non valeat, vt probat *l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari, juncta l. Nam nec emancipatus, ff. de Leg.* 1. Quæ ratio non solùm probat conseruari substitutionem Pupillarem, quando frater impuberis, cui illa facta est, fuit præteritus, & cùm esset emancipatus rumpit per contra tabulas testamentum patris (in quo casu loquitur textus *in d. l. Ex duobus, §. fin.* vt notauit Leon. *tract. de Substit. in materia Pupillaris, num.* 174.) sed etiam quando ipse impubes institutus beneficio emancipati præteriti contra tabulat; nam in hoc etiam casu militat ratio tradita: & sic quòd tunc etiam Pupillaris substitutio conseruetur, probatur *in l. Et si contra tabulas, ff. de Vulgari,* vbi Barth. Bald. Alex. Jas. & cæteri DD. communiter; idemque tenet Barth. *in d. l. Ex duobus, §. fin.* & Trentacinq. *d. numer. 2. ad fin.* Quòd si opponas text. *in l. Filium, §. Omnibus, ff. de Legat. præst.* vbi habetur quod filio contra tabulante non conseruatur patris prouisio. Respondet Barth. *in d. §. fin.* Trentacinq. *sup.* & alij communiter, illum textum procedere in prouisione commodi pecuniarij, in quo filius potest disponere cum authoritate tutoris, vel curatoris: & sic petendo possessionem bonorum contra tabulas, perdere

id

id de quo potest disponere, vt legata, & similia; non autem vtilitatem substitutionis Pupillaris sibi factæ, cùm impubes nihil circa illam possit disponere, etiam cũ authoritate tutoris.

572 Adhuc tamen circa præfatam resolutionem supersest dubium, vtrùm saltem quando filius emancipatus præteritus rũpit testamentum per contra tabulas ante aditam hæreditatem per institutum, rumpatur etiam Pupillaris substitutio facta impuberi instituto? Respondent affirmatiuè Barth. *in d.l. Et si contra tabulas, in fine, ff. de Vulgari*; & Bald. *tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num.* 15. cum qua opinione transit Salic. *in d. l. Ex duobus, §. fin. ff. eod.* Mouentur quia propter hæreditatem non aditam corruit testamentum principale, & sic Pupillaris etiam substitutio euertitur *l.* 2. *in princip. vers. Adeo, ff. de Vulgari.* Quæ opinio maximè procedet, si per contra tabulationem testamentum corruit de jure Ciuili in casu proposito, vt tenet Glos. *in l. Illud, in princip. verb. Siue non, ff. de Bonor. possess. contra tabul.* vbi etiam Barth. *& in d. l. Et si contra tabulas, numer.* 7.

Contrarium nihilominus tenent meri-
573 tò Bald. Angel. Cuman. Alex. & Ias. *in d.l. Ex duobus, §. fin.* Faber. & Bellon. *in §. Qua ratione, Inst. de Pupillari,* Aretin. *in §. Liberis, Inst. eod. tit.* & Trentacinq. *d. cap.* 14. *num.* 3. Ratio est quia per possessionem contra tabulas non destruitur existentia Suitatis, ex qua impubes constitutus est hæres ante aditionem: cùm Suitatis existentia sit de jure Ciuili, & possessio illa de jure Prętorio, quod non tollit quæ sunt juris ciuilis, vt *numer.* 571. ac sæpe aliàs dictum est. Ergo non euertitur etiam Pupillaris substitutio illi impuberi facta; cùm hæc per existentiam Suitatis confirmetur, etiamsi aditio non sequatur, vt per *l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari,* & ibi DD. neque est verum quòd per contra tabulationem ante aditam hæreditatem rumpatur testamentum de jure Ciuili: non enim talis casus reperitur, vt per not. *in l.* 1. *Cod. de Bonor. possess. contra tab.* & probatur *in l. Filium, ff. Bonor. possess.* Vnde propter petitam bonorum possessionem non impeditur hæres scriptus adire, *l. Is qui in potestate, vers. Sed si scriptus adierit, ff. de Leg. præst. & l. Virilis, §. Si adierit, ff. eod.* & hæc, teste Decio *in l. Vt liberis, Cod. de Collat.* est communis sententia. Atque ex his corruit fundamentum Aduersariorum. Vtrum verò idem dicendum sit, licèt illi impuberi instituto datus fuerit cohæres extraneus, cujus datio per ipsam contra-tabulationem infirmatur, sicut testamentum principale? Vide apud Trentacinq. *d. num.* 3 *ad fin.* vbi in vtramque partem DD. refert.

Quæritur secundò, vtrùm rupto testa- 574
mento per querelam inofficiosi, pereat Pupillaris substitutio in eo facta? Respondetur affirmatiuè, si testamentum rumpatur in totum: secus autem si solùm pro parte. Ita Barth. *in d.l.* 2. *in princip. num.* 19. *ff. de Vulgari,* & ibi Ripa. Idem Barth. *in d. l. Ex duobus, §. fin. ff. eod.* & ibi Bald. Angel. Aret. Alex. & Iason. Barth. *in l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, ff. de Inoffic. testam.* & ibi Bald. & Castr. Faber *in §. Qua ratione, Inst. de Pupillari,* & ibi Bellonus, & Ojerius, Aretin. *in §. Liberis, Inst. eod. tit.* Bald. *tract. de Substit. tit. de Pupillari, num.* 15. Leon. *tract. etiam de Substit. in materia Pupillaris, num.* 173. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 14. *num.* 5. & alij per text. *in d.l. Papinianus, §. Sed neque impuberis.* Et ratio est, quia remedium rũpendi testamentum per querelam est de jure Ciuili, & sic potest euertere omnem vim testamenti, quanuis de jure Ciuili sit validum: sublato autem in totum testamento, etiam Pupillaris substitutio corruit, *d. §. Liberis, Inst. de Pupillari.* Cur autem per querelam possit testamentum rumpi, tam pro parte, quàm in totum; cùm per jus dicendi nullum, & per contra tabulas, non possit expugnari, nisi in totum? Videas si placet apud Trentacinq. *vbi supra.* 576

Quæritur tertiò, vtrùm quod supra- 575
dictum est *ex d.l.* 2. *ff. de Vulgari,* posse fieri

fieri Pupillarem substitutionem impuberi exhæredato, habeat hodie locum attento jure nouo *in Auth. Vt cum de Appellat. cognoscitur, §. Aliud quoque capitulum, cum seqq.* vbi assignantur causæ, ingratitudinis, ex quibus liberi exhæredari possint, statuiturque vt testamentũ quo parentes aliquem liberorum exhæredant, vim non habeat, nisi aliqua saltem ex illis causis in eo sit inserta, & scripti hæredes eam veram esse monstrauerint. Quod non videtur posse cadere in impuberem; cùm tam tenera ætas non videatur capax admittendi tam grauem ingratitudinem aduersùs parentes, vt mereatur ab eis exhæredari. Respondetur tamen distinguendo inter impuberem doli capacem, & incapacem. Et si quidem sit capax doli, vt esse potest, qui pubertati est proximus, dicendum est, eum exhæredari posse, & consequenter locum in eo habere posse dispositionem *d. l.* 2. admittentis posse fieri Pupillarem substitutionem liberis exhęredatis: nam qui doli est capax committere potest in parentes vnde exhæredari mereatur. Et ita sentiunt Barth. *in d. l.* 2. *in princip. num.* 19. *ff. de Vulgari*, & ibi Imola *n.* 7. Alex. *num* 22. Ripa *num.* 29. Socin. sen. *num.* 13. & Jas. *num.* 25. Salic. *in l. Si testamento, n.* 7. *vers. Circa illud, Cod. de Impuber. & aliis substit.* Jas. *in l.* 1. *§. Substituere, n.* 1. *&* 2. Guilliel. Bened *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, n.* 60 *de Testam. In suis tract. de Subst. vbi de Pupillari*, Bald. *n.* 15. Barth. de Hucio *n.* 10. Fumeus *n.* 46. Zasius *n.* 17. Leon. *n.* 170. Mantica, *de Cõject. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *num.* 10. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 14. *num.* 8. *fine*, & cum multis alijs Fusar. *de Substit. q.* 118. *num.* 63. Idemque expressè habetur in jure Castellæ, *l.* 2. *tit.* 7. *part.* 6.

576 Si autem impubes doli capax non sit, contrarium est dicendum, vt tenent omnes DD. proximè citati, quibus nonnullos addit Trentacinq. *d. cap.* 14. *num.* 6. vbi hanc sententiam contra quosdam paucos latè probat, & confirmat. Adæquatum verò illius fundamentum est, quia qui non est capax doli non est etiam capax committendi culpam, ex qua pœnam exhæredationis mereatur: vnde cũ hodie nemo exhæredari possit nisi ex propria culpa ingratitudinis aduersùs parentem, & inserta nominatim in testamẽto causa talis ingratitudinis, vt per *d. Auth. Vt cum de Appellat. §. Siue igitur*, bene concluditur impuberem doli non capacem exhæredari non posse.

Dices cum Aduersarijs, per *d. §. Siue igitur*, solùm probari, quod testamentum 577
in quo aliquis filius hodie exhæredatur, non insertâ causâ ingratitudinis, potest impugnari per querelam, ac proinde quod, eo non impugnato, valet Pupillaris substitutio facta infanti, vel posthumo exhęredato in tali testamento, quanuis nulla exhæredationis causa in eo sit expressa, siquidem testamentum, quod per querelam impugnari potest, est validum mero jure antequam per judicem rescindatur; vnde valida etiam est substitutio in eo facta. Qui dicendi modus omnino videtur probandus, ad hoc vt antiqua jura admittentia exhæredationem infantium, & posthumorum minùs corrigantur; siquidem constat etiam posthumos olim exhæredari potuisse, quando etiam alieno odio liberi exhæredabantur, *l. Siquis in suo, §. Legis, C. de Inoffic. testam.* Respondetur negando assumptum, nam ex *d. §. Siue igitur*, clarè probatur tale testamentum esse ipso jure irritum, & non annullandum per querelam; quia *in illo §.* indicitur pro forma, vt causa ingratitudinis nominatim in ipso testamento inseratur: deficiente autem formâ est actus simpliciter irritus, *l. Nemo, ff. de Leg.* 1. Et confirmatur quia præteritio sine causa annullat ipso jure testamentum, *l.* 1. *ff. de Injusto rupto, l. Inter cætera, & l. vlt. ff. de Liber. & posth. Inst. de Exhæred. liber. in princ.* Exhæredatio autem sine causa inserta idem est atq; præteritio; vnde filius sic exhæredatus dicitur pręteritus, vt est textus *in l. Non putauit, §. Non quæuis, ff. de Bon posses. contr. tab. & in §. Eadem, Inst. de Hæred. quæ ab inteſt. defer.* & hæc est communis sententia, quam latiùs probat Trentacinq. *vbi supra.*

Aduerte autem prædicta intelligi de
578 exhæredatione facta mala mente, ideſt, ad excludendum filium à bonis patris ob ingratitudinem in eum admiſſam. Eſt enim alia ſpecies exhæredationis, quæ dicitur facta bonâ mente, ideſt, non vt filius à bonis patris maneat ſimpliciter excluſus, neque vt aliquod ejus crimen puniatur, ſed potiùs vt ei meliùs prouideatur, vt cùm teſtator merito timens quod inſtituto filio, bona ei relicta diſsipabuntur ob malam adminiſtrationem ejus, in cujus poteſtatem vel tutelam deueniet, ad tale ejus damnum vitandum illum nō inſtitueret, ſed inſtitueret quemdam extraneum cum onere fideicommiſsi, vt bona omnia reſtitueret ipſi filio, vbi eſſet capax ea adminiſtrandi, & interim illi daret alimenta. Quæ quidem exhæredationis ſpecies jure Digeſtorum admittitur, vt *in l. Multi non notæ, ff. de Liber. & poſthum. & in l. Si patronus teſtamento, §. Siquis non mala mente, & in l. Paulus in princip. ff. de Bon. libert. & in l. In fideicommiſsi, §. Cum Pollidius, ff. de Vſuris, & in l. Cum ex filio, in princip. ff. de Vulgari*, neque videtur excluſa, aut reprobata per jura Codicis, vel Authenticorum, quibus non permittitur filium præteriri, vel exhæredari, niſi ex certis cauſis in ipſo teſtamento inſerendis *d. §. Siue igitur, Authent. Vt cum de Appellat.* quia hæc jura ſolùm cauent, ne filijs fiat injuria, & cùm ad eorum fauorem conſtituta ſint, non debent in diſpendium eorundem ad hanc exhæredationem ipſis fauorabilem extendi: maximè cùm legibus antiquioribus ſit approbata, & correctio legum ſemper vitanda ſit, quantum fieri poſsit. Atque ita planè ſentit Barthol. *in d. l. Cum ex filio, in princip. numer.* 2. quem vide; maximè pro hujuſmodi exhæredatione facta filio impuberi emancipato, circa quem aliquid attigimus ſupra in tertio requiſito, *num.* 523. Hanc etiam exhæredationem tuetur, imò & commendat Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 28. *num.* 8. & 9. Poſito autem quod antiqua jura hanc exhæredationem admittentia correcta non ſint, dubitandum non eſt, eam poſſe habere locum in quibuſcumque impuberibus, etiam doli non capacibus, imò & in poſthumis, cùm nullam in exhęredando ſupponat culpam, aut rationis vſum, vt ex terminis liquet. Vnde *in d. l. Multi non notæ*, abſolutè & indiſtinctè ponitur, hujuſmodi exhæredationem fieri impuberibus: & hinc ad præſens inſtitutum.

Quæritur quartò, vtrum cùm *in d. l.* 2. 579
ff de Vulgari, admittitur, Pupillarem ſubſtitutionem poſſe fieri impuberibus exhæredatis, id procedat ſolùm de exhæredatis bona mente, vel etiam de exhæredatis mala mente? Reſpondetur etiam de his procedere juxta communem ſententiam, quam tenent Barth. *in d. l.* 2. *numer.* 22. & ibi Salic. Imola Alex. *n.* 24. Jaſ. *n.* 25. & Ripa *n.* 35. Guilliel. Bened. *inc. Raynutius, in materia Pupillaris, n.* 60. & 64. *de Teſtam.* Coſta *in c. Si pater, p.* 1. *verb Eidem filio, n.* 6. *de Teſtam. in* 6. *In ſuis tract. de Subſtit. in materia Pupillaris*, Bald. *n.* 18. Barth. de Hucio *n.* 11. Zaſius *n.* 17. & Leon. *n.* 187. Menchac. *de Succeſs. progreſ. lib.* 2. §. 14. *n.* 132. Trentacinq. *de Subſtit. p.* 2. *cap.* 14. *n.* 9. & cum alijs Fuſar. *de Subſtit. q.* 118. *n.* 54. Ratio eſt, tum quia *d. l.* 2. loquitur indiſtinctè de impuberibus exhæredatis, & vbi lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus, *l. Non diſtinguimus, ff. de Arbitr. & l. de Pretio, ff. de Publiciana.* Tum maximè, quia exhæredatio malâ mente eſt vera & propria exhæredatio, alia verò inſpecto effectu vix nomen exhæredationis meretur, cùm non ſit facta eo animo vt filius maneat priuatus hæreditate, ſed potiùs vt ei meliùs prouideatur, vt declaratum eſt: ergo *d. l.* 2. multò magis debet intelligi de exhæredatis mala mente, quàm de alijs; nam jura ſimpliciter loquentia potiùs accipi debent in ſignificatione magis propria, quā minùs propria: arg. *l.* 1. *§. Quia perpetuum, ff. de Ag. vect. ig. & emphyt. pet. & l.* 1. *§ fin. ff. Quod quiſq; jur. & l. pen § docere, ff. Nequis eum qui in jus vocat. cū ſimil.* Accedit etiā quòd hic caſus videtur expreſsus *in l. Cū quidā, C. de Leg.* vbi tex. expreſsè loquitur de ſubſtitutione facta

facta pupillo malâ quidem mente exhæredato, *& in l. Ab exhæredati, ff. de Leg.* 1. *& in l. In ratione, §. fin ff. Ad l. Falcid.* Neque obstat, siquis dicat patrem mala mente exhęredantem esse infensum & inimicum filio, & sic debere rejici ejus judicium, sicut arbitri, vel judicis inimici, vt per *d l. Non distinguemus, §. Cum quidam, ff de Arbitr. & l.* 1. *Cod. Si quacunque prædit. potest.* Respondetur enim id non obstare, quominus talis pater substituendo pupillariter illi filio, bonum consilium pro illo capere intelligatur; cùm hoc semper de patre præsumatur, etiam cùm filium incarcerari facit *l. Si filius tuus, Cod. de Patr. potest.* Et facit text. *in l. Si pater, ff. de Testam tutel.* vbi datio tutoris annullata facta filiæ exhæredatæ à testatore, per judicem confirmatur.

580 Illud tamen hìc aduerte quanuis pater filio exhęredato possit dare substitutum pupillarem, attamen à tali substituto, nec legatum, nec fideicommissum relinquere posse, etiam si locupletem impuberis hæreditatem ei substituto dederit; quin etiam licèt ampla legata ipsi exhæredato reliquerit, adhuc illum exhęredati substitutum grauare non poterit legato, vel fideicommisso; idque etiam si ipse testator miles sit, vt relatis alijs tradit Emman. Costa *in d. cap. Si pater,* 1. *p. verb. Eidem filio, num.* 7. *per l. Qui fundum, §. Qui filios, ff. Ad l. Falcid. & in l. Miles ita, §. Si miles, ff. de Leg.* 1. *& d. l. Cum quidam, Cod. de Legat.* Imò non deest qui putet, non posse patrem dare filio exhæredato substitutum pupillarem in secundo gradu, sed tantùm in primo: vt si dicat; *Si filius meus decedat in pupillari ætate, sit ei hæres Ioannes*; non possit vlterius addere; *Et si Ioannes ei hæres non erit, sit ei hæres Paulus*; sed hanc sententiam tanquam nullo jure fundatam reprobat meritò idem Costa, *num.* 8. qui deinde circa ipsa legata & fideicommissa à dicto substituto pupillari relicta, nonnulla satis ingeniosè animaduertit; quæ videas.

581 Octauum & vltimum requisitum ad Pupillarem substitutionem est vt hæreditas ex testamento patris substituentis adeatur, vt est text. *in d. l.* 2. *in princ. vers. Adeo autem, ff. de Vulgari,* vbi Barth. *n.* 24. & cæteri scribentes, *& in l. Sed si plures, §. Si ex asse, ff. eod.* & ita docent *in suis tract. de Substit. in materia Pupillaris,* Bald. *n.* 19. Barth. de Hucio *sub num.* 12. Zasius *n.* 17. Leon. *n.* 195. Trentac. 2. *p. cap.* 14. *fine,* & cum alijs Fusar. *q.* 118. *n.* 77. Ratio est, quia si hæreditas non adeatur, omnia in testamento scripta corruunt, *l. Si nemo, ff. de Testam. tutel.* Id tamen fallit primò in milite; quia absque vllo suo testamento potest facere Pupillarem substitutionem, *l. Miles ita, §. fin. ff. de Militari testam.* Fallit secundò, quando per existentiam Sui hęredis tabulæ pupillares confirmantur; hìc nanque est vnus ex effectibus Suitatis vt per ejus existentiâ absque aditione tabulæ pupillares confirmentur, *l. Si filius, Qui patri, ff. de Vulgari; l. Filius qui se paterna, ff. de Acquir. hæred. & l. Pater, ff. de Priuil. credit.* Has duas fallentias tradunt omnes DD. proximè cit. Fallit tertiò, quando institutus omissâ causâ testamenti hęreditatem ab intestato possederit, nam tunc etiam defectus aditionis ex testamento non obstat quominus Pupillaris substitutio conseruetur, sicut & cætera in eo testamento disposita. Quæ limitatio expressè habetur *in d. l.* 2. *in fin. princ. ff. de Vulgari,* & constat etiam per *l.* 1. *ff. Siquis omissâ causâ testam.* Fallit quartò, quando causa pia esset pupillariter substituta vt ex Anchar. *in c. Si pater de Testam. in* 6. & Gallo *de Success. except. tit.* 4. *except.* 19. *num.* 128. tradit Fusar. *d. q.* 118. *fine.*

582 Illud etiam notandum, non oportere quòd hæreditas adeatur ex institutione facta in testamento in primo gradu, sed satis esse quòd adeatur ex substitutione Vulgari, siue expressa, siue tacita, vt citati DD. notant; & patet ratione, quia Vulgaris substitutio, etiam tacita, sufficit ad dãdum vires testamento, illudque sustinendum, vt latè declarauimus *sect. præced. §.* 20. *&* 21. & sic etiam sufficit aditio ex tali substitutione vt testamentum, & consequenter Pupillaris substitutio in eo con-

tenta, confirmetur. Denique vt per dationem ab ipso substituto factam tabulæ pupillares confirmentur ad commodum ipsius substituti; opus est vt adeat spontaneè, & non coactus ab aliquo fideicommissario vt probat, & latiùs declarat relatis alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art. 2. num. 87.*

§. 8. *Vtrùm quando Pupillaris substitutio valere non potest jure directo ob defectum alicujus ex prædictis requisitis, valeat saltem in vim fideicommissi, seu vt Fideicommissaria?*

SUMMRAIUM.

VTrum Pupillaris facta in testamento verbis directis impuberi non existenti in potestate testatoris, cùm non possit valere jure directo, valeat saltem in vim fideicommissi? Prima sententia negat; num. 583. & seq. Secunda, & verior affirmat; num. 585. & seqq. Soluuntur fundamenta primæ sententiæ; num. 589. & seqq.

Substitutio, quæ à principio potuit valere jure directo, an postea casu aliquo trahi possit ad fideicommissum? num. 591. fine.

An substitutio facta puberi verbis directis sub expressa conditione, Si in pupillari ætate decesserit,, *valeat jure fideicommissi? Distingue tres casus. Nam vel testator existimabat instituturn esse impuberem; & in hoc casu respondetur negatiuè; num. 593. Vel sciebat illum esse puberem, at minorem 25. annis: & in hoc casu probabile est substitutionem valere in vim fideicommissi; num. 594. Vel denique testator sciebat illum esse maiorem 25. annis: & in hoc casu tenendum videtur, substitutionem valere tanquam simpliciter factam; num. 595. & seq. Contraria sententia proponitur, & excluditur; num. 597. An retentâ primâ sententiâ, valeat illa substitutio vt Vulgaris, vel potiùs vt Fideicommissaria? num. 598. & seq.*

Quoties Pupillaris substitutio non valet jure directo, sed tantùm in vim fideicommissi, eoquòd fuerit facta instituto non existenti in potestate testatoris, vel maiori 14. annis, non debet intelligi, quòd hæres talis instituti grauetur restituere ejus hæreditatem, sed quòd ipse institutus grauatur restituere per mortem bona testatoris substituto ei dato. Et vtrùm talis institutus possit detrahere Trebellianicam? numer. 600.

HÆc quæstio procedit, quando in tali substitutione concurrunt quæ aliàs ad fideicommissum requiruntur: & excitari in primis solet in casu, quo dicta substitutio facta est in testamento verbis directis impuberi non existenti in potestate testatoris, vt quia facta est à matre, vel filio emancipato. At in tali casu prima sententia negat, eam substitutionem valere in vim fideicommissi. Ita sentiunt Glos. *in §. Extraneo, Instit. de Pupillari substit.* Imola *in cap. Raynutius, in materia Compendiosæ, de Testam. & in l. Centurio, ff. de Vulgari.* Joan. Andr. *in cap. Si pater, de Testament. in* 6. Cuman. *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari,* Matthæs. *notab.* 148. prout hos omnes refert Trentacinq. *tract. de Substit p. 2. cap. 10. num. 7.* idem relatis pluribus tradit Fusar. *de Subst. q. 8. n. 6. & 8.* 583

Probatur hæc sententia primò *ex d. l.* 584 *Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari,* quatenus ibi dicitur, quòd substitutio per verba ciuilia fit frustra post 14. annum ætatis filij instituti, ideſt, quòd erit frustranea substitutio, qua testator post institutum filium, diceret, *Et postquam filius meus fuerit pubes, instituo Titium,* seu, *Titius mihi sit hæres.* Vnde sic arguitur. In casu hujus legis illa verba ciuilia; *Instituo Titium,* vel, *Titius mihi sit hæres,* non obliquantur, nec inducunt fideicommissum, sed eo ipso quòd talis substitutio jure directo valere non potest, dicitur & est simpliciter frustra-

tranea & inutilis: ergo etiam in nostro casu, cùm substitutio Pupillaris facta verbis directis impuberi non existenti in potestate valere non possit jure directo, erit similiter frustranea, itaut neque in vim fideicommissi conseruari debeat, cùm eadem vtrobique sit ratio. Probatur secundo ex text. *in l. Si seruus legatus, §. Si seruus alienus, ff. de Leg.* 1. vbi si testator reliquit directo libertatem seruo alieno, non valet talerelictum, neque jure directo, neque fideicommissi: ergo si dispositio, quæ non potest valere jure directo, etiam fauore libertatis non sustinetur in vim fideicommissi, à fortiori in nostro casu non sustinebitur fauore substitutionis. Probatur tertiò, quia dicta substitutio licèt non valeat vt Pupillaris, tamen inducit tacitam Vulgarem validam, vt ex communi sententia diximus *sect. præcedenti, §. 2. num.* 48. & sic non manet penitus frustrata voluntas testatoris: ergo propter talem voluntatem aliqua ratione sustinendam, non oportet eam vlteriùs extendere, vt etiam inducat substitutionem Fideicommissariam.

585 Secunda sententia, cui adhæreo, affirmat illam substitutionem obliquari, & valere in vim fideicommissi. Hanc tenet Glos. *in d.l. Verbis ciuilibus*, quam ibidem sequuntur Barth. *num.* 6. dicens eam Glos. ab omnibus recipi, Dinus Bald. Angel. Castr. Alex. & Ias. *num.* 21. sequuntur etiam Guil. de Cun. Cyn. & Salic. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Bald. *in l. Extraneum, Cod. de Hæred. instit.* Angel. *in l. Centurio, ff. de Vulgari, & in l. fin. Cod. de Hæred. instit.* Butrigar. *in l. Ex tribus, Cod. de Inoffic. testam.* & ibi Bald. Anton. Gom. *tom.* 1. *cap.* 4. *num.* 6. Valasc. *consult.* 54. *num.* 6. & *consult.* 251. *sub num.* 7. quibus locis testatur de magis communi, Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 7. *tit.* 3. vbi dicit hanc esse communem sententiam Doctorum, Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 4. & plures alij apud citatos. Ab hac etiam sententia in judicando, & consulendo recedendum non esse fatetur Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Personis, num.* 17. eoquòd sit communiter recepta, licèt ipse in stricta disputatione contrariam tueatur. Pro illa stant plurimi apud Mantic. *d. tit.* 3 *num.* 5. tenentes absolutè substitutionem directam, quæ non potuerit valere jure directo debere ex conjectura voluntatis sustineri jure fideicommissi, ne reddatur inutilis.

Suadetur primò, omissis alijs, per tex. 586
in l. Scæuola, ff. Ad Trebel. vbi si Pupillaris substitutio verbis directis & ciuilibus sit facta in codicillis, trahitur ex benigna interpretatione ad fideicommissum, vt valeat jure indirecto, ne reddatur prorsus inutilis, contra præsumptam voluntatem testatoris; qui si esset interrogatus responderet, se velle vt talis substitutio valeret in vim fideicommissi, supposito quod jure directo stare non potest in codicillis facta. Quæ quidem ratio in nostro etiam casu militat, vt consideranti patebit. Nec satisfaciunt Aduersarij dicendo, peculiarem naturam codicillorum esse, vt in eis dispositæ solùm valeant jure indirecto, & sic dispositiones directas in eis factas obliquari, & trahi ad fideicommissum: quòd secùs accidit in testamentis. Ad hoc enim respondetur, textum *in d. l. Scæuola*, non fundari in natura codicillorum, sed in benigna interpretatione voluntatis defuncti, ne actus reddatur inutilis, quæ interpretatio locum similiter habet in dispositis per testamentum.

Suadetur secundò ex illa regula, *quòd* 587
actus si non valet vt agitur, valet vt valere potest. Quæ regula juxta Barth. & cæteros DD. communiter *in l.* 1. *§. Si quis ita, ff. de Verbor. oblig.* admittitur, & procedit quando sumus in actibus pendentibus à voluntate vnius, atque adeò in vltimis voluntatibus, & non agitur de totali dispositione, sed de parte, vt in præsenti; vbi agitur de substitutione facta in testamento, & sic de parte testamenti. Vnde non obstat, siquis dicat illam regulã non procedere, quando actus nõ potest valere nisi transeũdo in diuersã speciem; quo pacto quando testamentũ non potest valere vt testamentum, non fit

interpretatio quòd valeat vt codicillus, etiamsi aliàs interueniant requisita ad codicillum, vt tenent omnes, & est text. *in l. Non codicillum, Cod. de Testam.* Respondetur enim id isse verum, quando transeundum esset in diuersam speciem dispositionis totalis: secùs autem, si manet eadem totalis dispositio vt in nostro casu, vbi licèt substitutio directa vertatur in fideicommissum, tamen testamentum, in quo facta est, manet idem, & non fit transitus ad diuersam speciem dispositionis totalis.

588 Suadetur tertiò & vltimò ea ratione, quia Pupillaris substitutio expressa habet intellectum tacitæ Vulgaris, & expressa Vulgaris tacitæ Pupillaris, ex conjectura voluntatis testatoris, nihil obstante quod verba vnius substitutionis videntur alteri refragari, *l. Iam hoc jure*, & ibi DD. *ff. de Vulgari*, idque licèt substitutio expressa, sub qua altera intelligitur, sit irrita, vt sæpius notauimus. Ergo multò magis in nostro casu substitutio directa ex voluntate testatoris debet trahi ad Fideicommissariam, siquidem manifestè apparet testatorem voluisse, vt substitutus succederet in suis bonis; & non potest reddi ratio, cur is non debeat admitti per fideicommissum, cessante substitutione directa, maximè cùm per hanc voluerit testator eum plus habere; vnde à fortiori intelligitur voluisse, vt haberet quod est minus.

589 Ad primam probationem contrariæ, sententiæ, omissis alijs responsionibus, dicimus quòd *in d. l. Verbis ciuilibus*, solùm excluditur, & dicitur frustra fieri substitutio directa post tempus certum, vltra 14. annum ætatis instituti puberis, vel impuberis: non autem negatur, nec negari debet, quòd talis substitutio valeat jure fideicommissi ex conjectura voluntatis testatoris, vt ibi tenet Glos. communiter recepta; & constat satis ex dictis *disp. 3. sect. 10. num. 294.* vbi cum communiori sententia resoluimus, quòd institutis duobus, vno ad certum diem, & altero post illum diem, secundus intelligitur vocatus per fideicommissum.

Ad secundam, omissis pluribus res- 590
ponsionibus, quas refert Jacob de Nig. *in Repet. l. 1. §. Siquis ita, num. 72. ff. de Verbor. oblig.* respondetur cum Ias. & multis alijs apud Costam *supra, num. 11.* quòd ideo in specie *d. § Si seruus alienus*, libertas non valuit, neque jure directo, neque jure fideicommissi, quia testator eam directò dedit seruo alieno, quòd facere non poterat, & postea ipsum seruum alteri legauit; propter quam prouisionem cessauit præsumptio, quòd voluerit eam libertatem valere jure indirecto: si autem seruum non legaret, tunc vtique libertas directò data, jure fideicommissi sustineretur, vt per text. *in l. Generaliter, §. Si seruo pignorato, ff. de Fideicommiss. libert.* Et si dicas in hoc ipso textu haberi, id fuisse introductum fauore libertatis contra juris regulas, proindeque non debere trahi in consequentiam ad substitutiones, & alias dispositiones non priuilegiatas. Respondetur id ipsum quod fauore libertatis introductum est, vt verba directa obliquentur, reperiri ex benigna interpretatione admissum in substitutione, vt constat per *d. l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* vnde non dicimus, nec oportet quòd ad illam trahatur in consequentiam.

Ad tertiam respondetur, ex eo quòd 591
Pupillaris expressa, quantumuis inutilis, inducit tacitam Vulgarem validam, potiùs confirmari nostram sententiam, quàm oppositam, vt vidimus, *num.* 588. neque est verum, quòd non manebit frustrata voluntas testatoris, si dicta Pupillaris inutiliter facta non valeat, vt fideicommissum: nam si ita non valeat, nullum omnino habebit effectum, eueniente casu ipsius Pupillaris, pro quo testator expressè voluit prouidere substituto, vt est manifestum. Vtrum verò, quando ipsa expressa Pupillaris, vel alia directa substitutio à principio potuit valere jure directo, possit postea aliquo casu trahi ad fideicommissum? Communis quidem sententia Legistarum negat, vt videre est apud Máticam *d. tit. 3. num. 4.* ille tamen *num. 8.* magis probat contrariam, sed nullum pro ea Doctorem allegat: vnde mihi non parum

rum suspecta est.

592 Ex dictis colliges idem dicendum esse, quando substitutio Pupillaris esset invalida, eo quod facta extraneo. Nam in hoc etiam casu militant fundamenta prædictę communis sententiæ: & ita præter DD. pro illa citatos, tenent multi alij apud Fusar. *d q* 8 *num.* 9. ex quibus hanc opinionem magis communem affirmat cum alijs Trentacinq. *d cap.* 10. *num.* 8.

593 Quæstio præterea est, quando directa Pupillaris fuit facta puberi, seu maiori, 14 annorum, an tunc, si facta sit in forma specifica, dicente testatore, *Si hæres meus in pupillari ætate decedat*, &c. valeat jure fideicommissi, cùm directò valere non possit? In qua quæstione tres casus distingui solent. Primus est, quando testator existimabat institutum esse impuberem. Et in hoc casu communis, & vera resolutio est, illam substitutionem non valere, etiam jure fideicommissi; quia cõditio, *Si in pupillari ætate*, &c. est impossibilis respectu personæ puberis: & quando dispositio fit sub conditione impossibili existimata possibili, talis conditio non rejicitur, sed vitiat & reddit inutilem dispositionem, *l. Seruo manumisso, ff. de Condict. indeb.* & diximus *supra, disp.* 3. *sect.* 8. *§. 2. num.* 171. Atque ita in specie cum Angel. Imol. Aretin. Alex. & alijs docet Emman. Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Personis, num.* 17. *de Testament. in* 6. idemque tenet Trentacinq. *de Substitution. p. 2. cap.* 10. *num.* 9. *in medio.*

594 Secundus casus est, quando testator sciebat esse puberem, at minorem 25. annis, & in hoc casu tenet Costa *supra, numer.* 18. accipiendam esse illam substitutionem, ac si testator dixisset; *Si hæres meus ante 25. annum ætatis decesserit, Sempronius illi hæres esto*: quòd vsque ad plenissimam pubertatem, quæ illo tempore compleri censetur, pupillaris ætas vtcumque ex voluntate porrigatur, argum. *l. Cum filio, vers. Ego quidem, ff. Leg.* 3. Vnde non censebitur impossibilis illa conditio, *Si in pupillari ætate decesserit*, & sic neque vitiabitur, neque vitiabit dispositionẽ; quæ proinde cùm valere nõ posset jure directo, valebit in vim fideicommissi, juxta superiùs dicta. Hæc resolutio mihi videtur satis probabilis, quanuis illam rejiciat Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 10. *fine*, ea ratione, quod licèt impubes aliquando dicatur vsque ad 25. annum, vt *in d. l. Cum filio*, nullibi tamen cautum reperiatur, quod pupillaris ætas vsque ad illud tempus extendi possit, vt videtur probari *in l. Pupillus, ff. de Verbor. signif.*

Tertius casus est, quando testator sciuisset institutum esse maiorem 25. annis, & nihilominus ei dicto modo substituere- 595
ret, apponendo illam conditionem, *Si hæres meus decesserit in pupillari ætate*, &c. Et in hoc casu dicendum videtur, illam substitutionem conseruari, & valere tanquam simpliciter factam, rejecta conditione, *Si hæres decesserit in pupillari ætate*; cùm talis conditio respectu hæredis puberis sit impossibilis, & sic rejicienda, ex communi regula, quòd conditio impossibilis in vltimis voluntatibus, habetur pro non adjecta, & non vitiat dispositionem, *l.* 1. *ff. de Condition. instit. l. Obtinuit, ff. de Condit. & demonstr. cum simil.* & ita sentiunt Imola *in cap. Raynutius, num.* 84. *ff. de Testament. & in d. l. Verbis ciuilibus, num.* 4. *ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *num.* 22. & Alex. *col. fin.*

Neque obstat, siquis dicat, conditio- 596
nem impossibilem ob lapsum temporis (qualis est in præsenti) non rejici, sed vitiare dispositionem, vt probauimus; *disp.* 3. *sect.* 8. *§. 2. num.* 176. quia, vt ibidem aduertimus, id non procedit, quando talis conditio concepta est de futuro, vt in isto casu; tunc enim rejicitur, vt per *l. Multa, §.* 1. *ff. de Condit. & demonstr.* Barth. & alios apud Couar. ibid. citatum. Neque etiam facessit negotium, quod opponit Alex. *in d. l. Verb. ciuilibus, col. pen.* vbi considerat, dictam conditionem, *Si in pupillari ætate decesserit*, intrinsecè, ac necessariò inesse Pupillari substitutioni, quam testator in præsenti concepit: & sic non posse ab illa separari; proindeque si talis conditio est vitiosa, etiam ipsam

sam substitutionem vitiari, & inutilem esse. Ad hoc enim facilè respondet idem Alex. illam conditionem inesse intrincesè substitutioni factæ impuberi: non ita verò factæ puberi, qualis est de qua hìc agimus, & sic benè stare quòd conditio ab illa separetur, & habeatur pro non adjecta.

597 Contrarium tamen sentit Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 9. *ad fin. & num.* 10. vbi tenet quòd in casu proposito conditio non rejicitur, sed vitiat dispositionem. Quam sententiam probat primò, assumendo ex quadam doctrina Angeli, quã refert, quòd tunc conditio impossibilis rejicitur, & non vitiat dispositionem, quando eâ rejectâ manet dispositio in sua specie. Secùs autem quando in sua specie non remanet: vnde cùm in præsenti, amota conditione, non esset Pupillaris substitutio remansura in sua specie, sed transitura in aliam diuersam, concluditur non rejici illam conditionem, sed vitiari dispositionem. Probat secundò, quia dicta conditio est tantùm impossibilis facto, respectu personæ instituti, non autem jure, neque per naturam: conditio autem solo facto impossibilis non rejicitur, sed vitiat dispositionem, *l. Cum hæres*, §. 1. *ff. de Statuliber.* Non placet tamen hæc sententia: nam quòd primò pro illa adducitur, liberè videtur assumi, contra receptas juris regulas. Et quòd adducitur secundò, nempe conditionem, *Si decesserit in pupillari ætate*, esse tantùm impossibilem facto respectu puberis instituti, est planè falsum; quia non est conditio de re aliqua facienda, vel præstanda, sed de re, quæ esse non potest ob lapsum temporis: de qua conditione jam diximus, quòd quando concipitur de futuro, rejicitur & habetur pro non adjecta per *l. Multa*, 598 §. 1. *ff. de Condit. & demonstr.*

Retinenda ergo est prima sententia, dicendumque dictam substitutionem in casu proposito conseruari, amota conditione impossibili ei adjecta. Adhuc tamen est dubium, an talis substitutio conseruetur, & valeat vt Fideicommissaria, vel potiùs vt Vulgaris? Hoc secundum videtur sentire Alex. *vbi supra*, prout illum intellexit Costa *d. verb. Personis*, *num.* 19. Et ratio hujus sententiæ est; quia, semota illa conditione, *Si hæres meus decesserit in pupillari ætate*, manet dicta substitutio perinde acsi testator simpliciter diceret; *Instituo talem hæredem, & substituo illi Titium:* substitutio autem ita facta est Vulgaris expressa ex omnium sententia.

Dicendum nihilominus est, illam subst. 599 titutionem valere vt Fideicommissariam, factam sub conditione mortis instituti, vt resoluit Costa *d. num.* 19. *vers. Mihi autem.* Quòd valeat vt Fideicommissaria, mihi probat ea ratio; quia substitutio Pupillaris fit tacitè, aut expressè, sub duplici conditione; altera, *Si institutus erit hæres*; altera, *Si decesserit in ætate pupillari:* ex quibus sola hæc secunda conditio est impossibilis in præsenti casu, & consequenter ea tantùm rejicitur, manetque substitutio, acsi testator solùm diceret; *Si pubes à me institutus erit hæres, substituo illi Titium:* in qua specie substitutio non est Vulgaris, cùm hæc requirat contrariam conditionem, sed est Fideicommissaria, vt est notissimum. Quòd autem valeat vt facta sub cõditione mortis, probat bene Costa *supra, num.* 20. quia dicta conditio, *Si pubes institutus decesserit in pupillari ætate*, inuoluit duo; alterum, quòd ille pubes moriatur: alterũ quòd moriatur in pupillari ætate, & solùm hoc secundum est impossibile; ac proinde talis conditio non debet rejici quoad primum, sed tantùm quoad secundum, argum. text. *in l. Si mihi & tibi*, §. *Siquis seruus, ff. de Leg.* 1. *& in l. Celsus*, §. 1. *vers. Sed ipse rectè, ff. de Recept. arbitr. & in l. Si tibi homo*, §. *Si ita & in l. Hujusmodi*, §. *Si ita cui legatum, ff. de Leg.* 1. *cum simil.* Ex quibus habetur, quòd in vltimis voluntatibus conditio impossibilis tantùm partialiter non rejicitur quoad partem possibilem, sed solùm quoad impossibilem: non rejectâ autem dicta conditione, nisi tantùm quoad impossibile, manet profectò substitutio, perinde acsi testator simpliciter di-

dicere, quòd decedente hærede instituto, substituit illi Titium; sub qua forma est conditionalis, & pendens simpliciter à morte instituti. Et sic habemus, dictam substitutionem in casu proposito valere vt Fideicommissariam factam simpliciter sub conditione contingenti mortis instituti: vtrùm autem ex illa etiam inducatur tacita Vulgaris valida? Videtur sanè affirmandum, juxta communem sententiam, quæ tenet sub Pupillari expressa etiam inutili contineri tacitam Vulgarem validam, vt vidimus *sect. præced. §. 2. numer.* 48. alijsque in locis.

600 Illud tandem circa omnia prædicta aduertendum, quoties Pupillaris substitutio non valet jure directo, sed tantùm in vim fideicommissi, eoquòd fuerit facta instituto non existenti in potestate testatoris, vel maiori 14. annis, non esse intelligendum, quòd hæres talis instituti grauetur restituere substituto hæreditatem ipsius instituti, vt fit quando Pupillaris directa eâ tantùm de causa est inualida, quòd facta sit in codicillis juxta *l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* sed solùm quod grauatus sit ipse institutus, vt per mortem restituat substituto hæreditatem testatoris, seu bona quæ ex tali hæreditate ad se peruenere. Et ratio est, quia quando institutus non est in potestate testatoris, vel est pubes seu maior 14. annorum, non habet testator facultatem testandi de ejus bonis, & sic non potest eum grauare, neque ejus hæredem, vt talia bona alteri restituat, sed solùm vt restituat bona, quæ ad eum peruenerunt ex ipso testatore; idque saluâ legitimâ ipsi instituto debitâ, si is erat filius testatoris; cùm legitima absque vllo onere relinqui debeat, *l. Quoniam in prioribus, & l. Scimus, §. Cum autem, Cod. de Inoffic. testam.* & notat in specie Valasc. *consult.* 151. *num.* 8. Vtrùm verò dictus institutus restituendo hæreditatem possit detrahere Trebellianicam, juxta Vulgaris juris regulas? Videtur sanè negandum; quia testator faciendo substitutionem Pupillarem, quanuis inutilem, voluit vt substitutus integrè succederet tam in bonis instituti, quàm ipsius testatoris: & hæc voluntas licèt quoad bona instituti sit inefficax ob defectum potestatis, attamen quoad bona ipsius testatoris inefficax non est; cùm testator potuerit grauare institutum, vt talia bona restitueret, non detractâ Trebellianicâ. De hoc tamen cogita, & vide si placet in hâc rem Manticam *lib. 7. de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 12. *præsertim. num.* 30.

§. 9. *A quo possit, vel non possit fieri Pupillaris substitutio?*

SUMMARIUM.

NEque extraneus, neque mater, neque vllus alius, qui saltem mortis tempore non habuerit in potestate tanquam pater eum, cui substituendum est, potest pupillariter substituere; num. 601.

Qui testari nequit, Pupillarem substitutionem facere non potest, ibid.

Vtrùm pater persona turpis possit liberis suis pupillariter substituere? Prima sententia negat; num. 602. *Secunda, quæ verior & communis est, affirmat; num.* 603. *& seq.*

Persona turpis, eoquod talis sit, non est prohibita per leges, quominus possit pupillariter substitui; num. 604.

Si pater ita sit turpis, vt ei interdicta sit suorum bonorum administratio, is pupillariter substituere non potest; numer. 605.

Si pater per deportationem, vel aliter culpâ suâ amisit patriam potestatem, etiamsi per restitutionem eam recuperet, nihilominus pupillariter substituere nequit; num. 606.

601 QVæ ad hanc quæstionem spectant ferè omnia ex superioribus constant. Cum enim supra §. 5. *in primo, & tertio requisito* dictum sit ad Pupillarem substitutionem requiri, vt is, cui fit, sit de liberis testatoris, siue naturalibus, siue legalibus, & quòd sit sub potestate

tate testatoris, saltem tempore mortis ipsius testatoris; hinc planè constat, neque extraneum, neque matrem, neque vllum alium, qui saltem mortis tempore non habuerit in potestate eum, cui substitutio est facienda, saltem vt filium adoptiuum, pupillariter substituere posse: & hæc est recepta omnium sententia per jura locis citatis allegata. Præterea cùm §. 7 *in sexto requisito* sit traditum, quod vt quis possit substituere pupillariter, requiritur vt faciat testamentum, & sibi hæredem instituat, planè hinc constat à nemine, qui aliquâ de causa sit intestabilis, fieri posse Pupillarem substitutionem, quod certissimum est.

602 Solùm igitur restat videndum in præsenti, vtrùm persona turpis liberis suis pupillariter substituere possit, cæteris requisitis concurrentibus? Pars negatiua suadetur, quia de persona turpi præsumitur, quòd non bene consulat filio, & sic debet censeri prohibita pupillariter illi substituere, argum. text. *in l. Si cum dotem, §. Eo, ff. Sol matr.* vbi patri, qui est persona turpis, negatur actio de dote ad filiam spectante, quia præsumitur quòd eam dilapidabit, si ad ejus manus peruenerit, & *in l. Sed si vnus, §. Filiofamilias, vers. Interdum, ff. de Injurijs*, vbi si pater est persona turpis, non potest remittere injuriam filio factam; *& in l. fin. Cod. de Sent. pass.* vbi ob eandem præsumptionem patri personæ turpi interdicitur administratio bonorum filij viuentis, Et ita hanc partem tuetur Barth. *in l. 2. in princip. num. 23. & in l. Ex facto, ff. de Vulgari, & in l. Cum oportet, §. Non autem, Cod. de Bon. quæ liber.* Aretin. *in d. l. 2.* Bald. *tract. de Substitut. rubr. de Pupillari, num. 18. fine*, Barth. de Hucio *de Substit. tit. de Pupillari, num. 11 fin.* Zasi. *de Substitut. cap. 2. num. 11.* & alij apud Fusar. *de Substit. q. 118. num. 60.*

603 Nihilominus pro affirmatiua parte stat meritò communis sententia, quam tenent Angel. *in d. l. 2. ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *num. 26.* Ripa, *num. 35.* Imola, Alex. & alij communiter, Bald. *in l. Humanitatis, sub num. 32. in 7. differ. Cod. de Impub. & alijs substit.* Imol. *in cap. Raynutius, de Testam.* Castr. *in l. Cum quidam, Cod. de Legat.* Polit. *de Substit. rubr. de Pupillari, num. 46.* Leon. *de Substit. in materia Pupillaris, num. 190.* Menchac. *de Succeff. progreff. lib. 2. §. 14. numer. 134.* vbi plures refert, & dicit esse communem opinionem, *& §. 17. num. 90.* Trentac. *de Substit. p. 2. cap. 14. num. 10.* & cum alijs Fusar *d. q. 118. num. 59 & 61.* Fundamentum est, quia ex generali juris regula permittitur patribus substituere liberis suis pupillariter; & nullum est jus quod patrem personam turpem ab hac regula excipiat, etiam per argumentum à paritate rationis; nam jura, quæ in contrarium adducuntur, procedunt de actibus inter viuos, in quibus est vehemens præsumptio & periculum, quòd pater persona turpis præjudicium inferat filio, vel dilapidando ejus bona, vel contemnendo, aut etiam vendendo ejus honorem, vtpote qui suum etiam paruipendit. In Pupillari autem substitutione tale periculum non est, cùm non sit effectum habitura, nisi post mortem patris, neque propter illam vlla pupilli bona ad patris manus deuentura, & alioqui ipsa substitutio est fauorabilis pupillo, cui patris turpitudo obesse non debet.

Dices, periculum saltem esse, quòd talis pater substituet personam turpem, & ipsi pupillo pernicioſam. Respondetur primò non præsumi, quòd pater, eoquòd sit persona turpis, substituet filio personam illi pernicioſam; cùm id sit contra naturalem patrum in filios propensionem & affectum, de quo proinde leges multùm confidunt, neque vllus est affectus qui paternum vincat, *l. fin. in princip. Cod. de Cura fur. l. Isti quidem, ff. Quod metûs cauſ. l. De creationibus, Cod. de Epiſcopali audien. & ſimil.* Vnde hac in parte nullum periculum considerari debet. Quòd si timeri nihilominus possit, quòd talis pater, vt in se est vilis, ita etiam vilem ac turpem personam substituet: tale periculum, secluso alio pupilli damno, non obstat; quia persona turpis, eoquod turpis sit, non est incapax, neque prohi-

604

bita

bita per leges, vt non posſit pupillariter ſubſtitui, vt conſtat per text. *in l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, juncta Gloſ. ibi, ff. de Inoffic. teſtam.* vbi habetur, quod licèt ſit ſubſtituta perſona turpis, matrem pupilli excludit. Ex quo ſatis validum ſit argumentum pro communi ſententia: nam ſi quando conſtat datũ eſſe turpem ſubſtitutum, non annullatur ſubſtitutio; à fortiori non annullabitur, neque cenſebitur irrita, & quod facta ſit à perſona, de qua præſumebatur, quod turpem perſonam ſubſtitueret. Reſpondetur ſecũdò ex ſententia Leonij *loc. cit. num.* 194. quantumuis grauis ſit præſumptio & periculum, quod pater turpis perſonam peſsimam filio ſubſtituet, non proinde talem patrem reddi inhabilem ad faciendam Pupillarem ſubſtitutionem, ſed recurrendum eſſe ad judicis arbitrium, qui conſiderata qualitate ſubſtituti, caſſare poterit ſubſtitutionem, ſi reperierit eſſe pernicioſam, aut periculoſam pupillo: ſecùs autem ſi tale periculum ex ea non immineat. Quæ quidem reſponſio ſummâ nititur æquitate.

605 Limitatur autem prædicta communis ſententia primò, vt non procedat in patre, cui ob ſuam turpitudinem interdicta eſt ſuorum bonorum adminiſtratio. Sic limitant Leonius *ſupra, num.* 189. Polit. *d. num.* 46. Trentacinq. *d. cap.* 14. *ſub numer.* 10. *verſ. Primus eſt*, & cum alijs Fuſar. *d q.* 118. *num.* 61. Ratio patet, quia is, cui eſt interdicta adminiſtratio ſuorum bonorum, non poteſt teſtari, *l. Is cui, ff. de Teſtament.* Qui autem teſtari non poteſt, nequit etiam pupillariter ſubſtituere, cùm ad talem ſubſtitutionem omninò requiratur, vt ſubſtituens ſibi etiam hæredem inſtituat, *l. 2. in princip. verſ. Quiſquis, ff. de Vulgari*, & diximus *ſupra, §. 7. in princip.*

606 Limitatur ſecundò, vt non procedat quando pater per deportationem, vel aliter culpâ ſuâ amiſit patriam poteſtatem, quam remedio reſtitutionis recuperauit. Tunc enim concludit Trentacinq. *ſup. verſ. Secundus caſus*, quòd talis pater ob ſuam turpitudinem pupillariter ſubſtituere non poteſt. vt probatur, *in l. fin. Cod. de Sent. paſſi.*

§. 10. Aſſignantur principales effectus Pupillaris ſubſtitutionis, & agitur de primo, remiſsiuè.

SVMMARIVM.

QVatuor ſunt principales effectus Pupillaris ſubſtitutionis, ad quos cæteri reduci poſſunt; & quinam illi ſint? num. 607.

Primus effectus eſt, quòd Pupillaris expreſsa inducit tacitam Vulgarem, quod multipliciter ampliatur, & limitatur, num. 608. remiſsiuè.

PVpillaris ſubſtitutionis effectus variè à DD. numerantur; alij enim plures, alij pauciores aſsignant: Barthol. autem, quem plerique ſequuntur, quatuor tantùm enumerat *in l. 2. in princip. q. 5. principali, ff. de Vulgari*: & quidem illi quatuor ſunt principales, ad quos cæteri reduci poſſunt: in eiſque DD omnes conueniunt. Primus eſt, quod Pupillaris expreſſa continet, ſeu inducit tacitam Vulgarem. Secundus eſt, quod per illam ſucceditur pupillo, ſeu in hæreditate pupilli. Tertius eſt, quod Pupillaris expreſſa excludit à ſucceſsione pupilli matrem ejus, & alios aſcendentes prætentos, quos ille præterire non poſſet. Quartus denique eſt, vt quem pater hæredem ſuum, ac neceſſarium ſibi fecit, is etiamſi ſubſtituatur pupillariter, efficiatur Suus, ac neceſſarius reſpectu pupilli; vt cùm pater filio impuberi ſubſtituit pupillariter alium filium à ſe inſtitutum, quem ſimul cum impubere habebat in poteſtate. De his ergo effectibus, atque eodem ordine nobis modo agendum eſt. 607

Quod verò attinet ad primum ſatis dictum eſt *ſect. præced. §.* 2. ibi enim cum communi penè omnium ſententia ſtatuimus, Vulgarem tacitam contineri in Pupillari expreſſa, ſeu ex illa induci, per celebrem text. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, quem optimè contra Politum con- 608

tra-

trariè sentientem ponderat Leon. *in suo tract. de Substit. in materia Pupillaris, à num.* 200. Atque ibidem etiam ampliationes, & limitationes hujus resolutionis tradidimus. Quamobrem non est cur hìc circa hunc effectum ampliùs immoremur. Pergamus igitur ad secundum, in quo multa se offerunt lentiùs inculcanda.

§. 11. *De secundo effectu Pupillaris substitutionis, qui est, quòd per illam succeditur pupillo.*

SUMMRAIUM.

PEr Pupillarem substitutionem fit substitutus hæres pupilli; numer. 609.

Pupillariter substitutus succedit in omnibus bonis pupilli, ideſt, tam quæ à patre substituente, quàm quæ aliunde ad pupillum peruenerunt; numer. 610. *Quod procedit primò, quanuis substitutio fuisset tacita; num.* 611. *Secundò quanuis esset facta in re certa, vel in quota; num.* 612. *Tertiò, vt etiam consequatur substitutus prælegata pupillo relicta; numer.* 613. *Quartò, vt substitutus reuocare possit bona alienata per ipsum pupillum, etiam cum decreto judicis, si cum læsione pupilli alienatio facta est; num.* 614.

Per Pupillarem substitutionem non prohibetur pupillus alienare bona sua in præjudicium substituti; neque tenetur cautionem præstare substituto; eod. numer. 614.

Ex Pupillari substitutione facta filio adoptiuo, seu arrogato, non succedit substitutus, nisi in bonis, quæ ab arrogatore, vel ejus contemplatione ad ipsum arrogatum peruenerunt; num. 615.

Miles potest substituere pupillariter tam in omnibus bonis pupilli, quàm solùm in parte; num. 616.

Substitutus pupillariter, qui fuerit incapax succedendi testatori, capax autem succedendi pupillo, solùm succedit in bonis, quæ pupillus habuit aliunde, quàm à testatore; num. 617.

Si pater filio legitimo substituat pupillariter spurium (vt potest) talis substitutus solùm succedet in bonis, quæ pupillus aliunde, quàm à patre habebat; num. 618. *Quod autem etiam in legitima, quàm pupillus à patre habuit succedere possit, tuetur* Emman. Costa; *num.* 619.

Quantum capiet filius naturalis, quem pater substituit pupillariter legitimo, existentibus alijs legitimis? num. 620.

Filius naturalis substitutus pupillariter legitimo, alijs legitimis non existentibus, succedit in omnibus bonis illius, licèt existant ascendentes patris substituentis: quæ resolutio procedit similiter, spectato jure Lusitano in filio naturali hominis non plebeij; num. 621.

Si pater non plebeius substituat pupillariter filium naturalem impuberi legitimo, existentibus alijs filijs legitimis, nihil omnino, secùndùm jus Lusitanum, capere potest talis substitutus de bonis, quæ à patre ad illum impuberem peruenerunt. Si autem pater sit plebeius, siue simul habeat alios filios legitimos, siue non, perinde secundùm idem jus Lusitanum succedit pupillo filius naturalis substitutus, acsi esset legitimus; numer. 622.

Pupillariter substitutus capax succedendi in omnibus bonis pupilli, non potest repudiare hæreditatem, quam pupillus habuit à patre, & acceptare reliqua bona pupilli; num. 623.

Vtrùm possit talis substitutus ex persona pupilli petere restitutionem aduersùs aditionem, qua pupillus hæreditati paternæ se immiscuit, & sic liberare se à tali hæreditate, retentis tantùm bonis, quæ pupillus aliunde habuit? Respondetur affirmatiuè ex communi sententia; num. 624. *Contrarium tenent aliqui, quorum fundamenta proponuntur, & soluuntur, num.* 625. *& seqq.*

Limitatur prædicta communis sententia, vt procedat quando pupillus decessit in Suitate, non autem si non extitit hæres Suus, sed per aditionem hæreditatis

tatis paternæ; num. 629. Reijcitur tamen hæc limitatio, num. 630. & seq.

Quando verum sit, quod is, qui vult consequens, censetur etiam velle, & approbare antecedens; num. 631.

Substitutus pupillariter, qui simul fuit institutus in aliqua parte hæreditatis paternæ, non potest, adita ea parte, repudiare postea hæreditatem pupilli, num. 632.

Substitutus pupillariter non potest acceptare hæreditatem, quam pupillus habuit à patre, & repudiare hæreditatem pupilli quoad reliqua bona aliunde acquisita. ibidem.

Virùm substitutus pupillariter, & simul etiam institutus, & cohæres pupillo datus, possit non adire ex institutione, & nihilominus habere hæreditatem pupilli ex substitutione. 633.

Per Vulgarem tacitam comprehensam in expressa Pupillari potest substitutus adire hæreditatem paternam, eaque aditio sufficiet ad cõfirmandam ipsam Pupillarem, atque ex ea succedendum pupillo, num. 634.

609 SEcundus effectus substitutionis Pupillaris est, quod per illam succeditur pupillo, seu fit substitutus hæres pupilli. Sic habetur *Inst. de Pupillari in princ.* & alijs juribus, estque indubitatũ.

610 Difficultas verò est, an pupillariter substitutus succedat in omnibus bonis pupilli, idest, tam in bonis, quæ à patre substituente, quàm quæ aliundè ad pupillum peruenerunt? Et respondetur affirmatiuè per tex. *in l. Sed si plures, §. Ad substitutos, ff. de Vulgari, & §. Nõ solum, Inst. de Pupill.* Et ratio est, quia alioqui decederet pupillus pro parte testatus, & pro parte intestatus contra regulam, *l. Ius nostrũ, ff. de Regul. juris.* Atque ita docent omnes, vt apud infra citãdos videre licet.

611 Hæc resolutio ampliatur primò, vt procedat etiam in tacita Pupillari: Barth. *in d. §. Ad substitutos*, & ibi Alex. Jas. & alij Trentac. *p. 2. cap. 15. n. 4.* & Fusar. *de Subst. q. 155. n. 2.* tum per rationẽ *d. §. Ad substitutos* quæ pariter militat in tacita Pupillari: tũ etiam, quia taciti & expressi par est virtus, *l. Cum quid, ff. Si cert. pet.*

Ampliatur secundo, vt procedat quãvis substitutio esset facta in re certa vel in 612
quota; nam tunc etiam trahitur ad omnia bona pupilli, ne decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus, contra *de regul. l. Ius nostrum, ff. de Reg. jur.* & est tex *in l. Cohæredi §. Fin. ff. de Vulgari*, estque communis omnium sententia, quam relatis plurimis tradit Fusar. *d. q. 155. num. 5.* & nos latiùs docuimus, ac declarauimus *supra §. 3. à num. 486.* adhibendo illius ampliationes, & limitationes, quas hìc non oportet repeti: ibi vide.

Ampliatur tertiò, ut substitutus con- 613
sequatur etiam prælegata pupillo relicta. Bart & communiter DD. *in l. Marcellus; §. Quidam liberis, ff. Ad Trebel.* Bald. & alij *in l. Cum virum, Cod. de Fideicõmiss.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 145. num 8.* Peregrin. *de Fideicõmiss. art. 7. num. 9.* & cum alijs Fusar. *d. q. 155. num. 12.* per text. *in l. Cum pater, in princip. ff. Ad leg. Falcid.* & patet, siquidem omnia pupilli bona ad pupillarem substitutum spectant, vt per *d. l. Sed plures, §. Ad substitutos.*

Ampliatur quartò, vt substitutus reuo- 614
care possit bona alienata per ipsum pupillum, etiam cum decreto judicis, si cum læsione pupilli, seu absque rationabili causa alienatio facta est, *l. 1. §. Sed nonnullos, vers. Aut substitutum, ff. de Tutel. & ration. distrah.* Bald. *in l. Nec ei, in princip. ff. de Adoption.* Roman. *in d. l. Marcellus, §. Quadam, ff. Ad Trebel.* Alex. *in Auth. Res quæ, Cod. Communia de legat.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num. 85. de Testam.* Trentac. *de Subst. p. 2. cap. 15. num. 3.* & Fusar. *de Subst. q. 154. n. 3.* Ratio est, quia ipse pupillus beneficio restitutionis in integrum posset illa bona auocare, vt est notissimum ex toto ferme tit. *ff. de Minor. & ff. de Restit. in integr.* idem autem beneficium ex persona pupilli cõpetit ejus hæredi, qualis est pupillariter substitutus, etiam si talis hæres

sit maior, *l. Minor autem, §. fin. ff. de Minor.* secluso autem casu talis restitutionis, non potest substitutus petere bona à pupillo alienata: quia per Pupillarem substitutionem non prohibetur pupillus alienare sua bona in præjudicium substituti, neque tenetur cautionem illi præstare, *d. §. Sed si nonnullos, l. Si à substituto, ff. de Leg. 1. l. Qui filium, ff. Vbi pupillus educ. deb.* Barth. *in l. Si arrogator, oppos. 5. num. 8. ff. de Adopt.* & communis DD. quam relatis pluribus tradit Fusar. *sup.* quanuis nonnulli contrariũ senserint.

616 Limitatur secundò, vt non procedat necessariò in substitutione facta per militem: is enim, vt potest decedere pro parte testatus & pro parte intestatus, ita etiam substituendo pupillariter potest efficere, vt pupillus similiter decedat, atque adeo vt substitutus succedat, vel in omnibus bonis pupilli, vel solùm in parte, vt ipse substituens voluerit. Constat hoc per text. *in d. l. Sed si plures, §. Ad substitutos, ff. de Vulgari:* & ita docent Barth. *in l. 2. num. 30 ff. de Vulgari,* & ibi Alex. Jas. & Ripa *num. 43. & in suis tract. de Substit. in materia Pupillaris,* Bald. *n. 24.* Barth. de Huc. *n. 15.* Polit. *n. 50. vers. Secundus casus,* Zas. *n. 22. vers. Tertiò fallit.* Leon. *n. 219.* Et Trentac. *d. c. 15. n. 6.* & relatis pluribus Fusar. *q. 155. n. 17.* Et ratio est, quia vnum vtriusq; est testamentũ, *l. Patris, & filij, ff. de Vulgari.*

617 Limitatur tertiò, vt non procedat, quãdo substitutus est incapax succedendi testatori, potest autem succedere pupillo: tunc enim succedet in bonis, quæ aliunde, quam ex patre ad pupillum peruenerunt, non autem in bonis, quæ patris testatoris fuerant. Ita expressè habetur *in l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari.*

Hinc infertur si pater filio legitimo
618 substituat pupillariter spurium (vt de jure potest, Barth. *in d. l. Si is qui ex bonis num. 1.* & cæteri communiter) non posse talem substitutum succedere nisi in bonis, quę pupillus aliunde, quàm à patre habebat; cùm spurius nihil possit capere ex bonis patris. Ita colligitur *ex d. l. Si is qui ex bonis,* ibi: *Ex bonis, quæ testatoris fuerant amplius capere non possit: quòd si pupillo aliquid præterea acquisitum esset, non impediri eum capere, quasi à pupillo capiat.* Et tenent ibidem Barth. *num. 1. & 2.* Jas. *num. 1. & 8.* Paul. Castr. & Alex. Bald. *in l. Eam quam, num. 53. Cod. de Fideicommiss.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius verb. Vxorem nomine Adelesiam, decis. 5. num. 128.* Speculat. *tit. de Success. ab intestato, §. 1. num. 28.* Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 20.* Couar. *in 4. Decretal. 2. p. c. 8. §. 5. num. 4.* Menchac. *lib. 3. Controuersiar. illustr. cap. 102. num. 9.* Mattienzo *lib. 5. Ordinam. tit. 8. l. 6. Glos. 3. numer. 5.* Perez ibid. *tit. 3. l. 22. fol. 153. vers. Ex quo meritò,* & alij apud Sanch. *lib. 4. opus. cap. 3. dub. 25. num. 2.*

Quanuis autem hæc sententia commu- 619
niter sit recepta, nihilominus Emman. Costa *in cap. Si pater, 2 p. vers. Bona omnia, num. 8. & seqq.* tenet, quòd non solùm in bonis, quæ pupillus aliunde, quàm à patre acquisiuit, sed etiam in legitima, quam à patre habuit, potest spurius succedere ex Pupillari substitutione. Ducitur, quia bonis proprijs pupilli annumerari debet legitima, quam pater non voluntate, sed legis necessitate ei reliquit, vt colligitur ex text. cum Glòl. *verb. Necessariò, in Auth. de Hæred. & Falcid. §. Siquis verò non implens, collat. 1. & in l. Cohæredi, §. Quod si hæredem, vers. Nec fideicommisso, ff. de Vulgari,* vbi dicitur proprias filij facultates fideicommisso nó teneri: ex quo textu interpretes omnes colligunt, partem, quæ ex lege filio debetur, non subijci fideicommisso, quasi ea pars censenda sit inter proprias facultates filij: & ex text. *in l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia, ff. de Leg. 2.* ibi: *Quid est, quod de suo videtur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit?* Nec videtur obstare text. *in d. l. Si is qui ex bonis,* Respondet namque idem Costa, quòd eo tẽpore non erat legitima filiorũ adeò immunis, vt non posset validè grauari fideicómissis, & legatis, *l. Quoniam in prioribus, C. de Inoffic. test.* & ideo tunc nó con-

connumerabatur cum proprijs liberorum facultatibus; proindeque jure optimo filius spurius neque ex Pupillari substitutione ad illam admittebatur; nunc autem cùm jam pater nullo onere eam grauare possit, *d.l. Quoniam in prioribus*, merito inter bona filij propria numeratur: & ideo secùs hodie de illa sentiendum, quantum ad successionem spurij. Hanc sententiam dicit Sanch. *d. dub.* 25. *num.* 6. esse satis prebabilem, & tutè amplecti posse. Ego tamen à receptissima aliorum sententia propter has Costæ subtilitates nunquam recedere auderem.

620 Infertur præterea ex prædicta limitatione, quando pater filio legitimo substituit pupillariter filium naturalem, existentibus alijs legitimis, non posse similiter eum substitutum succedere in omnibus bonis, quæ pupillo à patre obuenerunt. Glos. Bald. Angel. Castr. Alex. Jas. *in d.l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari*, & alij communiter. Quia filio naturali non potest pater relinquere vltra vnam vnciam, existentibus alijs filijs legitimis, & naturalibus, *l.* 2. *Cod. de Naturalib. liberis*, & ideo licèt talis filius possit pupillariter substitui impuberi legitimo, & consequenter succedere in ejus bonis, euenient casu substitutionis, vt per *l. Lucius, & d.l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari*, tamen ex bonis, quæ à patre obuenerunt illi impuberi, non potest capere vltra vnam vnciam, vt probat text. *in d. l. Si is qui ex bonis.* Hoc verò sic intellige, vt substitutus priùs capiat totum, & deinde vnciâ retentâ, aliqua patris bona restituat legitimis ab intestato venientibus, Bald. *in l. Eam quam, num.* 51. *Cod. de Fideicommiss.* Comensis *in d. l. Si is qui ex bonis, num.* 24. & ibi Imola, *in fin.* & Jas. *num.* 6. Decian. *in l. Ius nostrum, in fine, ff. de Regul. jur.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Et vxorem nomine Adelasiam, in* 5. *decis. numer.* 115. *in fine, & numer.* 126. *de Testament.* Corn. *consil.* 236. *numer.* 6. *vers. Nam quando pater, lib.* 2. & alij quos citat, & sequitur Fusar. *de Substitution. quæst.* 125. *numer.* 14. Non desunt tamen qui sentiant, quòd iste substitutus succedit etiam in omnibus bonis patris, quæ ad pupillum peruenerunt. Sic Imola *in d. l. Lucius, num.* 5. *ff. de Vulgari*, Alex. *in d. l. Si is qui ex bonis, numer.* 4. & alij apud Fusar. *d. quæst.* 125. *num.* 10. Sed hoc non videtur probabile, cùm manifestè refragetur *dict. l. Si is qui ex bonis*, secundùm communem intellectum.

Si præter legitimum impuberem, cui pater pupillariter substituit naturalem, non existerent alij filij legitimi, tunc substitutus succedet simpliciter in omnibus bonis pupilli, etiam à patre habitis licèt existant ascendentes ipsius patris. Quia deficientibus filijs legitimis, perinde potest pater relinquere filio suo naturali, atque extraneo, vt constat ex *Auth. Licet, Cod. de Natural. liber.* vbi patri non habenti legitimos descendentes, vel ascendentes conceditur, vt possit relinquere omnia sua bona filio naturali: & si tantùm habuerit ascendentes, seclusâ legitimâ eis debitâ, possit reliquum illi dare, quod similiter efficere potest respectu extranei, vt est notissimum: extraneus autem pupillariter substitutus succedit in omnibus bonis pupilli vndecumque habitis, exclusis omnibus ascendentibus ipsius pupilli, etiam quoad legitimam eis debitam, vt tradunt communiter DD. & dicemus explicando tertium effectum Pupillaris substitutionis, de quo infra §. 15. *& seq.* ergo idem est dicendum, quando substitutus est filius naturalis, & non supersunt alij legitimi. Quæ resolutio procedit etiam spectato jure Lusitano in filio naturali hominis non plebeij, cui *lib.* 4. *Ordin. tit.* 92. indulgetur, vt possit relinquere filijs naturalibus, sicut quibusuis patribus conceditur *in d. Auth. Licet.* 621

Si autem pater non plebeius præter naturalem filium legitimo impuberi substitutum, habeat alios filios legitimos nihil omnino, secundùm idem jus Lusitanũ capere potest naturalis substitutus de bonis quæ impubes habuit à patre, sed ea 622

tantum, quæ ipse impubes aliunde acquisiuit, juxta *d.l.Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari*; quia ex dispositione d. Ordin. *loc. cit.* nihil omnino potest pater non plebeius habens filios legitimos relinquere naturali: & sic non potest talis substitutus quidquam decerpere de bonis, quæ patris fuerant, *vt supra*, de spurio dictum est. Si verò pater sit plebeius, tunc siue simul habeat alios filios legitimos, siue non, perinde potest substituere pupillariter filium naturalem, atque filium legitimum, vt *d. tit.* 92. disponitur, & consequenter talis substitutus euenientе casu substitutionis omnia bona pupilli capiet, vndecumque ei obuenerint, non secùs quàm si esset legitimus.

623 Redeundo autem ad propositam difficultatem principalem, quæres, vtrùm pupillariter substitutus non habens impedimentum ex quo nequeat succedere in omnibus bonis pupilli vndecumque acquisitis, possit nihilominus petere separationem bonorum, repudiando hæreditatem, seu bona, quæ à patre obuenerunt pupillo, & acceptando tantùm bona, quæ pupillus aliunde habuit? Respondetur negatiuè per text. *in l. Sed si plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgari*, & sic tenent ibi DD. *& in suis tract. de Substit. in materia Pupillaris*, Polit. *numer. 53. vers. Primo casu*, Zasius *num. 20. in fine, & num. 21.* & Leon. *numer. 221.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 48. num. 6.* Trentacinq. *de Substit. p. 2. cap. 18. num. 1.* & cum alijs Fusar. *de Substitut. q. 155. num. 8.* Ratio redditur *in d. §. Filio impuberi*, quia hæreditas patris, quæ ad pupillum peruenit, permista est cum hæreditate pupilli, & ex vtraque coalescit vna hæreditas totalis ipsius pupilli: hæres autem non potest acceptare vnam partem hæreditatis, & repudiare alteram, sed aut vtramq; aut neutrã habere debet.

624 Vtrùm verò possit talis substitutus ex persona pupilli petere restitutionem aduersùs aditionem, seu immistionem, qua pupillus hæreditati paternæ se immiscuit, & sic liberare se à tali hæreditate, retẽtis tantùm bonis, quæ pupillus aliunde habuit? Respondetur affirmatiuè ex communi sententia, quam tenent Barth. *in d. §. Filio impuberi*, & ibi Imola, Castr. Alex. Raph Jas. & alij communiter, idem Barth. *in l. fin. ff. de Acquir. hæred. & in l. Quidam elogio, num. 3. Cod. de Iure deliber.* Imola *in l. Si filius qui patri, ff. de Vulgari*, Zasius *tract. de Substit. cap. 2. numer. 21.* Leon. *tract. etiam de Subst. titut. in materia Pupillaris, numer. 223.* vbi dicit hanc esse communem opinionem, Trentacinq. *d. cap. 18. num. 2. vers. Hæc quæstio*, licèt quandam limitationem adhibeat, de qua infra, & cum alijs Fusar. *de Substitut. q. 150.* per tex. *in l. Non solum, ff. de Restitut. in integr.* vbi beneficium talis restitutionis competens Minoribus dicitur competere etiam eorum successoribus, & per generalitatem *l. Minor autem, §. fin. ff. de Minor.*

Contrarium tamen tenent aliqui, maximè verò Polit. *tract. de Subst. rubr. de Pupillari, n 54.* qui ducitur hoc fũdamẽto, dicens sibi videri quod per illud cætera apparebunt inania: quia vel ponimus quòd substitutus nondum adiuerat hæreditatem pupilli; & tunc certum est non ei competere restitutionem ex persona ipsius pupilli, cùm nondum sit illius hæres: jura verò pro communi sententia adducta loquuntur de hærede Minoris: vel ponimus, quòd jam adiuerat; & tunc etiam non competit ei dicta restitutio ex persona pupilli, quia adeundo ejus hæreditatẽ, cum qua hæreditas paterna erat permista, proprio suo facto, & nõ facto impuberis, se vtrique hæreditati obligauit; & ideo cũ læsio ex facto suo ei prouenerit, nõ debet illi competere dicta restitutio ex persona pupilli. 625

Ad hoc tamen bene respondet Leon. *supra*, falsum esse quòd læsio in præsenti casu prouenerit substituto ex suo facto: solùm enim prouenit ex facto pupilli qui paternam hæreditatem adiuit; ex qua aditione læsio orta est, non ex aditione substituti: nam hic solùm adiuit hæreditatem pupilli; & licèt in ea simul reperiatur hæreditas patris, id prouenit ex facto pupilli, à quo adita est; nec refert quòd 626

quod substitutus illam acquisiuit per additionem, qua adijt hæreditatem pupilli,& sic facto suo; quia non acquisiuit illam principaliter, neque vt hæreditatem paternam, sed vt partem hæreditatis pupillaris necessariò cum illa conjunctam ob factum pupilli, qui eam adiuit; quare tota læsio reuocatur in factum pupilli: & sic non debet substituto denegari dicta restitutio, quasi facto suo additionem pupilli approbauerit, & se paternæ hæreditati obligare voluerit; siquidem reuerà solùm voluit acceptare hæreditatem pupilli, in cujus consequentiam, ac minùs principaliter venit etiam paterna, quam pupillus acquisiuit: quæ autem veniunt in consequentiam non sunt in consideratione, nec impediunt, *l.* 1. & ibi not. *ff. de Author. tut.*

627 Aliter contra communem sententiam arguit Aretin. *in d. § Filio impuberi*, quia cùm hæreditas patris confusa sit cum hæreditate pupilli, & ex vtraque effectum vnum patrimonium,& vna hæreditas pupilli, vt dicitur *in d. §. Filio impuberi*, si substitutus posset per restitutionem in integrum separare has hereditates, & succedere tantùm in hereditate pupilli, sequeretur quòd beneficio talis restitutio posset hæreditas adiri pro parte, & pro parte non adiri, contra text. *in l.* 1. *&* 2. *ff. de Acquir. hæred. & in l. Neminem, ff. de Leg.* 2. quod ne ipsi quidem Minori si viueret, permittendum esset, nedum ejus successori ex illius persona, *l. Quod si Minor, §. Scæuola, in fine, ff. de Minor.*

628 At hoc etiam argumentum facilè dissoluitur, negando sequelam; quę quidem falsa est, nam substitutus adeundo hæreditatem pupilli, & postea impetrando restitutionem nomine pupilli aduersùs additionem hæreditatis paternæ à pupillo factam, efficit vt hæreditas paterna desinat esse in hereditate pupilli; seu vt hæreditas pupilli integrè consistat in bonis aliunde, quàm ex paterna hæreditate acquisitis; & sic succedendo tantùm in illis bonis, non sequitur quòd succedat tantùm pro parte in hæreditate pupilli, sed quòd succedat in totam, siquidem, supposita dicta restitutione, tota consistit in illis bonis, ac perinde se habet, quasi à principio illis tantùm constaret: non secùs, quàm si ipse pupillus restitutionem impetraret, vel ipsam patris hæreditatem ab initio repudiaret; quia restitutio in integrum retrotrahitur ad initium actus gesti, & ita illum rescindit, ac si à principio irritasset.

Prędictam verò communem sententiam intelligendam censet Trentacinq. *loc. cit.* vt solùm procedat, quando pupillus decesit in Suitate; ita vt quanuis paternam hæreditatem non adiret, Pupillaris nihilominus substitutio per ipsam existentiam Suitatis confirmaretur: nam si ponamus eum non fuisse Suum hęredem, vt quia fuit ei datus cohæres extraneus; cùm in tali casu necessaria omnino sit additio hæreditatis paternæ, ad hoc vt Pupillaris substitutio confirmetur, *l.* 2. *in princip. vers. Adeo autem, ff. de Vulgari*, sanè ipse substitutus adeundo pupillarem hæreditatem videtur etiam approbasse additionem hæreditatis paternæ, tanquam necessarium antecedens, *l. Illud, ff. de Hæred. acquir.* & sic jam non potest petere restitutionem aduersùs illam ex persona pupilli, cùm eam ipse approbauerit. 629

Hæc tamen ratio non conuincit: quia licèt illa aditio fuerit absolutè necessaria ad confirmationem substitutionis; attamen non fuit necessaria permanenter quoad effectum, ut pupillus institutus maneret hæres pleno jure, sed solum ut maneret hęres nudo nomine, sicut proculdubio maneret, si ipse aduersùs eam restitueretur, *l. Et si fine; §. Sed quod Papinian.* idque sufficeret ut Pupillaris substitutio ei facta subsisteret, ut probat tex. *in l. Si filius,* & ibi Barth. Imola, Alex. & alij, *ff. de Vulgari.* Vnde quando substitutus pupillarem hæreditatem adiuit, non oportet intelligi quòd approbauerit additionem paternæ à pupillo factam, quoad effectum vt ipse pupillus maneret hæres pleno jure; cùm id necessarium non fuerit, vt hęreditas pupilli adiri 630

posset ex Pupillari substitutione: & sic non potest dici, quòd læsio proueniens tali substituto ex hæreditate patris, quæ ad ipsum peruenit, ortum habuerit ex facto, & approbatione ipsius substituti, sed solùm ex facto pupilli, qui adiuit paternam hæreditatem, & mansit hæres pleno jure, cùm posset restitui, & manere hæres solo nomine, quod ad confirmationem & effectum substitutionis sufficeret.

631 Adde, non bene hìc applicari, eum qui vult consequens, censeri approbare antecedens necessarium, nam hoc verificatur in eo qui vult consequens antequam supponatur antecedens executioni mandatum; non autem quando antecedens jam supponitur: vt patet in eo qui vult punire peccatum à se, vel ab alio admissum: nam licèt ad punitionem necessaria omnino sit culpa antecedens, tamen qui vult illud consequens non censetur velle, aut approbare tale antecedens: idem videre est in meretrice, quæ licitè petit stipendium illiciti actus antea admissi, vt omnes fatentur; quia per hoc non censetur illum approbare, vel de illo gaudere, quâuis fuerit antecedens necessarium: quod secùs esset, si actus nondum esset admissus, & ita in similibus exemplis. Sic igitur in præsenti: cùm aditio paternæ hæreditatis supponatur facta per pupillum antequam substitutus adiret hæreditatem pupillarem; licèt ad hoc consequens necessaria fuerit illa antecedens aditio, non sequitur quòd substitutus illam approbat, quando ipse adit hæreditatem pupilli, sed solùm quòd vtitur illa, seu ejus effectu ad suum commodum. Et sic non valet argumentum Trentacinquij neque ejus limitatio admittenda est. Quæ quidem, & si vera esset, adhuc non procederet, quando etiam cohæres extraneus pupillo datus hæreditatem adiret; quia tunc sola ejus aditio sufficeret ad confirmandam Pupillarem substitutionem, & omnia contenta in testamento, vt est cõmunis & certa omnium sententia; & sic aditio facta per pupillum non esset antecedens necessarium, quod substitutus videretur approbare, eo ipso quòd pupillarem hæreditatem adiret.

Quæres præterea, vtrùm pupillariter substitutus acceptare possit hæreditatem 632
paternam, & repudiare pupillarem? Hæc quæstio in duplici sensu potest intelligi: primus est, vtrùm substitutus pupillaris, qui simul institutus fuit in aliqua parte hereditatis paternæ, possit adire eam partem, & postea veniente casu substitutionis, repudiare hæreditatem pupilli? Et in hoc sensu respondetur ad quæstionem negatiuè per text. expressum *in l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* & ita ibi tenet Glos. *verb. Admittantur*, Barth. *num.* 3. & cæteri communiter. Secundus est, vtrùm ex Pupillari substitutione, siue per aditionem ex principali testamento, siue per existentiam sui hæredis confirmatâ, possit substitutus acceptare hæreditatem quam pupillus habuit à patre, & recusare hæreditatem ipsius pupilli quoad bona quæ aliunde illi obuenerant? Et in hoc etiam sensu respondetur negatiuè, ex ratione adducta *in d. l. Sed si plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgari*, quia hæreditas patris, quæ deuenit ad pupillum, & hæreditas ipsius pupilli ex bonis aliunde habitis, faciunt vnam tantùm hæreditatem totalem: & non licet hęredi acceptare vnam partem hæreditatis, & repudiare aliam, vt per text. *in d. §. Filio impuberi, & simil.*

Quæri etiam hìc solet, quid juris, si 633
substitutus pupillaris, & simul etiam institutus, & cohęres pupillo datus, nolit adire ex institutione, velit autem habere hæreditatem pupilli ex substitutione? Et in hoc casu distinguendum est. Nam vel pupillus, cui facta est substitutio, adiuit hæreditatem paternam, pro parte in qua est institutus, vel ab ea abstinuit; si adiuit, non potest substitutus habere hæreditatẽ pupillarem sine paterna, quæ ad pupillum peruenit, cùm ex vtraque vna totalis, & indiuisibilis esse cœperit, vt proximè dictum est per text. *in d. §. Filio*, & notat Barth. *in d. l. Quidam elogio, num.* 3. *C. de Iure deliber.* Si abstinuit; tunc vel substitutus est extraneus, vel frater pupilli: si ex-

extraneus, non potest habere vllo modo pupillarem hæreditatem, nisi pupillo datus sit alius cohæres, qui adiuerit; quia sine aditione ex principali testamento non subsistit Pupillaris substitutio, *d. l. 2. in princip. §. Adeo autem, ff. de Vulgari*; neque potest dici quòd substitutio confirmata sit in eo casu ex potentia Suitatis ipsius pupilli: quia per dationem cohæredis extranei ea potentia tollitur quoad hunc effectum, vt est communis sententia per text. *in l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* & ita docent Glos. *in d. l. Quidam elogio, verb. Admittantur*, & ibidem Barth. & alij, Trentacinq. *de Substit. p. 2. cap. 18. num. 2. vers. Secundus casus principalis*, cæterique communiter. Si verò est frater, potest habere hæreditatem pupillarem, absque paterna, si modo talis frater sit Suus hæres; ratio est quia in tali casu confirmantur tabulæ pupillares per existentiam Suitatis, quę non tollitur per dationem cohæredis Sui: & ideo licèt vterque frater abstinuerit à paterna hæreditate, neque hæc fuerit adita per aliquem alium, id nō tollit quominus Pupillaris substitutio teneat, & sic frater substitutus pupillarem hæreditatem obtinere possit, absque paterna quam vterque recusauit. Ita docent Barth. supra Trentacinq. post *d. vers. Secundus casus principalis*, Polit. *de Substit. rubr. de Pupillari, num. 55. fine*, & alij communiter, & probatur per *l. Si filius, ff. de Vulgari.*

634 Illud tandem pro præsenti materia notabis, si pupillus, cui facta est Pupillaris substitutio expressa, repudiet hæreditatem patris à quo institutus est, dato sibi cohęrede extraneo, qui etiam repudiauit, adhuc in tali casu substitutum pupillarem succedere posse tam in hæreditate patris, quàm in pupillari: quia cùm in substitutione Pupillari expressa contineatur tacita Vulgaris, potest substitutus ex ipsa tacita Vulgari adire paternam hæreditatem; & per eam aditionem etiam ipsa Pupillaris substitutio confirmabitur, proindeque ex illa sic confirmata succedet pariter substitutus in hæreditate Pupillari, & sic vtramque hæreditatem consequetur. Atque ita post Bald. *in l. vltim. numer. 10. Cod. de Instit. & substitut.* tenent Leon. *de Substit. in materia Pupillaris, num. 198.* Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib. 5. tit. 5. ante numer. 7.* & Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap 10. num. 8. & sub numer. 17. vers. Tertius casus*, & nos etiam attigimus *sect. præced. §. 21. numer. 338. ad fin.*

§. 12. Vtrum substitutus pluribus impuberibus admittatur ex Pupillari, quolibet eorum ante pubertatem moriente, vel solùm in casu, quo omnes in pupillari ætate decedant?

SUMMARIUM.

Quando Pupillaris facta est pluribus cum adjectione nominis collectiui, veluti, Si omnes, *vel*, ambo, *vel*, vterque decesserint in pupillari ætate, &c. *non succedit substitutus cùm primus eorum moritur, sed tum demum si omnes, vel vterque ante pubertatem decesserint: quod intellige, dummodo superstites possint aliàs illi primò succedere; num. 635.*

Quando Pupillaris facta est pluribus separatim admittitur substitutus, vbi aliquis eorum in pupillari ætate decedit, vt quando dictum est; Titio filio meo in pupillari ætate decedenti substituo Caium: & similiter Seio si in pupillari ætate decesserit, substituo Caium, vel Sempronium; *num. 636.*

Quando Pupillaris substitutio facta est pluribus distributiuè, vt si dictum est, Cuilibet eorum substituo, &c. *vel*, quolibet eorum ante pubertatem decedente, substituo, &c. *resoluitur substitutio in singularitates, & admittitur substitutus, quolibet eorum ante pubertatem decedente; num. 637. Id verò intelligitur, nisi superst persona prædilecta; num. 638.*

Quando substitutio facta esset pluribus

per nomen particulare, vt; Si quis eorum, aliquis eorum, vter eorum, quisquis ex eis decesserit in pupillari ætate, substituo, &c. *locus est substituto in cuiuscumque persona conditio eueniat, neque consumitur substitutio in primo, in cuius persona conditio purificatur, sed locum vlteriùs habet in quouis alio ex institutis, in quo postea euenerit conditio; num.*639. *Vtrùm id procedat, licèt superst persona prædilecta? ibid.*

Quando substitutio facta esset pluribus alternatiuè, vt; Si Titius, vel Seius in pupillari ætate decesserit, substituo, &c. *locus est substituto, in quocumque eorum conditio purificetur: nisi superst persona magis dilecta; num.*640.

Quando substitutio facta est pluribus simpliciter copulatiuè, seu conjunctim; Vt Titio, & Seio, si in pupillari ætate decesserint, substituo, &c. *communis sententia est non admitti substitutum eueniente conditione in persona primi morientis, si is qui supereſt est persona, quæ præsumitur magis testatori dilecta; num.* 641. *& seq.*

*Prædicta communis sententia locum non habet, quando impubes, qui supereſt, non est hæres ab intestato defuncti, vt quia erant fratres tantùm consanguinei, & est in medio frater vtrinque conjunctus defuncto, vel mater ipsius defuncti; n.*643. *Neque etiam quando frater superstes repudiaret hæreditatem defuncti; num.* 644. *Item neque quando substitutus esset etiam de liberis testatoris; num.* 645. *Neque juxta Angel. quando impuberes essent instituti in rebus certis, & substitutus extraneus illis datus, institutus esset vniuersaliter. Sed hæc sententia rejicitur; num.*446.

Si testator habens tres filios vtrinque cõjunctos, duos impuberes, & vnum puberem, omnes sibi hæredes instituat, & duobus impuberibus substituat pupillariter quemdam extraneum, an talis substitutus statim admittatur, altero illorum impuberum decedente? numer. 647. *Dato quòd ille substitutus non admittatur, sed quòd debeat succedere impubes superstes, an simul cum illo successurus sit frater pubes in hæreditate defuncti? Et si pars affirmatiua sit vera, vtrùm decedente postea secundo impubere in ætate pupillari, succedat substitutus in tota hæreditate, & bonis vtriusque impuberis; itaut etiam portio, quæ per mortem primi deuenit ad fratrem puberem, ei restituenda sit? num.*648. *& seq.*

Vtrum causa pia substituta copulatiuè duobus impuberibus, succedat statim impleta conditione in persona impuberis primò decedentis? Prima sententia affirmat; num. 650. *Secunda probabibiùs negat; num.* 651. *Limitatur hæc secunda sententia, nisi substitutio esset facta pro malè ablatis; ibid.*

*Quando testator grauauit filium, vt hæreditatem restitueret alicui pio loco, intelligitur grauasse sub tacita conditione, si sine liberis decederet; d. num.*651.

Quando Pupillaris substitutio facta est pluribus impuberibus, & conditio talis substitutionis solùm euenit in persona vltimò decedentis, (quia scilicet primus decessit pubes, & solus vltimus decessit impubes) vtrùm in tali casu admittendus sit substitutus ad successionem illius vltimi? Respondetur affirmatiuè ex communi sententia; num. 652. *& seq.*

Limitatur primò prædicta sententia, vt non procedat, quando substitutio est facta per nomen collectiuum, Vt si ambo decesserint in pupillari ætate, &c. *Rejicitur tamen hæc limitatio; numer.*654.

*Limitatur secundò vt non procedat, si ille qui priùs mortuus est, filios reliquit. Quod intelligitur, nisi substitutus esset etiam de liberis testatoris; num.*655.

Quæ persona in præsenti materia censeatur magis dilecta, ita vt ex verosimili mente testatoris substitutum excludat? num. 656. *& seq.*

Hæc

HÆc quęstio aliqua ratione spectat ad prædictum secundum effectum Pupillaris substitutionis, & ideo antequam ad tertium effectum progrediamur, expedienda est, sicut & quædam aliæ quæstiones, quas *in sequentes §§.* reseruamus.

In proposita igitur quæstione aliqui
635 casus distinguendi sunt. Primus est, quando substitutio facta est pluribus cùm adjectione nominis collectiui, veluti; *Si omnes*, vel, *ambo*, vel, *vterque decesserint in pupillari*, &c. & in hoc casu certum est substitutum non succedere cùm primus moritur, sed tum demum, si omnes, vel vterque ante pubertatem decesserint. Ita expresse habetur *in l. pen. Cod. de Impuber. & alijs substit.* Et ratio est, quia in hoc, & verborum significatio, & mens testatoris congruit. Si tamen mortuo primo alius, vel alij superstites non possint illi primo succedere, vt quia erant ejus fratres solùm consanguinei, & excludebantur per illius matrem, vel per alium fratrem maiorem vtrinque conjunctum, tunc substitutus statim admittetur non obstante illo nomine collectiuo, vt relatis multis bene docet Trentacinq. *de Subst. p. 2. cap. 6. sub num.* 21. & constabit satis ex infra dicendis *num.* 643. *&* 654.

636 Secundus casus est, quando substitutio facta est pluribus separatim: & tunc certum etiam est admitti substitutum, vbi aliquis eorum in pupillari ætate decedit, vt quando dictum esset; *Titio filio meo in pupillari ætate decedenti, substituo Caium; & similiter Seio, si in pupillari ætate decesserit, substituo Caium, vel Sempronium.* Ita Barth. *in l. Hæredes mei §. Cum ita, num. 5. ff. Ad Trebel.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *numer.* 1. *vers. Similiter etiam*, & cum multis alijs Fusar. *de Substitut. q.* 162. *num.* 2. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 13. *numer.* 5. idem in simili de Fideicommissaria, in qua eadem quoad hoc est ratio, tradit, relatis pluribus, Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 186. *num.* 2. Probatur *in l. Pater filium, §. vlt. ff. Ad leg. Falcia.* & constat facilè, quia cùm pluribus singillatim facta est substitutio, debet in singulis suum effectum sortiri, siue ea sit Vulgaris siue Pupillaris, siue Fideicommissaria: quę resolutio procedit, licèt substitutus sit exttaneus, vt cum alijs notat Fusar. *sup. num.* 3.

Tertius casus est, quando substitutio 637
facta est pluribus distributiuè, seu per verbum distributiuum; vt si dictum est, *Cuilibet eorum substituo*, &c. vel, *quolibet eorum decedente ante pubertatem, substituo*, &c. Et in hoc casu concludunt etiam DD. substitutionem resolui in singularitates, & sic admitti substitutum, quolibet illorum ante pubertatem decedente. Quam sententiam relatis pluribus tradit, & latè explicat Peregrin. *d. art.* 13. *num* 31. *& seq.* eamque teneri communiter à DD. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita*, affirmat Fusar. *d. q.* 162. *num.* 4. & quidem quando distributiuum adjicitur verbo dispositiuo, vt in primo exemplo; *Cuilibet eorum substituo*, &c. res est manifesta; quia de natura talis distributiui est attribuere actum cuilibet in solidũ separatim, *l. Non distinguemus, §. Cum in plures, ff. de Arbitr.* & oratio distributiua vnius tantùm membri veritatem requirit, *l. Si ita fuerit, ff. de Reb. dub.* Quando autem distributiuum adjungitur conditioni, vt in secundo exemplo; *Quolibet eorum decedente*, &c. non est res adeo expedita; sed tamen etiam tunc resolutio tradita est de mente Barth. *in d. §. Cum ita*, eamque probant Imola, Angel. & Alex. apud Peregrin. *sub d. numer.* 31. qui ita etiam sentit.

Intelligitur autem prædicta resolutio, 638
nisi supersit persona prædilecta, quæ substitutum solet excludere ex præsumpta voluntate testatoris, (de qua persona, quænam sit? infra *num.* 656. *& seq.* dicendum est) tunc enim tenent multi apud eundem Peregrin. *num.* 32. non esse locũ substituto, sed succedere illam personam prædilectam jure legitimę hæreditatis, substituto excluso; idque siue distributiuum fuerit adjectum conditioni, siue quod magis est, adjectum fuerit verbo dis-

dispositiuo, vt cùm dictum est; *Cuilibet substituo.* Quam limitationem probant multis argumentis: & reuerà est satis probabilis, eamque idem Peregrin. videtur amplecti. Quod si opponas, distributiuum perinde operari, acsi essent factæ plures dinumerationes, & separatæ dispositiones, *l. Sicut in annos, vers. Vnde tractatum, ff. Quibus mod. vsufr. amit.* in quo casu dicta persona prædilecta non consideratur. Respondent, negando tantundem operari, quia multũ interest, an dinumeratio fiat specificè, vel solùm per distributiuum, vt notatur *in l. Stichum, §. Stipulatio, ff. Verb. oblig.*

639 Quartus casus est, quando substitutio facta esset pluribus per nomen particulare, vt quia dictum sit; *Siquis eorum, aliquis eorum, vter eorum, quisquis ex eis decesserit in pupillari ætate, substituo,* &c. Et tunc etiam substituto est locus in cujuscumque persona conditio eueniat, perinde acsi cuilibet singillatim substitutio esset facta: Quia dictio, *aliquis, siquis,* singulas personas significat, vt latè per Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Omnia, vel partem aliquam, num. 5.* & quia particularis propositio æquiparatur disjunctæ, Barth. *in l. Si is qui ducenta, §. Vtrum, ff. de Reb. dub.* Atque ita relatis alijs docet Peregrin. *de Fideicommiss. d. art. 13. num. 29. & 30.* vbi etiam aduertit, substitutionem non consumi in primo, in cujus persona conditio purificatur, sed locum vlterius habere in quouis alio ex institutis, in quo postea conditio fuerit purificata; quia oratio particularis, qualis est, cũ dicitur, *Siquis eorum,* vel, *si aliquis eorum,* &c. in quolibet verificari potest, *l. Si necessarias, §. Si annua, ff. de Pignorat. act. l. Qui filiabus, §. 1. ff. de Leg. 1.* Barth. *in l. Hoc articulo, col. pen. vers. Venio, ff. de Hæred. instit.* & suâpte naturâ comprehendit distributiuè singulas res, & personas, quæ sub vniuersitate cõtinentur, seu vt DD. loquuntur, omnes comprehendit, nullo excluso, Joan. Andr. *in cap. Quisquis, de Elect.* Gemin. *consil. 29.* Gozadin. *consil. 27.* & latissimè Tiraquel. supra *sub num. 14.* Vtrum verò hæc resolutio procedat quanuis supersit persona prædilecta? Affirmant aliqui apud Trentacinq. *d. num. 30. fine;* ipse tamen valde dubitat, *& num. 32. in fine,* magis in contrarium inclinat, ex traditis pro casu, quo substitutio est facta per nomen distributiuum; in quo contrarium videtur receptum; *vt num. præced.* vidimus.

Quintus casus est, cùm substitutio est facta alternatiuè, vt cùm dictum esset; *Si* 640 *Titius, vel Seius in pupillari ætate decesserit, substituo.* In hoc casu idem resoluunt DD. atque in casu præced. Quia in alternatiuis sufficit alteram esse veram, *d. l. Si is qui ducenta, §. Vtrùm, ff. de Reb. dub.* Quod tamen limitatur, nisi obstet persona magis dilecta, nam vt hæc non excludatur, alternatiua resoluitur in conjunctam, *d. l. Si is qui ducenta, §. Item si pater, & l. Generaliter, §. Cum autem, Cod. de Instit. & substit.* Et ita in casu proposito locum habet substitutio, vbi cõditio in altero illorum impuberum fuerit purificata, nisi supersit persona prædilecta, vt si substitutus erat extraneus, cùm supersit filius testatoris: sic resoluit cum alijs Fusar. *d. q. 162. num. 5. & 6.* & Peregrin. *d. art. 13. num. 34. juncto num. 32.* Idemque in simili de Fideicommissaria tradunt plerique, & nos etiam in Vulgari resoluimus *sect. præced. §. 13. numer. 220. & seq.*

Sextus & vltimus casus est, quando 641 substitutio est facta pluribus simpliciter copulatiuè, seu conjunctim, vt cùm dictum est; *Titio, & Seio, si in pupillari ætate decesserint, substituo,* &c. vel, *Instituo Titium, & Seium, & si in pupillari ætate decesserint, substituo illis,* &c. In hoc casu communis sententia est, substitutum non admitti, eueniente conditione in persona primi morientis, si is qui superest, est persona, quæ præsumitur magis testatori dilecta. Ita Barth. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* & ibi Alex. Paul. Castr. Ripa *num. 118.* & alij communiter: idem tenet Glos. *in l. Si pater impuberis, ff. de Vulgari,* & ibi Barth. Castr. & Alex. Bald. *in l. pen. Cod. de Impuber.*

puber. & alijs substit. & ibi Barth. Angel. Salic. Alex. Ias. Corn. Curt. jun. & cæteri scribentes communiter, Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib.* 11. *tit.* 5. *numer.* 10. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.*61. *num.* 12. Trentac. *de Substit. p.* 2. *cap.* 6. *num.*6. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 13. *num.*22. *& seq.* & cũ multis alijs Fusar. *de Substit. q.* 162. *numer.* 8.

642 Fundamentum Bartholi *in d. §. Cum ita*, quod communiter àcæteris approbatur, est; quia licèt illorum verborum interpretatio deservire posset, vt substitutio resolvenda esset in singularitates; cùm per eam succedatur cuiibet in sua hæreditate, & sic respiciat diversos effectus, & diversas hæreditates; quod quidem standoin sola verborum proprietate satis est vt censeatur facta singulariter, juxta. *l. Falsa*; *§. fin. ff. de Condit. & demonstr.* ex qua habetur, quòd generalitas respiciens plures effectus diversos resolvitur in singularitates; tamen in præsenti casu repugnat huic interpretationi præsumptio voluntatis testatoris; quia præsumitur voluisse conservare inter illos filios impuberes jus legitimæ successionis (qua scilicet superstes succedit invariabiliter præmortuo ab intestato, juxta legis præscriptum, prout latiùs declarat Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 18.) vt per text. *in d. l. penult. Cod. de Impuber. & alijs subst. & in l. Si is qui ducenta, §. Item pater, ff. de Reb. dub.* Et ratio est, quia cùm illi impuberes instituti censeantur testatori prædilecti, & per legem illis competat mutua successio ab intestato, quæ per eorum voluntatem variari non potest, non præsumitur quòd testator per dationem substituti voluerit eos priuare illo juris beneficio, sed solùm quòd post eos, si intra ætatem pupillarem morerentur, substitutus succederet.

643 Ex hoc fundamento à cessante ratione notant DD. prefatam resolutionem non habere locum, quando impubes, qui supersit, non est hæres ab intestato defuncti, vt quia erant fratres tantùm consanguinei (idest, ex eodem patre, & diuersa matre) & est in medio frater vtrinque conjunctus defuncto, vel mater ipsius defuncti, quæ jure nouo excludit fratrem sui filij tantùm consanguineum. *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* In tali enim casu succedit substitutus, vbi primum cõditio substitutionis euenit in persona primi impuberis; quia cùm cesset dicta ratio conseruandæ legitimæ successionis inter eos impuberes, sola existentia superstitis non præbet impedimentum substituto ad vtilitatem alterius, vt per *l. Nec vtilem, ff. Ex quib. caus. maior.* Hujus sententiæ sunt Bald. *in d. l. penult. Cod. de Impuber. & al. substit.* & ibi Fulgos. Castr. Alex. Corn. Jas. & alij Ripa *in d. §. Cum ita, num.* 120. vbi hanc sententiam dicit communem, multique alij, quos citant, & sequuntur Menchac. *de Succes. progres. §.* 25. *numer.*50. *& seq.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.*5. *numer.* 11. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 6. *num.*7. *&* 21. Peregrin. *de Fideicommiss. art.*13. *num.*25. & Fusar. *de Substit. q.*162. *num.* 15. *&* 17.

644 Idem dicendum, quando frater superstes repudiaret hæreditatem defuncti. Nam tunc etiam est locus substituto, ob rationem pro præcedenti limitatione assignatam, vt multis relatis DD. notant Mantica *d.tit.*5. *num.*13. Peregrin. *d.art.* 13. *num.*26. Trentacinq. *d.cap.*6. *num.* 8. & Fusar. *d.q.*162. *num.*21. licèt aliqui refragentur, quos hi duo postremi referunt.

645 Notant præterea DD. locum non habere prædictam resolutionem principalem, quando substitutus esset etiam de liberis testatoris, vt si sit alius frater ipsorum impuberum; quia tunc substitutus non admittitur, eueniente tantùm conditione in persona primi impuberis, quãdo qui supereſt, est persona verosimiliter magis testatori dilecta, quàm substitutus, vt constat ex fundamento resolutionis principalis: in præsenti autem non supereſt talis persona, cùm substitutus sit etiam de liberis testatoris, & in pari gradu cum illo superstite, & sic non præsumatur minùs dilectus, vt per *d.l. Hæredes mei, §.*

Cum

Cum ita, ff. Ad Trebel. vbi nepos ex fratre grauato substitutione Fideicommissaria non excludit neptem ex alio fratre substitutam. Ita sentiunt Barth. *in d. §. Cum ita, num.* 3. *ad fin.* & ibi Raphael Alex. Socin. sen. *num.* 10. & Ripa *num.* 113. Bald. *in d.l.pen. Cod. de Impuber. & al. substit.* & ibi Alex. & Salic. Mantica *d. tit. 5. num.* 14. pluresque alij quos citant, & sequuntur Trentacinq. *d. cap. 6. num* 9 & Fusar. *d.q.* 162. *num.* 23. estque communis sententia, licèt aliqui apud proximè citatos contrariam teneant, quam humaniorem videri dicit Peregr. *d. art.* 13. *num.* 27.

646 Notat etiam Angel. *consil.* 101. locum non esse prædictæ resolutioni principali, quando testator duos filios impuberes in rebus certis instituisset, & extraneum hæredem fecisset vniuersalem, eundemque ipsis filijs pupillariter substituisset; quòd talis substitutus censeatur magis dilectus, quàm ipsi filij, & sic non debeat excludi per superstitem. Contrarium tamen tenent Aretin. *in l. Quidam testamento, ff. de Vulgari* Socin. sen. *in d. §. Cum ita,* & ibi Ripa *num.* 125. Anchar. *cons.* 68. & alij quos citant, & sequuntur Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 24. Trentacinq. *d. cap.* 6. *num.* 11. & Fusar. *d. q.* 162. *num.* 34. quæ sententia est humanior, vt illam appellat Peregrin. & nobis etiam defendenda; quia licèt testator illum substitutum prædilexerit in sua hæreditate, non tamen censetur eum prædilexisse in hæreditate ipsorum impuberum, sed potiùs voluisse, ut inter illos conseruaretur jus legitimæ successionis, cùm in dubio potior sit affectionis præsumptio pro filio, quàm pro extraneo.

647 Illud quoque notandum, si testator habuerit tres filios vtrinque conjunctos, duos impuberes, & vnum puberem, eosdemque sibi hæredes instituerit, & duobus impuberibus extraneum pupillariter substituerit, dubitari posse, an substitutus statim admittatur altero illorum impuberum decedente? Qua in re æquiùs putat Ripa *in d. §. Cum ita,* non debere admitti substitutum, quia in hoc etiam casu, saltem in parte, habet locum ratio conseruandæ legitimę successionis inter ipsos impuberes, & proprietas quoque sermonis substitutum videtur excludere; cùm altero illorum impuberum superstite, non verificetur vniuersaliter, quod decesserint in pupillari ætate, prout ex proprietate talis indefinitæ necessarium erat: nam etiam indefinita æquiualet vniuersali, quando concurrit præsumptio voluntatis. Nihilominus Mantica *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit. 5. num* 11. huic resolutioni non acquiescit, & meritò, quia sola proprietas sermonis in hujusmodi casibus non sufficit ad excludendum substitutum, nisi etiam concurrat voluntatis conjectura, vt colligitur *ex d. l. pen. Cod. de Impuber. & alijs substit.* In præsenti autem potiùs videtur stare voluntas testatoris pro substituto extraneo, siquidem illum prętulit filio pubeti in portionibus impuberum; vnde rectè conjicitur quòd illum etiam voluit prę-ferri impuberi superstiti, cùm non debeat præsumi fuisse hos filios inæqualiterà patre dilectos.

648 Admisso autem, quòd substitutus in prędicto euentu non succedit statim, primo impubere defuncto, sed quòd succedit impubes superstes, ob legitimam successionem ei reseruatam; dubiæ quęstionis est, vtrùm talis impubes succedat in tota hęreditate defuncti, excluso fratre pubere: vel solùm succedat in parte, & frater pubes in alia parte? Et si hoc posteriùs admittatur, vtrùm decedente etiam postea secundo impubere in pupillari ætate, succedat substitutus in tota hæreditate, tam ipsius secundi pupilli, quàm etiam primi, ita vt etiam illa portio, quæ per mortem primi deuenit ad fratrem puberem, ei restituenda sit? Ad primam itaque hujus quęstionis partem, seu ad primum quæsitum, placet resolutio Tornielli, quem refert, & tandem reipsà sequitur Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 28. qui ambo concludunt, quòd impubes superstes excludit fratrem à successione defuncti: non conueniunt autem in assignando jure, quo eum excludat; Peregrin. enim

dicit,

dicit, quòd excludit illum jure ejusdem reseruatæ successionis soli impuberi superstiti. Sed hoc non videtur satis fundatum; nam vel talis successio reseruaretur à lege; vel à testatore: non primum; quia per legem vterque frater est successor ab intestato impuberis defuncti; non etiam secundum, quia testator solùm intelligitur reseruare jus successionis legitimæ (ideſt, quæ per legem competit) vt constat per *d. l. pen. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* legitima autem successio ad vtrumque fratrem spectat: & sic aliquid aliud assignari oportet, ex quo frater maior excludatur. Aliter ergo, & meliùs dicit Torniellus, quòd ille impubes excludit fratrem ex vi juris accrescendi; quod licèt Peregrinus non videat quomodo hìc possit habere locum, mihi certè facilè probatur, & declaratur. Nam cùm testator in hæreditatibus filiorum impuberum prætulerit substitutum filio impuberi, ac subinde solùm in fauorem ipsorum impuberum legitimam successionem reseruauerit, profectò solùm impuberem superstitem admitti voluit ab intestato ad hæreditatem defuncti, non verò filium puberem: & sic portio, quæ aliàs spectabat ad ipsum puberem, tanquam legitimum cohæredem impuberis superstitis, eidem impuberi accrescit, per regulam juris accrescendi inter cohæredes ab intestato: quare rectè dicitur, quòd ille impubes fratrem excludit ex vi juris accrescendi: quod vtique non minùs habet locum in præsenti, quàm aliàs haberet si ipse frater maior nollet esse hæres impuberis defuncti.

649 Ad secundam partem respondent aliqui negatiuè, negando scilicet portionem fratri puberi quæsitam restitui debere substituto succedenti postea in hæreditate vtriusque impuberis. Ita Alex. *cons.* 175. *lib.* 5. & Ripa *in d. §. Cum ita, num.* 134. cum quibus transit Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 23. At oppositum videtur probabilius, quia alioqui nihil amplius haberet substitutus, quàm si tantùm impuberi vltimò decedenti facta esset substitutio: nam si portio, quæ ex primo decedente ad fratrem maiorem peruenit, ei non detur, solùm habebit hæreditatem secundi, cum qua ita commixta est altera portio hæreditatis fraternæ, quę ad ipsum secundum peruenit, vt non duę, sed vna tantùm sit hæreditas, *l. Sed si plures, §. Filio impuberi, ff. de Vulgari*: in qua hęreditate sic aucta substitutus succederet, etiamsi soli vltimo succedenti substitutio esset facta, *l. Qui duos, ff. de Reb. dub.* Dicere autem quòd substitutus nihil amplius habere potest in casu, de quo loquimur, est contra mentem, & verba testatoris, qui non vltimo morienti, sed vtrique simpliciter & absolutè substituit: ergo totam vtriusque hæreditatem habere debet substitutus, & consequenter ei debet restitui portio, quæ ad fratrem maiorem peruenit.

Denique omissis alijs, quæri hìc solet: 650
vtrùm quando causa pia est substituta, succedat statim, eueniente conditione in persona impuberis primò decedentis? Respondent affirmatiuè Bald. *in cap. Si pater, col.* 18. *de Testam. in* 6. Socin. jun. *in d. §. Cum ita, col.* 10. & ibi Curt jun. *in Apostil. ad Alex.* Ruin. *consil.* 98. *num.* 23. *lib.* 2. *& consil.* 180. *sub num.* 9. *lib.* 2. Alex. *consil.* 38. *col.* 2. *lib.* 1. *& consil.* 92. *num.* 11. *lib.* 3. Bertrand. *consil.* 6. *num.* 2. *in nouis*, Curt. jun. *consil.* 262. *dub.* 1. *numer.* 16. *& seq. lib.* 3. & alij apud Trentacinq. Peregrin. & Fusar. *infra cit.* Mouentur, quia causa pia, cùm sit in bonum animæ ipsius testatoris, censeri debet magis ei dilecta, quàm ipsi filij: substitutus autem pupillaris pluribus filijs datus, eueniente conditione in persona primi decedentis, non excluditur à superstite, nisi quando ipse superstes est persona verosimiliter magis dilecta, vt ex dictis constat.

Contrarium nihilominus tenent meritò Guilliel. de Cun. *in dict. l.* 651
penult. Cod. de Impuber. & alijs substitut. & ibi Fulgos. *col. fin. vers. Idem si in personam*, Zancus *in dict. §. Cum ita, numer.* 1104. *& seqq.* vbi testatur de communi, Ancharan. *consil.* 390. *col.* 2. Ruin. *consil.* 182.

col. fin. lib. 2. & consil. 121. *numer.* 7. *lib.* 3. Corn. *consil.* 31. *lib.* 1. *consil.* 93. *& consil.* 276. *lib.* 3. *& consil.* 236. *dub.* 2. *lib.* 4. Castr. *consil.* 86. *col.* 3. *lib.* 1. Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 11. *tit.* 5. *sub numer.* 28. Emman. Costa *in cap. Si pater*, 1. *p. ver. Si utrumque, num.* 6. *vers. Mihi verò, de Testam. in* 6. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 13. *n.* 51 *fine*, Trentac. *de Substit. p.* 2. *c.* 6. *sub. num.* 25. Rusticus *in l. Cum auus. lib.* 2. *c.* 2. *num.* 62. *ff. de Condit. & dem.* & cum multis alijs Fusar. *de Substit. q.* 162. *n.* 39. Probatur contraria ratione, quia amor, & pietas erga filios, cùm sit qualitas, quæ ineſt per naturam, fortiorem inducit præsumptionem pro filijs, quàm affectio erga causam piam substitutam pro ipsa causa; quod vel inde apparet, quia testator instituendo filios in primo gradu, magis eos dilexit, quàm piam causam, quam solum in secundo gradu instituit. Confirmatur præterea hæc resolutio ex cómunissima DD. sententia, quam relatis plurimis, tradit Mantic. *lib.* 10. *de Conjectur. vlt. vol. tit.* 7. *num.* 3. quæ tenet, quòd quando testator grauauit filium vt hæreditatem restitueret alicui pio loco, intelligitur eum gravasse sub tacita conditione, si sine liberis decederet, juxta *d. l. Cum avus ff. de Condit. & demonstr. & l. Cum acutissimi, C. de Fideicommiss.* quod non alia ratione fundatur, nisi quia testator intelligitur magis dilexisse suam posteritatem, quàm ipsam causam piam; & propterea non intendisse, huic relinquere hæreditatem, nisi decedente filio sine liberis, quibus magis voluit prospicere. Limitant autem hanc resolutionem Zancus, & alij relati à Rustico *d. num.* 62. nisi substitutio esset facta pro malè ablatis; quæ limitatio mihi placet.

652 Quæ hactenus tradidimus procedunt, quando dato pupillari substituto pluribus impuberibus, conditio substitutionis euenit in persona primi decedentis, quia scilicet decessit in pupillari ætate Vnde non leuis supereſt dubitatio, si conditio solùm eueniat in persona vltimò decedentis (quia videlicet primus decessit pubes, & solus vltimus decessit impubes) an in tali casu admittendus sit substitutus ad successionem illius vltimi impuberis? Et ratio dubitandi pro parte negatiua est; quia substitutio est facta sub conditione, si illi impuberes decederent in pupillari ætate, quæ conditio defecit, eo ipso quòd primus decessit post pubertarem; cùm jam non sit verum, quòd decesserunt in pupillari ætate: maximè verò vrget hæc ratio, si substitutio illis facta est per nomen collectiuum, vt; *Si vterque*, vel, *si ambo decesserint in pupillari*, &c.

Nihilominus pars affirmatiua communis est. Pro ea stant Barthol. *in l.* 653 *Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* & ibi Alex. Socin. sen. *numer.* 21. dicens ita tenere omnes DD. Ripa *numer.* 127. qui testatur de communi, & Zancus *numer.* 945. Barthol. *in l. penult. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Alex. Bald. Salic. Paul. de Castr. Fulgos. Curtius jun. & alij, Alex. *consil.* 101. *col.* 2. *vers. Sextò & vltimò, lib.* 4. Corn. *consil.* 183. *col. fin. vers. Item si vnus, lib.* 1. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 5. *numer.* 15. Trentacinq. *de Substitution. p.* 2. *cap.* 6. *numer.* 12. Ceual. *Spec. commun. contra commun. quæstion.* 615. & Fusar. *de Substitution. quæstion.* 162. *numer.* 44. Probatur per text. *in dict. §. Cum ita*, vbi cùm testator substituisset fideicommissariè neptem Claudiam duobus filijs à se institutis, si decessissent sine liberis, decedente primo cum liberis, & secundo sine liberis, admissa fuit Claudia ex conjectura voluntatis ad successionem secundi, in quo solo conditio impleta fuit. Ratio verò est, quia quando conditio Pupillaris substitutionis duobus impuberibus factæ impletur in persona primi decedentis ante pubertatem, non excluditur substitutus ab illius successione, nisi quia supereſt persona verosimiliter magis dilecta, nempe alter impu-

bes,

bes, cui testator censetur reseruasse legitimam successionem, vt dicitur *in d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs substit.* & constat ex supradictis: sed quando códitio impletur tantùm in persona impuberis vltimo decedentis, non supersit persona quæ sit verosimiliter magis dilecta, quàm ipse substitutus: ergo tunc non excluditur substitutus, sed admitti debet. Confirmatur, quia si repudiante impubere superstite, substitutus admittitur ad portionem primi defuncti in pupillari ætate, vt supra *num.* 644. concluſum est, à fortiori debet admitti ad portionem vltimi, cùm primus antea defunctus nullo modo ei possit succedere.

653

654 Hæc resolutio procedit facilè, quando substitutio facta est simpliciter duobus, aut pluribus impuberibus: quia tunc ex ipsa verborum proprietate facilè potest resolui in singularitates, cùm respiciat plures effectus diuersos, vt cum Barth. notauimus *num.* 641. juxta *l. Falsa, §. vltim. ff. de Condit. & demonstr.* Quando autem facta est per nomen collectiuum, vt, *Si ambo decesserint in pupillari ætate*, &c. nonnihil habet difficultatis; cùm altero tantùm decedente in ætate pupillari; conditio planè deficiat, spectata proprietate sermonis. Quamobrem in hoc casu, non debere admitti substitutum tenent Socin. sen. *in d. §. Cum ita*, & Trentacinq. sup. *num.* 13. Nihilominus tamen, etiam in hoc casu procedere prædictam communem resolutionem, tenent meritò Ripa *in d. §. Cum ita, num.* 127. & ibi Zaneus *num.* 944. Mantica *d. tit. 5. sub num.* 16. Fusar. *d. q.* 162. *num.* 45. & alij quos refert, quia licèt prima facie proprietas sermonis videatur repugnare, tamen conjectura voluntatis stat pro substituto, vt constat ex dictis *num. præced.* Quod clarè confirmatur ex *d. §. Cum ita*, vbi cùm duo filij testatoris grauati essent fideicommisso vniuersali sub expressa conditione, *Si vterque sine liberis decederet*, decedente solo vltimo absque liberis admittitur Claudia fideicommissaria ex conjectura voluntatis, licèt primâ facie verba conditionis repugnarent, vt ibidem notatur.

Limitatur autem præfata communis resolutio, vt non procedat, si ille, qui prius mortuus est, filios reliquit; tales enim filij substitutum excludunt à portione vltimi in pupillari ætate defuncti. Ita Barth. *in d. §. Cum ita*, & ibi Ripa, *num.* 128. qui dicit esse communem opinionem, Zanc. *num.* 927. *& num.* 1014. *& seqq.* vbi etiam testatur de communi, Barth. *in d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Salic. & Alex. *col. pen. in fine* Mantica dicens esse communem *d. tit. 5 sub numer. 16. vers. Fatendum*, Trentacinq. *d. cap. 6. num.* 15. & Fusar. *d. q.* 162. *num.* 48. licèt aliqui contradicant, quos idem Fusar. refert. Fundamentum est, quia hæc præsumitur fuisse mens testatoris, qui si cogitasset ita verosimiliter disposuisset: eoque magis huic conjecturæ standum est, quo, spectata verborum proprietate, substitutionis conditio defeciſſe videtur. Confirmatur, nam sicut substitutus excluditur à fratre defuncti superstite, *d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs substit.* ita in nostro casu debet excludi à liberis fratris defuncti, cùm in locum patris succedant, *§. Cum filius, Inst. de Hæred. ab intest. defer.* Intelligitur autem hæc limitatio, nisi substitutus esset de liberis testatoris; quia tunc non supereſſet persona, quæ ex verosimili mente illum excluderet, vt colligitur *ex d. §. Cum ita*, vbi liberi primi fratris defuncti, cùm essent in pari gradu, non excludunt à successione secundi Claudiam substitutam, quæ erat neptis testatoris: sic Ripa *sub d. num.* 16. *vers. Sed hæc opinio*, & cum alijs Fusar. *d. q.* 162. *num.* 52. 655

Restat pro complemento totius fermè superioris doctrinæ, vt dicamus, quęnam persona in præsenti materia censeatur testatori prædilecta; ita vt ex verosimili mente testatoris substitutum excludat. Hac in re conueniunt DD. personam, quæ est ex liberis testatoris, præsumi magis dilectam, quàm substitutum extraneum, seu qui de liberis non sit. Ita Barth. *in d. §.* 656

Cumita, num. 5. & ibi Alex. Socin. sen. *num.* 26. Ripa *num.* 132. & Zanc. *in* 8. *p. num.* 230 vbi alios refert: idem tradunt multi alij, quos referunt, & sequuntur Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 186. *num.* 19. Trentac. *de Substit. p.* 2. *cap.* 6. *num.* 17. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 13. *num.* 46. & constat satis argum. *d. l. Cum auus, ff. de Condit. & demonstr. & l. Cum acutissimi, Cod. de Fideicommiss.* Hoc autem intelligitur regulariter, ac per se loquendo, nam si aliunde sit conjectura voluntatis, & maioris affectionis erga substitutum extraneum, is erit liberis præferendus, vt constat ex dictis *n.* 646. *& seqq.* Idem dicendum esse in transuersalibus testatoris, qui in ejus successione ab intestato substitutum excluderent, existimarunt aliqui, quos refert Menoch. *sup. num.* 20. & Trentac. *sub d. num.* 17. At oppositum tenet meritò idem Menoch. post multos alios, quos citant & sequuntur Trentac. & Peregr. *loco cit.* quia in transuersalibus jura non supplent, nec præsumunt plus dictum, & minùs scriptum, vt est communis traditio, pro qua plurimos refert Peregrin. *dict. numer.* 46.

657 Alij cocent, illam censeri personam prædilectam, quę in successione intestati substitutum excluderet ab hæreditate defuncti, cui substitutio facta est. Ita Guil. de Cun. *in d. l. pen. Cod. de Impub. & alijs subst.* Corn. *consil.* 93. *&* 186. *&* 202. *lib.* 3. *multisque alijs in locis,* Alex. *consil.* 101. *lib.* 4. Aymo *consil.* 109. Castr. *consil.* 5. *lib.* 1. Dec. *in d. l. pen. num.* 6. & ibi Curtius jun. *numer.* 17. & alij. Cæterùm hoc debet intelligi, dummodo persona illa sit de liberis testatoris, vt rectè cum alijs tradit Trentac. *d. num.* 17. & Peregr. *sub d. num.* 46. *vers. Alij verò,* & constat ex proximè dictis *num. præced.* Quin etiam non sufficiet quòd talis persona sit de liberis testatoris, nisi etiam sit instituta, aut de liberis ipsius personę institutæ, vt notant, & latiùs exponunt idem Trentacinq. *n.* 18. & Peregr. *num.* 48. *& seq.* Si autem substitutus, & conjunctus superstes, essent in pari gradu cum defuncto, ita quod ei simul successuri essent ab intestato; tunc substitutus illi conjuncto præferendus est, vt cum Barth. & Socin. aduertit Peregr. *d. art.* 13. *sub numer.* 46. *vers. Alij verò,* per text. *in d. §. Cum ita,* siquidem ibi, extante filio primi fratris defuncti, Claudia, quæ erat in pari gradu cum eo, illum ex substitutione excluserit à successione secundi fratris: ex quo bene colligitur, quòd concurrentibus in pari gradu substituto, & conjuncto, vel descendente à conjuncto, substitutus præferendus est. Quòd secùs erit, si substitutus sit extraneus, vel in gradu inferiori, vt relatis pluribus notant Emman. Costa *in d. cap. Si pater,* 1. *p. verb. Si vtrumque, numer.* 4. *de Testament. in* 6. & Trentacinq. *d. num.* 18.

§. 13. *Vtrum substitutus pupillariter vltimo morienti ex impuberibus institutis, succedat in omnibus eorum bonis?*

SVMMARIVM.

Substitutus pupillariter vltimo morienti ex duobus fratribus impuberibus succedit tam in bonis vltimi, quàm etiam primi, quatenus ad vltimum peruenerunt; num. 658.

Si non appareat vter ex dictis impuberibus prior decesserit, vt cùm eodem naufragio perierunt, etiam in tali casu substitutus succedit in bonis vtriusq; num. 659. *Qua ratione in hoc casu hæreditas prædefuncti conjungatur cum hæreditate vltimi, à quo adita non est, ad hoc vt succedens vltimo vtramque assequatur? num.* 660.

Substitutio Fideicommissaria facta vltimo morienti est inutilis, si non apparet quis ex grauatis nouissimè obierit. Id verò limita, nisi substitutio esset facta in tota hæreditate testatoris restituenda per mortem grauati vltimò decedentis; num. 661.

Præ-

Præfata resolutio principalis tradita numer. 659. Limitatur, vt non procedat, quando illi impuberes non essent vtrimque conjuncti, sed tantùm fratres consanguinei, & mater vnius, nempe junioris, esset in medio; num 661. Idèque est quando esset in medio frater vtrimque conjunctus alicui illorum impuberum; eod. num. 662. fine.

Etiam quando dicti impuberes essent vtrimque conjuncti, si mater, vel alius frater sit in medio, non potest substitutus ex dicta Pupillari vltimo decedenti facta succedere adæquatè in hæreditate vtriusque, dum non apparet quis vltimò decesserit. Et vtrùm saltem succedat inadæquatè, idest, detractâ tantùm portione, quam mater, vel ille alius frater habet in successione primò decedentis? num. 663. & seq.

Quando illi impuberes essent tantùm cõsanguinei, & mater junioris esset in medio, certum est quòd admitti debet substitutus ad hæreditatem senioris, non obstante dicta incertitudine circa eorum mortem. Et quid si esset in medio frater utrimquè conjunctus alteri illorum impuberum? num. 665.

Excluditur quædam objectio contra superiùs dicta, pro casibus, quibus mater, vel frater in medio existerent; numer. 666.

658 SEnsus qnæstionis est, vtrùm talis substitutus succedat tam in portione vltimi, quàm etiam primi, quatenus ad ultimum pervenit; & respondetur affirmativè, per tex. *in l. Qui duos ff. de Vulgari, & in l. Qui duos in princ. ff. de Reb. dub.* vbi Barth. *numer.* 17. & alij communiter; quod etiam tradunt Peregrin. *de fideicommiss. art.* 13. *numer.* 12. *& numer.* 28. *ad medium*, Trentac. *de Substit. p.* 2. *cap.* 6. *sub num.* 35. *vers. In secundo casu*, Menchaca *de Succes. progres. §.* 25. *num.* 70. 76. *& seq.* & Fusar. *de Substit. q.* 163. *num.* 1. Ratio est, quia in substitutione Pupillari, cùm sit testamentum ipsius pupilli, veniunt omnia ejus bona, vndecumque illa quæsierit, *l. Sed si plures, §. Ad substitutos, ff. de Vulgari, & §. Non solum, Inst. de Pupillari*, & diximus supra, §. 11. *numer.* 610. *& seqq.*

Sed quid, si non appareat, vter fuerit 659
superstes & vltimo decesserit, vt quia eodem naufragio, vel eàdem ruinà domus, interierè? Respondetur etiam tunc substitutum succedere in portione, seu hæreditate vtriusque, vt constat per *l. Ex duobus, in princip. & d. l. Qui duos, ff. de Vulgari, d. l. Qui duos, in princ. ff. de Reb. dub.* in quibus textibus habetur, quòd intereuntibus simul impuberibus, quorũ vltimo morienti Pupillaris substitutio facta est, admittitur substitutus ad hæreditatem vtriusque. Et ita docet Barth. *in d. l. Qui duos, in princip. ff. de Reb. dubijs*; cæterique omnes. Ratio verò est, quia vel illi impuberes eodem temporis momento reipsà extincti sunt (quod quidem vix, aut nunquam continget, etiamsi eodem fulminis, aut bombardæ ictu percussi essent) vel reuerà vnus post alium obijt, nescitur autem vter priùs, aut posteriùs extinctus sit: si eodem momento, cùm neuter fuerit alteri superstes, de vtroque verificatur, quòd vltimus mortuus sit, quatenus rectè dicitur vltimus, postquam non supereſt alter: & sic in vtroque habet locum dicta substitutio; quæ ratio in prædictis textibus redditur: juxta quam, si vnicum habens filium vltimo morienti substituerit, non videbitur inutiliter substituisse, vt dicitur *in d. l. Qui duos, in princip. ff. de Reb. dub.* Si autem post alterum obijt, vt semper præsumendum est, licèt tunc nesciatur, vter obierit posteriùs, attamen quicumque ille fuerit certum est, quòd fuit legitimus successor prædefuncti, & sic vtriusque hæreditas ad successorem, seu substitutum vltimo morienti datum spectare debet.

Dices, hanc rationem solùm procedere, quãdo in hæreditate vltimi decedẽtis reperitur hæreditas primi; in præsenti autem hæreditatẽ primi non peruenisse ad 660

vltimum, & consequenter non reperiri in hæreditate ipsius vltimi; nam hæreditas fratris non adita non transmittitur, *l. Quoniam sororem, Cod. de Iure deliber.* quando autem fratres impuberes ita confusè extinguuntur, vt nesciatur vter posteriùs obierit, (vt quando eodem naufragio, vel simili casu perierunt) hæreditas præmortui non fuit adita, nec moraliter adiri potuit à superstite, vt patet. Ponit hanc objectionem Iacob de Aretin. quem refert Barth. *in d. l. Qui duos, in princip. num. 5. ff. de Reb. dub.* & respondet, quòd in hujusmodi casu substitutus, seu hæres vltimi decedentis habebit hæreditatem primi beneficio restitutionis in integrum ex persona ipsius vltimi, argum. *l. Pantonius, ff. de Acquir. hæred.* quam responsionem approbat, & declarat idem Barth. ibid. quem vide. Dici etiam potest cum Trentacinq. *d. vers. In secundo casu*, & ad mentem ejusdem Barthol. *loc. citat. num.* 4. Quod pater substituendo pupillariter vltimo morienti, voluit conseruari inter ipsos impuberes jus legitimæ successionis, & consequenter suppositum quòd in hæreditate vltimi reperiretur hæreditas primi, vt ordinariè contingit: vnde intelligitur, quòd voluit vt hæreditas vtriusque deueniret tandem ad substitutum per mortem vltimi, proindeque siue eodem momento, siue vnus post alium confusè extincti sint, & nesciatur vter posteriùs obierit, semper substitutus ad hæreditatem vtriusque admittendus sit, cùm pro se habeat voluntatem testatoris.

661 Oppones præterea; substitutio Fideicommissaria facta vltimo morienti, est inutilis, si non apparet, vter ex hæredibus grauatis nouissimè obierit, *l. Eum qui nouissimus, ff. Ad Trebel.* ergo idem dicendum in Pupillari. Respondetur negando consequentiam: diuersam rationem assignat Barth. *vbi supra, num.* 3. quia in hæreditate vltimi decedentis grauati per Fideicommissariam non reperitur hæreditas primi, vnde non est præsumptio, quòd testator voluerit vtrique substituere, sicut quando substituit pupillariter vltimo decedenti, vt proximè *n. precedenti* declaratum est: & ideo nisi substitutus ostendat, quis nouissimus obierit ad fideicommissum non admittitur, vt habetur *in d. l. Eum qui nouissimus.* Aliam bonam rationem diuersam reddit Trentac. *d. vers. In secundo casu*, quia quando ex duobus institutis vltimus decedens fuit grauatus restituere hereditatem, & non apparet qui vltimò decesserit, fieret præjudicium eorum hæredibus ab intestato, vel ex testamento, si vtriusque, vel alterius portio restitueretur fideicommissario: nam si dicas, quod saltem portio senioris restitui debet, fortè junior decessit posterior, & sic fiet præjudicium hæredibus senioris; qui absque ratione privabuntur illius portione, dum non constat eam debuisse restitui fideicommissario: & idem est, si dicas restituendam esse portionem junioris. Propter hujusmodi autem præjudicium, quando incertum est, quæ portio, vel quę res fuerit alicui relicta, tale relictum vitiatur, nec jus admittit, quòd præsumatur hanc potiùs, vel illam, & multò minus vtramque fuisse relictam; vt per *d. l. Eum qui nouissimus.* In nostro autem casu tale præjudicium non sequitur, cùm rectè intelligatur, quòd voluntas testatoris fuerit, vt ad vtriusque impuberis portionem substitutus admitteretur, licèt vltimotùm morienti substituerit, vt ex dictis constat. Vnde etiam in substitutione Fideicommissaria, si constet quòd fuit facta in tota hereditate testatoris restituenda per mortem gravati qui vltimus decederet, nihil obstabit incertitudo talis ultimi, quominus substitutus admittendus sit, vt notat Trentacinq. *loc. cit.* & Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 9. & relatis pluribus Fusar. *de Substit. q.* 128. *numero* 1. *& q.* 474. *num.* 99.

Si autem dicti impuberes non essent 662
vtrimque conjuncti, sed fratres tantùm consaguinei, & mater unius, nempe junioris, extaret in medio, tunc non procederet præfata resolutio principalis tradita *num* 659. vt attigit Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 13. *num.* 12. & Fusar. *d.*

d. q. 128. *num.* 5. viderurque ab omnibus supponi quia in tali casu incertũ est, quod hæreditas primi decedentis deuenisset ad superstitem, cui vltimo decedenti substitutio facta est; quia fortè junior impubes decessit priùs, in quo casu ejus hæreditas spectat ad solam matrem, juxta *Auth. Defuncto, C. Ad Tertul.* ex qua hodie mater à successione filij in totum excludit ejus fratres tantùm consanguineos. Vnde si nihilominus substitutus admitteretur ad portionem vtriusque impuberis, præsumeretur in præjudicium matris filium ejus posteriùs decessisse, in quo casu ad illum etiam spectaret hæreditas primi decedentis, & substitutus succederet in hæreditate vtriusque, excluſa illius matre, virtute Pupillaris expressæ vltimo decedenti factæ, cùm hæc matrem pupilli excludat, vt sæpius dictum est; & infra magis declarabitur: talis autem præsumptio cum præjudicio alterius per leges non admittitur, & ipsa incertitudo relictum vitiat, vt constat ex dictis *num. præced.* ad *d. l. Eum qui nouissimus, ff. Ad Trebel.* idem dicendum, quando esset in medio fratrer vtrimque cõjunctus alicui illorum impuberum, nam etiam talis frater excludit fratrem consanguineum tantùm â successione sibi vtrimque conjuncti; *Auth. Cessante. C. de legitim. hæred. §. Si igitur defunctus, Auth. de hæredib. ab intest. §. Quia igitur, Auth. de Consanguineis, & vterinis fratr. & Auth. Itaque, C. Communia de successionibus*, & sic est idem, atque quando mater est in medio.

663 Addendum præterea, quod etiam quando dicti impuberes essent vtrimque conjuncti, non procederet prædicta resolutio, si extaret in medio eorum mater, vel alius frater ipsis similiter conjunctus, vt notauit Barth. *in d. l. Qui duos, in princ. n.* 3 *ff. de Reb. dub.* & cum alijs Fusar. *d. q.* 128. *num.* 4. quia in tali casu tam mater, quàm ille alius frater concurrit in successione impuberis primò decedentis cum altero, qui nouissimus obijt: nam cùm testator substituerit vltimò decedẽti, non est dubium quòd jus successionum ab intestato conservatur in morte primi decedentis, *l. Vel in singulis, ff. de Vulgari*: & sic quòd tam ejus mater, quã fratres vtrimque conjuncti in illius successione concurrunt, juxta *d. Auth. defuncto C. Ad Tertul.* vt post Barth. *sup.* & alios notauit etiam Peregrin. *d. art.* 13. *num.* 28. *ad med.* Vnde in hæreditate vltimi decedentis non reperiretur tota hæreditas primi; ac proinde non potest substitutus ex dicta substitutione vltimo decedenti facta succedere adæquatè in hæreditate vtriusque. Vtrùm autem succedat inadæquatè, idest, detractâ tantùm portione, quam mater, vel ille alius frater habet in successione primi decedentis? Negant Barth. *vbi supra, num.* 16. & alij quos refert Fusar. *d. q.* 128. *num.* 4. & videntur fundari in eo, quòd cùm non appareat, quis illorum impuberum decesserit primus, aut nouissimus, incertum est, cujusnam portio debeatur integrè, vel pro parte, ex substitutione vltimo decedenti facta: nam si reuerà junior talium impuberum decessit vltimus, integra ejus hæreditas deberetur substituto, & simul quædam portio hæreditatis senioris primò decedentis, quæ ad ipsum juniorem ab intestato deuenit: & econtra, si senior vltimò decessit, deberetur substituto tota ejus hereditas, & simul portio hæreditatis junioris, quæ ad ipsum seniorem spectauit: siquidem altera portio primi decedentis pertinet ad matrem, vel illum alium fratrem in medio existentem. Igitur cùm incertum sit, vter eorum impuberum decesserit vltimus, junior ne, an senior, incertum consequenter est, cujusnam tota hæreditas, & cujus pars hæreditatis debeatur substituto ex dicta substitutione: talis autem incertitudo, cùm refundatur in rem à testatore relictam, vitiat totum ipsum relictum, vt nihil ex eo debeatur, vt probat *d. l. Eum qui nouissimus, ff. Ad Trebel.* & constat ex supradictis *num.* 661.

Sed quamquam hoc ita videatur esse 664
de rigore juris, placet tamen temperamentum, quòd subdubitando considerauit Fusar. *d. q.* 128. *num.* 5. post Menchac.

de succeſſ. progreſs. §. 25. in fine, vt ſcilicet prætata reſolutio procedat, quando hæreditates illorum impuberum eſſet inæquales: ſecus autem ſi eſſent æquales; quia in hoc ſecundo caſu, prædicta incertitudo non variat emolumentum portionis, quæ in hæreditate primi decedentis ſpectat ad matrem, vel fratrem in medio exiſtentem, cùm ſiue hic, ſiue ille deceſſerit primus, tantundem habitura ſit mater, vel ille alius frater, concurrendo in ſucceſsione vnius, atque in ſucceſsione alterius, vt per ſe liquet. Maximè verò procedet hoc temperamentum, ſi inter illos impuberes nondum eſſet facta diuiſio bonorum hæreditariorum.

665 Loquendo autem in caſu propoſito *num.* 662. quando ſcilicet dicti impuberes, eſſet fratres tantùm conſanguinei, & mater iunioris extaret in medio tunc mihi dubium non eſt, admittendum eſſe ſubſtitutum ad hæreditatem ſenioris, nó obſtante dicta incertitudine circa eorum mortem: quia ſiue ponamus, quòd ſenior deceſsit primus, ſiue quòd deceſsit poſtremus, nunquam ejus hæreditas ſpectat ad matrem junioris: nam ſi ſenior primus deceſſ[illegible]t, deuenit ejus hæreditas ab inteſtato ad juniorem; & tunc vtraque pertinet ad ſubſtitutum, cùm hæreditas primi reperiatur in hæreditate ipſius junioris, cujus mater intali caſu excluſa eſt per ipſam Pupillarem expreſſam vltimo decedenti factam: ſi autem deceſsit poſtremus, licèt dicta mater eum excluſerit ab hæreditate junioris, *d. Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* per hanc excluſionem ſolùm efficitur, vt hæreditas ipſius junioris non reperiatur in hæreditate ſenioris, non autem quòd hæreditas ejuſdem ſenioris non pertineat ad ſubſtitutũ, qui vltimo decedenti datus eſt: & ſic ſemper manet certum, quòd hæreditas ſenioris ſpectat ad ſubſtitutum, & ſolùm propter incertitudinem, vter priùs deceſſerit, manet dubium an hæreditas junioris pertineat ad matrem, vel ad ſubſtitutum; in quo dubio non præſumitur cum deceſsiſſe vltimum, ne matri præjudicetur in ejus hæreditate, ſi fortè deceſſit primus. Ergo non eſt cur ſubſtitutus non debeat admitti ad hæreditatem ſenioris, cùm per hoc nulli fiat præjudicium, etiam in jure dubio. Atque idem dicendum eſt, quando eſſet in medio frater vtrimque cõjunctus alteri illorum impuberum; niſi fortè ſimul extarent in medio mater junioris, & frater vtrinque conjũctus ſeniori, nam tunc vtriuſque præjudicium, quanuis in jure dubio, obſtaret ne ſubſtitutus vlli eorum impuberum in totum, aut ex parte ſuccederet.

Video poſſe hìc conſiderari, quòd imò 666
in nullo ex prędictis caſibus mater, vel frater in medio exiſtens excludit in totum, vel ex parte ſubſtitutum à ſucceſsione illorum impuberum, quantumuis nõ conſtet, vter priùs deceſſerit; nam mens teſtatoris fuit vt ſubſtitutus ſuccederet quaſi vtrique ſubſtitutus: ſuccedens autem ex Pupillari expreſſa, qualis eſt de qua loquimur, excludit matrem pupilli, & à fortiori fratres. Ita quidem exiſtimarunt aliqui, quos tacito nomine refert Barth. *in d. l. Qui duos, in princip. num.* 16. *ff. de Reb. dub.* Eos tamen bene refellit idem Barth. ibi: quia cùm in præſenti caſu Pupillaris ſubſtitutio facta ſit ei, qui vltimò decederet, in vno tantùm debet verificari, juxta naturam illius pronominis, *qui*, diſtributiuè poſiti, vt per *l. Si fuerit in princip. ff. de Reb. dub.* & ſic nó cenſetur illa ſubſtitutio facta vtrique, ſed vltimo tantùm decedenti; proindeque non poteſt ex ea excludi mater, vel frater in medio exiſtens, quaſi vtrique impuberi facta eſſet: neque ſubſtitutus intelligitur vtrique ſubſtitutus, licèt quando non exiſtit in medio perſona, quæ aliqua ratione illum excludat perinde ſuccedat, acſi vtriq; fuiſſet ſubſtitutus.

(:)

§. 14. Quan-

§. 14. *Quando plures sunt pupillariter substituti, ex quibus partibus succedant? & si sint fratres impuberis, quidam utrimque, quidam verò ex parte solius matris ei conjuncti, an utrimque conjuncti præferantur?*

SUMMRAIUM.

QVando plures pupillariter substituti non fuerunt instituti, succedũt pupillo pro partibus æqualibus, si testator nullis assignatis partibus, vel non assignatis inæqualibus, eos substituit. num. 667.

Quando plures pupillariter substituti etiam fuerunt instituti, intelliguntur substituti, & succedunt pro eisdem partibus ex quibus fuerunt instituti; num. 668.

Substitutio dubia recipit sensum, & interpretationem ex præcedenti institutione ipsius substituti: ibid.

Pro ea parte quisquis substitutorum censetur vocatus ex substitutione, pro qua fuerit hæres testatoris, nulla habita cõsideratione, utrùm jure institutionis, an per jus accrescendi, ex maiori parte hæres factus sit: secùs verò, si eâ tãtùm de causa plus haberet ex hæreditate testatoris, quòd vltra portionẽ in qua fuit institutus, haberet etiã portionem conjuncti ex successione ab intestato; numer. 669.

Si pater habens quatuor filios impuberes ex duabus vxoribus, duos ex prima, & duos ex secunda, eos omnes instituat, & adinuicem substituat, quæstio est vtrùm decedente vno, ei succedant ex Pupillari reliqui omnes, an præferatur frater ei vtrimque conjunctus? Prima sententia tenet hoc secundum; num. 670. Secunda, & longè verior tenet primum; num. 671. Fundamenta primæ sententiæ soluuntur; num. 672.

IN prima quæstione duo casus distinguendi sunt. Primus est quando substituti non fuerunt instituti, vt si testator instituit tantùm filium impuberem, quem vnicum habebat, & illi pupillariter substituit duos, aut plures consobrinos. Et in hoc casu certa regula est, quòd tales substituti succedunt pro partibus æqualibus, si testator nullis assignatis partibus, aut non assignatis inæqualibus, eos substituit. Ita sumitur *ex l. Quoties §. Hæredes, ff. de Hæred. instit. & ex §. Sed si plures, Inst. eod. tit.* vbi hoc decernitur, quando plures sunt instituti: eadem autem est ratio in substitutis. Vnde pro vtrisque dictam regulam statuit, relatis alijs Fusar. *de Substit. q. 47. num. 1.* apud quem multas ejus ampliationes, & limitationes videre poteris; quas hic omittimus, quia spectant potiùs ad substitutionem Fideicommissariam. 667

Alius casus est, quando substituti fuerunt etiam instituti ab eodem testatore, vt quando pater habens vnum filium impuberem, & alios puberes, omnes instituit hæredes, & impuberi substituit pupillariter puberes. In hoc casu resolutio est, substitutos intelligi, & succedere pro eisdem partibus, ex quibus fuerunt instituti. Ita in specie Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib. 5. tit. 10. num. 1.* Fundamentum est, quia substitutio recipit sensum, & intellectum ex præcedenti institutione, *l. 1. Cod. de Impuber. & alijs substit. §. Substituitur. Inst. de Pupillari, & l. Si plures, ff. de Vulgari.* Vnde generaliter receptum est, dubiam substitutionem declarari ex præcedenti institutione, vt quemadmodum quis fuit dilectus in primo gradu, sic intelligatur dilectus in secundo, & vlteriori: quocirca partes adjectæ in institutione censentur repetitæ in substitutione, *d. l. 1 Cod de Impuber. & alijs substit. §. Et si ex disparibus, Inst. de Vulgari, cum simil.* Et dilectio, quæ fuit in gradu institutorum, præsumitur repetita in substitutis, tam directo, quàm per obliquum, *l. Quoties ff. Ad Trebel. l. Si pater, l. Qui liberis, §. vlt.* 668

vltim. ff. de Vulgari, prout hæc omnia cum multis alijs ad. præsens institutum tradit idem Mantica *d. lib. 5. tit. 1. num.* 20. vbi plures DD. refert, *d. tit. 10. num.* 1. Nota vero hanc resolutionem procedere, quando substituti vocati sunt nominibus appellatiuis, vt si testator dixit; *Quisquis mihi hæres erit, filio meo impuberi hæres esto.* In quo casu loquitur Mantic. *supra.* Si autem vocati sunt nominibus proprijs, vt; *Seium, Titium, & Caium filio meo impuberi substituo*: tunc pro partibus æqualibus vocati censentur, etiam si essent instituti in partibus inæqualibus, vt in materia Reciprocæ ostendemus *sect. 5. §. 8.* vbi rem hanc vberiùs pluribus adhibitis moderationibus, explicabimus.

669 Nota præterea, si vni ex tribus, aut pluribus institutis accrescat portio alicujus suorum cohæredum, prout eueniet quando duo eorum fuissent instituti conjunctim, & vnus horum conjunctorum hæres non extitisset, vt quia repudiauit, vel decessit viuo testatore (tunc enim tota ejus portio accrescit alteri conjuncto, *l. vnica, §. His ita, Cod. de Caduc. tol.*) sanè in tali casu iste institutus, non pro ea tantùm parte, ex qua fuit hæres scriptus, sed etiam pro ea quam habuit ex jure accrescendi, succedet ex substitutione qua omnes alicui substituti fuerint, ita vt pro ea parte quisque censeatur vocatus ex substitutione, pro qua fuerit hæres testatoris, nulla habita consideratione, vtrùm jure institutionis, an verò per jus accrescendi, ex maiori parte hęres factus sit, ad hoc vt ex maiori etiam parte debeat succedere ex substitutione. Sic habetur *in l. Si testamento, ff. de Vulgari*, vbi licèt sit sermo de substitutis per Vulgarem; attamen eadem est ratio in pupillaribus. Et ita sentit Mantica *d. tit. 10. in fine.* Secus dicendum si ille institutus plus haberet ex hæreditate testatoris, eo quod vltra portionem, in qua fuit institutus, haberet etiam portionem conjuncti ex successione ab intestato, vt in casu quo conjunctus esset ejus frater ex vtroque latere, non verò aliorum institutorum, & decessisset intestatus post aditam hæreditatem paternam: tunc enim solùm pro parte, quam talis institutus haberet jure institutionis, vocatus censeretur ex dicta substitutione, nulla habita ratione portionis, quam ab intestato haberet ex persona fratris, vt bene docet idem Mantica per *l. Sed si plures, in primo responso*, ibi: *Nec quidquam*, &c. *& l. Qui liberis, in fine, ff. de Vulgari.* Quod etiam videtur docere Bald. *in d. l. Si in testamento, in fine.*

Alia quęstio proponitur pro casu, quo 670
pater habens v.c. quatuor filios impuberes ex diuersis vxoribus, duos ex prima, & duos ex secunda, eos omnes instituit, & adinuicem substituit: & dubitatur, vtrùm decedente vno, ei succedant ex Pupillari reliqui omnes, an præferatur frater ei vtrinque conjunctus? Qua in re duplex est sententia. Prima tenet præferri vtrimque conjunctum. Hanc sequũtur Dynus *in l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. de Vulgari* Barth. *in l. Re conjuncti, num. 62. in fine, ff. de Leg. 3.* Ruin. *consil. 165. num. 6. & infra. lib. 2.* Curt. jun. *consil. 125. num. 3.* qui testatur esse communem, Trentacinq. *de Subst. p. 5. cap. 9. sub num. 6. vers. Ex prædictis*, & alij apud Mantic. & Menoch. *infra cit.* Probant primò, quia in successione ex Pupillari spectanda est affectio ipsius pupilli; cùm ei ex hac substitutione succedatur, *l. Sed si plures, §. Ad substitutos, ff. de Vulgari, Inst. de Pupillari, paulò post princip.* pupillus autem maiorem affectionem habere præsumitur erga fratrem sibi vtrinque conjunctum, quàm erga consanguineos tantùm: ergo in tali successione vtrinque conjunctus præferri debet. Secundò, quia testator præsumitur voluisse se conformare cum dispositione juris, vt vulgò receptum est, secundùm Barth. & alios DD. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* De jure autem communi in successione fratris ab intestato, præferuntur fratres qui vtrinque illi sunt conjuncti. *Auth. Itaque, Cod. Communia de succes. Auth. Cessante, Cod. de Legitim. hæred.*

Sc-

671 Secunda sententia longè verior tenet, omnes æqualiter succedere ex illa Pupillari. Ita sentiunt Aret. *in l. Lucius, in fine, ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *in fine*, & Ripa etiam, *in fine*, idem Ripa *in d. l. Re conjuncti, num.* 215. *ff. de Leg.* 3. & ibi Crot. *num.* 138. Alciat. *in d. l. Cohæredi, §. Qui discretas, num.* 5. *& d. l. Lucius, in fine*, Couar. *Pract. qq. cap.* 38. *num.* 2. *vers. Posteriorem, in fine*, & plures alij, quos citant & sequuntur Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 11. fere per tot. & Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 75. *num.* 13. Fundamentum est, quia in interpretanda substitutione Pupillari inspici debet affectio testatoris, non pupilli; nam licèt successio sit pupilli, tamen ordinatio, seu dispositio est patris testatoris, non quemadmodum vult filius, cùm pupillus non habeat velle, sed quemadmodum ipse pater vult, cui lex concedit supremam ordinationem pupillaris testamenti: pater autem æqualem affectionem intelligitur habere ad omnes filios, quamuis ex diuersis vxoribus sint progeniti: ergo cùm omnes substituerit, ex partibus æqualibus substituisse censendus est, & sic omnes æqualiter succedent. Confirmatur, quia pater, vt supponimus, omnes dictos filios æqualiter dilexit in institutione. Ergo æqualiter etiam censendus est dilexisse in substitutione: cùm hæc per institutionem declaretur, & interpretationem accipiat, vt *num.* 668. ostensum est.

672 Ex his patet responsio ad motiua prioris sententiæ. Ad primum negatur spectandam hìc esse affectionem pupilli: constat namque solam affectionem testatoris inspici debere; id quod pluribus argumentis confirmat Mantica *supra, numer.* 5. *&* 6. Ad secundum respondetur, quod tunc haberet locum illa præsumptio, volendi se cõformare cum dispositione juris, quando non obstaret alia vrgentior ducta ab æquali affectione, & dilectione testatoris erga omnes filios, vt in præsenti obstat.

(:)

§. 15. *De tertio effectu Pupillaris substitutionis, qui est excludere matrem pupilli ab ejus successione, & similiter alios ejus ascendentes.*

SUMMARIUM.

PEr Pupillarem expressam excluditur mater pupilli ab ejus successione; idemque est de alijs pupilli ascendentibus; num. 673. *Vtrùm excludatur etiam à legitima, quæ aliàs ei debetur ex bonis filij? Pars negatiua quibus fundamentis, quaque auctoritate nitatur, & quomodo intelligenda sit? num.* 674. *& seq. Pars affirmatiua communiter defenditur, & quibus fundamentis? num.* 676. *& seqq. Soluuntur fundamenta partis negatiuæ;*

Si filius patrem prætereat in testamento de Castrensi peculio, non competit patri querela aduersùs tale testamentum, sed solùm potest petere legitimam sibi debitam, juxta l. fin. Cod. de Inoffic. test. *num.* 677.

Vtrùm prædicta communis sententia, quòd per Pupillarem excluditur mater pupilli etiam à legitima, procedat in foro conscientiæ? Negant aliqui. Alij verò melius affirmant; numer. 681. *& seq.*

Quando mater pupilli esset adeo inops, vt non haberet vnde ali posset, cogetur pupillariter substitutus ei præstare legitimam ex bonis pupilli, vel alimenta; num. 683.

Quæ dicta sunt circa exclusionem matris per Pupillarem, procedunt similiter respectu aliorum ascendentium ipsius pupilli; num. 684.

Si auus ex filio emancipato nepotem retineat in potestate, eique pupillariter substituat extraneum, an per talem substitutionem ipse pater pupilli ab ejus successione excludatur? numer. 685.

Ter-

673 TErtius effectus Pupillaris substitutionis est excludere matrem pupilli, & alios ascendentes ab illius successione, si ipsa substitutio sit expressa. Hæc est communis omnium sententia per *l. Papinianus, §. Sed nec impuberis, ff. de Inoffic. testam. l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substit. & simil.* & per jus Canonicum *in cap. 1. in fine, de Testam. in 6.* & procedit, siue talis substitutio sit expressa verbis formalibus & specificis, siue solùm verbis generalibus: & siue substitutus sit alius filius, siue aliquis omnino extraneus: item siue ipsa substitutio sit omnino expressa, siue partim tacita, & partim expressa quoad casus, vt cum testator dixit; *Si filius meus hæres erit, & in pupillari ætate decesserit, substituo*, &c. nam tunc etiam mater excluditur, eueniente casu tacito, quo filius hæres non sit, & in pupillari ætate decedat: prout has omnes ampliationes tradunt, & singillatim probant DD. infra referendi, maximè verò Leon. *in suo tract. de Substit. in materia Pupillaris, num. 233. & seqq.* & Fusar. *de Substit. q. 156.* qui plures DD. & alias etiam ampliationes adducit, in quibus non immoramur, quia carent contradictore, cujus aliqua ratio habenda sit.

674 Controuersia verò est, vtrùm dicta mater (& idem est de alijs pupilli ascendentibus) excludatur etiam à legitima, quæ aliàs ei debetur ex bonis filij? Pars negatiua his potissimùm nititur fundamentis. Primò, quia qui non potest aliquid facere per se, non potest etiam per alium, *l. Neque per se*, & ibi Glos. *Cod. de Hæred. instit.* sed filius non potuisset, condito à se testamento, priuare matrem legitima ei debita, vt est notissimum, & constat *ex Auth. Presbyteros, 2. Cod. de Episc. & cler.* alijsque juribus: ergo neque eam potest priuare per alium, idest per patrem, qui substituendo pupillariter, pro ipso filio testatur. Secundò, quia priuilegium debet intelligi citra præjudicium alienum, *l. Impubere, ff. de Administr. tut. l. Nec auus, Cod. de Emancipat. liber. cum similibus:* ergo priuilegium patri concessum, vt posit pro filio testari, non debet porrigi ad præjudicium matris, vt eam à legitima excludat. Tertiò, quia nemo ex alieno facto debet priuari successione sibi debita, *l. Paterfamiliàs, ff. de Hæred. instit. l. Adoptiuum, in fine, ff. de In jus voc. cum simil.* ergo ex facto patris, idest, ex testamento quod pater pro filio fecit, non debet mater priuari legitimâ, quæ illi debetur ex bonis filij. Quartò denique, quia licèt aliquæ leges indicent, matrem excludi à successione filij per Pupillarem substitutionem, nulla tamen est lex, quæ in specie dicat eam excludi à legitima: ergo id non debet intelligi; nam per generalem locutionem non censetur lex facere præjudicium legitimæ, *l. Si quando, §. Et generaliter, Cod. de Inoffic. testam.*

Hanc partem spectato jure Cæsareo, 675
sequuntur Guilliel. de Cun. *in d. l. Precibus, col. 14. prope fin. Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Coras. *num. 29.* Lanfranc. Orian. *in l. Centurio, num. 58. vers. Secunda conclusio*, & alij, quos refert & sequitur Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 38. num. 4.* Qui tamen rectè aduertit, hanc sententiam debere intelligi de legitima, quę matri competit in bonis, quæ filius habuit aliunde, quàm à patre, vel ex legitima, quæ illi à patre obuenit. Nam si pater præter legitimam ei reliquit alia bona, nulla est ratio, cur per Pupillarem substitutionem non potuerit matrem pupilli excludere à portione legitimæ, quæ in talibus bonis ei aliàs competeret; siquidem pater liberè de illis bonis disposuit, potuitque ea non relinquere filio; vnde à fortiori etiam matrem omnino ab illis excludere, & dare illa substituto absque diminutione legitimę. Huic resolutioni valde accedit Lancelot. Polit. *in suo tract. de Substit. rubr. de Pupillari, num. 51. in fine*, vbi dicit, si pupillus aliunde habeat aliqua bona, quàm à patre, satis impium videri posse, quòd his mater priuari debeat, saltem quoad legitimam; & ita se aliquando rogatum de facto, de pura etiam conscientia consul-

tum

tum respondisse.

676 Pars nihilominus affirmatiua communiter à DD. defenditur. Eam sequuntur, etiam inspecto jure Cæsareo, Barth. *in l. 2. num. 31. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa plures referens, *num.* 44. Alciat. *n.* 55. & Socin. jun. *num* 67. Decius *in d. l. Precibus, num.* 9. vbi multos alios refert, *Cod de Impub. & al. substit.* & ibi Rimin. *num.* 90. Jas. *num.* 4. Curt. jun. *num.* 12. Caccialupus, *num.* 8. & alij communiter, Barth. *in d. l. Papinianus*, § *Sed neque impuberes*, & ibi Paul. de Castr. & alij Couar. plurimos adducens *in cap. Cum esses, num.* 11. *de Testam. in suis tractatibus de Substit. & in materia Pupillaris* Bald. *num.* 25. Barth. de Hucio *num.* 16. Zasius *num.* 24. & 25. & Leon. *num.* 238. Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 11. *numer.* 14. & *tit.* 15. *num* 37. Trentacinq. *de Substit. p.* 2. *cap.* 16. *numer.* 3. & alij innumeri, quos refert, & sequitur Fusar. *de Substit. q.* 156. *num.* 14.

677 Probatur primò per *d. l. Papinianus*, § *Sed neque impuberes*, *ff. de Inoffic. testament.* vbi habetur, matri præteritæ in testamento, quod pater filio impuberi fecit; non competere querelam inofficiosi aduersus tale testamentum. Vnde arguitur posse matrem omnino excludi à successione filij, & sic etiam à legitima. Cæterũ hoc argumentum non est efficax; quia optimè stat, quòd non competat querela, & nihilominus legitima debeatur; nam si pater sit preteritus à filio in testamento de Castrensi peculio, non competit ei querela aduersus tale testamentum juxta *l. fin. Cod. de Inoffic. testam.* & nihilominus ei debetur legitima ex illo peculio, vt constat *ex d. Auth. Presbyteros*, 2. *Cod. de Episc. & cleric.* & notat Glos. *in l. Si de inofficioso, Cod. de Inoffic. testam.* vnde etiam econtra, bene potest competere dicta querela, quin legitima debeatur, vt patet in fratre, qui habet querelam aduersus testamentum fratris, à quo turpis persona fuit instituta, *l. Fratres, Cod. de Inoffic. testam. & §. Soror, Instit. eod. tit.* cùm tamen ex bonis fratris defuncti legitima non debeatur alijs fratibus. Si dicas, quòd in nostro casu nulla alia ratio assignari potest, ob quam matri denegetur querela, nisi quia ei, non competit legitima: facilè id excludunt Aduersarij assignando aliam rationem, & quidem desumptam ex *d. §. Sed impuberes*, quia nimirum testamentum pupillare, cùm nõ sit factum à filio, sed à patre, non potest accusari à matre prætcrita tanquam factũ contra officium pietatis; vnde bene cessat querela inofficiosi, quanuis legitima debeatur, quam mater in tali casu consequi poterit condictione ex lege.

Secundò igitur, & meliùs probatur d. 678
sententia per text. *in l. Lucius, in prine. ff. de Vulgari*, vbi habetur, quòd quando inter filios facta est substitutio Reciproca, & propter eorum imparitatem non est locus Pupillari, sed tantùm Vulgari, quia alter erat legitimus, & alter naturalis; tunc si legitimus decedat, superstite matre, succedit illi mater ab intestato. Si autem locus sit Pupillari, quòd vterque filius esset impubes & legitimus; tunc altero decedente ante pubertatem, non succedit ei mater, sed alter substitutus. Vnde sicut in primo casu mater in totum excludit fratrem naturalem sui filij; ita etiam in secundo debet econtrariò intelligi, quòd ipsa in totum excluditur. Idem argumentum sumitur ex *l. Precibus, Cod. de Impub. & al. subst.* vbi dicitur, quòd per Vulgarem substitutionem filio factam non tollitur quominus mater ei in totum succedat, si hęres factus moriatur: secùs autem per Pupillarem, pro qua sic habet text. ibi; *Si quidem intra pubertatem decesserit, eos habeat hæredes, quos pater ei constituerit.* At hoc etiam argumentum non multum vrget Aduersarios, qui respondent aliud esse excludi matrẽ à successione, & hæreditate filij; aliud verò à legitima, cùm hæc non sit quota hæreditatis, sed quota bonorum, & veluti æs alienum, quod ab hæreditate deducitur: vnde licèt per Pupillarem substitutionem tota hæreditas pupilli deferatur substituto, id non tollit quominus dicta legitima debeat deduci, & solui matri.

679 Vltimò ergo, & optimè, alijs omissis, probatur hæc sententia per text. *in cap. Si pater, de Testam. in 6.* vbi Summus Pontifex sic ait; *Licèt autem filius in testamento suo matrem portione jure naturæ debitâ priuare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest; nam testamentum hujusmodi pupillare paternum, vel paterni pars, potiùs est censendum.* Dices per hunc textum solùm probari dictam sententiam esse veram de jure Canonico: & sic cùm materia sit merè temporalis, solùm habere locum in terris subjectis temporali dominio Ecclesiæ, vt in simili notauit cum alijs Couar. *in cap. Cum esses, num. 12. de Testament.* & diximus *supra disp. 2. sect. 5. §. 1. num. 105. fine.* Respondeo, Summum Pontificem in hoc textu non condidisse jus nouum, sed solùm declarasse, & canonizasse antiquum jus Ciuile: Zasius *tract. de Substit. cap. 2. num. 25.* & alij; reddit namque Pontifex eandem rationem, quæ ad excludendam matris querelam notatur *in d. l. Papinianus, §. Sed neque impuberis*, quia scilicet testamentum pupillare factum est à patre, & ita factum vt potiùs paternum, seu pars paterni testamenti censeatur: quippe quòd, etsi fuerit filio factum, non tamen nomine ipsius filij, sed jure patriæ potestatis, & proprio nomine ipsius patris conditum sit, vt acutè aduertit Zasius *supra*, quæ quidem ratio, de jure etiam Ciuili probat, vt patet. Et ideo hanc sententiam omnino tenendam censeo, non tantùm de jure Canonico, secundùm quod ab omnibus admittitur, sed etiam de jure Cæsareo, quo etiam spectato communissima est.

680 Ad fundamenta partis contrariæ posita, *num. 674.* facili negocio respondetur. Ad primum dices; tunc non posse facere per alium, qui non potest per se, quando in alium non est maior potestas ad actũ, quàm quæ ab ipso principali communicata est: in præsenti autem potestas, ex qua pater testando loco filij priuat ejus matrẽ legitimâ, non communicatur à filio, sed competit per legem, ac principaliter ipsi patri; sicut ipsa potestas testandi: vnde sicut pater potest facere testamentum pro filio, cùm ipse filius per se testari non possit, sic etiam potest priuare matrem legitimâ filij, licèt filius per se id efficere non potuisset: hęc enim est vis patriæ potestatis, quæ latissimè patet, præsertim respectu filij impuberis. Ad secundum respondetur, cùm dicitur, quòd priuilegium intelligitur citra præjudicium alienũ, id procedere, nisi constet Principem voluisse, vt etiam ad alienum præjudicium extenderetur: in præsenti autem sufficienter constat legem voluisse, vt matri præjudicari posset. Ad tertium respondetur, solùm probare, quòd mater non debet priuari legitimâ ob culpam alienam; non autem quòd pater nequeat eam priuare ex potestate sibi per legem concessâ. Ad quartum denique respondetur, licèt in jure Ciuili non sit lex, quæ exprimat, posse matrem excludi à legitima per Pupillarem substitutionem factam filio, attamen sufficienter id colligi ex ipsis legibus, & ita debere intelligi, cùm non solùm ferè omnes interpretes, sed ipse etiam Summus Pontifex eas sic intellexerit, & in hunc sensum canonizauerit, *vt num. præced.* vidimus.

681 Aduerte autem multos DD. intelligere hanc sententiam pro solo foro externo, & non debere admitti in foro conscientiæ, quòd iniquum sit matrem sine causa priuari legitimâ sibi jure debitâ ex bonis filij. Ita sentiunt, etiam inspecto jure Canonico, Archidiacon. & Dominic. *in d. c. Si pater*, Decius *in d. l. Precibus, n. 10.* & ibi Coras. *n. 30* Curt. jun. *n. 14.* & Corn. *col. 2.* Polit. *in d. rubr. de Pupillari, n. 51.* & alij apud infra citandos. Dicendum tamen, locum etiam habere in foro conscientiæ, vt tenent Zasius *loco cit.* vbi dicit esse communem sententiam, Couar. *in c. Cum esses, n. 11. de Testam.* Leon. *tract. de Substit. vbi de Pupillari, n. 238.* Trentac. plures referẽs *d. c. 16. sub n. 5.* & multi alij, quos lõgo refert ordine Fusar. *de Subst. q. 156. n. 18.* Ratio est, quia olim nulla successio in bonis filij erat debita matri, imò *per legẽ 12. tabularũ* mater prorsus excludebatur, & multò post fuit admissa per Sena-

Senatusconsultũ Tertul. *Inst. de Senatusc. Tertul. in princip.* & sic non jure naturali, sed merè positiuo, & humano ei cæpit deberi legitima in bonis filij, *l. De emancipatis*, & ibi Bald. *Cod. de Legit. hæred. & l. Scripto, ff. Vnde liberi*: ergo cùm ipso jure positiuo tam Ciuili, quàm Canonico concedatur, vt mater per Pupillarem substitutionem possit priuari dictâ legitimâ, vt ex dictis constat, fatendum necessariò est, licitum id esse, etiam in foro conscientiæ; nam obligatio, quæ solo jure positiuo inducta est, eodem etiam jure pro vtroque foro tolli potest, vt est notissimum.

682 Nec obstat, quòd *in d. cap. Si pater*, dicitur portio legitima ex bonis filij esse debita matri jure naturæ: nam sensus est, quod tale debitum fuit inductum, suadente naturali conjunctione, quæ inter matrem & filium intercedit; qua ratione filij dicuntur esse in potest te patris jure naturæ, id est, naturalis conjunctionis, cum tamen non jure naturali, sed jure ciuili ea potestas inducta sit, prout bene exponit Glos. *ad l. Pronuntiatio*, 195. *§. Familiæ, verb. Aut natura, ff. de Verb. signif.* Adde, quod licèt ex rigoroso jure naturali mater haberet jus ad legitimam ex bonis filij, adhuc per leges posset eo jure priuari, quia hujusmodi jura legum dispositioni subjecta sunt. Sic enim quamuis omnes homines, spectato solo jure naturali, nascantur liberi, & habeant jus ad acquirendũ rerum dominium, deque illis pro suo arbitrio disponendum, attamen per leges introductum fuit, vt filij essent sub patris potestate, tanquam serui, ita vt nihil sibi possent acquirere, sed omnia acquirerent patri; quæ leges justæ erant, nec penitus sunt abrogatæ; nam etiam hodie filij non sibi acquirunt, nisi tantùm proprietatem, vsufructu patribus reseruato, *l. Cum oportet, C. de Bonis quæ liber.* & idem videre licet
683 in alijs exemplis.

Limitanda verò est prædicta sententia, vt non procedat, quando mater esset adeò inops, vt non haberet aliàs vnde ali posset: tunc enim cogetur substitutus, vel legitimam ei præstare, vel alimenta præbere, vt tenuunt Ripa *in d. l. num. 45. in fine, ff. de Vulgari*, Zasius *in d. materia de Pupillari, num. 25.* Couar. *in d. cap. Cum esses, num. 11. fine, de Testam.* Trentacinq. *d. cap. 16. sub num. 6. vers. Et nota*, & alij juxta text. *in l. Siquis à liberis, §. Item rescriptum, ff. de Liber agnoscend.* & facit text. *in cap. Non satis, 86. distinct.* Consonant Menoch. *d. præsumpt. 28 num. 32.* & Fusar. *d. q. 156. numer. 24* dum simpliciter asserunt, quòd quando mater esset valde inops non debet priuari legitimâ. Fundamentum est, quia ipsa ratio naturalis dictat, & obligat vt parentibus adeo egenis ex bonis filiorum succurratur.

Quæ hactenus dicta sunt circa exclu- 684
sionem matris, procedunt similiter in alijs ascendentibus pupilli, vt scilicet etiam à legitima in bonis ejus debitâ excludantur per Pupillarem expressam illi factam: vt si tempore, quo pupillus moritur, defuncta jam sit ejus mater, superstit autem auus, vel auia, aut alius ascendens, quem ipse pupillus, si testandi esset capax præterire non posset. Eadem quippe est ratio, imò maior, vt talis ascendens excludatur, quàm vt excludatur mater. Et ita docent Barthol. *in d. l. 2. num. 31.* & cæteri DD. *ibid. ff de Vulgari*, Zasius *loco proximè citato* Leon. *de Substit. in materia Pupillaris, num. 241.* Trentacinq. *d. cap. 16. in princip.* Fusar. *d. q. 156. num. 7.* & alij communiter.

Dubitabis autem, si auus ex filio eman- 685
cipato nepotem retineat in potestate, eique (vt potest) pupillariter substituat extraneum, an per talem substitutionem excludatur pater à successione pupilli, sicut de matre, & alijs ascendentibus dictum est? Respondet affirmatiuè Zasius *d. numer. 25. fine*, & consentit Guilliel. de Cun. apud Bald. *tract. de Substit. tit. de Pupillari, num. 27.* etiam quando illi nepoti facta esset Pupillaris tacita. Nihilominus, non solùm quando Pupillaris esset tacita (in quo casu neque matrem, neque patrẽ excludi, docet bene Baldus *loc. cit.* & est cõmunis sententia) sed etiã quãdo esset

expressa, vix dabitur casus, quo illa opinio procedat, quia vt optimè aduersùs illam arguit Leon. supra *num.* 245. ad hoc vt Pupillaris substitutio subsistat, & habeat effectum, duo, præter alia, requiruntur: primum est, vt testator priùs moriatur quàm pupillus; ita vt tempore, quo moritur, ipsum pupillum habeat in potestate, vt per *l. Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgari*, ibi: *Siquis ex his mortis quoque tempore*, &c. & ita præter Leon. *cit.* notat relatis pluribus Fusar. *de Substit. q.* 127. *num.* 7. estque certa apud omnes sententia. Secundum est, vt per mortem testatoris non recidat pupillus in alterius potestatem, *l.* 2. *in princip. vers. Nepotibus etiam, ff. de Vulgari*, & dictum, ac declaratum est supra *§.* 5. *numer.* 532. *& seqq.* In præsenti autem necessario deficiet alterum ex his requisitis, ad hoc vt substitutio possit subsistere, & patrem pupillo superstitem ab ejus successione excludere: nam si testator, nempe auus, ante pupillum decessit, per ejus mortem recidit pupillus in potestatem patris; & sic deficit secundum requisitum: si autem pupillus decessit viuente adhuc testatore, deficit alterum requisitum; & ita neutro in casu potest substitutio habere vim ad patrem excludendum. Si tamen casus eueniat, quo per mortem aui nepos ille non reincidat in potestatem patris superstitis, & ipse pater sit capax succedendi, vt si pater tunc esset Religiosus professus in monasterio succedendi capaci, sanè in tali casu locum habebit prædicta opinio, vt scilicet pater, seu monasterium ex ejus persona à successione filij excludatur per substitutum ex dicta Pupillari expressa: eadem namque in tali casu est ratio de patre, atque de matre, cæterisq; ascēdentibus; vt consideranti patebit.

(:)

§. 16. *Vtrum etiam per tacitam Pupillarem in Vulgari expressa comprehensam excludatur mater pupilli, & alij ascendentes, à successione ipsius pupilli?*

SUMMRAIUM.

PRima sententia in præsenti quæstione tenet, non excludi matrem: & quibus potissimùm fundamentis? num. 686. *& seqq. Secunda sententia est contraria, ejusque fundamenta proponuntur, & soluuntur; num.* 690. *& & seqq.*

Sententia communis tenens, non excludi matrem pupilli per tacitam Pupillarem intelligitur, nisi constet, aut ex cõjecturis colligatur testatorem voluisse, vt mater excluderetur; num. 695. *Ex quibus conjecturis id sufficienter colligatur? num.* 696. *& seqq.*

Si testator extra testamentum dixisset; Si filius meus matre viuente moriatur, nollem quod illa haberet vnum obolũ; *aut similia verba, sufficiens inde sumitur conjectura, eum voluisse vt mater per tacitam Pupillarem excluderetur. Et duo testes sufficiunt ad hujusmodi conjecturam probandam; num.* 697.

Sufficiens etiam erit conjectura ad dictam exclusionem, si testator, matri pupilli reliquit aliquod legatum, & adjecit, quòd nihil amplius posset petere de suis bonis. *Hoc autem procedit, si illud legatum fuit relictum soluendum à substituto pupilli: secus autem si ab ipso pupillo; num.* 698. *& seq. Eritque tutior ista conjectura, si testator dicto legato adjecisset, quòd mater non posset amplius petere de bonis pupilli, aut verbis clarioribus significasset, loqui se de bonis pupilli; num.* 700.

Est etiam sufficiens conjectura, quòd testator voluit excludi matrem pupilli, si ei legauit aliquid annuũ, donec ipsa in viduitate permanserit.

Vtrũ satis sit, quòd mater pupilli transeat ad

ad secundas nuptias, ad hoc vt eliciatur sufficiens conjectura, quòd testator voluit eam excludi? ibid.

Ex parte ipsius matris sufficiens conjectura est ad illius exclusionem: primò, si erat inimica testatoris. Secundò, si post mortem mariti commisit aliquid inhonestum, viuente adhuc pupillo, numer. 702.

Mater excluditur à successione pupilli, si ei non petijt tutorem, ibid.

Ex parte substituti sumitur cõjectura ad exclusionem matris, si substitutus sit filius testatoris, & frater pupilli, siue vtrinque, siue ex parte solius patris ei conjunctus, num. 703. Idem dicendum, quando substitutus esset nepos testatoris, ibid.

Vtrum prædicta conjectura procedat, quando simul cum filio esset etiam substitutus aliquis extraneus? numer. 704.

Vtrum si frater testatoris sit substitutus, admitti debeat contra matrem pupilli ex tacita Pupillari? num. 705.

Si mater testatoris sit substituta, an debeat admitti ex tacita Pupillari contra matrem pupilli? num. 706.

Quid si causa pia sit substituta, vel simpliciter, vel pro male ablatis? numer. 707. & seq.

Quæ dicta sunt circa matrem pupilli excludendam, vel non excludendam per tacitam Pupillarem, pari ratione procedunt in reliquis ascendentibus, quos pupillus præterire non posset, si per se testaretur. Et quomodo hæc resolutio possit habere locum in patre pupilli? numer. 709.

Vtrum frater pupilli excludatur ab illius successione per tacitam Pupillarem? num. 110.

CVm *superiori §.* sermo tantùm fuerit de Pupillari expressa, consequens est, vt nunc de tacita dicamus, videamusque an prædictus effectus excludendi matrem pupilli, & alios ascendentes, illi etiam competat? Vbi per Pupillarem tacitam intelligimus illam, quæ ex interpretatione juris sub Vulgari expressa continetur, prout ex jure, & cõmuni DD. latè à nobis traditum, & explicatum est *sect. præced. §. 22.* Hæc enim tantummodo nomine tacitę Pupillaris simpliciter dictæ venire solet.

In proposita igitur quæstione duæ sunt 686
principales opiniones. Prima tenet matrem pupilli non excludi ab ejus successione. Ita Glos. *in l. Precibus, verb. Omnimodò, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Castr. Jas. Corn. Caccialup. *num. 57. & 15.* Rimin. jun. *num. 48. & 217.* & alij, Barth. *in l. 2. in princip. num. 32. ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num. 29.* Jas. *num. 52.* Socin. sen. *num. 22.* Ripa, *num. 46.* & Alciat. *num. 51.* Salic. *in l. Centurio, num. 195. ff. de Vulgari,* & ibi Socin. jun. *num. 111.* Zanc. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num 88. de Testam.* & ibi Couar. *§. 4. numer. 7.* Emman. Costa *in cap. Si pater, 2. p. verb. Superstite matre, num. 4. de Testament. in 6.* vbi ex Mariano Socin. jun. asserit hanc sententiam semper in praxi seruari: *in suis tract. de Substit. in materia Pupillaris,* Bald. *num. 26.* Barth. de Hucio, *num. 17.* Fum. *num. 55.* & Zasius *numer. 26.* Item Polit. *in rubr. de Vulgari, partic. 6. numer. 38.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 4. num. 8.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. tit. 14. num. 16. aliàs in nouissima edit. num. 21. & tit. 15. in princip.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 39. sub num. 39.* Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 12. sub num. 5. vers. Ex supradictis igitur constat,* & alij innumeri, quos longa serie refert Fular. *de Substit. q. 157. num. 1.*

Probatur primò per text. *in d. l. Precibus,* vbi deciditur, quòd quando impuberi matrem habenti datus est à patre substitutus per Vulgarē expressam, talis substitutus nō admittitur, si impubes hæreditatē adiuit, sed omnimodò per ejus mortem pertinet successio ad matrem: ex qua decisione patet matrē pupilli nō excludi per tacitam Pupillarē ex Vulgari expressa 687

comprehensam. Respondent aliqui Aduersarij, propterea locum non esse in hoc casu tacitæ Pupillari, quia non ponitur, quòd filius decesserit in pupillari ætate, vt necessarium erat ad hoc vt talis substitutio haberet locum. At contra hoc vrget illa dictio, *Omnimodò*, nam solùm in casu quo filius ante pubertatem decederet, successio ejus omnimodò ad matrem pertineret: siquidem pubes effectus testari posset, & alium etiam hæredem sibi instituere, vt patet. Dici etiam potest, sensum prædicti textus esse, quòd siue ille filius decesserit ante, siue post pubertatem, mater non excluditur per dictum substitutum vulgarem, si filius hæreditatem adiuit: neque enim cum fundamento dici potest, eum textum loqui tantùm pro casu, quo filius decesit pubes, siquidem tali restrictioni manifestè refragatur illa dictio, *Omnimodò*, & ipsa verba textus sunt indefinita, ibi: *Eo defuncto, ad te* (scilicet matrem) *omnimodò ejus pertineat successio*: illo autem sensu admisso, clarum est, tacitam Pupillarem contra matrem non admitti. Respondent alij, in prædicto textu sermonem esse de substitutione Vulgari facta à milite: in Vulgari autem expressa, quę à milite facta sit, non contineri Pupillarem; & sic mirum non esse, quòd in illo casu mater pupilli non excludatur à substituto per tacitam Pupillarem. Cæterùm hoc effugium jam à nobis præclusum est. *Sect. præced. §. 22. num. 366.* vbi cum alijs ostendimus, etiam in Vulgari à milite factâ, si expressa sit, contineri tacitam Pupillarem. Alias Aduersariorum responsiones refert, & refellit Menoch. *d. præsumpt. 39. num. 2. & seqq.*

Probatur secundò per text. *in l. fin. C.* 688 *de Instit. & substit.* vbi cùm posthumo, qui simul cum matre fuit institutus, Vulgaris substitutio esset facta, si non nasceretur, ille verò natus in pupillari ætate decessisset, postquam hæres extitit, dubitatum est, an substitutus in tali casu admittendus esset ex tacita Pupillari contra matrem superstitem? Et responsum est negatiuè, ex consilio Papiniani, qui rationem reddidit, his verbis; *Si enim testator suæ substantiæ partem vxori dereliquit, multò magis luctuosam hæreditatem ad matrem venire curauit*; quæ ratio licèt ab Aduersarijs in contrariam sententiam trahatur, quatenus totam vim accipere videtur ex eo, quod mater simul fuerat instituta, & non præcisè ex eo quòd mater esset: attamen vt optimè considerat Menoch. *supra, num. 28.* prædictam primam sententiam potiùs confirmat; quia cùm procedat à fortiori, quando mater simul fuit instituta, supponit quòd quando non esset instituta, sufficientem pro se haberet rationem, vt à luctuosa filij hæreditate excludi non deberet; licèt ea ratio non esset tam fortis, sicut quando simul instituta esset, in quo casu procedit à fortiori, cùm vltra conjecturam, quæ sumitur ex eo, quòd agatur de luctuosa hæreditate filij, quæ matri ratione commiserationis pro solatio conceditur, *l. Scripto, in fine, ff. Vnde liberi*, concurrat etiam conjectura, ex eo quod testator partem suæ hæreditatis ei dereliquit.

Tertiò & vltimò, omissis alijs, proba- 689
tur hæc sententia ea ratione, quia tacita Pupillaris inducta est ex sola præsumptione, & potentia legis, quæ ex eo quòd testator vulgariter filio impuberi substituit, interpretata est, cum etiam voluisse, vt eueniente casu Pupillaris, substitutus admitteretur ad successionem pupilli vt sæpius declaratũ est, & constat per *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari:* durum autem, & contra humanitatem est, talem legem sic interpretari, vt non solùm præsumpserit, testatorem voluisse dare filio substitutum pupillarem, sed etiam vt talis substitutus contra matrem admitteretur, excludendo illam à successione; quæ speciali de causa, nempe ob commiserationem, ei concessa est: ob quam causam, vel simul etiam ob alias, forsan ipse testator, si expressam Pupillarem faceret, legitimam successionem matri reseruaret: quod vtique in dubio humanius est præsumi, vt constat.

Nihilominus tamen contrariam sen- 690
tentiam, quòd etiam per tacitam Pupillarem excludatur mater, tenent Fulgos. *in*

in d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substit. & ibi Decius *not.* 4. Curtius jun. *num.* 26. Salic. Castellioneus, & Catosaccus, Viglius *Inst. de Pupil. in princip. numer.* 16. Thomas Calench. *in l.* 1. *ff. de Vulgari*, Leon. *tract. de Substit. in materia Vulgaris, num.* 118. *& seqq & in materia Pupillaris, num.* 249. *& seqq* Menchac. *de Succes. progres.* §. 15. *num.* 60. & quidam alij apud Fusar. *d. q.* 157. *num.* 4. qui tamen malè pro hac sententia refert Polit. & Anton. Gom. Mouentur prædicti DD. ex multis fundamentis, quorum præcipua hìc ponemus, & statim soluemus: non est enim à prima sententia recedendum, cùm sit communissima, & tum jure, tum optima ratione subnixa.

691 Primò igitur mouentur, quia *in d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari* per quam dicta Pupillaris tacita potissimùm inducta est, duo tantùm casus excipiuntur, in quibus tacita Pupillaris sub Vulgari expressa non comprehenditur: vnus est quando Vulgaris est facta personis imparibus: alter est, quando constaret de testatoris voluntate: de matre autem in medio existente nulla prorsus fit mentio: quo significatur matris existentiam impedimento non esse, quominus dicta Pupillaris locũ habere debeat. Respondetur facilè, meritò in illa lege non fieri mentionem de matre; quia ejus existentia non tollit, quominus Pupillaris sub expressa Vulgari comprehendatur, sed tantummodo impedit ejus effectum, vt ex communi DD. tradidimus, & de jure probauimus *sect. præced.* §. 22. *num.* 350. *& seq.* in illa autem lege non agebatur de effectu Pupillaris, sed tantùm de ejus comprehensione sub Vulgari expressa.

692 Secundò mouentur, quia Vulgaris expressa extenditur ex præsumptione, & potentia legis ad Pupillarem tacitam, vt per *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. Quanuis, Cod. de Impuber. & alijs subst.* extensio autem fit cum omnibus suis qualitatibus, *l. Sed si manente, ff. de Precario.* Ergo quemadmodum per Vulgarem expressam excluditur mater pupilli, ita etiam debet excludi per tacitam Pupillarem. Respondetur, non dici propriè, quòd Vulgaris extenditur ad Pupillarem tacitam; sed quòd ex Vulgari expressa præsumitur, & subintelligitur Pupillaris tacita: præsumitur autem non cum alienis conditionibus, & qualitatibus, sed cum suis, & sic diuersis à Vulgari: alioqui sicut Vulgaris expirat aditione hæreditatis, nec per eam succeditur pupillo, sed testatori, ita pariter admittendum esset in tacita Pupillari, quod est absurdum.

Tertiò mouentur, quia substitutus in 693
casu expresso Vulgaris substitutionis fuit magis dilectus, quàm mater, quæ substituta non est: ergo etiam in casu tacito Pupillaris, qui sub illo expresso continetur, censeri debet prædilectus, & sic matri præferendus: nam qui in primo casu prædilectus est, censetur etiam prædilectus in secundo, *l. Publius, §.* 1. *ff. de Condit. & demonstr.* Respondetur negando consequentiam: nam tunc prædilectus in primo casu censetur prædilectus in secũdo, quando non obstat aliqua fortior præsumptio in contrarium, vt in præsenti, vbi in casu tacitæ Pupillaris obstat matris commiseratio ipsis legibus adminiculata, eoquod valde durum, ac penè inhumanum sit, priuari afflictam matrem luctuosa hæreditate: quę ratio in casu Vulgaris non militat, cùm per hanc non succedatur pupillo, sed testatori, cujus hęreditas nullo titulo debetur vxori; nec substitutus ad illam admittitur per mortẽ pupilli, sed per repudiationem, vel abstentionem.

Qnartò & vltimò mouentur ex illo ve- 694
luti proloquio, quòd, Taciti, & expressi eadem est virtus, *l. Cum quid, ff. Si cert. pet.* vnde cùm per expressam Pupillarem mater pupilli excludatur, vt supra vidimus, consequens est, debere etiam excludi per tacitam. Respondetur, illud proloquium fallere, quando est diuersa ratio in tacito, atque in expresso; tunc enim nõ valet argumentum ab vno ad aliud, vt notant DD. *in d. l. Cum quid.* In Pupillari autem tacita est peculiaris ratio, ob quam non debeat excludere matrem, quæ ratio non militat in expressa, vt constat ex dic-

tis, præsertim *num.* 689.

695 Intelligitur autem prædicta communis sententia, nisi constet, aut ex conjecturis colligatur, testatoris voluntatem fuisse, vt mater excluderetur. Sic Glos. *in d. l. Precibus, verb. Omnimodo, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Barth. *in d. l.* 2. *in princip. num.* 38. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 15. *per tot.* Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 3 *num.* 10. Menoch. *d. præsumpt.* 39. *num.* 40. Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 12. *num.* 13. Fusar. *de Substit. q.* 157. *num.* 10. *& seqq.* multique alij, quos hi referunt. Ratio est, quia cùm patri concessum sit, vt possit per Pupillarem priuare matrem successione pupilli, vt *præcedenti §.* visum est, planè si constet, eum voluisse vti hac potestate, vel talis ejus voluntas ex aliqua conjectura deprehendatur, mater per substitutum excludetur, etiamsi substitutio non fuerit expressa. Ad quod est tex. *in l. In testamento,* 1. *in fine, Cod. de Testamento militis,* vbi Barth. *num.* 3. *& in d. l. Iam hoc jure,* ibi: *Si voluntas parentis non refragetur, ff. de Vulgari.*

Hinc quæri solet, ex quibusnam con-
696 jecturis sufficienter probetur, testatorem voluisse, vt mater per tacitam Pupillarem excluderetur? Et respondetur, ex quatuor potissimùm capitibus, hujusmodi conjecturalem probationem deduci posse. Primò ex ijs, quæ testator dixit extra testamentum: secundò, ex ijs quæ dixit in testamento: tertiò ex conditione matris, seu personæ de cujus exclusione agitur: quartò ex conditione substituti; prout hæc omnia tradit, atque exemplis illustrat Barth. *in d. l.* 2. *num.* 40. *& seqq. ff. de Vulgari,* quem cæteri omnes imitantur, vt Bald. *in d. l. Precibus, num.* 10. *& seqq. & tract. de Substit. tit. de Pupillari num.* 31. *& seqq.* Barth. de Hucio *tract. de Substit. cap.* 2. *num.* 22. *& seqq.* Anton. Gom. *d. cap.* 3. *sub num.* 10. Mantica *d. tit.* 15. Menoch. *d. præsumpt.* 39. *à num.* 41. Trentacinq. *d. cap.* 12. *à numer.* 13. & Fusar. *d. q.* 157. *à num.* 12. ex quibus hi vltimi quatuor DD. latissimè singula illa capita excutiunt, pluresque adducunt declarationes, & modificationes: nos autem paucioribus rem conficiemus. 697

Ex dictis ergo extra testamentum sufficiens conjectura judicatur, si testator dixerit; *Si filius meus matre viuente moriatur, nollem quòd illa haberet vnum obolum,* vel similia verba. Ita sentiunt omnes DD. proximè citati, estque communissima sententia, à qua immeritò recedit Polit. *in suo tract. de Substit. rubr. de Vulgari part. ic.* 6. *num.* 42. *vers. Secundò dubitatur,* vbi concludit quòd etiam in judicando contrarium est tenendum; at non satis efficacibus mouetur fundamentis, & illis bene respondent Trentacinq. *loco citat. num.* 14. & Menoch. *d. præsumpt.* 39. *num.* 44. *& seqq.* Intelligiturque hæc resolutio siue illa verba ante testamentum, siue post ex interuallo fuerint prolata, vt post alios notauit Trentacinq. *supra, num.* 15. oportet autem quòd constet fuisse prolata consideratè, & cum talibus circunstantijs, vt judex prudenter judicare possit, testatorem voluisse matrem excludi: cùm enim de conjecturis agitur, quæstio voluntatis in æstimatione judicis videtur esse, *l. Voluntas, Cod. de Fideicommiss.* Mantica *d. tit.* 15. *num.* 8. Sufficiunt verò duo testes ad hujusmodi conjecturam probandam, vt tenet Barth. *in d. l.* 2. *num.* 39. *ff. de Vulgari,* & magis recepta sententia, pro qua plurimos refert eos sequens Mantica *supra, num.* 9. & Fusar. *num.* 15. *&* 18. Ratio est, quia siue verba fuerint prolata ante testamentum, siue post illud, talis probatio fit ad declarandam voluntatem testatoris, quòd scilicet voluerit in expressa Vulgari contineri tacitam Pupillarem, etiam contra matrem: probatio autem declaratoria per duos testes fieri potest, *l. Hæredes palam, §. Sed & si notam, ff. de Testament.* Neque oportebit eos testes esse esse rogatos, vt cum Baldo, & Imola notat Mantica *d. num.* 9. *fine.*

Ex dictis in ipso testamento sumitur 698
conjectura, si testator matri pupilli reliquit aliquod legatum, & adjecit quòd nihil amplius posset petere de suis bonis. Hoc exemplum ponit, & approbat Barth.

th. *in d.l.2.num.*41.quem cæteri communiter sequuntur, vt apud Mantic. Menoch. & alios supra citatos videre licet,quâuis aliqui contradicant. Intelligitur autem, dummodo legatum fuerit relictum à substituto pupilli soluendum: si enim esset relictum ab ipso pupillo, non eliceretur ex illis verbis sufficiens conjectura, quòd testator voluerit matrem excludi per tacitam Pupillarem, vt notauit idem Barth. per text. *in l. Paula Callinico, §.1.ff.de Legat.*3. & tradunt etiam Mantica *d.tit.* 15. *num.* 10. Menoch. *d. Præsumpt.* 39.*num.*48. Anton.Gom. *vbi supra,* Trentacinq. *d. cap.* 12.*num.* 16. Fusar. *d.q.*157 *num.*22. & cæteri communiter.

699 Quòd autem sumatur sufficiens conjectura ad exclusionem matris, quando illa verba sunt adjecta legato relicto à substituto pupilli, probat text. *in l. Peto, in princip.ff. de Leg.*2. *& in l. Fideicommissa, §. Siquis ita, ff. de Leg.* 3 & ratio est, quia illa verba testatoris; *Nihil amplius possit petere de bonis meis,* referuntur ad bona, quę à testatore peruenerint ad pupillum, seu ad bona pupilli à testatore profecta, in quibus mater per mortem pupilli succedere deberet ab intestato:alioqui essent superflua; cùm secluſa dispositione mariti manifestum sit, nihil vxorem petere posse de illius bonis, nisi quatenus peruenerint ad filium, cui illa ab intestato, vel ex testamento succedat. Ergo adjiciendo illa verba legato relicto à substituto pupilli, clarè significat testator, quòd vult vt substitutus succedat in bonis pupilli, & sic per Pupillarem tacitam, etiamsi mater existat in medio, cùm jubeat eam esse contentam dicto legato ex bonis filij, quod censeri potest ei relictum in compensationem legitimæ ei aliàs ex causa necessaria debitæ, *l. Hujusmodi, §. Cum pater,ff.de Leg.*1.Et si quidem teneamus cum probabili sententia tradita *§. præced.* quòd pater non potest per Pupillarem priuare matrem legitimâ ei debitâ ex bonis filij, si tale legatum fuerit minus ipsâ legitimâ, poterit mater petere supplementum legitimæ; *l. Omnimodò,* & ibi DD. *Cod. de Inoffic. testam.* retentâ autem communi sententiâ, quòd pater etiam legitimâ potest matrem priuare, non poterit mater supplementum petere, vt patet, & notat bene Menoch. *d. præsumpt.*39. *num.*52.

Procedet autem inoffenso pede con- 700
jectura, si testator dicto legato adjecisset, quòd mater non posset amplius petere de bonis pupilli, aut verbis clarioribus significasset, loqui se de bonis pupilli: nam si intellexit de suis proprijs bonis, non capietur sufficiens conjectura, quòd voluerit matrem priuare luctuosa successione filij, vt notat Mantica *d. tit.*15.*sub num.*14. *verſ. Illud etiam;*vbi satis etiam probabiliter addit, tutius esse vt in casu proposito à verborum proprietate non recedatur, & consequenter,quòd illa verba, *de bonis meis,* vel, *de bonis suis,* debent intelligi, de bonis ipsius testatoris, non de bonis pupilli.

Aliud exemplum, in quo ex verbis 701
scriptis in testamento elicitur sufficiens conjectura ad excludendam matrem per tacitam Pupillarem, est, si testator legauit vxori aliquid annuũ donec ipsa in viduitate permanserit: hinc enim colligitur testatoris voluntatem fuisse, vt si illa ad secundas nuptias transierit, excludatur à successione filij per tacitam Pupillarem ipsi filio factam. Hæc resolutio est Bartholi *in d.l.* 2. *num.*42. *ff. de Vulgari,* & communiter ab alijs recipitur, vt videre est apud Mantic. *d. tit.* 15. *num.* 13. *& seqq.* Menoch. *d.præsumpt.*39.*numer.*58. Trentacinq. *d. cap.*12. *sub num.*16. *verſ. Item ex dictis,* & Fusar. *d. q.*157.*numer.* 23. qui pluribus relatis illam approbant. Præcipuum, & expeditius ejus fundamẽtum, missis alijs,est; quia si testator propter odium secundarum nuptiarum voluit vxorem priuari legato, si ad illas transijsset: pari ratione intelligi debet voluisse etiam excludere illam à successione filij per tacitam Pupillarem: cùm vtrumque pendeat à voluntate ipsius testatoris, qui eandem, & fortè maiorem causam habet ad excludendam in tali casu vxorem à successione filij, quàm à dicto legato;cùm

vxor

vxor transeundo ad secundas nuptias, nó solùm faciat injuriam marito, cujus animam contristare dicitur, §. *Quæ vero, vers. Nos igitur videntes, Auth. de Nuptijs*, sed etiam ipsis filijs, §. *Sin autem tutelam, Auth. eod. & §. Prospeximus, Auth. de Non eligendo secundò nub.* Vnde ad illam excludendam à successione filij duplicem causam habet testator, nimirum, & suam, & filij injuriam; propter quam ipse etiam filius, si testari permitteretur ipsam matrem voluisset excludere.

Vtrum verò satis sit, quòd mater transeat ad secundas nuptias, ad hoc vt eliciatur conjectura, quod testator voluit eam excludere, licèt nihil dixerit de secundis nuptijs? Alij affirmant, alij negant, vtrique probabiliter. Vide Mant. *d. tit.* 15. *num.* 28. *& seq.* Menoch. *d. præsumpt.* 39. *num.* 65. Trentacinq. *sup. num.* 17. *& seq.* Fusar. *d q.* 157. *num.* 25. *& seq.* & Sanch. *lib.* 7. *de Matrim. disp.* 88. *numer.* 27. *&* 28. vbi plurimos in vtramque partem refert.

Ex conditione matris elicitur conjec-
702 tura ad illius exclusionem; primo si erat inimica testatoris, seu odio ab eo habita, vt quia turpiter cum alio versata, vel aliàs eum grauiter offendit: hinc enim sufficienter colligitur, quòd testator voluit eam excludi per tacitam Pupillarem: Barthol. *in d.l.* 2. *num.* 43. *ff. de Vulgari*, & ibi Ruin. *num.* 67. Ripa *num.* 57. & Socin. jun. *num.* 116. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *sub num.* 10. Mantica *d. tit.* 15. *num.* 18. Menoch. *d. præsumpt.* 39. *num.* 67. Trentacinq. *d. cap.* 12. *num.* 19. & cum multis alijs Fusar. *d q.* 157. *num.* 32. estque communis sententia; quæ bene probatur argum. *l.* 3. *in fine, & l. Ex parte, ff. de Adim. legat. & l. Si inimicitiæ, ff. de His quibus vt indignis, & l. Lucius Titius testamento*, 2. §. *Lucius Titius Damam, ff. de Leg.* 2. Secundò, si post mortem mariti testatoris commisit aliquid inhonestum, cedens in dedecus ipsius mariti, vt stuprum: nam inde etiam sufficiens conjectura sumitur, vt tenent Barth. *vbi supra*, Mantic. *num.* 23. Menoch. *num.* 72. Trentacinq. *num.* 21. & alij quos referunt, per *l. Fideicommissum, Cod. de Fideicom. & l. Sororem, C. de His quibus vt indign.* vbi mulier propter stuprum priuatur vt indigna hæreditate mariti. Aduerte autem hanc resolutionem intelligi debere, si mater stuprum committat viuente adhuc pupillo, vt bene probat Mantica *num.* 25. contra aliquos, qui pro se adducunt Bartholum *loco proximè citato*: sed reuerà Bartholus ibi solùm dicit, *Si mater post mortem testatoris aliquid inhonestum fecisset*; ita enim habet optima editio Veneta anni 1590. qua vtor; & licèt in aliqua alia legatur, *Si post mortem pupilli*, &c. affirmat Mantica, id esse corruptum vitio scriptoris. Si enim mater post mortem pupilli stuprum committat, cùm hæreditas jam illi sit delata, non debet ab ea excludi, neque per substitutum, neque etiam per Fiscum tanquam indigna; quia delictum stupri non connumeratur inter causas, ex quibus filius potest matrem exhæredare, vt rectè considerat Mantica *loco citat.* licèt alij contradicant. Tertiò addunt aliqui, idem esse si mater non sit capax hereditatis pupilli, quia non petijt ei tutorem. Sed hoc non videtur ad rem: quia in tali casu non excluditur mater ex conjectura voluntatis testatoris, sed per legem, ob illius culpam: & in hoc euentu pari ratione admittitur substitutus ex Pupillari tacita, atque quando mater repudiaret hæreditatem ipsius pupilli, juxta resolutionem, quam ex communi sententia tradidimus *sect. præced.* §. 22. *numer.* 352.

Tandem ex conditione substituti con- 703
jectura sumitur ad exclusionem matris, si substitutus per Vulgarem expressam sit frater pupilli, & ipsius testatoris filius. Tunc enim rectè intelligitur, testatorem voluisse, vt per tacitam Pupillarem in expressa Vulgari contentam substitutus admitteretur, matre pupilli exclusa. Ita Glos. *vltim. in l. Precibus, fine, Cod. de Impuber. & alijs subst.* & ibi Barth. Angel. Castr. Alex. & Riminald. jun. *num.* 621. Glos. *in l. Lucius verb. Ad matrem, ff. de Vul-*

Vulgari, & ibi Castr. Barthol. *in d. l. 2. numer. 44. ff. eod.* & ibi Alex. *num. 35.* Jas. *n. 42.* Socin. sen. *num. 31.* & Ripa *num. 60.* alijque innumeri, quos referunt & sequũtur Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 3. sub num. 10.* Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 15. num. 30.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 39. num. 77.* Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap. 12. num. 22.* & Fusar. *de Substit. q. 157. num. 38.* à quibus pauci admodum dissentiunt, qui audiendi non sunt. Ratio est manifesta, quia cùm nullus affectus vincat paternũ, *l. vltim. in princip. Cod. de Cura furiosi*, præsumendum est, testatorem voluisse præferre filium suum vxori pupilli matri, argum. *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonstr. & l. Cum acutissimi, Cod. de Fideicommiss. & l. Generaliter, §. Cum autem, Cod. de Instit. & substit.* Vnde cùm admissio, vel exclusio matris pendeat à voluntate testatoris, optimè in præsenti concluditur, matrem per tacitam Pupillarem excludi, & substitutum admitti. Quæ resolutio non tantùm procedit quãdo substitutus est frater vtrinqe conjunctus pupilli, sed etiam quando est consanguineus tantùm, vt probat ratio adducta, & tenent Mantic. *d. lib. 5. cap. 14. numer. 22. aliàs, num. 27. in nouissima edit.* Menoch. *d. præsumpt. 39. num. 82. & seqq.* Trentacinq. *d. num. 22. ad fin.* & cum alijs Fusar. *supra, num. 42.* licèt contrarium teneat Ruin. apud Menoch. *cit.* Similiter dicendum, quando substitutus esset nepos testatoris: nam hic etiam præsumitur magis ei dilectus, quàm vxor, vel quilibet alius extraneus, vt probat *d. l. Cum auus, & simil.* Et ita docet Menoch. *supra, num. 81. fine*, post Ripa *in d. l. Lucius, num. 40. vers. Sed parcat, ff. de Vulgari.*

704 Si quæras, an prædicta resolutio procedat, quando testator simul cum filio substituisset quemdam extraneum? Respondet negatiuè Menoch. *d. præsumpt. 39. num. 86.* & Intrigl. *de Substit. cent. 1. q. 92. num. 123.* post Curt. jun. *in d. l. Precibus, col. pen. Cod. de Impub. & alijs substit.* quos sequitur Fusar *d. q. 157. num. 45.* At certè illa extranei societas, qua hi DD. mouentur, non videtur satis efficax motiuum ad filium matri pupilli posthabendum. Vnde contrariam opinionem tenet non improbabiliter Rimin. jun. *in d. l. Precibus, num. 626.* prout illum refert Fusar. *citat. num. 46.* Cur enim extranei societas nocebit filio, vt per matrem excludatur, & non magis filij societas proderit extraneo, vt contra matrem admittatur.

Præterea, attenta conditione substituti, dubitabis; vtrum si frater testatoris substitutus sit, admitti debeat contra matrem pupilli ex tacita Pupillari, sicut testatoris filius? Respondent negatiuè Barthol. *in d. l. 2. num. 41. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Socin. sen. & Ripa *num. 61.* vbi dicit esse communem sententiam Guil. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num. 98. de Testament.* Dec. *consil. 315. num 6.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 15. num. 32.* Menoch. *d. præsumpt. 39. numer. 87. & seq.* Trentacinq. *d. cap. 12. num. 22. fine*, & multi alij, quos refert Fusar. *d. q. 157. numer. 50.* Ratio est, quia non idem fauor præstatur fratri, qui liberis, & parentibus, vt probat text. *in l. 3. §. 1. ff. de Leg. præstan.* neque tam vehemens est præsumptio voluntatis pro fratre sicut pro filio, vnde vulgatum est, & experientiâ compertum, quod fratrum quoque gratia rara est. Ergo ex eo quod substitutus sit frater testatoris sufficiens conjectura non sumitur ad matris exclusionem. Contraria tamen sententia non videtur improbabilis, pro qua nonnullos DD. refert Menoch. *loc. cit.* & Fusar. *num. 49.* vbi tamen malè pro ea adducit Barthol. *in d. l. Precibus num. 13.* nam ibi solùm dicit, quòd mater excluditur, quando testator substituit fratrem fratri, ideſt, fratrem pupilli. Procedet autem sine dubio hęc secunda sententia, quando testator voluit, vt bona conseruarentur in familia, seu in agnatione; vel extaret alia conjectura, ex qua maior erga fratrem dilectio intelligeretur, Menoch. *vbi supra.*

705

Dubitabis vlteriùs, quid sentiendum, 706 quan-

quando esset substituta mater testatoris? Respondetur, intelligi tunc testatorem voluisse, vt mater pupilli excluderetur, sicut quando filius est substitutus. Ita Barth. *in d.l.2. in princip. num.* 45. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *in fine*, Jas. *num.* 44. Socin. sen. *num.* 32. Ripa *num.* 61. & alij, Mantica *d. tit.* 15. *num.* 33. Menoch. *d. præsumpt.* 39. *num.* 89. Trentacinq. *d. cap.* 12. *num.* 23. & cum alijs Fusar. *d. q.* 157. *num.* 53. Ratio est, quia eadem est præsumptio affectionis erga parentes, atque erga filios, *d. l.* 3. *ff. de Legat. præst.* Neque obstat, si cum quibusdam Aduersarijs dicas, matrem pupilli in ejus successione ab intestato præferri auiæ *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* & sic deberi etiam præferri, quando agitur de successione ex tacita Pupillari: quia respondetur, non valere consequentiam; nam ex Pupillari succeditur juxta voluntatem, & affectionem testatoris, qui præsumitur magis diligere suam matrem, quàm matrem pupilli.

Dubitabis tandem, vtrùm quando causa pia est vulgariter pupillo substituta, debeat intelligi, voluntatem testatoris fuisse, vt illa contra matrem pupilli admittatur ex tacita Pupillari? 707 Respondetur affirmatiuè ex communi sententia, quam tenent Castr. *in d.l. Precibus, numer.* 8. *Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Jas. *num.* 8. & Rimin. jun. *num.* 235. & multi alij, quos citant, & sequuntur Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *num.* 10. *fine*, Mantica *d. tit.* 15. *num.* 34. *& seqq.* Menoch. *d. præsumpt.* 39. *num.* 90. & Fusar. *d. q.* 157. *num.* 55. licèt non desint etiam multi, qui contrarium sentiant, vt apud proximè citatos videri potest. Quocirca Emman. Costa *in cap. Si pater*, 2. *p. verb. Ipsis pauperibus, num.* 5. *de Testament. in* 6. multis in vtramque partem citatis DD. dicit, decisionem hujus articuli esse satis dubiam. Minimè tamen à superiori sententia communi recedendum arbitror; tum propter auctoritatem, cùm plerique & grauissimi DD. illam sequantur; tum quia in dubio potiùs est fauendum piæ causæ: tum denique ob eam rationem, qua omnes hujus partis defensores nituntur; quia quod testator ad pias causas relinquit, censetur animæ suæ relinquere, ad bonum scilicet spirituale illius: & vnusquisque magis censetur diligere propriam animam, quàm vxorem. Alia fundamenta adducit, & expendit Mantica *loc. citat.* vbi etiam disputat, vtrùm hæc resolutio procedat in eo, qui in peccato mortali decessit? Illum consule; & vide etiam, quæ circa hoc diximus *disp.* 2. *sect.* 9. §. 1. *num.* 269. *&* 281.

Illud quoque hìc aduerte, quòd etiam 708 stando in sententia contraria, mater per tacitam Pupillarem excluditur, quando causa pia fuit substituta pro exoneratione conscientiæ de malè ablatis; siquidem tunc fortior stat præsumptio, testatorem voluisse suæ animæ cum effectu consulere, non obstante matris existentia. Atq; ita relatis multis docent Couar. *in cap. Raynutius*, §. 4. *num.* 6. *vers. Qua inre de Testament.* & Trentacinq. *de Substit. p.* 1. *cap.* 12. *num.* 24. *& seq.* qui solùm in casu, quo pia causa est substituta pro malè ablatis, prædictam communem sententiam admittunt: & plures idem sentientes refert Fusar. *d. q.* 157. *num.* 57.

Quæ hactenus circa pupilli matrem 709 dicta sunt, pari ratione procedunt in alijs pupilli ascendentibus, quos ille præterire non posset, si per se faceret testamentum, vt tenent Barth. *in d.l.* 2. *in princip. num.* 34. *& seq. ff. de Vulgari*, & ibi Aret. *col. antepen.* Ripa *num.* 47. & Socin. jun. *num.* 100. Zas. *de Substit. in materia Pupillaris, num.* 26. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 39. *fine*, Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 12. *num.* 8 *&* 9. & cum alijs Fusar. qui omnes loquuntur in specie de patre pupilli, & de auia materna, & paterna, eosq; matri æquiparant, quoad hoc vt quemadmodum, secluſis conjecturis in contrarium, mater non excluditur per tacitam Pupillarem, sic etiam illi non excluduntur. Cæterùm eadem in alijs ascendentibus est ratio, vt consideranti patebit. Habebit autem hæc resolutio locum in patre, quando ex eo emancipato auus nepotem in potestate retentum

tum hæredem instituisset, eique extraneum vulgariter substituisset; & talis nepos per mortem aui non recideret in potestatem patris superstitis, vt quia pater tunc esset professus in aliqua Religione capaci succedendi, vt per supradicta §. *præced. in fine*. Eandem sententiam quoad auiam tam maternam, quàm paternam, imò & quoad proauum tradit in specie cum alijs Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 5. *tit.* 14. *num.* 22. *aliàs in nouissima edit. num.* 26. In patre autem credit aliter dicendum, scilicet, eum excludi per tacitam Pupillarem, quanuis aliud sit in matre. Sed reuerà sufficienti fundamento non nititur. Si autem pater mala mente fuisset exhæredatus, tunc proculdubio per tacitam Pupillarem nepoti factam excluderetur, vt bene cum Guilliel. de Cun. Salic. Alex. & Socin. jun. tradit idem Mantica *num.* 21. *aliàs num.* 25. quòd etiam aduertit Trentacinq. *d. cap.* 12. *num.* 9. *fine*. Quia respectu filij sic exhæredati cessat omnino præsumptio, quòd pater noluerit eum excludere.

710 Vtrùm etiam in fratre pupilli locum habeant, quæ circa matrem dicta sunt: ita vt quemadmodum mater, seclusis conjecturis, non excluditur per tacitam Pupillarem, sic etiam non excludatur, frater, præsertim vtrinque conjunctus? Respondetur negatiuè, cum Barthol. *in d. l.* 1. *num.* 26. & ibi Ripa *num.* 48. Jas. *num.* 34. Socin. sen. *num.* 25. & Socin. jun. *num.* 107. Corn. *consil.* 276. *col.* 4. *lib.* 3. Mantica *d. lib.* 5. *tit.* 14. *num.* 22. *aliàs in nouissima edit. num.* 27. & Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 12. *num.* 10. qui post alios testatur, hanc sententiam esse communem. Et quidem pauci admodum refragantur, quos refert Mantica *supra*, & Fusar. *de Substit. q.* 158. *num.* 2. Fundamentum est, quia si pater per Vulgarem expressam excluſit filium suum fratrem pupilli, eique prætulit extraneum in sua hæreditate, rectè inde colligitur, quòd voluit etiam eum excludi per tacitam Pupillarem in illa Vulgari contentam, ab hæreditate fratris nullo jure ei debitâ. Limitat autem Barth. hanc resolutionem, vt non procedat quando pater substituit vulgariter extraneum in fauorem filij fratris pupilli, vt si ei reliquit multa legata, nec voluit eum grauare oneribus hæreditarijs. Quam limitationem approbant plerique, vt apud citatos videre licet.

§. 17. *De quarto & vltimo effectu Pupillaris substitutionis, qui est, vt substitutus, quem pater sibi hæredem Suum, & necessarium fecit, talis etiam efficiatur respectu pupilli.*

SUMMRAIUM.

AD hunc effectum satis est, quòd pater potuerit efficere substitutum hæredem Suum, vt si vni filio substituit pupillariter alium filium, quem instituerat sub conditione, Si volet esse hæres; *num.* 711.

Hæreditas fraterna si sit delata ex Pupillari substitutione transmittitur ex potentia Suitatis; *num.* 712.

Prædictus effectus impeditur per arrogationem substituti; *num.* 713.

QVartus in ordine, & vltimus Pupillaris substitutionis effectus est, vt 711
substitutus, quem pater fecit hæredem Suum & necessarium, quia erat de liberis quos pater habebat in potestate, etiam ex ipsa Pupillari fiat hæres Suus, & necessarius respectu pupilli. Constat hic effectus per text. *in l.* 2. §. *Prius*, ibi: *Vt quos quis sibi facit necessarios, etiam filio faciat, & in l. Sed si plures*, §. *Quos possum, ff. de Vulgari*, illumque agnoscunt DD. communiter, vt Barth. *in d. l.* 2. *numer.* 46. *& in d.* §. *Quos possum*, vbi etiam Imola, Alex. Jas. Castr. & alij, *& in suis tractatibus de Substitut. in materia Pupillaris*, Baldus, Barthol. de Hucio, Polit. Zas. Leon. & cum alijs Trentacinq. 2. *p. cap.* 17. *numer.* 1.

Aduerte autem, quòd ad hunc effectum satis est quòd pater potuerit efficere substitutum hæredem Suum, seu necessarium. Nam si filium instituas sub conditione, *Si voluerit esse hæres*, talis filius non fiet hæres necessarius, sed voluntarius, ut alibi ex communi sententia tradidimus; & tamen si eum substituisti pupillariter alteri filio, erit hæres necessarius illius; quia sufficit, quòd potueris eum tibi facere hæredem necessarium. Probatur hoc per tex. *in d. §. Quos possum*, ubi Castr. & Iaſ. idemque notat Trentac. supra *n.* 2.

Hinc sequitur, quòd licèt hereditas
712 fraterna non transmitatur ex potētia Suitatis, *l. Quoniam sororem, C. de Iure deliber.* hoc non procedit, quando talis hæreditas fuit delata ex Pupillari substitutione; quia tunc eadem de illa est ratio atque de paterna hæredi Suo delata, quæ licet adita non sit, ex ipsa tamen Suitatis potentia transmittitur, & ita docet Bart. *in d. l. 2. n.* 46 *fine, ff. de Vulgari, & in d. §. Quos possum*, ubi etiam Imola, Castr. & Alex. estque sententia communis, teste Trentac. *d. c.* 17. *n.* 3. qui alios etiam refert.

713 Impeditur autem prædictus effectus, quando pupillariter fratri substitutus, post patris testatoris mortē, & ante mortem pupilli, se dedisset alicui in arrogationem, & tempore quo casus substitutionis euenit, in arrogatoris potestate reperiatur; nam eo ipso quòd tūc est in potestate alterius, hæres Suus & necessarius respectu fratris esse non potest: sic Alex. & Jaſ. *in d. §. Quos possum*, Glos. *in l. 3. §. Aperire, ff. de Hæred. instit.* & ibi Angel. quos citat & sequitur Trentac. *d. c.* 17. *in fine.*

(:)

§. 18. *Quando expiret Pupillaris substitutio ob defectum ex parte testatoris, vel testamenti?*

SVMMARIVM.

EX quibus capitibus vniuersim loquēdo Pupillaris substitutio finiatur? n. 714.

Pupillaris substitutio finitur ob causam ex parte testatoris. 1. *Si testator damnetur ad mortem naturalem, vel ciuilem.* 2. *Si testator maior* 20. *annis passus est se venundari ad participandum de pretio.* 3. *Si fecit aliud testamentum validum. n.* 715. 4. *Si ingrediatur Religionem succedendi capacem, & in ea profitetur; n.* 716.

Pupillaris substitutio perit, si testamentum non confirmatur aditione hæreditatis: quod limitatur in aliquibus casibus. a. n. 716.

Perit etiam Pupillaris, quando testamētum rumpitur agnatione posthumi ignoranter præteriti. n. 717.

Causæ omnes, ex quibus Pupillaris substitutio finiri & extingui potest, ad quatuor veluti capita reducuntur. Primum, ex parte testatoris, vel testamenti. Secundum, ex parte substituti: tertium, ex parte impuberis, cui substitutio facta est. Quartū, ex parte ipsius substitutionis secundùm se spectatæ. De primo dicemus *in hoc §.* de secundo & tertio in sequentibus; de quarto non est cur speciatim tractemus; nam prout ab alijs distinguitur, & à Bartholo, cæterisque DD. in præsenti accipitur, solùm concernit substitutionem, quæ facta est sub aliqua conditione extrinseca, ex cujus defectu euaneſcat, vt quę fuerit restricta ad breuius tempus, quàm ætatis pupillaris, veluti quādo dictū esset; *Si filius meus in infantia moriatur, vel antequam expleat decē annos ætatis substituo*, &c. Quare ad hoc vlti-

vltimum caput solùm spectant defectus conditionum extrinsecarum, sub quibus pupillariter substitui potest; circa quos nihil specialiter notandum venit: nam quod hìc considerari posset, esse quasdã conditiones, quæ habentur pro non adjectis, & quasdam quæ in certis casibus habentur pro impletis: quarum proinde defectus non vitiabit substitutiones, quibus fuerunt adjectæ, hoc est quid generale, non magis spectans ad substitutiones, quàm ad quaslibet alias vltimas voluntates, quibus tales conditiones fuerint adjectæ: ac de hujusmodi conditionibus jam satis à nobis dictum est *disp. 3. sect. 8. §. 2. & seqq. & sect. 9. §. 2.*

715 Quod verò attinet ad primum, idest, ad causas & defectus ex parte testatoris, vel testamenti. Constat primò Pupillarem substitutionem extingui, si testator ob aliquod crimen damnetur ad mortem naturalem vel ciuilem, per quam damnationem reddatur intestabilis; juxta supra dicta *disp. 1. sect. 2. §. 6.* quia taliter damnati non solùm priuantur facultate testandi, sed si testamentum antea fecerant, tale testamentum ipso jure fit irritum, vt per text. *in l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Testament. & in l. Si quis filio, §. Irritum, ff. de Injusto rupto, & irrit. testam.* & in *§. Alio quoque, Instit. Quibus mod. testam. infirm.* & à nobis latiùs declaratũ est *d. §. 6. num. 66. & 82. & seqq.* irrito autem facto testamento, etiam Pupillaris substitutio, quæ pars illius est, corruit, *l. Siquis eum, §. fin. ff. de Vulgari.* Et ita per prædicta jura docet Barth. *in l. In pupillari, n. 2. ff. de Vulgari*, Leon. *de Substitution. in materia Pupillaris, numer.* 279. Trentacinq. *de Substitution. 2. p. cap.* 19. *num.* 1. & cæteri communiter, teste Fusar. qui plures refert *q.* 145. *de Substit.* Constat secundò, corruere etiam Pupillarem, si testator maior viginti annis passus est se venundari ad participandum de pretio: quia etiam in hoc casu fit irritum testamentum antea conditum, *d. §. Irritum.* Constat tertiò idem esse, si testator fecit aliud testamentum validum; cùm per hoc irritetur simpliciter quodlibet antea factum, etiam pupillare, *d. l. Siquis eum, §. fin. ff. de Vulgari.*

Constat quartò, euanescere Pupillarem substitutionem, si testator ingrediatur Religionem succedendi capacem, & in ea profiteatur: secùs autem si profiteatur in Religione incapaci, vt in ordine Minorum; prout latè quoad vtramque partem tradidimus §. 6. *num.* 538. & 544. *cum seqq.* vbi speciatim declarauimus quid juris sit, quando testator ingressus est Societatem JESV, & in ea emisit vota Biennij, vel professionem solemnem, aut factus est Coadjutor formatus? Constat quintò, perire similiter dictam substitutionem, si testamentum non confirmetur aditione hæreditatis, vt per *l. 2. in princip. vers. Adeo autem, ff. de Vulgari*; quod intelligendum est cum declarationibus, & limitationibus traditis §. 7. *num.* 581. *& seq.* 716

Sextò & vltimò constat, quòd secundùm jus antiquum, Pupillaris substitutio corruit, quando testamentum rumpitur agnatione posthumi qui fuit præteritus, *l. Si pater filium, ff. de Vulgari*, & notat Barth. *in d. l. In pupillari, num. 2. ff. eod.* Dixi autem secundùm jus antiquum; nam hodie per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præteritis*, quando testamentum rumpitur ex causa præteritionis, vel exhæredationis, tabulæ pupillares conseruantur, juxta communem sententiam, quam multis citatis tradidimus §. 7. *num.* 558. *& seqq.* & ita in specie docet Barthol. *dict. numer.* 2. Trentacinq. *de Substitution. p.* 2. *cap.* 19. *numer.* 1. & cæteri communiter in hac materia. Id verò intellige, nisi testator ignoranter, vel per errorem posthumum præterijsset, vt quia putabat vxorem esse mortuam, cùm illa reuerà ex eo esset grauida, & postea eo jam defuncto, vel etiam viuo, filium peperit: tunc enim si alteri filio extraneum pupillariter substituit, talis substitutio minimè conseruatur; quia non præsumitur, testatorem voluisse in hæreditate pupilli præferre extraneum filio *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonstr.* 717

l Cum acutissimi, Cod. de Fideicommiss. & dictum est supra, *d. §. 7. num.* 563. vbi DD. citati, quibus adde Barth. *in d. Auth. Ex causa, num. 6. vers. Quid dicendum.* vbi in specie hanc nostram limitationem probat per *l. 1. Cod. de Posthumis hæred. instit.* & alia jura, quibus statuitur per natiuitatem posthumi rumpi omnino testamentum, ita vt nihil ex eo debeatur, quæ jura ostendit non esse correcta per *d. Auth. Ex causa*, pro casu quo posthumus est præteritus, ignorante testatore vxorem esse prægnantem.

§. 19. *Quando Pupillaris substitutio expiret ob defectum ex parte substituti?*

SUMMRAIUM.

PVpillaris substitutio corruit si substitutus tempore mortis pupilli reperiatur incapax succedendi: secùs verò si solùm esset incapax, quando testator obijt. Neque oportet quod sit capax succedendi in bonis, quæ pupillus habuit à patre, num. 718.

Perit etiam dicta Pupillaris, si substitutus impugnet testamentum principale per contra tabulas, siue obtineat, siue succumbat, num. 719.

Si substitutus ante pupillum moriatur, extinguitur Pupillaris substitutio, neque spes succedendi ex illa ad hæredes substituti transmittitur, num. 720.

Ex dispositione juris in l. Qui patri, ff. de Acquir. hæredit. *quando pupillariter substitutus fuit etiam institutus, & hæreditatem ex institutione adiuit, transmittit spem succedendi ex substitutione ad suos hæredes, etiamsi ante pupillum moriatur, propter quoddam jus accrescendi, quod in tali casu interuenit, & qualenam sit hoc jus? num.* 721. *& seq.*

Vtrùm in prædicto casu hæres substituti succedat in hæreditate pupilli ex dicto jure accrescendi, vel potiùs ex substitutione? num. 723.

Vtrùm præfata dispositio l. Qui patri, *quòd pupillariter substitutus & simul institutus, qui adiuit ex institutione, transmittit spem succedendi ex substitutione, locum habeat etiamsi pupillus paternam hæreditatem repudiet? num.* 724. *& seq.*

Vtrùm locum etiam habeat præfata dispositio, quando pupillus fuit exhæredatus? num. 726.

Præfata dispositio d. l. Qui patri, *locum similiter habet, quando pupillus fuit tantùm institutus in re certa, substitutus autem fuit institutus vniuersaliter, num.* 727. *Secùs autem econtra, si pupillus esset institutus vniuersaliter, substitutus autem particulariter, & quomodo id sit intelligendum? numer.* 728.

Vtrùm dicta dispositio locum habeat in Pupillari tacita comprehensa in Vulgari expressa? num. 729.

Vtrùm procedat etiam dicta dispositio l. Qui patri, *quando post mortem pupilli supersunt alij pupillariter substituti, qui etiam fuerunt instituti, & patri hæredes extiterunt? num.* 730. *& seqq.*

Si testator vni impuberi substituit pupillariter alium impuberem, & huic substituit similiter Titium, vtrùm morientè primo substituto in vita instituti, Titius vtrique superstes succedat per Pupillarē institutō vltimo morienti? num. 733. *& seq.*

Quando pupillariter substitutus moritur ante pupillum, transmittit spem succedendi ex substitutione, si adsint conjecturæ, ex quibus sufficienter constet, eam fuisse voluntatem testatoris, & quæ conjecturæ sufficiant? num. 735 *remissiuè.*

Dispositio d. l. Qui patri, *tradita numer.* 721. *cessat, si ex conjecturis intelligatur, testatorem aliud voluisse, & quæ istæ sint conjecturæ? ibid. remissiuè.*

Vtrùm pupillariter substitutus admittatur, si dubium sit, an ipse, vel pupillus priùs decesserit? num. 736.

Cir-

718 CIrca secundum caput, quod est ex parte substituti, constat primò expirare Pupillarem substitutionem, si substitutus tempore mortis pupilli reperiatur incapax succedendi, vt quia tunc est deportatus. Ita omnes per text. *in l. Si is qui hæres, ff. de Vulgari.* Econtra verò, si tempore quo pupillus moritur sit capax, nihil officiet quòd fuerit incapax quando testator obijt, licèt fuerit etiam institutus, vt si tunc erat deportatus, tempore verò, quo pupillus decessit, erat restitutus: in tali enim casu rectè poterit ex substitutione succedere; vt etiam expressè habetur *in d. l. Si is qui hæres*, & notat Leon. *de Substit. in materia Pupillaris, num.* 284. *& seq.* qui tamen rectè addit, hoc esse intelligendum, dummodo alius capax fuerit institutus, qui hæreditatem adierit: nam si fortè pupillus, cui facta est substitutio, fuit exhæredatus, vel licèt fuerit institutus, tamen nec ipse, vel aliquis alius capax hæreditatem adijt, nõ solùm testamentum principale, sed neque ipsa substitutio stare potest, *l.* 2. *in princ. vers. Adeo autem, ff. de Vulgari.* Hìc etiam aduerte, quòd vt Pupillaris ex prædicto defectu corruat, opus est vt substitutus sit simpliciter incapax succedendi pupillo. Nam si tantùm sit incapax succedendi in aliquibus ejus bonis, substitutio non corruet: vt quando fuit substitutus filius spurius testatoris; qui filius, licèt non sit capax succedendi in bonis, quæ pupillus habuit à testatore, per hoc non tollitur quominus ex substitutione possit succedere in alijs bonis pupilli. Et idẽ suo modo est in filio naturali, quando existunt alij legitimi; siquidem potest ex substitutione succedere in bonis, quæ pupillus habuit aliunde quàm à patre, non autem in bonis quæ à patre habuit, exceptâ vnâ vnciâ, quam pater ei potuit relinquere; prout hæc omnia latè tradidimus §. 11. *num.* 618. *& seqq.* & in specie de filio naturali aduertunt Leon. *loco citato, num.* 286. & Trentacinq. *de Subst. p.* 2. *cap.* 19. *n.* 2. constatque per *l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari.*

Constat secundò, perire substitutionem Pupillarem, si substitutus impugnet testamentum principale per contra tabulas, siue obtineat, siue succumbat, *l. Is qui contra tabulas, ff. de Vulgari.* Licèt enim expugnato principali testamento per cõtra tabulas, non rumpatur testamentum pupillare, vt probat text. *in l. Ex duobus §. fin. & in l. Etsi contra tabulas, ff. eod.* & dictum est *supra, §.* 7. *num.* 531. Attamen in casu proposito substitutus repellitur, quia hoc ipso quòd tentauit expugnare testamentum principale, factus est indignus consequendi aliquid ex Pupillari, & ita siue obtineat, siue succumbat, à substitutione repellitur: quanuis si obtineat à bonis testatoris non excludatur; prout hęc omnia bene declarat Glos. *in d. l. Is qui contra tabulas.* 719

Constat tertiò Pupillarem substitutionem extingui si substitutus ante pupillum moriatur: non enim transmittitur ad hæredes spes succedendi ex Pupillari, *l. Sed si plures, in princip. ff. de Vulgari*, & ibi DD. *& in l. Qui habebat*, vbi Glos. *verb. Non pertinere*, Barth. & alij *ff. eod.* Ratio est, quia relicta conditionalia nullum jus tribuunt ante euentum conditionis, & si persona honorata moriatur antequam conditio eueniat, non transmittitur relictum ad ejus hæredes, vt est text. *in l. vnica, §. Sin autem aliquid, Cod. de Caduc. tol.* & tenent omnes. Igitur cùm Pupillaris substitutio fiat sub conditione, *Si institutus decedat in pupillari ætate*, planè si honoratus, nempe substitutus, moriatur antequam illa conditio eueniat, nihil juris ex substitutione ad suos hęredes transmittet, & sic ipsam substitutionem extingui necesse est. Id quod similiter procedit in cęteris substitutionibus, quando substitutus moritur antequam eueniat earum casus, seu conditio, sub qua factæ sunt, vt aduertit Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 31. *numer.* 6. *post med.* & constat per *l. Toties, ff. de Acquirend. hæredit. cum concord.* 720

Est autem celebris limitatio hujus re- 721

solutionis *in l. Qui patri, ff. de Acquir. hæred.* vbi quando substitutus pupillariter fuit etiam institutus, & hæreditatem ex institutione adiuit, spem succedendi ex substitutione ad suos hæredes transmittit, etiam si viuo pupillo mortuus sit. Et redditur ibidem ratio, quæ magis explicata, secundùm communem intellectum, sic habet. Nam substitutus, qui etiam fuit institutus, & ex ipsa institutione paternam hæreditatem adiuit, compellitur agnoscere etiam hæreditatem pupilli, eueniente casu substitutionis, & conjungere illam cum paterna, itaut vna accrescat alteri, non secùs, nec minori necessitate, quàm si essent duæ portiones ejusdem hæreditatis: vnde in hoc casu non solùm interuenit virtus substitutionis, sed etiam jus accrescendi necessarium: jus autem accrescẽdi suâpte naturâ habet, quòd transmittatur ad hæredes, etiam pendente conditione, *l. Si ex pluribus, ff. de Suis, & legit. hæred.* Ergo in præsenti casu jus accrescendi, ex quo substitutus compellebatur agnoscere hæreditatem pupillarem, ad ejus hæredes transijt, nihil obstante, quòd decesserit pendente adhuc conditione mortis pupilli: & sic spes succedendi ex Pupillari in casu proposito ad hæredes transmittitur. Atque hæc est communis omnium sententia, juxta quã communiter dici solet, prædictam generalem resolutionẽ non procedere, quando Pupillaris substitutio est vnita cum jure accrescendi.

722 Hìc autem aduerte prædictum jus accrescendi esse irregulare, idest, deficiens à regulis, & naturâ juris accrescendi ordinarij: hoc enim non habet locum post agnitam hæreditatem, de cujus acquisitione agitur, vt patet ex *l Si Minor, ff. de Acquir. hæredit.* vbi si Minor adiuit, licèt postea sit restitutus aduersùs aditionem, non compellitur cohæres portionẽ illius recipere per jus accrescendi, eo quòd ejus necessitas fuerit extincta per aditionem: quod secùs esset, si Minor non adiuisset, *l. Qui ex duabus, §. fin. ff. eod.* At verò in præsenti admittitur jus, & necessitas accrescendi; respectu hæreditatis agnitæ à pupillo. Præterea jus accrescendi ordinarium habet locum in portione ejusdem hæreditatis, non autem in hæreditate diuersa, *l. Si sub conditione, in fine, ff. Quibus mod. vsusfructus amittatur*: in præsenti verò trahitur ad hæreditatem diuersam; nempe pupilli, cujus hæreditas est diuersa à paterna, præsertim quoad bona à patre non profecta. Notant hęc discrimina Barthol. Bald. Castr. & cęteri communiter *in d. l. Qui patri*: vnde dicunt hanc legem esse valde singularem, & continere casum specialissimum contra multas juris regulas, ideoque non paucæ circa illum sunt quæstiones.

Primò quæritur, vtrùm hæres substi- 723
tuti *in d. casu l. Qui patri*, succedat in hæreditate pupilli ex dicto jure accrescendi, vel potiùs ex substitutione? Glos. *in d. l. Toties, verb. Substitutionem, ff. de Acquir. hæred.* & Glos. *in d. l. Qui patri*, & ibi Barth. & Angel. tenent, succedere ex jure accrescendi; cùm illud, & non substitutio, ex sua natura habeat, posse transire ad hæredes, pendente conditione, quanuis quòd trahatur ad hæreditatem diuersam, & jam agnitam, participet ex vnione, & influxu ipsius substitutionis. Alij verò, vt Bald. Castr. Imol. Alex. & Aretin. *in ead. l. Qui patri*, Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 14. num. 10.* & cęteri communiter sentiunt, hæredes substituti succedere virtute substitutionis, influente in illam ipso jure accrescendi, cui vnita est, vt non pereat, nec impediatur per mortem substituti ante euentum conditionis, quominus ejus vis ad hæredes transeat. Cæterùm parum meo judicio refert, vtrum cum his potiùs, aut cum illis sentias. Nam siue hoc titulo, siue illo, hæredes admittantur, semper stat quòd succedunt in tota hæreditate pupilli, tam quoad bona, quæ pupillus habuit à patre; quàm quæ aliunde. Dicit autem Trentacinq. *supra*, vtilitatem hujus quæstionis esse, quòd in sententia admittente, eos succedere ex jure accrescendi, si portio grauata accrescat non grauatæ, non est locus contributioni in deducenda Falcidia, juxta, *l. Quòd si alterutro, ff. Ad leg. Falcid.*

cid. In sententia verò tenente, eos admitti virtute substitutionis, portio minùs grauata accrescens magis grauatæ facit locum contributioni, *l. Qui fundum, §. fin.* & ibi Barth. *ff. Ad leg. Falcid.* cujus distinctionis veritatem alijs examinandam relinquo.

724 Secundò quæritur, vtrum præfata dispositio, *d.l. Qui patri,* habeat locum, si pupillus paternam hæreditatem repudiet? Respondent negatiuè Glos. *in l. vnica, §. Sin autem aliquid, verb. superstite, Cod. de Caduc. toll.* Barth. *in d. l. Qui patri, num.* 4. & alij apud Fusar. *de Substit. q.* 164. *num.* 11. Mouentur quia illa dispositio fundatur in eo, quòd substitutio in specie *d.l. Qui patri,* est vnita cum jure accrescendi, vt declaratum est: quando autem pupillus repudiauit hæreditatem paternam, non datur illa vnio, sed manet substitutio nuda. Nam tunc ex jure accrescendi capit substitutus portionem hæreditatis paternæ à pupillo repudiatam, cùm ponamus eum fuisse simul institutum, & agnouisse suam partem; vnde nihil relinquitur capiendum ex substitutione, nisi tantùm hæreditas pupilli omnino sejuncta à bonis patris, ad quam jus accrescendi trahi non potest; siquidem hoc suâpte naturâ respicit partem ejusdem hæreditatis, & in præsenti nulla jam pars hæreditatis paternæ reperitur in Pupillari, ratione cujus ad ipsam Pupillarem trahi possit; proindeque manet substitutio omnino destituta vnione, & influxu juris accrescendi; & sic non potest in ea habere locum dicta dispositio *l. Cum patri.*

725 Contrariam tamen sententiam, quòd etiam quando pupillus repudiauit, locum habeat dicta dispositio, tenent meritò Bald. *in d.l. Qui patri, num.* 3. *vers. Alij dicunt,* & ibi Castr. *num.* 8. Alex. *col.* 2. Roman. *col.* 3. Cuman. *col. pen.* & Imola, Castr. *in l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* & Trentacinq. *in d. cap.* 14. *num.* 12. *fine,* vbi ex Croto *in l. Re conjuncti, ff. de Leg.* 3. addit hanc esse communem opinionem. Probatur, quia *d. l. Qui patri,* fundatur in obligatione, & necessitate, ex qua substitutus, qui adiuit pro parte in qua fuit institutus, compellitur agnoscere postea hereditatem pupilli: quam obligationem dicit transmitti ad hæredes substituti, si is ante pupillum moriatur: hæc autem obligatio non solùm datur, quando pupillus adiuit, sed etiam quando non adiuit; nam in vtroque casu substitutus, qui hæres patris extitit, tenetur agnoscere hæreditatem pupilli, & cõjungere illam cum paterna, perinde acsi essent duæ portiones ejusdem hæreditatis, quarum altera alteri accrescit: & sic in vtroque etiam casu, decedente substituto ante pupillum, transmittitur ad ejus hæredem illa ipsa obligatio, & necessitas cõjungendi vtramque hæreditatem, ita vt ex vtraque vna hæreditas efficiatur. Neque jus accrescendi, quod consideratur, *in d.l. Qui patri,* & dicitur influere in Pupillarem substitutionem ad hoc vt ejus spes transmittatur, est aliud quàm necessitas, quæ oritur ex obligatione conjungendi hæreditatem pupillarem cum paterna, vt manifestè constat ex text. *in d.l. Qui patri*: quocirca non solùm habet locum in casu quo pupillus adiuit, & portionem paternæ hereditatis suæ hereditati adjunxit, sed etiam quando illam repudiauit, nec quidquam ex bonis paternis in ejus hæreditate reperitur: & sic in vtroque casu influit in substitutionem, vt ejus spes transmittatur: cujus oppositum non bene Aduersarij assumunt: nam quod dicunt, jus accrescendi suâpte naturâ tendere ad portionem ejusdem hæreditatis, verum est in jure ordinario, & regulari; hìc autem agimus de jure accrescendi irregulari, orto ex obligatione conjungendi duas hereditates, quod de natura juris ordinarij nihil aliud participat, nisi quãdam similitudinem, & quòd sit transmissibile ad hæredes, pendente adhuc conditione. Et hinc manet solutum fundamentum Aduersariorum.

726 Tertiò quæritur, vtrum habeat locum d. dispositio *l. Qui patri,* quando pupillus fuit exhæredatus? Respondent negatiuè Angel. *in d. l. Qui patri, vers. Ex prædictis,* & ibi Alex. *col.* 2. & Goffred.

num. 212. & Crotus *in l. Re conjuncti, col.* 42 *ff. de Leg.* 3. quos citat, & sequi videtur Trentacinq. *d.cap.* 14 *numer.* 14. Mouentur, quia cùm in hoc casu nec actu, nec habitu vlla pars hæreditatis paternæ reperiatur conjuncta cùm pupillari, non potest in substituto, qui hæres patris extitit, considerari jus accrescendi quod trahatur ad hæreditatem pupilli; sublato autem hoc jure, cessat transmissio substitutionis ad hæredem substituti ante pupillum defuncti, vt est indubitatum. At hoc fundamentum per proximè dicta *numer. præcedenti* exclusum est; & ideo cõtrariam sententiam tenent meritò Paul. Castr. *in d. l. Qui patri num.* 7. & ibi Roman. *col.* 3. & Imola *col.* 2. Crot. *in d. l. Re conjuncti, col.* 42. *vers. Fallit & sextò*, Castr. *in d. l. Quidam elogio, col. pen. Cod. de Iure deliber.* & alij. Quia quòd pupillus sit exhæredatus, non tollit quominus substitutus, qui etiam fuit institutus, & hæres patri extitit, teneatur agnoscere hęreditatem pupilli, eueniente casu Pupillaris, vt fatetur etiam Trentacinq. *sub d. num.* 14. *vers. In hac secunda:* talis autem obligatio transit ad hæredes, & etiam respectu illorum inducit jus accrescendi, idest necessitatem conjungendi hęreditatem pupilli cum paterna, acsi essent duæ portiones ejusdem hæreditatis, vt *num præced.* explicatum est, & constat per *d. l. Qui patri.*

727 Hinc colliges idem dicendum esse, quando pupillus fuit tantùm institutus in re certa, substitutus autem institutus vniuersaliter. Nam tunc etiam substitutus hæres existens ex institutione tenetur agnoscere hęreditatem pupilli, eamque conjungere paternæ, vt in casibus duarũ proximarum quæstionum: quæ obligatio ad hæredes transit, moriente substituto ante pupillum, vt ostensum est *supra*. Et ita docet Castr. *in d. l. Qui patri, n.* 10. vbi id confirmat argum. text. *in l Qui ex duobus, ff. de Acquir. hæred.* inducendo illum secundùm intellectum Bartholi: tenent etiam Imola, Cuman. & Alex. *in ead. l. Qui patri*, quos refert & sequitur Trentacinq. *d. cap.* 14. *sub num.* 15. *vers. In secundo*; idemque sentit Bald. *in d. l. Quidam elogio, col. fin. Cod. de Iure deliber.* licèt in contrarium sient Angel. *in d. l. Qui patri*, & pauci alij qui in substituto, hærede patris existente, non admittunt jus accrescendi ad hæreditatem pupilli, nisi in ea reperiatur conjuncta aliqua pars hęreditatis paternæ, quæ opinio *supra n.* 725. confutata est.

Si autem econtra, pupillus fuisset inst. 728
titutus vniuersaliter, substitutus verò institutus in re certa: tunc contrarium est dicendum, scilicet non transmittti spem substitutionis ad hæredes substituti, si is ante pupillum moriatur; quia in hoc casu non efficitur hæres patris, sed habetur tantùm loco legatarij, *l. Quoties, Cod. de de Hæred. instit.* ac proinde non contrahit obligationem agnoscendi hæreditatem pupilli; cùm hæc solùm contrahatur per aditionem, ex qua substitutus fiat hęres patris, vt constat per *d. l. Qui patri.* Et ita cessat totum fundamentum, ex quo pupillariter substituti spem substitutionis ad hæredes transmittunt, vt ex dictis constat. Atque ita sentiunt Castro *ind. l. Qui patri, num.* 9. *& ibid.* Angel. Imola, & Alex. quos sequitur Trentacinq. *d. num.* 15. Intelligenda verò est hæc resolutio, dummodo pupillus, vel alius qui fuerit vniuersaliter institutus, patenam hæreditatem adiuerit, quia alioqui particularis institutio substituti trahetur ad totum, & ille fiet hæres vniuersalis, vt est communis sententia per *d. l. Quoties, & per l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* & dictum est, *supra, disp. præced. sect.* 11. *num.* 307. proindeque tenebitur agnoscere Pupillarem substitutionem, & dabuntur omnia requisita ad transmittendam spem substitutionis, vt ex supradictis liquet Idemque à fortiori erit, si substitutus fuerit institutus in re certa, & nullus alius fuerit institutus vniuersaliter: quia tunc per jura expressa *in d. l. Quoties, & in d. §. Si ex fundo,* illa particularis institutio ad totam hæreditatem trahitur, & consequenter substitutus talem substitutionem agnoscens fit hæres vniuersalis, cum dicta obligatione transmissibili ad hæ-

hæredes agnoscendi hæreditatem pupilli, vt per supra tradita. Et ita docet Trentacinq. *supra.*

729 Quartò quæritur, vtrùm prædicta dispositio *d. l. Qui patri,* locum etiam habeat in Pupillari tacita comprehensa sub Vulgari expressa? Negat Aretin. *in d. l. Qui patri, col. fin.* Affirmant verò & melius Imola *in ead. l. Qui patri, col. fin.* & ibi Roman. & Alex. *ff. de Acquir. hæred.* Crot. *in d. l. Re conjuncti, col.* 40. *vers. Dispositio tamen, ff. de Leg.* 3. Trentac. *d. cap.* 14. *num.* 13. *fine,* & Fusar. *de Substitut. q.* 164. *num.* 7. Ratio est, tum quia taciti, & expressi eadem est virtus, *l. Cum quid, ff. Si cert. petat.* Tum maximè, quia etiam substitutus per tacitam Pupillarem, qui extitit hæres patri tenetur agnoscere hæreditatem pupilli, illamque per dictũ jus accrescendi conjungere hæreditati paternæ: interueniente autem tali jure accrescendi transmittitur necessariò spes Pupillaris substitutionis ad hæredes substituti, vt sæpiùs dictum est per *d. l. Qui patri.* Hoc autem procedit nisi mater pupilli extaret in medio; nam tunc cessat effectus Pupillaris tacitæ, vt constat ex dictis §. 16. & ita post alios notat Trentacinq. *supra.*

730 Quintò & vltimò quæritur, vtrùm dicta dispositio procedat quando post mortem pupilli supersunt alij substituti, qui etiam fuerunt instituti, & patri hæredes extiterunt? Vt si fuerunt instituti, & simul pupillo substituti Seius, Titius, & Sempronius, omnesque hæreditatem testatoris ex institutione adiuerunt postea verò mortuus est Seius, viuente adhuc pupillo, alij autem post pupilli mortem supersunt. In quo casu est quæstio, vtrùm ad hæredem Seij prędefuncti transmissa fuerit spes succedendi ex substitutione, juxta dispositionem *d. l. Qui patri.* ita vt concurrere debeat in hæreditate pupilli cum substitutis qui supersunt? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua est in prõptu. Nam dictus substitutus prædefunctus, cùm pro sua parte adierit hæreditatem paternam, contraxit eoipso obligationem agnoscendi etiam Pupillarem, & conjungendi illam cum paterna, pro portione ad se spectante. Hujusmodi autem obligatio ratione juris accrescendi, quod inducit, transmittitur ad hæredem, vt habetur *in d. l. Qui patri,* & est totum fundamentum, quo dicta ejus dispositio nititur.

Nihilominus tamen contrarium tenent 731
Glos. *in l. Toties, ff. de Acquir. hæred. & in d. l. Qui patri, verb. Patris hæredi,* & ibi Barth. *num.* 3. Bald. *num.* 3. *vers. Ista lectura,* Castr. *n.* 6. *vers. Sed contra,* vbi pro hac parte refert Din. Angel. & alios, Jas. *in l. Qui plures, ff. de Vulgari,* & ibi Imola, & Aretin. Bald. *in d. l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* Barth. *in d. l. Re conjuncti, num.* 53. *ff. de Leg.* 3. Trentacinq. *d. cap.* 14 *num.* 18. dicens esse communem sententiam, & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 164. *num.* 23. per tex. expressum *in d. l. Sed si plures, in princip. ff. de Vulgari:* & ratio est, quia illi superstites veniunt jure ordinario substitutionis; hæres autem substituti præmortui in specie *d. l. Qui patri,* venit tantùm ex irregulari vt constat ex dictis *num.* 722. quod jus irregulare est minùs potens, & cessat in præsenti casu; fuit enim introductum solummodo in subsidium, seu ex necessitate ne pater, qui vno testamento sibi & filio hæredem instituit, maneret pro parte testatus, & pro parte intestatus, vt sæpiùs repetit Bald. *in d. l. Qui patri,* quæ necessitas cessat, quando post mortem pupilli supereſt alius substitutus qui hæres patri extitit, cùm is jure ordinario substitutionis possit, & debeat hæreditatem pupilli agnoscere; & ita cessat etiam illud jus irregulare, & consequenter dispositio *d. l. Qui patri,* quę in eo fundatur.

Hinc ad rationem dubitandi in con- 932
trarium adductam respondeo, licèt ille substitutus, qui viuo pupillo decesit, eoipso quòd paternam hæreditatem pro sua parte adiuit, contraxerit obligationem agnoscendi etiam pupillarem; tamen hujusmodi obligatio non est transmissibilis ad hæredes, nisi ratione juris accrescendi supra explicati: jus autem accrescendi

ces-

cessat, vbi extat qui potest succedere jure ordinario substitutionis; vt patet quando sunt instituti duo hæredes, & vni eorum datus est substitutus vulgaris: tunc enim si ille, qui habet substitutum, nolit, aut non possit esse hæres, succedit substitutus, excluso cohærede, qui aliàs ex jure accrescendi necessariò succederet, *l. Quidam elogio, Cod. de Iure deliber.* Igitur cùm in præsenti supersint substituti, quibus jure ordinario substitutionis competit successio pupilli, consequens est vt in tali casu hæres substituti præmortui excludatur.

733 Jam verò redeundo ad regulam, seu resolutionem principalem traditam *num.* 720. quòd Pupillaris substitutio extinguitur per mortem substituti, viuente adhuc pupillo; quæri circa illam solet, vtrùm procedat, si plures substitutiones Pupillares subordinatim sint factę? Vt quando testator vni impuberi substituit pupillariter alium impuberem, & huic substituit Titium? Tunc enim si impubes primò substitutus moriatur viuente instituto, & postea moriatur ipse institutus in pupillari ætate, quęstionis est an Titius vtrique superstes succedat per Pupillarem instituto vltimò morienti? Pro resolutione duo casus distinguendi sunt. Primus est, si secundus impubes decesserit jam pubes, ita quòd Titius non potuit ei succedere per Pupillarem: & in hoc casu non potest etiam Titius succedere primo impuberi vltimo morienti, esto in pupillari ætate decesserit, & licèt ipse Titius fuerit hęres secundi impuberis. Ita in specie habetur *in l. Qui habebat, ff. de Vulgari*, vbi Barth. & cæteri omnes, & tradit etiam Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 15. *num.* 18. & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 469. *num.* 21.

734 Alius casus est, si secundus impubes decesserit in pupillari ætate, & Titius ei successerit per Pupillarem: & in hoc tenent plerique quòd Titius succedet etiam primo impuberi vltimò morienti. Ita Peregrin. *loco cit.* post Barth. & alios DD. *in d. l. Qui habebat*, Anchar. *consil.* 27. *dub.* 3. Castr. *consil* 152. *col.* 1. *lib.* 1. & Zanc. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, num.* 580. & 585. quæ sententia fundatur in præsumpta voluntate testatoris, qui sentit secundum impuberem succedere primo, & consequenter Titium succedentem secundo vtriusque hæreditatem habiturũ. Nonnulli tamen, vt Intrig. *de Substit. cent.* 1. *q.* 89. *num.* 35. & alij relati à Fusar. *d. q.* 469. *n.* 23. tenent contrarium; quia Titius successit in bonis secundi impuberis, quo mortuo, fuit impleta conditio suæ substitutionis: & cùm postea primus impubes moritur, nihil iam pertinet ad ipsum Titium, cùm solùm fuerit substitutus secundo impuberi. & receperit ejus hæreditatem, quæ sola ad eum spectabat ex sua substitutione. Cęterùm hæc ratio solùm valet stando in nudis terminis substitutionis: non autem si attendamus ad conjecturam voluntatis, qua prima sententia nititur.

Tandem dicta resolutio principalis in- 735
telligenda est, nisi adsint conjecturæ, ex quibus sufficienter constet, testatoris voluntatem fuisse, vt moriente substituto ante pupillum, spes substitutionis transiret ad ejus hæredes. Est enim recepta DD. sententia, quòd in substitutionibus sufficit tacita testatoris voluntas, quæ ex conjecturis colligatur, ad hoc vt transmissio locum habeat, vt videre est apud Mãticam *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 8. & tradit in specie Trentacinq. *d. cap.* 14. *num.* 4. & Fusar. *q.* 164. *numer.* 29. Quæ autem conjecturæ censeantur sufficientes, intelligi potest ex ijs, quas idem Mantica *eod. tit.* 20. Trentac. *vbi supra, à num.* 7. & Fusar. *q.* 490. fusè assignant pro transmissione fideicommissi, vel legati conditionalis. In quibus nos hìc immorari non oportet. Hinc verò consequenter addendum, etiam prędictam celebrem limitationem traditam *num.* 721. quòd spes Pupillaris substitutionis transmittitur, quando substitutio est vnita cum jure accrescendi, intelligi similiter debere, nisi ex conjecturis colligatur contraria testatoris voluntas, vt bene post alios aduertit Fusar. *d. q.* 164. *num.* 31. qui ibidem plures conjecturas talis vo-

voluntatis ex varijs DD. adducit. Illum consulito.

Hactenus tradita circa prædictam re-
736 solutionem principalem procedunt quando constat substitutum decessisse viuente pupillo. Si autem dubium sit, vter prædecesserit, vt quia simul eodem naufragio periere, quęritur, vtrùm præsumi debeat pro substituto, quòd superuixerit, ad hoc vt substitutio conseruetur? Et respondetur negatiuè, per text. expressum *in l. Sed & in illo, ff. de Reb. dub.* vbi Glos. *verb. Non videtur*, Barth. & cæteri scribentes communiter, quibus accedunt Couar. *lib. 2. Variar. resol. cap. 7. numer. 8. vers. Quarto*, vbi testatur de communi, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 9. num. 7. & 12.* Mascard. *de Probat. conclusione 1347. numer. 11.* qui etiam dicit esse communem, Peregrin. *de Fideicommiss. art. 43. sub num. 53. vers. Aliquando verò, & num. 57. fine*, & Fusar. *de Substit. q. 126.* Ratio est, quia hæreditas non defertur, neque transit nisi in superuiuentem: est enim successio, qua viuens defuncto succedit: in præsenti autem, cùm non appareat, vter priùs decesserit, non videtur alter alteri superuixisse, vt exprimitur *in d. l. Sed & in illo:* ergo censeri non debet, quòd hæreditas pupilli fuerit delata substituto, neque quòd in eum transierit, licèt fuisset hæres necessarius, in quibus terminis loquitur *d. l. Sed & in illo:* & sic perit in tali casu substitutio: quòd etiam probatur argum. *l. Quod de pariter mortuis, & seq. ff. de Reb. dub.* & procedit hoc, quanuis substitutus esset pubes, & robustior pupillo, vt cum Bartholo, & alijs aduertit Mantica *d. numer. 12.* dicens id esse receptius, & notat etiam Peregrin. *d. vers. Aliquando verò*, & Fusar. *supra.*

(?)

§. 20. *Quando expiret Pupillaris substitutio ob causam, vel defectum ex parte pupilli, cui substitutio facta fuit?*

SUMMARIUM.

PVpillaris substitutio expirat, si pupillus, cui facta est, ad pubertatem perueniat? num. 737.

Vtrum in dubio præsumendum sit pupillum decessisse ante pubertatem, vt substitutioni sit locus? Prima sententia affirmat; num. 738. Contraria tamen sententia defenditur; num. 738. & seq.

Vtrùm Pupillaris facta reciprocè duobus impuberibus expiret in vtroque, altero tantùm ad pubertatem perueniente? num. 741.

Pupillaris substitutio expirat, si pupillus moriatur ante testatorem; numer. 742. Et quid si pater, & filius simul pereant, vt eodem naufragio, & dubium sit vter eorum prædecesserit? num 743.

Pupillaris expirat, si pupillus ante mortem testatoris exeat de illius potestate, vt per emancipationem, vel adoptionem, &c. Et quomodo id intelligatur? num. 744.

Vtrum si duobus impuberibus facta sit Pupillaris Reciproca, & alter eorum per emancipationem, vel alio modo, exeat de potestate testatoris, satis id sit ad hoc vt substitutio in vtroque expiret? ibid.

Pupillaris substitutio expirat, si pupillus vel viuo testatore, vel post ejus mortem, transeat in potestatem alterius? num. 745.

Vtrum expiret Pupillaris, si pupillus transeat ad Religionem? Respondetur cum multiplici distinctione; num. 746. vsque ad 750.

Pupillaris substitutio expirat, si pupillus capitis diminutionem patiatur, vt si fiat seruus pœnæ, vel deportetur, &c. num. 751.

Subs-

Substitutio Fideicommissaria non expirat per deportationem hæredis grauati; ibid.

Quanuis Pupillaris mero jure finiatur, si pupillus detur in arrogationem (quo casu minimam capitis diminutionem patitur) attamen non tollitur illius effectus, & quomodo iàse habeat? numer. 752.

Pupillaris substitutio expirat, si pupillo nascatur filius; num. 753. Vtrùm in tali casu expiret ex dispositione juris, quo testamentum rumpitur agnatione posthumi præteriti: vel potiùs eoquod intelligatur facta sub cõditione, Si impubes decesserit absque liberis? *numer. 754. Vtrum tradita resolutio intelligatur tantùm de natiuitate filij legitimi, vel etiam naturalis? num. 756.*

727 VEniendo tandem ad tertium caput, quod est de causa, vel defectibus ex parte impuberis, constat primò extingui Pupillarem substitutionem, si pupillus, cui facta est, ad pubertatem perueniat, §. *Qua ratione, in fine, & §. Masculo, Instit. de Pupillari, l. Verbis ciuilibus, & l. In pupillari, ff. de Vulgari.* Efficitur autem pubes, si est masculus, vbi complet 14. annum ętatis, si verò fœmina vbi 12. *Inst. Quibus mod. tut. fin. §. 1. & l. 3. ff. de Minor.* sufficit autem attigisse vltimum diem, quo ille annus completur, vt bene aduertit Leon. *tract. de Substitut. vbi de Pupillari, num. 259.* & Barthol. de Hucio *tract. de Subst. c. 2. num. 27.* nam tunc incipit posse testari, *l. Qua ætate, ff. de Testam.*

Quæstio verò est, vtrùm in dubio præ-
738 sumendum sit, quòd pudillus decesserit ante pubertatem, vt sit locus substitutioni? Respondent affirmatiuè: Seuerin. *in l. Precibus, num. 58. Cod. de Impub. & alijs substit.* Socin. Ien. *consil. 89. num. 8. vers. Accedat etiam, lib. 1.* Decius *in c. In præsentia, num. 50. de Probation.* qui omnes pro se allegant quoddam consilium Baldi, videtur etiam tenere Castr. *in l. Ex facto, §. Siquis autem, num. 4. ff. Ad Trebel.* præsertim quando mater pupilli, vel aliquis alius prætendens succederet ab intestato, agit aduersùs substitutum; in quo casu dicit incumbere agenti onus probandi pupillum decessisse post pubertatem, & substituto satis esse dicere, illum decessisse antea: pro eadem sententia stant plures apud Manticam, Peregrin. & Fusar. *loco infra citat.* Mouentur per text. *in à. §. Siquis autem,* vbi fideicommissum relictum sub conditione, *Si grauatus sine liberis decedat,* non deficit, cùm grauatus vnum tantùm habens filium simul cum illo interijt naufragio, vel ruina, nec apparet vter priùs decesserit.

Contrariam nihilominus sententiam 739
tenent meritò Barth. *consil. 56. Quod incipit, Bartholomæus fecit testamentum, num. 5. lib. 1.* Bald. *consil. 19. incipit, Factum tale, num. 1. lib. 5. & consil. 145. incipit, In causa vertente, eod. lib. 5. & consil. 451. incipit, Intelligo, lib. 4.* Socin. sen. *in l. Qui duos, §. Cum in bello, num. 6. ff. de Reb. dub.* Curt. jun. *in d. l. Precibus, num. 10. Cod. de Impub. & alijs substit.* Angel. *in §. fin. Inst. Ad Tertul.* Salic. *in l. Sciant, Cod. de Legit. hæred.* Ripa *in d. l. Ex facto, §. Siquis autem, num. 11. ff. Ad Trebel. & ibid.* Socin. sen. Guiliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Pupillaris, num. 112. de Testament.* Paris. *consil. 36. num. 42. lib. 2.* Anton. Natta *consil. 395. num. 4. fine, & seqq. lib. 2.* Couar. *lib. 2. Variar. cap. 7. num. 6. fine,* Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib. 5. tit. 9. num. 6. & seqq.* Mascard. plures referens *tom. 3. de Probation. concl. 1347. num. 7.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 182. num. 4.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 43. sub num. 45.* & alij quos refert Fusar. *de Substit. q. 129. num. 2.* Probatur per illam regulam, quòd in ijs, quæ per cursum temporis variantur, vt ætates, ex præterito non præsumitur ad præsens, vel futurum, *l. Spadonem, §. Qui absolutus, ff. de Excusat. tut. l. Si prius, ff. de Oper. nou. nunc, l. Siue possidetis, C. de Probat.* Barthol. *in l. De ætate, ff. de Minor.* Vnde non sequitur, fuit pupillus, ergo mortuus est in pupillari ætate.

Ma-

Maximè verò procedit hæc sententia, & est indubitata, quando substitutus ex Pupillari ageret: in quo casu ita consuluit Barth. *d. consil. 56. ad finem*; notauitque bene Peregrin. *supra, vers. Hæc autem*; quia qui ætatem alicujus deducit pro fundanda sua intentione, illam probare debet, *l. Cum de ætate, ff. de Probation.* Difficultas est, quando substitutus possidet, & aduersus eum agitur: nam tunc videtur, quòd actori incumbit probare, pupillum decessisse post pubertatem. At contrarium tuentur non immeritò Couar. Mantica, & Peregr. *loco cit.* & voluit etiam Bald. *d. consil. 19.* & Ripa *d. §. Si quis autem, num. 11.* estque de mente proximè relatorum; atque ita se obtinuisse in quadam causa Patauina testatur Peregrin. *d. vers. Hæc autem.*

740 Neque obstat argumentum in contrarium ex text. *in d. §. Si quis autem*; nam vt alias solutiones, & interpretationes illius text. omittam, ratio cur in eo dicitur, non perire illud fideicommissum, patre grauato ac filio simul intereuntibus, est quia conditio, *Si sine liberis decesserit*, intelligitur de liberis post patrem viuentibus, vt notat Barth. *in d. §. Si quis autem, & in l. Qui duos, §. Cum in bello, ff. de Reb. dub.* & constat *ex eod. §. Si quis autem, in princ.* quando autem pater, & filius simul perierunt, nec apparet quis eorum priùs animam exhalauerit (qui est casus illius textus) non censetur filius superuixisse; & ita meritò deciditur, non deficere tunc conditionem, *Si sine liberis*, sub qua fideicommissum relictum est, sed censeri impletam, & consequenter fideicõmissum deberi. In nostro autem casu agitur de conditione mortis in pupillari ætate, quæ in dubio non præsumitur, nisi probetur, vt ostensum est.

Si instes, quòd etiam in casu, quo non constat patrem & filiũ simul perijsse, sed solùm ignoratur, quis eorum priùs decesserit, non perit fideicommissum, quo pater erat grauatus sub d. conditione, *Si sine liberis*; quia licèt constet filium habuisse, non tamen præsumitur habuisse tempore mortis, vt in specie tradit Barthol. *in d. §. Cum in bello*, per *l. Spadonem, §. Qui absolutus, ff. de Excusat. tut.* Vnde etiam in nostro casu, existente dubio, an pupillus decesserit ante, vel post pubertatẽ, nõ præsumetur decessisse puberem, ne Pupillaris substitutio pereat; maximè cùm hæc sit fauorabilis, & fideicommissum odiosum, vtpote grauamen inducens. Respondetur ex Mantica *d. tit. 9. num. 8.* esse diuersam rationem in his casibus; quia substitutus per fideicommissum sub illa conditione, *Si sine liberis*, habet suam intentionem fundatam in communi jure; siquidem quòd quis moriatur sine filijs, concordat cum qualitate, quæ homini inest ab initio, & ideo qui contrarium dicit, debet id probare, vt per Barth. *in l. Si priùs, num. 17. & infra, ff. de Oper. nou. nunc.* Præterea, quòd quis habeat liberos, est quid facti; factum autem nõ præsumitur, nisi probetur *l. Quæcumque, §. 1. ff. de Public. act. l. Si emancipati, Cod. de Collat. l. Assueratio, Cod. de Non numer. pecun.* quando autem pupillariter substitutus proponit impuberem decessisse in pupillari ætate, non habent locum hæ rationes, sed militat regula, quòd quilibet debet probare id quod est fundamentum suæ intentionis, *l. Actor, Cod. de Probat, l. In exception. ff. eod. l. Accusare, Cod. de Edendo:* & in specie qui allegat minorem ætatem pro fundamento suæ intentionis, debet illam probare, *l. Si minorem, Cod. de In integr. rest. min. l. Cum te, Cod. de Probat.*

Quæri vlteriùs potest circa prædictam 741
conclusionem, vtrùm Pupillaris substitutio facta reciprocè duobus filijs impuberibus expiret in vtroq; ex conjectura volũtatis, altero tantũ ad pubertatẽ perueniente? Tractat latissimè hãc quæstionẽ Mãtica *lib. 5. de Cõject. vlt. vol. tit. 12. à n. 19.* sed missa lõgiori disputatione, dicendũ est resolutiuè cũ Barth. *in l. Lucius, n. 9. ff. de Vulgari*, quẽ idem Mantic. sequitur, illam substitutionẽ in filio adhuc impubere non extingui. Ratio est, quia licèt hic casus faceret ab initio cessare Pupillarem ex conjectura voluntatis, *l. Iam hoc jure, vers. Sed si alter, ff. de Vulgari*, attamen nõ est

talis,vt incidendo postea inducat conjecturam contrariæ voluntatis, cùm pubertas producatur à natura absque voluntate testatoris:casus autem præter voluntatem incidens conjecturam contrariæ voluntatis non inducat,*l. Fideicom. §. Si rem,ff. de Leg.* 3.*l. Rem legatam,ff. de Adim. legat.*

742 Secundò constat expirare substitutionem Pupillarem, si pupillus viuo testatore moriatur. Ita Oldrad. *consil.* 177. Bald. *consil.* 408. *lib.* 2.*& consil.* 148. *lib.* 5. Federic. de Sen. *consil.* 266. *num.* 1. *&* 3. Corn. *cons.* 297. *lib.* 1. Trentacinq. *de Substit. p.* 4. *cap. vltim. num.* 36. & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 127. *numer.* 7. Probatur per text. *in l. Quod si filius, ff. de Captiu.* & constat præterea ratione, primò quia vt Pupillaris substitutio constet, opus est vt pupillus sit in potestate testatoris, saltem quando testator moritur, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ,* ibi:*Si mortis quoque tempore non fuit in familia, ff. de Vulgari*: quæ conditio deficit morientе pupillo in vita testatoris,cùm per mortem exierit in perpetuum de illius potestate. Secundò, quia pupillus decedens viuo testatore, qui eum habebat in potestate; non est sui juris: vt autem Pupillaris substitutio vim habeat, opus est vt pupillus decedat postquam fuerit sui juris: quia hæc substitutio est testamentum pupilli, licèt sit factum per ejus patrem: qui autem non est sui juris,est intestabilis. *Instit. Quibus non est permißum facere testam. in princip.* & sic non potest decedere testatus, etiam fictè, seu per alium: nam fictio ad id tantùm porrigitur, ad quod potest porrigi veritas, *l. Qui ad certũ, ff. Loc. & l. Si pater,in fin. ff. de Adoption.* Neque pater testando pro illo hunc defectum supplet, quia facultas substituendi pupillariter solùm fuit concessa patri ad supplendum defectum ætatis, ob quem pupillus testari non poterat, vt notant communiter DD. & vidimus hac ipsa *sect. §.* 1. *num.* 452. *& §.* 5. *n.* 532. vnde Barth. *in l.* 2. *in princ. n.* 12 *ff. de Vulgari*, Bald. *de Subst. rubr. de Pupillari, n.* 10.& alij rectè aduertunt,quòd vniuersim loquendo Pupillaris substitutio non habet locum, si pupillus alia ratione, quã ob defectum ætatis,testari non potest.

Sed quid, si pater & filius simul pereant, vt eodem naufragio vel ruina, & dubium sit,vter eorum prædecesserit? Bald. *cons.* 464. tenet admittendum tunc esse substitutum, quòd in tali dubio fauore substitutionis præsumendum sit, patrem prædecessisse, argum. text. *in d.l. Ex facto, §. Siquis autem,ff. Ad Trebel.* At contrarium tenent meritò Socin. sen. *in d. l. Qui duos, §. Cum in bello, col. fin. ff. de Reb. dub.* Couar. *lib.* 2. *Var. c.* 7. *n.* 6. *vers. Nam & hic, ante med.* & cum alijs Trentac. *de Subst. p.* 1. *c.* 13. *n.* 3. quia quando impubes perit simul cum patre, præsumitur puter superuixisse, nisi contrarium probetur,vt expressè deciditur *in d.l. Qui duos, §. vlt. in fin.* & quidem ob ætatis imbecillitatem bene stat præsumptio, quòd impubes priùs expirauit. Neque tex. *in d. §. Siquis autem,* oppositum probat, vt satis constat ex dictis circa hunc tex. *n.* 740. Hanc opinionem approbat etiam Ripa *in l.* 1 *n.* 174. *ff. de Vulgari*, dicens procedere modernos, & esse melioribus rationibus fundatam: ipse tamen tres casus in ea distinguit. Primus est, quando non supereſt mater,nec frater pupilli:& tunc dicit, procedere primam opinionem. Secũdus est,quando supereſt mater, vel frater pupilli, & substitutus est extraneus:& tũc procedere secundam opinionem. Tertius est, quando supereſt mater pupilli, & est substitutus frater ipsius pupilli, vel econtra; & tunc primam opinionem procedere. Ceterùm mihi hæc distinctio non placet, licèt cum ea transeat Intrigl. *de Substit. cent.* 1. *q.* 42. vt refert Fusar. *de Substit. q.* 127. *num.* 3.

743

Tertiò constat finiri Pupillarem substitutionẽ, si pupillus ante mortẽ testatoris exeat de illius potestate, vt per emãcipationẽ,vel adoptionẽ,alioue modo Constat hoc per *l. Quòd si filius,ff. de Capt. & postlim. reuer.* vbi Glos *verb. Extende, & l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari*, estq;communis sententia,vt vidimus *sup. §. 6. à princip.* Intelligi verò id debet, nisi pupillus exeat de potestate per ali-

744

aliquam dignitatem, vt declarauimus *eod. §. 6. num.* 539. Itera nisi, vel fictione juris, vel alio modo, vt per readoptionem, pupillus redeat ad potestatem substituentis, vt etiam illo *§. 6. à num.* 540. explicatum est, & notat breuiter Leon. *de Substitut. in materia Pupillaris, numer.* 261.

Circa hanc conclusionem dubitatur, vtrùm si duobus impuberibus facta sit Pupillaris substitutio Reciproca, & alter eorum per emancipationem, vel alio modo exeat de potestate testatoris, satis id sit ad hoc vt talis substitutio in vtroque expiret? Barth. *in l. Lucius, num.* 10. *ff. de Vulgari*, tenet cum alijs, eam expirare in vtroque, si alter exiuit à patria potestate de consensu patris testatoris, vt quia pater eum sponte emancipauit: & hæc est communis sententia, pro qua plurimos DD. refert Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib. 5. tit.* 12. *num.* 17. Contrariam tamen sententiam, quòd etiam quãdo alter, patre consentiente, de ejus potestate exiuit, non expiret Pupillaris in eo qui permanet in potestate ipsius patris, tenent Bald. *in l. In testamento, numer.* 15. *Cod. de Testament. milit.* Jas. *ibid. sub num.* 16. *& in d. l. Lucius, numer.* 18. *& infra*, & alij apud Mantic. *supra, sub numer.* 31. *& seqq.* vbi magis in hanc partem inclinat. Sed quia hæc controuersia spectat ad materiam de Reciproca ibi commodiùs excutietur.

745 Quartò constat, Pupillarem finiri, si pupillus vel viuo testatore, vel post ejus mortem, transeat in potestatem alterius. Ita Leon. *loco proximè citat. num.* 262. per text. *in l. 2. in princ. vers. Nepotibus etiam, ff. de Vulgari*, & quidem, si iste transitus fiat viuo testatore, vt quando pater filium, cui pupillariter substituerat, dedit in adoptionem auo materno, *§. 2. Inst. de Adoption. & l. Cum in adoptiuis, C. eod. tit.* Constat clarè conclusio ex dictis *n. præced.* siquidem per talem transitum exit pupillus de potestate testatoris, illo adhuc viuente, quod sufficit ad infirmandam Pupillarem, vt probatum est. Si tamen pupillus ad potestatem testatoris redeat; substitutio conseruabitur, vt est communis sententia, quam tradidimus *§ 6. num.* 541. *& num. etiam præcedenti* aduertimus. Si verò post mortem testatoris pupillus veniat in potestatem alterius, patet conclusio per text. *in d. vers. Nepotibus etiam*, cujus rationem, & veram explicationem tradidimus *§. 5. num.* 532. *&* 535.

Celebris autem quæstio hìc est, an ex- 746
piret Pupillaris, si pupillus transeat ad Religionem? Qua in re communis Juristarum resolutio est, si impubes ex dispensatione Summi Pontificis Religionem ingrediatur, & fiat validè professus, vt rectè ex tali dispensatione fieri potest, postquam fuerit capax doli; tunc per talem professionem finiri Pupillarem substitutionem illi factam: secùs autem si absque illa dispensatione ingrediatur, licèt per patrem, vel per matrem fuerit Religioni oblatus; quod talis oblatio non reddat illum simpliciter Religioni astrictum, neque impediat, quominus adueniente pubertate possit liberè Religionem deserere, *c. Significatum, & c. Cum simus, de Regular.* Vnde ad summum potest comparari pupillo dato per tutorem in arrogationem, quæ cùm facilè dissolui possit, non tollit quominus Pupillaris substitutio antea facta suum effectum habeat. Ita docent Barth. *in d. l. In Pupillari, num.* 7. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Aret. Jas. & alij, Bald. *de Substit. rubr. de Pupillari, num.* 39. Barth. de Hucio *de Substit. c. 2. n.* 28. Zasius *tract. etiam de Substit. c. 2. fine*, & Leon. *tract. de Substit. in materia Pupillaris, n.* 274. *& seqq.* dicens esse communẽ sententiam, quam tamen ipse non firmat. Et quidem prima illius pars multâ explicatione, & distinctione indiget, vt statim videbimus. Secunda verò pars de ingrediente Religionem absque dispensatione Papæ videtur indubitabilis, quam præter citatos tenent etiam Guiliel. Bened. *in c. Raynutius, verb. Si absque liberis, 2. vbi de Pupillari substitutione, num.* 114. Trentacinq. *de Substitution. p. 2. cap.* 19. *sub numer.* 3. *vers. Item supradicta,*

& Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num. 52.* qui absolutè dicunt per ingressum, vel professionem impuberis absque dispensatione Pontificia non finiri substitutionem.

747 Circa priorem verò partem de ingrediente, & profitente ex dispensatione Papæ, duo principales casus distinguendi sunt. Primus est, si ingrediatur, & fiat professus in Religione succedendi incapaci. In quo casu, si professionem faciat post mortem patris, non finitur, sed potiùs confirmatur, & incipit hebere effectum Pupillaris substitutio illi facta vt bene docent Trentacinq. *d. num. 3. vers. Sextò expirat, ad fin.* & Sanch *d. num. 52.* qui pro eadem sententia refert Imol. *in à. l. In pupillari, num. 4. ff. de Vulgari,* Guilliel. Bened. *vbi supra, num. 113.* & Emman. à Costa *in cap. Si pater, 2. p. verb. Defunctis ante tempus puber. num. 5. de Testam. in 6.* quia professio in tali Religione æquiparatur morti naturali; vt omnes facilè admittunt: per mortem autem naturalem pupilli post patrem decedentis, non perit, sed confirmatur, & incipit habere effectum substitutio Pupillaris, quam pater illi fecerat. Si autem talis impubes profiteatur, viuente patre, substitutio expirat: quia cùm ea professio morti naturali æquiparetur, procedit etiam in hoc casu cõclusio supra tradita *num. 732.* vbi ostendimus, finiri Pupillarẽ, si pupillus, viuo testatore, naturaliter moriatur.

748 Secundus casus est, si profiteatur in Religione capaci succedendi. In hoc casu Pupillarem extingui, tenent expressè Guil. & Trentac. *loc. proximè citat.* qui mouentur hoc fundamento. Nam Pupillaris expirat, si pupillo intra eam ætatem nascatur filius, malitiâ defectum ætatis ad generandum supplente, vt per *l. Ex facto, in princ. ff. de Vulgari,* & est communis sententia, de qua infra: Monasterium autem in quo quis profitetur, habetur loco filij, vt colligitur ex text. *in c. In præsentia, de Probat. & in §. Sed & hoc præsenti, Auth. de Sanctissimis Episc.* vnde desumitur *Auth. Nisi rogati, C. Ad Trebel.* ergo per illam professionẽ expirabit Pupillaris substitutio, & succedet monasterium tanquam filius tali pupillo natus. Hoc tamen fundamentũ efficax non est, illudq; excludit Sanch. *d. n. 52.* dicens, verum non esse, quòd monasterium habeatur loco filij: quam sententiam, relatis plurimis, tradit *eodem lib. 7. c. 16. n. 4.* vbi respondet ad textus citatos, quibus duntaxat Aduersarij nitũtur: plures etiam DD. pro eadem sententia adducit eos sequens Mantica *lib. 11. de Conjectur. vlt. vol. tit. 7. n. 6.* Addit præterea cum multis alijs idem Sanch. *d. c. 16. n. 5.* licèt admittamus, monasterium in casibus illorum textuum haberi loco filij, id non debere extendi ad alios casus non expressos, cùm sit à jure communi exorbitans, & sic intra proprios terminos restringendum, quod satis est, vt ad casum, de quo hìc agimus, trahi non possit.

Efficacius videtur fundamentum, quo 749
Barth. Bald. & alij relati *n* 746. indistinctè docent, per professionem impuberis ex dispẽsatione Papæ factam finiri Pupillarem. Fundantur namque in eo quòd talis impubes, etiam secluso impedimento ætatis, efficitur intestabilis per ipsam professionem, & monachatum. *Auth. Ingressi, Cod. de Sacros. Eccles.* quoties autem pupillus impeditur testari alia ratione, quàm per ætatem, non tenet Pupillaris substitutio, cùm sit testamentum ipsius pupilli, cui per Pupillarem non succurritur, si alia ratione, quàm ob ætatem, est intestabilis, vt tenent omnes, & diximus *supra, n. 742.* At hoc etiam fundamentum meritò excludunt Ripa *in l. 2. num. 66. ff. de Vulgari,* Leon. *de Substit. vbi de Pupillari, num. 277.* & Trentac. *d. c. 19. n. 3. vers. Sextò expirat,* quia licèt monachus effectus sit intestabilis per professionem, tamen testamentum ab eo antea factum non irritatur, vt colligitur *ex Auth. Nunc autem, Cod. de Episc. & cleric. & ex corpore, vnde sumpta est* estq; communissima DD. sententia, quam relatis plurimis tradit Sanch. *d. lib. 7. cap. 3. numer. 34.* & sic non irritabitur etiam testamentum pupillare per professionem impuberis, licèt per eam efficiatur

intes-

intestabilis: & ratio est, quia quod generaliter dicitur, irritari testamentum ejus qui deuenit ad statum in quo testari non potest, intelligitur de illis, qui ad talem statum deueniunt per capitis diminutionem: professio autem non est capitis diminutio, vt in specie probat Sanch. *supra* post Cujacium, *in expositione Nouellæ 5.* nam licèt professus mutet statum, & libertatem amittat; at mutat in melius, nec efficitur seruus, sed Deo per votum obedientiæ se sponte dedicans sua libertate se priuat.

750 Vnde concludendum potiùs videtur, quòd etiam per professionem impuberis in Religione succedendi capaci non expirat Pupillaris substitutio. Et ita concludit Sanch. *d. cap. 3. num. 52.* Juxta quam sententiam, si talis professus decedat è vita ante pubertatem, admittetur substitutus, si autem pubes efficiatur, cessabit substitutio, & succedet monasterium, vt idem Sanch. aduertit. Cum enim professio in tali Religione non æquiparetur morti naturali, non confirmatur statim substitutio per ipsam professionem, sed expectanda est mors naturalis; & si hæc eueniat antequam ille fiat pubes, defertur ex tunc hæreditas substituto. Si autem priusquam naturaliter moriatur fiat pubes, euanescit substitutio, & succedit monasterium. Atque idem erit, si substitutus, qui viuus erat tempore professionis, ante ipsum professum moriatur, etiamsi is postea nondum pubes effectus decedat vt colligitur ex dictis §. *præcedenti*; & tradit in simili Sanch. *d. cap. 3. num. 56.* Intellige autem hanc resolutionem, si ille impubes profiteatur, mortuo jam patre. Nam si pater tunc, viuat egredietur impubes de illius potestate per professionē, & transibit irreuocabiliter in potestatem Religionis: Pupillaris autem substitutio expirat, si pupillus ante patris mortem de ejus potestate egrediatur, nec ad eam reuertatur, vt tenent omnes, & dictum est

751 *supra, num. 744.*

Quintò constat, expirare Pupillarem substitutionem, si pupillus capitis diminutionem patiatur, vt si fiat seruus pœnæ, vel deportetur, &c. quæ supplicia in impuberem doli capacem cadere possunt, *l. Si arrogati, ff. de Tutel. l. Si impuberem, ff. de Furtis, & l. Impuberem, ff. Ad l. Cornel. de Falsis.* Ita Barthol. *in d. l. In pupillari num. 5. ff. de Vulgari,* & ibi cęteri communiter, Ripa *in l. 2. num. 64. ff. eod.* Bald. *de Substitut. rubr. de Pupillari, num. 38.* Barthol. de Hucio *de Substitution. cap. 2. num. 25.* Leon. *de Substitut. in materia Pupillaris, num. 264. & seqq.* Trentacinq. *de Substitut. p. 2. cap. 19. num. 3.* & cum alijs Fusar. *de Substitut. q. 144.* Ratio est, quia per capitis diminutionem, siue mediam, siue etiam minimam, redditur, qui eam passus est, intestabilis; & si quod antea testamentum fecerat, irritatur, §. *Alio quoque modo, Instit. Quibus mod. testament. infirm.* Pupillaris autem substitutio, cùm sit testamentum pupilli, non conseruatur, si ille veniat ad statum, in quo etiam secluso ætatis impedimento testari non possit; vt sæpius dictum est, & tenent omnes. Neque obstat text. *in l. Ex facto, §. Ex facto, ff. Ad Trebel. & in l. Status, §. Cornelio, ff. de Iure Fisci,* vbi substitutio Fideicommissaria non extinguitur per deportationem ejus, cui facta est. Est enim diuersa ratio in tali substitutione; quia nō cedit in commodum ejus cui fit, sed in grauamen, nec in ea veniunt ejus bona, sed tantùm bona substituentis; quæ substituto restituenda sunt: vnde non oportuit vt irritaretur per damnationem ejus, cui facta est: substitutio autem Pupillaris est in fauorem, & vtilitatem pupilli, vt habeat hęredem, & ideo meritò per ejus damnationem irritatur.

Licèt autem etiam per minimam 752
capitis diminutionem (qualis est, quæ fit cùm quis alteri datur in arrogationem) Pupillaris substitutio finiatur, vt dictum est, & in specie colligitur *ex l. Nec ei permittitur, §. Eorum,* ibi: *Ne sit in potestate tutorum substitutionem à parente factam extinguere, ff. de Adoptionib.* attamen cùm talis diminutio fiat in fauorem pupilli, qui arrogatur, jure consti-

titutum est, vt per eam non tollatur effectus substitutionis Pupillaris antea factæ, vt constat per text. *in d. §. Eorum*, & duabus *ll. seqq.* vbi constituitur, vt arrogans satisdet, quòd finita arrogatione per mortem impuberis, restituet ejus bona ijs personis, ad quas peruenire debent, nempe substitutis, vel alijs hæredibus: & si talis satisdatio prætermissa fuerit, habeant ijdem vtilem actionem aduersus arrogantem. Vnde licèt mortuo pupillo in potestate arrogatoris, non possit substitutus petere ejus bona ex Pupillari, eoquòd fuerit finita, attamen potest illa petere per actionem ex stipulatu prouenientem ex illa satisdatione, si præstita fuit: vel per vtilem actionem ex lege prouenientem, si satisdatio omissa sit. Ita declarat Leon. *supra, num.* 265. estque communis cæterorum sententia. Si autem impubes exeat de potestate arrogatoris, & fiat sui juris, reuiuiscet de jure Prætorio Pupillaris ei ante arrogationem facta, ut tradidimus §. 6. *num.* 543. vnde moriente postea impubere intra ætatem pupillarem, succedet substitutus, ex ipsa substitutione, vt patet.

Sextò & vltimò constat, extingui Pu-
753 pillarem, si impuberi, cui illa facta est, aliquis filius nascatur; quòd naturaliter euenire potest, & jam aliquando euenit, vt multi DD. affirmant, supplente malitia ætatis defectum. Tradunt hanc conclusionem Barthol. *in d. l. In pupillari, num.* 8. *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. Imol. Raphael, Alex. Jas. & alij Bald. *in l. Ex facto, in princip. ff. eod.* & ibi Castr Imol. Ripa *num.* 24. & alij Bald. *in l. Humanitatis, sub num.* 32. *vers. Quarta differentia, Cod. de Impuber. & alijs substit.* & ibi Fulgos. *circa fin.* Alex. *num.* 6. & Corn. *col.* 5. *In suis tract. de Substitut. vbi de Pupillari*, Bald. *num.* 40. Barth. de Hucio, *num.* 29. & Leon. *num.* 300. *& seq.* Mantica plures referens *lib.* 5. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 12. *num.* 4. Trentacinq. *de Substitut. p.* 2. *cap.* 19. *num.* 3. *vers. Septimò* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 98. & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 136. *num.* 1. Probatur argum. *d. l. Ex facto, in princip.* vbi Exemplaris, quæ ad similitudinem Pupillaris introducta est, finitur, si is, cui facta est, filium suscipiat.

Vtrùm verò Pupillaris in hoc casu expiret, eoquod rupta fuerit natiuitate filij, 754
juxta dispositionem juris, quo testamentum patris rumpitur agnatione posthumi præteriti, *l.* 2. *Cod. de Bonor. possess. contra tabul. l.* 1. *&* 2 *Cod. de Posthum. hæred. instit.* Vel potiùs ex eo quòd intelligatur facta sub tacita conditione, *Si impubes sine liberis decesserit?* magna inter DD. est controuersia. In qua in vtramque partem non leues sunt rationes, quas latè discutit Mantica *supra à num.* 8. & Socin. *in l. Cum auus, num.* 24. *ff. de Condit. & dem.* apud quos, quia vix vnquam casus occurret, videndas omitto. Illud tamen aduerto, quòd tenendo dictam substitutionem expirare ex conjectura voluntatis, eoquòd intelligatur facta sub conditione, *Si sine liberis*, juxta *d. l Cum auus*, sequitur eam non extingui per natiuitatem posthumi, sed tunc demum, si impubes relictis filijs decesserit, *l. Ex facto, §. penult. ff. Ad Trebel.*

Prædicta conclusio intelligitur de filio 755
legitimo, idest nato ex legitimo matrimonio, quod juxta jus Canonicum etiam ab impubere potest contrahi, malitiâ defectum ætatis supplente; non verò de illegitimo, seu naturali tantùm, vt cùm Baldo, Alex. Aret. & alijs declarant Mántica *supra num.* 5. Trentacinq. *d. cap.* 19. *prope finem*, & Fusar. *d. q.* 136. *num.* 10. Quia de jure communi filij naturales tantùm, nunquam admittuntur contra testamentum, vt probatur, ex *l. vltim. ff. de Natural. liber.* In Lusitania verò id fallit in filijs naturalibus hominis plebeij, vt per *Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 92. *in princip. & §.* 2. Quasdam alias declarationes affert Fusar. *d. q.* 136. quæ vel inutiles, vel leuioris sunt momenti, quàm vt in eis immorandum sit. Et hæc pro Pupillari substitutione abunde sufficiant.

SEC-

SECTIO IV.

De substitutione Exemplari.

SVMMARIVM.

EXemplaris substitutio ad exemplum Pupillaris introducta est, & inde Exemplaris dicitur; num. 756.

Quo ordine de illa in præsenti agendum? ibid.

EXemplaris substitutio est valde affinis Pupillari; ad cujus similitudinem, & exemplum introducta est, vnde Exemplaris dicitur, *l. Ex facto, in princ. ff. de Vulgari, l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & aliis substit. §. Qua ratione, Instit. de Pupil.* Idcirco post excussam Pupillarem, peropportunè venit statim excutienda ipsa Exemplaris: cujus tota materia hoc ordine digerenda est. Primò dicemus, quid, & quotuplex sit Exemplaris substitutio? Deinde cui, & à quo fieri possit? Tertiò, quinam possint per eam substitui? Quartò, quos habeat effectus? Vltimò quando finiatur? Sub quibus capitibus alia etiam minùs principalia continentur; quæ suis locis tradenda sunt.

§. 1. *Quid, & quotuplex sit Exemplaris substitutio?*

SUMMARIUM.

TRaditur optima definitio substitutionis Exemplaris; num. 757.

Exemplaris substitutio diuiditur in Expressam, Tacitam, & Mistam, & explicatur primum membrum; quod subdiuiditur in Exemplarem Expressam verbis specialibus, & Expressam verbis generalibus; num. 758.

Quæ sit Exemplaris Tacita? num. 759.

Sub Vulgari Expressa continetur Tacita Exemplaris; num. 760.

Præfata resolutio procedit, etiamsi is cui substitutio est facta, nondum esset mentecaptus, quando testamentum fuit conditum; num. 761.

Si testator substituat vulgariter, & per fideicommissum, non continetur Tacita Exemplaris sub illa Vulgari, quantumuis expressa; num. 762.

Sub Reciproca Vulgari facta duobus imparibus, videlicet vni sanæ mentis, & alteri furioso, non continetur Tacita Exemplaris, etiam respectu ipsius furioli; num. 763.

In casibus in quibus sub Expressa Vulgari non continetur Tacita Pupillaris, non continetur etiam Tacita Exemplaris; num. 764.

Vtrum sub Expressa Pupillari contineatur Tacita Exemplaris? Respondetur. Aut Pupillaris est cum expressione temporis ante pubertatem, & tunc aliqui negant; num. 765. Alij verò probabiliùs affirmant; num. 766. Aut est facta sine temporis limitatione: & tunc conueniunt DD. contineri ibi Exemplarem, siue Tacitam, vt quidam volunt: siue Expressam, vt alij probabiliùs sentiunt; num. 767.

Vtrùm Exemplaris Tacita comprehensa sub Expressa Pupillari habeat locum quando impubes non erat furiosus tempore testamenti, sed post mortem patris in amentiam incidit? num. 768.

Quæ sit Exemplaris Mista, seu partim Expressa, & partim Tacita? num. 769.

Exemplaris Expressa in vnum casum extenditur ad casus non expressos, & vt talis extensio fiat, satis est quòd casus tacitus eueniat post testamentum factum; num. 770.

Quibus verbis fiat substitutio Exemplaris? num. 771. remissiuè.

HVjus substitutionis quidditas variis definitionibus à diuersis Authoribus explicatur: quæ tamen omnes in idem recidunt, solùmque differunt in eo quod quædam aptiùs & distinctiùs, quædam minùs aptè naturam, & proprietatem hujus substitutionis declarant. Igi- 757

tur alijs omissis, quæ apud Polit. Zas. Leon. Trentacinq. & alios in hac materia, videri possunt, illa nobis videtur optima, quam tradidimus *sect. 1. hujus disp. num.* 14. quæ sic habet. *Est substitutio directa, qua pater, vel mater, vel alius ascendens, juxta sui gradus prærogatiuam hæredem instituit suo descendenti laborantem aliquo naturali, & perpetuo impedimento, propter quod testari non potest, vt furioso, mentecapto, surdo, & muto à natiuitate.* Quæ definitio seu potiùs descriptio, sumpta est *ex d. Ex facto, ff. de Vulgari, d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substit. & d. §. Qua ratione, Inst. de Pupillari*; in quibus duntaxat locis juris Ciuilis de hac substitutione agitur, vt Leon. *in suo tract. de hac materia* aduertit.

758 Diuiditur etiam hęc substitutio in Expressam, Tacitam, & Mistam, ideſt, partim Expressam, & partim Tacitam. Expressa est, quæ verbis testatoris exprimitur: & hęc, vel est Expressa verbis specialibus, vel tantùm generalibus. Expressa verbis specialibus est, quæ fit verbis exprimentibus propriam, & specificam differentiam hujus substitutionis, vt quando testator diceret; *Si filius meus in furore decesserit, sit ei hæres Titius*; vel, *si filius meus decesserit durante furore, vel alio impedimento naturali, ex quo testari non possit, substituo ei Titium.* Expressa verbis generalibus est, cùm solùm exprimitur genus, sub quo species Exemplaris comprehenditur, vt quando testator habens filium furiosum diceret; *Instituo filium meum, & substituo illi Titium*, quæ satis ex ipsis terminis, atque ex dictis in simili de Vulgari, & Pupillari aperta sunt.

759 Exemplaris Tacita est, quæ non ex verbis, sed ex pręsumpta voluntate testatoris colligitur, vt si in Expressa Vulgari, vel Pupillari contineatur. Quare duplex in præsenti est quæstio: prima vtrùm reuerà contineatur in Vulgari Expressa? Secunda, vtrùm in Expressa Pupillari? Vtrique facilè satisfiet.

760 Ad primam resolutiuè dicendum, sub Expressa Vulgari contineri Tacitam Exẽplarem. Ita Barth. *in d. l. Ex facto, numer.* 32. *& seq. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 77. Salic. *in d. l. Humanitatis, col. aut epen. vers. Quæro quinto, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Bald. *tract. de Substit. rubr. de Exemplari, num.* 13. Polit. *de Substitut. vbi de Exemplari, numer.* 3. Zas. *tract. etiam de Substitut. cap.* 3. *num.* 8. Leon. *de Substitution. vbi de Exemplari, num.* 10. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 6. *num.* 5. *de Testament.* Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 41. *num.* 2. Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 2. *sub num.* 4. & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 29. *num.* 1. estque communissima DD. sẽtentia, cui vix vnus, aut alter contradicit. Fundamentum est, quia ex præsumpta voluntate testatoris sub Expressa substitutione Vulgari comprehenditur Pupillaris Tacita, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari:* eadem autem est ratio, vt etiam comprehendatur Tacita Exemplaris, quæ ad similitudinem Pupillaris pari de causa introducta est, *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs substit.* Nec obstat quòd vulgò dicitur, duo specialia non debere simul concurrere, vt per *l.* 1. *Cod. de Dotis promiss.* Nam hoc intelligitur, quando specialia ex eodem fonte originem traherent: non autem quando ex diuersis, vt in præsenti, siquidem Pupillaris habet locum ratione ætatis: Exemplaris autem ratione amentiæ, vel alterius impedimenti naturalis. Præterea hæc specialia nunquam possunt simul cõcurrere; quia dum habet locum Pupillaris, cessat Exemplaris, argum. *l. Qui habet, ff. de Tutel.*

Hæc resolutio ampliatur vt procedat, 761
etiamsi is, cui substitutio est facta, nondum esset mentecaptus quando testamẽtum fuit conditum, sed postea in amentiam incidit. Sic Ripa *in d. l. Ex facto, numer.* 77. Polit. Zas. Leon. Trentacinq. *vbi supra*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 11. Menoch. *d. præsumpt.* 41. *num.* 9. & cum alijs Fusar. *d. q.* 29. *num.* 4. Ratio est, quia Tacita Exemplaris comprehenditur sub Expres-

pressa Vulgari; quia præsumitur, quòd pater si cogitasset filium esse decessurum in furore illi exemplariter substitueret: talis autem præsumptio non solùm habet locum, si filius jam esset amens, quando testamentum conditum fuit, sed etiam si postea in amentiam incideret. Vnde nó refert, quod aliqui in contrarium considerant, scilicet admittendum non esse, quòd pater tristem filij casum cogitauerit; & sic non debere præsumi, quòd ei substituerit in casum, quo postea in amentiam incideret, atque in ea decederet. Hoc, inquam, non refert, quia sententia tradita non fundatur in eo quod pater talem casum cogitauerit, sed in eo quòd, si illum cogitaret, uerosimiliter filio exemplariter substituisset. Accedit, quòd quando agitur de prouidendo alicui, etiam casus tristis considerabilis est, *l. Generaliter, §. Si homini libero, ff. de Fideicommiss. liber. l. Placet, ff. de Liber. & posth.* Hæc igitur sententia est tenenda, licèt contraria magis placuerit. Barth. *supra, d. num.* 23. quem aliqui sequuntur apud Trentacinq. & Fusar. *loco citat.*

762 Limitatur autem prædicta resolutio principalis primò, nisi testator post aditam hæreditatem expressè substituisset per Fideicommissariam. Nam tunc non continetur Tacita Exemplaris sub Expressa Vulgari, Ita Ruin. *consil.* 102. *fine.* 2. Mantic. *d. tit.* 16. *num.* 12. Menoch. *d. præsumpt.* 41. *num.* 12. & Fusar *sup. num.* 6. Ratio est, quia Expressa prouisio testatoris facit cessare Tacitam prouisionem legis, *l. Cum ex filio, §.* 1. *ff. de Vulgari, l. vlt. Cod. de Pact. conuent.* quæ regula non solùm procedit quando tacitum & expressum est circa idem, vt in ciuitatis juribus, sed etiam quando est expressum circa diuersum, vt probat text. *in l. Maritus, Cod. de Procurat.* & notat Ruin. & Menoch. *supra.*

763 Limitatur secundò, nisi testator reciprocè substituisset duobus imparibus, videlicet vni sanæ mentis, & alteri furioso: quia cùm Exemplaris non possit habere locum in mentis compote, neutri facta esse intelligitur, ne detur inæqualitas, vt per *l. Iam hoc jure, vers. Quod si alter, ff. de Vulgari*, vbi propter vitandam inæqualitatem, quando Reciproca facta est duobus imparibus, quorum alteri non potest pupillarite substitui, neutri censetur facta Pupill. s Tacita. Et ita docent Barthol. *in d.l. Ex facto, num.* 25. *ff. de Vulgari* Mantica *d. tit.* 16. *num.* 13. Menoch. *supra, numer.* 14. & Fusar. *d. q.* 29. *numer.* 7.

Aliæ limitationes colligi possunt ex ijs 764
casibus, in quibus Tacita Pupillaris non continetur sub Expressa Vulgari, vt bene aduertunt Menoch. & Fusar. *sup.* siquidem Exemplaris Pupillarem imitatur, eisdéque legibus regulari solet. Casus autem in quibus Tacita Pupillaris non continetur, tradidimus *supra sect.* 2. §. 22. *ex num.* 355.

In secunda quæstione, an scilicet Taci- 765
ta Exemplaris contineatur sub Expressa Pupillari? Duo casus à DD. distinguuntur. Primus est, quando Pupillaris facta est cum expressa limitatione temporis, vt, *Si filius meus decedat ante pubertatẽ*, & in hoc casu tenet Barth. *in d.l. Ex facto, num.* 25. non contineri Tacitam Exẽplarem; quam sententiam sequuntur Alex. & Jas. *ibid.* Bald. *in d. l. Humanitatis, Cod de Impuber. & alijs substitut.* Imola *in c. Raynutius, in materia Exemplaris, de Testament.* Lyon. *de Substit. in materia Exemplaris, num.* 14. & cæteri communiter, vt Ripa, & Trentac. *infra citandi* affirmant. Fundamentum Bartholi est, quia in hoc casu non habet locum Exemplaris ante pubertatem, cùm pro tali tempore duret Pupillaris Expressa, qua stante cessat Exemplaris: neque etiam post pubertatem, cùm testator substitutionem restrinxerit ad tempus ante pubertatem, & sic vltra illud tempus non valeat, *l. Si ita quis, & d. l. Ex facto, §. Item quæro, ff. de Vulgari.*

Contrarium nihilominus tenent meri- 766
tò Ripa *in d.l. Ex facto, num.* 78. Couar. *in cap. Raynutius. §.* 5. *num* 5. *vers. Decimò accedit, de Testament.* Polit *de Substitut. rubr. de Exemplari, sub numer.* 3. Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.*

tit.16. num.26. Trentacinq *de Subst. p.3.cap.2.sub num.5.* & cum alijs Menoch. *de Præsumpt.lib.4.præsumpt.42. numer.9.* Ratio est, quia Pupillaris Expressa inducit Vulgarem Tacitam durantem vltra tempus pubertatis, si pupillus non adita hæreditate post pubertatem decedat, vt cum veriori sententia ex professo tradidimus *sect.2. hujus disp. §.26. num. 428. & seqq.* Eadem autem est ratio, imò fortior, vt Exemplaris Tacita per Pupillarem Expressam inducatur post pubertatem; cùm Exemplaris non sit contraria Pupillari, vt est Vulgaris, sed potiùs valde similis, & in habentibus symbolum, ideſt, similitudinem, facilior sit transitus, *l. In rem, §. Item quæcumque, ff. de Reiuend. & l. Si acceptilatum, ff. de Acceptil.* Neque obstat, quòd Pupillaris sit facta cum restrictione ad tempus ante pubertatem: quia illa restrictio inest tacitè & ex natura rei substitutioni Pupillari, & sic ejus expressio nihil operatur; solumque intelligitur appositа, causâ demonstrationis, & non ad restringendam Exemplarem, aut Vulgarem Tacitam ibi comprehensam. Accedit, quòd Tacita Exemplaris non subintelligitur ex significatione verborum, sed ex interpretatione voluntatis defuncti, vt censeatur in hunc casum substituisse, sicut de Tacita Vulgari, & Tacita Pupillari suis locis dictum est, & notat ad præsens institutum Mantica *vbi supra.*

767 Secundus casus est, quando Pupillaris est facta absque temporis limitatione, vt cùm pater impuberi substituisset dicendo; *Filio meo Titius hæres esto.* In hoc casu docet Barth. *d.n.25.* sub ea Pupillari cõtineri Tacitam Exemplarem locum habituram post pubertatem: quam sententiam sequuntur Alex. Jas. & multi alij *in d.l. Ex facto,* Rald. *in d.l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs subst.* & ibi Salic. *num.38.* Alberic. *in l. Precibus, num.82. C. eod.* Menoch. *d. præsumpt.42. num.4.* Trentac. *de Subst.p.3.c.2.sub n. 5. vers. Secundus casus,* & esse communem sententiam testantur Ripa *in d. l. ex facto, n. 78. & ibi* Alciat *n.70. in fine.* Fundamentum est, quia cùm testator non limitauerit tempus, præsumendum est ejus voluntatem fuisse, vt quando substitutio jam non posset valere ut Pupillaris, eoquod esset lapsum tempus pupillare, sustineretur & valeret vt Exemplaris post tale tẽpus. Hanc tamen sententiam, quatenus dicit in illa substitutione consignari Tacitam Exemplarem, & non potiùs Exemplarem Expressam, improbant meritò Ripa, & Alciat. *loco proximè cit.* Polit. *de Substitut. rubr. de Exemplari, sub n.3.* Leon. *de Subst. in materia Exemplaris, n. 15.* & Mantica *d. tit. 16. sub n. 15. & n. 16.* Vbi alios idem tenentes adducit: nam prædicta verba non solùm conueniunt Pupillari substitutioni, sed etiam Exemplari, & exprimunt reverà genus, sub quo Exemplaris cõtinetur, vt liquidò constat: quoties autem exprimitur genus alicujus substitutionis, talis substitutio est expressa verbis generalibus: Ergo talis censenda est Exemplaris, quæ in prædicto casu continetur: & ita sentiunt DD. proximè citati, licèt non omnes eodem modo loquantur: quorum aliqui prædictam substitutionem Compendiosam appellant, continentem scilicet Pupillarem, & Exemplarem verbis generalibus expressam.

Vtrum Exemplaris Tacita comprehensa sub Expressa Pupillari, habeat locum quando impubes non erat furiosus tempore testamenti, sed post mortem patris in amentiam incidit? Respondet affirmatiuè Menoch. *d. præsumpt.42.n.10.* post Alberic *in d.l. Precibus, n. 82.* si modo talis impubes in amentiam incidit ante pubertatem: secùs autem si post pubertatem. Quæ resolutio quoad priorem partẽ satis constat ex dictis *n. 761.* circa Tacitã Exemplarem cõtentam sub Expressa Vulgari. Quoad secundam verò partem non satis mihi probatur; quia cùm Exemplaris non restringatur ad tempus ante pubertatem, non video cur illa tacita locum habere nequeat in incidente in amentiam post pubertatem, si semel admittimus, nõ oportere quòd sit furiosus tempore testamenti. 768

Exemplaris partim Expressa, & partim Tacita 769

Tacita est, cùm facta est expressè in vnũ casum, & extenditur ad alium non expressum. Vt hoc intelligatur supponendum est ex infra dicendis, Exemplarem substitutionem non solùm posse fieri furioso, sed etiam surdo, & muto, aut simile morbum naturalem habenti, ex quo testari non possit. Igitur si pater filio substituat expressè in casum, quo decedat furiosus, talis substitutio est Exemplaris Tacita in casum quo filius, recuperata mente, decedat mutus & surdus, & ita est partim Expressa, nempe quoad casum furoris, & partim Tacita, nempe quoad casum mutitatis.

770 Quod autem Exemplaris Expressa in vnum casum extendatur ad non expressos, tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 28. Bald. *in d. l. Humanitatis, numer.* 65. *Cod. de Impuber. & alijs substit.* Ripa *in d. l. Ex facto* dicens esse communem sententiam, Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 10. Trentacinq plures referens *d. p* 3 *de Substit. cap.* 2. *num.* 6. & alij communiter. Ratio est primò, quia in substitutionibus fit largissima interpretatio, vt per Glos. & DD. *in l. Gallus, §. Et quid si tantùm ff. de Liber. & posthum.* Vnde Vulgaris Expressa in vnum casum extenditur ad alium, *d. §. Et quid si tantùm, & l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & l. vltim. Cod. de Instit. & substit.* & diximus latè *supra, sect.* 2. §. 14. Eadem autem est ratio de Exemplari. Secundò quia expressa prouisio testatoris in vnum casum porrigitur ad alium, in quo testator, si cogitasset idem dipoluisset, *l. Lucius, §. Lucius,* & ibi Barth. & alij, *ff. de Liber. & posthum.* In presenti autem testator idem verosimiliter in casu tacito disposuisset si de eo cogitasset, vt nemo diffitebitur: ergo, &c. Ex qua secunda ratione concludit etiam, & bene Mantica *supra,* aduersùs Salic. vt Exemplaris Expressa in vnum casum, v.c. furoris, extendatur ad non expressum, v.c. mutitatis, non oportere quòd filius tempore testamenti vtroque morbo laboret, sed satis esse quòd postea incidat in morbum non expressum; cùm verosimile sit, quòd testator, si de illo cogitasset, idem disposuisset, quod in casu expresso.

Ex dictis facilè colliges, quibus verbis 771
Exemplaris substitutio fieri possit, factaque esse intelligatur; & ideo hac in re immorandum non puto; siquis tamen plura desideret consulat Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 49. vbi non paucos circa hoc proponit, ac resoluit casus. Videatur etiam Prętis *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dub.* 1. *solut.* 7. *num.* 19. vbi copiosè tractat de verbis, ex quibus cognoscitur facta esse Exemplaris.

§. 2. *Cui possit fieri Exemplaris substitutio?*

SVMMARIVM.

EXemplaris substitutio fieri potest filijs, & alijs descendentibus vtriusque sexus. Quod ampliatur, 1. *etiamsi non sint in potestate substituentis:* 2. *etiamsi non sint naturales & legitimi, sed tantùm legitimi (vt per arrogationem) vel legitimati; numer.* 772.

Vtrum filijs naturalibus non legitimis neque legitimatis possit pater exemplariter substituere? Quidam negant; numer. 773. *Alij affirmant; num.* 774. *Prima sententia præfertur, præterquã vbi filijs naturalibus debetur legitima ex bonis patris, vt in Lusitania, quando pater est plebeius; num.* 775.

Filijs etiam spurijs potest mater exemplariter substituere, nisi sit illustris, vel eos habuerit ex coitu punibili per leges; num. 776.

Exemplaris substitutio solùm potest fieri laborantibus aliquo naturali, & perpetuo defectu, ratione cujus testari non possint; num. 777.

Exemplaris substitutio fieri potest filio mente capto, vel furioso; & qui dicatur furiosus? ibid. Vtrùm etiam possit fieri fatuo? num. 779. *Si filius ita sit fa-*

fatuus, vt prudentium arbitrio non sit capax peccandi mortaliter, potest ei exemplariter substitui; num.779.

Exemplaris substitutio non potest fieri habenti lucida interualla; neque phrenetico, neque mentecapto, qui antequam incideret in amentiam validum testamentum fecit; num.780.

Exemplaris substitutio potest fieri surdo, & muto à natiuitate, item ei qui non à natiuitate, sed postea in eam infirmitatem incidit, si scribere nesciat; numer. 781.

Vtrum prodigo, cui bonis interdictum est, possit fieri Exemplaris? Negant aliqui; num.782. Alij verò melius affirmant; num. 783.

Exemplaris substitutio non solùm potest fieri puberibus (de quo nulla prorsus est dubitatio) sed etiam impuberibus, præsertim si sint constituti extra patriam potestatem; num.784.

Vtrùm pater possit substituere exemplariter impuberi existenti sub ejus potestate? Negant magis communiter DD. num.785. & seqq. Addunt tamen hi DD. quòd talis substitutio si fuerit facta absque limitatione temporis, valebit vt Pupillaris ante pubertatem, & vt Exemplaris post pubertatem: si autem fuerit facta cum temporis limitatione, solùm valebit vt Pupillaris intra ætatem pupillarem; num. 787. Alij verò simpliciter affirmant, patrem posse substituere exemplariter impuberi furioso existenti in potestate; num.788. & seq. Hæc secunda sententia præfertur, & soluuntur fundamenta contrariæ; num.792.

Mater potest substituere exemplariter impuberi furioso existenti in potestate patris, nolente patre ei substituere; numer.790.

Fortè impuberi furioso non potest substitui pupillariter; num.791. Sed tamen contrarium est tenendum; 792.

Si impuberi furioso facta sit per patrem substitutio simpliciter, non exprimendo magis casum Exemplaris, quàm Pupillaris, talis substitutio potiùs censebitur Pupillaris, quàm Exemplaris; num.793.

Si impuberi furioso facta sit Exemplaris Expressa, & ille ante pubertatem sanæ mentis reddatur, expirabit ipsa Exemplaris, & succedet Pupillaris Tacita in illa contenta; num.794.

PRima regula hac in re est, Exemplarem substitutionem fieri posse filijs, & alijs descendentibus vtriusque sexus, *d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substit. §. Qua ratione, Inst. de Pupillari.* Hæc regula ampliatur primò, vt locũ habeat etiam in liberis, qui non sunt in potestate substituentis. Nam mater filios non habet in potestate, & tamen illis potest exemplariter substituere, vt constat ex *d. l. Humanitatis*, ibi: *Parentibus indulgemus*, & tenent omnes. Vnde etiam filio emancipato substitui potest exẽplariter, vt notant Ripa *in d. l. Ex facto, num. 64.* Cephal. *consil. 689. num. 32.* Odd. *de Substit. in prælud. de Compend. p. 4. q. 4. num. 2.* Anton. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 6. num. 6.* & cum alijs Fusar. *de Substit. q. 183. num. 4.* Ampliatur secundò, vt etiam locum habeat in filijs legitimis, qui naturales non sunt, vt in arrogatis, seu adoptiuis adoptione perfecta, vt tenet & declarat Leon. *de Substit. in materia Exemplaris, num. 27.* cùm his possit fieri Pupillaris, ad cujus exemplum introducta fuit Exemplaris. Ampliatur tertiò, vt locum etiam habeat in legitimatis, vt notat idem Leon. *num. 26.* & Fusar. *d. q. 183. num. 11.* cum Gallo, quem refert, quòd his etiam possit substitui pupillariter, vt suo loco vidimus. 772

Vtrùm verò filijs naturalibus non legitimis, neq; legitimatis, possit pater exemplariter substituere? Quæstio est satis controuersa. In qua partem negatiuam tenent Angel. *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, & ibi Aretin. Imola, Cuman. Alex. Jas. & Ripa, Aretin. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Jas. Polit. *tract. de Substit. rubr. de Exemplari, num. 13*, Zas. *tract. de Substit. cap. 3. n. 4.* Menchac. *de Success. pro-* 773

progress. lib. 2. §. 17. num. 10. & seq. Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 2. dub. 1. solut. 7. num.* 10. Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 6. num.* 6. Trentacinq. *de substitut. p. 3. cap. 4. prope finem*, & cum alijs Fusar. *de Substit. q. 183. num. 5.* atque hæc est communis sententia, vt fere omnes proximè citati affirmant, cujus præcipuum, & capitale fundamentum sumitur ex *d. l. Humanitatis*, vbi tantummodo indulgetur, vt parentes possint substituere exemplariter filijs mentecaptis, quibus legitima debetur: vnde cùm filijs tantùm naturalibus non debeatur legitima ex bonis patris, secundùm jus commune, vt per *l. Vxorem, §. Pater naturalis, ff. de Leg. 3.* fit vt pater talibus filijs non possit exemplariter substituere.

774 Contrariam tamen sententiam magis probant Barth. *in d. l Ex facto, num. 6.* & & ibi Salic. & Hieron. Verius, Bald. *in d. l. Humanitatis, num* 44 & ibi Salic. Curt. jun. *num.* 13. Corn. *num. 9.* Coras. *num. 7.* & Dec. *num* 7 Leon. *de Substit. in materia Exemplaris, num.* 33. Fumeus *de Exēplari substit. num.* 65. & alij apud Fusar. *supra num. 6.* Ducuntur primò, quia sola ratio humanitatis, & pietatis fuit causa, vt parentibus concederetur, quòd possent substituere exemplariter filijs mentecaptis, vt patet ex *d. l. Humanitatis*, ibi: *Humanitatis intuitu*, &c. hæc autem ratio militat etiam respectu filiorum naturalium, cùm fundetur in ipsa natura, quæ æqualiter se habet ad omnes filios. Secundò, quia concessio substituendi exemplariter pariformiter facta fuit tam patri, quàm matri, vt constat ex *d. l. Humanitatis:* sed mater etiam filijs naturalibus potest exemplariter substituere, vt infra explicandum est, & omnes communiter admittunt: ergo etiam pater. Neque obstat quòd *in d. l. Humanitatis*, solùm dicitur quod parentes possint substituere exemplariter filijs, quibus legitima debetur, quales respectu patris non sunt naturales illegitimi. Quia respondetur, ibi nō dici, quòd illis tantùm filijs possint parētes facere Exemplarem substitutionem, sed solùm, quòd liceat parētibus filijs mētecaptis exemplariter substituere, portione legitima eis relicta: quæ vltima verba rectè accipiuntur conditionaliter, idest, si ea portio eis debita sit; neq; oportet quod intelligantur appositа causâ restringendi concessionem ad solos filios, quibus legitima debetur, sed tantùm vt caueatur, ne testamentum per querelam inofficiosi expugnari possit, si legitima illis debeatur; vt satis patet ex ipso textu *d. l. Humanitatis*, ibi: *Vt occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum Pupillaris, querela nulla contra testamentum oriatur.* Vnde si filij tales sint, quibus legitima non debeatur, inde non sequitur, quòd pater nequeat eis substituere exemplariter. Qua ratione licèt *in l. 2. in princ. ff. de Vulgari*, dicatur, ita demū posse pupillariter substitui liberis, si hæredes instituti sint, vel exhæredati, talis conditio solùm postulatur in filijs, qui ex causa præteritionis possunt rumpere testamentum, & non tollitur quominus Pupillaris substitutio fieri possit liberis præteritis, si tales sint qui testamentum non rumpant, vt cum Barth. & communi vidimus *sect. præced. §. 7. numer. 556.*

Difficile sane est inter has sententias 775
judicium ferre: at cùm prima sit communis maius videtur habere ponderis, & ideo cùm ea transeundum est: eâ igitur retentâ, ad primum fundamentum contrarię respondetur, licèt ratio humanitatis fuerit principalis causa concedendi parentibus facultatem substituendi exemplariter filijs mentecaptis; attamen fuisse etiam habitum respectum ad legitimam ipsis filijs debitam, cùm negari non possit conformius rationi esse, vt illi parenti, in cujus bonis filius habet legitimam dicta facultas concederetur, quàm ei, qui legitimam filio non debet. Ad secundum respondetur pariformitatem illius concessionis cōsistere in eo, vt tam patri, quàm matri liceat exemplariter substituere filijs, quibus legitimam debet. Vnde etiam mater dicta facultate non gaudet, nisi respectu filiorū, quibus legitima ex ejus bonis debetur, vt infra explicabimus. Et quod de

patre dictum est respectu filiorum naturalium, intelligendum est vbi seruatur jus commune, ex quo talibus liberis legitima non debetur ex bonis patris; non autem vbi lege, vel statuto contrarium habetur, vt in Lusitania, vbi filij naturales hominis plebeij succedunt patri, sicut legitimi, etiam legitimis existentibus, vt per *Ordin. Reg. lib. 4. tit. 92. in princ.*

776 Circa filios autem naturales respectu matris, conueniunt DD. posse illis per matrem exemplariter substitui, vt videre est apud Politum, Zasium, Anton. Gom. Prætis, Trentacinq. & Fusar. *locis supra citat.* qui plures alios referunt, quia filij naturales succedunt matri, sicut legitimi, & simul cum legitimis nec tantùm merè naturales, sed etiam spurijs ideſt, vulgo concepti, vt *per l. Si suspecta, §. 1. ff. de Inoffic. testam. l. 1. §. 1. ff. Ad Tertul. & §. Nouissimè, Inst. Ad Orfician.* Vnde etiam spurijs potest mater substituere exemplariter, vt aduertunt Polit. Zas. Trentacinq. Fusar. & alij. Non procedit autem hęc resolutio in matre illustri: nam filijs matris illustris vulgo conceptis nulla legitima in ejus bonis debetur, *l. Si qua illustris, Cod. Ad Orfician.* Non procedit etiam in filijs spurijs natis ex coitu damnato, seu punibili per leges; quia eis non debetur legitima ex bonis maternis, *Auth. Ex complexu, & in corpore vnde sumpta est, Cod. de Incest. nupt.* Vtramque limitationem tradunt DD. proximè citat.

777 Secunda regula est, Exemplarem substitutionem solùm posse fieri laborantibus aliquo naturali, & perpetuo defectu, ratione cujus testari non possint: patet hoc ex definitione supra tradita *numer. 757.* Qui autem sint defectus locum facientes huic substitutioni, singillatim explicandum est; in primis ergo constat Exemplarem substitutionem fieri posse à parentibus filio mentecapto. Ita expressè habetur *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substitut. & in dict. §. Qua ratione, Inst. de Pupillari.* Est autem mentecaptus, idem quòd amens, seu qui sano judicio rationis caret ad operandum moraliter, & humano modo. Qui quidem si in rabiem agitur, ita vt oporteat eum vinculis teneri, ne in se, vel alios desæuiat; dicitur furiosus: si verò est innoxius, & solùm caret judicio rationis, dicitur propriè amens: & in vtroque habet locum tradita resolutio, ex omnium sententia, si vnum excipias Angelum, qui existimauit, non posse exemplariter substitui furioso: illum tamen bene refellit Trentacinq. *de Substitution. p. 3. cap. 4. numer. 1.* estque res manifesta, tum per prædicta jura, vbi sub mentecapto manifestè comprehenditur furiosus: tum per *d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, vbi fit expressa mentio Exemplaris factę furioso.

778 Si autem quæras, vtrùm etiam in fatuo locum habeat hæc substitutio? Respondet Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 6. numer. 2.* si fatuitas sit tanta, vt omnino tollat intellectum, eam sufficere ad hanc substitutionem, cùm taliter fatuus non possit testari, neque differat ab amente: secùs autem, si tanta non sit; cùm ad testandum perfectum judicium non requiratur, sed sufficiat testatorem esse vtcumque doli capacem; siquidem Minores vbi ad pubertatem perueniunt, statim possunt testari; cùm tamen plerique nondum perfectam judicij maturitatem assecuti sint. Idem ferè docent cęteri Juristæ, vt Ripa *in d. l. Ex facto numer. 82.* Menchac. *de Succeſſ. progreſs. lib. 2. §. 17. numer. 110.* Trentacinq. *de Substitut. p. 3. cap. 4. numer. 9.* Fusar. *de Substitut. q. 185. numer. 13. & seq.* multique quos refert.

779 Ego verò ita dixerim, qui ita fuerit demens, vt prudentum arbitrio non habeat judicium sufficiens ad peccandum mortaliter, huic fieri posse Exemplarem: secùs autem ei, qui mortaliter peccandi est capax: nam ad testandum omnino requiritur, & sufficit talis rationis vsus, qui ad mortaliter peccandum sufficiens sit, vt notauimus *disp. 2. sect. 1. numer. 2.* & videtur esse communis sensus. Quoties au-

autem ob defectum sanæ mentis quis testari non potest, locum in eo habet Exemplaris, si alia requisita concurrant, vt est communis sententia, quam sub his terminis relatis plurimis, tradit Prætis *d. solut. 7. num.* 8. per text. *in d. l. Ex facto, & in d. l. Humanitatis, & d. §. Qua ratione.* Et patet ratione, quia Exemplaris fuit introducta ad exemplum Pupillaris, ad supplendum defectum naturalem filij nō valentis testari, ne sine hærede instituto decederet, vt est notissimum per dicta jura. Igitur quæ judicij infirmitas perpetua sufficit, vt quis testari non possit, ea sufficit vt illi possit exemplariter substitui: & econtra, quæ non sufficit ad tollendam testandi facultatem, ea etiam insufficiens est, vt Exemplaris substitutio locum habeat.

780 Hinc fit primò, vt Exemplaris non possit fieri habenti lucida interualla, vt tradit Trentacinq. *de Substitut. p. 3. cap. vltim. num. 1. vers. Huic textui*, & cùm alijs Fusar. *d q.* 185. *num.* 7. quia licèt talis reliquis temporibus sit amens, vel furiosus, attamen tempore lucidi interualli est sui compos, & testari potest, atque adeò non est simpliciter intestabilis, quod necessarium erat ad hoc vt Exemplaris locum habere posset. Fit secundò, vt etiam non possit hæc substitutio fieri phrenetico; quia cùm is non laboret morbo perpetuo, non redditur simpliciter intestabilis, ac proinde non habet in eo locum Exemplaris: & sic tenet communis sententia, quam relatis pluribus tradunt Menchac. *lib. 2. de Succeff. progress. §. 17. num.* 108. Trentacinq. *d. cap. 4 num.* 8. & Fusar. *d q.* 185. *num.* 12. Fit tertiò, vt fieri etiam non possit dicta substitutio mentecapto, qui antequam in perpetuam amentiam incideret, validum testamentum fecerat; vt bene aduertit Leon. *de Substit. in materia Exemplaris, numer.* 36. quia superueniens amentia non infirmat testamentum antea factum, *§. Item furiosi, Inst. Quibus non est permiss. fac. testam.* Vnde cùm per tale testamentum sibi ipsi sufficienter prouiderit, cessat prorsus ratio faciendi illi Exemplarem.

Constat præterea fieri posse Exemplarem substitutionem surdo & muto à natiuitate, juxta communem sententiam, quam tenent Bartholus *in d. l. Ex facto, num.* 28. & ibi Alex. *num.* 40. Jas. *num.* 39. Ripa *num.* 80. Imola & cæteri communiter, Bald. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substit.* & ibi Salic. Paul. Castr. Coras. Dec. & Corn. Imola *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, de Testam.* & ibi Couar. *§. 6. in princip. & in suis tract. de Substitut. in materia Exemplaris*, Bald. *num.* 14. Polit. *num.* 10. & Zasius *num.* 3. Prætis *d. solut. 7. num.* 8. Anton. Gom. *d. cap. 6. num.* 3. P. Molin. *tom. 1. de Iust. disp.* 181. *in princip.* Mantica *lib. 5. de Conject. vltim. volunt. tit.* 16. *num.* 20. Trentacinq. *de Substitut. p. 3. cap. 4. num. 7.* Fusar. *de Substitut q.* 185. & alij communiter, licèt nonnulli contradicant, inter quos Menchac. *tract. Controuers. illustr. cap. 7. num* 9. sed audiendi non sunt. Fundamentum est, quia olim de licentia Principis fiebat Exemplaris tam mentecapto, quàm surdo, & muto, qui testari non poterat, vt constat *ex d. l. Ex facto*; postea verò *in d. l. Humanitatis*, indulsit Iustinianus, vt ad ejusmodi substitutionem faciendam taliter impeditis, non oporteret impetrare licentiam à Principe, sed ipso jure eam haberent eorum ascendentes; & licèt solùm expressérit, vt possent ita substituere liberis mentecaptis, nulla facta mentione de mutis; attamen cùm ratio humanitatis, qua Imperator motus est, pariter in eis militet, sicut in mentecaptis, & materia tam ipsis liberis, quàm parentibus sit fauorabilis, meritò intelligitur ad eos etiam illa indulgentia extendi. Quo argumento idem dicendum est in muto, & surdo, qui non à natiuitate, sed postea casu aliquo in eam infirmitatem incidit, si nesciat scribere; cùm is etiam testari non possit, vt per *l. Discretis, Cod. Qui testam. facer. poss.* & ita docet Anton. Gom. *supra*, estque de mente Barthol. *d. num.* 28. & aliorum, qui indistinctè asserunt, muto, & surdo testari non valenti posse exemplariter substitui. 781

782 De prodigo, cui bonis interdictum est, & sic testandi facultate priuato, maior est difficultas, an ei possit exemplariter substitui? In qua partem negatiuam tuentur Guilliel. de Cun. apud Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 28. Alberic. *in rubr. de Vulgari, & Pupil. in materia Exemplaris*, Angel. *in d.l. Humanitatis*, & ibi Cynus *col* 2. Joan. Andr. *in cap. Raynutius, de Testament.* & Menchac. *tract. Controuer. illustr. cap.* 37. *num.* 8. Præcipuum fundamentum hujus opinionis est; quia prodigalitas est vitium, in quod quis incidit suâ culpâ; & sic non meretur fauorem, sed pœnam; ac sibi quisque debet imputare, quidquid incommodi eâ de causa sibi acciderit.

783 Contrarium nihilominus tenent meritò Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 28. cum Ruin. quem refert, & ibi Jas. *num.* 40. Ripa, *num.* 80. Alex. Alciat. Imola, & alij, Bald. *in l. Humanitatis, col. antepen.* & ibi Salic. Castr. Corn. Ias. Corasius, & Dec. Imola *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, de Testament.* & ibi Couar. §. 6. *in princip.* Anton. Gom. *d.cap.* 6. *num.* 4. Præt. *d. solut.* 7. *num.* 8. & *in suis tract. de Substit. in materia Exemplaris* Bald. *num.* 14. Polit. *num.* 10. Zas. *numer.* 3. Leon. *num.* 34. *fine*, Trentacinq. *p.* 3. *cap.* 4. *num.* 6. *fine*, & cum alijs Fusar. *q.* 185. *numer.* 15. estque receptissima sententia. Probatur, quia prodigalitas oritur ex naturali defectu judicij sufficientis ad rectè & ordinatè de proprijs bonis disponendum; qua de causa cùm prodigo bonis interdicitur, & testandi facultas aufertur, id non fit in pœnam alicujus culpæ, sed vt ejus bono consulatur, ne bona sua dissiper, & inordinatè de illis disponat: & sic habetur tanquam mentecaptus, qui ob judicij defectum testari non potest: proindeque locum in eo habet Exemplaris substitutio, sicut in amente, ob paritatem rationis. Nec obstat quòd in vitio prodigalitatis detur culpa; cùm non ad illam, sed ad naturalem defectum causam illi dantem respiciatur. Vnde notauit Barthol. *supra*, quod propter prodigalitatem non debet vitiari testamentum antea factum: quod secùs esset, si illa esset delictum, propter quod pœna deberet imponi circa factionem testamenti, vt per *d. l.* 1. §. *Exigit, ff. de Bonor. possess. secundùm tab. & ibi not.*

Tertia regula sit, Exemplarem substitutionem posse fieri tam puberibus, quàm impuberibus, si conditiones alioqui requisitæ concurrant. Hæc sumitur *ex d.* §. *Qua ratione, Inst. de Pupillari*, ibi: *Liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris certas personas substituere:* vbi, dictio illa, etsi, implicat vt etiam impuberibus ea substitutio possit fieri: est enim talis dictio implicatiua, *l. Tutor*, §. *Contraria, de Pignorat. act.* Glos. & omnes *in l. Sed & si lege, in princip. ff. de Petit. hæredit.* Et ita in præsenti sentiunt communiter DD. quibus immeritò refragatur Zasius *tract. de Substitut. cap.* 3. *numer.* 7. vbi videtur sentire, Exemplarem substitutionem solùm posse fieri puberi; quemadmodum Pupillaris solùm potest fieri impuberi, quod sanè est falsum: nam si impubes habens ascendentes sit mentecaptus, & ei non possit pupillariter substitui, eoquòd non sit sub patria potestate, quia est emancipatus, vel solùm habet matrem, aut alium ascendentem maternum, nulla prorsus est ratio, cur ei per tales ascendentes exemplariter substitui non possit, cùm *in d. l. Humanitatis*, simpliciter & absolutè ascendentibus indulgeatur, vt si liberos habuerint mentecaptos, Exemplarem substitutionem eis facere possint, ad similitudinem Pupillaris. Et sic, quòd impuberi constituto extra patriam potestatem possit fieri Exemplaris, receptissima sententia est, quam in specie tradunt Barth. *in d. l. Ex facto, numer.* 10. & 25. & ibi Ripa *num.* 61. vbi testatur de communi, Odd. *de Substitut. in prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 4. *num* 2. qui etiam dicit esse communem, Bald. *de Substit. tit de Exemplari, n.* 5. & 102. Polit. *de Substit. rubr. de Exemplari, num.* 12. Leon. *in materia de Exemplari, n.* 40. Trentacinq. *de Substit. p.* 3. *cap.* 4. *n.* 10. *vers. Mouentur* 784

isti,

isti, post med. Intrigl. *de Substitution. cent. 2. quæst. 9.* & Fusar. *de Substitut. q. 184. num. 3.* idemque alij infra citandi tanquam indubitatum admittunt, vel supponunt.

785 An verò etiam impuberi existenti sub potestate patris possit ipse pater exemplariter substituere? Grauis est difficultas. In qua duplex est principalis sententia: prima negatiua, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, numer. 10. vers. Aut est in potestate,* & ibi Castr. Imola, Alex. Jas. Ripa, & alij communiter, Bald. *de Substitut. tit. de Exemplari, num. 5.* Imola *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, de Testament.* Barthol. de Hucio *tract. de Substitution. cap. 3. numer. 5.* Corn. *in d. l. Humanitatis, num. 10.* & ibi Coras. *num. 10.* Trentacinq. *d. cap. 4. sub numer. 10.* qui dicit hanc esse communem, & receptam scribentium sententiam, & alij. Probant primo, quia Exemplaris substitutio fuit facta intuitu humanitatis, vt per eam subueniretur mentecapto, ne decederet intestatus, seu absque hærede scripto: hæc autem ratio cessat in impubere existente sub patria potestate, cui succurri possit per Pupillarem, quam pater illi facere potest: ergo non potest pater ei substituere exemplariter. Confirmatur, quia superfluum esset concedi, vt pater tali impuberi posset facere Exemplarem, cum Pupillarem facere potuisset.

786 Secundò probant argum. tex. *in l. Qui habet, ff. de Tutel.* vbi impuberi furioso subuenitur per tutorem, & cessat interim cura furiosorum, donec ad pubertatem perueniat. Cujus rei ea est ratio, quia qualitas naturalis, qualis est pupillaris ætas, prævalet accidentali, qualis est furor, & ideo tali impuberi potiùs succurritur per tutelam quę datur ratione ætatis, quàm per curam, quæ furiosis adhibetur. Ergo similiter dum tali impuberi potest succurri per Pupillarem substitutionem, quæ fit ratione ætatis, cessare debet Exemplaris quę fit ratione furoris. Quo argumento probari etiam videtur, neque per matrem posse tali impuberi substitui exemplariter; dum per patrem sub cujus potestate existit, ei potest substitui pupillariter. Et quidem Barth., ac cæteri ferè omnes relati *num. præced.* absolutè docent impuberi existenti in potestate non posse fieri Exemplarem.

Si tamen à præfatis DD. quæras, an Exemplaris facta per patrem tali impuberi, sit aliqua ratione vtilis saltem pro tempore post pubertatem? Respondent distinguendo duos casus. Vnus est, quando talis substitutio esset facta sine limitatione temporis; vt cùm pater dixit; *Si filius meus in furore decesserit substituo illi,* &c. Et in hoc casu dicunt, talem substitutionem valere vt Pupillarem intra tempus pupillaris ætatis; & post pubertatem valere jure Exemplaris. Sic Barth. *in d. l. Ex facto, numer. 10.* & ibi Alex. Imola, Ripa, & alij Bald. *in d. l. Humanitatis, num. 64. & tract. de Substit. tit. de Exemplari, numer. 5.* Barth. de Hucio *tract. de Substit. cap. 3. num. 5.* Trentac. *d. cap 4. num. 11.* & alij supra cit. quibus accedit Ant. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 6. num. 8.* vbi alios refert. Alius casus est, quando substitutio esset facta cum limitatione temporis: vt cùm dictum fuisset; *Si filius meus decesserit in furore intra ætatem pupillarem, substituo,* &c. & tunc idem Barth. *d. num. 10.* & cæteri proximè citati, tenent valere vt Pupillarem tempore ætatis pupillaris, post pubertatem verò nullo modo valere, cùm testator restrinxerit ad tempus ante pubertatem. 787

Secunda sententia principalis ex opposito affirmat, posse per patrem substitui exemplariter impuberi furioso existenti in potestate. Hanc tenent Angel. *in d. l. Ex facto,* Salicet. *in d. l. Humanitatis,* Alberic. *in rubr. de Vulgari,* Polit. *tract. de Substit. rubr. de Exemplari, num. 12.* Leon. *de Substit. in materia Exemplaris, num. 70.* Faber *in d. §. Qua ratione, Institut. de Pupillari,* Odd. *de Substitut. in prælud. de Compend. p. 4 q. 4. numer. 2. vers. Limita secundò,* Menchac. *de Success. progress. lib. 2. §. 17. numer. 68.* Probatur, quia cùm DD. vtriusque sententiæ conueniant, 788

Exemplarem substitutionem etiam impuberibus fieri posse, idque pro regula habeatur, vt supra visum est, nullũ impuberem excipere debemus absque cogenti ratione speciali: nulla autem cogit excipere impuberem existentem in potestate. Nam ratio, qua Aduersarij mouentur, dicendo sufficienter esse prouisum tali impuberi, per hoc quòd ei potest substitui pupillariter; & sic non esse locum Exemplari, quæ solùm fuit permissa intuitu humanitatis, vt mentecapti possent decedere testati. Hæc, inquam, ratio facili negotio refellitur, & excluditur; quia Pupillaris substitutio finitur pubertate, impubes autem mentecaptus laborat defectu suâpte naturâ perpetuo, qui non terminatur pubertate; & sic non prouidetur ei sufficienter per Pupillarem, sed solùm per Exemplarem; quæ etiam post pubertatem locum habet. Ergo ipsa ratio humanitatis, qua Imperator motus est ad Exemplarem permittendam, etiam ad impuberem, cui pupillariter substitui potest, extenditur; & consequenter in illo etiam habet locum Exemplaris intuitu ipsius humanitatis concessâ.

789 Dices, in contraria sententia non negari, quòd pater habens filium impuberem furiosum potest illi substituere exemplariter in tempus post pubertatem; & sic quamuis talis substitutio locum non habeat ante pubertatem, satis ipsi furioso prouisum esse, cùm pro tempore ante pubertatem possit pater ei substituere pupillariter, & in tempus post pubertatem exemplariter. Sed contra, quia furioso, vt sic, non subuenitur, nisi per substitutionem, quæ cessante furore finiatur, vt per *d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & aliis substitut.* Si autem pater solùm potest substituere pupillariter impuberi furioso, talis substitutio non finietur cessante illius furore ante pubertatem, quamuis pater expressè dixerit, *Si filius meus decesserit antequam furor cessauerit*, &c. siquidem Pupillaris suâpte naturâ durat vsque ad pubertatem, & licèt ex voluntate testatoris intra breuius tempus finiri possit, *l. Si ita quis, & d. l. Ex facto §. Item quæro, ff. de Vulgari*; attamen finiri per cessationem furoris, etiam ex voluntate testatoris, solùm conuenit substitutioni factæ sub conditione, *Si institutus decesserit antequam furor cesset*: quæ substitutio non est Pupillaris, sed Exemplaris, vt ex ejus definitione constat. Quòd si contendas, hanc ipsam substitutionem pro tempore ante pubertatem esse Pupillarem, erit proculdubio contentio de nomine: & conuenientius dicemus, esse Exemplarem; cùm sit facta per propria & specifica verba Exemplaris substitutionis, & vt supponimus, persona substituta sit ex his, quæ per Exemplarem substitui permittuntur in *d. l. Humanitatis.*

Jam verò si pater, qui impuberem furiosum in potestate habet, nolit ei substituere, nulla ratione negari potest, quòd tunc ejus mater illi possit substituere exẽplariter, vt optimè aduertit Polit. *d. num.* 12. siquidem matri simpliciter concessum est, vt filijs mentecaptis possit hanc substitutionem facere, nec ratio humanitatis, cujus intuitu ea concessio facta est, minus in tali casu exigit, quòd mater impuberi substituat, quàm si jam esset maior; vt satis ex ipsis terminis liquet. Sed tamen hac de re vide infra § 4. *num.* 818. 79%

Quin etiam tentari posset, impuberi furioso etiam sub potestate patris existẽti, non posse fieri substitutionem Pupillarem, sed solùm Exemplarem. Quia vt notant Barth. *in l. 2. ff. de Vulgari, num.* 12. & Bald. *tract. de Substitut. rubr. de Pupillari, num.* 10. ac non semel in superioribus tradidimus, præsertim *sect. præced. §. 5. num.* 532. *& §. 20. num.* 742. Pupillaris substitutio non potest fieri pupillo, qui alia ratione est intestabilis, quam ob defectum ætatis; cùm hæc substitutio eo tantùm fine, & ratione fuerit introducta, vt ætatis defectus impuberi non noceret; quominus posset decedere testatus, vt eadem *sect. præced. §. 1. numer.* 452. declaratum est; vnde cũ impubes furiosus, non solùm ratione ætatis, sed etiam, & multò magis ratione furoris, testari non possit, planè concluditur, non posse ei substitui pupillariter. Cui argumen- 790

to

to non video quid responderi possit, nisi fortè quòd in impubere impedimentum testandi proueniens ex defectu sani judicij non censetur diuersum ab eo, quod prouenit ex defectu ætatis; cùm hæc non aliâ de causa impuberem impediat, nisi quia caret intellectu, vel omnino, vt in infantia; vel maturo & sufficienti, vt in pueritia: & propterea, qua ratione per Pupillarem succurritur impuberi ob defectum ætatis, eâdem etiam illi succurri potest ob dementiam; cùm in ea ætate, ac præsertim in pueritia, idem judicij defectus sit causa cur testari non potest. Quæ quidem responsio, licèt tolerari possit, non omnino tamen difficultatem tollit: cùm reverà valde diuersum sit, habere judicium sopitum ratione ætatis, vel illo carere ex insania.

792 Nihilominus tamen recedendum non censeo à communi omnium placito, quòd impuberi mentecapto potest per patrem substitui pupillariter. Sed tamen adhuc prædicta secunda sententia principalis, quòd pater potest tali impuberi substituere exemplariter, longè probabilior videtur, atque ex fundamento pro ea adducto satis patet responsio ad primum argumentum contrariæ. Ad secundum petitum *ex l. Qui habet, ff. de Tutel.* facilis etiam est responsio: quia in principio illius text, solùm dicitur, quòd si pupillus furere cæperit, postquam illi datus est tutor, non propterea desinet esse tutor, qui antea datus erat. Ex quo solùm potest inferri, quòd Pupillaris substitutio non peribit, licèt post eam factam pupillus incidat in furorem, quòd non est contra nostram sententiam. In secundo responso ejusdem text. habetur, quòd impuberi, & simul furioso poterit dari tutor. Ex quo ad nostrum casum solùm potest deduci, quòd tali impuberi, poterit fieri Pupillaris substitutio: quòd etiam in d. secunda sententia non negatur, cùm solùm contendat, posse patrem, si velit, substituere exemplariter tali impuberi.

793 Illud tamen juxta eundem textum in tertio responso fatendum videtur, si impuberi furioso facta sit per patrem substitutio simpliciter; non exprimendo magis casum Exemplaris, quàm Pupillaris, vt dicendo, *Tali filio meo sit hæres Titius*, eam substitutionem potiùs esse censendam Pupillarem, quàm Exemplarem; quia in tertio responso dicitur, quòd si detur curator adolescenti, eidemque furioso, intelligetur ei datus vt Minori, non autem vt furioso. Ex quo bene colligitur quòd quando per patrem esset facta substitutio simpliciter impuberi furioso, intelligetur potiùs illi facta vt impuberi, quàm vt furioso, & sic vt Pupillaris. Quòd secùs erit si specificè facta sit, vt furioso; nam tunc erit Exemplaris, neque ille textus aliud probat: & ita ponderando hunc text. tenet Leon. *in d. materia de Exemplari, num.* 170. *& seq.* vbi latiùs hanc resolutionem confirmat. At etiam in hoc casu teneas contineri ibi Expressam Exẽplarem, juxta resolutionem, quam magis probauimus *§. præcedenti, num.* 767.

Illud etiam hic addendum ex mente 794
Politi *d. rubr. de Exemplari, num.* 12. Si impuberi furioso facta sit Exemplaris Expressa, & ille ante pubertatem sanæ mentis reddatur, licèt in tali casu ipsa Exemplaris expiret, succedere tamen Pupillarem Tacitam sub illa contentam, quę effectum habebit si puer intra pupillarem ætatem decedat: quod quidem etiam est de mente Baldi, & Cephali, quos citat, & sequitur Mantica *lib. 5. de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 16. *sub numer.* 18. dum asserunt, sub Expressa Exemplari contineri Tacitam Pupillarem. Id quod ab alijs etiam traditur, vt à Menochio *de Præsumptionib. lib. 4. præsumpt.* 44. *num.* 5. & Fusar. *de Substitutionib. q.* 174. qui alios referunt.

(:)

§. 3. *Explicantur quædam alia pro personis, quibus exemplariter substitui potest.*

SUMMARIUM.

FVriosus potest exhæredari ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ; num. 795.

Vtrum furioso exhæredato possit substitui exemplariter? Prima sententia negat; num. 796. Secunda verius affirmat; num. 797.

Exemplaris substitutio facta furioso injustè exhæredato conseruatur per Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter. *num. 798.*

An etiam supposita sententia communi, quod Exemplaris non potest fieri exhæredato, valeat nihilominus talis substitutio, si furioso non relinquatur tota legitima ei debita, sed aliquid minus? Negant aliqui; num. 799. Alij tamen communiter, & verius affirmant; numer. 800.

Vtrum recasuro in alterius potestatem possit fieri Exemplaris substitutio? Respondetur negatiuè; num. 801. Quomodo hæc sententia intelligenda sit? num. 802.

Vtrum ad Exemplarem substitutionem requiratur, vt is cui fit, patiatur dementiam, vel similem morbum tempore quo fit testamentum? numer. 803. & seq.

ADhuc pro ijs, quibus Exemplaris substitutio potest fieri, nonnullæ supersunt quæstiones, quas breuiter in præsenti expediemus.

795 Prima quæstio est, vtrùm exhæredato possit exemplariter substitui? Supponit hæc quęstio, furiosum posse exhæredari; quod licèt ab aliquibus vertatur in dubium; cùm furiosus etiam ob crimen ante furorem admissum puniri non debeat, vt tenet Bald. & communis opinio, teste Polito, quanuis ipse refragetur, *tract. de Substit. rubr. de Exemplari, sub numer.* 15. nihilominus dicta suppositio communiter admittitur in furioso, qui ante furorem causam ingratitudinis admisit: quam sententiam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 19. *ff. de Vulgari*, & ibi Jas. *num.* 28. *&* 29. Alex. *num.* 32. & Ripa *num.* 72. Dec. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Polit. *d. num.* 15. Angel. Aret. *in § Qua ratione, Inst. de Pupillari*, Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, num.* 89. Menchac. *de Success. creat. lib.* 3. §. 21. *num.* 256. & Trentacinq. *de Substit. p.* 3. *cap.* 5. *num.* 1. qui dicit, hanc esse communem, & receptam scribentium sententiam, & probari *in l. de Creationibus, C. de Episcop. audiend. & in l. fin. §. Sed cum antiquitas, Cod. de Curat. furios.*

Hoc supposito, duplex in proposita 796 quęstione est sententia. Prima tenet non posse Exemplarem substitutionem fieri exhæredato. Ita Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 18. & ibi Alex. *num.* 33. Jas. *num.* 21. Ripa *num.* 71. vbi testatur de communi, Angel. Imola, & cæteri communiter, Barth. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Bald. Angel. Salicet. Fulgos. Castr. Jas. & alij communiter, Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, num.* 20. *de Testament.* Trentacinq. *de Substit. p.* 3. *cap.* 5. *num.* 2. *fine*, vbi dicit hanc esse communem, & receptam scribentium sententiam, pro qua plures refert Fusar. *de Substit. q.* 188. *num.* 1. Fundamentum sumitur *ex d. l. Humanitatis*, quatenus ibi dicitur, quod parentes possint exemplariter substituere filijs mentecaptis, portione legitima eis relicta, quę verba cùm sint posita per ablatiuum absolutum, inducunt conditionem, vt per *l. A testatrice, ff. de Condit. & demonstr.* conditio autem denotat formam, *l. Prætor, ff. de Collat. bon.* & sic quòd filius instituatur saltem in legitima, atque adeo quòd non sit exhæredatus, requiritur tanquam forma ad Exemplarem substitutionem, quæ proinde aliter valere non potest, cũ omissâ formâ, actus sit nullus, *l. Cum hi §. Si prætor, ff. de Transact.*

Se-

797 Secunda sententia, quam veriorem censeo, tenet etiam exhæredato posse exemplariter substitui. Pro hac stant Angel. Aret. *in d. §. Qua ratione, Inst. de Pupil.* Corn. *in d. l Humanitatis, num.* 8. & ibi Coras. *num.* 9. *&* 13. Curt. jun. *num.* 12. Lancellotus, Decius, & Philip. Dec. *num.* 7. Hieron. Verius *in d. l. Ex facto*, Polit. *de Substit. rubr. de Exemplari, num.* 17. *versic. Sed hoc verum*, Leon. *de Substit. in materia Exemplaris, num.* 89. *&* 108. *cum seqq.* Couar *in cap. Raynutius, §.* 6. *num.* 2. *de Testam.* & Menchac. *tract. Controuersiar. illustr. cap.* 106. *per totum.* Probatur efficaci argumento; quia Pupillaris substitutio, ad cujus imitationem introducta est Exemplaris, potest fieri exhæredato, vt tenet communis sententia, & patet per text. *in l.* 2. *in princip. vers. Sed si eos, ff. de Vulgari*, ergo etiam Exemplaris exhæredato filio potest fieri: nulla enim commoda ratio differentiæ assignari potest; adeo vt ipse Barth. contrariæ sententiæ adhærens cõpulsus fuerit confugere ad illud, quòd nõ omnium, quæ à maioribus nostris tradita sunt, ratio reddi potest, *l. Non omnium, ff. de Leg.* Quod effugium esset optimum, quando clarè per aliquam legem constitutum esset, quòd exhæredato non posset fieri Exemplaris: at hoc nulla lege cauetur: nam quæ ab ipso Barth. & cæteris Aduersarijs affertur, nempe *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs*, id reuerà non continet, neque probat, si rectè inspiciatur. Quia licèt per ablatiuum absolutum exigat, quòd relinquatur legitima illis filijs, statim in verbis sequentibus declarat, id exigi, ne testamentum per querelam inofficiosi expugnetur, vt optimè ponderat Leon. *supra*, & nos etiam satis declarauimus *§. præced. num.* 774. Vnde cùm ea querela cesset quando filius ex justa causa exhæredatur, rectè concluditur, non requiri ad Exemplarem, quòd filius instituatur in legitima, nisi quando non potest justè exhęredari.

798 Imò addit optimè Polit. *in d. rubr de Exemplari, num.* 18. Exemplarem factam filio injustè exhęredato, vel præterito, conseruari hodie per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* Pro qua sententia plures refert Odd. *in Prælua. Compend. p.* 4. *q.* 10. essęque communem dicit Jul. Clar. teste Fusar. *de Substit. q* 204. Nam cùm Pupillaris ita facta per hanc Auth. conseruetur, juxta communem sententiam de qua *sect. præced. §.* 7. *num.* 588. *& seqq.* idem in Exemplari tenendum est; cùm ad exemplum Pupillaris introducta sit: ac præterea, quia cùm Exemplaris intuitu humanitatis, atque adeo in bonum furiosorum indulta fuerit, *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs substit.* non debet intelligi denegata esse exhæredatis, vel præteritis; ne afflictis afflictio addatur contra mentem ipsius legis. Atque ex his manet solutum fundamentum primæ sententiæ.

Secunda quæstio est, an retentâ præ- 799
dicta prima sententia communi, valeat Exemplaris, etiamsi testator non relinquat filio integram legitimam, sed aliquid minus? Negant aliqui adhærendo verbis *d. l. Humanitatis*, ibi: *Legitima portione ei, veleis relicta*, quibus verbis intelligunt requiri pro forma Exemplaris, quòd integra legitima filio relinquatur. Ita sentiunt Glos. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Alex. *num.* 3. & Corn. *num.* 8 Joan. Fab. *in d. §. Qua ratione, Inst. de Pupil.* Angel. *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, & ibi: Imola, & Cuman. & Constan. Rog. *de Exemplari Substit. q.* 5. *num.* 53. *& seq.*

Nihilominus contraria sententia est 800
communis, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 20. & ibi Alex. *num.* 37. Jas. *num.* 32. *& seq.* Aretin. & Ripa *num.* 37. vbi testatur de communi, Salic. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Aretin. Castr. Ias. Curt. jun. Coras & Dec. Polit. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 18. Trentacinq *de Substitut. p.* 3. *cap.* 5. *num.* 3. Peregrin. *consil.* 51. *numer.* 13. *lib.* 4. & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 188. *numer.* 3. Fundamentum est, quia *in d. l. Humanitatis*, solùm postulatur vt filio relinquatur legitima, quantum satis est vt querela inofficiosi excludatur: talis autem

tem querela sufficienter excluditur, si filius sit institutus in aliqua parte bonorum minore, quàm legitima ei debita: tunc enim loco querelæ competit actio ad supplementum legitimæ, & non euertitur testamentum, *l. Omnimodò, & l. Scimus, Cod. de Inofficioso testam.* & ita satisfit intentioni dictæ *l. Humanitatis*, ad hoc vt Exemplaris sit valida. Confirmatur bono argumento, quod Polit. *citat.* valde commendat; quia quòd peccanti non nocet, minùs debet nocere alij: sed testari quantum ad valorem testamenti non nocet quòd peccauerit, relinquendo minus legitimâ filio, *d. l. Omnimodò:* ergo minùs debet tale peccatum nocere filio, ne valeat Exemplaris, quæ testamentum ipsius filij censetur, & ad fauorem illius spectat.

801 Tertia quæstio est, vtrùm recasuro in alterius potestatem possit fieri Exemplaris substitutio? Respondent negatiuè Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 14. *ff. de Vulgari*, & ibi DD. communiter, Bald. *tract. de Substitut. rubr. de Exemplaris, num.* 8. Barth. de Hucio *de Substit. cap.* 3. *num.* 8. Crassus *in §. Substitutio, q.* 43. vbi dicit esse communem Odd. *in Prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 3. *num.* 6. qui etiam testatur de communi, | Trentacinq. *d. p.* 3. *cap.* 3. *num.* 8. *vers. Secundo*, & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 187. estque receptissima sententia contra quam solùm lego stare Ripam *in d. l. Ex facto, num.* 69. Fundamentum Bartholi Baldi, & cæterorum communiter est, quia quòd quis possit facere testamentum alteri per substitutionem Exemplarem, solùm fuit introductum pro casu, quo alter impediretur testari propter dementiam, vel similem defectum naturalem: vnde quando alter etiam ob alium defectum testari nõ posset, tunc non posset ei substitui exemplariter; quia sicut cessante impedimento naturali, non posset sibi facere testamentum, ita nec per alium ipsi fieri potest, *l. Neque per se, Cod. de Hæred. instit.* recasurus autem in alterius potestatem, incidit in nouum impedimentum, propter quod etiam cessante amentia, testari nõ posset: cùm ad testandũ requiratur, quòd testator non sit sub potestate alterius, *l. Qui in potestate, ff. de Testam. Inst. Quibus non est permissum fac. testam. in princip. cum similib.* Propter quam rationem addunt Barthol. Bald. Barthol. de Hucio *loc. citat.* & alij ex Guilliel. de Cun. quem referunt, quòd si furiosus ante furorem esset condemnatus de crimine, ex quo efficeretur intestabilis, non posset tunc ei substitui exemplariter, vt si fuisset hæreticus, *l. Manichæos, Cod. de Hæret.* vel deportatus, *l. Siquis filio exhæredato, §. Irritum, ff. de Injusto rupto testament.* Quod etiam bene tradit Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 3. *num.* 8. *vers. Circa primum, fine.*

Debet autem hæc sententia intelligi in 801
eum sensum, vt Exemplaris substitutio non valeat, si furiosus, cui facta est, recidat in potestatem alterius, vt si facta est per auum nepoti furioso, qui mortuo auo recidit in potestatem patris: non autem si solùm sit in potentia recidendi, reipsa autem non reincidat, vt quando auus substituit nepoti, qui potest reincidere in potestatem patris, in eam tamen non reincidit, quòd pater post factam substitutionem, viuente adhuc ipso auo, decesserit: tunc enim valet, & est vtilis substitutio, vt in simili de Pupillari tradidimus, & latè probauimus *sect. præced. §. 5. num.* 535. estque de mente DD. vt ibidem declarauimus. Quinetiam videtur prefata sententia intelligenda de recasuro, qui moriatur viuente illo, in cujus potestatem reincidit. Nam mater potest substituere exemplariter filio furioso existenti in potestate patris, juxta communem sententiam *§. seq.* tradendam: in qua manifestum est Exemplarem substitutionem habere locum in eo, qui non solùm ob dementiam, sed etiam ob existentiam sub potestate patria testari non potest, si modo quãdo moritur jam sui juris existat, vt *d. §. seq. num.* 821. magis explicabitur: & ibi quod nobis circa hoc magis probetur, exponemus.

Quarta, & vltima quæstio est, vtrùm 803
ad Exemplarem substitutionem requiratur,

tur, vt is, cui fit, patiatur dementiam, aut similem morbum, tempore quo fit testamentum, an sufficiat quòd id patiatur tempore quo testator moritur? Respondetur sufficere tempore mortis, sicut in Pupillari communiter resoluitur, non requiri ad illam quòd pupillus sit in potestate testatoris tempore testamenti, sed sufficere quòd in ea reperiatur tempore, quo testator decedit, vt vidimus *sect. præced. §. 5. num* 523. *& seqq.* juxta text. *in l. 2. in princip. vers. Sed etsi extraneum, ff. de Vulgari, & in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. eod.* Atque ita docent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 16. & Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit.* 16. *num.* 10. licèt contrarium teneant Polit. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 14. & Leon. *de Substit. in materia Exemplaris num.* 35. quibus videntur accedere Bald. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 9. & Barth. de Hucio *de Substitut. cap.* 3. *num.* 8.

804 Quidquid tamen prædicti DD. senserint, credo facilè defendi posse, Exemplarem valere, & conseruari debere, etiamsi is, cui facta est, non fuerit furiosus in vita testatoris, sed solùm post ejus mortem in furorem incidit, & in eo decesserit; quia nullum jus cogit asserere, oportere eum esse furiosum ante testatoris obitum. Neque argumentum de patria potestate ad Pupillarem requisita, saltem quando testator moritur, aliquid facit in præsenti; quia potestas patria requiritur ex parte substituentis. & ideo oportet vt saltem tempore mortis habeat pupillum in potestate: at verò furor, vel similis morbus requiritur ad Exemplarem ex parte ejus, cui substituitur; atque hujus substitutionis casus est, quòd ille cum tali morbo moriatur: ad cujus veritatē nō requiritur, quòd morbus inceperit viuente testatore, vt patet. Cōfirmatur, quia Exemplaris introducta est intuitu humanitatis, *l. Humanitatis, Coà. de Impuber. & alijs substitut.* humanitas autem non minùs postulat, vt per hanc substitutionem succurratur furioso, qui viuente testatore cæpit furere, quàm ei, qui post mortem testatoris: neque testator censeri debet imprudens, si filio quem nescit, an sit, vel futurus sit furiosus, substituerit omnibus modis, ideſt Vulgariter, Pupillariter, Exemplariter, Fideicommissariè: cùm cautela non noceat; ac præsertim quando jam aliquis alius ejus filius in amentiam incidisset, vel etiam quando substituerit posthumo, aut infanti, de cujus futuro judicio non est certus. Verùm de hoc alij cogitent; neque ego hunc dicendi modum ausim ad praxim deducere, dum alios patronos non habuerit.

§. 4. *A quonam Exemplaris substitutio fieri possit?*

SVMMARIVM.

EXemplaris substitutio fieri potest à parentibus vtriusque sexus, & ab alijs ascendentibus, liberis suis; num. 805. *Vtrum id procedat licèt tales parentes sint personæ turpes? num.* 806. *& seq.*

Vtrum parentes secundò nubentes possint exemplariter substituere filijs primi matrimonij? De patre non dubitatur, quòd possit; num. 808. *De matre id absolutè negant multi; num.* 809. *Alij verò distinguunt, admittendo valere substitutionem factam ab illa matre, si substituat piè, & honestè: secùs verò, si animo deprauato, ita vt displiceret filio, si sui compos esset; num.* 810. *Alij tamen absolutè affirmant, & hæc postrema opinio præfertur; numer.* 811. *& seq.*

Retenta opinione quòd mater transiens ad secundas nuptias, non potest substituere exemplariter, vtrum per eum transitum irritetur substitutio antea per ipsam matrem facta? Affirmant aliqui, num. 813. *Quæ sententia ab aliquibus limitatur, nisi substitutio esset facta piè, & humanè; num.* 812. *Alij verò simpliciter negant; num.* 815. *Hæc vl-*

tima

tima sententia præfertur, præterquam in casu, quo substitutio esset facta quãdo mater jam cogitabat de secundis nuptijs; num. 816. *& seq.*

Vtrum mater possit exemplariter substituere filio existenti in potestate patris? Prima sententia negat; num. 818. *Secunda verior, & communis affirmat; num.* 819.

Quomodo intelligendum sit, quòd Exemplaris substitutio non potest fieri filio, qui alia ratione, quàm ob amentiam, vel simílem defectum testari non potest? num. 820.

Ad Exemplarem, & Pupillarem substitutionem requiritur, vt ille, cui facta sit, sit sui juris (seu extra alterius potestatem) tempore mortis; ibid. & numer. seq.

Exemplaris substitutio non infirmatur per hoc quòd furiosus per mortem substituentis recidat in alterius potestatem, dummodo sit extra illam, quando è vita decesserit; num 821.

Si tam pater, quàm mater filio furioso exemplariter substituant, an vtraque substitutio stare debeat, & quomodo? Referuntur variæ sententiæ; num. 822. *& seq. Verior & communis est vtramque substitutionem simul stare posse; num.* 823.

Substitutus exemplariter à patre præfertur substituto à matre in bonis prouentis filio ab ipso patre, & per viam paternam: substitutus verò à matre præfertur in bonis prouentis à matre, & per viam maternam. In bonis aliunde filio acquisitis, probabile est præferri debere substitutum paternum; probabilius tamen, vtrumque debere æqualiter succedere; num. 825.

Si auus, & mater exemplariter substituant, an. & qua ratione vtraque substitutio stare debeat? num. 826.

Vtrùm filij possint substituere parentibus mentecaptis? num. 727. *& seq.*

Si extraneus substituat exemplariter mẽtecapto, talis substitutio sustinebitur in vim fideicommissi; num. 829.

COmmunis & certa resolutio est, Exemplarem substitutionem fieri posse à parentibus vtriusque sexus liberis mentecaptis, vel simili morbo laborantibus: vt per *d. l. Humanitatis, C. de Impuber. & alijs substitut.* ibi: *Parentibus indulgemus, vt si filium nepotem* &c. & sic fieri posse tam à patre, quàm à matre, quàm etiam ab auis, cæterisque ascendentibus vtriusque sexus: qui omnes appellatione parentum veniunt juxta text *in l.* 4. *§. Parentes, ff. de In jus voc. & in l.* 1. *§. Generaliter, ff. de Legat. præst. & in l. Iurisconsultus, §. Parentes, ff. de Gradib. affin.* 805

Dubitabis tamen primò, vtrùm id procedat, licèt pater, vel mater sit persona turpis? Respondet negatiuè, loquendo nominatim de patre, Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 37. *ff. de Vulgari, & in l. Cum oportet, §. Eo autem tempore, Cod. de Bonis quæ liber.* quòd de persona turpi, & inhonesta, quæ sibi tam malè consuluit, non præsumatur, quòd bene filio consulet: ex quo fundamento idem Barth. & alij nonnulli similiter existimant, patrem turpem non posse substituere pupillariter, vt vidimus *sect. præced. §. 9. numer.* 602. Nihilominus non obstare patri, esse personam turpem, quominus possit exemplariter substituere, tenent communiter DD. Alex. *in d. l. Ex facto, numer.* 47. & ibi Angel. Imola, & Ripa *numer.* 94. Polit. *de Substitut. rub. de Exemplari, sub num.* 8. *versic. Quintum dubium*; junctâ doctrinâ, quam tradit *in rubr. de Pupillari, num.* 46. Leon. *de Substit. in materia Exemplaris, num.* 46. junctâ ejus doctrinâ *in materia Pupillaris, num.* 190. Menchac. dicens esse communem sententiam *tract. de Success. progres. lib.* 2. *§.* 17. *num.* 91. Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 3. *sub num.* 6. *vers. Altera verò*, & alij. Quæ sententia mihi etiam magis probatur ex fundamento, quo *sect. præcedent. §.* 9. *numer.* 603. *& seq.* cum communi defendimus, etiam patrem personam turpem posse substituere pupillariter. Intelligitur verò hæc resolutio nisi 806

pa-

patri sit interdicta bonorum administratio, vel alias tali vitio laboret, vt testari non possit: item nisi fuisset deportatus, licèt jam restitutus esset, vt per *l. fin. Cod. de Sent. passis* notat Trentacinq. *dict. numer.* 6. & diximus etiam in Pupillari *d. §.* 807 9. *num.* 605. *& seq.*

Circa matrem verò omnino tenendum videtur, quòd non potest substituere exemplariter, si sit turpis, & impudica. Quia cùm mulier debilioris sit judicij, & consilij, si alioqui sit etiam vitæ sordidæ, & inhonestæ, absurdum esset committi ei facultatem ad testandum pro filio cum manifesta præsumptione quòd tali facultate abutetur. Quare sic intrepidè resoluunt Polit. *dict. rubr. de Exemplari, numer.* 8. *vers. Quintum*, Zas. *de Substit. cap.* 3. *numer.* 2. Leon. *in dict. materia Exemplaris, numer.* 46. Menchac. *dict. §.* 17. *numer.* 105. Trentacinq. *dict.* 808 *cap.* 3. *numer.* 7. & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 180. *num.* 3.

Dubitabis secundò, vtrùm parentes secundo nubentes possint substituere exemplariter filijs primi matrimonij? Hæc quæstio præcipuè excitatur propter matrem, nam de patre sententia affirmatiua communiter supponitur, tanquam certa, eamque in specie tradunt Alex. *in d. l. Ex facto, numer.* 32. & ibi Angel. *numer.* 4. Hieron. Verius *numer.* 231. Aretin. *numer.* 13. & alij, Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 3. *numer.* 5. cum Baldo, & Salic. *in dict. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Sanch. *lib.* 7. *de Matrimon. disp.* 88. *numer.* 26. & alij, quos refert. Probatur facilè, quia pater ob transitum ad secundas nuptias non priuatur administratione bonorum filij *l. fin. Cod. de Bon quæ liber. & l. Generaliter, Cod. de Secund. nupt.* ergo etiam non debet intelligi priuatus potestate prouidendi filio per Exemplarem; in qua minus certè est periculum, quàm 809 in administratione bonorum: neque vlla est lex, quæ talem priuationem inducat.

De matre verò non leuis est controuersia: in qua partem negantem tuentur absolutè Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 12. & ibi Alex. licèt aliquantulùm dubius, *numer.* 32. Angel. *numer.* 4. *vers. Quarto*, Aretin. *numer.* 13. *fine, & numer.* 14. & Jas. *numer.* 5. Aretin. *in d. l. Humanitatis, numer.* 5. Gatro *in rubr. Cod. di Secund. nupt. in noua edit. numer.* 46. *pæna* 22. Ioann. Lup. *rubr. de Donat. inter vir. & vxor. §.* 67. *numer.* 14. *vers. Ex istis*, Ferrara *in sua Practica, tit. de Forma libelli, quo agitur ex substitutione, in Glos. verb. Exemplariæ, col.* 3. Polit. *tract. de Substit. rubr. de Exemplari, numer.* 8. Bald. *de Substitut. vbi de Exemplari, numer.* 7. Barthol. de Hucio *de Substitut. cap.* 3. *numer.* 7. Zasius *de Substitut. cap.* 3. *numer.* 2. Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, numer.* 47. Odd. *in Prælud. de Compend. q.* 6. Mattien. *lib.* 5. *recopil. tit.* 1. *l.* 3. *Glos.* 2. *numer.* 37. & Spino *in Speculo testament. Glos.* 22. *principali numer.* 7. & 8. quæ sententia est communis, vt testatur Trentacinq. *dict. cap.* 3. *numer.* 3. *vers. Cumque superior*, Hieron. Verius *in dict. l. Ex facto, numer.* 240. dicens non esse ab illa recedendum in consulendo, & judicando. Probatur primò, quia intuitu humanitatis concessum est, vt parentes possint substituere exemplariter, *dict. l. Humanitatis*; hæc autem ratio cessat in matre transeunte ad secundas nuptias; quæ respectu filiorum inhumana, & quasi nouerca reputatur, *l. Lex quæ tutores, Cod. de Aaminist. tutorum.* Secundò, quia talis mater priuatur tutelâ filiorum: *Auth. Sacramentum, juncta Auth. Matri, Cod. Quando mulier tut. offic. fungi pot.* Ergo etiam censeri debet priuata facultate testandi pro filio, quia non minùs suspecta est ad vnum, quàm ad aliud. Nec obstabit, si dixeris, hanc facultatem esse concessam fauore filiorum, ne sine testamento decedant: nam etiam tutela fauore filiorum introducta est, & tamen talis mater illâ priuatur.

Alij DD. vtuntur distinctione, dicuntque si mater secundò nubens substituat piè & honestè, instituendo succedentem filio ab intestato, aut alium, 810

quem verosimiliter filius instituerct, si sanæ mentis esset, validam esse substitutionem: secus autem si deprauato animo taliter nomine filij testaretur, vt displiceret filio, si sui compos esset: velut si ejus vitricum substitueret, sic Angel. de Aretin. *Inst. de Pupillari, §. Quæ ratione, num.* 8. Angel. de Gambellion. *tract. de Testament. Glos.* 81. *numer.* 8. Rolandin. *tract. de Testament. rubr.* 25. *de Exemplari substitut. numer.* 10. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, ver. Si absque liberis,* 2. *in materia Exemplaris, numer.* 16. Boer. *decis.* 188. *numer.* 3. Gregor. Lop. *l.* 11. *tit.* 5. *part.* 6. *verb. Las madres,* Molin. *de Iust. disput.* 185. *vers. Vtrum mater.*

811 Nihilominus tamen partem absolutè affirmantem, posse dictam matrem exemplariter substituere tenent Bald. *in dict. l. Humanitatis, num.* 32. & ibi Salic. *numer.* 15. & Corn. *numer.* 7. Imola *in dict. cap. Raynutius, num.* 137. *de Testament. & in dict. l. Ex facto, in princip. numer.* 19. & ibi Jas. *numer.* 25. Ripa *numer.* 67. & Hieron. Verius *num.* 230. dicens hanc esse de jure veriorem. Anton Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *numer.* 9. Menchac. *de Success. progres. lib.* 2. *§.* 17. *numer.* 24. *& seq.* vbi testatur de communi, Trentacinq. *de Substitution. p.* 3. *cap.* 3. *sub numer.* 3. *vers. Ex prædictis igitur,* Gallus *de Success. except. tit.* 2. *except.* 20. *numer.* 140. *& seq.* Sanch. *lib.* 7. *de Matrim. disp.* 88. *numer.* 24. Intrigl. *de Substitut. cent.* 2. *q.* 11. & Fusar. *de Substit. q.* 179. *numer.* 8. Præcipuum fundamentum, omissis alijs, est; quia nullibi in jure reperitur statuta pœna in matrem secundò nubentem, quòd non possit substituere exemplariter; & cùm talis substitutio sit maximus fauor filij mentecapti, non debet talis mater censeri priuata ea facultate in filiorum detrimentum; esto per transitum ad secundas nuptias eis reddatur suspecta. Quod inde fit planum: nam licèt per exhæredationem fiat injuria filio, *l Cum quidam, Cod. de Legat.* non propterea tamen pater exhæredans priuatur facultate substituendi pupillariter illi filio, *§. Non solum, Instit. de Pupil. l.* 1. *§. fin. ff. de Vulgari.* Item licèt tutor non faciens inuentarium, vel non satisdans, reddatur suspectus, & non possit administrare, attamen potest facere quæ pupillo sunt vtilia, *l.* 1. *&* 2. *Cod. de Tutor. & curat.*

Neque obstat, quod etiam tutela est fauorabilis filio, & tamen mater ea priuatur ob illum transitum. Est enim diuersa ratio in hoc; nam quanuis tutela absolutè sit fauor filiorum, tamen matrem secundò nuptam esse tutricem filiorum prioris matrimonij non est eorum fauor, sed damnum: neque quòd talis mater à tutela remoueatur in eorum præjudicium cedit, cùm judex alium tutorem eis assignare possit, & debeat. At verò matre non substituente exemplariter, non potest judex substituentem assignare, & sic decedet filius absque testamento. Præterea, quòd non valeat argumentum à tutela, manifestum est in eo ipso patre: quia ei etiam, si est suspectus, denegatur tutela, & cura, filio superstite, *l. Si cum dotem, §. Eo autem tempore, ff. Soluto matrimon.* & tamen non priuatur potestate substituendi pupillariter. Et ex his patet responsio ad fundamenta primę sententiæ. Quare hæc postrema opinio nobis videtur probabilior, & tenenda. 812

Retentâ verò priori sententiâ, superest difficultas, vtrùm matre ad secundas nuptias transeunte irritetur Exemplaris substitutio antea per ipsam matrem facta? Respondent affirmatiuè Barthol. *in dict. l. Ex facto, numer.* 13. & ibi Alex. *numer.* 32. *vers. Vel potes respondere,* & Jas. *numer.* 26. Imola *in dict. cap. Raynutius, numer.* 137. *de Testament.* Bald. Barthol. de Hucio, & Spino *locis citatis numer.* 809. Mouentur primò, quia requisita ad exemplariter substituendum debent adesse tempore, quo substituens moritur, argum. text. *in l Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari,* vbi ad Pupillarē requiritur, quod filius sit 813

in 814 815

in potestate, quando pater substituens moritur. Ergo si ad Exemplarem per matrem faciendam requiritur, quòd mater non transierit ad secundas nuptias, irrita euadet hujusmodi substitutio si hoc requisitum non subsistit, quando mater moritur. Secundò, quia actus nondum perfectus, & consummatus vitiatur, si deueniat ad casum, à quo incipere non potest, *l. Si sub vna, §. Si quis viam, ff. de Verbor. obligat.* Hęc autem substitutio non est perfecta & consummata, quandiu mater & filius viuunt: ergo transeunte matre ad secundas nuptias, vitiatur; cùm ille transitus sit casus, post quem incipere non potuit.

814 Hanc eandem opinionem amplectuntur aliqui cum ea moderatione, nisi substitutio esset facta piè & humanè, qualiter fieret ab ipso filio, si sui compos esset. Sic Angel. de Aretio, Angel. de Gambellionibus, Guilliel. Bened. & Boer. *allegati, num.* 810.

815 Alij tamen simpliciter negant, irritari dictam substitutionem, matre ad secundas nuptias transeunte. Sic Bald. *in d. l. Humanitatis, num.* 35. *Cod. de Impuber. & al substitut.* & ibi Salic. *quæst* 3. *numer.* 16. Cuman. *in d. l. Ex facto, in princip. numer.* 18. & ibi Hieron Verius *numer.* 23. Polit. *de Substitut. rubr. de Exemplari, numer.* 8. *verſ. Quartum est dubium* Menchaca *de Succeß. progreſ. lib.* 2. §. 17. *numer.* 31. Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 3. *numer.* 4. *fine*, & Sanch. *lib.* 7. *de Matrimon. disput.* 88. *numer.* 25. *verſ. Sed verius.* Fundamentum hujus sententiæ est, primò, quia tali matri non denegatur facultas substituendi exemplariter, nisi ob suspicionem praui animi, in quam incidit transeundo ad secundas nuptias: hæc autem suspicio cessat in substitutione ante eum transitum factâ: ergo non debet illi nocere; præsertim cùm talis substitutio sit fauor ipsius filij. Secundò, quia testamentum semel ritè factum non irritatur, licèt testator deueniat ad casum, post quem testari non potest, si id non eueniat ratione alicujus delicti, vel capitis diminutionis: sic enim licèt furiosus testari non possit, tamen si ante furorem testamentum fecit, tale testamentum non infirmatur, §. *Item furioſi, Inſt. Quibus non eſt permiſſ. fac. teſtament.* Item licèt Religiosus testari nequeat, non propterea tamen irritatur testamentum ab eo factum antea, vt est receptissima sententia. Ergo similiter, licèt mater post transitum ad secundas nuptias testari pro filio non possit, cùm talis transitus non sit delictum, neque capitis diminutionem inducat, testamento, seu substitutioni antea factæ non officiet.

Hæc vltima sententia mihi maximè placet dummodo intelligatur cum limitatione, cum qua illam amplectuntur Aretin. *in dict. l. Ex facto, in princip. numer.* 14. Ripa *ibid. numer.* 68. & Leon. *de Substitution. in materia Exemplaris, numer.* 50. ideſt, nisi substitutio esset facta, quando illa mater jam cogitabat de secundis nuptijs contrahendis, vt cùm illas paulo post contraxit: quòd tunc suspicio sit substitutionis dolo, seu in fraudem factæ, argum. eorum, quæ notantur *in l. Poſt contractum, ff. de Donat.* & alibi passim per DD. 816

Atque prædictæ sententiæ sic intellectæ, minimè obstant fundamenta, quæ pro contraria adducta sunt. Ad primum namque respondetur, negando absolutè, debere omnia requisita ad Exemplarem substitutionem adesse tempore mortis testatoris: id enim necessarium non esse vniuersim loquendo, satis constat ex fundamento nostræ sententiæ. Neque obstat text. *in dict. §. Cum filiæ*, vbi ad Pupillarem requiritur, quod pupillus sit in potestate, quando testator moritur; nam hoc ideo est, quia patria potestas est valde substantiale requisitum ad Pupillarem, quòd tam ex parte substituentis, quàm ex parte pupilli per se requiritur, tanquam vinculum, quo sublato, manent inter se diuisi, & tanquam extranei: & propterea oportet, 817

tet, vt ante mortem non soluatur: at vero quòd mater non transeat ad secundas nuptias solùm per accidens requiritur ad Exemplarem, nempe ob prauam suspicionem, quæ ex illo transitu contrahitur: & ideo cum hæc suspicio cesset respectu substitutionis antea factæ, non est cur talis substitutio perire debeat ratione sequentium nuptiarum. Ad secundum respondetur negando minorem: nam illa substitutio, vbi semel legitimè facta est, statim manet perfecta, & consumata, licèt ejus executio & vis pendeat à morte matris: & ideo non debet extingui ob sequentem casum, post quem non potuit incipere: nam factum legitimè retractari non debet, licèt postea casus eueniat, à quo non poterat inchoari, *cap. Factum legitime, de Regul. jur. in 6.* & multa facta tenent, quę à principio fieri prohibentur, *l. Patre furioso, ff. de His, qui sunt sui, vel al. jur.*

818 Dubitabis tertiò, vtrùm mater possit Exemplarem substitutionem facere filio existenti in potestate patris? Negant Imola, & Alex. *in d. l. Ex facto,* & Aretin. *in d. l. Humanitatis,* & ibi Bald. *numer.* 38. Mouentur primò, quia Exemplaris non potest fieri ei, qui alia de causa est per se intestabilis, quam ob dementiam, vel similem morbum: quamobrem non potest exemplariter substitui furioso, qui ante furorem fuisset condemnatus de crimine, ex quo efficeretur intestabilis, vt cum Barth. Baldo, & alijs notauimus §. *præcedent. numer.* 801. *fine,* Furiosus autem, qui est in potestate patris, non solùm est intestabilis per se propter dementiam, sed etiam propter ipsam potestatem patriam, cui subjectus est, *l. Qui in potestate, ff. de Testament. Institut. Quib. non est permiss. facere testament. in princip. cum simil.* Secundò, quia Exemplaris non potest fieri recasuro in potestatem alterius, vt est communis DD. & traditum est *supra, dict. numer.* 801. Ergo multò minus fieri poterit existenti jam in alterius potestatem.

819 Nihilominus contraria sententia est communis, & nobis amplectenda. Eam tenent Barthol. supponens eam vt certam *in dict. l. Ex facto, numer.* 37. *ff. de Vulgari;* & ibi Rayner. Guilliel. de Cun. Cynus, Jacob de Aret. Dinus, Jas. Ripa & alij, Salic. *in dict. l. Humanitatis,* & ibi Coras. & Corn. quos omnes citat, & sequitur Trentacinq. *de Substitution. p. 3. cap. 3. numer. 8. fine,* affirmans hanc esse communem, & receptam scribentium sententiam; tenet etiam Polit. *de Substitution. rubr. de Exemplari, numer.* 12. Leon. etiam *in rubr. de Exemplari, numer.* 54. & alij. Probatur, quia jus simpliciter concedit vtrique parenti, vt possint substituere filio exemplariter; & est concessio favorabilis, tum ex natura ipsius substitutionis, tum ex mente concedentis, qui id concessit intuitu humanitatis, *dict. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Ergo debet intelligi ample, atque adeo facta vtrique parenti, tam diuisiuè, quàm copulatiuè; idest, quòd vterque pro sua parte hanc substitutionem facere possit, nihil obstante quòd filius sub alterius (nempe patris) potestate existat; maximè cùm ad hanc substitutionem faciendam nulla ratio patriæ potestatis habeatur, vt ex dictis constat, & magis statim declarabitur, respondendo ad contraria fundamenta.

Ad primum itaque fundamentum §10 prioris sententiæ respondetur, licèt furiosus existens sub patris potestate non solùm sit intestabilis per se ratione amentiæ, sed etiam ratione potestatis patriæ, cui subjectus est, attamen vt ei possit fieri substitutio Exemplaris, seu vt ita dicam, testamentum Exemplare, nihil talem subjectionem officere, sicut non officit substitutioni, & testamento Pupillari, ad cujus exemplum Exemplaris introducta est: nam Pupillaris substitutio fieri potest impuberi, etiam infanti existenti sub patris potestate, licèt

licèt non solùm sit intestabilis per se ob defectum ætatis, & judicij sufficientis (propter quem supplendum concessa fuit patri facultas substituendi ei pupillariter) sed etiam ob ipsam potestatem patriam, quæ sublato etiam defectu ætatis, & judicij illum impediret, ne per se testari posset vt per *d.l. Qui in potestate, & d. Inst. Quibus non est permiss. facer testam. in princip.* Itaque patria potestas, quanuis impedimentum præstet, ne filius ei subjectus possit testari per se, attamen non impedit quominus alter, qui alioqui sit habilis, possit pro eo testari per Pupillarem, vel Exemplarem. Cum hoc autem stat, quòd vt hæ substitutiones sint vtiles, opus est vt filius aliquo tempore sit sui juris, seu extra patriam potestatem, nempe tempore mortis; quod quidem in pupillari est citra dubium, vt cõstat ex dictis in propria materia: & in Exemplari tradit bene Trentacinq. *d. numer. 8. verf. Circa primum*, vbi dicit tam Exemplarem, quàm Pupillarem factam filio existenti in potestate conferri in tempus, quo ille sui juris esse incipiat, & non esse in consideratione tempus, quo talis substitutio fit, juxta *l. 2. §. Sed & si extraneum, ff. de Vulgari*, & ibi Alciat. *num.* 1. idque ita constitutum esse in his substitutionibus ex dispensatione legis, quanuis aliud sit quando furiosus laboraret alio impedimento testandi, quòd sua culpa ante furorem contraheret.

821 Ad secundum respondent aliqui, negando consequentiam; quam dicunt fallere in matre furiosi, quòd hęc non prohibeatur substituere exemplariter filio furioso existente in potestate aui, & recasuro in potestatem patris; licèt ipse auus non posset: cujus diuersitatis hanc assignant rationem; quia mater substituendo non præjudicat patri, in cujus potestatem recasurus est, quin ipse etiam substituere possit: at verò auus patri præjudicaret, quia non posset postea substituere filio exemplariter. Ita respondet Trentacinq. *d. num. 8. verf. Secundò* post Ripam, quem refert. Mihi tamen aliter respondendum videtur, juxta supradicta *numer. præced. & §. superiore, numer.* 802. Nam cùm ex prædictis constet, ad Exemplarem substitutionem non requiri, quòd furiosus sit extra patriam potestatem, nisi tantùm tempore mortis, nihil impedit quominus existenti in potestate alterius vel in eam recasuro, possit mater, & auus facere Exemplarem substitutionem, quæ ita demum sit vtilis, si furiosus extra eam potestatem reperiatur quando è vita decedit. Quamobrem cùm in communi sententia dicitur, requiri ad Exemplarem, quòd furiosus non sit recasurus in potestatem alterius, intelligendum est de recasuro in potestatem, in qua tempore mortis reperiatur, vt *dict. numer.* 802. notauimus. Ex quo nihil contra nostram sententiam concluditur, vt patet.

Dubitabis quartò, si tam pater, quàm mater filio furioso exemplariter substituant, an vtraque substitutio stare debeat, & quomodo? Hac in re varij admodum sunt DD. Quidam enim censent præferendam esse substitutionem patris, solumque substitutum, à patre datum debere succedere in hęreditate furiosi. Ita Polit. *tract. de Substitution. rubr. de Exemplari, numer. 9. ad finem*, & Zasius *de Substitution. cap. 3. num. 2. verf. Ego ex sententia.* Ducuntur, quia pater est dignior, & sanius creditur ejus consilium pro filio, quàm matris: vnde lex magis de illo confidit, vt patet in tutelis; siquidem vt tutor datus à patre admittatur, nulla judicis inquisitio requiritur: quod secus est in tutore dato à matre, qui non admittitur, nisi, causâ cognitâ, per judicem confirmetur, *l. 1. & 2. ff. de Confirmat. tut.* Facit etiam quòd in contraria sententia admittenda erunt duo testamenta ejusdem personæ, seu quòd quis decedat cum duobus testamentis, quod est contra juris regulas. Igitur ne istæ offendantur, & vt digniori plus deferatur, præferenda erit substitutio facta per patrem, & substitutus ab eo datus erit hæres 822

in solidum illius furiosi. Hanc sententiam approbat Leon. *tract. de Substitut. in materia Exemplaris, numer. 54. & seqq.* licèt ibidem etiam inducat aliam *num. seq.* referendam, quam censet æquè probabilem; approbat etiam Spino *in spec. testam. tit. de Exemplari, num. 6.* vbi dicit matrem non posse, nisi in subsidium substituere, quando pater filio non prouidit per substitutionem. Addunt verò Polit. & Zas. *loc. citat.* quòd prælato testamento patris; substitutus hæres tenebitur ex fideicommisso restituere bona materna ei, qui in testamento matris fuit substitutus.

823 Alia sententia est Leonij *loco citat. numer. 53. & seq.* vbi duo statuit: primum, vnam tantùm substitutionem Exemplarem fieri posse furioso patrem & matrem habenti; ne admissa duplici substitutione ab vtroque parente factâ, sequatur contra juris regulas, eandem personam decedere cum duobus testamentis. Alterum dari in substituendo exemplariter juspræventionis inter patrem & matrem furiosi, vt si pater priùs substituat, non possit postea mater substituere, & econtra. Quod inde probat, quia jus absolutè & indistinctè concedit parentibus, vt possint substituere exemplariter filio mentecapto, vt patet *ex d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & sic nihil amplius concedit patri, quàm matri, neque patria potestas hìc habetur in consideratione: quando autem aliquid æqualiter cõceditur duobus quod per vnum tantùm expediri potest, datur inter illos jus præventionis. Ergo ita cẽsendum est in præsenti, supposito quòd vnus tantùm dictam substitutionem facere potest, vt probatum est. Et quidem vno tantùm, siue patre, siue matre, substituente, sufficienter prouidetur filio, & qui substitutus fuerit vniuersa illius bona habebit.

824 Communis autem, & verior sententia est, vtramque substitutionem, idest, tam patris, quàm matris, simul stare & valere posse. Ita sentiunt Barth. *in d. l. Ex facto, num. 37.* & ibi Alex. Ias. Rayn. Guil. de Cun. Salic. Ripa, & cæteri communiter, Bald. *tract. de Substitut. tit. de Exemplari, num. 23.* Barth. de Hucio *de Substitut. cap. 3. num. 19.* Trentacinq. *de Substitut. p. 3. cap. 3. num. 11.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 6. num. 13.* & alij. Probatur, quia quando aliquid conceditur pluribus simpliciter, & potest in eis esse locus concursui, omnes simul admittuntur, & concurrere possunt, vt ex ipsis terminis patet: posse autem substituere exẽplariter, conceditur simpliciter & indifferenter vtrique parenti, vt constat per *d. l. Humanitatis*; neque aliquid obstat, quominus vterque simul possint concurrere, substituendo vnusquisque pro sua parte eidem filio: nam quòd inde sequatur, eandem personam, nempe illum filium, decedere posse cum duobus testamẽtis, nullum est incouueniens; cùm id proueniat ex diuersitate personarum testantium; in quo nullæ juris regulæ offenduntur; solùm enim offenderentur quando eadem persona sibi ipsi faceret duo testamenta, & cum vtroque decederet.

Adhuc tamen, suppositâ prædictâ sen- 825
tentia communi, est difficultas, vtrum paterna substitutio aliqua ex parte præferenda sit maternæ simul concurrenti? Cui quæstioni, vt distinctiùs procedamus, per aliquot conclusiones satisfaciendum est. Prima sit. Substitutus à patre præfertur substituto à matre in bonis prouentis filio ab ipso patre, seu per viam paternam. In hac conueniunt omnes DD. supra citati; & constat facilè, quia pater habet fortius jus in his bonis: & sic quoad ea prę ferri debet substitutus paternus. Secunda. Substitutus à matre præferendus est in bonis maternis substituto à patre. Ita Barth. & cæteri DD. *num. præced.* allegati. Probatur, quia in bonis maternis fortius jus habet ipsa mater; vt patet, tum ex ipsis terminis: tum argum. *l. Si arrogator, ff. de Adoption. & l. Sed si plures, §. In arrogato, ff. de Vulgari, & l. De emancipatis, §. Exceptis,* vbi in bonis fratris defuncti prouentis à matre prę feruntur vterini consanguineis tantũ, *Cod. de Legit. hæred.* Tertia. In bonis non à patre, neque à matre profectis, sed

aliun-

aliunde filio acquisitis, vt ex propria industria, vel ex donatione, aut testamento alicujus extranei, probabile est quòd substitutus à patre datus præfertur materno, si pater filium habebat in potestate. Ita sentiunt Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 37. & ibi Jas. & Ripa Bald. *in d. tit. de Exemplari, num.* 23. Barthol. de Hucio *d. cap.* 3. *num.* 19. Trentacinq. *d. num.* 1. & alij. Probant, quia propter patriam potestatem maius jus habet pater ad prouidendum filio, quàm mater: ergo saltem in illis bonis, quę à matre non sunt profecta, præferendus erit substitutus à patre. Si autem filius non esset in potestate patris, concludunt omnes hi DD. quòd tunc vterque substitutus succedet pro partibus æqualibus in dictis bonis aliunde acquisitis; eo quod respectu illorum paris sunt conditionis. Quarta & vltima. Siue pater filium haberet in potestate, siue non, probabilius videtur, quòd in dictis bonis aliunde acquisitis vterque substitutus debet æqualiter succedere. Ita Imola *in d. l. Ex fact, col pen. vers. Adde circa tertium*, quem sequitur Alex. *ibid.* & Anton. Gom *d. cap. 6. fine*, & alij. Quia in Exemplari substitutione patria potestas non habetur in consideratione, vt constat ex *d. l. Iumanitatis*, & sic propter eam præfert non debet substitutus patris: quod bene confirmatur ex decisione Baldi communiter approbata *in cap.* 1. *de Gradibus succedentium in feudo, seu de Succeff fratrm*, vbi resoluit quòd in successione feudi frater vtrinque conjunctus non præfertur consanguineo tantùm, contra text *in Auth. Itaque, Cod. Communia de succession.* eo quòd in materia feudali non consideratur qualitas cognationis.

826 Hinc colligitur quid dicendum sit, quando sunt duo templariter substituti, alter ab auo furioso & alter à matre. Nam si loquamur de auo paterno: idem erit dicendum, atque in superiori quæstione, vt resoluunt Barth. *id l. Ex facto, numer.* 38. Bald. *in d. tit. de Exemplari, numer.* 24. & alij, quos sequitur Trentacinq. *d. cap.* 3. *num.* 13. Sed autem loquamur de auo materno: vel mater est in ejus potestate; & tunc solus substitutus ab eo datus admittendus est; quia in tali casu mater non potest testari, cùm non sit sui juris, & sic nec exemplariter substituere: vel non est in potestate aui: & tunc resoluit cum alijs Trentacinq. *d. num.* 13. quòd præfertur substitutus ipsius matris; quòd hæc præferatur in tutela, & successione. Ego verò, juxta supradicta, censeo, non esse omnino excludendum substitutum aui, sed admittendum ad bona, in quibus furiosus ab auo institutus est, saltem jure fideicommissi. Diuerso modo hac in re opinatur Alexand. apud Trentacinq *loc. cit.* sed non oportet in eo refellendo immorari.

Dubitabis quintò, vtrùm sicut parentes possunt substituere exemplariter filio 827
mentecapto, ita etiam si pater, vel mater eo morbo laboret, possit filius maior, & sui juris ei substituere? Respondetur negatiuè, ex communi sententia, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 8. & ibi Alex. Imola, Ripa Hieron. Verius, Alciat. & alij communiter, Rayner. Guilliel. de Cun. & Alberic. *in rubr. ff. eodem.* Bald. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Castr. Coral. Corn. Angel. & Dec. *in suis tractatibus de Substitut. in materia Exemplaris* Bald. *num.* 4. Barth. de Hucio *numer.* 4, Polit. *q.* 65. *num.* 5. & 6 Zasius *numer.* 5. Leon *num.* 60. & Trentacinq. *p.* 3. *num.* 2. Anton. Gom *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *num.* 10. Menchac. *de Succeß. progreß. lib.* 2. §. 17. *num.* 62 Odd. *in Præludio de Compendioſa, p.* 4. *q.* 2. *num.* 2. Fusar. referens alios *q.* 181. *de Substitut.* & cæteri omnes, vno excepto Jasone, qui contrarium tenuit *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari.* Fundamentum est quia *in d. l. Humanitatis, & in §. Quarationc, Inst. de Pupillari*, solis parentibus indulgetur, vt possint substituere exemplariter liberis mentecaptis; neque *in d. l. Ex facto*, quæ loquitur de Exemplari, ad quam olim facultas à principio impetrabatur, vllum est vestigium, ex quo colligatur eam facultatem filijs etiam concedi respectu parentum: ergo cùm simus in materia exor-

bitanti, in qua stricta interpretatio facienda est, *l. Ius singulare, & l. Quod vero contra, ff. de Legib.* non debet illa facultas intelligi etiam concessa filijs erga parentes. Confirmatur, quia qui testatur pro alio, exercet quandam superioritatem in illum, cum pro suo libito ei det heredem, ac de ejus bonis in perpetuum disponat: indecens est autem, quod filius superioritatem in patrem, vel matrem exerceat, etiamsi sint mentecapti; & sic non debet censeri, quòd jus talem authoritatem filijs permittat.

828 Nec obstat, quòd quando pater est mentecaptus, & dandus illi est curator, ea cura demandatur potiùs filio, quàm alteri, *l. His qui, ff. de Tutor. & curator.* Est enim valde diuersa ratio in hoc. Quia curator datur bonis, & non personæ, & sic filius patris curator solùm administrat ejus bona, & nullam exercet superioritatem in personam, sicut exerceret, dando illi heredem, cùm hæres personam defuncti repræsentet, & in ejus locum succedat. Præterea, quod filius administret bona patris furiosi spectat maximè, tum ad vtilitatem ipsius patris, de quo nemo meliùs curabit quàm filius, tum etiam ad vtilitatem & interesse ipsius filij, ad quem bona illa deuentura sunt: quæ rationes non militant in nostro casu. Accedit tandem, quòd furioso filios habenti, debet per Exemplarem substitui aliquis ex filijs, vt disponitur *in d. l. Humanitatis*; vnde si filius posset, & vellet talem substitutionem ei facere, opus esset, vt se ipsum substitueret, si fratres non haberet: quod est absurdum, cùm nemo se ipsum possit substituere argum. text. *in §. Sed neque hæres scriptus, Instit. de Testament.*

829 Dubitabis sextò & vltimò: vtrùm si extraneus substituat exemplariter mentecapto, talis substitutio sustineatur in vim fideicommissi? Respondent affirmatiuè Capra *de Exemplari substitut. num.* 114. & Gall. *de Except. succeff. tit.* 4. *except.* 20. *num.* 34. *art.* 2. quos refert Fusar. *de Substitut. q.* 182. & mihi etiam hæc resolutio placet, cùm ea videatur esse mens substituentis. Addo præterea, in ea substitutione contineri Tacitam Vulgarem validam, vt in simili de Pupillari facta ab extraneo resoluimus cum Barthol. & communi *sect.* 2. *hujus disp. §.* 2. *num.* 48.

§. 5. *Explicantur quædam requisita ad Exemplarem substitutionem, quæ ex parte testatoris, vel ipsius testamenti se habent.*

SVMMARIVM.

AD Exemplarem substitutionem requiritur, vt substituens sibi etiam hæredem instituat, nisi substituens sit miles; num. 830.

Vtrum ad substitutionem Exemplarem requiratur, vt testator nstituat ipsum filium, cui substituit; num. 831. *Rupto testamento ex causa præteritionis; Exemplaris nihilominus conseruatur, per* Auth. Ex causa; *ibd.*

Ad Exemplarem substiutionem requiritur, vt hæreditas substituentis adeatur; num. 832. *Quod ntellige, nisi filius, cui substitutio ei facta, esset hæres Suus. Et si hæres Suus non esset, quæ aditio sufficiat? um.* 833.

Requiritur etiam ad Exemplarem, vt substituens priùs moritur, quàm filius, cui substituit; nu. 834.

Vtrùm quando vterque prens exemplariter substituit eidem filio, requiratur vtriusque mors ad hc vt substitutio vim habeat? num. 83.

PRo complemento iperioris doctrinæ circa personas quæ possunt exemplariter substitue, explicanda in præsenti sunt nonnulla quæsita ad hanc substitutionem, quæ ex parte earundem personarum, vel testantis ab eis facti, necessaria sunt.

830 Primò itaque requitur, vt persona substituens non tantùm filio, sed etiam sibi

bi ipsi testamentum faciat, seu hæredem instituat. Ita Barth. *in d. l. Ex facto, numer.* 17. *ff. de Vulgari*, & ibi alij DD. Bald. *tract. de Substitut. tit. de Exemplari, numer.* 9. Barth. de Hucio, *de Substitut. c.* 3. *num.* 8. Zasius *de Substitut. cap.* 3. *numer.* 6. Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, num.* 81. Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 5. *num.* 12. *vers. Tertio, & vltimo.* & omnes. Probatur quia quoad hoc eadem est ratio in Exemplari atque in Pupillari substitutione; ad quam necessario requiritur, vt pater sibi testamentum faciat, vt vidimus *sect. præcedenti, §.* 7. *in princip.* Vnde quæ ibi circa hoc requisitum respectu Pupillaris dicta sunt, in Exemplari etiam locum habent; cùm ad Pupillaris similitudinem inducta sit. Constat etiam hoc requisitum per *d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs substitut.* quæ requirit vt substituens exemplariter relinquat legitimam filio, cui eam substitutionem facit, ne testamentum per querelam rumpatur; vbi planè supponitur debere substituentem sibi ipsi testamentum facere: neque hodie potest legitima relinqui nisi jure institutionis, & sic in testamento, §. *Aliud quoque, Auth. Vt cum de Appellat. cognosc.* Fallit autem hoc requisitum in milite, juxta text. *in l. Miles ita, §. fin. & in l. Infraudem, §. fin. ff. de Milit. testam.* vt in specie notat Barth. *loc. citat.* & in Pupillari dictum est *supra, dict. §.* 7. *in princip.*

831 Secundò requiritur, juxta multos DD. quod testator instituat filium, cui substituit. Ita Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 18. & ibi Alex. *num.* 33. Jas. *num.* 21. Ripa *numer.* 71. Angel. Imola, & alij communiter, idem Barthol. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Bald. Angel. Salic. Fulgos. Castr. & alij, quos retuli *supra §.* 3. *num.* 796. qui tenent non posse Exemplarem fieri exhæredato, sed oportere vt fiat instituto, saltem in legitima, juxta *d. l. Humanitatis*, cujus verba *eod. numer.* 796. ponderata sunt; & sunt totum fundamentum hujus sententiæ. Nihilominus verior sententia est, non requiri determinatè ad hanc substitutionem, quòd filius sit institutus, sed quòd sit institutus, vel legitimè exhæredatus, sicut requiritur ad Pupillarem, juxta *l.* 2. *in princip. vers. Sed si eos, ff. de Vulgari.* Ita sentiunt Angel. de Aret. Corn. Coras. Curt. jun. Lancel. Dec. & Philip. Dec. pluresque alij, quos citauimus, & secuti sumus *d. §.* 3. *numer.* 797. asserentes etiam exhæredato posse exemplariter substitui. Quod citato loco satis probauimus, excludendo simul fundamentum contrariæ sententiæ: quare nullam hac in parte differentiam facimus inter Pupillarem, & Exemplarem substitutionem: & sic quæ in Pupillari circa hoc requisitum dicta sunt *sect. præced. §.* 7 *à num.* 556. Exemplari etiam applicanda sunt; cùm hæc ad similitudinem illius inducta sit, atque eadem in vtraque sit ratio, quoad præsens institutum. Vnde illud etiam admittendum est, licèt filius non sit institutus, neque exhæredatus in testamento substituentis, adhuc ipsam Exemplarem substitutionem valere, & conseruari debere per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* vt in specie tradunt Polit. & alij à nobis citati *d. §.* 3. *numer.* 798. & latiùs cum multis alijs traditum est in Pupillari *d. §.* 7. *sectionis præced. à num.* 558.

Tertiò requiritur, vt hæreditas ex testamento principali ipsius substituentis adeatur, vel acceptetur, vt per Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 21. & ibi Scribentes, Bald. *tract. de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 12. Barth. de Hucio, *de Substitut. cap.* 3. *num.* 10. Zasius *de Substit. cap.* 3. *num.* 6. & cæteri communiter. Ratio est, quia si non adeatur, vel acceptetur hæreditas, corruit testamentum, & quidquid in eo scriptum est, *l. Nemo, ff. de Testament. tutel.* Qua ratione etiam Pupillaris perit, si ex patris testamento hæreditas non adeatur, vt habetur *in d. l.* 2. *in princip. vers. Adeo autem, ff. de Vulgari*, & diximus *sect. præced. §.* 7. *numer.* 581. 832

Intelligendum est autem hoc requisitum cum aliquibus moderationibus, quæ à citatis DD. ponuntur. Nam vel filius, cui 833

cui Exemplaris facta est, erat in potestate patris substituentis: & in hoc casu necessaria non est vlla aditio, vel acceptatio hæreditatis; quia talis filius est hæres Suus, & ipsa existentia Suitatis sufficit ad confirmandas tabulas exemplares, argum. text. *in l. fin. §. fin. Cod. de Curat. furios.* & argum. à simili de Pupillari, quæ per existentiam Sui hæredis confirmatur, *l. Si filius, qui patri, ff. de Vulgari*, & dictum est *supra, d num.* 581. vel non erat in potestate substituentis: & tunc si habebat hæredem, satis est quòd coheres adeat; quia aditio coheredis sufficit ad confirmandum testamentum, & consequenter substitutionem in eo factam; id quod etiam constat per *l. Apud Iulianum, §. Idem Iulianus, ff. Ad Trebel.* Si autem cohæredem non habebat, opus est vt curator ipsius furiosi petat pro illo bonorum possessionem secundùm tabulas: quæ possessio licèt non sit propriè aditio (curator enim furiosi non permittitur adire, sed tantùm petere bonorum possessionem *l. fin. §. Sin autem, Cod. de Curat. fur.*) attamen confirmat tabulas exemplares, sicut confirmat fideicommissa vniuersalia, *l. Cum hæres instituta, ff. Ad Trebel.* quam legem dicit Barthol. *supra*, esse singularem ad hoc.

834 Quartò & vltimò requiritur, vt substituens priùs moriatur, quàm filius, cui exemplariter substituit. Non reperio hoc ita expressum apud DD. sed tamen ab omnibus videtur supponi. Et quidem si talis filius erat in potestate substituentis procedit in eo ratio principalis, ob quam *sect. præced. §. 20. numer. 742.* cum communi DD. statuimus, perire Pupillarem substitutionem, si filius viuo patre substituente moriatur. Quia nimirum talis filius non solùm est intestabilis ob defectũ naturalem, propter quem supplendum Pupillaris, & Exemplaris substitutio inducta est, sed etiam ob patriam potestatem, à qua si non exeat, & sui juris efficiatur, vt per se testari non potest, *Instit. Quibus non est permiss. fac. testam.* ita nec valere testamentum ei factum per alium, vt sæpius in superioribus dictum est. Cæterùm quòd etiam quando filius non erat in potestate substituentis, opus sit vt substituens præmoriatur. Probatur facilè hac ratione; quæ procedit siue filius esset in potestate, siue non. Nam quandiu testator viuit, nullam vim neque effectum habet ejus testamentum, vel dispositio aliqua in eo contenta, vt est notissimum: ergo, si filius moriatur viuo testatore substituente, pertinebit necessariò hæreditas ipsius filij, & omnia ejus bona, siqua habebat, ad hæredes ab intestato, & non ad substitutum; cùm substitutio contenta in testamento nihil omnino operetur viuẽte testatore; & sic impedire non possit, quominus totum jus acquiratur hæredibus legitimis illius filij, quales erunt ejus mater & pater, vel alius ascendens: aut illius liberi, si eos habuerit. Quæ ratio similiter concludit in Pupillari substitutione.

Si quæras, vtrùm quando vterque parens exemplariter substituit, eidem filio, requiratur vtriusque mors? Negat absolutè Fusar. *de Substitut. q. 179. fine*, cum Intrigl. quem refert. Distinguendum tamen est: nam vel filius erat in potestate patris; vel non: si hoc secundum, satis proculdubio est, quòd alter parentum ante illum moriatur, ad hoc vt valeat substitutio ab ipso præmortuo facta: & solùm euanescet substitutio, quam superuiuens fecit: nihil enim obstat testamento, & substitutioni talis parentis præmortui, quòd alter parens illi, & filio superstes sit. Si autem filius erat in potestate patris, tunc vt substitutio ei per matrem facta valeat, necesse est quòd vterque parens præmoriatur: de ipsa matre, quòd oporteat eam prædecedere, constat ex dictis *num. præced.* De patre etiam probatur ex dictis *§. præced. num.* 820. vbi tradidimus requiri ad Exemplarem substitutionem, quòd filius saltem tempore mortis suæ sit sui juris; seu extra patriam potestatem: vnde si mortua matre remanet vsque ad mortem sub potestate patris, necesse est euanescere substitutionem ei factam per matrem. Si autem pater priùs moriatur, tunc bene stabit substitutio per ipsum patrem 835

trem facta, licèt mater ei, & filio superuiuat: cum mortuo patre, statim filius reddatur sui juris, & sit capax decedendi cũ testamento.

§. 6. *Qui substituendi sint quando fit Exemplaris substitutio?*

SVMMARIVM.

SI mentecaptus habet filios, vel alios descendentes, ij sunt exemplariter ei substituendi, vel aliquis eorum; num. 836. Vtrùm hoc sit intelligendum de solis legitimis, an etiam de naturalibus tantum? num. 837. & seqq.

Vtrum existentibus pluribus filijs mentecaptis, possit ejus parens substituere vnum ex eis, & cæteros præterire, vel exhæredare, sine alia causa legitima? Affirmant aliqui; num. 840. Alij verò probabiliùs negant; num. 841. & seq. Soluuntur fundamenta prioris sententiæ; num. 843.

Si mentecaptus descendentes non habeat, debent ei substitui exemplariter fratres, si eos habeat, vel aliquis eorum; quod intelligitur tam de vtrimque conjunctis, quàm etiam de conjunctis ex altero tantùm latere, ita vt pater teneatur substituere consanguineos, & mater vterinos; numer. 837. & 844. & seq.

Extantibus fratribus mentecapti vtrimque ei conjunctis, & simul consanguineis tantùm, & vterinis tantùm, in electione patris est substituere ei exemplariter vnum ex consanguineis, & in electione matris vnum ex vterinis, prætermissis alijs, etiam vtrimque conjunctis, licèt aliqui DD. refragentur; num 846.

Si furioso essent substituti exemplariter duo ejus fratres, & vnus eorum, relictis filijs moreretur, viuente adhuc ipso furioso; vtrum filij fratris defuncti concurrere debeant cum patruo superstite in successione furiosi? Proponitur pars affirmatiua; num. 847. Negatiua tamen statuitur; num. 848.

Consobrinus furiosi non potest ei substitui exemplariter simul cum fratre ipsius furiosi: neque per repræsentationem simul cum eo admitti, si talis frater exemplariter fuit substitutus; dict. numer. 848.

Declaratur quædam decisio Senatus Lusitani, quæ præfatæ resolutioni videbatur contraria; num. 649.

Si nullus extet frater furiosi, sed tantùm filius fratris, non oportet eum filium substitui exemplariter ipsi furioso; numer. 850.

Si omisso fratre furiosi substituatur exemplariter aliquis alius, vtrum non solùm ipsa substitutio, sed etiam testamentũ principale sit irritum? num. 851.

Si mentecaptus habeat filios, vel fratres, qui etiam sint amentes, an oporteat eos exemplariter substitui? num. 852.

Vtrum extantibus filijs, vel fratribus mentecapti, possit ejus parens substituere illi aliquod monasterium? Respondetur negatiuè; num. 853. & seq.

Vtrum pater substituendo exemplariter filio mentecapto matrem habenti, teneatur eam illi substituere, saltem in legitima ei aliàs debitâ ex bonis filij? Affirmant aliqui; num. 855. Communis tamen sententia negat; numer. 856. Soluitur fundamentum contrarium; num. 857.

Parentes, quibus est filius mentecaptus, non possunt se ipsos exemplariter substituere; num. 858.

Quando filius, vel frater mentecapti fuerit ei substitutus, grauari non potest fideicommisso, neque alio onere; numer. 859. Id verò intelligitur, nisi grauamen imponatur in fauorem alicujus, qui etiam poterat substitui; num. 860. Idem nisi substitutus grauetur in eo, quod testator reliquit mentecapto vltra legitimam ei debitam; num. 861. Et nisi simul esset substitutus pupillariter verbis expressis; num. 862.

Deficientibus liberis, & fratribus mentecap-

tecapti, possunt ejus parentes ei substituere exemplariter quascumque alias personas, easque grauare fideicommisso, num. 863.

836 QVod attinet ad personas, quæ per Exemplarem substituendæ sunt, sic disponitur *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & aliis substit.* ibi; *Si filius, vel alij descendentes, & hujusmodi mentecapta persona, sapientes sint, non liceat parenti, qui, vel quæ testatur, alios quàm ex eo descendentes, vnum, vel certos, vel omnes substituere. Sin verò etiam liberi testatori, vel testatrici sint sapientes; ex eis verò personis, quæ mentecaptæ sunt, nullus descendat, ad fratres eorum, vnum, vel certos, vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet.* Quo ex textu plures circa præsentem materiam oriuntur dubitationes hìc à nobis expediendæ.

837 Prima dubitatio est, vtrum quod in hac lege dicitur, debere substitui filios mentecapti, intelligatur etiam de illegitimis, seu naturalibus, qui successionis sunt capaces? Pro parte affirmatiua stat ea ratio; quia furiosus non potest contrahere matrimonium, cùm careat consensu libero, & sic nec procreare filios legitimos: ergo non est verosimile, quòd Imperator *in d. textu* de legitimis cogitauerit, & non potiùs de illegitimis, quos tantùm habere potest furiosus. Quo argumento Barthol. *in d.l. Ex facto, num.* 44. *ff. de Vulgari,* tenet Exemplarem extingui si furioso nascatur filius, quanuis naturalis tantùm. Et ita hanc partem in naturalibus natis ex concubina retenta in domo sustinet Gall. *de Exception. succes. tit.* 4. *except.* 20. *num.* 83. *& seq. p.* 2. vbi alios refert.

838 Contrarium nihilominus tenent meritò Polit. *tract. de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. Odd. *in Prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 8. Fusar. *de Substitut. q.* 189. & alij, quos referunt; citari etiam pro hac parte possunt qui sentiunt, Exemplarem non expirare per natiuitatem filiorum ipsius mentecapti, nisi sint legitimi, cujus opinionis sunt Zal. *de Substitut. c.* 3. *fine,* Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, num.* 123. & multi alij, quos citat, & sequitur Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 6. *sub numer.* 2. Probatur primo, quia in legibus nomine filiorum simpliciter dictorum non comprehenduntur naturales; sed tantùm legitimi, vt latè probat Socin. *l. Cum auus, a num.* 61. *ff. de Condit. & demonstr.* Secundò, quia filij naturales non vocantur per leges ad successionem patris ab intestato, *l. fin. C. de Natural. liber.* Ergo multò minùs intelligi debet, quòd leges cogant eos vocari ad successionem ex testamento per Exemplarem: siquidem faciliùs quis excluditur à successione testamentaria, quã ab intestato: hinc enim videmus omnes consanguineos vsque ad decimum gradum vocari ad successionem ab intestato, seruatâ gradus prærogatiuâ: cùm tamen non oporteat vocari per testamentum, nisi solos descendentes, vel ascendentes, & interdum etiam fratres. Tertiò denique quia in Exemplari substitutione potest præteriri mater furiosi, juxta veriorem sententiam infra tradendam, nihil obstante quòd aliàs ipsi matri debetur successio talis filij, saltem quoad portionem legitimam. Ergo multò magis præteriri potest filius naturalis, cui nullo jure patris successio debetur. Neque obstat ratio adducta pro altera parte: quia respondetur, etiam furioso posse nasci filios legitimos, nempe ex matrimonio ante furorem contracto, quod adueniente furore non irritatur, *l. Patre furioso, ff. de His qui sunt sui, vel alieni jur. cap. Dilectus filius, de Sponsal.*

839 Limitanda verò est prædicta sententia vt non procedat in filijs naturalibus, quibus debetur successio, cujusmodi sunt filij naturales, etiam spurij ex coitu non punibili, respectu matris non illustris, *l. Si suspecta, §. 1. ff. de Inoffic. testament. l. 1. §. 1. ff. Ad Tertul. §. Nouissimè, Inst. Ad Orfic. l. Si qua illustris, Cod. Ad Orfic.* Item in Lusitania filij naturales respectu patris plebeij, vt per *Ordinat. Reg. lib.* 4

lib. 4 tit. 92. Hi enim tanquam legitimi habentur ad succedendum parenti tam ab intestato, quàm ex testamento, etiam existentibus alijs verè legitimis.

840 Secunda dubitatio est, vtrum existentibus pluribus filijs mentecapti, possit ejus parens substituere vnum ex eis, & cæteros præterire, vel exhæredare sine alia causa legitima? Respondent affirmatiuè Imola *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, & ibi Ias. idem Imola *in cap. Raynutius, in materia Exemplaris, de Testam.* Fulgos. *in d. l. Humanitatis*, & ibi Castr. Coras. Curt. jun. Rayner. Cynus, Aret. Ias. & alij. Polit. *tract. de Substit. rubr. de Exemplari, num.* 19 & Zasius *de Substitut. cap.* 3. *num.* 7. Mouentur primò & principaliter per text. *in d. l. Humanitatis*, quatenus ibi expressè habetur, vt ex filijs mentecapti substituat testator vnum, vel certos, vel omnes: cui textui planè satisfacit, qui substituit vnum, cæteris omnino prætermissis. Secundò, quia vno tantùm substituto, non possunt alij conqueri, quòd fuerint præteriti ab auo patre mentecapti, à quo præcedebantur: nam auus non tenetur instituere nepotes, viuente patre, eosque præcedente, *l. Gallus, §. In omnibus, ff. de Liber. & posthum.* neque etiam conqueri possunt de ipso patre mentecapti, vel de ejus testamento; cùm testamentum exemplare, quantum ad ordinationem, non sit testamentum patris, sed aui, vt per *l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, ff. de Inoffic. testament.* vbi ex simili fundamento excluditur querela matris præteritæ in testamento pupillari.

841 Nihilominus contrariam sententiam probabilius tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num* 31. & ibi Alex. Angel. Salic. Ripa, & Hieron. Verius, Glos. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Bald. Angel. Salic. Alex. Ias. Dec. & Corn. Menchaca *de Succes. progress. lib.* 2 §. 27. *n.* 56. & Trentac. *de Subst. p.* 3. *cap.* 5. *sub n.* 5. vbi dicit hanc esse æquiorem sententiam, & quòd ab ea in judicando, & consulendo nullo pacto recederet. Fundamentum principale est, quia cùm Imperator, *in d. l. Humanitatis*, cõstituit, vt ex filijs mentecapti substituatur vnus, vel plures, aut omnes, non oportet intelligi, quòd concesserit, vt vno substituto, possent reliqui præteriri, vel exhæredari sine causa. Nam rectè perpensis verbis legis ibi, *Non liceat parentibus alios, quam ex eo* (scilicet mentecapto) *descendentes vnum, vel certos, vel omnes substituere*, planè constat ea esse posita ad restringendam facultatem, quam superiùs absolutè concesserat parentibus ad substituendum exemplariter: quæ autem adjiciuntur ad diminutionem, vel restrictionem, non operantur augmentum, *l. Cũ tale, §. fin. ff. de Condit. & demonstr.* & sic in eum tantùm sensum accipienda sunt, quem præ se ferunt, vt scilicet existentibus filijs mentecapti, non liceat patri aliquem ei substituere, qui ejus filius non sit. Vtrum autem possit substituere vnum, & præterire reliquos? nihil circa hoc lex determinat, sed id relinquit in terminis juris communis, vt scilicet possit, aut vnum, aut certos, aut omnes substituere, prout aliàs ei fuerit licitum de jure; quod satis indicat ille dicendi modus per indeterminationem disjunctiuæ, *vnum, vel certos, &c.* tunc autem hoc ei de jure licebit, quando reliqui fuerint exhæredati ex justa causa, vel ob aliquod vitium successionis incapaces.

Et quidem debere potiùs admitti 842
hunc dicendi modum filijs fauorabilem, quàm oppositum; illud vlteriùs suadet, quia valde alienum est à ratione, & humanitate priuari filios successione parentum absque justa causa. Ergo non debet intelligi, Imperatorem concessisse, vt auus posset per Exemplarem priuare nepotes filios mentecapti successione illius; cùm ipse Imperator in eademmet lege *Humanitatis*, protestatus sit, & intuitu humanitatis parentibus concessisse, vt possent exemplariter substituere; & præterea, quia beneficium Principis sic interpretandum est, vt nemini fiat injuria, *l. Nec auus, Cod. Emancipat. liber.*

843 Atque ex his soluuntur facilè fundamẽta prioris sententiæ. Ad primum patet responsio ex dictis. Ad secundum respondetur, illos filios præteritos posse conquerì de auo: nam quòd dicitur, auum non teneri instituere nepotes, quos pater præcedit, intelligitur in testamento, quo auus sibi hæredem instituit; non verò in testamento, quo instituit hęredem filio, vt in præsenti. Nec obstat text. in illo §. *Sed nec impuberis*, quo probatur non teneri patrem in pupillari testamento instituere matrem pupilli. Est enim diuersa ratio in eo casu; quia magis debita est filijs hæreditas patris, quàm matri hæreditas filij, *l. Nam & si parentibus, ff. de Inoffic. testam. & l. Rescripto, ff. Vnde lib.* neque tanta intercedit ratio humanitatis, & pietatis inter patrem & matrem pupilli, quanta inter auum, & nepotes, cum vxor & maritus sint inter se extranei, nec in aliquo casu teneantur ad inuicem se instituere: at verò nepotes sunt maximè conjuncti auo, & necessario ab eo instituendi, quando pater non est in medio, &c.

844 Tertia dubitatio est, cùm *in dict. l. Humanitatis*, dicitur, oportere substitui fratres furiosi descendentes non habentis, de quibus fratribus id intelligatur? Respondetur, intelligi tam de vtrinque, quàm ex altero *tantùm* latere conjunctis; cùm hac tamen distinctione quoad conjunctos ex altero tantùm latere; quòd pater debet substituere consanguineos, & mater vterinos. Hæc est communis sententia, quam tradunt Barthol. *in dict. l. Ex facto, numer.* 32. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. Ripa, & alij; Bald. *tract. de Substitution. tit. de Exemplari, numer.* 19. Barthol. de Hucio *de Substitut. cap.* 3. *numer.* 17. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 6. *numer.* 6. *vers. Quod notabiliter.* Trentacinq. *de Substitut. p.* 3. *cap.* 5. *numer.* 7. & alij Probatur *ex dict. l. Humanitatis*, vbi clarè postulatur, vt fratres substituendi sint filij testatoris, vel testatricis, vt apparet ex illis verbis; *Sin verò etiam liberi testatori, vel testatrici sint, &c.* Unde cum tam in vterinis respectu matris, quàm in consanguineis respectu patris verificetur, quòd sunt filij testatoris, & testatricis, satis patet, quòd juxta illam legem non solùm debent substitui vtrimque conjuncti, vt malè existimarunt Guilliel. de Cun. *in d. l. Ex facto*, & Polit. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. sed etiam quòd pater debet substituere consanguineos, & mater vterinos.

Hinc inferes, si furiosus non habeat fratres vtrimque conjunctos, sed quosdam consanguineos, & alios vterinos, teneri patrem substituere vnum ex consanguineis, & matrem vnum ex vterinis. Sic cũ Barthol. Alex. Ripa, Salic. & communi Trentacinq. *d cap.* 5. *n.* 8. Si autem solùm extent fratres consanguinei, non tenetur mater vllum ex eis substituere, sed solus pater: & si solùm extent vterini, non tenetur pater ex illis substituere, sed sola mater. Sic Anton. Gom. *d. vers. Quod notabiliter*, & cum alijs Prætis *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpr.* 2. *dub.* 1. *solut.* 7. *n.* 14. *vers. Si vero sint tantùm*; licèt contrarium teneat Ripa *in d. l. Ex facto, col. pen.* & dubitet Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 187. *vers. Idem* Anton. Gomez. 845

Extantibus verò fratribus vtrimque conjunctis, & simul consanguineis tantùm, & vterinis tantùm, maior quędam est difficultas, an sit in electione patris substituere vnum ex consanguineis, & similiter in electione matris substituere vnum ex vterinis omissis alijs, etiam vtrimque conjunctis? Respondent affirmatiuè Barth. Alex. & alij *in d. l. Ex facto*, & Salic. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Fundamentum est, quia respectu patris nulla est differentia inter consanguineos, & vtrimque conjunctos: & similiter respectu matris non differunt vterini ab vtrimque conjunctis: ergo quemadmodum pater, & mater posset substituere vnum ex vtrimque conjunctis, prætermissis cæteris, vt DD. omnes videntur supponere, ita etiam poterit pater substituere vnum ex consanguineis, & mater alium ex 846

vte-

vterinis, cæteris omnibus prætermissis. Cæterùm, quòd in hoc casu debeant substitui fratres vtrimque conjuncti, exclusis consanguineis, & vterinis tantùm, tenent non improbabiliter Trentacinq. *dict. cap. 5. numer. 6.* & Molina *vbi supra*, eoquod in successione ab intestato, quando simul concurrunt fratres vtrimque conjuncti defuncto cum conjunctis ex altero tantùm latere, præferuntur vtrimque conjuncti, *Auth. Itaque, Cod. Communia de Succession.* Vnde idem videtur dicendum in præsenti ob paritatem rationis. Ego verò à priori sententia non recedo.

847 Quòd si furioso essent exemplariter substituti duo ejus fratres, & vnus eorum, relictis filijs moreretur, viuente adhuc ipso furioso, dubitatio non leuis est, vtrùm filij fratris defuncti concurrere debeant cum patruo superstite in successione furiosi? Partem affirmantem videtur tenere Gama *decis. 367.* vbi cùm parens filiæ mentecaptæ substituisset duas ejus sorores, & illis deficientibus, earum filios, euenissetque vt viuente adhuc mentecapta, altera illarum sororum decederet, relictâ filiâ, contendit multis citatus Doctor, consobrinam illam debuisse admitti ad successionem mentecaptæ ex vi illius substitutionis, simul cum illa altera sorore superstite ejus matertera: & pro hac parte testatur judicatum fuisse in supremo Senatu, quanuis aliquibus ipsorum Senatorum refragantibus. Præcipuum fundamentum ad præsens institutum est, quod ponit idem Gama *in d. decis. num.* 8. quia jus commune dictat, vt in successione bonorum diuisibilium concurrat filius sororis, vel fratris cum patruo, vel matertera, sicut ipse frater, vel soror concurreret, si viuus esset, vt per celebrem Glos. *in l. Cum ita, §. In fideicommisso, verb. Proximo, ff. de Leg. 2.* quam Glossam communiter receptam esse testatur Alex. *consil. 137. lib. 1.* &
848 Socin. jun. *consil. 116. col. 2. lib. 1.*

Contrarium tamen tenendum censeo, cum Cephalo *consil. 423. dub. vltim.* Fusar. *de Substitut. q. 189. numer. 16.* & alijs doctis Senatoribus, quorum meminit Gama *dict. decis. 367.* quia neque ex propria persona, neque per repræsentationem patris debent illi filij concurrere cum patruo: non ex propria persona, quia non fuerunt vocati in testamento, seu substitutione furioso factâ: imò neque vocari potuerunt simul cum illo patruo fratre furiosi, vt latè probat Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 2. dub. 1. solut. 7. numer. 15. & seq.* & tenet etiam Cephal. *dict. dub. vltim.* & Fusar. *dict. quæst. 189. numer. 11.* neque etiam per repræsentationem patris, quia beneficium repræsentationis concessum filijs fratrum ad concurrendum cum patruis in successione patrui defuncti, solùm habet locum in successione ab intestato, vt patet ex celebri *Auth. Post fratres, Cod. de Legitim. hæred.* Et quanuis probabile sit, locum etiam habere in successione fideicommissaria, juxta illam celebrem Glos. *in dict. §. In fideicommisso, verb. Proximo:* nusquam tamen admittitur in successione directa ex testamento, qualis est ista de qua loquimur: alioqui si duos fratres tuos institueres, & alter eorum te viuo moreretur, relictis filijs, hi deberent concurrere in tua hæreditate simul cum altero tuo fratre superstite, quod est inauditum, & ab omni jure alienum.

Neque sententia Senatus Lusitani in 849
casu supra commemorato fundata est in eo, quòd illa consobrina repræsentaret matrem, sed quòd in ipsa substitutione fuerit expressè vocata in defectum matris, neque oportuerit solas sorores mentecaptæ exemplariter substitui. Quod fundamentum nostræ resolutioni non officit: præterquam quòd adeo debile, & insufficiens alijs doctis Senatoribus visum fuit, vt judicarent concedi debere reuisionem processus, quam matertera apud Regem conquesta postulabat, vt idem Gama testatur. Vnde etiam doctissimus Aluarus Valasc. consobrinæ patronus, quem idem Gama refert ad calcem

d. decis. 367. alio longè diuerso fundamento eam tuebatur, dicendo illam substitutionem Exemplarem nullius fuisse momenti, eoquod mentecapta instituta non fuerit, prout ad valorem substitutionis necessarium erat per *d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & aliis substit.* & ideo solùm esse agendum de successione talis mentecapræ abintestato: in qua successione consobrina concurrit cum matertera beneficio repræsentationis, vt per *d. Auth. Post fratres, Cod. de Legit. hæred.*

850 Ex his colliges audiendum non esse Anton. Gom. dum *tom. Variar. cap. 6. sub numer.* 6. censet, quòd quando nullus extiterit frater furiosi, sed tantùm filius fratris, debet iste filius consobrinus furiosi ei substitui exemplariter, eoquòd in linea collaterali locum habet repræsentatio in prima persona, idest in filio fratris. Hoc enim falsum esse, quando agitur de successione directa ex testamento, vt in præsenti, satis constat ex dictis. Illud autem rectè addit idem Anton. Gom. *dict. numer.* 6. *fine*, quòd stante fratre viuo, non posset substitui ejus filius, vel alterius fratris.

Si tamen omisso fratre, qui institui
851 debeat instituereturetur aliquis alius, credo solam substitutionem esse nullam, & non totum testamentum, quanuis contrarium senserint Prætis *d. solut.* 7. *numer.* 14. *fine*, Trentacinq. *de Substitution. p.* 3 *cap.* 5. *numer.* 11. post Alex. quem referunt. Moueor, quia illa substitutio est quid accessorium respectu testamenti principalis: nullo autem existente accessorio, non tollitur principale, vt est notissimum. Præterea, quod nulliter factum est, perinde se habet, acsi factum non esset: sed si non esset facta vlla substitutio, id minimè officeret testamento principali: ergo etiam si non officit, quòd nulliter facta sit. Tandem, quia alioqui corrueret etiam testamentum principale, quoties substitutio Exemplaris in eo legitimè facta ex post facto periret, vt quando substitutus ante ipsum furiosum, vel ante testatorem moreretur. Quod certe est inauditum, & manifestum absurdum. Nec obstat quòd *in dict. l. Humanitatis*, dicitur absolutè oportere, vt fratres substituantur, quod est totum fundamentum Aduersariorum. Nam illud verbum, *Oportere*, non oportet quòd referatur ad totum testamentum, cùm optimè intelligatur respectu solius substitutionis, vt satis per se constat. Et ita credo sentire communiter DD.

Illud tandem circa filios, & fratres 852
mentecapti notandum, non oportere eos substitui, si ipsi etiam sint mentecapti vt manifestè colligitur ex *d. l. Humanitatis*, ibi: *Si filij, vel alij descendentes sapientes sint*, &c. & infra, *Sin verò etiam liberi testatori, vel testatrici sint sapientes*, &c. vbi satis apertè significatur, quòd si sapientes non sint, non inducitur obligatio eos substituendi, & ita concedunt omnes teste Polito *d. rubr. de Exemplari numer.* 20. qui tamen in alium sensum prædicta verba detorquet, dicens solita sua libertate, se credere verum intellectum illius legis quoad hoc, alios DD. præterfugisse: expresè verò hanc nostram resolutionem, quoad filios mentecapti, tradit Fusar. *dict. q.* 189. *num.* 13. cum Gallo *de Exception. succes. tit.* 4. *except.* 20. *numer.* 85. & Capra *de Exemplari substitut. numer.* 85. *& seq.* qui tamen solùm eam admittit in auo, dicens secùs esse in patre. Non negant autem DD. hujus sententiæ præstari debere alimenta illis filiis dementibus, vt Polit. *loc. citat.* aduertit. Et quidem meritò, cùm alimenta jure naturæ filijs debeantur ex bonis patris. Neque improbabilis est opinio Angeli in *d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, nullam quoad hoc differentiam facientis inter filios sapientes, & insipientes.

Quarta dubitatio est, vtrùm extan- 853
tibus filijs, vel fratribus mentecapti, possit ejus parens substituere illi exemplariter aliquod monasterium? Hæc dubitatio mihi videtur satis impertinens, si excitetur, vt ab aliquibus excitata est, demonasterio, in quod testator in-

ingressus non est. Nam licèt monasterium in aliquibus casibus dicatur haberi loco filij, vt multi sentiunt, per text. *in cap. In præsentia, de Probation. & in Auth. Siqua mulier, Cod. de Sacrosanct. Eccles.* id solùm procedit respectu personæ, quæ ipsum monasterium ingressa est, & in eo professionem emisit, vt nemini dubium est. Et ita ad propositam dubitationem in illo sensu acceptam, vera & indubitata resolutio est negatiua, quam relatis alijs bene tradit Trentac. *de Substitut. p. 3. cap. 5. num. 6.*

854 Si autem dubitatio excitetur de monasterio, in quo pater factus est Religiosus, & post professionem testatus est inter liberos, vt de jure licitum est juxta *d. Auth. Siqua mulier*, magna reuerà est dubitandi ratio, cùm talis pater in eo testamento possit substituere exemplariter, vt cum alijs resoluimus *disp. 1. sect. 5. §. 5. numer.* 241. Vnde cùm *in d. Auth. Siqua mulier*, monasterium habeatur tanquam vnus ex filijs ipsius testatoris, concludendum videtur posse exemplariter substitui, extantibus filijs testatoris fratribus mentecapti, qui filios non habeat. Nihilominus tamen contrarium est tenendum: tum quia probabilius est, nullo in casu monasterium haberi loco filij, vt plurimis relatis DD. resoluit Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 16. num. 4.* & Mantica *lib. 11. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 7. num. 6.* tum etiam, quia esto monasterium habeatur loco filij in casibus illorum textuum, id non debet extendi ad alios casus ibi non expressos, vt aduertit Sanch. *d. cap. 16. num. 5.* cùm sit exorbitans à jure communi. Vnde non obstat text. *in d. Auth. Siqua mulier*, nam ibi non dicitur, quòd monasterium habetur tanquam vnus ex filijs testatoris, sed si pater professus voluerit diuidere bona sua inter filios, suam personam eis annumeret, ad hoc vt ex ejus persona maneat monasterio portio æqualis singulis portionibus filiorum: vbi nulla ratione comprehenditur, quòd veris filijs extantibus, possit substituere exemplariter monasterium, contra dispositionem, *dict. l. Humanitatis, Cod. de Imp uber. & alijs substitut.*

Quinta dubitatio est, vtrum pater 855
substituendo exemplariter filio mentecapto matrem habenti, teneatur eam substituere, saltem in legitima ei aliàs debitâ ex bonis filij, in qua ipse filius teneretur eam instituere, si per se testaretur? Respondent affirmatiuè Bald. *in dict. l. Humanitatis, numer. 32. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Ial. Aretin. *in §. Qua ratione, Instit. de Pupillari*, Iacob. de Arec. *in dict. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, & ibi Martin. Silim. & Hieron. Verius, & Jas. *numer. 43.* Anchar. *in Repet. cap. Si pater, de Testament. in 6.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 6. numer. 7.* Molin. Theol. *tom. 1. de Iust. disput. 185. vers. Dubium etiam est*, & alij apud Fusar. *de Substitut. quæst. 189. numer. 6.* inter quos adduci posse videtur Barthol. *in l. 2. in tertio effectu Pupillaris, numer. 31. ff. de Vulgari*, dum respondet ad text. *in dict. l. Humanitatis.* Præcipuum fundamentum hujus sententiæ videtur esse, quia *in dict. l. Humanitatis*, præscribitur, vt substituatur frater mentecapti descendentes non habentis: ergo à fortiori substituenda, & præferenda erit mater, saltem in legitima, quæ aliàs ei debetur, & non fratri.

Contraria nihilominus sententia est 856
communis, quam tenent Barthol. *in dict. l. Ex facto, numer. 30.* & ibi Alex. *numer. 43.* Ripa, *numer. 85.* & alij magis communiter, Glos. *in §. Qua ratione, Institut. de Pupillari*, & ibi Ioann. Faber Angel. *in dict. l. Humanitatis*, & ibi Castr. Dec. *numer. 9.* & alij, Ias. sibi contrarius *in l. 2. in 3. effectu Pupillaris, ff. de Vulgari*, & ibi Aret. Imola *in cap. Raynutius, de Testament.* Socin. jun. *consil. 103. numer. 39. lib. 1.* Zas. *de Substitution. cap. 3. numer. 8.* Polit. *de Substitution. tit. de Exemplari, numer. 19. fine*, Leon. *de Substitution. in materia Exemplaris, num. 98.* Prætis *de Interpret. vlt. vol. lib. 3. inter-*

pret. 2. dubit. 1. solut. 7. num. 13. Trentacinq. *de Substit. p. 3. cap. 5. sub numer. 12.* & cum alijs Fusar. *de Substitut. q. 189. num. 5.* qui simpliciter admittunt, posse matrem furiosi præteriri in substitutione Exemplari: & licèt non exprimant, posse per hanc substitutionem excludi etiam à legitima, id tamen videntur intelligere, cùm hac in parte Exemplarem substitutionem æquiparent Pupillari, per quam matrem pupilli excludi posse etiam à legitima, pene indubitatum est, vt vidimus *sect. præced. §. 15. num. 676. cum seqq.* Atque hinc sumitur primum, & præcipuum fundamentum hujus sententiæ: nam cùm Exemplaris substitutio inducta sit ad exemplum, & similitudinem Pupillaris, *d. l. Ex facto, ff. de Vulgari, d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs subst.* planè si per Pupillarem excluditur mater pupilli, etiam quoad legitimam, consequens est, vt etiam excludatur per Exemplarem. Et confirmatur, quia ratio, ob quam per Pupillarem mater pupilli, etiam à legitima excluditur, est, quia talis substitutio est simpliciter testamentum patris, seu pars testamenti paterni; qui pater non tenetur quidquam relinquere vxori: eadem autem est ratio in substitutione Exemplari, vt patet. Secundum & vltimũ fundamentum, omissis alijs sumitur *ex d. l. Humanitatis*, vbi dicitur, quòd parentibus filios mentecaptos habentibus liceat, portione leuitima eis relicta, substituere eisdem, quos voluerint, præterquam si ipsi mentecapti habuerint descendentes, vel fratres; quòd tunc non nisi ex his substituere permittantur. Vnde cùm exceptio firmet regulam in contrarium clarè deducitur, quòd nulla est obligatio substituendi matrem vel vllam aliam personam, præter descendentes, vel fratres mentecapti, si eos habeat.

857 Nec obstat fundamentum in contrarium adductum: quia licèt aliàs debeatur matri legitima, non verò fratribus, id non habetur in consideratione, quando pater testatur & disponit de bonis filij per Exemplarem, vel Pupillarem substitutionem; cùm id faciat nomine suo, nec vllam habeat obligationem relinquendi aliquid vxori. Vnde cùm Imperator non ei conjungat, vt suam vxorem matrem mentecapti substituat, sed solùm vt substituat descendentes, vel fratres ipsius mentecapti, si extent, ad nihil aliud astringi debet.

Sexta dubitatio est, vtrũ parẽtes possint 858
se ipsos exẽplariter substituere? Respondetur negatiuè sic Barth. *in d. l. Ex facto, numer. 33. ff. de Vulgari*, Bald. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num, 20.* vbi dicit, sic tenere omnes, ac nominatim Guilliel. de Cun. Jacob de Aret Martin. Silim, & Rayner. quos refert, Barthol. de Hucio *de Substitut. cap. 3. num. 17.* & cæteri communiter. Probatur primò argum. *l. fin. Cod. de Offic. præt. & l. Si præses, ff. de Offic. præsid*, Secundò, quia vt substitutio Exemplaris vim habeat, requiritur aditio ex testamento principali ipsius substituentis, vt dictum est *supra, §. 5 numer. 832.* in vita autem ipsius testatoris, non potest ejus hæreditas adiri, *l. Qui superstitis, ff. de Acquir. hæred.* Tertiò denique, quia legis prouisio, quæ permittit parentem substituere filio non intelligitur de ipso parente, argum. *l. Si mandauero, §. Si tibi, ff. Mandati.*

Septima dubitatio est, vtrùm quando 859
filius, vel frater furiosi fuerit exemplariter substitutus, vt præscribitur *in d. l. Humanitatis*, possit talis substitutus grauari fideicommisso, vel alio onere? Respondent negatiuè Socin. jun, *consil. 103. numer. 21. lib. 1.* Dec. *consil. 371. col. 3. vers. Quartò*, Roland. à Val. *consil. 68. num. 67. lib 4.* Cephal. *consil. 689. num. 15.* Prætis *de Interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 2. dubit. 1. solut. 7. num. 18.* Emman. Costa *in cap. Si pater, 3 p. verb. Pupillares, num. 20. de Testament. in 6.* Trentacinq. *de Substitut. p. 3. cap. 5. numer. 13.* & alij, quos refer Fusar. *de Substitut. q. 194. numer. 1.* Estque communis sententia. Cujus fundamentũ est, quia quando lex præscribit, vt aliquid designatis personis relinquatur, debet eis relinqui absque vllo onere, alioqui posset ipsa

lex

lex facilè eludi, & reddi frustranea, siquidem integrum esset testatori grauare honoratum, vt relictum statim restitueret, vel tantundem expenderet in alterius vtilitatem, quod perinde foret, ac si nihil ei relinqueretur: & quodlibet etiam minus grauamen sufficeret, vt lex suo integro effectu careret, siquidem ea pars relicti, in qua honoratus grauaretur, alteri potiùs censeretur relicta: & sic lex ex ea parte maneret elusa: quod non est admittendum. Hac enim de causa, cùm legitima ex legis præscripto debeat filijs relinqui, absque vllo grauamine relinquenda est, *l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inofficios. testament.* Hinc etiam, cùm *per l. Fœminæ, cum Auth. seq. Cod. de Secund. nupt.* mulier transiens ad secundas nuptias omne lucrũ à primo viro proueniens teneatur relinquere filijs primi matrimonij, intelligitur debere illud relinquere absque onere, vt notat Trentacinq. *d. num.* 13. *vers. Tertio*, quia alioqui non dicerentur ea bona filijs reseruata, prout *in d. l. Fœminæ*, postulatur.

860 Intelligitur verò prædicta resolutio, primò, nisi grauamen imponeretur in fauorem alicujus, qui juxta ipsam legem substitui poterat. Nam si mentecaptus habeat plures fratres, qui omnes possint ei substitui, juxta *d. l. Humanitatis*, nihil vetat quominus quilibet eorum possit substituti cum onere, vt restituat alteri hæreditatem, cùm siue is, siue ille, siue vterque eam hæreditatem capiat, contra legem non sit, & ita docet Socin. jun. *d. consil.* 103. *sub num.* 24. & ex eo Trentacinq. *d. cap.* 5. *fine.*

861 Intelligitur secundò, vt procedat, quãdo testator filium mentecaptum instituit in sola legitima ei debita; nam si vltra legitimam aliquid ei reliquit, nihil obstat quominus possit ejus hæredem grauare, vt tale relictum restituat. Sic Emman. à Costa vbi *supra, vers. Mihi autem*, & Menoch. *consil.* 351. *num.* 54 *& de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 49. *num.* 14. vbi etiam pro hac parte refert Hieron. Verium.

862 Intelligitur tertiò & vltimò, vt procedat quando testator solùm voluit substituere exemplariter. Nam si substituit impuberi furioso, quem habebat in potestate, & vsus est verbis continentibus etiam Pupillarem Expressam saltem in generali, juxta doctrinam supra traditam *§.* 1. *num.* 767. proculdubio in tali casu valeret onus injunctum substituto, virtute ipsius Pupillaris; cùm per hanc non astringuatur testator relinquere hæreditatem filij alicui certæ personæ, vt est notissimum; & sic hanc limitationem approbat Prætis *loco cit.*

Octaua & vltima dubitatio sit, vtrùm 863
deficientibus liberis, & fratribus mentecapti, possint ejus parentes ei substituere exemplariter quascumque alias personas, easque grauare fideicommisso, vel alio onere? Respondetur affirmatiuè; nam quòd possint substituere, quas personas voluerint, constat per text. expressum *in d. l. Humanitatis*, ibi: *Liceat ijsdem parentibus, legitima portione ei, vel eis* (scilicet filijs, vel filio mentecapto) *relicta, quos voluerint his substituere*, & ita docent Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 30. Zas. *tract. de Substitut. cap.* 3. *numer.* 7. Leon. *tract. de Substitution. in materia Exemplaris, num.* 80. Prætis *d. solut.* 7. *numer.* 14. & cæteri omnes. Deinde, quòd etiam possint tales personas grauare fideicommisso, & alijs oneribus supponunt ferè omnes DD. in superiori dubitatione allegati, & patet tum argum. text. *in l. Si fundum sub conditione*, 83. *§. fin. ff. de Leg.* 1. vbi valet legatum relictum à pupillariter substituto. Tum ea ratione, quia cùm testatori liceat substituere quoscumque voluerit, nihil vetat quominus possit relinquere vni cum onere, vt restituat alteri, nam in tantùm quis potest grauari à testatore, in quantum liberè honoratur.

(:)

§. 7. *Quos effectus habeat Exemplaris substitutio?*

SUMMARIUM.

PRimus effectus Exemplaris substitutionis est, vt ex illa capiat substitutus omnia bona mentecapti. Quod intelligitur, nisi substitutio esset facta mentecapto arrogato; num. 864.

Secundus effectus est, quòd Exemplaris expressa inducit Tacitam Vulgarem, quod tamen variè limitatur; num. 865.

Tertius effectus est, quòd inducit etiam Pupillarem Tacitam. Id verò sine controuersia non transit; num. 866. *& seq.*

Quartus effectus est, quòd per Expressam Exemplarem excluditur mater mentecapti, etiam à legitima ei aliàs debitâ; num. 868.

Per Exemplarem Tacitam comprehensam in Expressa Vulgari non excluditur mater mentecapti, neque alij ascendentes ab illius successione, præterquam in aliquibus casibus, num. 869. *Secus dicendum de Tacita Exemplari comprehensa in Expressa Pupillari; numer.* 870.

864 EFfectus Exemplaris substitutionis facilè ex dictis circa effectus Pupillaris intelligentur; & ideo quàm breuissimè nos ab illis expediemus. Primus itaque, & præcipuus hujus substitutionis effectus est, quòd ex illa capiat substitutus omnia mentecapti bona; sicut pupillariter substitutus capit omnia bona pupilli, juxta text. *in l. Sed si plures, §. Ad substitutos, ff. de Vulgari*: qua de re latè dictum est *sect. præced. §.* 11. *& seqq.* & ita in specie docent Barthol. *in l. Ex facto, numer.* 34. *ff. de Vulgari*, & ibi DD. Bald. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. Petr. de Anchar. *consil.* 8. *in princip.* Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, num.* 91. & alij communiter. Eadem namque quoad hoc est ratio in Exemplari, atque in Pupillari. Vnde addunt bene citati DD. id debere intelligi, nisi substitutio esset facta arrogato, quia tunc solùm trahetur ad bona, quæ furiosus habuit ab arrogatore, sicut in Pupillari dicitur per text. *in l. Si arrogator, ff. ff. de Adoption. & in d. l. Sed si plures, §. In arrogato. ff. de Vulgari.*

Secundus effectus est, quòd Exemplaris Expressa continet, seu inducit Tacitam Vulgarem; vt notant Barthol. *sup.* & DD. communiter *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari*, Odd. *in Prælud. de Compend. p.* 4. *q.* 1. *num.* 1. Leon. *de Substit. in materia Exemplaris, num.* 93. Zas. *de Substitut. cap.* 3. *num.* 8. Bald. *de Substitut. rubr. de Exemplari, sub num.* 20. *vers. Quintò principaliter*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 16. *num.* 18. Menoch. plures referens *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 44. *num.* 1. Fusar. *de Substitut. q.* 173. & cæteri communiter, argum. text. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, vbi sub Expressa Pupillari (cui Exemplaris æquiparatur) contineri dicitur Tacita Vulgaris. Unde addit meritò Fusar. *supra*, hanc resolutionem limitari in omnibus casibus, in quibus Vulgaris non continetur in Pupillari: quos casus latè commemorauimus, *sect.* 2. *hujus disp. §.* 2. *à num.* 51. 865

Tertius effectus est, quod Expressa Exemplaris inducit Pupillarem Tacitam. Hic effectus non est tam constans, sicut præcedens. Illum namque impugnat Leon. *vbi supra, num.* 95. quod nulla illius videatur esse necessitas. Nam vel impubes furiosus, cui Exemplaris facta est, decessit non adita hereditate; & tunc habet locum Tacita Vulgaris sub illa Exemplari comprehensa: vel decessit, adita hæreditate, antequam esset pubes, quo tantùm tempore locum posset habere Pupillaris; & tunc non oportet ad illam recurrere, quasi tacitè in dicta Exemplari pro tali casu contentam; siquidem pro tali etiam tempore & casu, habet locum ipsa Exemplaris Expressa; qua stante, non est 866

re-

recurrendum ad aliam speciem substitutionis tacitæ, cùm expressum faciat cessare tacitum, & prouisio hominis prouisionem legis, *l. Maritus, Cod. de Procurat. l. 1. Cod. de Pact. conuent. cum similibus.*

867 Nihilominus tamen hunc tertium effectum meritò admittunt Bald. *in d. l. Humanitatis, num. 64. Cod, de Impub. & alijs substit.* Cephal. alios referens *consil. 423. num. 104.* Polit. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num. 12.* Mantica *d. tit. 16. sub nnmer. 18.* Menoch. plures referens (quanuis malè) *d præsumpt. 44. num. 2.* & Fusar. *de Substitut. q. 174.* cum alijs, quos refert. Ratio est, quia facta Exemplari substitutione impuberi furioso, potest euenire, vt talis impubes reddatur sanæ mentis, antequam ad pubertatem perueniat; in quo casu cessat ipsa Exemplaris, *d. l. Humanitatis, & §. Qua ratione, Institut. de Pupil.* & solum potest habere locum Pupillaris si ille sui jam compos ante pubertatem decedat. Atque pro tali casu rectè intelligitur testatoris voluntas fuisse, vt substitutus admitteretur ad ejus successionem ex Pupillari: nam si facta Pupillari Expressa, rectè intelligimus, testatorem voluisse vt substitutus succederet ex Vulgari, vel Exemplari, si eueniret casus, in quo solùm ex his, non verò ex illa succedi posset: cur non etiam intelligemus eum voluisse, vt exemplariter à se substitutus admitteretur ex Pupillari, eueniente casu, quo hæc tantùm stare posset? Ex quo fundamento excluſum etiam manet, quòd Leonius in contrarium adduxit; cùm demus casum, in quo necesse est recurrere ad Tacitam Pupillarem in Expressa Exemplari contentam. Neque admittendum est, quòd Couar. *in cap. Raynutius, §. 6. num. 4. in fine, de Testam.* cum Alexandro, absque alio fundamento dicit, scilicet, nullius effectus fore Exemplarem factam impuberi furioso, si is mente jam sana ante pubertatem decedat. Contrarium enim constat ex nostro fundamento, & traditur in specie à Polito citat.

Quartus effectus est, quòd per Exem- 868
plarem Expressam excludit substitutus matrem mentecapti ab illius successione. Hunc effectum agnoscunt communiter DD. Ias. *in l. 2. num. 32. ff. de Vulgari,* vbi testatur de communi, Dec. *in d. l. Humanitatis, num. 9.* Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, num. 97.* Zas. *de Substitut. cap. 3. num. 8.* Menchaca *de Success. progres. lib. 2. §. 11. numer. 28.* Prætis, *lib. 3. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 2. dubit. 1. solut. 7. numer. 13.* dicens esse communem opinionem, Odd. *in Prælud. de Compend. p. 4. q. 9. numer. 3.* Couar. *in d. cap. Raynutius, §. 6. numer. 6.* & cum alijs Fusar *de Substitut. q. 197. num. 1. & 4.* Fundamentum est quia Exemplaris fuit introducta ad similitudinem Pupillaris: vnde cùm per Pupillarem, si Expressa sit, mater pupilli excludatur, vt DD. pro comperto habent, & ostensum est *sect. præced. §. 15.* idem cum proportione dicendum est in Exemplari. Estque hoc intelligendum, etiam quoad legitimam matri aliàs debitam, vt notant Ias. *in d. l. 2. num. 31.* dicens esse communem opinionem Menchaca *loco citat.* & Fusar. *d. q. 197. num. 2.* cùm Pupillaris ad legitimam etiam matri denegandam extendatur, vt vidimus *d. §. 15. num. 676. cum seq.* quod pari ratione procedere in Exemplari satis ostendimus *§. præced. num. 856.* Ampliatur præterea dicta resolutio, vt locum etiam habeat in Exemplari comprehensa in Compendiosa, cùm sit Expressa verbis generalibus; quòd in Pupillari sufficit ad matris exclusionem, vt est communis DD. sententia. Ita Grat. *consil. 134. numer. 42. lib. 1.* Mantica *d. tit. 16. num. 22.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 46. numer. 2.* & cum alijs Fusar. *dict. quæstion. 197. numer. 4.*

Secus dicendum in Tacita Exemplari 869
comprehensa in Expressa Vulgari. Vt enim per Pupillarem Tacitam in dicta Vulgari contentam, non excluditur mater pupilli, neque alij ascendentes præterquam in aliquibus casibus à nobis commemoratis *sect. præced. §. 16.* ita pariter di-

dicendum est in dicta Exemplari: Tacita, juxta communem sententiam, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num.* 35. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 47. Ias. *numer.* 43. & Ripa *num.* 85. Bald. *de Substitut. rubr. de Exemplari, num.* 21. Barthol. de Hucio, *de Substitut. cap.* 3. *num.* 18. Zas. *tract. etiam de Substitut. cap.* 3. *num.* 8 Mantica *d. tit.* 16. *num.* 21. Menoch. *d. præsumpt.* 46. *num.* 1. Fusar. plures referens *d. q.* 197. *num.* 4. & cęteri communiter, licèt contrarium teneat Leon. *vbi supra, num.* 99. qui cùm sentiat matrem excludi per Pupillarem, tam Expressam, quàm Tacitam, idem consequenter tenet in Exemplari: & idem tenere debent omnes alij, qui in Pupillari Tacita hunc effectum agnoscunt, quos retulimus, & confutauimus *d* §. 16.

870 Si autem loquamur de Tacita Exemplari comprehensa in Expressa Pupillari, prout eam admisimus *supra, num.* 867. fatendum omnino erit, quòd etiam per illam excluditur mater mentecapti, sicut excluditur per ipsam Expressam Pupillarem, in qua comprehenditur: nam si testator voluit vt substitutus admitteretur per Pupillarem contra matrem, eadem prorsus est ratio vt intelligamus, voluisse etiam eum admitti per Exemplarem contra eandem matrem; cùm vtrobique agatur de successione in bonis filij, cui aliàs succedere debebat mater.

§. 8. *Quando Exemplaris substitutio expiret?*

SVMMARIVM.

EXemplaris substitutio finitur ex eisdem causis, & defectibus ex quibus finitur Pupillaris: excepto quòd Pupillaris expirat pubertate instituti, non ita verò Exemplaris: item quòd Pupillaris finitur exeunte pupillo à potestate patris substituentis, nec ad eam redeunte; secus verò Exemplaris; num. 871.

Exemplaris cessat, cessante furore, vel alio morbo, ratione cujus facta est; ibid.

Vtrum redeunte furore, qui jam cessauerat, reconualescat Exemplaris substitutio priùs facta? Prima sententia, & communis simpliciter affirmat; numer. 872. *Secunda simpliciter negat; num.* 873. *& seq. Tertia distinguit, negando conualescere substitutionem, si furor post longum tempus redijt: secus verò si breui reuersus est, & interim non fecit furiosus testamentum; num.* 875. *& seq. Hæc tertia sententia præfertur, & magis declaratur; numer.* 877.

Si furor cessauit, & redijt viuente testatore, qui cum eodem testamento decessit, relicto filio insaniente, substitutio conualuit, etiamsi furor post longum tempus redijsset. Et quid si furor cessauit viuente testatore, & redijt post ejus mortem- num. 878.

Exemplaris substitutio extinguitur, si instituto nascantur filij legitimi. Vtrum etiam extinguatur natiuitate filiorum naturalium? Affirmat Barth. si substitutio est facta furioso; secus verò si muto, vel prodigo; num. 879. *& seqq. Alij verò etiam substitutionem factam mentecapto negant extingui natiuitate filiorum naturalium, & hæc sententia præfertur; num.* 882. *& seq. Limitatur autem nisi esset substituta persona verosimiliter minùs dilecta, quam filius naturalis instituti. Item nisi filius naturalis esset talis, cui deberetur successio in bonis parentis mentecapti; num.* 884.

AD hanc quæstionem vniuersim lo- 871
quendo respondetur, Exemplarem finiri ex eisdem fere causis, & defectibus, ex quibus Pupillaris extinguitur. Ita Barthol. *in d. l. Ex facto, num.* 39. *ff. de Vulgari*, Bald. *de Substitut. tit. de Exemplari, num.* 35. Barthol. de Hucio *de Substitut. cap.* 3. *num.* 20. Zas. *de Subs-*

Substitut. cap. 3. num. 9. Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, numer. 15.* Trentacinq. *de Substitut. p. 3. cap. 6. in princip.* & cęteri communiter. Vnde ferè omnia, quæ superiori *sect.* circa Pupillaris extinctionem diximus, huc cum proportione applicanda sunt: vtrobique namque eadem militant jura, & rationes, vt consideranti patebit. Dixi, ferè omnia, propter vnum vel alterum, quod necessario excipiendum est. Nam Pupillaris extinguitur aduentu pubertatis, exemplaris autem minimè, vt est notissimum, per text. *in §. Qua ratione, Instit. de Pupillari,* ibi: *Et si puberes sint.* Item Pupillaris finitur, exeunte pupillo è potestate patris substituentis, nec ad eam redeunte. Exemplaris autem ex tali causa non finitur, cùm ad eam nihil referat, quòd institutus sit, aut non sit in potestate substituentis, vt tenent omnes per text. *in d. l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & al. substitut.* vbi etiam matri permittitur substituere filio exemplariter, cum illum in potestate non habeat. His vero exceptis, nulla alia occurrit causa, ex qua Pupillaris, non vero Exemplaris extinguenda sit. Vltra prædictas tamen causas, quæ Pupillari, & Exemplari communes sunt, illa propriè conuenit Exemplari, vt eam cessare faciat, si cesset furor, vel alius morbus, ratione cujus ipsa substitutio facta est, vt expressè habetur *in d. l. Humanitatis, & in d. §. Quâ ratione.*

Est autem grauis dubitatio. Vtrum re- 872
deunte furore, qui jam cessauerat, reconualescat substitutio? In qua quæstione tres sunt principales sententiæ. Prima simpliciter affirmat, quam tenent Barth. *in d. l. Ex facto, num. 40. ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num. 47.* & Alciat. vbi etiam illam dicunt communem. Ias. *num. 49.* & Ripa *num. 102.* tenent etiam Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Exemplaris, num. 47.* Anton. Gom. plures referens *tom. 1. Variar. cap. 6. num. 11.* & multi alij apud Trentacinq. *de Substitut. p. 3. cap. 6. num. 1.* vbi testatur hanc esse communem, & receptam scribentium sententiam. Probatur primò, per tex. *in d. l. Humanitatis,* quatenus ibi dicitur, quod si mentecaptus resipuerit, cessat substitutio: vbi notatur, non dici, quod substitutio extinguitur, sed quod cessat, inter quæ verba est differentia, *l. Inter stipulantem, §. Sacram,* & ibi Glos. *verb. Cessaturam, ff. de Verbor. obligat.* ergo cessante furore, non extinguitur substitutio, sed cessat, & suspenditur; & consequenter reuerso furore, vires resumit. Probatur secundo argumento, *l. Cum alijs, Cod. de Curat. furiosi,* vbi officium curatoris dati furioso habenti lucida interualla non extinguitur, sed tantum suspenditur, seu impeditur ejus exercitium, tempore quo furor cessat. Intelligitur autem hæc sententia, nisi furiosus medio illo tẽpore, quo lucidum interuallum durauit, fecisset testamentum validum: tunc enim fatetur Barth. *supra, num. 41.* & cæteri DD. citati, tabulas exemplares prorsus extingui, & firmum manere testamentũ furioli: quod satis constat per text. *in d. l. Humanitatis.*

Secunda sententia negat simpliciter, 873
substitutionem conualescere. Hanc tenent Decius *in d. l. Humanitatis, num. 10. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Curt jun. & Coras. Polit. *de Substit. tit. de Exemplari, prope fin.* & alij. Probatur quia *in d. l. Ex facto, ff. de Vulgari,* dicitur desinere valere testamentum factum furioso si ille resipuerit; & *in d. §. Qua ratione, Instit. de Pupil.* dicitur, Exemplarem infirmari per resipiscentiam furiosi, sicut Pupillaris infirmatur, vbi pupillus adoleuerit, seu ad pubertatem peruenerit. Qui textus plane significant, Exemplarem simpliciter extingui, vbi furor cessauerit: atqui quod semel extinctum est amplius non reuiuiscit, *l. Qui res, §. Aream, ff. de Solut.* ergo Exemplaris minimè in casu proposito reuiuiscit.

Contra quod nihil reuera facit quod 874
Imperator *in d. l. Humanitatis,* non dixit, substitutionem extingui per dictam resipiscentiam, sed cessare. Nam licèt aliàs hæc verba diuersum habeant sensum, certè in præsenti nihil aliud voluit Impe-

rator

rator significare, quàm illud ipsum, quod *in d. l. Ex facto, & in d. §. Qua ratione*, habetur, scilicet substitutionem desinere valere, & infirmari, sicut Pupillaris aduentu pubertatis infirmatur. Vnde planè corruit primum fundamentum superioris sententiæ. Neque etiam obstat secundum; quia respondetur, esse diuersam rationem in illo curatore; nam cùm fuerit datus habenti lucida interualla, statim à principio fuit ei commissa cura furiosi in omnia tempora, quibus ille fureret: & ideo non debuit extingui, neque intermitti illud officium, nisi tantùm quoad exercitium, quando furiosus haberet lucida interualla vt satis per se liquet. At verò substitutio Exemplaris fuit facta furioso simpliciter, & non oportet nec debet intelligi, quòd fuerit facta pro vllis distinctis temporibus, quibus ille per interualla furore corriperetur: tum quia furor suâpte naturâ est, & supponitur perpetuus: tum maximè quia habenti lucida interualla non potest substitui exemplariter, vt diximus §. 4. *num.* 780. & est communis sententia; cùm is per se possit testari, quando est sui compos; & si tunc non testetur, sibi debeat imputare.

875 Tertia sententia est media inter duas superiores, easque fædere distinctionis inter se conciliat: distinguit enim duos casus, alterum, quo furor paulo post resipiscentiam redijt: alterum, quo longo post tempore reuersus est: & in primo casu dicit, substitutionem conualescere; secus autem in secundo. Hanc tenent Bald. *in d. l. Humanitatis, in fine*, Angel. *in d. §. Qua ratione*, Zas. *de Substitut. cap.* 3. *num.* 10. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 6. *fine, de Testament.* Mantica *de Conject. vltim. volunt. tit.* 16. *num.* 26. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 50. *num.* 6. *cum seqq. vsque ad* 16. & alij infra citandi. Secunda pars hujus opinionis constat satis ex fundamento pro secunda sententia adducto. Et præterea confirmatur hac ratione, quia vel furiosus, cui per longum tempus furor cessauit, testamentum eo tempore fecit, vel non: si testatus est, omnes fatentur Exemplarem extingui, & sustineri illius testamentum, ne quod in fauorem introductum est, in odium retorqueatur, contra *l. Quòd fauore, Cod. de Legib.* Si autem testamentum non fecit, vel consultò & datâ operâ noluit testari; & tunc censetur tacitè vocasse succedentes ab intestato, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* quę tacita voluntas Exemplarem substitutionem excludit, sicut excluderet Expressa; cùm taciti & expressi eadem sit virtus, *l. Cum quidà, ff. Si cert. pet.* vel per negligentiam testatus non est, & tunc sibi debet imputare, quòd manserit intestatus.

Prior verò pars, in qua hæc sententia 876
concordat cum prima, suadetur hac ratione; quia furor, qui breui reuertitur, non censetur cessare, argum. *l. Quidquid, in fine, ff. de Regul. jur.* vbi mulier non dicitur diuertisse, si statim ad virum redijt, & argum. *l. Plerique, ff. de Ritu nupt.* vbi cùm eadem mulier ad virum reuertitur, idem matrimonium censetur, si intra breue tempus reconciliati sunt. Vnde taliter furiosi censeri possunt, sicut ij, qui dicuntur inumbratæ quietis, *l. Quod meo, ff. de Acquir. hæredit.* ergo cùm furor in tali casu non censeatur fuisse simpliciter extinctus, nec revera morbus extinctus fuerit (alioqui non tam cito repullulasset) censeri etiam non debet extincta fuisse substitutio propter illum facta, sed ad summum fuisse interim suspensa, & impedita, dum lucidum interuallum durauit, nisi fortè tunc temporis furiosus fecisset testamentum; nam si illud fecit, sustinendum est, si aliàs fuit legitimum, & consequenter extincta manst substitutio, vt omnes fatentur, & constat ex dictis. 877

Hæc tertia sententia mihi videtur probabilior quoad vtramque partem; quam etiam reipsa tenet Salic. *in d. l. Humanitatis, num.* 5. quatenus dicit, si cõstet, vitium fuisse prorsus extinctum, & postea ex noua causa renatum, substitutionem semel extinctam non conualescere; sed si cõstaret, prorsus non extinctum, substitutionem permanere: in dubio autem præsumi, non fuisse vitium prorsus extinctum, sed semper reliquias aliquas

hujus

hujus morbi, quanuis occultè, permansisse. Idem tenet Trentacinq. *dict. cap. 6. sub numer. 1. vers. Hæc responsio, ad finem, vers. Opinio tamen*, vbi addit opinionem Barthol, & communem defendi posse, quando non constat quod vitium dementiæ fuerit prorsus extinctum; in dubio autem id præsumendum non esse; cùm furor sit morbus suâpte naturâ perpetuus, & sic nunquam censeatur perfectè abolitus, vt per Glos. *in cap. fin. de Successione. ab intestato*, & Abb. *in cap. Cum inter Canonicos, numer. 7. in fine, de Elect.* sed hoc non placet. Nam si furor ex longo interuallo redierit, præsumi potiùs debet fuisse plenè extinctum, & ex noua causa postea redijsse, vt bene aduertunt Mantica *dict. numer. 26.* & Menoch. *dict. numer. 16.* & consequenter in tali casu substitutio non cõualesceret, vt per supradicta.

Hoc tamen intelligendum est, quan-
878 do furor cessauit, & redijt post mortem testatoris: nam si cessauit, & reuersus est viuente testatore, qui decesit cum eodem testamento, relicto filio insaniente, omnino tenendum videtur, substitutionem conualuisse furore etiam post longum interuallum redeunte; vt tenent Guilliel. de Cun. & Raynerius apud Barth. *in d. l. Ex facto, numer. 40.* quod etiam admittit Leon. *de Substitut. in materia Exemplaris, numer. 118.* & Menoch. *d. præsumpt. 50. numer. 3. & 4.* Ratio est, quia testamentum, & ipsa substitutio, quandiu testator viuit, non est perfecta, sed semper quodammodo in fieri, donec per mortem testatoris confirmetur, cùm quælibet vltima voluntas sit deambulatoria vsque ad mortem: & ideo cùm testator non mutauerit testamentum, & furor jam redijsset, quando ille moritur, rectè intelligitur eum voluisse cum tali testamento decedere, & quòd substitutio valeret, perinde acsi denuo illam fecisset: vnde etiam quando furor cessauit, viuo testatore, & redijt post ejus mortem, docet Menoch. *supra, numer. 18* substitutionem permanere, si non appareat testatorem mutasse testamentum; quòd tunc intelligatur voluisse, vt substitutio duraret, & locum haberet; quasi suspicatus sit, filium non omnino eo morbo liberatum. Quare si paulo post mortem ipsius testatoris furor redierit, stabit substitutio: secùs autem si redierit ex longo interuallo, vt idem Menochius rectè pro isto casu aduertit, per supradicta. Quod autem interuallum censendum sit longum, vel breue, judicis arbitrio relinquitur, vt tradit idem Menoch. *d. præsumpt. 50. numer. 17.* post Couar. *d. § 6. in fine.*

Dubitari etiam hic solet, vtrum 879
Exemplaris substitutio extinguatur natiuitate filiorum naturalium ipsius mentecapti? Licèt enim *in dict. l. Ex facto*, expressè habeatur hanc substitutionem finiri, si mentecapto nascantur filij: attamen ille textus loquitur tantùm de filijs legitimis; quia solùm dicit, hanc substitutionem rumpi agnatione Sui hæredis: secus autem si hæres non est filius naturalis, nisi sit legitimus. Et ideo dubiæ quæstionis est, an etiam natiuitate filiorum naturalium non legitimorum dicta substitutio rumpatur? In hac igitur dubitatione Barthol. *in dict. l. Ex facto, numer. 4.* distinguit inter substitutionem factam mentecapto, & factam muto, vel prodigo: si est facta mentecapto dicit extingui natiuitate filiorum naturalium: secùs autem si muto, vel prodigo.

Fundamentum prioris partis est, 880
quia *in dict. l. Humanitatis*, dicitur absolutè, substituendos esse filios mentecapti, si eos habeat; vnde consequenter vult Imperator, vt si filij postea nascantur mentecapto, rumpatur substitutio, qua aliquis alius ei substitutus est: hoc autem debet intelligi de filijs naturalibus: nam quando lex, aut homo loquitur de filijs mentecapti, intelligi debet de his, quos habere potest: mentecaptus autem solùm potest habere filios naturales non legitimos, cùm non sit capax contrahendi matrimonium, ex quo filij legitimi nascuntur. Quod si opponas, in contrarium stare *d. l. Ex facto*, vbi dicitur rumpi Exemplarem si

mentecapto nascatur hæres Suus. Respondet Barthol. in ea lege reddi duas rationes illius dicti; quarum secunda est, quia quando Imperator dedit parenti facultatem substituendi, quem vellet, filio mentecapto, non esse verosimile eum cogitasse de filijs ipsi mentecapto nascituris. Quæ ratio etiam filijs naturalibus conuenit. Confirmatur præterea hæc sententia per text. *in l. Hæredibus*, §. *fin. ff. Ad Trebel.* vbi habetur, quòd filij uaturales furiosi faciunt deficere conditionem fideicommissi, *Si sine liberis decesserit*. Cujus ea est ratio secundùm Barthol. quia vbi fit mentio de filijs furiosi, intelligirur de naturalibus, cùm legitimos habere non possit, & ita hanc partem tenent etiam Alex. *in dict. l, Ex facto*, *sub numer.* 48. & ibi Iaf. *sub numer.* 49. Angel. *in dict. l. Humanitatis*, & ibi Coraf. *numer.* 19. & Bald. *tract. de Substitution. tit. de Exemplari*, *numer.* 28.

881 Alia pars quòd substitutio facta muto, vel prodigo non extinguatur natiuitate filiorum naturalium illegitimorum, probatur argum. text. *in l. Generaliter*, §. *Cum autem*, *Cod. de Institut. & substitut.* vbi substitutio facta filijs per fideicommissum intelligitur, si ipsi sine liberis legitimis decedant; ita quod soli liberi legitimi substitutum excludant, non verò filij naturales, (nisi fortè in quodam casu, de quo Glos. ibidem *vers. Sobole*) qui textus, cùm procedat in substitutione facta filio capaci habendi filios legitimos locum planè habet in muto, & prodigo; cùm hi capaces sint contrahendi matrimonium, & consequenter procreandi legitimam sobolem.

882 Aliorum verò sententia est, etiam substitutionem factam mentecapto non extingui natiuitate filiorum naturalium. Hanc tenent, Imola *in dict. l. Ex facto*, & ibi Cuman. Ripa, & Hieron. Verius, idem Imola *in cap. Raynutius*, *in materia Exemplaris*, *de Testament* Polit. *tract. de Substitut. tit. de Exemplari*, *in fine*, vbi dicit hanc esse communem, Zas. *de Substitution. cap.* 3. *in fine*, Leon. *de Substitution. in materia Exemplaris*, *numer.* 123. Menchac. *de Succeff. progress. lib.* 2. §. 27. *numer.* 82. dicens esse receptiorem sententiam, & Trentacinq. alios etiam referens *tract. de Substitution. p.* 3. *cap.* 6. *ad fin.* Quæ sententia mihi etiam videtur verior, per *dict. l. Generaliter*, *in dict. §. Cum autem*, simulque ex alijs fundamentis, quibus *supra*, §. 6. *numer.* 828. defendimus, non oportere substitui exemplariter filios naturales mentecapti, sed tantùm legitimos.

883 Neque obstat fundamentum in contrarium adductum, cùm clarum sit, etiam mentecaptis posse nasci filios legitimos (si nimirum antequam in amentiam inciderent, matrimonio copulati essent) idque habitum fuisse in consideratione legislatoribus, vt patet ex *dict. l. Ex facto* dum statuit, Exemplarem extingui si mentecapto nascatur hęres Suus. Vnde miror Bartholum moueri potuisse ad contrariam sententiam tuendam tam debili, imò tam apertè falso fundamento. Ad confirmationem ex text. *in dict. l. Hæredibus*, §. *fin.* respondetur, eum textum procedere, quando liberi sunt expressè positi in conditione; in quo casu non negamus debere conditionem intelligi etiam de filijs naturalibus: nos autem loquimur quando filius subintelligitur positus in conditione legali, seu per legem subintellecta; & in tali casu negamus conditionem intelligi de filijs naturalibus: constat enim quòd tunc legitimè tantùm nati intelliguntur, vt probat text. *in dict.* §. *Cum autem.* Et ratio diuersitatis est, quia in conditione expressè apposita per hominem attenditur tantùm existentia, & merum factum, & non curatur quòd filius existat cum jure, & effectu succedendi, *l. Filiusfamilias*, §. *Cum quis*, *ff. de Leg.* 1. Quod secus est, quando conditio subintelligitur per legē, tunc enim necesse est, vt filius existat cum effectu succedendi; quia talis conditio

tio subintelligitur ex conjectura pietatis, vt probatur *in l. Cum auus, ff. de Condit. & demonstr.* ne scilicet liberi à parentum hæreditate excludantur, *l. Cum acutissimi, Cod. de Fideicommiss. l. Scripto, ff. Vnde liberi.*

Limitat autem hanc resolutionem Le-
884 on. *supra*, vt procedat, nisi sit substituta persona verosimiliter minùs dilecta, quã filius naturalis furiosi, vt si esset substitutus aliquis extraneus: quod mihi videtur satis probabile. Limitanda etiam est, vt non procedat in filijs naturalibus, quibus debetur successio; prout dixi *supra*, §. 6. *num.* 839.

SECTIO V.

De substitutione Reciproca, seu Breuiloqua.

DIcendum nunc est de substitutione Reciproca, quæ Breuiloqua etiam dicitur; quæ tunc datur, quando in vna verborum conceptione plures hinc inde instituuntur, & substituuntur, vt dicit Barth. *in l. Lucius, numer. 4 fine, ff. de Vulgari*, vbi de hac substitutione ex professo agit. Ordo à nobis in præsenti seruandus, hic erit. Primò trademus hujus substitutionis definitionem, & quædam alia spectantia ad propriam ejus rationem cognoscendam. Secundò, quibus verbis fiat? Et vtrum tacita etiam Reciproca admittenda sit, & quando? Tertiò, quot, & quas substitutiones continere possit? Quartò quando contineat, vel non contineat substitutionem Vulgarem? Quintò, quando contineat Pupillarem? Sextò, quando contineat Exemplarem? Septimo, quando contineat Fideicommissariam? Octauò, quomodo intelligenda sit Reciproca facta inter inæqualiter, vel diuerso modo institutos? Vltimò, quo modo hæc substitutio finiatur.

§. 1. Traditur definitio substitutionis Reciprocæ: quare Reciproca, & Breuiloqua appelletur? Et vtrùm sit peculiaris species ab alijs distincta?

SUMMRAIUM.

Reciproca substitutio variè definitur & aliquæ ejus definitiones magis vtiles assignantur; num. 886. & seq.

De ratione Reciprocæ est, vt substituti vocentur æqualiter ad mutuam successionem; d. num. 886.

Reciproca substitutio etiam inter exhæredaeos locum habere potest, & similiter inter præteritos; num. 887.

Cur hæc substitutio dicatur Reciproca, & Breuiloqua? num. 888.

Si non eadem ratione, vel sub eodem communi verbo, sed separatim, plures adinuicem substituti sint, non est propriè substitutio Reciproca, sed sunt plures substitutiones disparatæ, quarum quælibet per se seorsim consideratur, juxta qualitatem personæ, cui facta fuerit; num. 889.

Vtrum Reciproca sit peculiaris species substitutionis ab alijs distincta? numer. 890.

REciproca substitutio communiter definitur juxta Barth. & alios DD. 886
in d. l. Lucius, ff. de Vulgari: Est substitutio in qua sub vnica verborum conceptione plures instituti adinuicem substituuntur. Plures tamen alias definitiones diuersas apud diuersos DD. repetio, ex quibus duæ mihi videntur satis vtiles. Primam tradit Mantica *lib. 7. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 4. num. 4.* juxta Salic. *in l. In testamento, num. 17. Cod. de Testam. milit.* quæ sic habet: *Est substitutio, quæ breuiloquio plures æqualiter, & reciprocè complectitur substitutiones.* Vtilitas hujus definitionis cõsistit in eo, quod declarat de natura Reciprocæ

substitutionis esse, vt substituti vocentur æqualiter ad mutuam successionem, vt si dictum sit; *Instituo Petrum, & Paulum, & eos inuicem substituo*: non possit Petrus ex vi talis substitutionis succedere Paulo per Vulgarem, vel Pupillarem, nisi Paulus etiam possit similiter succedere Petro, si casus in eo eueniat, vt per *l. Iam hoc jure, vers. Sed si alter, ff. de Vulgari*, & ibi DD. Unde Bald. *ibidem*, & ex eo Mantica *supra, num.* 2. dicunt, hanc substitutionem non ob aliam causam vocari Reciprocam, nisi ratione paritatis substitutionum, quas complectitur.

Alia definitio constituitur in hunc
887 modum; *Est substitutio, quæ pluribus hæredibus institutis, vel exhæredatis, alterum in alterius defectum substituit.* Hanc tradit Couar. *in cap. Raynutius, §. 7. numer.* 1. *de Testament.* quam etiam probat Mantica *dict. numer.* 4. cujus vtilitas in eo est; quia declarat hanc substitutionem, non solùm inter institutos, sed etiam inter exhæredatos locum habere posse: constat namque quod etiam duobus filijs impuberibus exhæredatis, potest pater reciprocè substituere, per *l.* 1. *ad fin. ff. de Vulgari.* Vnde vt communis definitio supra tradita sit adæquata, sic accipienda est, vt nomine institutorum, etiam exhæredati comprehendantur. Imo cùm etiam impuberibus præteritis possit interdum fieri Pupillaris substitutio, vt in casibus à nobis commemoratis *sect.* 3. *hujus disput. §. 7. numer.* 556. *& seq.* profectò in talibus euentibus stare poterit Reciproca facta ipsis impuberibus præteritis. Quare satius erit asserere prædictam communem definitionem procedere de Reciproca quæ ordinariè fieri solet: regulariter namque solùm fit inter eos, qui instituti sunt: cùm substitutio regulariter supponat institutionem, & substitutus detur instituto.

888 Ratio, cur hæc substitutio appellatur Reciproca, patet ex ipsa definitione; quia nimirum fit duobus, aut pluribus adinuicem substituendo alterum alteri, vel cuilibet eorum reliquos, idque seruatâ inter eos substitutionis æqualitate, quantum ad speciem ipsius substitutionis; ita vt si ego tibi sim substitutus vulgariter, tu mihi etiam vulgariter substitutus sis; & sic de reliquis speciebus substitutionis adinuicem factis, vt supra *numer.* 886. notatum est. Dicitur etiam hæc substitutio Breuiloqua, quia breui vnius orationis compendio continet plures substitutiones mutuò diuersis personis factas; vt cùm duobus, aut pluribus simul institutis, adjicit testator; *Eosque adinuicem substituo*: aut similia verba.

Quòd si non eadem oratione, eo- 889
demue communi verbo, sed separatim plures essent adinuicem substituti, tunc non diceretur verè, & proprie fieri substitutio Reciproca, sed essent, & dicerentur simpliciter plures substitutiones disparatæ, quarum neutra alteram respiceret, & quælibet de per se consideranda erit, juxta qualitatem personæ, cui facta fuerit: quod non ita esset, si forent substituti per Breuiloquam, seu Reciprocam de qua loquimur. Nam si duobus imparibus facta sit substitutio Reciproca, vt duobus filijs, quorum alter sit pubes, & alter impubes, dicente testatore se eos instituere, & adinuicem substituere, in tali substitutione non continebitur Pupillaris, quæ solùm in persona impuberis potest habere locum, sed tantùm Vulgaris, cujus vterque filius est capax, eoquòd de natura Reciprocæ est, quòd æqualiter se habeat inter eos, quibus fit, *dict. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* At verò, si illis duobus filijs per ipsummet verbum; *Substituo*, fiat substitutio adinuicem in diuersis orationibus, tunc sanè filio impuberi censetur facta non solùm Vulgaris, sed etiam Pupillaris: filio autem puberi solùm Vulgaris, cùm in tali casu sint duæ substitutiones separatæ, & disparatæ, quarum quælibet de per se consideratur, vnde cum illud verbum, *Substituo*, relatum ad personam impuberis, non solùm con-

conueniat Vulgari substitutioni, sed etiam Pupillari, vtramque censetur inducere, *cap. Si pater, de Testament. in 6.* & diximus *supra sect. §. 3. 3. num. 507.* Atque ita in specie docet cum alijs Emman. Costa *in d. cap. Si pater, 3. p. vers. Personis, num. 4.*

Hinc dubitatur, vtrùm Reciproca sit peculiaris species substitutionis per se ab alijs distincta, vel solum collectio plurium substitutionum? Aliqui censent esse
890 speciem de per se, quàm sententiam relatis alijs tenet Trentacinq. *de Substitut. p. 7. cap. 3.* sed resolutiuè dicendum est, non esse speciem distinctam, sed solum adjectionem plurium, vt tradit Barthol. *in d. l. Lucius, num. 2. ff. de Vulgari*, estque communis sententia, teste Mantica *d. tit. 4. numer. 3.* & Trentacinq. *d. cap. 3.* qui plures pro ea refert. Ratio patet, quia licèt quoad formam, & modum concipiendi differat ab alijs substitutionibus simpliciter, ac separatim conceptis, & hac ratione tanquam distincta species numeretur; tamen cùm non possit non incidere in aliquam aliarum substitutionum, necessario cum illis coincidit; & sic distinctam speciem constituere non potest.

§. 2. *Quibus verbis fiat substitutio Reciproca? & vtrùm tacitè etiam subintellecta admittenda sit, & quando?*

SVMMARIVM.

SVbstitutio Reciproca nullam certam verborum formam sibi determinat, num. 891.

Variæ formæ hujus substitutionis ex Bartholo assignantur, num. 892.

Vtrùm quando pluribus institutis datus est substitutus, resultet substitutio Reciproca tacitè subintellecta inter ipsos institutos? Et in primis, vtrùm resultet Reciproca Vulgaris, ex qua institutus superstes excludat substitutum à successione constituti, qui non adiuit, numer. 893. Virum resultet etiam Reciproca Pupillaris, si instituti erant impuberes, & alter eorum decessit intra ætatem pupillarem? numer. 894.

Quando pater instituit duos filios impuberes, & vltimo eorum morienti substituit pupillariter Seium, an tunc subintelligenda sit Pupillaris Reciproca inter ipsos impuberes, ex qua mortuo primo in pupillari ætate, debeat ei succedere alter, qui superest? Respondetur affirmatiuè, si mater illorum impuberum sit in medio, & substitutio est facta in tota hæreditate, vt cum dictum esset; vltimo eorum decedenti in pupillari ætate, substituo Seium in tota hæreditate; numer. 895. Idem est, si extaret in medio alter frater illorum impuberum, qui pro parte successurus esset primo morienti; numer. 897. Idem etiam est, licet substitutio non esset facta expressè, in tota hæreditate, sed tantùm verbis indefinitis; numer. 898. Idem quoque erit, quando impuberi vltimo decedenti facta esset Pupillaris comprehensa in Compendiosa; numer. 899.

Substitutiones directæ etiam conjecturis inducuntur, præsertim si sint desumptæ ex verbis testamenti; num. 896.

Vtrùm ex prædicta pupillari facta impuberi vltimo decedenti in tota hæreditate resultet etiam tacita Fideicommissaria inter ipsos impuberes, pro casu, quo primus moriatur factus jam pubes? num. 900.

Quando vltimo dictorum impuberum morienti datus est substitutus pupillaris, & non existit in medio eorum mater, vel alius frater, qui concurrere deberet in successione ab intestato impuberis primo decedentis, non relultat inter ipsos impuberes Tacita Pupillaris Reciproca, etiamsi vltimo decedenti

facta sit substitutio in tota hæreditate, licet multi contrariè opinentur, numer. 901.

Quando vltimo illorum impuberum datus est substitutus pupillaris, non in tota hæreditate, non resultat inter eos Reciproca Pupillaris, num. 902.

Vtrum quando pluribus institutis datus est substitutus, resultet inter eos Reciproca Fideicommissaria tacitè subintellecta? num. 903. *remissiuè.*

861 DE forma, seu verbis, quibus hæc substitutio concipitur, illud generatim constituendum est, hanc substitutionem (sicut & reliquas) nullam certam formam, peculiariauè verba, sibi determinare, sed quibuscumque verbis fieri posse, dummodo sub vnica oratione, seu conceptione contineant plures substitutiones diuersis personis ad inuicem factas, juxta supradicta *numer.* 888. *& seq.* vnde, cùm sub ea lege innumeræ formæ in particulari possint concipi, non possumus omnes tradere, nec necessarium est. Quare solùm hic subjiciemus formas, quas Bartholus ex jure assignat *in d. l. Lucius, num.* 4. *ff. de Vulgari*; ex quibus facile erit alias comminisci, vel, si occurrant, internoscere.

892 In primis ergo dicit Bartholus, Reciprocam fieri his verbis: *Vos inuicem substituo*, vt *d. l. Lucius, & l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, cum concord.* Dicit deinde, fieri etiam per hæc verba; *Vter eorum viuet, hæres esto*, vt *l. Titius, & Seius, cum l. seq. ff. de Hæred. instit. & l. Si fundum, sub conditione, §. His verbis, ff. de Leg.* 1. Dicit tertiò fieri quoque his verbis. *Inuicem instituti, & substituti sunto*, vt probatur *in l. Cum in testamento, §. Hæc verba, ff de Hæred. instit.* Vltimò statuit fieri etiam hoc modo, *Vos hæredes meos instituo, & siquis vestrum deceßerit, volo bona mea ad alium deuenire, vel peruenire*: quibus verbis licèt aliqui sentiant, contineri Reciprocam Fideicommissariam, propter verbum, *deuenire*, vel *peruenire*, quod in multis textibus vsurpatur vt obliquum, attamen cũ reuera sit verbum commune, dicit idem Barth. contineri substitutionem ejusdem rationis cum ea, quæ fit per verbum, *Substituo*; quod etiam est commune, & sic contineri substitutionem directam, cum quo plures alij transeunt. Aliqui verò, vt Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 12. *num.* 4. & Guido Pape, quem refert, sentiunt contineri Compendiolam, tum directas, tum fideicommissarias, pro suo tempore complectentem. Quæ quidem opinio non videtur improbabilis, sed tamen de hoc alibi; qui plures desiderauerit formas legat Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 59. *per totam*; ibi enim multas alias adducit, ac similiter probat.

893 Vtrùm verò admittenda etiam sit Reciproca, quæ nullis verbis sit Expressa, sed tantùm subintellecta ex alijs verbis testatoris? Quæstio est, quam DD. agitare solent pro casu, quo pluribus institutis datus est substitutus: in qua specie dubitatur. Vtrum ex datione substituti inducatur, & resultet Reciproca tacitè subintellecta inter institutos? Ac primò quidem quæritur, vtrum inducatur Reciproca Vulgaris? Secundò, vtrùm Reciproca Pupillaris? Tertiò vtrùm Reciproca Fideicommissaria?

894 Quod ergo attinet ad primum quæsitum, casus formatur hoc modo: dixit testator; *Instituo Titium, & Seium, & si non fuerint hæredes, substituo Sempronium*, mortuus est vnus ex institutis, antequam esset hæres? Quæritur, vtrum debeat succedere in ejus locum institutus superstes, quasi inter ipsos institutos facta esset Reciproca, vel potiùs debeat tunc succedere substitutus, & non solùm in casu, quo neuter institutus sit hæres? Respondetur succedere quidem debere institutum superstitem, & per eum excludi substitutum; vtrùm verò succedat per Reciprocam tacitè subintellectam? Esse quæstionem inutilem. Ita respondent Zanch. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer.* 492. *ff. Ad Trebel.* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 61. *num.* 2. & Fu-

Fusar. *de Substitut. q.* 262. *num.* 1. & plures alij, quos referunt. Quod debeat succedere institutus superstes, est communissima Doctorum sententia, quàm tradidimus, & latè contra nonnullos probauimus *sect.* 2. *hujus disp.* §. 13. *num.* 204. *& seqq.* Quòd autem quæstio de Reciproca sit inutilis, constat, quia talis institutus succedit in portionem alterius per jus accrescendi, seu non decrescendi, vt *citato loco* visum est: & sic superfluum est quærere, vtrum subintelligatur substitutus per Reciprocam? Cùm per jus accrescendi idem consequatur: quod si dicas, ipsum jus accrescendi dici Tacitam Vulgarem Reciprocam, vt per *l. Si Titio, §. Iulianus, ff. de Leg.* 2. Respondetur, quòd in hoc sensu erit quæstio de nomine; nam cum ex alibi dictis supponamus dictum institutum superstitem succedere ex jure accrescendi, solùm erit quæstio, vtrùm tale jus dicendum sit substitutio Reciproca? Et hęc etiam quęstio inutilis est. Illud quoquè hìc notandum, multos esse casus in quibus ne jus quidem accrescendi competit institutis contra vulgariter substitutum illis datum: quos casus tradidimus *d.* §. 13.

894 Secundum quæsitum pro Reciproca Pupillari formatur hoc modo. Titius instituit duos filios suos impuberes, & substituit eis pupillariter Seium; mortuo patre decessit vnus ex illis filijs intra ætatem pupillarem, quæritur vtrùm ei succedat frater superstes per Reciprocam tacite inter eos subintellectam, vel potiùs succedat substitutus frater excluso? Huic quæsito eodem fere modo respondetur, sicut superiori, nimirum, illum quidem fratrem superstitem succedere, at non per Reciprocam inter ipsos fratres institutos subintellectam, sed ob legitimam successionem ab intestato eis inter se à testatore reseruatam, juxta text. *in l. Vel singulis, ff. de Vulgari, & §. Vel singulis, Instit. de Pupillari.* Ita resoluunt communiter DD. quos longa serie referunt, & sequuntur Menoch *d. præsumpt.* 61. *num.* 12. & Fusar. *de Substitut. d. q.* 262. *num.* 2. constatque satis ex traditis *sect.* 3. *hujus disp.* §. 12. vbi latè explicauimus quando substitutus pluribus impuberibus non admittitur ex Pupillari, quolibet eorum ante pubertatem moriente, sed solùm cum omnes in pupillari ætate decesserint: vnde quod in præsenti dicimus, fratrem superstitem succedere prædefuncto ex legitima successione ipsis reseruata, intelligi debet cum declarationibus, & limitationibus dicto loco adhibitis: multos namque ibidem posuimus casus, in quibus, mortuo primo impubere, statim substitutus admittitur, alio impubere excluso.

Si autem ponamus vltimo tantùm illo- 895
rum impuberum morienti fuisse datum substitutum pupillarem, potior quæstio est, an tunc subintelligenda sit facta Pupillaris Reciproca inter ipsos impuberes institutos, ex qua mortuo primo in pupillari ætate debeat ei succedere alter qui superest? In qua quæstione tres casus distinguuntur. Primus est, quando mater illorum impuberum extat in medio, & substitutio est facta in tota hęreditate: vt si testator dixit, *Instituo Caium, & Mæuium filios meos impuberes, & vltimo eorum decedenti in pupillari ætate substituo Seium in tota hæreditate.* Et in hoc casu subintelligitur ReciprocaPupillaris facta inter ipsos institutos. Ita Barth. *in d. l. Vel singulis*, & ibi Aretin. Imol. & Socin. sen. *num.* 22. *ff. de Vulgari*, Couar. *in cap. Raynutius*, §. 8 *num.* 6. *de Testam.* Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 2. *sub num.* 19. *vers. Et cum superior.* & cum multis alis Menoch. *d. præsumpt.* 61. *numer.* 3. & Fusar. *d. q.* 262. *num.* 12. Fundamentum est, quia cum testator substitutionẽ fecerit in tota hæreditate, eo ipso voluit vt substitutus haberet integras portiones vtriusque instituti: non posset autem eas habere, nisi tota portio primi decedentis perueniret ad vltimum, *l. Si vniuersæ*, & ibi Barth. *Cod. de Leg.* & ad ipsum vltimum peruenire non posset, nisi mediante Reciproca Pupillari; quia alioqui mater pro sua parte succederet ab intestato in bonis primi decedentis, juxta *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* & sic

impediret ne tota portio illius primi ad vltimum perueniret.

896 Quod si opponas, substitutiones directas non induci conjecturis, vt per text. *in l. Cum proponeretur, ff. de Leg. 2. & in l. Iubemus, Cod. de Testament.* multi DD. tradunt apud Menoch. *lib. 4. præsumpt. 64. num 3.* Respondetur, licèt substitutiones directæ non ita facilè admittantur ex conjecturis, & præsumptionibus sicut admittuntur fideicommissariæ, nihilominus eas etiam conjecturis induci, quando id est necessarium, ad hoc vt voluntas testatoris impleatur vt probat text. *in l. 1.* & ibi Bald. *ff. de Hæred. instit.* Zanch. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, num. 498. ff. Ad Trebel.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4 præsumpt. 61. num. 5.* & cum alijs Fusar. *de Substitut. q. 262. num. 13.* & quanuis multorum opinio sit, directas substitutiones non induci conjecturis, ea opinio procedet, quando conjecturæ extrinsecus desumuntur, non verò quando resultant ex verbis ipsius testamenti; vt conciliando opiniones tradunt Bald. *in l. Captatorias, num. 4. Cod. de Testament. milit.* Aret. *in l. Potest, col. 2. ff. de Vulgari,* Zanch. *in d. §. Cum ita, num. 146. fine,* Alciat. *in l. 3. ff. de Verbor. signif.* Menoch *cons. 408. num. 45. & d. præsumpt. 64. num. 4.* Fusar. *vbi supra,* & alij quos refert. Nam quod ex expressis in testamento concludentur resultat, pro expresso haberi debet. In præsenti autem conjectura Reciprocæ Pupillaris concludenter resultat ex verbis, & dispositione in testamento expressis. Vnde non sunt audiendi Oldrad. Alberic. Angel. Roman. Castr. & alij relati à Menoch. *dict. præsumpt. 61. num. 4.* & Fusar. *d. q. 262. num. 14.* qui contrariam sententiam tenuerunt, eo fundamento, quòd substitutio directa conjecturis non inducitur.

897 Prædicta communis resolutio procedit similiter, quando extaret alter frater, qui aliàs pro parte successurus esset ab intestato simul cum impubere superstite, pari namque ratione talis frater censetur excluſus per Pupillarem Reciprocam inter ipsos impuberes subintellectam, sicut eorum mater, vt consideranti patebit. Et ita post alios docent Zanch. *in d. §. Cum ita, p. 6. num. 38.* Menoch. *d. præsumpt. 61. num. 6.* & Fusar. *d. quæst. 262. numer. 15.*

898 Procedit etiam dicta resolutio, quando substitutio non esset facta expressè in tota hęreditate, sed esset facta verbis indefinitis, vt si testator dixit; *Substituo in hæreditate,* vel, *in bonis.* Nam tunc etiam Reciproca inducitur inter dictos impuberes extante eorum matre vel fratre, qui cum altero fratre superstite concurreret in successione defuncti, sic Couar. *in cap. Raynutius, §. 8. num. 6. de Testam.* Menoch. *d. præsumpt. 61. numer. 7.* Intrigl. *de Substitut. cent. 2. q. 82. num. 10.* & Fusar. *d. q. 262. num. 16.*

899 Procedit item, quando impuberi vltimo decedenti facta esset Pupillaris comprehensa in Compendiosa, vt cum testator ita dixit; *Instituo filios meos impuberes, & vltimo quandocumque decedenti substituo Seium:* Quia tunc etiam, si in medio extet mater, vel alius frater, qui ab intestato succederet, præsumitur facta Reciproca Pupillaris inter ipsos impuberes. Ita Couar. *vbi sup.* Menoch. *d. præsumpt. 61. num. 8.* Intrigl. *d. q. 82. numer. 11.* & Fusar. *d. q 262. num. 17.* licèt contrarium teneat Ripa *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, num. 22. ff. Ad Trebel.* & Trentacinq. *de Substitut. p. 5. cap. 2. num. 21.*

900 Illud etiam graues DD. in præsenti obseruant, & prædicta Pupillari facta impuberi vltimo decedenti in tota hæreditate resultare etiam Reciprocam Fideicommissariam inter ipsos impuberes pro casu, quo primus decedat jam pubes factus. Sic Aret. *in d. l. Potest, in fine, ff. de Vulgari,* Ripa *in d. §. Cum ita, num. 22.* & ibi Zanch. *p. 6. num. 43.* Couar. *in dict. cap. Raynutius, §. 8. in fine,* Menoch. *d. præsumpt. 61. num. 9.* & Intrigl. *d. q. 82. numer. 12.* Quod in hoc etiam casu seruari nequeat voluntas testatoris, nisi inter illos impuberes intelligatur facta Reciproca Fideicommissaria, ex qua portio primo-

morientis perueniat ad vltimò decedentem, cui Pupillaris in tota hæreditate facta est. Contrarium tamen probabilius tenent Vigl. *in dict. §. Vel singulis, Instit. de Pupillari*, Menchaca *de Succeß. progreß. §. 25. ante num. 76.* & Fusar. *d. q. 262. num. 19.* Quia licèt spectato verborum rigore ex eo quòd testator substituit pupillariter vltimo morienti in tota hæreditate videatur voluisse grauare primò morientem per fideicommissum, vt si fiat pubes portionem suam restituat vltimo, & sic inducere inter illos Reciprocam Fideicommissariam; attamen cum tale fideicommissum sit odiosum, vtpote inducens grauamen restitutionis, non est præsumendum, eam fuisse testatoris voluntatem, sed tantùm voluisse, vt si vterque decederet in pupillari ætate, tunc per mortem vltimi pupillariter substitutus haberet portionem vtriusque, & sic vt sola Reciproca Pupillaris inter ipsos impuberes interueniret. Quod inde mihi fit planum; nam si vltimus decedat pubes, non intelligitur, quòd in tali casu sit grauatus à testatore per Fideicommissariam restituere hæreditatem dicto substituto; neque enim Pupillaris Fideicommissariam continet, vel in eam conuertitur: ergo etiam intelligi non debet, quod voluit grauare tali fideicommisso priùs decedentem jam puberem factum, ne dicamus magis dilexisse vnum, quàm alterum; quod nulla ratione cogitari potest.

901 Secundus casus est, quando non est in medio mater, neque alius frater, qui concurrere deberet in successione ab intestato impuberis primò decedentis: & tunc non oportet intelligi inductam Reciprocam Pupillarem inter ipsos impuberes, quantumuis substitutio vltimo morienti facta sit expressè in tota hereditate. Sic Din. *in d. l. Vel singulis, ff. de Vulgari*, & ibi Paul. Castr. Bald. *in d. l. Potest, ff. eod.* & ibi Aret. *in fin.* & Imola etiam *in fine*, Vigl. *in d. §. Vel singulis, Inst. de Pupillari*, Zanch. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer. 495. ff. Ad Trebel.* Menchac. *de Succeß. progreß. lib. 2. §. 15. numer. 75. & seqq.* Menoch. *d. præsumpt. 61. num. 11.* Trentacinq. *de Substitut. p. 5. cap. 2. sub num. 19. vers. Et cum superior*, & cum alijs Fusar. *de Substitut. q. 262. num. 5.* licèt contrarium sentiant Barth. *in l. Titia Seio, §. Seia libertis, ff. de Leg 2. & in d. l. Vel singulis*, & ibi Imola, Aret. & alij Couar. *d. §. 8. num. 6.* vbi testatur de communi, & multi alij apud Fusar. *supra, num. 10.* Probatur facilè, quia in tali casu est reseruata legitima successio ab intestato inter ipsos impuberes, ex qua qui vltimus decessit, hæres extitit primi decedentis: & sic ad substitutum ipsi vltimò datum tota hæreditas vtriusque impuberis deueniet, juxta testatoris voluntatem, quin oporteat recurrere ad Pupillarem Reciprocam inter ipsos impuberes inductam. Idemque quanuis mater sit in medio, si Statuto sit excluſa à successione, vt relatis multis notant Menoch. *d. num. 11.* & Fusar. *supra, numer. 11.*

Tertius casus est, quando substitutio 902
facta est vltimo morienti, sed non in tota hæreditate: vt si dictum est, substituo illi pupillariter in sua parte Sempronium. Et in hoc etiam casu non inducitur Reciproca Pupillaris inter ipsos impuberes, sic post alios Couar. *in d. §. 8. num. 5.* Zanch. *in d. §. Cum ita, num. 494.* Menoch. *d. præsumpt. 61. fine*, & Fusar. *d. q. 262. numer. 4.* Patet quia in tali casu, si mater, vel alius frater concurrat in successione primi morientis cum impubere superstite, atque adeo nulla inter eos sit Reciproca, adhuc bene impleri potest voluntas testatoris, qui voluit vt substitutus caperet portionem hereditatis, quæ ad vltimò decedentem deueniſſet, & sic non est vnde Tacita Reciproca inducta censeatur.

Circa tertium quæsitum, de Reciproca Fideicommissaria tacitè inducta, latè 903
disputant DD. distinguendo plures casus, qui reuerà hujus loci non sunt, & propriè spectant ad materiam de fideicommissis. Quare satius duco quæstionem hanc hoc loco prætermittere, Eam plenè tractant Mantica *de Conjectur. vlt. im. volunt. lib. 7. tit. 5.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4.*

præ-

præsumpt. 62. Trentacinq. *de Substitut. p. 5. cap. 2.* & Fusar. *de Substitut. q. 472.* latissimè.

§. 3. *Quot, & quas substitutiones Reciproca continere possit?*

SUMMARIUM.

Reciproca substitutio semper ad minimum continet duas substitutiones ejusdem rationis: potest verò continere multò plures, tum ejusdem, tum diuersæ speciei; num. 904.

Si duobus puberibus fiat Reciproca his verbis; Eos inuicem substituo: *solùm ibi continentur duæ Vulgares. Alij etiam assignantur casus, in quibus solùm continentur duæ Pupillares, vel duæ Fideicommissariæ; ibidem. Item quando contineantur plures? num.* 905.

Substitutiones, quæ in Reciproca continentur, non sunt tacitæ sed expressæ verbis generalibus; num. 906.

904 HVic quæstioni breuiter respondeo, Reciprocam substitutionem semper ad minimum continere duas substitutiones, vel Vulgares vel Pupillares, vel Fideicommissarias; posse verò continere multò plures tum ejusdem, tum diuersæ speciei; licèt cum duabus tantum ejusdem speciei rectè possit consistere. Quod facilè declaro. Nam quòd debeat continere ad minimum duas, patet; siquidem Reciproca fit saltem duobus adinuicem, quod non stat nisi detur saltem vna substitutio ex parte unius, & alia ex parte alterius: deinde quòd possit consistere cum solis duabus ejusdem speciei, constat, quia si duobus puberibus fiat Reciproca his verbis; *Eos inuicem substituo,* talis substitutio solùm continet duas Vulgares, nam licèt verbum, *Substituo,* sit commune, & sic indifferens ad substitutionem Directam, & Fideicommissariam, tamen in dubio intelligitur potiùs pro Directa, *cap. Si pater de Testament. in* 6. & communis DD. Unde cùm in dicta specie non inducat directam Pupillarem; cùm hæc non habeat locum in puberibus; neque Exemplarem, cùm non agamus de mentecaptis; neque etiam Militarem, cùm non ponamus esse factam à milite volente vti priuilegio militari, consequens est solùm induci duplicem Vulgarem. Iam verò si dictum esset; *Eos inuicem vulgariter substituo,* clarum est nullam aliam substitutionem præter duas Vulgares contineri. Item si pater duobus impuberibus exhæredatis substituat prædictis verbis; *Eos inuicem substituo,* talis Reciproca continet tantùm duas Pupillares, Barth. *in l. Lucius, num.* 5. *ff. de Vulgari,* argum. text. *in §. Non solum, Instit. de Pupillari;* & cæteri communiter. Similiter, si Reciproca fiat duobus in codicillo, solùm continebit duas Fideicommissarias, vt notat Barthol. *sup. & §. seq. num.* 910. magis declarabitur.

Quod verò multò plures substitutiones, tum ejusdem, tum diuersę speciei in Reciproca contineri possint, etiam constat facilè: nam si duobus impuberibus institutis, & sub potestate constitutis pater faciat Reciprocam his verbis; *Eos inuicem substituo,* in tali substitutione continentur quatuor, duæ Vulgares, & duæ Pupillares. Et si eam faciat, dicendo; *Eos inuicem substituo, si decesserint in pupillari ætate, vel quandocumque;* continebit sex, duas Vulgares, duas Pupillares, & duas Fideicommissarias. Et siquis habens duos filios impuberes mentecaptos, illis institutis Reciprocam faciat hoc modo; *Si decesserint in pupillari ætate, vel post in dementia, vel aliàs quandocumque, eos adinuicem substituo:* continebit ea Reciproca octo, nempe duas Vulgares, duas Pupillares, duas Exemplares, & duas Fideicommissarias: si verò dictis duobus dementibus facta esset Reciproca simpliciter, dicente patre; *Eos inuicem substituo,* contineret sex substitutiones directas, scilicet, duas Vulgares, duas Pupillares, duas Exemplares. Hæc procedunt 905

dunt quando Reciproca duobus tantùm facta est: si autem facta sit pluribus, vt tribus, quatuor, &c. tunc juxta eorum numerum prædictę substitutiones intra eandem speciem multiplicantur: vnde fieri potest vt vna Reciproca contineat nouem, duodecim, & plures; nam si v. c. quinque impuberibus institutis pater substituat reciprocè illis verbis; *Eos inuicem substituo, si decesserint in pupillari ætate, vel quandocumque*, in tali substitutione continentur quindecim: nimirum quinque Vulgares, quinque Pupillares, & quinque Fideicommissariæ: prout hæc omnia bene tradit Barthol. *in d. l. Lucius, num. 5. ff. de Vulgari*, quibus nonnihil addit Leon. *tract. de Substit. in materia Reciprocæ, num. 36. & seqq.* Sed non oportet hac in re ampliùs immorari, cùm parum videatur habere vtilitatis.

906 Illud tamen necessariò aduertendum est, dictas substitutiones in Reciproca contentas non esse simpliciter tacitas, sed expressas nempe verbis generalibus, vt bene docet Barthol. *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & in d. l. Lucius, numer. 7.* post Glos. ibi, alijsque in locis, estque communis sententia, pro qua plures refert Fusar. *de Substitut. q. 254. num. 6.* quibus adde Bald. *de Substitut. tit. de Reciproca, numer. 6.* Zas. *de Substitut. cap. 4. fine*, & Leon. *supra, numer. 59.* qui licèt verbis refragari videatur, reipsa tamen à dicta communi sententia non recedit. Hinc fit, vt quanuis per Pupillarem Tacitam sub Vulgari Expressa comprehensam non excludatur mater pupilli, vt cum communi tradidimus *sect. 3. hujus disp. §. 16.* tamen per Pupillarem contentam in Reciproca excludenda sit, vt notant DD. citati, *& infra, §. 5.* magis explicandum est.

(:!:)

§. 4. Quando in Reciproca substitutione contineatur, vel non contineatur Vulgaris?

SVMMARIVM.

IN Reciproca regulariter continetur Vulgaris; num. 907.

Quando Reciproca facta esset pluribus impuberibus exhæredatis, non continebit Vulgarem, continebit autem Pupillarem; num. 908. Et similiter quando alter tantùm illorum impuberum esset exhæredatus; num. 909.

Reciproca facta in codicillis non continet Vulgarem. Quod fallit quando facta esset per militem; item secundùm aliquos, quando facta esset per codicillum inter liberos; num. 910.

COnstat ex prædictis contineri posse in Reciproca tum Vulgarem, tum Pupillarem tantùm, tum vtramque simul, & sic de reliquis speciebus; consequens est, vt videamus quando hæc vel illa substitutio reipsa contineatur. In primis ergo quod attinet ad Vulgarem, certa & communis omnium resolutio est, eam regulariter contineri in Reciproca, vt probatur *in l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari:* & patet, nam si testator, duobus institutis, dicat; *Eos inuicem substituo*, vel, *siquis eorum decesserit sit hæres alius*, vel, *Bona mea ad alium deueniant*, aut similia verba Reciprocam continentia, talia verba conueniunt Vulgari in generali: & sic Reciproca continet Vulgarem verbis generalibus expressam. 907

Dixi autem, *Regulariter*, quia sūt aliqui casus, in quibus Vulgaris non continetur in Reciproca. Unus est, quādo Reciproca facta esset pluribus impuberibus exhæredatis: tunc enim nō cōtinet Vulgarē; Barth. *in l. Lucius, n. 5. ff. de Vulgari*, Leon. *de Substit. in materia Reciprocæ, n. 23.* 908

Bald.

Bald. *tract. etiam de Substitut. tit. de Reciproca, num.* 5. Zasius, *de Substitut. cap.* 4. *num.* 3. & cæteri communiter, quia cùm exhæredati non sint vocati, sed excluſi à ſucceſsione teſtatoris, clarum eſt non poſſe inter eos dari Vulgarem, de cujus propria ratione eſt, vt per eam admittatur ſubſtitutus ad ſucceſsionem teſtatoris loco alterius in priori gradu ad eam ſucceſsionem vocati. Quare Reciproca inter illos impuberes facta licèt poſsit continere Pupillarem, & ſic eſſe vtilis, non tamen continebit Vulgarem.

909 Alius caſus eſt, quando facta eſſet Reciproca duobus filijs impuberibus, quorum alter eſſet inſtitutus, & alter exhæredatus. Nam tunc etiam, licèt contineret Pupillarem, non tamen Vulgarem, vt relatis pluribus tenent Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 60. *numer.* 9. Trentacinq. *de Subſtitution. p.* 5. *cap.* 7. *numer.* 1. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 256. *numer.* 2. Ratio eſt, quia cùm in exhæredato non poſsit habere locum Vulgaris, vt in præcedenti caſu probatum eſt, daretur inęqualitas in dicta Reciproca, ſi Vulgaris in ea contineretur; ſiquidem impuberi inſtituto poſſet exhæredatus ſuccedere per Vulgarem: non ita verò inſtitutus exhæredato: conſtat autem Reciprocam debere eſſe æqualem, ita vt ſubſtituti pari ratione alter in alterius locum ſuccedere poſsit, vt declarauimus *ſupra*, §. 1. *in princip.* & conſtat per text. *in d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Contrariam ſententiam conati ſunt defendere nonnulli, quos citati DD. referunt: ſed eorum fundamenta nullius fere ſunt momẽti, & facili negotio à Trentac. & Fuſar. ſoluuntur.

910 Tertius caſus eſt, quando Reciproca facta eſſet in codicillis. Tunc enim non continebit Vulgarem, nec aliam ſubſtitutionem Directam, ſed ſolùm Fideicommiſſariam; Barth. *in d. l. Lucius, num.* 5. *ff. de Vulgari*, Couar. *in cap. Raynutius*, §. 9. *numer.* 3. *de Teſtament.* Mantica, *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 4. *numer.* 8. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 5. *cap.* 10. *numer.* 8. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 256. *num.* 8. *& q.* 260. *num.* 11. multique alij, quos referunt. Ratio eſt, quia per Vulgarem, & alias ſubſtitutiones Directas datur hæreditas directò: in codicillis autem non poteſt dari hęreditas directò, ſed tantùm obliquè, ſeu fideicommiſſariè, §. *Codicillis, Inſtit. de Codicil.* & ideo ſi Reciproca in codicillis fiat, ſolùm continebit Fideicommiſſariam, & vt talis valebit, quantumuis facta ſit verbis directis, quæ ex benigna interpretatione intelligentur vt obliqua, *l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* Hoc autem procedit niſi ſimus in caſu, quo hæreditas codicillis dari poteſt vt bene aduertit Trentacinq. *ſupra*, nam tunc ſi ſubſtitutio in codicillis ſit facta verbis directis, continebit ſubſtitutionem Directam; vt quando fuerit facta per militem; cùm miles etiam codicillis hæredem poſsit inſtituere, *l. Militis, ff. de Milit. teſtament.* Quod aliqui ſimiliter dicendum putant, quando eſſet facta per codicillum inter liberos; quam opinionem veram credit Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 4. *num.* 4. Mihi tamen ſatis dubia videtur, & ab alijs etiam falſa indicatur, vt idem Zaſius fatetur, & videri poteſt latiùs apud Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 9. vbi in vtramque partem plures DD. refert, & hanc opinionem periculoſam appellat.

§. 5. *Quando Pupillaris contineatur vel non contineatur in Reciproca?*

SVMMARIVM.

QVando Reciproca facta eſt ſimpliciter pluribus impuberibus in poteſtate teſtatoris conſtitutis, continet Pupillarem, num. 911.

Quando Reciproca facta eſt duobus imparibus; ideſt, quorum alter eſt capax Pupillaris, alter verò incapax, non continet Pupillarem, etiam reſpectu capacis; num. 912. *Hoc tamen multas habet limitationes; & non paucæ aſsignantur; num.* 913.

Quando vni puberi, & alteri impuberi facta eſt Reciproca Miſta cum Compen-

pendiosa, vt cùm dictum est; Eos inuicem substituo, quandocumque decesserint, *multi sentiunt contineri in ea Pupillarem; num.* 914. *Alij verò tenent contrarium, & meritò; num.* 915. *& seq. Fallit autem hæc sententia, quando talis substitutio non esset facta vno communi verbo, sed duplici; num.* 917. *Fallit etiam quando in ipsa substitutione facta esset mentio pupillaris ætatis; num.* 918 *Excluditur quorumdam opinio prædictam fallentiam rejicientium; num.* 919. *Et procedit dicta fallentia, siue mater impuberis sit in medio, siue non; numer.* 920.

Quando testator habens plures filios puberes, & duos saltem impuberes, eos omnes reciprocè substituit, an in tali casu contineatur Pupillaris Reciproca respectu impuberum? Affirmant aliqui; communis tamen sententia negat; numer. 921. *Limitatur autem vt non procedat quando illi impuberes essent instituti conjunctim, & non simul cum alijs; num.* 922.

Quando pater instituit duos filios impuberes, & quemdam extraneum, eosque inuicem substituit, continetur ibi, secundùm aliquos, Pupillaris substitutio respectu impuberum; numer. 923. *Contraria tamen sententia est communis, & verior; numer.* 924. *Id verò limitatur nisi filij fuissent instituti conjunctim, & extraneus seorsim. Vel etiam, nisi instituti essent in maiori portione, licèt in institutione essent separati; num* 925.

Quando quis instituit, ac reciprocè substituit duos filios impuberes, quorum alter erat in potestate, & alter emancipatus quem postea adoptauit: vel quorum alter erat legitimus, alter naturalis quem postea legitimauit, non continetur in tali casu Pupillaris; licèt aliqui contrariè opinentur; num. 926. *& seqq. Limita, nisi sufficienter constiterit, testatorem voluisse à principio etiam pupillariter illis imparibus reciprocè substituere; num.* 929. *Vel, nisi dixisset, se illis adinuicem substituere,* vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum; *n.* 930. *Vel etiam, nisi statim post testamentum adoptasset emancipatum, vel naturalem legitimasset; num.* 931.

Quando quis ita substituit duobus impuberibus Pupillaris substitutionis capacibus: Si alter eorum hæres non erit, substituo alterum, *non continetur ibi Pupillaris expressa, etiam verbis generalibus; sed solùm tacita, matrem pupilli non excludens; num.* 933.

Quid, quando Reciproca facta est simpliciter duobus impuberibus Pupillaris capacibus, quorum alter postea effectus est incapax per emancipationem? Vel, cùm alter peruenit ad pubertatem, & alter postea decessit antequam factus esset pubes? num. 933. *remissiue.*

IN hac quæstione constat ante omnia, quando Reciproca facta est simpliciter duobus, aut pluribus impuberibus sub potestate testatoris constitutis, contineri in ea Pupillarem: sic habetur in *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari,* & in *Ordin. Lusit. lib. 4. tit.* 87. §. 6. quæ addit, talem substitutionem non debere appellari tacitam, sed expressam verbis generalibus; id quod etiam communis sententia affirmat, & constat ex supradictis §. 3. *num.* 906. 911

Constat præterea, quando Reciproca facta est duobus disparibus, ideſt, quorum vnus est capax Pupillaris substitutionis, alius verò incapax, vt si vnus est pubes, & alter impubes, tunc Pupillarem in ea non contineri, etiam quoad impuberem, seu capacem. Ita expressè habetur *in d. l. Iam hoc jure;* ea ratione, quia alioqui non seruaretur æqualitas; siquidem deficiente pubere, non posset impubes succedere ex Pupillari, cùm hæc puberibus fieri non possit, & tantùm succederet ex Vulgari, si casus euenisset; deficiente autem impubere, posset pubes succedere; tum ex Pupillari, tum ex Vulgari, prout casus earum eueniret: quam inæqua- 912

litatem Reciproca non admittit: tum quia hæc est natura talis substitutionis, eo ipso quòd est Reciproca, vt declarauimus §. 1. *in princip.* tam ob eam regulam, quòd quando aliquid eadem verborum conceptione determinatur ad plura, intelligi debet pariformiter determinari: a qua regula non receditur, nisi aliqua necessitas cogat, Alex. *in l. In testamento, num.* 2. *&* 3. *Cod. de Testamment. milit.* Socin. sen. *in l. Cum auus, numer.* 53. *vers. Nec diuersitas, ff. de Condit. & demonstr.* Vnde in casu præsenti non solùm non continetur Pupillaris Expressa, sed nec etiam Tacita, quasi subintellecta sub Expressa Vulgari ibi contenta ex parte impuberis, quia in hoc etiam daretur inæqualitas, & non pariformis determinatio; cùm sub Vulgari Expressa ex parte puberis talis tacita intelligi nequeat, & ita docent Barthol. *in l.* 1. *numer.* 34. *ff. de Vulgari,* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 14. *numer.* 15. *aliàs,* 20. *in nouissima edit.* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 36. *numer.* 28. *& præsumpt.* 60. *numer.* 25. Trentacinq. *de Substitution. p.* 1. *cap.* 11. *numer.* 3. & cum alijs Fusar. *de Substitution. quæst.* 257. *numer.* 15. licèt aliqui repugnent, quos idem Fusar. refert, & refellit.

913 Prædicta verò conclusio multis modis limitatur. Primò, quando in testamento est clausula, quòd valeat omni meliori modo quo potest. 2. quando testator grauasset substitutum restituere etiam bona pupilli, 3. quando testator dixisset: alter alteri succedat sine diminutione, 4. quando in substitutione est apposita clausula, *Vulgariter, Pupillariter, & per Fideicommissum.* In omnibus enim his casibus Reciproca dictis imparibus facta continet Pupillarem ex parte impuberis, seu personæ capacis, vt relatis multis tradit Fusar. *dict. quæst.* 257. *numer.* 24. *& sequentib.* Quarum omnium limitationum ea est generalis ratio, quia in dictis casibus intelligitur eam esse testatoris voluntatem; cui in præsenti materia standum est, *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari,* Barthol. *in dict. l. Lucius, numer.* 6. *ff. eod.* & cæteri communiter.

Plures autem sunt casus, in quibus du- 914
bitatur, an Pupillaris contineatur in Reciproca, præsertim imparibus facta: primus casus est, quando vni puberi, & alteri impuberi facta est Reciproca Mista cum Compendiosa, vt si dictum sit; *Eos inuicem substituo, quandocumque decesserint.* In hoc casu contineri Pupillarem, sentiunt Paul. Castr. *in l. In testamento, numer.* 4. *Cod. de Testament. milit.* & ibi Decian. *numer.* 7. *vers. Et retenta,* Aret. *in d. l. Iam hoc jure, ad fin. ff. de Vulgari,* Coras. *in l.* 2. *numer.* 12. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Paris. *consil.* 36. *numer.* 36. *lib.* 2. Socin. jun. *consil.* 121. *numer.* 28. *& seq. lib.* 1. & alij apud Menoch. & Fusar. *infra citat.* Mouentur primò, quia in tali Reciproca ratione Compendiosæ admistæ continetur Fideicommissaria, quæ est onerosa, vtpote inducens onus restitutionis: ergo à fortiori continebitur etiam Pupillaris, quæ est fauorabilis, *l. Ex tribus,* cum Glos. *Cod. de Inoffic. testament.* Secundò, quia Compendiosa Reciprocæ adjuncta efficit vt ipsa Reciproca determinetur difformiter quoad casus, vt scilicet pro casu, quo vnus ex institutis non extiterit hæres, succedat alter ex Vulgari; & pro casu, quo hæres extiterit, succedat alter ex Fideicommissaria: ergo etiam efficiet vt determinetur difformiter quoad personas, vt scilicet impuberi possit pubes succedere per Pupillarem, quanuis puberi nequeat impubes similiter succedere, sed tantùm per Vulgarem, vel Fideicommissariam. Tertiò denique quia Compendiosa facta impuberi continet suâpte natura Pupillarem, etiamsi verbis communibus facta sit, vt per Barthol. *in l. Precibus, numer.* 16. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & magis communem. Ergo illam etiam continebit, quando fuerit Reciprocæ admista, cùm naturam suam retinere debeat.

Contrariam nihilominus sententiam 915
tenent meritò Barthol. *consil.* 41. *numer.* 1. *& consil.* 57. *num.* 4. *lib.* 1. Ripa *in d. l.* *Lu-*

Lucius, numer. 17. *ff. de Vulgari*, Bald. *in l. In testamento, sub numer.* 8. *Cod. de Testament. milit.* & ibi Roman. Imola, Pontan. & Alex. Alciat. *in l. Vel singulis, numer.* 41. *ff. de Vulgari*, multique alij, quos citant & sequuntur Emman. Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Personis, numer.* 3. *vers. Veruntamen, de Testament. in* 6. vbi dicit in judicando, & consulendo hanc sententiam esse probandam, Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *numer.* 26. Trentacinq. *de Substitution. p.* 5. *cap* 4 *sub numer.* 3. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *numer.* 48. licèt eam non firmet, & Fusar. *de Substitut. quæst.* 257. *numer.* 12. qui innumeros refert. Fundamentum est, quia etiam in hoc casu militat ratio pariformis determinationis, & æqualitatis seruandæ, sicut in simplici Reciproca imparibus factâ, de qua *supra*, *numer.* 88. cùm hæc æqualitas sit de natura Reciprocæ, per quam ipsa Compendiosa, quando ei adjungitur, regulanda est.

916 Nec obstant in oppositum adducta. Ad primum namque respondetur, mirum non esse, quòd in dicta Reciproca contineatur Fideicommissaria; quia licèt sit onerosa, tamen hoc ipsum onus æqualiter vtrique personæ, idest tam puberi, quàm impuberi, conuenit, & sic non tollit æqualitatem Reciprocæ: at verò Pupillaris non conuenit vtrique; & ideo, ne detur inæqualitas, admittenda non est, quantumuis sit fauorabilis. Ad secundum respondetur, negando consequentiam, quia difformitas quoad casus optimè stat cum pariformitate quoad personas; cùm tam in pubere, quàm in impubere locum habere possit illa casuum difformitas: vnde ex eo quòd ratione Compendiosę dicta Reciproca determinetur difformiter quoad casus, non sequitur, quòd etiam determinetur difformiter quoad personas; nec id est admittendum, cùm sit contra rationem Reciprocæ. Ad tertium respondetur, licèt Compendiosa facta simpliciter impuberi contineat suâpte naturâ Pupillarem; secus tamen esse, quando est conjuncta cum Reciproca facta imparibus; quòd tunc refragetur voluntas testatoris, qui præsumitur voluisse pariformiter inter eos disponere, eo ipso quod eis reciprocè substituit, vt ex dictis constat. Vnde quoad hoc Reciproca trahit ad se Cõpendiosam, eique obstat ne Pupillarem contineat.

Fallit autem hæc sententia primò, si 917
substitutio non sit facta vno, & eodem communi verbo, sed duplici: vt si testator habens filium puberem, & filiam impuberem, eos instituisset, & deinde dixisset; *Quandocumque filius meus mortuus fuerit, substituo ei filiam meam; & si hæc priùs decesserit, substituo ei ipsum meum filium*, vel, *meus filius moriatur meæ filiæ, & hæc moriatur illi.* In hoc enim, & similibus casibus, continebitur Pupillaris respectu impuberis, vt bene cum alijs tradit Emman. Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Personis, numer.* 4. *de Testament. in* 6. & diximus *supra*, §. 1. *numer.* 889. Quòd tunc sint plures substitutiones separatæ, quarum quælibet per se æstimatur absque respectu ad aliam. Vnde in tali casu non dicitur propriè fieri Reciproca: hæc enim debet esse Breuiloqua, idest, sub vno & eodem communi verbo pluribus facta; ita vt quoad formam, & modum conceptionis sit vnica substitutio, & non plures, vt notauimus *dict. numer.* 889. & tunc, quando scilicet vno communi verbo est facta, æqualitatem inducit, & non aliàs, vt per *d. l. Iam hoc jure*, ibi: *Hoc enim communi verbo, ff. de Vulgari.*

Fallit secundò, si in dicta substitutione 918
facta sit mentio ætatis pupillaris; vt si testator habens quatuor filios, duos puberes, & duos impuberes, post eorum institutionem ita dixerit; *Si aliquis eorum in pupillari ætate decesserit, vel aliàs quandocumque, substituo superuenientes.* In hoc enim casu continetur Pupillaris in persona impuberum, ex qua, quolibet eorum ante pubertatem decedente, superuenientes succedent. Ita Decius *in l. In testamento*, 1. *numer.* 7. *Cod. de Testament. milit.* Curt. jun. *in l.* 2. *numer.* 10.

Cod. de Impuber. & aliis substit. Alciat. *in l. Lucius, numer.* 28. *& sequent. ff. de Vulgari*, Emman. Costa *in dict. verb. Personis, numer.* 7. Cuman. *consil.* 16. *numer.* 2. Corn. *consil.* 142. *lib.* 4. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 8. *sub numer.* 9. & multi alij, quos citant & sequuntur Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *numer.* 30. Trentacinq. *de Substitution. p.* 5. *cap.* 4. *sub numer.* 4. & Fusar. innumeros referens *dict. quæst* 257. *numer.* 18. Probatur primò quia alioqui frustra esset facta mentio ætatis Pupillaris contra reg. *l. Si quando, in princip. ff. de Leg.* 1. Secundò, quia in hoc casu concurrunt duæ rationes, seu præsumptiones valde vrgentes pro Pupillari admittendâ; vna est, quòd facta est mentio ætatis pupillaris: altera est, quòd in dubio debet substitutio interpretari magis Directa, quam Fideicommissaria, *cap. Si pater, de Testament. in* 6. quę duæ rationes simul sumptæ prævalent illi rationi, quòd vna determinatio respiciens plura determinabilia æqualiter debet determinare, juxta regulam *dict. l. Iam hoc jure*, qua vnica ratione prædicta sententia principalis, quam hic limitamus, subnixa est. Tertiò denique, quia disparitas personarum non impedit, quominus impuberi censeatur facta Pupillaris substitutio, quando ex conjecturis colligi potest sic testatorem voluisse, vt continetur, *in d. l. Iam hoc jure, & in dict. l. In testamento, Cod. de Testament. milit.* in præsenti autem satis apparet eam fuisse mentem testatoris, cùm formam Pupillaris expresserit.

919 In contrarium tamen stant Alex. *in dict. l. In testamento, fine*, & ibi Jas. *numer.* 4. Ripa *in l. Centurio, in fine, & in dict. l. Lucius, numer.* 18. *ff. de Vulgari*, Corneus sibi contrarius *consil.* 180. *lib.* 1. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si absque liberis, in materia Reciprocæ, numer.* 36. *de Testament.* Joan. Dilect. *tract. de Arte testandi, tit. de Substitution. cautela,* 7. *numer.* 1. & alij apud Fusar. *sup. numer.* 20. Quorum sententia non placet; quia solùm fundatur in prædicta ratione æqualitatis seruandæ vbi est vna determinatio respiciens plura determinabilia: quæ ratio ex fundamentis adductis pro prædicta limitatione satis exclusa est.

Neque etiam placet distinctio, quam 920
facit Lancelot. Gallaula *in Repetit. ad l. Centurio, numer.* 363. *vers. Ego hoc passu, ff. de Vulgari*, vbi dicit, dictam sallentiam procedere, si mater impuberis non sit in medio: secus autem si extet; quòd tunc Pupillari admittendæ obstet præjudicium, quod matri sequeretur; cùm eâ substitutione admissâ, excludenda sit à successione filij. Hæc, inquam, distinctio non placet, quam etiam rejiciunt Alciat. *in dict. l. Lucius, numer.* 9. Costa *supra, numer.* 6. *vers. Contrarium, ad fin.* & Menoch. *dict. præsumpt.* 60. *numer.* 33. idemque sentit Cuman. *dict. consil.* 16. vbi tenet contra matrem, quæ contendebat dictam substitutionem non esse Pupillarem Directam. Et ratio patet; quia respectus matris nihil debet valere contra filios testatoris, quando contendunt ad se pertinere hæreditatem fratris impuberis ex Pupillari ipsis factâ, cùm filij sint personæ magis testatori dilectæ, quàm vxor.

Secundus casus est, quando testator 921
habebat vnum, vel plures filios puberes, & duos saltem impuberes, eosque omnes instituit; & adinuicem substituit. In quo casu dubitatur, vtrùm in tali substitutione contineatur Pupillaris inter illos impuberes? Affirmant aliqui, vt Guilliel. de Cun. Rayner. Alber. & alij apud Trentacinq. *infra citat.* Communis tamen, & verior sententia negat. Hanc tenent Barthol. *in dict. l. Lucius; num.* 8. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 14. Jas. *numer.* 14. vbi testatur de communi, Zas. *numer.* 16. Ripa *numer.* 22. & Alciat. *numer.* 30. Aretin. *in l. In testamento,* 1. *num.* 4. *Cod. de Testam milit.* & ibi Salic. & Roman. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si absque liberis,*

ris, in materia Reciprocæ, num. 37. de Testament. Bald. *tract. de Substitution. tit. de Reciproca, numer.* 8. Barthol. de Hucio *tract. de Substitution. cap. 4. numer. 7.* Zas. *de Substitut. cap. 4. numer. 6. & sequent.* Leon. *de Substitution. in materia Reciprocæ, numer. 44. & sequentib.* Emman. Costa *in dict. cap. Si pater, 3. p. verb. Personis, numer. 5. & 7.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 60. numer. 35.* Trentacinq. *de Substitution. p. 5. cap. 5. numer. 1.* Fusar. *de Substitut. quæst. 257. numer. 33.* & multi alij, quos refert. Fundamentum est, quia si continerctur Pupillaris inter illos impuberes, non fieret pariformis determinatio ad omnes institutos, quod est contra rationem Reciprocæ sub vno communi verbo conceptæ, qualis est hæc: in qua proinde eadem est ratio excludendi Pupillarem atque quando solùm esset facta duobus imparibus, juxta *d. l. Iam hoc jure.*

Limitatur autem hæc resolutio, vt non
922 procedat, quando illi impuberes essent instituti conjunctim, & non simul cum alijs, tunc enim in Reciproca omnibus facta præsumentur conjunctim vocati, & continebitur Pupillaris respectu eorum adinuicem, acsi eis seorsim facta esset Reciproca. Ita Barthol. *in d. l. Lucius, numer.* 8. Couar. *in cap. Raynutius, §. 7. numer. 4. de Testament.* Bald. Barthol. de Hucio, & Leon. *loco supra, citat.* Trentacinq. *dict. cap. 1. numer. 2.* multique alij, quos citant, & sequuntur Menoch. *dict. præsumpt. 60. numer. 36.* & Fusar. *dict quæstion. 257. numer. 38.* Quæ opinio rectè probatur per text. *in l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. de Vulgari,* licèt contrarium voluerit Ripa *in dict. l. Lucius, numer. 22.* vbi conatur declinare illum textum. Benè tamen eum refellit Trentac. *loco proximè cit.* rectiùs expendendo vim illius textus pro nostra sententia.

923 Tertius casus est, quando pater instituit duos filios impuberes, & quemdam extraneum, & eos inuicem substituit. In hoc casu sentiunt contineri Pupillarem respectu impuberum, Bald. *in l. In testamento, 1. numer. 4.* & ibi Aretin. *Cod. de Testament. milit.* Ripa *in dict. l. Lucius, numer. 24.* Angel. *consil. 307.* Menchac. *de Success. progress. lib. 2. §. §. 19. numer. 4.* & alij. Præcipuum fundamentum hujus opinionis videtur esse, quia testator præsumitur magis diligere filios, quàm extraneum. Ergo licèt Pupillaris non possit habere locum respectu extranei, & sic eâ admissâ, non seruetur æqualitas respectu omnium institutorum, id non tollet quominus Pupillaris admittenda sit respectu filiorum illius capacium; cùm sit eis fauorabilis, & credendum non sit testatorem noluisse filijs fauere, ob seruandam æqualitatem cum extraneo minùs dilecto.

Contraria tamen sententia est communis, & verior: quam tenent Salic. *in dict. l. In testamento, 1. Cod. de Testament. milit.* & ibi Roman. & alij Alex. *in dict. l. Lucius, numer. 14. ff. de Vulgari,* & ibi Ias. *numer. 14.* Alciat. *numer. 29.* pluresque alij, quos citant, & sequuntur Menoch. *d. præsumpt. 60. numer. 37.* Trentacinq. *dict. cap. 5. numer. 3. juncto vers. Ex prædictis, ad medium,* & Fusar. *dict. quæst. 257. numer. 40.* Probatur, quia in hoc etiam casu militat ratio seruandæ æqualitatis, ob quam in præcedentibus casibus statuimus non contineri Pupillarem. Neque obstat fundamentum superioris sententiæ: nam licèt communiter præsumatur plus à patre diligi filios, quàm extraneos; id tamen fallit, quando omnes promiscuè, & pariformiter ad successionem ipsius patris vocantur, vt in præsenti casu, vbi ponimus filios testatoris, & illum extraneum conjunctim esse institutos: vnde rectè præsumitur æqualiter etiam esse dilectos, & vocatos in substitutione: cùm substitutio per institutionē regulari debeat, & soleat, vt per text. *in l. 1. C. de Impub. & al. substit. & in §. Substituitur, Inst. de Pupillari, & in l. Si plures, ff. de Vulgari, & simil.* apud Mant. *lib. 5. de Conject. vlt. vol. tit. 1. n. 20. & tit. 10. num. 1.*
924

925 Si autem illi filij fuissent instituti conjunctim, & extraneus seorsim; tunc Reciproca omnibus facta continebit Pupillarem inter ipsos filios impuberes, quemadmodum in præcedenti casu, *num.* 922. dictum est; eadem namque vtrobique est ratio; & ita docet Trentacinq. *d. vers. Ex prædictis.* Item si illi impuberes non fuissent conjuncti in institutione, sed instituti separatim, & in maiori portione, quàm extraneus, docet satis probabiliter idem Trentacinq. *loco cit.* contineri tunc in dicta Reciproca Pupillarem respectu ipsorum impuberum; quia cùm fuerint magis dilecti in institutione, præsumendum est, quòd etiam magis fuerunt dilecti in substitutione; & sic quòd respectu eorum voluit testator facere Pupillarem, cùm ad fauorem impuberum pertineat, quòd eis fiat Pupillaris, vt testati decedãt, *l. Si pupillus, ff. de Acquir. hæred.* Glos. & DD. *in l. Ex tribus, Cod. de Inoffic. testament.*

926 Quartus casus est, quãdo quis instituit, ac reciprocè substituit duos filios impuberes, quorum alter erat in potestate, & alter emancipatus, quem postea adoptauit: vel quorum alter erat legitimus; alter naturalis, quem postea legitimauit. In hoc etiam casu non contineri Pupillarem, sentiunt meritò Barth. *in d. l. Lucius, numer.* 12. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 13. *&* 29. vbi testatur de communi, Iaſ. *num* 13 Alciat. *num.* 35. Angel. Imola, & cæteri communiter, Bald. *in d. l. In testamento*, 1. *Cod. de Testament. milit.* & ibi Angel. Salic. & Ludouic. Roman. Alex. *in l.* 2. *num.* 11. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. jun. *num.* 55. *in fine*, pluresque alij, quos citant, & sequuntur Menchac. *de Succeß. progreß. lib.* 2. §. 19. *num.* 13. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *num.* 39. Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 6. *num.* 10. & Fusar. *de Substit. q.* 257. *num.* 46. licèt contrarium nonnulli senserint. Ratio est, quia non præsumitur quòd testator habuit à principio voluntatem substituendi pupillariter per talem Reciprocam; cùm sit facta personis, quæ erant impares; in quo casu Pupillaris non præsumitur, etiam respectu personæ talis substitutionis capacis, *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, cùm autem à principio non fuerit facta Pupillaris; neque postea admittenda est, quasi ex noua voluntate à testatore concepta, postquam illi impuberes effecti sunt pares: quia vt Pupillaris de nouo induceretur, requirebatur noua dispositio solemnis, *l. Hæredes palam, §. Si quid post, ff. de Testam.*

Nec obstat quod Pupillaris etiam ex 927
conjectura capitur considerando tempus, quo testamentum fit, tunc enim dispositio perfectionem recipit, *l.* 1. *ff. de Testament. l.* 4. *ff. de Adim. leg. §. Posteriore, Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Socin. sen. *consil.* 6. *num.* 2. *lib.* 1. Menoch. *consil.* 97. *numer.* 149. *& consil.* 106. *numer.* 340. Fusar. *d. q.* 257. *num.* 47. Vnde cùm paritas institutorum, quæ postea superuenit, non fuerit à principio in mente testatoris, non potest ex ea sumi conjectura sufficiens ad dictam Pupillarem inducendam.

Neque etiam obstat, quòd ad Pupilla- 928
rem substitutionem non requiritur, quòd institutus sit in potestate testatoris tempore quo fit testamentum, sed solùm quando testator moritur, vt cum communiori, & probabiliori sententia tradidimus *sect.* 3. *hujus disp. §.* 5. *num* 524. *& seqq.* nam id procedit & verum est, quando constat testatorem voluisse à principio Pupillarem substitutionem facere, vt quando illam in ipso testamento expressit, tunc enim voluntas illa fuit solemnis, & censetur durare vsque ad mortem testatoris, & ideo cessante impedimento in vita ipsius testatoris, vires accipit illa voluntas, & incipit valere substitutio. In præsenti autem casu non præsumitur, quòd testator voluerit à principio substituere pupillariter, vt probatum est.

Si verò in aliquo euentu constiterit, 929
aut præsumptio fuerit, testatorem à principio voluisse vt in Reciproca dictis imparibus facta contineretur Pupillaris respectu vtriusque, tunc fatemur eam debere admitti ex post facto, quo pares, seu capaces extiterunt tempore mortis testatoris.

toris. Sic relatis pluribus Menoch. *d. præsumpt. 60. num. 45.* & Fusar. *d. q. 257. num. 54.*

Vnde limitari solet prædicta communis resolutio, vt non procedat quando in testamento dictum esset, quòd testator illis imparibus adinuicem substituit vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum; quia per ejusmodi clausulam constat testatorem voluisse à principio vtrique substituere per Pupillarem; & ita satis est, quòd tempore mortis testatoris fuerint capaces, ad hoc vt illa admittenda sit. Ita in specie Bald. *in d. l. In testamento*, 1. *q. 9. Cod. de Testament. milit.* Ripa *in d. l. Lucius, num. 31. ff. de Vulg.* & ibi Alciat. *num. 38.* Menoch *d. præsumpt. 60. num. 44.* Trentacinq. *d. cap. 6. num. 13.* & cum multis alijs Fusar. *dict. quæst. 257. num. 50.* 930

Limitatur etiam, quando testator statim post testamentum adoptauit emancipatum, vel naturalem legitimauit; quia tunc præsumitur, quòd quando testamentum fecit habuit voluntatem, vt sub Reciproca contineretur Pupillaris respectu vtriusque: cùm ex his, quæ incontinenti fiunt, declaretur qualis fuerit animus præcedens, *l. Si ventri*, & ibi Barth. *ff. de Priuileg. credit.* Sic relatis alijs Menoch. *d. præsumpt. 60. num. 42.* Trentacinq. *d. cap. 6. num. 11. & 12.* & Fusar. *d. q. 257. num. 51.* 931

Quintus casus est, quando Reciproca duobus institutis Pupillaris capacibus his verbis facta est; *Si aliquis eorum hæres non erit, substituo alterum.* In hoc casu videtur contineri Pupillaris verbis generalibus expressa; quia illud verbum, *Substituo*, est generale, quòd tam Vulgari, quàm Pupillari substitutioni congruit, & ita sentit Decius *in d. l. In testamento*, 1. *num. 18. Cod. de Testament. milit. & in l. Precibus, num. 2. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Nihilominus communis, & vera sententia est, non contineri in tali casu Pupillarem ratione Reciprocæ, contineri tamen Pupillarem Tacitam in Expressa Vulgari comprehensam. Ita sentiunt Barth. *in d. l. Lucius, num. 19. ff. de Vulgari*, & ibi Imola *num. 3.* Alex. *numer. 13.* Jas. *num. 13.* & Ripa *numer. 40.* qui testatur de communi Alex. *in d. l. Precibus, col. pen. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Seuer. *num. 13. fine*, & Ripa *num. 617.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 13. num. 5.* Menoch. *d. præsumpt. 60. num. 47. numer. 1.* & cum multis alijs Fusar. *d. q. 257. num. 55.* Ratio est, quia in hoc casu restrinxit se testator ad Reciprocam Vulgarem; cùm substitutionem fecerit sub expressa, & specifica forma Vulgaris: & ideo ex vi talis Reciprocæ non continetur vlla alia substitutio expressa, etiam verbis generalibus: sed solùm continetur Tacita Pupillaris ratione Vulgaris Expressæ, quæ regulariter Tacitam Pupillarem inducit, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Vnde in tali casu non excluditur mater pupilli ab illius successione, vt notat Barthol. *citat.* & cum multis alijs Mantica *d. numer. 5.* Quod secus esset si Reciproca esset facta simpliciter, quia tunc contineret tam Vulgarem, quàm Pupillarem Expressam verbis generalibus: mater autem per Expressam Pupillarem excluditur, etiam si tantùm sit expressa verbis generalibus, vt suo loco probatum est: & ita docent Barth. & Mantic. *loco citato.* 932

Sextus casus est, quando Reciproca facta est simpliciter duobus impuberibus Pupillaris capacibus, quorum alter postea effectus est incapax per emancipationem: in quo casu dubitatur, vtrum Pupillaris, quę à principio in persona vtriusque locum habuit, cesset postea non solùm in persona ejus, qui emancipatus est, sed etiam in persona alterius; & similis dubitatio est, quando vnus ex illis impuberibus peruenit ad pubertatem, & alter postea decesit, nondum ætatem pupillarem egressus. At his dubitationibus jam sufficienter responsum est *sect. 3. hujus disp. §. 20. num. 741. & sub num. 744.* Siquis tamen longiorem disputationem circa hunc casum desideret videat Manticam *lib. 1. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 12.* Menoch. *d. præsumpt. 60. à numer. 64.* Trentacinq. *de Subst. p. 5. cap. 6. num. 4.* 933

& Fusar. *dict. quæst.* 257. *à num.* 58.

§. 6. *Quando Reciproca contineat Exemplarem substitutionem?*

SVMMARIVM.

QVando Reciproca facta est simpliciter duobus, vel pluribus mentecaptis, & nulli alij, continet Exemplarem: & si sint puberes, continet etiam Vulgarem, si verò sint impuberes, continet tam Exemplarem, quàm Vulgarem, quàm etiam Pupillarem; numer. 934.

Si Reciproca facta sit duobus, quorum alter sit impubes sanæ mentis, alter verò pubes furiosus; an tunc contineat, Exemplarem respectu furiosi, & Pupillarem respectu impuberis? Vna sententia affirmat; num. 935. *Alia probabiliùs negat; numer.* 936. *Si tamen tali Reciprocæ admista esset Compendiosa, & facta esset mentio dementiæ, Exemplaris continebitur; num.* 937.

934 IN hac quæstione certum est, Exemplarem contineri in Reciproca, quando hæc facta est simpliciter duobus aut pluribus mentecaptis, & nulli alij. In quo casu si tales mentecapti sint puberes, continetur simul Vulgaris, & Exemplaris, vtraque verbis generalibus expressa; cùm verba vtrique in generali conueniant; & si sint impuberes, continetur Vulgaris, Pupillaris, & Exemplaris, ob eandem rationem. Et ita cum Barth. & alijs Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *num.* 63. *& seq.*

935 Si autem Reciproca simpliciter facta fuerit duobus, quorum alter sit impubes sanæ mentis, alter verò pubes furiosus, dubiæ quæstionis est, an in tali Reciproca contineatur Exemplaris ex parte furiosi, & Pupillaris ex parte impuberis? Affirmatiuam sententiam tenent Imola *in d. l. Lucius, ff. de Vulgari,* & ibi Jas. *num.* 22. Alciat. *num.* 39. & Claud. *col.* 4. qui dicit esse communem, Polit. *de Substitut. tit. de Reciproca, num.* 6. Zas. *de Substitut. cap.* 4. *num.* 10. & Menchac. *de Succes. progress. lib.* 2. §. 19. *numer.* 22. Mouentur, quia licèt appareat aliqua difformitas in eo quòd illa Reciproca solùm respectu vnius contineat Exemplarem, & respectu alterius Pupillarem, talis difformitas non tollit æqualitatem, quam testator censetur per Reciprocam intendere, juxta *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari,* nam licèt substitutio Exemplaris, & Pupillaris sint diuersæ rationis, tamen cùm vna fiat ad similitudinem alterius, ita sunt similes, vt par vtriusque sit vtilitas, tam respectu instituti, quàm substituti; ac proinde non debet censeri inæqualitas, quòd in dicta Reciproca contineatur Pupillaris ex parte vniùs, & Exemplaris ex parte alterius: sublata autem inæqualitate, nulla est ratio, cur admittendæ non sint; cùm vtrique filio sint vtiles, & pater semper in dubio præsumatur velle id, quod filijs est vtile, *l. fin. in princip. Cod. de Curat. furiosi.*

936 Contrariam tamen sententiam tenent meritò Barthol. *in d. l. Lucius, num.* 16. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 17. Ripa, *num.* 33. vbi testatur de communi, & Zas. *num.* 12. *in fine, & num.* 17. Alber. *in rubr. de Vulgari, in materia Reciprocæ, num.* 13. Faber. *in §. Qua ratione, num.* 31. *Instit. de Pupillari,* Leon. *de Subst. in Materia Reciprocæ, num.* 91. Bald. *de Substitut. tit. de Reciproca, numer.* 14. Barthol. de Hucio *de Substitut. cap.* 4. *num.* 11. Menoch. *d. præsumpt.* 60. *num.* 66. Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 7. *prope finem,* & cum alijs Fusar. *de Substit. q.* 259. *num.* 2. & hæc est communis sententia, vt etiam Aduersarij fatentur. Fundamentum est, quia Reciproca ita debet intelligi vniformis respectu eorum, quibus fit, vt illas tantùm substitutiones contineat, quæ omnibus, & singulis eorum personis conueniant, vt planè constat ex *d. l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari, & ex l. Quamuis, in fine, Cod. de Impub. &*

alijs

alijs substitut. & ex l. In testamento, 1. *Cod. de Testament. milit.* In præsenti autem, neque Pupillaris, neque Exemplaris conuenit vtrique instituto: ergo neutra illarum in tali Reciproca continetur, sed Vulgaris tantùm, cujus vterque est capax. Nec refert, quod illæ substitutiones sunt similes: nam hæc similitudo est tantùm secundùm quid: reipsa autem in multis differunt, vt patet ex earum definitione, & conditionibus, de quibus *supra, per totam sect.* 3. & 4.

937 Limitat autem hanc sententiam Fusar. *supra, numer.* 4. post Menoch. quem refert, vt non procedat, quando illi Reciprocæ admista esset Compendiosa, & facta esset mentio dementiæ; tunc enim Exemplaris continebitur.

§. 7. *Quando Reciproca Fideicommissariam contineat?*

SUMMRAIUM.

Fideicommissaria continetur in Reciproca, quando id à testatore fuerit expressum, vt si dixit; Eos inuicem substituo, vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum; *num.* 938.

Reciproca facta simpliciter per Fideicommissum, vt cùm dictum esset; Eos inuicem substituo, per fideicommissum, *censetur purè facta, & est inutilis; numer.* 939.

Quando Reciproca fuerit facta cum clausula, Vulgariter, Pupillariter, & per Fideicommissum, potest subditus succedere ex Vulgari, Pupillari, & Fideicommissaria, prout casus talium substitutionum euenerit, & quomodo id intelligendum sit? num 940.

Item quomodo intelligendum sit, quando solum dictum esset, Vulgariter, & per Fideicommissum? num. 941.

Fideicommissaria continetur in Reciproca, quando hæc fuerit conjuncta cum Compendiosa; Eos inuicem substituo, quandocumque decesserint; *vel*, siquis eorum sine liberis decesserit, eos inuicem substituo; *num.* 942.

Reciproca continet Fideicommissariam, quando ex conjecturis, vel ex verbis antecedentibus, aut consequentibus colligi potest, eam fuisse voluntatem testatoris; num. 943.

Reciproca facta in codicillis continet Fideicommissariam, & vtrum hoc procedat, si fuerit facta à patre inter liberos præsertim impuberes? num. 944.

Vtrum Pupillaris facta in codicillis, & sic Fideicommissaria, finiatur pubertate? Respondetur distinguendo tres casus; num. 945. *& seqq.*

Plures alij sunt casus, in quibus Reciproca continet Fideicommissariam, qui remittuntur videndi apud Fusar. numer. 948.

Vtrum Fideicommissaria contineatur in Reciproca facta simpliciter in testamento: quo scilicet testator, institutis pluribus, simpliciter dixit; Eos inuicem substituo? *Vna sententia affirmat; num.* 949. *Communis tamen ab omnibus fere recepta negat, & multis fundamentis probatur; num.* 950. *& & seqq. Respondetur fundamentis contrariæ; num.* 954. *Limitatur dicta communis, vt non procedat, quando in testamento fuit apposita clausula Codicillaris: sed non placet hæc limitatio; num.* 955.

HAc in re constat primò, Fideicommissariam substitutionem contineri in Reciproca, quando testator id expresserit, *l. Recusare, §. Titius, ff. Ad Trebel.* vnde citra dubium apud omnes est, contineri Fideicommissariam, si testator dixerit; *Quos inuicem substituo vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum.* Imola *in dict. l. Lucius*, & ibi Alex. *num.* 19. Ripa *num.* 46. & alij communiter, *ff. de Vulgari*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 5. *num.* 7. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *n.* 84. Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. 938

cap.

cap. 10. *numer.* 12. & cum multis alijs Fusar. *de Substitution. quæstion.* 260. *numer.* 31.

Pro declaratione tamen hujus conclu-
939 sionis aduerte, quando Reciproca esset facta simpliciter per fideicommissum, vt dicente testatore; *Eos inuicem substituo fideicommissariè, seu per fideicommissum*, talem Reciprocam Fideicommissariam censeri purè factam, vt scilicet ei locus sit statim post aditam hæreditatem per honoratos; & non oporteat expectari aliud tempus, quo debeant hæreditatem, seu portiones suas adinuicem restituere: proindeque talem Reciprocam esse inutilem; siquidem tantùm daret vnus, quantum ab alio reciperet. Ita sumitur *ex l. Ab omnibus*, 107. §. *In testamento, in fine*, vbi Barthol. *ff. de Leg.* 1. & docent communiter DD. idem Barth. *in l.* 1. *q.* 11. *ff. de Iure codicil. & in l. Siquis seruum*, & ibi alij DD. *ff. de Condit. & demonstr.* Peregrin. *de Fideicommissis, art.* 34. *in fine*, & cum multis alijs Fusar. *de Substitution. q.* 474. *num.* 1.

940 Quando autem apposita esset clausula, *Vulgariter, Pupillariter, & per Fideicommissum*; tunc juxta receptiorem sententiam intelligitur, vt Vulgaris habeat locum, non adita hæreditate; Pupillaris, moriente instituto in pupillari ætate; & Fideicommissaria, si sit hæres, & decedat post pubertatem. Ita Cyn. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Dec. Barth. *in l. Centurio, numer.* 38. & ibi Ripa *numer.* 78. *ff. de Vulgari*, Imola *in l. Recusare*, §. *Titius, ff. Ad Trebel. & in d. l. Lucius*, & ibi Ripa, *num.* 46. *ff. de Vulgari*, & cum multis alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 18. *num.* 11. vbi dicit ita fuisse judicatum, *& d. art.* 34. *in fine*, Trentacinq. *d. cap.* 10. *sub numer.* 14. & Fusar. *d q.* 474. *num.* 3. Cujus resolutionis plures afferuntur rationes; præcipua verò est, quia testator apponendo hanc clausulam considerauit tria tempora, primum ante aditam hæreditatem, vt habeat locum Vulgaris: secundum post aditam, moriente filio ante pubertatem, vt sit locus Pupillari: tertium post aditam, moriente filio post pubertatem, vt tunc veniat substitutus ex Fideicommissaria: nam si diceremus, quòd statim post aditam hæreditatem locus erit Fideicommissariæ, sequeretur absurdum, scilicet, priùs esse locum Fideicommissariæ, quàm Pupillari, contra mentem testatoris. Cæterùm in electione substituti erit, venire per quam substitutionem voluerit, nempe ex Vulgari in casu suo, ex Pupillari etiam in casu suo, si personæ sint tales, in quibus Pupillaris habeat locum: & si ex illis venire nolit, poterit venire per Fideicommissariam, etiam adueniente casu illarum, præsertim Vulgaris: sic cum Barth. & multis alijs Trentacinq. *dict. cap.* 10. *in fine*, & latiùs id explicans Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 63. *per totam.* Dixi, præsertim Vulgaris, quia fortè probabilius est, quòd eueniente casu Pupillaris, non potest talis substitutus venire per Fideicommissariam, si pupillus adiuit, vt cum multis alijs tradit, & bene probat Menoch. *num.* 13. contra Barthol. & alios quos *ibidem* refert.

Si verò solùm dictum esset, *Vulgariter*, 941
& per Fideicõmissum, dicit Peregrin. *dict. art.* 34. *fine*, & Fusar. *à. quæst.* 474. *num.* 7. videri fideicommissum esse purum, & non referri in tempus mortis, per text. *in d. l. Recusare*, §. *Titius, ff. Ad Trebel.* Vnde cùm sit reciprocum erit inutile, & vanum, juxta supradicta. Quod intellige, si hæredes grauati instituti sunt in portionibus æqualibus: nam si instituti sint inæqualiter, Reciproca Fideicommissaria purè inter eos facta erit vtilis & valida, vt notat Barthol. *in d. l.* 1. *q.* 11. *in fine, ff. de Iure codicil.* & cum alijs Fusar. *supra, num.* 10.

Constat secundò, contineri Fideicom- 942
missariam in Reciproca, quando hęc fuerit conjuncta cum Compendiosa, vt si dictum sit; *Eos inuicem substituo, quandocumque decesserint.* Illud enim verbum, *Quandocumque*, cùm habeat tractum temporis successiuum, inducit Compendiosam complectentem tempus ante, & post aditam hæreditatem; & si ratione il-

lius

lius continetur in dicta Reciproca tum Vulgaris pro tempore ante aditam, tum Fideicommissaria post aditam, relata in tempus, quo aliquis eorum decesserit. Barthol. *in d. l. Lucius, num.* 5. *&* 20. *ff. de Vulgari*, & ibi Ias. *num.* 39. *fine*, & Ripa, *num.* 46. dicens hoc ab omnibus receptum esse, Angel. *consil.* 151. *num.* 1. *ad fin. & consil.* 307. *num* 3 *in fine*, Corn. *in l. In testamento, num.* 3. *vers. Sed dubitari potest, & num.* 4. *Cod. de Testam. milit.* & alij quos citant, & sequuntur Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 4. *num.* 6. Menoch. *d. præsumpt.* 60. *fine*, Trentacinq. *d. cap.* 10. *numer.* 5. & Fusar. *de Substitut. q.* 260. *num.* 29. Idem dicendum quando testator dixerit; *Siquis eorum sine liberis decesserit, eos inuicem substituo*: quia hujusmodi conditio habet tractum temporis; & sic efficit vt illa Reciproca sit similiter conjuncta cum Compendiosa, & referatur tam ad tempus ante aditam hæreditatem, quàm post aditam, & consequenter Fideicommissariam contineat. Atque ita scribunt Imola *in d. l. Lucius, numer.* 12 *vers. Aut apposita est, ff. de Vulgari*, Roland. à Valle, *consil.* 25. *numer.* 10. *& infra, lib.* 1. Mantica *d. num.* 6. *in fine*, & cum alijs Fusar. *d. q.* 260. *num.* 30.

943 Constat tertiò, contineri Fideicommissariam in Reciproca, quando ex Conjecturis, vel ex verbis antecedentibus, aut consequentibus, colligi potest testatorem id voluisse. Fulgos. *in l. Si pater tuus, Cod. de Fideicommiss.* & ibi Castr. Jas. *in d. l. Lucius, num.* 14. & ibi Ripa *num.* 43. & Alciat. *num.* 47. Bened. Capra *consil.* 7. *num.* 21. Mantica *d. tit.* 4. *sub num.* 7. Menoch. *d præsumpt.* 60. *num.* 70. Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 10. *num.* 11. Fusar. *d. q.* 260. *num.* 39. & alij. Quia voluntas testatoris ex contextu testamenti concipitur, *l. Si seruus plurium, §. fin. ff. de Leg.* 1. *& simil.* & voluntas testatoris totum facit, *l. Ex facto, §. Rerum autem Italicarum, ff. de Hæred. instit.* ac præsertim in fideicommissis sola spectatur, *l.*
944 *pen. ff. de Leg.* 1. *cum simil.*

Constat quarto, Reciprocam factam in codicillis continere Fideicommissariam, vt jam *supra §.* 4. *num.* 910. à nobis declaratum est. Quæ resolutio, licèt à multis limitetur, vt non procedat quando Reciproca esset facta à patre inter liberos, præsertim impuberes in potestate constitutos; quòd tunc videatur continere substitutiones Directas, argum. *l. Militis codicillis, ff. de Milit. testam.* vbi militi conceditur posse directò substituere in codicillis: attamen etiam in illo casu hanc resolotionum procedere, probabilius tenent alij, quos citant & sequuntur Trentacinq. *d. cap.* 10. *sub* 9. & Fusar. *de Substitut. q.* 8. *sub num.* 25. vbi multis argumentis hanc sententiam confirmat, & contrarijs respondet. Unde juxta hanc sententiam, si pater filijs impuberibus in potestate constitutis pupillariter substituat in codicillis, talis substitutio non erit directa Pupillaris, sed Fideicommissaria.

Si verò petas, vtrùm talis Fideicommissaria finiatur pubertate, distinguendi sunt tres casus.

Primus casus est, quando fuit facta ver- 945
bis specificis, & proprijs Pupillaris substitutionis, vt, *Si filius meus in pupillari ætate decesserit*, &c. & in hoc casu finitur pubertate, sicut finiretur Pupillaris directa, cum restricta fuerit ad tempus ante pubertatem. Sic Menchac. *de Succeff. progress. lib.* 2. *§.* 13. *num.* 3. *in fine, & §.* 19. *num.* 18. *& tit. de Compendiosa, §.* 18. *num.* 68. Trentacinq. *d. cap.* 10. *sub num.* 10. & Fusar. *d. q.* 8. *num.* 36.

Secundus casus est, quando substitu- 946
tio non est facta verbis specificis Pupillaris substitutionis, sed verbis Compendiosæ absque restrictione ad aliquod certum tempus: vt si dictum sit; *Quandocumque filius meus decesserit, substituo Caium.* & in hoc casu durat etiam post pubertatem, & omni tempore est Fideicommissaria, sed cum hac distinctione, quòd mortuo filio in pupillari ætate omnia bona filij, etiam legitima, spectant ad substitutum: eo verò mortuo post ætatem pupillarem non pertinent ad substitutum, nisi bona, quæ talis filius habuit à patre,

tre, exceptâ legitimâ. Sic Emman. Costa *in cap. Si pater, 3. p. verb. Interdum, numer. 8. de Testament. in 6.* Menoch. Trentacinq. & Fusar. *loco proximè citat.* & ratio diuersitatis est, quia ante pubertatem sicut haberet locum Pupillaris directa facta in testamento, per quam pater substituto daret omnia bona filij, etiam legitima; ita etiam habet locum Pupillaris indirecta, seu Fideicommissaria, per quam pater eadem bona filij dare potest, variato tantùm modo, nempe indirectè: & hoc censetur facere quando pupillariter substituit in codicillis, ex benigna voluntatis interpretatione, *l. Scævola, ff. Ad Trebel.* Post pubertatem verò cùm filius jam tunc sit capax testandi, non potest pater disponere de omnibus ejus bonis, sed tantùm de illis, quæ vltra legitimam, ei reliquit; & sic pro tali tempore in illis tantùm eum grauare potest per Fideicõmissariam; vt est notissimum.

947 Tertius casus est, quando Reciproca facta fuit in codicillis tali modo, vt si esset facta in testamento non contineret Fideicommissariam, sed tantùm Vulgarem, & Pupillarem directam. Et tunc si pupillus extitit hæres, extinguitur pubertate dicta Fideicommissaria, seu Pupillaris indirecta, sicut finiretur directa in testamento facta: si autem non extitit hæres, quia noluit, aut non potuit; tunc etiam post pubertatem admittitur substitutus per Fideicommissariam ad omnia bona, quæ pater filio reliquit in sua hæreditate, sicut admitteretur per Vulgarem, quæ in præsenti casu obliquatur eoquòd sit facta in codicillis. Sic Trentacinq. & Fusar. *loco citat.*

948 Plures casus à DD. assignantur, in quibus constat Fideicommissariam contineri in Reciproca: duodecim omnino enumerat Fusar. *de Substitut. quæst. 260.* sed non oportet in eis immorari, quia nihil ferè habent difficultatis, & facilè ex dictis, ac infra dicendis patebunt, si in praxi occurrant.

949 Illud verò in præsenti materia ab omnibus disputatur, & principaliter quæritur, vtrũ Fideicõmissaria contineatur in Reciproca facta simpliciter in testamento: quando scilicet testator institutis duobus, aut pluribus, simpliciter in eodem testamento, dixit; *Eos inuicem substituo?* Partem affirmatiuam tuetur acriter Leon. *tract. de Substitut. in materia Reciprocæ, num. 16. & seqq.* eique fauet Ias. *in d. l. Lucius, num. 29. ff. de Vulgari,* vbi dicit contrariam opinionem posse facilè disputando subuerti. Mouetur Leon. primò, quia verbum, *Substituo,* est de se aptum, & Directam, & Fideicommissariam substitutionem importare, secundùm opinionem Barth. quæ est communis, *in l. Centurio, ff. de Vulgari.* Secundò, quia id videtur probari *in l. Cum proponebatur, 66. ff. de Leg. 2.* vbi ex eo quòd per conjecturam constiterit testatorem dixisse se fecisse mutuam substitutionem inter quosdam substitutos, concluditur eos esse ad inuicem grauatos fideicommisso. Tertiò denique mouetur per text. *in l. Qui plures, ff. de Vulgari,* vbi cùm pluribus hæredibus institutis facta fuerit Reciproca illis verbis; *Eos inuicem substituo:* dicitur, quòd inuicem in omnem causam singuli substituti videbuntur: quibus verbis non solùm comprehenditur casus cujusuis substitutionis directæ, sed etiam indirectæ, seu Fideicommissariæ.

Nihilominus non contineri Fideicommissariam in dicta Reciproca, tenent DD. communiter Barthol. *in d. l. Lucius, numer. 20. ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num. 4.* Zas. *num. 28.* dicens esse communem, Ripa, *num. 41.* & Alciat. *num. 47.* qui etiam dicit communem, Barthol. *in l. Iam hoc jure, ff. eod.* & ibi Alex. *num. 4.* idem Barthol. *in l. 2. Cod. de Impub. & alijs substitut.* & ibi Salic. Paul. Castr. Alex. Curt. jun. & plures alij. Barth. *in d. l. Qui plures,* & ibi Paul. Castr. & Alex. *num. 2. ff. de Vulgari,* Ias. *consil. 134. col. pen. lib. 1. & in d. l. Lucius, num. 29.* vbi dicit hanc esse veram, & communem sententiam, licèt disputando impugnari possit. Anton. Gom. *Variar. resol. tom. 1. cap. 8. num. 2.* & cæteri ferè omnes, quorum plurimos referunt & sequuntur Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. num. 5.* 950

Me-

Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 60. num. 67.* Trentacinq. *de Subst. p. 5. cap. 10. numer. 1. cum sequentib.* & Fusar. *de Substitut. quæstion. 260. numer. 1.* vbi dicit hanc sententiam vno calculo ab scribentibus approbari.

951 Probatur primò per text. *in d. l. Iam hoc jure*, vbi de hujusmodi Reciproca facta imparibus dicitur, in vulgarem tantummodò casum factam videri: vnde rectè arguitur, non contineri in ea Fideicommissariam; cùm illa taxatiua, *tantummodo*, omnem alium casum, præter vulgarem, excludat. Nec dicas, id esse speciale in casu, quo Reciproca fuit facta imparibus, nempe vni puberi, & alteri impuberi. Hoc enim dici nequit: nam tales impares non minùs sunt capaces Fideicommissariæ, quàm Vulgaris: vnde si Fideicommissaria in tali Reciproca non continetur, id non prouenit ex conditione personarum, sed ex natura, & conditione ipsius substitutionis, siue paribus, siue imparibus facta sit. Aptiùs dicit Leon. *supra*, per illam taxatiuam excludi Pupillarem, de qua ibi agebatur, non verò Fideicommissariam, de qua nulla erat quæstio. Sed neque hoc satisfacit; quia verba illa, *In vulgarem tantummodo*, manifestè excludunt omnes alias substitutiones: quod benè confirmatur ex sequentibus verbis, vbi textus dicit propterea non contineri Pupillarem in illa Reciproca, sed tantùm Vulgarem, quia incongruum videtur, quòd in vno, idest, in impubere, sit duplex substitutio, nempe Vulgaris, & Pupillaris; in altero verò, idest, in pubere, vna tantùm, nempe Vulgaris, cùm pubes non sit capax Pupillaris. Enimverò, si ibi contineretur etiam mutua Fideicommissaria diceretur potiùs, quòd in vno esset triplex substitutio, scilicet, Vulgaris, Pupillaris, & Fideicommissaria; in altero verò duplex, scilicet Vulgaris, & Fideicommissaria: ergo cùm hoc dictum non sit, signum est quòd in ea Reciproca solùm admittitur Vulgaris, & omnis alia substitutio excluditur. Atque idem argumentum sumitur *ex d. l. 2. Cod. de Impuber. & aliis substitut.* ibi: *In vnum casum dumtaxat: &c.*

Probatur secundò, quia verbum, 952
Substituo, licèt sit commune, tamen quando simpliciter profertur, accipitur potiùs pro substitutione directa, quàm pro indirecta, vt tenent communiter DD. & constat per text. *in cap. Si pater, de Testament. in 6.* Nec dici potest, quòd inducit substitutionem directam & Vulgarem ante aditam hæreditatem, & indirectam seu Fideicommissariam post aditam: quia cùm sit verbum de præsenti, non habet tractum successiuum, quo porrigatur ad futurum, & sic non comprehendit tempus ante, & post aditam hæreditatem, sed tantùm tempus & casum ante aditam, & sic solam Vulgarem inducit.

Probatur tertiò & vltimò, omissis 953
alijs fundamentis, quia si dicta Reciproca contineret fideicommissum, illud esset purum; cùm sit facta simpliciter per verbum de præsenti, nulla conditione adjecta: consequens autem continet absurdum, & sic admittendum non est: nam vel hæredes, quibus substitutio est facta, sunt æqualiter instituti; & tunc tale fideicommissum est inutile, siquidem tantùm quilibet hæredem dabit cohæredi, quantum ab eo accipiet, *l. Ab omnibus, §. In testamento, in fine, ff. de Legat. 1. l. Quis, Cod. de Solution.* Vel sunt instituti inæqualiter; & tunc sequeretur, quòd magis dilectus in institutione, esset minùs dilectus in substitutione, & minùs dilectus in institutione esset magis dilectus in substitutione, quod non est verosimile de mente testatoris, *l. Publius, in fine, ff. de Condit. & demonstr.* & arguit quamdam implicationem in ejus affectione & judicio, quod admitti non debet.

Nec obstant fundamenta contrariæ 959
sententiæ: ad primum enim respondetur, licèt verbum, *Substituo*, sit commune, inde non sequi, quòd directam,

& indirectam substitutionem collectiuè inducat, sed quòd cuilibet earum adaptari possit: quo pacto quanuis verbum, *Do, das*, sit commune ad significandam præstationem gratuitam, & non gratuitam, non propterea quando quis diceret, se mihi dedisse. v.c. librum, intelligendus erit, dedisse gratis, & pro pretio, sed altero tantùm modo. Quare bene stat, quòd dicta Reciproca sit facta per verbum commune, & tamen non contineat substitutionem indirectam, sed tantùm directam, ex vi prædicti verbi simpliciter prolati, eoquòd quando simpliciter profertur, potiùs accipitur pro directa, vt probatum est, & constat *ex d. cap. Si pater, de Testament. in 6.* Ad secundum respondetur, textum *in d. l. Proponebatur*, loqui de Reciproca, qua duo Fideicommissarij fuere adinuicem grauati restituere fideicommissum, vt constat ex declaratione Glossæ, solùmque in eo textu intenditur, satis esse conjecturam, seu probationem per testes, ad hoc vt talis Reciproca sustineatur, quando per errorem scripta non fuit. Ad tertium respondetur illa verba, *d. l. Qui plures, In omnem causam*, &c. fuisse prolata respectu successionis substitutorum, ad exclusionem filiorum defuncti, ita vt sensus sit: substitutos superstites succedere debere in omnem causam & casum, in quem virtute talis Reciprocæ succeditur, nihil obstante quòd extent filij defuncti, qui succedere prætendant; prout in casu, de quo ibi.

955 Limitari verò solet hæc sententia, vt non procedat, quando in testamento fuit apposita clausula codicillaris, præsertim adjecto verbo de futuro, vt si dictum sit; *Si non valet, vel non valebit, vt testamentum, valeat jure codicillorum.* Hanc limitationem approbant innumeri DD. quos longo ordine refert Fusar. *de Substitut. q.* 8. *sub num.* 43. *& q.* 260. *num.* 13. & pluribus etiam relatis eam latè tuentur Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 4. *num.* 9. Menoch *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *numer.* 74. Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 10. *numer.* 6. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 18. *numer.* 9. At hæc limitatio meritò displicet alijs, quos Fusar. refert, & sequitur *d. quæstion.* 260. *numer.* 14. *& sequentib.* semperque mihi visa est falsa, & absque fundamento introducta. Et sic eam impugnaui, & contrariam sententiam amplexus sum *disp.* 2. *sect.* 10. §. 14. *numer.* 618. *& seqq.*

§. 8. *Quomodo intelligenda sit Reciproca facta inter inæqualiter, vel diuerso modo institutos?*

SVMMARIVM.

QVando *Reciproca facta est tribus, aut pluribus inæqualiter institutis, qui in substitutione sunt vocati nominibus appellatiuis, vt dicente testatore*; Siquis eorum, qui à me instituti sunt, hæres non extiterit, alios hæredes meos ei substituo; *intelliguntur substituti pro partibus hæreditarijs, in quibus sunt instituti; num.* 956.

Quæ resolutio ampliatur primò, etiamsi non sint vocati nominibus appellatiuis denotantibus hæreditatem, sed alijs diuersis, vt si testator dixit; Substituo cæteros filios meos, vel nepotes: vel fratres, &c. *Et quomodo id sit intelligẽdum? num.* 957.

Ampliatur secundò, vt procedat, licèt substituti sint vocati nominibus appellatiuis, & simul nominibus proprijs, dummodo præmittantur appellatiua; num. 958.

Ampliatur tertiò, vt procedat etiam in dubio, an substituti fuerint vocati nomine appellatiuo, vel proprio? Vt si testes non recordentur, vel quando testator in antecedentibus modò appellatiuis, modò proprijs nominibus vsus est, & deinde dixit; Quos inuicẽ substituo; *num.* 959.

Ampliatur quartò, vt etiam procedat in substitutione Fideicommissaria; n. 960.

Limitatur autem eadem principalis re-

solu-

solutio, quando omnibus substitutis esset æqualiter injunctũ aliquod onus; num. 961.

Limitatur præterea, quando quidam ex substitutis essent instituti conjunctim, vt in dimidia parte hæreditatis: alij verò separatim, & inæqualiter in portionibus alterius dimidiæ. Et quomodo id sit intelligendum? num. 962. *& seq.*

Quando substituti sunt vocati nominibus proprijs, censentur substituti pro partibus æqualibus, licèt sint instituti inæqualiter; num. 964.

Ampliatur hæc resolutio, licèt etiam sint vocati nominibus appellatiuis, si nomina propria præcedant; num. 965.

Limitatur verò primò, nisi instituti essent ejusdem nominis, vt v.c. Titij & testator dixisset; Titios substituo: *quia tunc censentur substituti pro partibus hæreditarijs; num.* 966.

Limitatur secundò, nisi tales substituti essent onerati à testatore pro partibus hæreditarijs inæqualibus, in quibus sunt instituti; num. 967.

Quando ex inæqualiter institutis quidam fuerunt vocati per Reciprocam nominibus appellatiuis, quidam verò proprijs, vt si testator dixit; Titium, Caium, & Seium, ac cæteros hæredes meos, inuicem substituo: *vocati nominibus proprijs intelliguntur substituti pro partibus æqualibus: alij pro partibus hæreditarijs; num.* 667.

Ex Reciproca facta in legatis, vel donationibus causâ mortis, succeditur æqualiter, & non pro portionibus legatis, etiamsi legatarij fuerint inæqualiter honorati, & nominibus appellatiuis in substitutione vocati; numer. 968.

Legatarij inæqualiter honorati, si grauentur onere fideicommissi, intelliguntur grauati pro portionibus legatis, nisi onus talis fideicommissi sit extrinsecum, vt aliquid faciendi, vel dandi, nam tunc intelliguntur grauati æqualiter; ibid.

Si sint plures instituti, quidam in re certa, & alij vniuersaliter, & testator absolutè dixit; Quod eos adinuicem substituit: *in tali substitutione veniunt solùm instituti vniuersaliter; num.* 969. *Id verò intelligitur primò, nisi ex aliqua conjectura constet de contraria voluntate testatoris: & apponitur casus talis conjecturæ; num.* 970. *Intelligitur secundò, nisi instituti vniuersaliter repudiassent, aut mortui essent ante aditam hæreditatem. Et tunc, an instituti in re certa, veniant ex substitutione, vel potiùs ex jure accrescendi? num.* 971.

Quomodo substitutio Reciproca finiatur; num. 972.

HVjus quæstionis duo sunt capita. Primum est de Reciproca facta inter plures in partibus inæqualibus hæreditatis institutos; vt si testator instituit Seium in tribus partibus, Titium in quatuor, & Caium in quinque, & postea eos inuicem substituit. Circa quam substitutionem illud in præsenti venit explicandum: vtrùm tales instituti pro eisdem partibus censeantur substituti, pro quibus fuerunt instituti? Seu (quod idem est) vtrùm censeantur substituti pro partibus hæreditarijs; vel potiùs pro partibus æqualibus? Hac igitur in re tres casus distinguendi sunt.

Primus casus est, quando substituti sunt 956
vocati per Reciprocam nominibus appellatiuis, vt si testator dixit; *Si quis eorum, qui à me instituti sunt, hæres non extiterit, alios hæredes meos ei substituo.* Et in hoc casu resolutio est, eos intelligi vocatos pro partibus hereditarijs, in quibus sunt instituti. Sic Glos. *in l.* 1. *vers. Expressè, Cod. de Impub. & alijs substitut.* & ibi Barth. Bald Paul. de Castr. Alex. Jas. Dec. & alij, Mantic. *de Conject. vltim. vol. lib.* 5. *tit.* 10. Trentacinq. *de Substit. p.* 5. *cap.* 1. *num.* 3. & cæteri communiter, per text. *in dict. l.* 1. *& in l. Qui liberis, §. Hæc verba, ff. de Vulgari, & in l. Sed si plures, in princip. ff. eodem, &*

in §. Si ex disparibus, Inst. eod tit. Et ratio est, quia vt quis est dilectus in institutione, ita pariter debet censeri dilectus in substitutione, vt probauimus, & latiùs explicuimus, *sect. 3 hujus disp. §. 14. num. 668.*

957 Ampliatur, & declaratur primò hæc resolutio, vt non tantùm procedat quando testator vtitur verbis appellatiuis denotantibus hereditatem, sed etiam alijs, quibus hæreditas non denotatur, vt si dicat; *Substituo cæteros meos filios, vel nepotes, vel fratres,* &c. nam tunc etiam censentur substituti pro partibus, in quibus sunt instituti, vt probat text. *in l. Lucius, §. Mæuia, 2.* & ibi Barthol. *ff. Ad Trebel. & in l. Si hæredes nominatim,* vbi etiam Barthol. *ff. de Leg. 1.* & tenent Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer. 12. de Testament.* Trentacinq. *dict. cap. 1. numer. 4.* vbi testatur de communi, & cum alijs Fusar. *de Substitut. quæst. 478. num. 5.* Intelligenda verò est hæc ampliatio vt procedat quando sub vno communi vocabulo tales substituti essent vocati, vt in exemplo proposito: secus autem quando essent vocati distinctis vocabulis expressè, vel tacitè copulatis: vt si testator diceret, *Substituo alios meos filios, & nepotes:* tunc enim filij ex vna parte capient dimidiam portionem defuncti, & nepotes aliam dimidiam, licèt in institutione maior pars fuerit relicta filijs, quàm nepotibus, vel è contra. Sic Jas, *in d. l. 1. Cod. de Impub. & alijs substitut.* Guilliel. Bened. *vbi sup.* & alij, quos refert, & sequitur Trentacinq. *sub dict. numer. 4.* & Fusar. *numer. 6.* Ratio sumitur ex natura copulæ, cujus est distribuere vim verbi æqualiter inter personas copulatas, *l. Reos, §. Cum tabulis, ff. de Duobus reis, l. 1. & 2. Cod. Si plures vna sententia condemnati sunt.* Aduerte autem, quòd licèt portio defuncti diuidenda sit æqualiter inter substitutos dicto modo appellatos, & copulatos, & inter filios ex vna parte, & nepotes ex alia, vt dictum est; tamen filij inter se, & nepotes inter se diuident, & capient pro hæreditarijs portionibus, vt cum alijs tenet Trentacinq. *dict. cap. 1. sub numer. 5. vers. Licèt quando,* argum. *dict. l. Lucius, §. Mæuia, ff. Ad Trebel.* licèt repugnet Angel. *in l. Si communis seruus, ff. de Stipul. seruor.*

Ampliatur secundò, vt procedat licèt substituti sint vocati nominibus appellatiuis, & simul nominibus proprijs, dummodo præmittantur appellatiua: vt si testator dixit; *Supra scriptos hæredes meos, Seium, Titium, & Caium inuicem substituo:* nam tunc etiam pro partibus hæreditarijs intelliguntur substituti, sic Glos. *in l. Ita liber. §. fin. ff. de Statulib. & in l. Nonnunquam, ff. Ad Trebel.* Bald. *in dict. l. 1. Cod. de Impuber. & alijs substitution.* & ibi Iaf. & Decius, idem Bald. *in l. Turpia, §. fin. ff. de Legat. 1.* Guilliel. Bened. *in dict. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer. 11.* & Trentacinq. *dict. cap. 1. numer. 6.* per text. *in dict. l. Si seruus communis, & in l. vltim. ff. de Stipulat. seru.* Et probatur à simili, quia si delegatio facta sit alicui sub nomine appellatiuo officij, vel dignitatis, & simul sub nomine proprio, & quæratur, an sit facta officiali, & sic transeat ad successorem in officio; vel sit personalis, seu limitata ad personam nomine proprio expressam, inspicitur, an præcedat nomen appellatiuum, & tunc censetur facta officiali vt sic, & transit ad successorem: secus autem si præcedat nomen proprium, *cap. Quoniam Abbas,* & ibi DD. *de Offic. deleg.* & DD. *in l. More, & in l. Et quia, ff. de Iurisd. omn. jud.* Quanuis non pauci dissentiant, quos refert eos sequens Sanch. *lib. 8 de Matrimon. disp. 27. numer. 20. & lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 41. numer. 5.* asserentes, quòd etiam quando nomen appellatiuum dignitatis præponitur, delegatio est personalis, & non transit ad successorem: consule Sanch. *loco citato, de Matrimon.* 958

Ampliatur tertiò, vt procedat etiam in dubio, an substituti fuerint vocati nomine appellatiuo, vel proprio; vt quando 959

do testes non recordantur, quibus nominibus testator in substitutione vsus fuerit; vel quando testator in antecedentibus partibus testamenti, modò appellatiuis, modò proprijs nominibus est vsus, & deinde dixit; *Quos inuicem substituo:* tunc enim censentur substituti pro partibus in quibus instituti sunt, vt probat text. *in l. Si plures, 24. ff. de Vulgari,* & tenent Bald. Salic. Paul. de Castr. Jas. Dec. Alex. & alij *in d. l. 1. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Barthol. *in d. l. Si plures, & in l. Siue à certis, ff. de Duobus reis,* Trentacinq. *de Substitut. p. 5. cap. 1. num. 7.* & cum aliis Fusar. *dict. quæst. 478. numer. 7. & 8.*

960 Ampliatur quartò, vt etiam procedat in substitutione Fideicommissaria, vt notat Trentacinq. *supra, num. 8.* & Fusar. alios referens, *num. 9.* per text. *in dict. l. Lucius, §. Pater, in fine, & §. Mæuia, & in l. Quoties, in princip. ff. Ad Trebel.*

961 Non procedit autem præfata resolutio principalis, quando omnibus substitutis esset æqualiter injunctum aliquod onus. Qua ratione talis oneris censentur æqualiter substituti, non attenta vlla inæqualitate institutionis, *l. Quoties,* & ibi Barth. *ff. Ad Trebel.* Glos. *in d. l. 1. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Barth. Ias. & Dec. Guilliel. Bened. *in dict. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, num. 7.* Trentacinq. *d. cap. 1. num. 10.* & cum multis alijs Fusar. *d. q. 478. num. 14.*

962 Neque etiam procedit, quando quidam ex institutis essent instituti conjunctim, vt quando testator ita diceret; *Instituo Titium, & Caium in dimidia parte meæ hæreditatis, & ex alia dimidia Seius mihi sit hæres in duabus vncijs, Sempronius in tribus, & Mæuius in vna; atque hos omnes hæredes meos adinuicem substituo.* Quo in casu, si vnus ex conjunctis non sit hæres, ejus portio defertur tantùm alteri conjuncto per jus accrescendi, *l. vnica, §. His ita, Cod. de Caduc. tol.* & si etiam deficiat aliquis ex non conjunctis, v.c. Sempronius, qui erat institutus in tribus vncijs, tunc quidem omnes superstites ad ejus portionem admittuntur pro partibus hæreditarijs; sed tamen pars hereditaria conjuncti superstitis censetur totum illud, in quo testatori successit, nulla habita consideratione vtrùm jure institutionis, vel per jus accrescendi ex maiori parte hæres factus sit: vnde in exemplo proposito, conjunctus ille, v.c. Titius, cui portio Caij accreuit, & sic factus est hæres ex dimidia parte hæreditatis, admittetur ex substitutione ad portionem Sempronij pro dimidia parte, & ex alia dimidia Seius capiet duas partes, & Mæuius vnam pro portionibus in quibus sunt instituti, & hæredes extiterunt. Ita expressè habetur *in l. Si in testamento, ff. de Vulgari.* Quod similiter procedit in Pupillari substitutione, vt cum Mantica tradidimus *sect. 3. hujus disputat. §. 14. numer. 669.* vbi etiam nonnihil pro maiori explicatione præsentis casus attulimus.

Addit verò Trentacinq. *dict. cap. 1. numer. 11.* quòd si ambo conjuncti decedunt, tunc cæteri hæredes æqualiter admittuntur ex dicta Reciproca; ad quod allegat Bald. & Salic. *in l. In testamento, Cod. de Testament. milit.* Barthol. *in l. Lucius, quæstion. vltim. ff. de Vulgari, & in l. vltim. in fine, ff. Ad Trebel.* & alios, affirmatque id probari per text. *in l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. de Vulgari.* Sed reuerà neque commemorati DD. neque textus ille id habent, sed solùm dicunt, quòd decedente vno ex conjunctis in institutione, præfertur alter cæteris institutis, non obstante Reciproca omnibus factâ. Quare de suo mihi videtur Trentacinq. addidisse, quòd decedente vtroque conjuncto, tunc succedent cæteri æqualiter: quod planè videtur contra *dict. l. Si in testamento, ff. de Vulgari,* in qua non obstante, quòd aliqui ex substitutis fuerint instituti conjunctim, si eueniat casus, in quo omnes superstites possunt admitti ex Reciproca omnibus factâ, solùm admittuntur pro partibus hæreditarijs. Porro quod *numer. præcedent.* 963

dictum est, deficiente vno ex conjunctis, solùm alterum conjunctum succedere in ejus portionem, suas habet limitationes, quas videre poteris apud Fusar. *de Substitut. q.* 494. *à num.* 5.

Secundus casus est, quando substituti
964 fuerunt vocati nominibus proprijs; vt si Seio, Titio, & Caio, inæqualiter institutis, dixit testator; *Seium, Titium, & Caium inuicem substituo.* Et in hoc casu censentur hi substitui pro partibus æqualibus, & non pro hęreditarijs inæqualibus; sic Glos. *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Barthol. Bald. Paul. de Castr. Alex. Ias. Dec. & alij communiter, Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius in materia Reciprocæ, num.* 9. Cuman. *in d. l. Turpia, §. fin. ff. de Leg.* 1. Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 1. *num.* 21. Fusar. alios referens *d. quæst.* 478. *numer.* 10. & Trentacinq. *de Substitution. p.* 5. *cap.* 1. *numer.* 12. per text. *in l. Nonnumquam, ff. Ad Trebel.* Ratio differentiæ inter hunc casum, & præcedentem de nominibus appellatiuis est primò, quia quando substituti vocantur per nomina propria, inspiciuntur primò, & per se personæ, & sic habetur ratio personarum, non inæqualitatis portionũ, in quibus sunt institutæ: quando autem vocantur per nomina appellatiua, præsertim denotantia hæreditatem, vt cùm dicitur, *Hæredes meos inuicem substituo*, tunc potiùs inspiciuntur portiones, quàm personæ, seu vt Baldus loqui tur *in d. l.* 1. portiones hæreditariæ dinumerant personas, & sic pro hæreditarijs portionibus censentur vocari. Secundò & principaliter, quia quando substituti vocantur nominibus proprijs, necesse est vt conjungantur per copulam interpositam, vel per punctum, aut virgulam loco illius, vt in exemplo proposito: de natura autem copulæ est distribuere vim verbi æqualiter inter personas copulatas, *l. Reos, §. Cum talibus, ff. de Duobus reis, l.* 1. *Cod. Si plures vna sententia.* Si autem vocentur nominibus appellatiuis, non oportet quòd interueniat copula; siquidem omnes vno communi nomine vocari possunt, vt dicendo; *Hæredes meos, vel filios meos inuicem substituo, &c.*

Prædicta resolutio ampliatur, vt procedat etiam quando simul sunt adhibita 965
nomina propria, & appellatiua, si nomina propria præcedant; vt si dictum sit; *Titium, Seium, & Caium hæredes meos inuicem substituo:* Quia tunc præcipua ratio habetur nominum propriorum, & ipsarum personarum, & sic efficitur vt debeant intelligi substituti pro virilibus, seu æqualibus portionibus; sic Glos. *in l. Nonnunquam, ff. Ad Trebel.* Bald. & Ias. *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Guilliel. Bened. *in dict. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer.* 11. Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 1. *numer.* 13. & Fusar. plures referens *d. q.* 478. *sub num.* 11. licèt contrarium teneat Dec. *in d. l.* 1.

Limitatur autem primò, vt non procedat, si instituti essent ejusdem nominis, 966
v.c. Titij, & testator dixisset; *Titios substituo*; nam tunc censerentur substituti pro hæreditarijs portionibus: Cuman. *in d. l. Turpia. ff. de Leg.* 1. Ias. *in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs substitut. vers. Hinc est*, Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, num.* 11. Trentacinq. *d. cap.* 1. *num.* 12. *vers. Et hinc primò refertur*, & Fusar. *d. quæst.* 478 *num.* 12. Quia in tali substitutione adhibentur nomina propria instar appellatiuorum nullâ interueniente copula; quod etiam probatur per text. *in l. Si hæredes nominatim*, in verbo, *Enumeratio*, junctis his, quæ ibi tradit Barthol. *ff. de Leg.* 1.

Limitatur secundò, vt etiam non pro- 967
cedat, quando dicti substituti essent onerati à testatore pro hæreditarijs portionibus inæqualibus; in quibus sunt instituti: nam tunc, quanuis nominibus proprijs vocati sint, non succedunt æqualiter ex substitutione, sed pro partibus hæreditarijs, quia sicut impositio æqualis oneris facit vt censeantur substituti æqualiter, licèt fuerint instituti inæqualiter, & vocati nominibus appellatiuis, vt diximus *sup. num.* 961. ita etiam impositio oneris inæqualis, juxta inæqualitatem portionum hære-

hæreditariarum efficit, vt censeantur substituti inæqualiter juxta easdem portiones, etiamsi fuerint vocati nominibus proprijs, *d. l. Quoties*, & ibi Glos. ordin. *ff. Ad Trebel.* & cum alijs Trentacinq. *dict. cap.* 1. *num.* 14.

967 Tertius casus est, quando ex inæqualiter institutis quidam fuerunt vocati per Reciprocam nominibus appellatiuis, quidam verò proprijs, vt si testator dixit; *Titium, Caium, & Seium, ac cæteros hæredes meos inuicem substituo.* Et in hoc casu vocati nominibus proprijs intelliguntur vocati in portiones viriles, seu æquales: alij verò censentur vocati pro hæreditarijs portionibus, Barth. *in d. l. Turpia, §. fin. num* 3. *ff. de Leg.* 1. Jas. *in d. l.* 1. *vers. Quinto, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Dec. *num.* 9 Salic. Alex. & alij, Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, numer.* 13. Trentacinq *dict cap.* 1 *num.* 17. & cum alijs Fusar. *d. quæst.* 478 *num.* 11. & probatur argum. *l. Plane*, 1. *in 2. respon. ff. de Leg.* 1. *& l. Si pater filio, ff. de Vulgari*, facit text. cum Glos. *in l. Siquis testamento, ff. de Statu lib.*

968 Omnia prædicta procedunt in substitutione facta in hæreditate; si autem sit facta in legatis, vel donationibus causâ mortis, succeditur ex illa æqualiter, seu pro virili portione, & non pro portionibus legatis, etiamsi legatarij fuerint inæqualiter honorati, & nominibus appellatiuis in substitutione vocati: colligitur hoc *ex l. vnica, §. Sed vt manifestetur*, juncta Glos. *ibi verb. Pro virili, Cod. de Caduc. tol.* vbi si legatarij sint grauati onere fideicommissi vt aliquid tibi præstent, & tu id repudies, debet id remanere penes ipsos pro virili portione, & non pro portione, in qua quilibet eorum fuit honoratus, vnde etiam onus talis fideicommissi censetur illis impositum æqualiter, seu pro virili, & non pro portionibus, in quibus honorati sunt. Sic per *d. text.* tenent Alex. *in d. l. Quoties, ff. Ad Trebel. & in d. l.* 1. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Ias. *n.* 2. *vers. Limita tamen*, & Dec. *num.* 9. *in fine*, Socin. sen. *in l. Verum, §. Quæsitum, ff. de Reb. dub.* Guilliel. Bened. *in d. cap. Raynutius, in materia Reciprocæ, num.* 10. Trentacinq. *de Substitut. p.* 5. *cap.* 1. *num.* 15. & Fusar. *dict. quæst.* 478. *num.* 19. Cæterùm quod dictum est de æqualitate oneris, juxta *d. §. Sed vt manifestetur*, intelligitur ab his DD. & à Glos. *in d. vers. Pro virili*, de onere extrinseco, vt cùm jubetur aliquid fieri, vel dari rem aliquam, quę non sit ipsa res legata, vel aliqua ejus pars: non autem de onere intrinseco, quale est cùm legatarij sunt grauati restituere rem legatam, vel partem illius: tunc enim clarum est, tale onus imponi juxta portiones, in quibus sunt honorati, & consequenter quòd repudiante, vel deficiente fideicommissario, remanet talis res penes ipsos legatarios pro portionibus, in quibus honorati sunt, vt bene præ cæteris declarat Glos. *in dict. vers. Pro virili.*

Secundum caput est de Reciproca 969
facta inter omnes institutos, quorum alij in re certa, alij verò vniuersaliter instituti sunt; vt quando testator filias instituit in certa quantitate pro dote; & filios masculos instituit vniuersaliter, & postea dixit; *Omnes filios meos inuicem substituo.* In quo casu quæritur, vtrum in tali Reciproca veniant omnes instituti, vel solùm instituti vniuersaliter? Et communis resolutio est, venire solos vniuersaliter institutos. Sic resoluunt Barthol. *in l. Lucius, num.* 18. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 18. Ias. *num.* 23. Ripa *num.* 38. qui testatur de communi, Alciat. *num.* 40. & alij communiter, Paul. de Castr. *in l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. eod.* DD. In *suis tract. de Substitut. in materia Reciprocæ*, Bald. *num.* 15. Barthol. de Hucio *num.* 12. Zas. *num.* 11. Leon. *numer.* 92. & alij, Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 60. *num.* 11. Trentacinq *de Substitut. p.* 5 *cap.* 8. *num.* 2. Fusar. *de Substitut. q.* 261. *numer.* 1. & multi alij, quos præcitati referunt. Fundamentum est primò, quia conjuncti in institutione censentur etiam conjuncti in substitutione; *l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. de*

Vulgari, Menoch. *lib. 4. præsumpt. 75. num. 4.* Peregrin. *de Fideicomm. art. 9. num. 14.* In præsenti autem soli vniuersaliter instituti sunt conjuncti in institutione; nam instituti in re certa, existentibus hæredibus vniuersalibus, sunt tanquam legatarij, *l. Quoties, Cod. de Hæred. instit.* Ergo etiam soli vniuersaliter instituti conjuncti sunt in substitutione. Secundò, quia in dubio substitutio intelligitur facta in portionibus hæreditarijs, *l. Qui plures, ff. de Vulgari*: institutus autem in re certa non habet portionem hereditariam; cùm, vt dictum est, habeat vicem legatarij.

Intelligitur autem hæc resolutio, nisi
970 ex aliqua conjectura constet de contraria voluntate testatoris: vt quando institutâ vnâ filiâ in re certa, & duobus masculis vniuersaliter, hoc modo substituisset; *Si aliquis meorum filiorum sine liberis decesserit, substituo superuenientes*: nam cùm vocet plures superstites, ratio recti sermonis exigit, vt si aliquis ex duobus masculis decedat absque liberis, intelligatur vocari ejus loco fœmina, & masculus superstes. Sic Barthol. *in l. vltim. num. 2. ff. Ad Trebel.* Bald. *in l. In testamento, 1. Cod. de Testament. milit.* & ibi Angel. & Imola Paul. de Castr. *in d. l. Cohæredi, §. Qui discretas, ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num. 3.* & Alciat. *num. 4.* multique alij, quos citant & sequuntur Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 60. numer. 15.* Trentacinq. *d. cap. 8. num. 35.* & Fusar. *d. q. 261. num. 7.* Secùs esset si testator, institutis pluribus masculis vniuersaliter, & vnâ filiâ in re certa, dixisset; *Si aliquis, vel aliqui decedant sine filijs, substituo superstites, vel superstitem*; nam tunc si eueniat, vt vnus tantùm masculus supersit, non admittetur filia; quia cùm additum sit, *Vel superstitem*, in singulari numero, sufficienter verba testatoris implentur, si ille tantùm masculus admittatur: & sic cessat conjectura, quòd testator voluerit etiam admitti fœminam: atque ita cum alijs docet Fusar. *supra, numer. 8.*

971 Intelligitur præterea d. resolutio principalis, nisi instituti vniuersaliter repudiassent, vel mortui essent, ante aditam hæreditatem: nam tunc filiæ superstites particulariter institutæ admittuntur, vt tenẽt communiter DD. inter quos tamen est controuersia, vtrùm admittantur ex substitutione, vel potiùs ex jure accrescendi? Menoch. *d. præsumpt. 60. num. 16. cum seqq* & Fusar. *d. quæst. 261. numer. 10.* cum multis alijs tenent, quòd admittuntur ex Vulgari in dicta Reciproca in subsidium pro tali casu comprehensâ. Imò & admitti debere ex Pupillari si omnes instituti erant impuberes, & masculi decesserunt ante pubertatem, tenet Menoch. *citat.* Alij tamen vt Imola *in cap. Raynutius, numer. 87.* & Trentacinq. *d. cap. 8. numer. 4.* tenent, quòd succedunt per jus accrescendi, vel ab intestato. Et hæc secunda sententia videtur verior; quia si dicta Reciproca solùm intelligitur facta inter institutos vniuersaliter, fieri non potest vt filiæ particulariter institutæ ex illa succedant. Maximè verò procedit hæc sententia, si masculi fuerunt conjuncti inter se in institutione vniuersali, & fœminæ ab illis separatę, & inter se conjunctæ in institutione particulari: nam tunc fœminæ intelligentur substitutæ inter se, & masculi etiam inter se; non verò masculi, & fœminæ adinuicem; & sic deficientibus omnibus masculis, solùm per jus accrescendi, vel ab intestato fœminæ admittentur. Ita sentit Menoch. *sup. numer. 20.* post Ripam, quem refert.

Mitto quasdam alias limitationes, quas adducit Fusar. *d. q. 161.* quia facilè ex dictis intelligi possunt.

Illud tandem pro materia Reciprocæ 972
quęri solet, quomodo hæc substitutio finiatur? Sed huic quæstioni facilè ab omnibus satisfit, finiri eo modo, & ex eisdem causis, ex quibus finiuntur substitutiones in ea contentæ: vt si continet solam Vulgarem, finiri ex causis, ex quibus finitur Vulgaris: & si continet etiam Pupillarem, finiri vt sic ex causis, ex quibus extinguitur Pupillaris: & sic de reliquis substitutionibus in ea comprehensis. Vnde pro hac re nihil addi oportet, vltra jam dicta

dicta circa extinctionem Vulgaris, Pupillaris, & Exemplaris. Et hæc satis pro Reciproca.

SECTIO VI.

De substitutione Compendiosa.

SEquitur vt dicamus de Compendiosa substitutione: in qua compendio etiam vtemur, quanuis à multis fusè admodum tractetur. Primò itaque trademus, & explicabimus hujus substitutionis naturam, & appellationem. Secundò quibus verbis fiat, factaue esse intelligatur? Tertiò, quas substitutiones contineat? Quartò, quando expiret.

§. 1. *Quæ sit natura, & propria ratio Compendiosæ substitutionis: & quare sic appelletur?*

SUMMRAIUM.

APprobatur, & declaratur definitio substitutionis Compendiosæ à Barth. & alijs tradita; num. 973. & seq.

Non solùm substitutio facta sub conditione mortis instituti; sed etiam facta sub quauis alia, quæ ante, & post aditam hæreditatem euenire potest, est propriè Compendiosa, continens plures substitutiones diuersæ rationis: quod latè explicatur; num. 974.

Cur hæc substitutio appelletur Compendiosa? num 975.

In quo differat à Reciproca? ibid.

Substitutio Compendiosa non est reipsa species distincta ab alijs substitutionibus, sed collectio plurium: & solùm secundùm conceptionis formam, & modum, potest dici peculiaris species; eod. num. 975.

NAtura hujus substitutionis, (sicut & cujusque alterius rei) cognoscitur ex ejus definitione; quam tradidimus, & satis explicauimus *sect. 1. hujus disp. num. 16. & seqq* Quare juxtà ibi dicta, breuiter hic statuendum est, Compendiosam substitutionem rectè à Barth. & alijs DD. definiri; *Est substitutio, quæ sub conditione mortis, vel aliquâ alia, plura tempora complectitur:* vt cùm testator ita diceret; *Instituo filium meum impuberem: & quandocumque decesserit, substituo Caium.* Quæ substitutio cùm fiat sub conditione mortis illius filij per aduerbium distributiuum, *Quandocumque*, manifestè comprehendit tam tempus & casum, quo ille moriatur ante pubertatem, quàm etiam tempus & casum post pubertatem. Et similiter comprehendit tempus, & casum quo institutus moriatur ante aditam hæreditatem, necnon tempus, & casum post hæreditatem aditam. Unde pro tempore ante pubertatem est Pupillaris, & pro tempore post pubertatem Fideicommissaria, si institutus hæreditatem adiuit: si autem non adiuit, est Vulgaris, vt magis suo loco explicabitur. Idemque est, quando testator aliam conditionem adjiceret, siue vltra mortem, vt dicendo; *Si filius meus decesserit absque liberis, substituo, &c.* siue citra mortem, vt si diceret; *Quandocumque filius meus in patriam redierit, substituo, &c.* 973

In quo postremo casu, (idest, quando adjecta est conditio citra mortem) licèt aliqui putent non contineri Compendiosam, saltem propriè, eoquòd non comprehendat diuersa tempora, ex quorum varietate diuersæ substitutiones inducantur, quod dicunt requiri omnino ad propriam rationem Compendiosæ: tamen communis, & vera sententia tenet oppositum; quia ex adjectione talis conditionis continet illa substitutio plures substitutiones diuersæ rationis; nimirum Vulgarem, si institutus redeat in patriam ante aditam hæreditatem, & Fideicommissariam, si redeat post aditam; quòd etiam Aduersarij admittunt: & hoc planè sufficit 974

cit ad propriam Compendiosam; de cujus ratione solùm est quòd verborum cõpendio plures casus diuersarum substitutionum complectatur: siue talis diuersitas proueniat ex varietate temporum ad quę substitutio porrigetur, vt cùm facta est in tempus mortis ante, & post pubertatem: siue ex ipsa earum conditione, quæ etiam tempore vniformi aliter atque aliter se possunt habere; vt quando adjecta est cõditio citra mortem, ante cujus conditionis euentum contingere potest vt institutus adeat, vel non adeat hæreditatem. Vnde cùm in definitione Compendiosæ dicitur, quòd complectitur plura tempora, quidam subaudiendum censent, vel plures casus diuersarum substitutionum; alij verò & meliùs intelligunt, non solùm tempus mortis ante, & post pubertatem, sed etiam tempus ante, & post aditam hæreditatem, licèt hoc nihil sit aliud, quàm casus aditæ, & non aditæ hæreditatis; prout hæc omnia latiùs explicata, & authoritate DD. confirmata sunt *d. sect.* 1. *à numer.* 16. Ex quibus satis constat, quæ sit natura, & propria ratio Compendiosæ.

975 Hinc intelligitur, cur hæc substitutio appelletur Compendiosa? Sic enim dicitur, quia verborum compendio plures substitutiones complectitur. Intelligitur etiam quomodo differat à Reciproca, seu Breuiloquâ, quæ etiã breui oratione plures substitutiones continet: differt enim primò, quia continet plures substitutiones ratione temporum, & casuum diuersorum, pro quibus fit: Reciproca verò illas continet ratione plurium personarum, inter quas fit. Secundò, quia Compendiosa necessariò cõprehendit plures substitutiones diuersæ speciei: non ita verò Reciproca; cùm fieri possit, vt duas tantùm substitutiones ejusdem speciei contineat, veluti duas Vulgares, vel duas Pupillares, *vt sect. præced.* §. 3. declaratum est. Intelligitur tandem, Compendiosam substitutionem non esse in re ipsa peculiarem aliquam speciem ab alijs distinctam, sed collectionem plurium, solùmque posse dici peculiarem speciem secundùm quid, idest, quoad formam & modum conceptionis, sicut de Reciproca dictum est *sect. præced.* §. 1. *fine.* Ita resoluit Leon. *de Substitut. in materia Cõpendiosæ, num.* 20. *& seqq.* estque de mente omnium, licèt aliqui in modo dicendi discrepent, vt videre est apud Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 1. *num.* 2. *& seqq.*

§. 2. *Quibus verbis Compendiosa substitutio fiat, factaue esse intelligatur?*

SVMMARIVM.

NOn tot quin plures excogitari possunt verborum formæ Compendiosam continentes, aliquæ tantùm celebriores explicandæ; num. 976.

Traditur regula, ex qua dignosci possit, an verba contineant Compendiosam? numer. 977.

Substitutio facta per verbum obliquum non potest esse Compendiosa; num. 979.

Per verbum, Restituo, *si referatur ad ipsum testatorem potest fieri Compendiosa; ibid.*

Substitutio facta in coditillis, si constet verbis tractum temporis respicientibus, & fiat per verbum directum, aut commune, licèt non sit propriè Compendiosa, tamen plures substitutiones Fideicommissarias diuersæ rationis continere potest, scilicet ordinariam, & Pupillarem indirectam; num. 980.

Optima forma Compendiosæ est, quæ cõficitur verbis directis, aut communibus, adjuncto aduerbio distributiuo; Quandocumque, *vt cùm dictum est;* Quandocumque filius meus decesserit, sit hæres Caius, vel substituo Caium; *num.* 981.

Quamuis non sit appositum aduerbium, Quandocumque, *possunt verba esse talia, vt inducant Compendiosam, & apponuntur varia exempla; num.* 982.

Substitutio facta his verbis, Quandocum-

cumque Caius fuerit consul, vel si nauis ex India venerit, substituo Seium filio meo, *est Compendiosa, & continet Vulgarem, Pupillarem, & Fideicommissariam, & quomodo id intelligatur? numer.* 983. *Aliqui opinantur non continere Pupillarem; num.* 984. *Excluditur hæc opinio; num.* 985. *Alia opinio est, continere tantùm Vulgarem, & Pupillarem; num.* 986. *Rejicitur; num.* 987.

Vt substitutio sit propriè Compendiosa, satis est, quòd contineat Vulgarem, & Fideicommissariam, licèt non contineat Pupillarem; d. num. 985. *Satis etiam est, quòd contineat Vulgarem, & Pupillarem; d. num.* 987.

Quando Compendiosa facta est sub conditione mortis, talis conditio intelligitur de morte naturali, & non purificatur per mortem ciuilem; num. 988.

Moriente fideicommissario priusquam hæres grauatus restituere post mortem naturaliter moriatur, extinguitur fideicommissum, etiamsi hæres priùs fuerit mortuus ciuiliter; num. 989.

Si hæres grauatus restituere post mortem fiat monachus in Ordine succedendi capaci, non statim debetur fideicommissum, sed expectatur mors naturalis ipsius monachi: & si ante illam fideicommissarius obeat, perit fideicommissum; nec ad hæredes illius transmittitur, sed remanet monasterio in perpetuum. Et similiter, si fideicommissarius in tali Ordine profiteatur, & obeat ante grauati mortem, non succedit monasterium in eo fideicommisso; ibid.

Quid, si talis hæres fiat monachus in Ordine incapaci succedendi, vt in Ordine Minorum? duplex est sententia. Prima tenet expectari similiter debere mortem naturalem talis Religiosi, & ante illam non deberi fideicommissum; num. 990. *& seqq. Secunda tenet, statim à die professionis in tali Ordine fideicommissum deberi; numer.* 993. *& seq. Vtraque sententia est valde probabilis: prima tamen præfertur, licèt sit minùs communis; num.* 995. *Retentâ verò secundâ, dubium adhuc est. Vtrum professio in Ordine incapaci succedendi censenda sit mors naturalis, etiam cum præjudicio tertij, vt quando grauatus jus omne, quod in bonis habebat, vendiderat, aut donauerat pro toto tempore vitæ suæ? Pars affirmatiua est probabilis: at negatiua probabilior; num.* 996. *& seq.*

NOn est animus tradere in particulari omnia verba, quibus Compendiosa potest fieri, factaque esse intelligitur: id enim esset impossibile; cùm verborum formæ Compendiosam continentes non tot quin plures excogitari possint. Vnde Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 51. quindecim; & Fusar. *de Substitut. q.* 223. octo supra viginti enumerauit; eâdemque facilitate plures addere possent, quod certè esset importunum, ac minimè doctrinale, cùm de singularibus non sit scientia. Ergo vt rem hanc conuenienter explicemus, pro vniuersa singularum formarum, ac verborum farragine, quamdam generalem statuemus regulam: ac deinde pro maiori explicatione, aliquas celebriores formas trademus, & explicabimus, ex quibus facilè erit de quibusuis alijs judicare. 976

Regula igitur in præsenti materia sit: quoties alicui fit substitutio per verba habentia tractum temporis in futurum, & non apparet quòd testator se restrixerit ad vnam tantùm speciem substitutionis, talia verba continent Compendiosam. Desumo hanc regulam ex Barth *in l. Centurio, num.* 32. *ff. de Vulgari*, Bald. *in tract. de Subst. tit. de Compendiosa, num.* 26. *vers. Idem si*, Zas. *de Substit. cap.* 5. *num.* 1. Leon. *in suo etiam tract. de Substit. in materia Compendiosæ, num.* 28. qui magis hanc regulam exprimit, Mantica, *lib.* 5. *de Conjectur. vltim. vol. tit.* 3. *numer.* 15. *& seq.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *sub numer.* 65. & cæteris communiter; qui omnes concludunt, esse substitutionem Compendiosam, quæ fit apposito verbo respiciente tractum temporis in futurum ex parte instituti, seu conditi- 977

onis,

onis, sub qua ei datur substitutus. Ratio est manifesta; quia quando illud verbum apponitur, fit substitutio per respectum ad plura tempora: quæ in illo tractu in futurum per verbum significato comprehenduntur, & sic intelligitur fieri pro tempore ante, & post pubertatem, si persona instituti id patiatur, & pro tempore ante, & post aditam hæreditatem, quod omni instituto conuenire potest: constat autem esse Compendiosam substitutionem, quæ talia tempora complectitur, cũ pro ratione illorum plures substitutiones diuersæ rationis contineat, vt est notissimum, & patet ex dictis §. *præced. num.* 973. *& seq.*

978 Adhibita verò sunt in prædicta regula verba, illa; *Et non apparet, quòd testator se restrinxerit*, &c. quia si constet quòd testator dispositionem restrinxit ad vnam tantùm speciem substitutionis, nulla alia species ibi continebitur, præter illam, quam testator fieri voluit, cùm hoc negotium totum sit voluntatis, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, & sic non potest esse Compendiosa, cùm de ratione Compendiosæ sit, quòd plures substitutiones diuersæ rationis contineat, vt ex dictis cõstat.

Hinc fit, vt quando substitutio fuerit
979 facta per verbum merè obliquum, non possit dici Compendiosa, licèt adjecta sint verba respicientia tractum temporis, vt si dictum esset; *Quandocumque filius meus deceßerit, restituat bona mea Titio:* vel, *Rogo hæredem à me institutum, vt quandocumque deceßerit, det meam hæreditatem Caio:* tunc enim propter vim verbi obliqui, quale est, *Restituat, Rogo, & similia*, est tantùm substitutio indirecta, seu Fideicommissaria; Barth. *in d. l. Centurio, num.* 12. *&* 20. *ff. de Vulgari*, Polit. *de Substitution. tit. de Compendiosa, num.* 4. *&* 28. Zas. *de Substitut. cap.* 5. *num.* 22. & cum multis alijs Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 51. *sub num.* 51. & Fusar. *de Substitut. q.* 223. *num* 21. *&* 40. cæterique omnes vt Barthol. & Polit. affirmant: & consequenter non potest dici Compendiosa: licèt hoc ab aliquibus negetur, qui sanè audiendi non sunt. Secus dicendum, si in substitutione verbum obliquum, *Restituo*, referatur ad testatorem, vt si dictum est; *Quandocumque filius meus deceßerit, restituo mea bona Caio:* tunc enim habet vim directi. Sic cum alijs Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *num.* 23. *in nouissima edit. aliàs num.* 19. & Fusar. *d. q.* 223. *num.* 41.

Similiter si substitutio sit facta in co- 980
dicillis, quanuis constet verbis tractum temporis respicientibus non erit propriè Compendiosa, idque licèt non sit facta per verbum obliquum, sed per directum, aut commune; quia eo ipso quòd facta est in codicillis, non potest valere jure directo, sed tantùm obliquo, & sic omni tempore est Fideicommissaria, vt est notissimum. Dixi autem quòd non erit propriè Compendiosa; nam impropriè, & lato quodam modo, talis dici potest, quia licèt non contineat plures substitutiones diuersæ rationis, sed tantùm Fideicommissariam, tamen propter diuersitatem temporum, ad quæ porrigitur, sic solùm Fideicommissariam continet, vt non vnã simplicem substitutionem, sed duplicem, eamque diuersæ rationis complectatur. Nam si pater filio impuberi in codicillis substituat verbis Compendiosæ, vt *Quandocumque filius meus deceßerit, substituo Caium*, talis substitutio pro tempore ante pubertatem est Pupillaris Fideicommissaria, in qua veniunt omnia pupilli bona substituto restituenda ab hæredibus ipsius pupilli, si is ante pubertatem decedat: & pro tempore post pubertatem est Fideicommissaria Vulgaris, seu ordinaria, in qua solùm veniunt bona, quæ à testatore ad filium peruenerunt, idque detractâ legitimâ ei debitâ prout hęc omnia à nobis tradita, & probata sunt *sect. præced. §.* 7. *num.* 946. Quare non immeritò talis substitutio Compendiosa dici potest, vtpote quæ verborum compendio plures substitutiones Fideicommissarias diuersæ rationis complectatur.

Sic explicatâ prędictâ generali regula, 981
facilè ex ea intelligitur optimam formam

Com-

Compendiosæ substitutionis esse, quæ conficitur verbis directis, aut communibus, apposito aduerbio distributiuo, *Quãdocumque*, vt cùm testator dicit; *Quandocumque filius meus decesserit, sit hæres Caius*, vel, *substituo Caium*. Quæ forma ab omnibus celebratur, & approbatur expressè per jus Lusit. *lib. 4. Ordinat. tit. 87. §. vltim.* Et ratio est, quia per illud aduerbium trahitur apertè substitutio ad omnia tempora, & sic tam ad tempus ante pubertatem instituti, quàm post pubertatem, & tam ad tempus ante aditam, quàm post aditam hæreditatem: ex quorum temporum varietate diuersæ inducuntur substitutiones; & sic euadit Compendiosa, de cujus propria ratione est, vt contineat plures substitutiones diuersas per respectum ad diuersa tempora, vt ex dictis liquet, & declarat optimè Barthol. *in d. l. Centurio, sub num. 26. vers. Quandocumque apponitur, ff. de Vulgari.*

982 Cæterùm quanuis non sit appositum dictum aduerbium, *Quandocumque*, potest substitutio fieri talibus verbis, quæ suâptè naturâ significent tractum temporis, & sic inducant Compendiosam, perinde acsi illud aduerbium adjectum fuisset, vt notant Barthol. & Couar. *infra citandi*, Menoch. *lib. 4. præsumpt. 51. numer. 7.* Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 5. numer. 1.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 34. numer. 9.* Fusar. *de Substitut. q. 223. num. 47.* & alij permulti, quos referunt; & constat apertè per text. *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari, & alia jura.* Talia verba erunt, si testator dicat; *Si filius meus decesserit absque liberis, substituo Caium.* Barthol. *in d. l. Centurio, numer. 32. in secunda opposit.* Couar. *in cap. Raynutius, §. 9. num. 2. de Testament.* & cum multis alijs Menoch. *d. præsumpt. 51. numer. 13.* & Fusar. *d. quæst. 223. num. 10. & 18.* Item si dicat; *Si filius meus in pupillari ætate absque liberis decedat*, vt multis relatis DD. tradidimus *sect. 3. hujus disp. §. 3. num 482. juncto num 485.* licèt aliqui refragentur, quos ibidem retulimus, & confutauimus: item si dictum sit; *Si filius meus decesserit*, vel, *post mortem filij mei substituo Caium:* Glos. *in l. In testamento, 1. Cod. de Testam. milit.* Costa *in cap. Si pater, 1. p. vers. Si decederet, num. 3. de Testament. in 6.* Menoch. *d. præsumpt. 51. num. 7. & seqq.* Fusar. *d. q. 223. num. 6. & 7.* multique alij, quos præcitati referunt. Item si diceretur; *Si filius meus moriatur ante vigesimum quintum annum substituo:* Barthol. *in d. l. Centurio, num. 9.* Bald *de Substit. tit. de Compendiosa, num. 1.* Polit. *de Compendiosa, num. 4.* Leon. *tit. etiam de Compendiosa, num. 28.* Menoch. *d. præsumpt. 51. num. 4.* Couar. *in cap. Raynutius, §. 9. num. 3. de Testam.* & Fusar. *d. q. 223. num. 3.* & per text. *in d. l. Centurio.* Item quando dictum esset; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate*, vel, *post substituo Seium.* Couar. *in d. cap. Raynutius, §. 9. numer. 3. vers. Item fit*, Menoch. *d. præsumpt. 51. num. 3.* & Fusar. *d. q. 223. num. 1.* licèt aliqui teneant fieri tunc plures substitutiones distinctas, vt Costa *in d. cap. Si pater, in princip. num. 13. & d. vers. Si decederet, num. 2.* & alij apud Fusar. *sup. num. 2.* qui rectè ibidem concludit, quidquid sit de his contrarijs opinionibus substitutionem esse in effectu Compendiosam. Ratio horum omnium est; quia in omnibus prædictis verbis, seu formulis, fit substitutio sub conditione, quæ potest euenire ante, & post pubertatem instituti: item ante, & post aditam ab eo hæreditatem, vt singulas inspicienti patebit: in omnibus enim apponitur, aut simplex conditio mortis, aut talis conditio vltra mortem, quæ quolibet illorum temporum euenire potest: patet autem esse Cõpendiosã substitutionẽ, quæ sub mortis conditione, vel aliâ, tempora illa cõplectitur, vt *§. præced.* explicando illius definitionem vidimus.

Erit etiam substitutio Compendiosa, 983
si testator ita dixerit; *Quandocumque Caius fuerit consul*, vel, *Si nauis ex Asia venerit, substituo Seium filio meo.* Ita DD. communiter, teste Emman. Costa. *in d. cap. Si pater, vers. Si decederet, n. 4.* qui quidem maximè fundantur in authoritate Bartholi, quatenus *in d. l. Centurio, numer. 9.* cum Azone, & alijs docet,

Compendiosam substitutionem esse, quæ sub conditione mortis, vel aliâ, complectitur plura tempora. Vnde cum substitutio prædictis verbis concepta fiat sub tali conditione, quæ licèt non sit mortis, tamen ad diuersa tempora referri potest, intelligunt plerique DD. quòd stando in dicta sententia Bartholi, si filius, cui talis substitutio facta est, repudiet hæreditatem patris, vel alio modo ab ea excludatur, & nauis ex Asia venerit, admittitur substitutus ex Vulgari: & si filius post mortem patris in pupillari ætate decesserit, & nauis venerit ex Asia, admittitur etiam substitutus ex Pupillari; & si filius adierit hæreditatem patris, & factus sit pubes, nauisque ex Asia venerit, admittitur substitutus ex Fideicommissaria. Sic intelligunt Socin. sen. *in d. l. Centurio, numer.* 18. & ibi Ias. *num.* 22. Decius *in l. Precibus, num.* 16. *Cod. de Impuber. & aljs substitut.* & alij, quos citant, & sequuntur Couar. *in cap. Raynutius, §. 9. num.* 8. *vers. Octauo*, Riminal jun. *in d. l. Precibus, numer.* 312. Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 51. *num.* 18. *& seqq.* & Fusar. *de Substitut. q.* 223. *num.* 25. Aduerte autem, quòd licèt in hac sententia ex vi dictæ substitutionis admittatur substitutus ex Fideicommissaria, si filius factus sit pubes, & illa conditio extrinseca impleatur, tamen non satis apud ipsos DD. constat, vtrùm talis Fideicommissaria intelligatur facta post mortem filij, an verò cogendus sit filius hæreditatem restituere statim vbi factus fuerit pubes, & nauis ex Asia venerit? Qua de re latè disputat Costa *vbi supra, numer.* 5. Sed tamen plerique videntur sentire, non debere intelligi factam post mortem, vt apud eundem Costam videri potest, & hoc etiam mihi videtur probabilius.

984 A prædicta communi sententia recedunt Ripa *in d. l. Centurio, num.* 62. Alciat. *ibid. num.* 58. & Polit. *de Substitut. tit. de Compendiosa, num.* 4. qui credunt in prædicta formula non contineri Pupillarem, ducti ea ratione, quod illa conditio, *Si nauis ex Asia venerit*, & quælibet similis, potest verificari viuente adhuc pupillo: substitutio autem Pupillaris nonhabet locum, nisi post mortem pupilli, quod est notissimum: & hinc concludunt, substitutionem in dicta formula contentam non esse Compendiosam; de cujus ratione putant esse, quod contineat Vulgarem, Pupillarem, & Fideicommissariam.

Non sunt tamen hi DD. audiendi, 985
primò quia in prædicta sententia communi non admittitur contineri in illa formula Pupillarem substitutionem, nisi tantùm pro casu, quo pupillus decedat ante pubertatem, & nauis veniat ex Asia, rectè intelligendo, hunc etiam casum verbis generalibus comprehendi in præfata substitutione; cùm reuerà etiam tali casui verba dictę formulæ in generali conueniant, sicut casibus aliarum substitutionum. Secundò, quia satis est quòd in dictis verbis contineatur Vulgaris, & Fideicommissaria, ad hoc vt substitutio ita facta dici debeat Compendiosa, vt ostendimus *sup. hac ipsa sect. §.* 1. *num.* 974. & latiùs *sect.* 1. *hujus disp. num.* 18. *seq.* Vnde si substitutio facta sit sub conditione omnino citra mortem, *Vt si ipse filius institutus aliquid fecerit*, talis substitutio est Compendiosa, vt expressè docet Barthol. communiter receptus *in dict. l. Centurio, numer.* 9. *vers. Quod dico, ff. de Vulgari*, nihil obstante, quòd in ea non contineatur Pupillaris, vt verius putamus, sed tantùm Vulgaris, & Fideicommissaria, quas ibi DD. omnes agnoscunt. Hoc etiam pacto si puberi, vel extraneo facta sit substitutio sub aliqua ex prædictis formis; *Vt quandocumque decesserit*, vel, *Si decesserit absque liberis, &c.* talis substitutio est Compendiosa, vt optimè declarat Peregrin. *de Fideicommiss. articul.* 34. *numer.* 4. & tenent plerique; cùm tamen certissimum sit, non continere Pupillarem, sed tantùm Vulgarem, & Fideicommissariam.

Alia ratione dictam communem sen- 986
tentiam impugnat, & ab omnibus citatis DD. dissentit Emman. Costa *in d. verb.*

Si

Si decederet, numer. 6. vbi vult, substitutionem in prædicta formula contentam esse Vulgarem, & Pupillarem, non autem Fideicommissariam, & sic non esse Compendiosam. Ejus fundamentum est, quia si testator filio impuberi his solis verbis substituat, *Filio meo substituo Ioannem*, solùm intelligitur ei substituere vulgariter, & pupillariter, argum. *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*, vbi sic docent Paul. de Castr. *num.* 1. & Alex. *numer.* 4. & tenent etiam multi alij, quos retulimus *sect. præced. §. 7. numer. 950.* vbi hoc ipsum latè probauimus agendo de Reciproca dictis verbis factâ: ex eo autem quod tali substitutioni addatur illa conditio, *Si nauis ex Asia venerit*, non mutatur neque ampliatur sensus verborum, sed tantùm efficitur vt Vulgaris, & Pupillaris in eis contenta euadat magis cõditionata, ideſt pendens ab illa conditione extrinseca, à qua aliàs non penderet.

987 At neque hæc opinio admittenda est: facilè namque ad illius fundamentum respondetur, quòd per adjectionem illius conditionis (quæ sanè habet tractum in futurum) intelligatur testator substituere filio pro quouis tempore, quo illa potest euenire: vnde cùm illa euenire possit tam ante, quàm post pubertatem instituti; & tam ante, quàm post aditam ab eo hæreditatem, rectè intelligitur, quòd pro omnibus his temporibus testator intendit substituere, & sic facere Compendiosam, quæ pro tempore ante pubertatem sit Pupillaris, si pupillus decedat in pupillari ætate, & nauis ex Asia veniat; & pro tempore post pubertatem, si adita sit hæreditas, & nauis ex Asia veniat, sit Fideicommissaria; & si neutro tempore hereditas adeatur, sit Vulgaris: quę omnes substitutiones verbis generalibus intelliguntur expressæ in prædicta formula; cùm reuerà omnibus in generali conueniat, non minùs quàm si testator dixisset; *Quandocũque nauis ex Asia venerit, substituo filio meo Titium.* In qua formula contineri Compendiosam tres illas substitutionis species complectentem, ipse etiam Costa admittit *loco citat. num. 15.* Addo præterea, quòd licèt demus, non contineri Fideicommissariam in dicta substitutione, sed tantùm Vulgarem, & Pupillarem, adhuc posse dici Compendiosam, vt tenet satis probabiliter Mantica *lib. 5. de Conject. vltim. volunt. tit. 3. numer. 19.* quia de ratione Compendiosæ solùm est quòd verborum compendio contineat plures substitutiones diuersæ speciei.

Mitto alias formulas Compendiosæ substitutionis: nam ex hactenus traditis facilè de quibusuis aliis judicari potest.

Explicatur ex occasione, an conditio mortis posita in substitutione intelligenda sit de sola morte naturali, vel etiam de ciuili, saltem quãdo ciuilis fuerit inducta per professionem Religiosam?

988 CÆterùm cùm ordinariè Compendiosa fiat sub conditione mortis, aut vltra mortem, vt dicendo; *Quandocumque filius meus morietur*, vel, *si decesserit absque liberis*, &c. quæres satis vtiliter, an talis conditio intelligatur de sola morte naturali, vel etiam de ciuili, ita vt si institutus moriatur ciuiliter, conditio purificetur, & locum habeat substitutio? Respondetur intelligi de sola morte naturali: ita Barth. & alij *in l. Statius, §. Cornelio, ff. de Iure Fisci*, idem Barth. & cæteri communiter *in l. Cum pater, §. Hæreditatem, 1. ff. de Leg. 2.* idem Barth. *in l. Ex facto, §. Ex facto, ff. Ad Trebel.* & ibi Jacob de Aret. Alex. Alberic. de Rosa, Ripa & alij, quos citat & sequitur Trentac. *de Substit. p. 4 cap. 6 n. 1.* Constat apertè per text. *in d. §. Hæreditatem, & in d. §. Cornelio*, vbi fideicõmissũ relictũ in diẽ mortis non cedit per deportationẽ hæredis grauati, quæ est mors ciuilis,

sed solùm per mortem naturalem. Accedit præterea ratio, quia in dubio debent verba intelligi naturaliter & propriè, non ciuiliter & fictè, vel impropriè, *l. fin. Cod. de His qui ven. ætat. impet.* Vnde in dubio verba, *Sine liberis*, intelliguntur de naturalibus, non de ciuilibus, *l. Fideicommissum, ff. de Condit. & demonstrat.* & mortis appellatione significatur naturalis, *l. Ex ea parte, §. Insulam, ff. de Verbor. obligat.* Glos. *in cap. Susceptum, de Rescript. in 6. & in cap. Placuit, 17. q. 1.*

989 Hinc sequitur, quòd moriente fideicommissario priusquam hæres grauatus post mortem restituere moriatur naturaliter, fideicommissum extinguitur, etiamsi hæres priùs sit mortuus ciuiliter, vt constat per text. *in dict. §. Cornelio, juncta Glos.* ibi: *verb. Ipse*, & tenent omnes. Vnde si hæres tali modo grauatus fiat monachus in Ordine capaci succedendi, quanuis per professionem moriatur ciuiliter, id non sufficit vt statim post ipsam professionem fideicommissum debeatur, sed expectanda est mors naturalis ipsius monachi; & si ante illam fideicommissarius moriatur, perit omnino fideicommissum, nec ad hæredes illius transmittitur, sed remanebit perpetuo apud monasterium; Salic. *in l. 1. num. 6. vers. Item prædicta, Cod. de Hæred. instit.* Menchac. *de Succeff. creat. lib. 3. §. 21. num. 170.* Meres *de Maior. in 1. edit. p. 2. q. 3. num. 19.* Bened. Ægid. *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. p. 4. §. 2. num. 7.* Guttierr. *qq. canon. lib. 2. cap. 1. num. 64.* & Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num. 76. & seq.* vbi etiam notat, quòd si fideicommissarius est ingressus monasterium succedendi capax, & obijt ante grauati mortem, non succedit monasterium; quia moriente fideicommissario ante grauatum restituere post mortem, perit fideicommissum, nec transfertur ad liberos, vt notat Glos. communiter recepta, *in l. vnica, verb. Derelictis, Cod. de His qui ante aper. tab.*

990 Difficultas verò est, si hæres grauatus restituere post mortem profiteatur in Ordine Minorum, vel in alio succedendi incapaci, an similiter fideicommissum non debeatur à die professionis, sed expectanda sit mors naturalis ipsius grauati? Affirmant Felin. *in cap. Ad liberandum, num. 1. notab. 2. de Iudicijs*, Ripa *in l. Ex facto, §. Ex facto, num. 12. ff. Ad Trebel.* Bartholom. Socin. *in l. Cum auus, num. 104. ff. de Condit. & demonstr.* Emman. Costa *in l. Gallus, §. Et quidsi tantum, p. 2. num. 12. ff. de Liber. & posthum. & in cap. Si pater, 1. p. verb. Si absque liberis, numer. 61. de Testament. in 6.* vbi dicit hanc videri communem Recentiorum sententiam, Menchac. *de Succeff. creat. lib. 3. §. 21. num. 171.* vbi alios refert, Cald. *de Nominat. emphyt. q. 6. num. 19. fine*, Bened. Ægid. *loco supra, citat.* & alij multi, quos citat & sequitur Trentacinq. *de Substitution. p. 4. cap. 6. post med.* Probant primò, quia conditiones sunt implendæ in specifica forma, *l. Qui hæredi, in princip. & l. Mæuius, ff. de Condition. & demonstr.* sed fideicommissum, de quo loquimur, factum est sub conditione, saltem tacita, si institutus moriatur ante fideicommissarium; ergo vt tale fideicommissum debeatur opus est vt illa conditio impleatur verè & in reipsa, & non satis est quòd institutus moriatur fictè, seu æquipollenter.

Probant secundò & principaliter, quia 991
mors ciuilis non æquiparatur naturali, quando non operatur eundem effectum, vt probat text. *in l. Ex ea, §. Insulam*, & ibi DD. communiter, *ff. de Verbor. obligat.* sed in præsenti casu mors ciuilis per illam professionem non operatur eosdem effectus, quos mors naturalis, seu ejus expectatio operari potest: nam si mors naturalis expectanda est vt fideicõmissũ debeatur, talis expectatio operatur, vt hæres grauatus disponere possit ante professionem, vt bona tali fideicommisso subjecta dentur alteri, qui eis fruatur toto tempore, quo ipse hæres naturaliter vixerit: eo autem nihil disponẽte, operatur vt statim post illius professionẽ deueniant ea bona ad hæredes ab intestato veniẽtes,

qui

qui tacitè ab illo censentur instituti, *l. Cõficiuntur, in princip. ff. de Iur. codicil.* & illi hæredes illis bonis fruentur quandiu grauatus naturaliter vixerit, solùmque post ejus mortem ea restituere tenentur; idque si substitutus illi superuixerit. Nam si jam mortuus sit, omnino perit fideicommissum, cessatque omnis restituendi obligatio, etiamsi nondum mortuus esset quando grauatus professionem fecit; & hic est alter effectus, quem dicta mortis naturalis expectatio operatur. In fauorem etiam ipsius substituti operatur, vt non excludatur per liberos grauati, si is sub eorum conditione fuit grauatus, eosque habebat tempore professionis, at tempore mortis naturalis jam obierant. Hos effectus non operatur mors ciuilis per dictam professionem, imò eos excludit, vt patet: ergo non debet æquiparari morti naturali in præsenti materia.

Confirmatur hoc fundamentum per
992 *dict. l. Status, §. Cornelio, ff. de Iure Fisci*, vbi cùm hæres grauatus restituere post mortem deportatur, non statim post deportationem fideicommissarius admittitur, sed solùm post illius mortem naturalem, & interim gaudet Fiscus vsufructu bonorum; & redditur ibi ea ratio, quia posset fideicommissarius mori ante ipsum grauatum, & sic cessare restitutio, manerequè talia bona in perpetuum penes Fiscum; cum qua lege cohæret *dict. l. Cum pater, §. Hæreditatem, 1. ff. de Leg. 2. & l. Vxoris, in fine, Cod. de Donat. inter vir. & vxor.* Ex quibus omnibus elicitur, quòd quando expectatio mortis naturalis potest aliquid operari, vel in fauorem venientium ab intestato, vt *in dict. l. Vxoris, in fine*; vel Fisci, vt *in dict. §. Cornelio, & in dict. §. Hæreditatem*, (qui Fiscus tam quoad onera, quàm quoad emolumenta, loco hæredis habetur, *l. 2. Cod. Ad leg. Iul. de Vi, l. Inter eos, §. fin. ff. de Fidejussor. & l. Si merito, ff. Solut. matrimon.*) vel substitutorum, vt *dict. §. Hæreditatem*, expectanda est mors naturalis hæredis grauati, nec satis est mors ciuilis, vt fideicommissum cedat fideicommissatio. Ergo cũ in nostro casu expectatio mortis naturalis possit operari, tum in fauorem venientium ab intestato, tum etiam ipsius substituti, vt declaratum est, bene concluditur debere mortem naturalem expectari, & non cedere fideicommissum per mortem ciuilem, quam dicta professio inducit.

Nihilominus contrariam sententiam 993
tenent Barthol. *in dict. l. Cum pater, §. Hæreditatem, 1. numer. 3. ff. de Leg. 2.* & ibi Bald. idem Barthol. *in tract. Minoritarum, 4. p. vers. Isti etiam hæredes instituti*, Angel. *in dict. l. Ex facto, ff. Ad Trebel.* & ibi Cuman. *num. 4.* Vincent. de Franchis *Decis. Neap. 14. numer. 7. p. 1.* Abbas *in cap. In præsentia, de Probat.* & ibi Anton. de Butr. Decius *numer. 261. in noua edit.* Beroius *numer. 534.* Paris. *numer. 51.* & Lancelot. *num. 18.* Ruin. *in l. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de Liber. & posthum.* Alex. *consil. 13. lib. 3.* dicens hanc esse communem opinionem, Socin. *consil. 92 lib. 1.* qui dicit ab hac communi opinione non esse recedendum, Corn. *consil. 258. lib. 3.* Paris. *consil. 65. lib. 2.* Ias. *consil. 135. lib. 3.* Rolan. à Valle *consil. 97. num. 41. lib. 2.* Couar. *in cap. 2. de Testament. num. 6.* Greg. Lop. *in l. 14. tit. 5. part. 6. verbo, Tanto tiempo*, Surd. *consil. 557. num. 10. & 12. lib. 4.* Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 6. num. 5.* Guttier. *qq. canonic. lib. 2. cap. 1. num. 62. & seqq.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 28. num. 62.* Molina *tom. 1. de Iust. disp. 186. n. 4.* Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num. 79.* & alij.

Fundamentum hujus sententiæ est, quia 994
professio in Religione incapaci succedendi æquiparatur morti naturali, quantum ad vim reddendi personam omnino expropriatam, & incapacem quidquam retinendi per se, vel per alium, qui nomine & ex persona illius retineat; siquidem neque ipse professus, neque monasterium ex illius persona in re aliqua succedere, quidquamue habere potest. Ergo non est cur ad restitutionem fideicommissi, quod jussus fuerat restituere post

mortem, expectanda sit mors naturalis, sed statim post talem professionem illlud debet restituere. Confirmatur nam propter dictam incapacitatem quidquam retinendi per se, vel per alium, quam dicta professio inducit, æquiparatur ea professio morti naturali, quantum ad vim confirmandi testamentum, vt est communissima ferè omnium sententia, quam relatis plurimis tradit, & bene probat Sanch. *d. cap. 3. num. 69.* ergo etiam æquiparari debet morti naturali, quantum ad hoc vt fideicommissum relictum post mortem cedat statim post ipsam professionem.

995 Ambæ hæ sententiæ sunt valde probabiles, sed tamen prima in puncto juris videtur verior, licèt sit minùs communis. Ad fundamentum ergo pro secunda adductum respondetur, quanuis professio illa æquiparetur morti naturali, quantum ad effectum expropriandi personam, & & reddendi eam incapacem retinendi vlla bona tam in particulari, quàm in communi, seu vt pars communitatis; inde non sequi, quòd etiam æquiparetur quoad effectum, vt fideicommissum relictum post mortem statim post ipsam professionem debeatur: & ratio est, quia quòd fideicómissum tali, vel tali tempore debeatur, non pendet à dispositione, vel conditione, & statu grauati, sed solùm à voluntate testatoris, qui voluit vt tali, vel tali tempore illa bona restituerentur: & ideo licèt grauatus transierit per professionem ad statum, in quo nullo modo potest bona retinere, nec de illis disponere, inde non sequitur, vt statim fideicommissum cedat fideicommissario, sed expectanda est mors naturalis ipsius professi: nam testator fideicommittendo post mortem, de naturali interpretandus est, & non de ficta, vt constat ex dictis *supra, num.* 988. Et hinc etiam patet responsio ad confirmationem, nam ex eo quòd per illam professionem omnino persona monachi exproprietur, bene sequitur quòd per illam confirmetur ejus testamentum, acsi naturaliter moreretur, cùm non minùs maneat incapax retinendi vlla bona, vel de illis disponendi, tanquam de proprijs, quàm si jam naturaliter obijsset, non autem sequitur quòd fideicommissum relictum post ejus mortem debeatur, vt probatum est.

Retentâ verò secundâ sententiâ magis 996
communi, grauis in ea difficultas est, vtrũ dicta professio censenda sit mors naturalis ad effectum, vt dictum fideicommissum statim post illam debeatur, etiam cum prejudicio tertij? Vt quando grauatus, jus omne, quod in bonis habebat pro toto tempore vitæ suę, venditione, vel donatione, aut alio titulo in alium transtulit, & postea in Ordine Minorum professus est: quo in casu dubitatur, vtrùm talia bona statim post eam professionem debeantur fideicommissario, cui post grauati mortem relicta sunt, vel potiùs expectanda sit mors naturalis ipsius grauati, vt interim eis fruatur emptor, vel donatarius, in quem ille suum jus transtulit? Aliqui sentiunt etiam in præiudicium illius tertij professionem censeri mortem naturalem, ac proinde statim à die professionis fideicommissum deberi, Sic Gratus *consil.* 68. *num.* 14. *lib.* 1. & Hondedeus *consil.* 62. *num.* 38. Pro qua sententia nonnulla fundamenta satis probabilia adducit Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 3. *num.* 80.

At multò probabilius est non debere 997
illam professionem censeri mortem naturalem in præjudicium tertij, atque adeo expectandam esse mortem naturalem ipsius professi, & interim ea bona habiturum illum, in quem alienata sunt. Ita expresè Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 28. *numer.* 62. *fine*, & Sanch. *d. cap.* 3 *num.* 81. post Bald. *consil.* 280. *incip. Factum tale, fine, lib.* 1. Ratio est, tum quia, vt Baldus arguit, mutatio statûs alienantis non officit juri jam quæsito per eum, in quem alienatio est facta: tum quia illa professio operatur expropriationem eorum, quæ professus tunc possidebat, non verò extinctionem, seu cessationem juris, quod in alterum transtulerat: tum deniq; quia cùm grauatus solùm fictione juris censeatur naturaliter mortuus per illam professionem, non debet talis fictio

quid-

quidquam operari in præjudicium tertij cui jus quæsitum est. Nam fictio juris, non perperam, sed ex naturali quadam æquitate inducta est, & sic nihil contra eam operatur: esset autem contra ipsam æquitatẽ, si in prejudicium tertij operaretur, efficiendo vt quis cum alterius jactura locupleteretur. Quod optimè multis relatis DD. illustrat Sanch. *loco citat.* vbi etiam respondet fundamentis à se pro contraria sententia adductis.

§. 3. *Quæ substitutiones contineantur in Compendiosa facta impuberi per militem, vel alium priuilegijs militaribus gaudentem?*

SUMMRAIUM.

MIles potest directè substituere filio post aditam hæreditatem, etiam in tempus post pubertatem; si autem nolit vti suo priuilegio, sed tantùm facultate juris communis, substitutio, quam filio fecerit post aditam hæreditatem, erit Fideicommissaria in tempus post pubertatem; num. 698.

Substitutio Compendiosa fieri potest tum verbis directis, ciuilibus aut non ciuilibus, tum communibus, tum etiam obliquis; num. 999.

Compendiosa facta per militem filio verbis directis pro omni tempore est directa; ita vt si filius decedat ante aditam hæreditatem, sit Vulgaris; si post aditam, & in pupillari ætate, sit Pupillaris: si autem post pubertatem, adita etiam hæreditate, sit Militaris. Et quæ bona veniant in his substitutionibus? num. 1000.

Vtrum præfata resolutio procedat, licèt mater instituti sit in medio? Negant multi tenentes, dictam substitutionem in tali casu esse Fideicommissariam post pubertatem, non verò Militarem; num. 1001. *Plerique tamen affirmant, contendentes, quòd etiam matre existente in medio illa substitutio est directa Militaris post pubertatem, & hæc sententia præfertur; numer.* 1002. *& seqq. An mater etiam à legitima, quam filius habuit ex bonis patris, per dictam Militarem excludatur? num.* 1005. *& seqq.*

Compendiosa facta filio à milite verbis communibus pro omni quoque tempore est directa, etiam post pubertatem instituti, & aditam ab eo hæreditatem; num. 1009. *Hoc vltimum à multis impugnatur, qui tenent post pubertatem esse hanc substitutionem Fideicõmissariam; num.* 1010. *Eorum opinio rejicitur, & respondetur ejus fundamentis; num.* 1011. *Si autem mater instituti sit in medio, admittitur esse substitutionem Fideicommissariam post pubertatem; num.* 1012.

Compendiosa facta per militem verbis merè obliquis omni tempore est Fideicommissaria; num. 1013.

Quàm vtile sit substituto succedere in bonis militis potiùs jure Militaris directæ, quàm Fideicommissariæ? n. 1014. *remissiuè.*

ANte omnia pro ijs, quę hìc & in sequentibus dicenda sunt, aduertere oportet, quòd miles, & qui militaribus gaudet priuilegijs, potest hæredem directò instituere vsque ad certum tempus, & post tale tempus instituere alium, etiam directò, *l. In fraudem, 16. §. 1. vers. Miles, & l. Miles, 42. ff. de Milit. testament. cum concord.* & illa secunda institutio dicitur substitutio Militaris, vtpotè quę à solis militaribus, seu militari priuilegio gaudentibus, fieri potest: vnde miles non solùm potest substituere directò filio impuberi, si decesserit ante pubertatem, quamadmodum pagani quoque substituere possunt, sed etiam post pubertatem, & adita jam hereditate; quod pagani efficere non possunt, cùm seclusis priuilegijs, nemo possit substituere directò post aditam hæreditatem, nisi 998

filio impuberi decedenti ante pubertatem, per Pupillarem substitutionem; vel filio mentecapto, per Exemplarem, quæ ad similitudinem Pupillaris inducta est, prout hæc omnia ex superioribus cóstant, & sunt notissima. At si miles nolit vti suo priuilegio, sed tantùm facultate juris communis, substitutio, quam fecerit post aditam hæreditatem filio decedenti post pubertatem, vel cuilibet extraneo, erit indirecta, seu Fideicommissaria; sicut si esset facta à pagano, vt etiam est indubitatum: & hinc oritur peculiaris difficultas circa Compendiosam factam à milite, an, & quando censenda sit facta juxta priuilegium militare, ita vt etiam pro tempore post pubertatem instituti, & post aditam hæreditatem sit directa, & non Fideicommissaria.

999 Aduertendum præterea est, substitutionem Compendiosam fieri posse, tum verbis directis, ciuilibus aut non ciuilibus, tum communibus, tum etiam obliquis, seu indirectis; de quibus verbis, quænam sint, & vnde dignoscantur? Satis in superioribus dictum est, præsertim *disp. præced. sect.* 3. *numer.* 24. & hac ipsa *disp. sect.* 3. §. 3. *num.* 497. quo secundo loco speciatim declarauimus, quæ verba dicantur directa ciuilia, & quæ directa non ciuilia: vnde non oportet hujusmodi verborum differentias hoc loco explicare; si quis tamen maiorem eorum notitiam desiderat, videat DD. à nobis locis citat. allegatos, maximè verò Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 4. qui latissimè, & descendendo ad plurima particularia, de his verbis tractat.

His animaduersis, per aliquot conclusiones quæstioni propositæ satisfaciemus.

1000 Prima conclusio sit. Si miles filio impuberi per Compendiosam substituat verbis directis, vt cùm dixerit; *Et quandocumque filius meus deceßerit, instituo Caium*, vel, *sit hæres Caius:* talis substitutio omni tempore est directa; ita vt si filius decedat ante aditam hæreditatem sit Vulgaris; si post aditam, & in pupillari ætate, sit Pupillaris, in qua veniant omnia filij bona, ideſt, tam quæ à patre, quàm quæ aliunde ei obuenerunt: si autem decedat post pubertatem, adita etiam hæreditate, sit Militaris; in qua solùm veniunt bona, quæ filius ex paterna hæreditate habuit. Hanc conclusionem probat text. *in l. Centurio, ff. de Vulgari*, & ibi communiter DD. estque ab omnibus recepta, vt apud infra citandos videri potest. Ratio patet, quia cùm miles pro omnibus dictis temporibus possit substituere directo, vt dictum est, planè si in Compendiosa pro illis omnibus factâ vtatur verbis directis, talis substitutio pro illis omnibus euadit directa, juxta propriam significationem verborum.

Vtrum autem hæc conclusio proce- 1001
dat, etiam si mater instituti in medio existat? Magna inter DD. est controuersia. Multi enim sentiunt, quòd in tali casu Compendiosa à milite facta non est directa Militaris post pubertatem, sed Fideicommissaria, quanuis facta sit verbis directis, & ciuilibus. Ita Glos. *in l. Precibus, verb. Fideicommissi, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi cum alijs antiquis Barthol. *num.* 4. & 11. Bald. *numer.* 26. Alberic. *num.* 5. Salic. *col.* 3. Angel. *num.* 7. Castr. *num.* 14. *vers. Cujus*, Aretin. *num.* 1. & Corn. *num.* 30. & 28. vbi dicit hanc esse magis communem opinionem, Glos. *in l. Centurio, verb. Dumtaxat, ff. de Vulgari*, & ibi Imola, *num.* 7. Alciat. *num.* 45. Zal. *num.* 30. & 36. Galliaula *numer.* 245. Bald. *tract. de Substitut. tit. de Compendiosa, numer.* 3. Polit. *tit. etiam de Compendiosa, numer.* 15. Zas. *tract. etiam de Substitut. cap.* 5. *num.* 11. & alij, quos refert Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 8 *num.* 2. *vers. Per supradicta*, & Fusar. *de Substitut. q.* 234. *num.* 2. Mouentur per text. *in d. l. Precibus*, vbi in casu, quo miles filio impuberi substituit per Compendiosam, matre in medio existente, resoluitur, quòd si talis filius hereditatem adijt, & post pubertatem decessit, potest substitutus, veluti ex causa fideicommissi, petere à matre filij successionem obtinente bona quæ cùm filius moreretur patris ejus fuerunt. Et quòd illa Compendiosa fuerit facta ver-

verbis directis; constat satis, tum ex propositione casus, quæ in principio illius textus facta refertur per ipsam matrem, ibi: *Proponis, & secundum hæredem scripsisse*, ideſt, ſubſtitutum; tum ex reſponſione Imperatorum, ibi: *Eos habeat hæredes, quos pater ei constituerit:* vnde intelligitur ſermonem eſſe de ſubſtitutione facta per verbum directum, *Sit hæres*, vel, *Sint hæredes*.

1002 Nihilominus traditam concluſionem procedere, etiam matre exiſtente in medio, tenent plerique volentes dictam ſubſtitutionem etiam poſt pubertatem inſtituti, qui adiuit, valere jure directæ Militaris. Sic Barthol. ſibi contrarius *in d. l. Centurio, num.* 12. & ibi Bald. *col.* 1. *verſ. Tertiò oppono*, Paul. de Caſtr. *num.* 6. Alex. *num.* 52. Socin. ſen. *num.* 27 *fin.* Lanfrancus de Oriano, *num.* 17. Iaſ. *num.* 19. *& ſeq.* Ripa, *num.* 66. Cephal. *num.* 477 *& ſeq.* vbi teſtatur de communi opinione, & alij communiter, Barthol. *in l. Inteſtamento, in fine, Cod. de Teſtament. milit.* & ibi Alex. *num.* 16. Fulgoſ. *in d. l. Precibus, num.* 11. & ibi Alex. *numer.* 10. Curt. jun. *num.* 39. dicens eſſe magis communem opinionem, Jaſ. *num.* 9. Sebaſt. Sapia *num.* 44. qui etiam teſtatur de magis communi, Cagnol. *num.* 145. Caccialup. *num.* 38. & Coraſ. *num.* 54. Imol. *in cap. Raynutius, num.* 177. *de Teſtam.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Compendioſæ, num.* 9. & Couar. §. 9. *num.* 6. Paul. Leon. *de Subſtit. in materia Compendioſæ, num.* 60. *& ſeqq.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 52. *num.* 2. P. Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 192. *verſ. Stando in ſolo jure communi*, Trentacinq. *d. cap.* 8. *num.* 2. dicens hanc eſſe communem, & receptam hodie ſententiam, multique alij, quos citati referunt.

1003 Fundantur *in d. l. Centurio*, vbi abſolutè & indiſtinctè habetur, dictam ſubſtitutionem valere etiam in tempus poſt pubertatem ex priuilegio militari, ſeu vt Militarem (quæ eſt directa) atque ex ea filio poſt pubertatem decedente capi à ſubſtituto bona patris dumtaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate. Quæ lex cùm non diſtinguat an mater ſit, vel non ſit in medio, generaliter & indiſtinctè intelligenda eſt, nec vllus matris fauor conſiderari debet, ad hoc vt ſubſtitutio verbis directis facta obliquanda ſit; cùm id ſit contra propriam verborum ſignificationem, à qua in dubio recedendum non eſt, ob fauorem matris, præſertim in ſubſtitutionibus; cùm videamus per Pupillarem, etiam verbis tantùm generalibus expreſſam, matrem pupilli excludi, vt eſt cómmmuniſsima DD. ſententia, quam ſæpius in ſuperioribus tradidimus, præſertim *ſect.* 3. *hujus diſp.* §. 15. & conſtat apertè *ex l. Lucius*, 45. *in fine princip. ff. de Vulgari*, vbi mater excluditur per Pupillarem contentam verbis generalibus in Reciproca, valetque inde argumentũ à fortiori, cùm longè maius præjudicium matri ſequatur ex eo quòd excludatur per Pupillarem, quàm quòd dicta Compendioſa admittatur potiùs vt directa, quàm vt Fideicommiſſaria poſt pubertatem, vt patet.

Maximè verò laborant hujus ſententiæ Authores in concilianda *d. l. Precibus*, 1004 qua Aduerſarij nituntur, cum *d. l. Centurio*, adeoque ſunt varij hac in re, vt vix ad numerum redigi poſsint explicationes, & conciliationes diuerſæ, in quas diuidũtur. Cæterùm, omnibus alijs omiſsis, ea mihi videtur optima, aut ſaltem expeditior conciliatio, quam multi probant aſſerentes *in d. l. Precibus*, nihil dici, quòd ſtare non poſsit cum ſucceſsione directa, quæ *in d. l. Centurio*, indiſtinctè admittitur, quia ibi (ideſt *in d. Precibus*) non dicitur quòd ſubſtitutus poteſt ſuccedere ex cauſa fideicómiſsi, ſed veluti ex cauſa fideicómiſsi quod ſolũ indicat ſimilitudinẽ, quã directa Militaris habet cum Fideicómiſſaria; ſiquidẽ in vtraq; ſolũ veniunt bona teſtatoris, nõ verò inſtituti, idq; abſque diminutione, non enim detrahitur quarta de bonis fideicómiſsi per militem relicti, *l. Inteſtamento*, 2. *Cod. de Teſtam. milit.* & licèt ibidem dicatur, quòd ſubſtitutus poterit petere à matre illa bona; hoc etiam rectè ſtat abſque eo quòd eſſent debita ex fideicommiſſo: quia poteſt

dici

dici propterea petenda fuisse à matre, quia cùm mater succesisset filio ab intestato, & bona quę patris fuerant, essent conjuncta, & confusa cum bonis filij, in quibus illa successerat, ipsa mater possidebat omnia illa bona, etiam quę patris fuerant, siquidem putabat se omnium esse hæredem, eaque omnia retinuit, quamobrem ei fuit lis mota, & sic ab ea petenda erant, quanuis ad substitutum spectarent ex directa Militari, ex qua aliàs propria authoritate capi possent. Hanc explicationem admittunt, ac cæteris præferunt Fulgos. *in d. l. Precibus*, Couar. *in d. cap. Raynutius*, §. 9. *à num.* 6. vbi alios refert, Paul. Leon, *supra*, *num.* 85. *& seqq.* Molin. *d. disp.* 192. *vers. Stando in solo jure*, & multi alij, quos citant, licèt non sequantur Emman. Costa *in cap. Si pater*, 3. *p. verb. Interdum*, *num.* 58. *de Testament. in* 6. & Menoch *d. præsumpt.* 52. *num.* 6. *&* 7. Nec obstant, quæ ipse Costa, & ex eo Menoch. *num.* 8. contra illam subtiliter objiciunt: sunt enim adeò subtilia & leuia, vt facili negotio à quolibet mediocriter docto exsuflari possint: vnde non oportet ea hìc referri, aut refelli. Admissâ itaqve prædictâ conciliatione, facilè per *d. l. Centurio*, constat dictam Compendiosam valere post instituti pubertatem jure directo Militaris, etiam matre instituti extante: & ita prædictæ communi sententiæ ut veriori adhæreo.

1005 Aduerte autem non satis hodie constare, an per ipsam directam Militarem mater omnino excludatur à bonis, etiam quę fuerant testatoris, ita vt etiam priuetur legitimâ, quam filius habuit ex bonis patris? Ratio pro parte negatiua est, quia licèt jure Digestorum concessum esset militi, vt posset per substitutionem filio factam excludere matrem, & alios ascendentes à legitima filij puberis in bonis ipsius militis, vt bene contra alios probat Emman. Costa *in d. verb. Interdum*, *numer.* 51. & tenent Couar. *d.* §. 9. *numer.* 10. Molin. *d. disp.* 192. *vers. Couar. loco*, Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 8. *numer.* 14. & alij communiter, per text. *in l. Cum filiusfamil. ff. de Milit. testam. & alia jura*: id tamen videtur reuocatum per jus Codicis, & Authenticorum; nam *in l. Quoniam in prioribus*, *Cod. de Inoffic. testament.* rejicitur à legitima omne onus, & grauamen: per Militarem autem substitutionem non minùs grauatur institutus, quàm per Fideicommissariam; cùm per vtramque maneat obligatus integram hæreditatem, seu bona substituto conseruare: vnde sicut non potest grauari quoad legitimam per Fideicommissariam, juxta *d. l. Quoniam in prioribus*, ita etiam non potest per directam Militarem, ac proinde legitima ei manet libera, & per ejus mortem deueniet ab intestato ad matrem, non ad substitutum. Præterea per nouum jus Authenticorum, §. *Aliud quoque capitulum*, *Auth. Vt cum de Appellat. cognosc.* penitus interdicitur parentibus filium, aut filiam absque justa ingratitudinis causa præterire, aut exhæredare: quod intelligitur quoad legitimam ei jure naturæ debitam. Si autem in Militari directa veniret legitima filij, hoc ipso maneret filius etiam quoad illam exhæredatus: nam vbi casus, vel tempus talis substitutionis aduenit, statim institutus desinit esse hæres, & deuoluitur directò hæreditas ad substitutum: ergo per dictum jus nouum non licet hodie militi substituere per directam Militarem filio quoad legitimam, & consequenter deueniet hæc ab intestato ad ejus matrem, vel alios ejus hæredes legitimos, non autem ad substitutum. Et ita hanc partem tenent Castr. *in d. l. Precibus*, *numer.* 25. *Cod. de Impub. & alijs substitut.* & ibi Curt. jun. *num.* 73. dicens esse magis cómunem, & Cagnol. *num.* 266. *cum seqq.* dicens non esse ab ea recedendum in cõsulendo & judicando, Alex. *in d. l. Centurio*, & ibi Iaſ. Ripa, & alij, quos citant & sequuntur Couar. & Trentacinq *vbi supra*; & aliquos etiam addit Fusar. *de Substitut. q.* 216. *num.* 4.

1006 Contrarium verò tenent Socin. *in d. l. Centurio*, *ff de Vulgari*, Decius *in dict l. Precibus*, *Cod. de Impub. & alijs subst.* P. Molin. *loco supra citat.* dicens hanc esse

se magis communem opinionem, & alij, quos in eorum propendens sententiam refert Gregor. Lop. *in l.* 12. *tit.* 5. *part.* 6. *verb. Aura la madre.* Eandem vt veram supponit Barthol. *in d. l. Precibus, num.* 5. vbi expendens, quam maiorem vtilitatem haberet mater, si dicta substitutio fuisset Fideicommissaria, & non directa Militaris, opinatur contra Glossam *ibi*, eam vtilitatem non consistere in eo quòd legitima filij in bonis patris non veniat in illa Fideicommissaria, & sic possit retineri à matre: nam miles, inquit, potest grauare in legitima: quod patet ideo, quia filius ab eo exhæredatus non potest intentare querelam, secundùm ista tempora, *l. fin. Cod. de Inoffic. testam.* (adde, *& l. De inofficioso, Cod. eod.*) vnde subdit: In quo ergo erit vtilitas matris, vt valeat jure fideicommissi? Respond. in hoc, quia in Fideicommissaria restitutione non veniunt fructus percepti judicio testatoris: quod secùs esset in Compendiosa directa, vt *d. l. Centurio.* In qua resolutione planè supponit Barthol. quòd in directa Militari venit legitima, quam filius habebat in bonis patris; idemque intelligitur supponi à Glossa, dum voluit vtilitatem Fideicommissariæ respectu matris consistere in eo quòd in illa non veniat legitima filij. Stant etiam pro hac sententia Imola, Bolog. Constan. Roger. & Petr. Gregor. quos refert Fusar. *d. q.* 216. *num.* 5. ex quibus Imola, & Roger. testantur de communi. Fundamentum hujus opinionis est, quia miles potest exhæredare filium absque metu querelæ, etiam per nouum jus Codicis, *d. l. De inoffic. testam.* ergo, & priuare illum legitimâ: quo pacto *l. Papinianus, §. Sed nec impuberis, ff. de Inoffic. testam.* in qua matri denegatur querela aduersùs testamentum pupillare, in quo est prætenta, colligunt DD. imò & Summus Pontifex *in cap.* 1. *de Testament. in* 6. quòd per tale testamentum, id est, per Pupillarem substitutionem, excluditur mater, etiam à legitima, quæ aliàs ei debebatur in bonis filij, prout latiùs declarauimus *sect.* 3. *hujus disp. §.* 15. Et hinc sumitur aliud fundamentum hujus sententiæ, quia sicut non solùm miles, sed etiam paganus potest substituere directò filio impuberi per Pupillarem, ita etiam miles potest substituere directo filio puberi per Militarem: ergo quemadmodum per Pupillarem potest excludi mater impuberis etiam a legitima; ita etiam per Militarem potest mater puberis à legitima quoque excludi. Accedit quòd si miles potest per Fideicommissariam grauare filium puberem in legitima, & sic ejus matrem ab ea excludere, vt Barthol. *loco proxime citat.* probauit; nulla est ratio cur non possit etiam eam excludere per directam Militarem.

Neque his obstat nouum jus Codicis, & Authenticorum, quo ratio partis oppositæ nititur. Nam quòd attinet *ad l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. testament.* in qua omne grauamen à legitima excluditur: hæc lex non obstat primò, quia procedit generaliter & indistinctè: lex autem generalis limitatur per specialem, etiam antiquiorem, nisi expressis verbis ei contradicat, *l. Sed & posteriores, ff. de Legib.* Sanch. alios referens *lib.* 2. *de Matrimon. disp.* 24. *num.* 6. & sic non derogat speciali priuilegio militis jure antiquiori ei concesso. Secundò quia ipso jure Codicis *in d. l. De inofficioso, Cod. eod. tit.* denegatur querela aduersùs testamentum militis, quo filius est exhæredatus: in qua lege includitur facultas, vt miles possit legitimam filij dare substituto per Militarem, vel Fideicommissariam, & sic excludere matrem, vt declaratum est; nec cogitari potest quòd eodem jure Codicis, & sub eodem titulo, id militi concedatur, & statim per quamdam generalem legem denegetur. Tertiò denique, quia si lex illa obstat quominus miles possit grauare filium in legitima per Militarem substitutionem, planè sequitur, quod etiam si mater non sit in medio, sed tantùm alij hæredes legitimi, seu ab intestato venientes, non potest miles per dictam Militarem substitutionem eos à legitima filij excludere, vt optimè cum Gregor. Lop. notat Molin. *vbi supra:* consequens autem ne ab ipsis quidem 1007

Ad-

Aduersarijs admittitur, & hinc etiam non obstat text. *in d. §. Aliud quoque capitulum, ex Authent. Vt cum de Appellat.* quo parentibus vetatur filios præterire, vel exhæredare; tum quia etiam hic textus procedit generaliter, & sic non derogat juri speciali, quo militi conceditur facere filium hæredem vsque ad aliquod tempus, & exinde constituere alium hæredem in omnibus bonis ab ipso testatore profectis, etiam in legitima. Tum etiam quia si obstaret, probaret similiter, quòd etiam non extante matre, nequiret miles per dictam Militarem excludere à legitima filij alios ejus legitimos hæredes: quod non admittitur. Quare hæc secunda sententia videtur præferenda.

1008 Notant verò aliqui non improbabiliter, quanuis miles possit grauare filium, & parentes in legitima, eosque illâ priuare: at non debere intelligi, eum id velle, nisi exprimat. Sic Angel. *in d. l. Precibus*, & ibi Alex. Paul. de Castr. & Iaſ. *C. de Impub. & alijs ſubſtitut.* Imola *in d. l. Centurio*, & ibi Aretin. Alex. Ripa, & alij, quos citat & sequitur Trentacinq. *de Subſtitut. p. 4. cap.* 8. *num.* 16. vbi id latè probat, licèt non valde efficaciter.

1009 Secunda conclusio: quando Compendiosa facta est à milite verbis communibus, vt si dixit; *Quandocumque filius meus deceſſerit, ſubſtituo Caium*, talis etiam substitutio omni tempore est directa, idest, si filius decedat ante aditam hæreditatem est Vulgaris: si ante pubertatem, aditâ, vel non aditâ hæreditate, Pupillaris: si post pubertatem, adita hæreditate, Militaris. Sic Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 12. *ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *num.* 22. *&* 25. Zaſ. *num.* 28. & Galliaula *num.* 249. Imola *in cap. Raynutius, numer.* 177. *de Teſtament.* Polit. *de Subſtitution. tit. de Compendioſa, num.* 21. Zaſ. *de Subſtitut. cap.* 5. *num.* 9. Paul. Leon. *in materia Compendioſæ, numer.* 97. *& ſeqq.* Odd. *de Compendioſa, p.* 5. *q.* 3. *de Compendioſa ſubſtitut. à milite facta, art.* 2 *verſ. Prima opinio*, vbi hanc dicit communem, & plures alios pro ea refert Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 52. *num.* 18. Molina *d. diſp.* 199. *verſ. Quando miles verbis communibus*, Trentacinq. *de Subſtitut, p.* 4. *cap.* 8. *num.* 12. *&* 13. qui testatur hanc esse magis communem; & alios pro ea refert, quibus nonnullos addit Fusar. *de Subſtitut. q.* 235. *numer.* 1. Quod dicta substitutio sit Vulgaris, & Pupillaris directa, ab omnibus citra controuersiam admittitur, vel supponitur. Quòd autem etiam post pubertatem instituti, & aditam hæreditatem, sit directa, controuersum est: probatur autem hac ratione, quia miles ex militari priuilegio etiam pro tali tempore & casu potest directò substituere, vt ex dictis constat, & ab omnibus admittitur: & solùm propter verbum commune, quo dicta substitutio est facta, dubitatur, an voluerit directò substituere, vel potiùs indirectè, seu fideicommissariè: in tali autem dubio præsumendum potiùs est, quòd voluerit substituere directò; nam in dubio substitutio accipitur potiùs in sensu directo, vt per text. *in cap. Si pater, de Teſtament. in* 6. docent communiter DD. & præterea, quia substitutio directa est fauorabilior, quàm Fideicommissaria, & in testamentis plenior interpretatio debet fieri.

Nihilominus dictam substitutionem 1010
esse Fideicommissariam post pubertatem, sentiunt Iacob de Arena *in d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs ſubſtitut.* & ibi Cin. Salic. *col.* 4. Paul. de Castr. & Alex. *num.* 10. Iaſ. *col.* 8. & Curt. jun. *num.* 49. Paul. de Castr. *in d. l. Centurio, num.* 6. & ibi Alex. *num.* 57. Iaſ. *num.* 28. Ripa *num.* 67. & Socin. jun. *num.* 192. *&* 198. quanuis fateatur contrariam esse communem, Couar. *in d. cap. Raynutius, §.* 9. *num.* 13. & Menchac. *de Succeſſ. progreſ. lib.* 12. *§.* 18. *num.* 63. qui asserit hanc esse communem opinionem. Mouentur, quia in dubio præsumitur quòd miles voluit vti jure communi, & non suo priuilegio speciali, vt colligitur ex *l. Quamquam, & ex l. In teſtamento*, 1. *Cod. de Teſtam. milit.* spectato autem jure communi substitutio Compendiosa non valet post hæredis pubertatem, nisi tantùm vt Fideicommissaria, *l. Verbis ciuilibus, ff. de*

de Vulgari. Deinde ad fundamentum in contrarium respondent; cùm dicitur, quòd in dubio accipienda est substitutio, vt sit potiùs directa, quàm Fideicommissaria, id procedere quando de jure communi posset valere directè, & obliquè, prout testator voluisset; in tali enim casu interpretandum esse, quòd sit directa probat text. *in dict. cap. Si pater:* secùs autem quando de jure communi potest valere tantùm vt obliqua, & ex speciali priuilegio vt directa; quia tunc interpretanda est secundùm jus commune, & sic vt Fideicommissaria, per *dict. l. In testamento.* Neque obstat *l. 3. ff. de Milit. testament.* vbi Jurisconsultus in dubio censet militem testari voluisse ex jure militari: nam ibi non poterat dispositio valere de jure communi.

1011 His tamen non obstantibus, verior est sententia, quam nostra conclusio tradit. Quare ad prædictum motiuum contrariæ opinionis respondetur, tunc præsumi quod miles potiùs voluerit vti jure communi, quàm suo speciali priuilegio, quando non apparet aliqua ratio maioris vtilitatis, vel fauoris, in eo quòd potiùs vtatur priuilegio vt reuerà non apparet in casibus *dict. l. Quanquam, & dict. l. In testamento,* 1. quibus Aduersarij nituntur: secùs autem si maior appareat vtilitas, aut fauor in vsu priuilegij; nam tunc præsumendum potiùs est, quòd voluerit vti priuilegio. Vnde cùm in præsenti casu fauorabilior & vtilior sit directa substitutio, quæ solùm ex priuilegio fieri poterat, quàm Fideicommissaria, quæ jure communi permissa est, censeri potiùs debet militem voluisse vti priuilegio ad directè substituendum, quàm jure communi ad fideicommittendum quod optimè probatur per *dict. l. Centurio, ff. de Vulgari,* vbi quia ante pubertatem meliùs erat quòd Compendiosa valeret vt Pupillaris, ideo sic valet de jure communi; post pubertatem verò valet vt directa Militaris de jure speciali, quia id erat meliùs, quàm quòd valeret vt Fideicommissaria, prout de jure communi valere poterat.

Prædicta verò conclusio intelligitur, 1012
nisi mater instituti sit in medio; nam tunc fauore ipsius matris dicta Compendiosa verbis communibus facta censetur Fideicommissaria post pubertatem, vt sentiunt Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 12. & ibi Bald. *col.* 1. Angel. *numer.* 4. Socin. sen. *numer.* 26. vbi testatur de communi, & Cephal. *numer.* 31. Menoch. *dict. præsumption.* 52. *fine,* Trentacinq. *dict. cap.* 8. *numer.* 13. *vers. Ex prædictis* Fusar. *de Substitution. quæstion.* 225. *numer.* 3. & plures alij, quos præcitati referunt, licèt contrarium teneant Fulgos. Christophorus de Castel. Coras. & Menchac. apud Trentacinq. *supra,* quibus addo Leon. *de Compendiosa, numer.* 97. Ratio est, quia cùm verba communia sint indifferentia ad directam, & Fideicommissariam substitutionem inducendam, fauor matris exigit vt ea extante accipiantur potiùs pro Fideicommissaria, quæ matri fauorabilior est.

Tertia conclusio. Si Compendiosa 1013
facta sit à milite verbis merè obliquis, vt si dixit; *Quandocumque filius meus decesserit, restituat hæreditatem Caio:* talis substitutio omni tempore est Fideicommissaria. Sic Barthol. *in dict. l. Centurio, numer.* 12. & ibi Ias. *numer.* 28. Socin. sen. *numer.* 21. Ripa *numer.* 68. Galliaula, *numer.* 251. & alij, Corn. *in dict. l. Precibus, numer.* 25. *Cod. de Impuber. & aliis substitut.* Imola *in dict. cap. Raynutius, numer.* 177. *de Testament.* & ibi Guilliel. Bened. *in materia Compendiosæ, numer.* 42. & Couar. §. 9. *numer.* 14. Polit. *de Substitution. tit. de Compendiosa, numer.* 20. Leon. *in materia etiam Compendiosæ, numer.* 99. Menchac. *de Succeff. progreff. lib.* 2. §. 18. *numer.* 6. Menoch. *d. præsumpt.* 52. *numer.* 17. Trentacinq. *de Substitution. p.* 4. *cap.* 8. *numer.* 11. P. Molina *dict. disp.* 192. *vers. Quando miles solis verbis,* Fusar. *de Substit. q.* 236. *n.* 1. & cæteri omnes. Ratio patet, quia dispositio intelligenda est juxta proprium sensum verborum,

quando aliquid non obstat, vt in præsenti reuerà non obstat. Probatur etiam conclusio per text. *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari*, juncta *l. Quanquam, & l. In testamento*, 1. *Cod. de Testament. milit.* item per text. *in l. Neque enim, in fine, ff. de Milit. testament.* vbi speciali fauore libertatis, substitutio facta à milite per verba obliqua, si non potest conseruari in vim Fideicommissariæ, conseruatur in vim directæ, vnde arguitur in contrarium esse jus commune, *l. Ius singulare, ff. de Legib.*

1014 Quàm vtile sit substituto succedere in bonis militis potiùs jure Militaris directæ, quàm Fideicommissariæ? Tradit optimè Costa *in d. cap. Si pater*, 3. *p. verb. Obliqua, à numer.* 43. & Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 8. *post num.* 13. *Ex vers. Visum fuit supra*, nosque dicemus commodiùs *sect. seq.* vbi de Militari agendum est.

§. 4. *Quæ substitutiones contineantur in Compendiosa facta à pagano verbis directis?*

SUMMRAIUM.

Compendiosa facta verbis directis à pagano continet Vulgarem; num. 1015. *Contrarium tenet Polit. & quibus fundamentis; numer.* 1016. *Rejicitur, & respondetur ejus fundamentis; num.* 1017.

Præfata resolutio tripliciter ampliatur; num. 1018.

Compendiosa, etiam verbis directis facta, non continet Vulgarem, si extet alia substitutio facta specialiter in casum Vulgaris, etiamsi in alterum tantùm ejus casum prouisum sit. Neque si testator sufficienter aliàs declaret, se tantùm substituere post hæreditatem aditam; num. 1019.

Vtrum Vulgaris contineatur in Compendiosa facta his verbis; Si filius meus mihi hæres erit, quandocumque ipse meus filius decesserit, Caius hæres esto? *num.* 1020.

Compendiosa verbis directis à pagano facta filio impuberi continet Pupillarem; num. 1021.

Ampliatur primò præfata conclusio, etiamsi testator dixerit; Quandocumque filius meus morietur, sit mihi hæres Caius; *num.* 1022.

Ampliatur secundò. etiamsi adjecta esset conditio, Sine liberis, *vt si dictum esset*; Si filius meus decesserit sine liberis, Caius hæres esto; *num.* 1023. *Refertur, & refellitur quorumdam opinio contraria; num.* 1024. *& seq.*

Ampliatur tertiò, etiamsi dictum esset; Si filius meus in pupillari ætate, & sine liberis decesserit, Caius hæres esto; *numer.* 1026.

Ampliatur quartò, etiamsi substitutio facta sit in re certa, dummodo sit facta per verbum directum ciuile; numer. 1027.

Compendiosa per paganum verbis directis facta puberi, vel extraneo, aut non existenti in potestate, continet Fideicommissariam post hæreditatem ab intestato aditam; num. 1028. *& sequent. Contrarium tenent aliqui multis fundamentis; num.* 1030. *Illa tamen non cogunt recedere à communi sententia, eisque respondetur; numer.* 1031. *& seq.*

Quando Compendiosa verbis directis facta est impuberi à pagano, qui et potest pupillariter substituere, lis est magna, an talis substitutio trahatur ad fideicommissum post pubertatem institutis qui adiuit? Prima sententia negat, & quo fundamento? num. 1033. *Plurimæ fallentiæ hujus sententiæ ex ejus Authoribus assignantur; num.* 1034. *Quousque ab aliquibus approbentur; num.* 1035. *Vtrum prædicta sententia procedat. siue substitutio sit facta verbis directis ciuilibus, siue non ciuilibus? numer.* 1036. *Secunda sententia affirmat, dictam substitutionem trahi ad Fideicommissariam post pubertatem;*

num.

num. 1037. *Ejus capitale fundamentum; num.* 1037. *Hæc sententia præfertur de jure communi, & soluuntur fundamenta primæ; numer.* 1039. *& seqq.*

CIrca Compendiosam factam à pagano, ideſt ab eo qui non eſt miles, nec militum gaudet priuilegio, plura ſunt dicenda. Inprimis ergo quærimus, quas ſubſtitutiones contineat Compendioſa verbis directis ab eo facta? Cui quæſtioni per aliquot etiam concluſiones reſolutiuè ſatisfaciendum eſt.

1015 Prima concluſio. Subſtitutio Compendioſa facta verbis directis à pagano continet Vulgarem; vt quando teſtator ita diceret; *Quandocumque filius meus deceßerit, ſit hæres Caius.* Ita Barthol. *in l. Centurio, num* 32. *ff. de Vulgari,* & ibi Alex. *num.* 70. Iaſ. *num.* 23 Ripa *numer.* 146. & alij communiter, Bald *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Iaſ *num.* 12. Curt. jun. *num.* 44 *in q.* 4. Alber. *q.* 4. Alex. *col.* 2. Salic & Decius *num.* 16 *ad fin.* Barthol. *in l. Quandiu, 2. num.* 10. *ff de Acquir. hæred.* & ibi Bald. *col. fin.* Joan. de Imola *num* 3. Paul. de Caſtr. *num.* 7. Aret. *col. pen.* & Angel. *num.* 8. Couar *in cap. Raynutius, §.* 9. *numer.* 17. *de Teſtament.* Francus *in cap. Si pater, in materia Compendioſæ, verſ. Circa primum, de Teſtam. in* 6. Alber *in rubr. ff. de Vulgari,* Aret. *in l. Generaliter, Cod. de Inſtitut. & ſubſtitut.* pluresque alij, quos citant & ſequuntur Menchac. *de Succeſſ. progreſſ. lib.* 2. §. 11. *numer.* 3. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34 *num.* 16. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 237. *numer.* 1. *&* 2 & cæteri omnes, vno excepto Polito *infra citat.* Ratio eſt, quia verba Compendioſæ referri poſſunt tum ad caſum, quo inſtitutus non adeat hæreditatem, tum quo illam adeat; cùm tam ante aditam, quàm poſt aditam decedere poſsit: vnde quemadmodum pro caſu, quo ille decedat poſt aditam factus jam pubes, vel extra poteſtatem teſtatoris, continet Fideicommiſſariam; ita etiam pro caſu quo decedat ante aditam, continet Vulgarem; idque à fortiori, cùm interpretatio pro Vulgari ſit fauorabilior, tum quia eſt directa, tum etiam vt teſtamentum conſeruetur.

Contrariam opinionem tenet Polit. 1016
de Subſtitution. tit. de Compendioſa, numer. 3. dicens, ſe credere eſſe veriſimam. Ejus fundamentum eſt primo, quia *in d. l. Precibus,* fit mentio Compendioſæ, quę facta ſit in ſecundum caſum, ideſt, poſt aditam hæreditatem: vnde colligitur Compendioſam non cenſeri factam in primum caſum, ideſt, ante aditam, & ſic non continere Vulgarem: cùm hæc ſolùm habeat locum ante aditam hæreditatem. Secundo, quia illa mortis conditio, *Quandocumque deceſſerit,* vel, *Si intra tantùm temporis deceſſerit,* requirere videtur vt ille ſit hęres, & in vita ſua potiatur hæreditate: & ita cenſetur ſubſtitutio facta ſolùm in caſum, quo inſtitutus decedat poſt aditam, ſeu acquiſitam hæreditatem: in quem caſum non poteſt eſſe Vulgaris, *l. Poſt aditam, Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* Confirmatur, quia dicta verba, *Quandocumque deceſſerit,* vel, *Si deceſſerit,* magis propriè aptantur Pupillari, & Exemplari ſubſtitutioni, quæ non niſi in caſum mortis concipiuntur, quàm Vulgari, quæ non ſolùm in caſum impotentiæ quo inſtitutus ob prę-maturam mortem adire non poſsit, ſed etiam in caſum noluntatis, quo ſcilicet adire nolit, concipi poteſt, *l.* 3. *Cod. de Hæred. inſtitut.* Ergo ſubſtitutio talibus verbis concepta non comprehendit caſum Vulgaris, & ſic eam non continet; nam verba Compendioſę pariformiter debent determinare caſus, & ſubſtitutiones quas continet. Addit prętera Politus, quòd nec etiam tacitam Vulgarem ex præſumptione legis ſub expreſſa Pupillari intellectam in Compendioſa continetur; cùm exiſtimet, Vulgarem tacitam ex nulla legis præſumptione ſub Pupillari expreſſa intelligi debere.

Hæ tamen nullius ſunt momenti. Ad 1017
primum enim reſpondetur *in dict. l. Precibus,* non dici abſolutè, quòd Com-

pendiosa sit in secundum casum, sed distingui illos casus; & tunc addi, *Si substitutio in secundum casum expressa, vel Compendiosa facta reperiatur, &c.* quibus verbis planè supponitur, etiam in primum casum fieri posse; & sic retorqueri potest argumentum. Ad secundum respondetur, negando assumptum; siquidem institutus potest etiam decedere ante acquisitam hæreditatem, vt si moriatur ante ipsum testatorem; & sic illa conditio; *Quandocumque decesserit*, hunc etiam casum comprehendit, qui est proprius substitutionis Vulgaris. Neque obstat, quòd per illam conditionem non exprimitur casus, quo institutus nolit esse hæres, qui est alter casus substitutionis Vulgaris. Nam vt hæc in vtrumque censeatur facta, satis est quòd in alterum eorum sit expressa, vt latè probatum, & declaratum est *sect. 2. hujus disp.* §. 14. Unde in dicta Compendiosa facta sub conditione, *Si decesserit*, vel, *quandocumque decesserit*, non solùm continetur Vulgaris, quoad casum impotentiæ, sed etiam quoad casum noluntatis. Et hinc etiam respondetur ad confirmationem, licèt Vulgaris non concipiatur nrcessariò in casum mortis, sicut Pupillaris, & Exemplaris, id non tollere quominus sufficienter intelligatur contenta expresè in Compendiosa concepta sub dicta conditione mortis, in qua solus casus impotentiæ exprimitur. Nec refert quòd verba non determinent pariformiter omnes has substitutiones; cùm id non tollat quominus in effectu omnes in dicta Compendiosa æqualiter pro suis casibus comprehendantur. Jam verò quod Politus addit, neque Vulgarem tacitam esse admittendam, posito quòd ibi non contineatur expressa, falso prorsus nititur fundamento; cùm certissimum sit, quòd sub Pupillari expressa tacita Vulgaris ex legis præsumptione continetur, vt dicta *sect. 2.* §. 2. cum communissima penè omnium sententia traditum est.

1018 Prædicta conclusio ampliatur primò, vt procedat etiamsi substitutio esset facta in quota hæreditatis; quia tunc etiam continebitur Vulgaris, & trahetur ad totum, quemadmodum institutio primi gradus, vt rectè considerat Peregrin. *de Fideicommiss. art. 34. numer. 18.* vbi addit, id esse verum, siue substitutio sit facta per verba directa, siue per communia. Amplatur secundò, etiamsi facta sit in bonis simpliciter: quia tunc etiam Vulgaris contenta in dicta Compendiosa vniuersalem successionem continet, vt notat idem Peregrin. cum Glos. Barthol. Imol. & cæteris *in l. His verbis, in princip. ff. de Hæred. instit.* & multis alijs, quos refert. Ampliatur tertiò, etiamsi facta sit in re certa, vel in quota bonorum; si modò facta sit per verba directa civilia, & nullus alius sit datus cohæres vniuersalis: nam tunc etiam substitutus per Vulgarem totam obtinebit hæreditatem, primo instituto non existente hærede, vt bene declarat idem Peregrin. *numer. 19.* & notat etiam Fusar. *de Substitution. quæst. 237. fine.*

Aliquibus etiam modis limitatur. 1019
Primò si extet alia substitutio facta specialiter in casum Vulgaris; nam tunc Compendiosa, quanuis directis verbis sit facta, Vulgarem non continebit, idemque dicendum licèt in alterum tantùm casum Vulgaris prouisum esset. Secundò si testator sufficienter declaret, se tantùm substituere post hæreditatem aditam, vt si dixit; *Post decem annos à die acquisitæ hæreditatis ab instituto sit hæres Caius.* Utramque prædict. limitationem ponit post alios Fusar. *dict. quæstion. 237. numer. 7. & sequentib.* licèt contra secundam sentiat Socin. jun. *consil. 114. num. 26. lib. 2.*

Tertiò limitatur vt non procedat 1020
quando substitutio facta esset his verbis; *Si filius meus mihi hæres erit, quandocumque ipse meus filius decesserit, Caius hæres esto.* Quia illa conditio, *Si hæres erit*, planè aduersatur Vulgari, quę solùm habet locum in casu contrario, *Si hæres non erit:* & sic in dicta substitutione contineri nequit. Ita sentiunt plurimi, quos longa serie refert idem Fusar. *num. 10.* Ipse tamen

men cum alijs contrariè opinatur *numer.* 11. *& seqq.* Et quidem satis probabiliter, quia cùm substitutio facta sit verbis directis, fortiora videntur talia verba ad inducendam Vulgarem, quàm conditio illa, *Si hæres erit*, ad eam excludendam: ac præterea quia mens testatoris videtur esse, vt substitutus etiam per Vulgarem admittatur, licèt verba videantur repugnare. Quod optimè confirmatur ex traditis *sect.* 2. *hujus disp. numer.* 49. vbi cum multis resoluimus, tacitam Vulgarem contineri sub expressa Pupillari, etiam quando Pupillaris esset facta sub expressa conditione, *Si pupillus hæres erit, & in pupillari ætate decesserit.* Vnde etiam quando testator dixisset; *Quandocumque Titius hæres decesserit, substituo Caium*, valde probabile est in tali Compendiosa contineri Vulgarem, vt latè probat Trentacinq *dict. cap.* 2. *ante numer.* 4. *vers. Secundus casus*; & tenent etiam alij multi, quos refert Fusar. *supra, numer.* 18. licèt nonnulli refragentur.

1021 Secunda conclusio. Compendiosa verbis directis à pagano facta continet Pupillarem, si facta sit impuberi existenti in potestate, & cum reliquis conditionibus, vt possit pupillariter substitui. Constat apertè per *l. Centurio, ff. de Vulgari*, vbi DD. estque communissima omnium sententia, quorum plurimos refert Fusar. *de Substit. q.* 250. & patet satis ex supradictis, præsertim §. 1. *in princ.*

1022 Ampliatur primo, vt procedat etiamsi testator ita dixerit; *Quandocumque filius meus morietur, sit mihi hæres Caius:* nam illud pronomen, *Mihi*, Pupillarem substitutionem, qua immediatè ipsi pupillo, & non testatori succeditur, non impedit, vt probat text. *in l.* 1. §. 1. *cum Glos. in verb. Caius*, & ibi DD. omnes, *ff. de Vulgari, & in l. Ita scriptum*, §. *Qui filio*, & ibi Barthol. *ff. de Bonor. possess. secund. tab.* & tradidimus latè cum communi *sect.* 3. *hujus disput.* §. 3. *numer.* 463. vnde etiam *numer.* 464. probauimus, Pupillarem esse quando testator dicet; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, sit Caius hæres meus.* Et ita in specie dictam ampliationem tradit relatis multis Fusar. *dict. quæstion.* 250. *num.* 2. quæ probatur fundamentis à nobis adductis *d. num.* 463.

Ampliatur secundò, vt procedat 1023 etiamsi adjecta esset conditio, *Si sine liberis*, vt cùm dictum esset; *Si filius meus decesserit sine liberis, Caius hæres esto*: nam tunc etiam in hac Compendiosa continetur Pupillaris. Probatur per *dict. l. Centurio*, quæ loquitur de Compendiosa facta pupillo sub dicta conditione, *Si sine liberis*, & resoluit, quòd intra tempus ætatis pupillaris continet Pupillarem substitutionem. Atque ita ibi docent Barthol. *numer.* 17. Bald. *in fine notabilium*, Aretin. *numer.* 1. *& col.* 11. *vers. Tene ergo*, Alex. *numer.* 68. Ias. *numer.* 33. Galliaula *numer.* 393. *& sequent.* Socin. jun. *numer.* 229. Angel. Imola, Ripa & alij, Barthol. *in l. Precibus, numer.* 18. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Bald. *numer.* 47. Paul. de Castr. *numer.* 15. Salic. *col.* 20. Fulgos. *numer.* 17. Alex. *numer.* 13. & alij communiter, Boer. *decis.* 356. & multi alij quos citant & sequuntur Trentacinq. *de Substitution. p.* 4. *cap.* 9. *sub numer.* 23. *vers. Cum supradicta, & sequent.* Menchac. *de Succes. progress. lib.* 2. §. 18. *numer.* 75. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *numer.* 60 & Fusar. *de Substitution. quæstion.* 240. *numer.* 5. Ratio est, quia conditio, *Si sine liberis*, tacitè inest in Compendiosa simpliciter facta, quatenus continet Pupillarem; quæ quidem cessabit si pupillo (vt naturaliter euenire potest) legitimus filius nascatur, vt tradidimus *sect.* 3. *hujus disp.* §. *vltim. in fine:* ergo licèt illa conditio exprimatur, id non tollet quominus in tali Compendiosa contineatur Pupillaris, sicut contineretur, si ipsa cõditio non exprimeretur; nam expressio ejus quod tacitè inest, nihil operatur, *l.* 3. *ff. de Leg.* 1. *c. Significasti de Elect.* Mitto alia fundamẽta, quæ à citatis

DD. afferuntur: est enim res clara, & pluribus non indiget.

1024 Aliqui tamen contrarium existimarunt, vt Glos. *in d. l. Precibus, verb. Fideicommissi, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Aio *in Rubr. Cod. eod. tit. numer.* 18. Salic. *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari*, Oldrad. *consil.* 99. & alij apud Trentacinq. Peregrin. & Fusar. *sup. citat.* qui mouentur primò; nam ex adjectione illius conditionis intelligitur, quòd testator solùm voluit substituere filio in tempus, quo ille posset habere liberos, & sic post pubertatem, quo tempore non est locus Pupillari. At hoc jam supra excluſum est, cùm constet, etiam ante pubertatem posse à puero, malitiâ ætatem supplente, filios procreari. Respondetur præterea, cùm substitutio sit Compendiosa, & referatur etiam in tempus post pubertatem instituti, satis esse quòd intra totum vitæ decursum potuerit filius habere liberos, ad hoc vt illa conditio intelligatur prudenter appositа, etiamsi impubes liberos habere non posset, neque propterea præsumatur, quòd testator solùm voluit filio substituere post pubertatem: alioqui neque jure fideicommissi substitutio valeret ante pubertatem, quod ne ipsi quidem Aduersarij admittunt; cùm dicant, omni tempore esse Fideicommissariam.

1025 Mouentur secundò per text. *in l. Credendum, vers. Si verò maritus, ff. Qui pet. tut.* vbi substitutio facta filio sub conditione, *Si sine liberis*, valet jure fideicommissi, & erat sermo de filio ante pubertatem; quia de ejus tutela ibi tractatur. Sed ad hoc etiam facilè respondetur, ideo illam substitutionem valere jure fideicommissi, licèt filius decessisset in pupillari ætate, quia expressè pater illum grauauit fideicommisso; & sic facta fuit substitutio verbis obliquis; nos autem loquimur de facta verbis directis, Quędam alia motiua, eorumque solutionem vide apud Fusar. *d. q.* 240. *à num.* 8.

1026 Ampliatur tertiò, vt procedat licèt dictum esset; *Si filius meus in pupillari ætate. & sine liberis decesserit, Caius hæres esto*, nam hæc etiam est Compendiosa, continens Pupillarem pro tempore ante puberratem instituti, & Fideicommissariam post puberratem, vt cum Paul. de Castr. & Ripa tradit, & latè probat Trentacinq. *d. cap.* 9 *sub numer.* 23. *vers. Quæ conclusio procedit*, & constat satis ex traditis *sect.* 3. *hujus disp. §.* 3. *numer.* 483.

Ampliatur quartò, vt procedat licèt, 1027
substitutio sit facta in re certa, si modò facta sit per verbum directum ciuile, vt cùm dictum esset; *Quandocumque filius meus decesserit, sit Caius hæres in fundo Tusculano.* In hac enim substitutione contineri Pupillarem, quæ ad omnia bona pupilli trahatur, si ei non sit datus alius substitutus vniuersalis, tenet communis DD. quam, relatis multis, tradidimus atque subampliauimus, *d. sect.* 3. *hujus disp. §.* 3. *num.* 486. *& seqq.*

Tertia conclusio. Compendiosa per 1028
paganum verbis directis facta puberi, vel extraneo, aut non existenti in potestate, continet Fideicommissariam, post hereditatem ab instituto aditam. Sic Glos. *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari*, & ibi Barthol. *num.* 3. Bald. *num.* 2. *vers. Iuxta hoc quæro*, Aret. *num.* 3. *&* 4. Paul. de Castr. *num* 7. Alber. *in fine*, Imola *num.* 4. & Alex. *num.* 10. Alber. *in l. Precibus, num.* 120. *Cod. de Impub. & alijs substitut.* & ibi Fulgos. *num.* 19. Aret. *numer.* 6. Caccialup. *num.* 51. Sebast. Sap. *num.* 71. Curt. jun. *num.* 56. & Cagnol. *num.* 210. Angel. *in l. Centurio num.* 13. *ff. de Vulgari*, & ibi Aretin. *col.* 9. Lanfranc. de Oriano *num.* 27. Zas. *num.* 45. Socin. jun. *num.* 224. Alciat. *num.* 66. & Cephal. *num.* 289. *&* 563. Barthol. *in l.* 1. *§. Si quis ita, num.* 5. *ff. de Verbor obligat.* Bald. *in l. Ex tribus, num.* 4. *Cod. de Inoffic. testam. & in l. Etsi sine, num.* 1. *Cod. Ad Trebel. & in l. Extraneum, numer.* 2. *Cod. de Hæred. instit. & in l. Miles ita, in princip. ff. de Milit. testam.* & ibi Angel. *num.* 2. Imola *in l.* 2. *num.* 5 *ff. de Vulgari*, Aret. *in §. Extraneo, num.* 8. *Institut. de Vulgari*, Franc. *in cap. Si pater, col.* 38. *vers. Tertiò dicendum est, de Testament. in* 6. Guilliel. Bened. *in cap.*

cap. Raynutius, in materia Compendiosæ, num. 35. *& seq. & numer.* 37. *&* 39. *de Testament.* Alex. *consil.* 82. *num.* 1. *lib.* 2. *& consil:* 40. *numer.* 2. *lib.* 3. Paul. de Castr. *consil.* 411. *numer.* 2. *lib.* 1. Paul. Leon. *de Substitut. in materia Compendiosæ, num.* 241. Anton. Gem. *tom.* 1. *Variar. cap.* 7. *numer.* 4. Emman. Costa *in cap. Si pater, p.* 3. *verb. Interdum, numer.* 94. *de Testament. in* 6. & plures alij, quos citant & sequuntur Menchac. *de Succeff. progreß. lib.* 2. §. 15. *num.* 25. *&* §. 18. *num.* 70. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 3. *num.* 3. *juncto num.* 6. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 9. *num.* 20. Peregrin. *de Fideicommiß. art.* 34. *num.* 70. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4 *præsumpt.* 55. *numer.* 23. & Fusar. *de Substitut. quæstion.* 245. *numer.* 90.

Fundamentum est, quia Compendio-
1029 sa substitutio, cùm fiat per verba habentia tractum in futurum, respicit tempus ante, & post aditam hæreditatem, vt omnes admittunt, & satis declaratum est *supra*, §. 2 *num.* 977. quando autem est facta per paganum puberi, aut extraneo, vel non existenti in ejus potestate, non potest valere jure directo post aditam hæreditatem, siquidem neque Pupillaris in talibus personis locum habet, neque Militaris directa fieri potest à pagano: ergo valere debet jure fideicommissi, ad hoc vt voluntas testatoris seruetur, nihil obstante quòd verbis directis vsus sit, quia ad conseruandam testatoris voluntatem recedere debemus à verborum proprietate, *l. Non aliter, ff. de Leg.* 3. *l. Hæredes mei,* §. *Cum ita,* & ibi Barth. *ff. Ad Trebel.* quod maximè procedit, quando impropriatio non est notabilis, vt reuerà non est in præsenti; siquidem fideicommissarius quodammodo est hæres in effectu, *l. Si filiusfamil.* §. 1. *ff. Quod cum eo, qui in alien. pot.* & hæres simpliciter appellatur, *l.* 1. *Cod. Quando, & quibus quarta pars deb. lib.* 10. Mantica *d. tit.* 3. *num.* 6. Confirmatur, quia substitutio directa, quæ non potest valere jure directo, trahitur ex benigna interpretatione ad fideicommissum, *l. Ex facto, in princ. & l. Scæuola, ff. Ad Trebel. l. filius,* §. *Vt quis hæredem, ff. de Leg.* 1.

Contrariam tamen sententiam tenet 1030
Glos. *in* §. *Extraneo, verb. Per fideicommissum, in fine, Inst. de Pupillari,* Imol. *in d. l. Centurio, numer.* 12. *&* 14. *ff. de Vulgari,* Joan. Dilectus *de Arte testandi, tit. de Substitut. cautela,* 12. *numer.* 1. Zas. *de Substitut. cap.* 5. *num.* 19. vbi pro eadem parte refert Crotum, Matthei. *Singul.* 139. *num.* 3. dicens malè, hanc opinionem esse communem, & alij apud Trentacinq. & Fusar. *loco citat.* qui tamen immeritò pro hac parte citant Politum. Mouentur primò, quia fideicommissum est odiosum; induxit enim grauamen restitutionis, *l. Cohæredi,* §. *Cum filiæ, ff. de Vulgari.* Ergo substitutio verbis directis facta, non debet ad illud trahi, cùm in odiosis strictior interpretatio facienda sit, *cap. Odia, de Regul. jur. in.* 6. Secundò per text. *in l. Si seruus legatus,* §. *Si seruus alienus, ff. de Leg.* 1. *& l. Seruo tuo, Cod. de Testament. manumiss.* vbi libertas data verbis directis seruo alieno non sustinetur in vim fideicommissi, cùm directò dari non potuerit. Tertiò per text. *in l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari, & in* §. *Extraneo, Inst. de Pupillari,* vbi rejicitur substitutio facta verbis directis puberi, vel extraneo post aditam hæreditatem. Quartò per text. *in l. fin. Cod. de Hæred. instit.* vbi si testator instituto Plotio, dixit, *Sempronius Plotij hæres esto,* fit interpretatio, quasi dixerit: Si Plotius sibi non fuerit hæres, tunc Sempronium in totum, partemve Plotij ex substitutione vocari. Et sic ea substitutio quanuis facta sit in forma Compendiosæ, solùm intelligitur Vulgaris, & non trahitur ad fideicommissum, eoquod fuerit facta verbis directis. Quintò denique, quia Compendiosa facta impuberi per verba directa non continet Fideicommissariam post pubertatem instituti qui adiuit, sed statim expirat adueniente pubertate, vt tradit Glos. *in d. l. Centurio,* & tenent plerique, vt infra videbimus; ergo etiam facta puberi per ver-

ba directa non continet Fideicommissariam; cùm eadem sit ratio de pubere, atque de impubere postquam ad pubertatem peruenit.

Hæc tamen non tanti sunt momenti,
1031 vt à communissima sententia recedere cogant. Ad primum itaque respondetur, quidquid sit an fideicommissum censendum sit odiosum, aut fauorabile (multi enim censent reputari fauorabile, quando succedit loco Pupillaris substitutionis, vt videri potest apud Trentacinq. & Fusar. *vbi supra*,) certè ex conjectura voluntatis induci potest, *l. Cum proponebatur, ff. de Leg. 2. l. Cum virum, Cod. de Fideicommiss. l. Cum quæstio, in fine, Cod. de Legat.* & latè Mantic. *de Conjectur. vlt. volunt. lib. 7. tit. 3. num. 1. & 2.* In præsenti autem intelligitur testator voluisse, vt substitutio valeret jure fideicommissi post aditam hæreditatem, vt probatum est. Neque nouum est verba directa trahi ad Fideicommissariam ex benigna interpretatione, *d. l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* Ad secundum, missis alijs solutionibus, respondet bene Trentacinq. *d. cap. 9. num. 3.* ideo in casu illorum textuum non valere legatum libertatis directæ in vim fideicommissi, quia ibi testator reliquit libertatem seruo alieno, quem postea alij legauit: vnde sublata est præsumptio, quòd voluerit legatum libertatis valere jure fideicommissi. Si autem nemini esset legatus, tunc ad fideicommissum traheretur, vt probat text. *in l. Generaliter, §. Siquis seruo pignorato, ff. de Fideicommiss. libertatib.* Ad tertium respondetur, sensum illorum textuum esse, quòd illa substitutio non valet post aditam hæreditatem jure directo: non autem quòd etiam non valeat jure fideicommissi. Ad quartum respondetur, in illa, *l. fin.* non negari, quòd illa substitutio trahatur ad Fideicommissariam post aditam hæreditatem; ideo autem factam potiùs esse interpretationem de Vulgari, quàm de Fideicommissaria, quia illa magis congruebat verbis, *hæres esto*, quæ sunt directa.

1032 Ad quintum denique respondetur, in primis sub judice adhuc esse, an etiam Compendiosa facta impuberi per verba directa valeat jure fideicommissi post pubertatem; qua de re infra. Deinde, dato quòd non valeat, diuersam rationem esse in nostro casu; nam Compendiosa facta puberi, vel non existenti in potestate testatoris, refertur necessariò ad tempus ante, & post aditam hæreditatem: siquidem eo ipso quòd est Compendiosa, necessariò respicit plura tempora: in præsenti autem non potest referri ad tempus ante, & post pubertatem; cùm hoc solùm conueniat Compendiosæ factæ impuberi, cui potest pupillariter substitui: si autem refertur ad tempus ante, & post aditam hæreditatem; ergo voluntas testatoris est, quòd substitutus admittatur etiam post aditam: vnde cùm non possit admitti jure directo, juxta proprietatem verborum, recedendum est à tali proprietate, & trahenda est substitutio ad Fideicommissariam ex benigna interpretatione, vt voluntas testatoris seruetur; & sic substitutus jure fideicommissi admittetur Quando autem Compendiosa facta est impuberi, cui potest substitui pupillariter, potest optimè intelligi, quòd referatur ad tempus ante, & post aditam hereditatem, quin oporteat eam trahi ad Fideicommissariam; siquidem ante aditam, erit Vulgaris; & post aditam, erit Pupillaris intra tempus pubertatis; qua adueniente, prorsus extinguetur, ita vt deinceps, nec vt Pupillaris, neque vt Fideicommissaria sustineatur.

1033 Quarta conclusio. Quando Compendiosa verbis directis facta est impuberi à pagano, qui ei potest pupillariter substituere, lis magna inter DD. est, an talis substitutio trahatur ad fideicommissum post pubertatem instituti, qui adiuit? Et tam negatiua, quàm affirmatiua sententia est valde probabilis, & communis. Negatiuam tenent Glos. *in d. l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari*, & ibi Bald. *num. 1.* Aretin. *num. 1.* Paul. de Castr. *num. 3.* & Jas. *numer. 2.* Glos. *in l. Centurio, verb. Dumtaxat, ff. eod.* & ibi Barth. *num. 16.* Bald. *in 1. oppos.* Angel. *num. 4.* Aret. *num. 8.* Imola *num. 20.* Alex. *num. 70.* Jas. *num.*

num. 32. Ripa *num.* 69. Bologn. *numer.* 146. *& num.* 154. Cephal. *num.* 467. & alij, Glos *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substitut.* & ibi Barthol. *num.* 11. Fulgos. *num.* 12. *& seq.* Aret. *num.* 6. *&* 11. Paul. Castr. *num.* 15. Aretin. *numer.* 10. Caccialupus *numer.* 46. & Curt. jun. *num.* 54. Glos. *in l. In pupillari, ff de Vulgari,* & ibi Alber. *in fine,* Imola *num.* 1. & Paul. Castr. *in fine,* Glos. Accurtij *in §. Qua ratione, verb. Ad exemplum, in fine, Inst. de Pupillari,* Couar. *in cap. Raynutius, §.* 9. *num.* 15. Emman. Costa *in cap. Si pater,* 3. *p. verb. Interdum, num.* 72. *de Testament. in* 6. In *tractatib. de Substitut. in materia Compendiosæ,* Bald. *numer.* 5. *&* 7. Anton. Fumeus *num.* 77. Roland. *num.* 24. & Roger. *q.* 3. *numer.* 4 & multi alij, quos longa serie referunt, licèt non sequantur Menoch. Trentacinq. Peregrin. & Fusar. *loc. infra citat.* Totum fundamentum hujus sententiæ consistit in hoc, quòd is, qui substituit verbis directis filio impuberi, solùm ostendit se velle facere substitutionem directam. Vnde cùm in casu proposito facta sit substitutio Compendiosa verbis directis, erit Vulgaris ante aditam hæreditatem, & Pupillaris post aditam, si institutus decedat in pupillari ætate; nullo autem modo Fideicommissaria. Id quòd multis juribus citati DD. confirmant, vt per text. *in d. l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari, & in d. §. Extraneo, Inst. de Pupil. & in d. l. Si seruus legatus, §. Si seruus alienus, ff. de Leg.* 1. *& in d. l. fin. Cod. de Hæred. instit.* quos textus inducunt eodem fere modo, quo *supra num.* 1030. pro opinione ibi relata inducti sunt. Item per text. *in l. fin. Cod de Codicil. & in l. Non codicillum, Cod. de Testament.* ex quibus habetur quando quis voluit testari, & sic directis verbis de sua hæreditate disponere, non licere eam voluntatem ad fideicommissi interpretationem, veluti ex codicillis, transduci. Vnde similiter non licebit substitutionem verbis directis factam tribi ad fideicommissum. Alia jura, quæ pro hac sententia faciunt, videri possunt apud Trentacinq. & Fusar. *infra citat.* Pro illa etiam stat jus Castellæ *in l.* 12. *tit.* 5. *part.* 6. vbi apertè definita est.

In multis autem casibus prædicta sententia fallit, juxta illius Authores. Primò enim fallit, si substitutio sit facta in re certa. Secundo si sit facta sub conditione, *Si institutus sine liberis decesserit.* Tertiò, quando in testamento fuerit apposita clausula Codicillaris. Quarto, quando substitutio esset facta in testamento inter liberos, præsertim si esset facta reciprocè, & æqualiter inter ipsos liberos. Quintò, quando substitutio esset facta in codicillis. Sextò, quando in testamento esset adjecta clausula, *Omni meliori modo,* maximè si talis clausula apposita sit in ipsa substitutione. Septimò, quando super substitutione interuenit juramentum testatoris. Octauò, quando adesset clausula, *Vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum.* Nonò, quando essemus in casu, in quo ex æquitate procedendum esset. Decimò, quando substitutio esset facta per aduerbium distributiuum, *Quandocumque.* Vndecimò, quando substitutionis verba non essent relata expressè ad personam filij, vt dicèdo, *Et hæres esto,* sed potiùs ad personam testatoris, vt, *Mihi hæres esto.* Duodecimò, quando persona substituta est valdè dilecta testatori. Decimotertiò, quando substitutio est facta ex pia causa. Decimoquartò, quando substitutio est concepta cum expressa denumeratione ætatum, vt si dictum esset; *Si filius meus decesserit in pupillari ætate, vel postea quandocumque, sit hæres Caius.* Decimoquintò, quando testator mandasset, vt testamentum non intelligeretur ex subtilitate juris. Decimosextò, quando extaret Statutum, quòd testamenta intelligantur secundùm naturalem significationem verborum, & non secundùm rigorem literæ. Decimoseptimò, quando testator prohibuisset, detrahi Trebellianicam. Decimooctauò, quando in substitutione adhibita essent verba, *Pleno jure,* vel, *Sine aliqua diminutione,* vel, *Integraliter,* aut similia. Decimò nonò, quando appa-

1034

ret

ret testatorem voluisse substituere etiam post ætatem pupillarem, vt si dixit, quòd bona maneant perpetuò in familia. Vigesimò, quando Compendiosa esset juncta cum Reciproca, & facta esset imparibus. Vigesimò primo, quando testamentum esset factum à persona ignara significationis verborum.

1035 Quas omnes fallentias cum suis Auctoribus refert, & declarat Fusar. *de Substit. q.* 145. *à num.* 28. vbi etiam in singulis adducit, qui contrarium sentiunt; & ipse quoque aliquas reprobat, maximè verò tertiam, de clausula Codicillari, quam ego etiam minimè admittendam censeo, licèt ferè omnes Juristæ illam approbent, vt apud eundem Fusar. videri potest. Eisdem ferè omnes fallentias tradit Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumption.* 55. Aliquas etiam earum affert, ac discutit Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 9. *à num.* 4. nempe secundam, tertiam, (quæ est de clausula Codicillari, de qua latissimè agit,) quintam, nonam, decimam, vndecimam, decimam quartam, licèt non eodem ordine. Non paucas etiam ex ijs affert, & explicat Peregrin. *d. art.* 34. *à numer.* 74. Qui DD. plures alios referunt.

1036 Credit etiam Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 16. *ff. de Vulgari*, prædictam communem sententiam procedere, quando substitutio est facta verbis ciuilibus directis: non verò, si facta sit verbis directis non ciuilibus, vt, *Capiat hæreditatē Caius*, vel, *Filius meus moriatur Caio:* aut similibus. Quam opinionem sequuntur Bald. *tract. de Substitut. tit. de Compendiosa, num.* 6. Aret. *in d. l. Centurio, numer.* 8. & ibi Galliaula, *numer.* 201. Ripa *num.* 72. Bologn. *num.* 159. & Socin. jun. *num.* 226. Bald *in l. Si sine, num.* 1. *Cod. Ad Trebel.* Angel. *in l. Precibus, numer.* 20. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & alij non pauci, apud Fusar. *d. q.* 245. *numer.* 26. & Trentacinq. *d. cap.* 9. *num.* 6. Verùm hanc Bartholi distinctionem multi rejiciunt; vt Salic. *in d. l. Precibus, numer.* 7. Caccialup. *num.* 44. *& seqq.* Cagnol. *num.* 209. & Rimin. jun. *num.* 399. Comensis *in d. l. Centurio*, & ibi Imola *num.* 11. Alex. *num.* 35. Jas. *num.* 31. Lanfranc. de Oriano, *num.* 21. & alij, Zas. *de Substitut. cap.* 5. *num.* 2. qui prædictam distinctionem dicit commentitiam, & ex proprio cerebo Bartholi, atque à plerisque DD. improbatam, Polit. *de Substit. tit. de Compendiosa, num.* 22. qui dicit illam distinctionem procedere sine jure, & ideo communiter non placere, Menchac. *de Succeff. progreß. lib.* 2. §. 18. *num.* 77. qui dicit, eam distinctionem à jure non probari, & à nemine receptam esse (scilicet ex ijs, quos ipse legerit) multique alij, quos refert & sequitur Fusar. *supra numer.* 27.

Contrariam sententiam affirmatiuam, 1037
quòd imò dicta substitutio verbis directis facta trahatur ad fideicommissum post pubertatem, tenet Joan. Andr *in cap. Si pater, col.* 6. *& seq. de Testament. in* 6. Bald. *in l. Ex tribus, num.* 4. *Cod. de Inoffic. testam.* Angel. *in l.* 1. *in princip. ff. de Hæred. instit. & in d. l. Centurio, ff. de Vulgari*, & ibi Galliaula, *numer.* 287. Socin. jun. *num.* 224. & Alciat. *num.* 66. Salic. *in d. l. Precibus, col.* 7. *verf. Et istam partem, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Dec. *num.* 17. Sebast. Sap. *num.* 59. Coras. *num.* 57. & Cagnol. *numer.* 190. Abb. *in cap. Raynutius, num.* 21. *de Testament.* & ibi Anton. de Butr. *num.* 42. vbi testatur ita seruari Florentiæ, Polit. *de Substitut. tit. de Compendiosa, num.* 22. Zas. *de Substitut. cap.* 5. *numer.* 17. *cum seq.* Leon. *tract. etiam de Substit. tit. de Compendiosa, num.* 307. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 7. *num.* 4. *verf. Sed his non obstantibus*, Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 192. *longè post med. verf. Ioannes Andreas*, & multi alij, quos citant, & sequuntur Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 7. *tit.* 3. *sub num.* 4. Menchac. *de Succeß. progreß. lib.* 2. §. 18. *num.* 76. *& seqq.* Sforc. Oddo, *tract. de Compendiosa, p.* 5. *à pagina* 128. *art.* 2. *num.* 28. vbi dicit hanc opinionem esse æquiorem, licèt contraria sit magis communis, Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 55. *sub num.* 7. *verf. Retinenda est* Trentacinq.

cinq. *de Substitut. p. 4. cap. 9. sub numer. 3. vers. Cum superior, juncto vers. Ex prædictis*, vbi ex Corneo refert hanc sententiam esse magis communem apud Canonistas, Peregrin. *de Fideicommiss. art. 34. num. 73.* & Fusar. *de Substitut. q. 245. num. 15.* Qui DD. pro hac etiam opinione adducunt Glos. Accurtij *in d. §. Extraneo, Instit. de Pupillari.* At hæc Glos. solùm subdubitando dicit, quod fortè substitutio per verbum, *Hæres esto*, trahitur ad Fideicommissariam, sicut si esset facta per verbum commune.

1038 Fundamentum capitale hujus sententiæ est, quia testator substituendo Compendiosè filio impuberi absque limitatione ad tempus ante pubertatem, videtur illi substituere tam in tempus ante, quàm post pubertatem, & tam ante aditam, quàm post aditam hæreditatem, *d. l. Centurio, ff. de Vulgari, & d. l. Precibus, Cod. de Impub. & al. substitut.* Igitur cùm post aditam, & post pubertatem substitutio non posit valere nisi in vim fideicommissi, intelligendum est testatorem voluisse vt eo modo valeret, & sic vt Fideicommissaria sustinenda est; quia voluntas testatoris totum facit, & primum locum obtinet, *l. In conditionibus, ff. de Condit. & demonstr.* eaque seruanda est, etiamsi verba improprientur, *l. Insulam, ff. de Præser. verb. l. Scire oportet, §. Aliud, ff. de Excusat. tutor.* Quod maximè verum est in substitutionibus, ad quas inducendas sufficit voluntatis præsumptio, etiamsi verba repugnent; sic enim sub Vulgari expressa continetur tacita Pupillaris, & tacita Vulgaris sub expressa Pupillari, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Confirmatur per textum notabilem *in l. Ex facto, & in l. Qui filium, ff. Ad Trebel. & in l. Filiusfamil. §. Vt quis hæredem, ff. de Leg. 1.* vbi habetur, quòd siquis hæredem à se institutum grauet, vt directo instituat alium hæredem post mortem, vel vt fauore venientium ab intestato decedat intestatus, ista dispositio directa non valet eo modo quo concepta est, sed conuertitur in fideicommissum, quo institutus tenetur bona illis restituere. Alia fundamenta videri possunt apud Anton. Gom. Trentacinq. & Fusar. *loc. citat.*

Ex his sententijs hæc secunda nobis 1039
videtur verior, & simpliciter amplectenda, cùm sit magis consona voluntati defuncti, cui etiam per impropriationem verborum deseruiendum est. Credo autem quod in Lusitania præferetur prima sententia in judicando propter Ordinationem Regiam, quæ præcipit, vt in casibus non expressis in jure ipsius Regni, vel communi, sequantur Judices opinionem Accursij, & Bartholi, si non fuerit communiter ab alijs reprobata: constat autem primam sententiam esse Accursij, & Bartholi, & à pluribus approbari. Cæterùm tenendo secundam, facilè ipsius primæ fundamentum soluitur. Respondetur enim, licèt attento rigore & proprietate verborum, qui substituit verbis directis, solùm ostendat se velle substituere directo; attamen per hoc non tolli conjecturam, & benignam interpretationem voluntatis, ex qua sæpe intelligatur voluisse, vt dispositio valeat in vim fideicommissi, si jure directo valere non possit, vt per *l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* & similes indubitatum est: vnus autem ex casibus, in quibus hujusmodi interpretatio habet locum, est Compendiosa, de qua loquimur; vt ex fundamento nostræ sententiæ satis constat. Ad confirmationem petitam ex text. *in d. l. Verbis ciuilibus, & in d. §. Extraneo, & in d. §. Si seruus alienus, & in d. l. fin.* responsio patet ex dictis *numer. 1031.* vbi simile argumentum, quod ex his juribus petebatur, excluſum est.

Ad text. verò *in l. fin. Cod. de Codicil.* 1040
& in l. Non codicillum, respondetur, ex his textibus solùm probari, quòd quando testator voluit testari; & sic instituere hæredem, non intelligi voluisse facere codicillum, neque quòd testamentum valeret vt codicillus: ex quo non rectè infertur, quòd quando voluit substituere directo, noluerit vt talis substitutio trahatur ad fideicommissum, si non posit valere jure directo; cùm oppositum sit expressè definitum *in d. l. Scæuola*, & ex alijs etiam juribus colligatur. Et ratio diuer-

uersitatis est, quia testamentum est quædam dispositio, seu via disponendi totalis longe diuersæ rationis à codicillis, in qua & directo, & simul fideicommissariè hæreditas dari potest. Quapropter si testator elegit viam disponendi per testamentum, & solùm directò hæreditatem reliquit, non est ratio cur debeat intelligi, voluisse simul codicillari, & consequenter dare etiam hæreditatem indirectè, seu fideicommissariè, nisi id declaret, exceptis quibusdam casibus, in quibus clausula Codicillaris subintelligitur. In nostro autem casu substitutio est quædam pars testamenti, in qua testator substituit filio etiam post aditam, & post pubertatem, pro quo tempore non potest facere substitutionem directam, sed tantùm Fideicommissariam, & ideo ne frustratoriè pro eo tempore substituisse videatur, intelligi debet voluisse pro tunc facere Fideicommissariam, etiamsi verbis directis vsus sit; quod secùs esset, si pro illo etiam tempore potuisset substituere directò, vt si esset miles, de quo §. *præced. num.* 1000. dictum est.

1041 Ad alia jura quæ pro prima sententia faciunt, facilè ex præd & s responderi potest: eisque singillatim respondent Trentacinq. & Fusar. *loc. citat.* Quod autem dicitur de jure Castellæ solùm in eo Regno locum habet, & ibi seruari debet.

§. 5. *Quæ substitutiones contineantur in Compendiosa facta verbis communibus à pagano?*

1042

SVMMARIVM.

Compendiosa facta verbis communibus à pagano continet Vulgarem substitutionem; num. 1042. *Quæ conclusio ampliatur, etiamsi talis substitutio sit facta sub conditione,* Si sine liberis decesserit; *num.* 1043. *Limitatur autem, vt non procedat quando substitutio esset facta in re certa, vel in quota bonorum; num.* 1044.

Compendiosa facta filio impuberi à pagno verbis communibus continet Pupillarem pro casu quo filius decedat ante pubertatem; num. 1045. *Probatur plurimis fundamentis; num.* 2046. *& seqq. Contrarium tenent non pauci DD. & quibus fundamentis? numer.* 1049. *& seq. Rejiciuntur, & satis sit eorum motiuis; num.* 1051. *Maximè verò prædicta conclusio procedit, quando concurrerint aliquæ conjecturæ, quòd ea fuerit voluntas testatoris; num.* 1052.

Ampliatur dupliciter prædicta conclusio; num. 1053.

Limitatur autem primò, vt non procedat si mater pupilli sit in medio; num. 1054. *Ampliatur hæc limitatio vt locum habeat licèt substitutio sit facta per aduerbium,* Quandocumque; *num.* 1055. *Restringitur autem multipliciter, præsertim ex tribus capitibus: primò, quando capi poterit conjectura, quòd testator voluit substituere directè: Secundò, quandò substitutus fuerit descendens testatoris: Tertiò, quando tacita Pupillaris contra matrem admitteretur; num.* 1056.

Excluditur prædicta limitatio, tanquam minùs probabilis, ejusque fundamentis respondetur; num. 1057. *& seq.*

Vtrum per Pupillarem contentam in dicta Compendiosa excludatur mater pupilli, etiam à legitima sibi aliàs debità ex bonis filij? num. 1059.

Limitatur secundò, quando substitutio esset facta in re certa. Et ampliatur tripliciter hæc limitatio; num. 1060. *Intelligenda verò est, nisi saltem ex conjecturis constet testatorem voluisse relinquere illam rem certam jure substitutionis directæ: & assignantur aliquæ conjecturæ talis voluntatis; num.* 1061. *& seq.*

Limitatur tertiò, quando substitutio est facta in quota hæreditatis; num. 1063. *Ea tamen substitutio resoluetur in Vulgarem, si pupillus non adeat; num.* 1067. *Præterea dicta limitatio intelligitur, nisi tota hæreditas fuerit diui-*

sa

ſa per quotas in plures ſubſtitutos; numer. 1065.

Pupillaris continetur in Compendioſa impuberi per verbum commune in quotis bonorum totam ſubſtantiam exhaurientibus; ibid.

Limitatur qnartò, quando ſolùm apparet teſtatorem voluiſſe diſponere de bonis ſuis, vt ſi dixit; Subſtituo in bonis meis, *vel,* Subſtituo mihi, &c. *numer.* 1066. *In aliquibus tamen caſibus hæc limitatio non admittitur. & quinam illi ſint? num.* 1067.

Compendioſa facta verbis communibus à pagano continet Fideicommiſſariam, pro caſu, quo jure directo valere non poteſt; num. 1068.

Hæc concluſio ampliatur primò etiamſi dictum ſit; Quandocunque filius meus deceſſerit, ſubſtituo ei Titium: *licèt nonnulli ſatis probabiliter refragentur; num.* 1069.

Ampliatur ſecundò, etiamſi verbo communi ſit adjunctum directum, vt ſi dictum ſit; Inſtituo, & ſubſtituo Titium; *num.* 1070.

Limitatur primò, vt non procedat quando ſubſtitutio impuberi expreſsè nuncupato eſt facta per verbum executivum, vt ſi dictum eſt; Filio meo impuberi ſuccedat; *numer.* 1071. *Declaratur hæc limitatio; num.* 1072. *& ſeqq.*

Limitatur ſecundò, quando verbo communi addita eſſet clauſula, Pleno jure, eo ipſo, integrè, liberè, ſine mora, *vel alia ſimilis; num.* 1075.

Limitatur tertiò, quando teſtator reſtrinxiſſet ſubſtitutionem ad Vulgarem, & Pupillarem, & quomodo id ſit intelligendum? num. 1076.

1042 PRima concluſio pro hac quæſtione eſt: Compendioſa facta à pagano verbis communibus continet Vulgarem ſubſtitutionem, vt cùm dictum eſt; *Quandocunque filius meus deceſſerit, ſubſtituo Caium.* Ita Barthol. *in l. Centurio, numer.* 32. *ff. de Vulgari,* & cæteri communiter, quorum plurimos referunt, eos ſequendo Menoch. *de Præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 53. *num.* 1. *&* 2. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap* 2. *numer.* 2. Peregrin. *de Fideicommiſſ. art.* 34. *num.* 16. Fuſar. *de Subſtitut. q.* 238. *numer.* 1. Ratio patet, quia cùm verba talis ſubſtitutionis contineant tractum temporis futuri, & poſsint referri tam ad caſum ante, quàm poſt aditam hæreditatem, vtrumque complectuntur; & ſic pro caſu, ante aditam continent Vulgarem ſubſtitutionem. Contra hanc concluſionem ſolus, quem viderim, diſſenſit Polit. *tit. de Compend. num.* 3. ex fundamento, quod retulimus, & ſtatim excluſimus, *§. præced. num.* 1016. *& ſeq.*

Ampliatur dicta concluſio, vt procedat etiamſi ſubſtitutio ſit facta ſub conditione, *Si ſine liberis deceſſerit.* Ita Surd. *deciſ.* 37. *præſertim num.* 33. vbi pro hac ampliatione allegat Caſtr. Socin. jun. Cravet. Barth. Dec. Bald. & alios, quibus ſubſcribit Fuſar. *d. q.* 238. *num.* 4. & Trentac. *d. cap.* 2. *num.* 2 *verſ. Ex prædictis patet vtramque, & verſ. ſeq.* vbi hanc ipſam ampliationem extendit, vt procedat etiamſi teſtator ita ſubſtitutionem conceperit; *Si Titius hæres ſine liberis quandocũq; deceſſerit, ſubſtituo Sẽproniũ.* 1043

Limitatur autem eadem concluſio, vt non procedat quando ſubſtitutio eſſet facta in re certa, vel in quota bonorum. Sic Barth. Bald. Angel. & cæteri, *in l. His verbis, ff. de Hæred. inſtit.* per text. *in l. Cogi, §. Generaliter, ff. Ad Trebel.* idem Barth. *in l. Centurio, num.* 18 *&* 33. & ibi Ripa, *num.* 152. per text. *in l. Lucius, §. Filiam, ff. de Leg.* 2. Peregr. *de Fideicom. art.* 34. *ſub n.* 18. *verſ. Aut fuit,* cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 238 *num* 6. Ratio eſt, quia verbum commune adjectum rei certæ, vel quotæ bonorum, (quæ etiam res certa, ſeu particularis cenſetur) non inducit ſucceſsionem directam, nec trahitur ad vniuerſitatem, ſed ſolùm inducit legatum, vel fideicommiſſum particulare, vt tenent omnes, & à nobis probatum eſt *diſp. præced. ſect.* 11. *§.* 3. *n.* 317. *& ſeq.* & ſic non poteſt inducere ſubſtitutionem Vulgarem, quæ eſt directa, & trahitur ad totam hæreditatem. 1044

Vnde notat bene Peregrin. *citat.* si institutus, cui talis Compendiosa facta est, hereditatem non adeat, perire debere testamentum: & addit præterea substitutionem censeri factam in re certa, etiam in casu quo in ea veniant jura & actiones alicujus, si non sint ipsius testantis, vt si is filio instituto substituisset Titium in bonis suis maternis: quod etiam tradit Fusar. *sup. numer.* 9. Et probatur per *d. l. Cogi, §. Sed si miles, ff. Ad Trebel.* Si autem testator per portiones diuisisset totum assem, tunc quidem tam institutio, quàm substitutio in eis facta vniuersalis esset, vt aduertit idem Peregrin. per tex. *in l.* 1. *§. Diuus Pius, ff. de Hæred. instit.* Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36. & alios.

1045 Secunda conclusio. Compendiosa facta filio impuberi à pagano verbis communibus continet Pupillarem pro casu, quo filius decedat ante pubertatem. Hæc est longè communior sententia, quam tenent Glos. Accursij *in §. Qua ratione, verb. Ad exemplum, in fine, Inst. de Pupillari,* & ibi Faber. *num.* 18. Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 29. *ff. de Vulgari,* & ibi Angel. *num.* 5. Imola *num.* 23. Paul. de Castr. *num.* 7. Alex. *num.* 77. Aret. *numer.* 13. Ias. *num.* 45. Zas. *num.* 30. Ripa *num.* 117. Socin. sen. *num.* 263. Claud. Seisse, *num.* 30. Alciat. *numer.* 34. & 90. Lanfranc. de Oriano, *numer.* 36. Constan. Roger. *in materia Compendiosæ, cap.* 4. *numer.* 57. Ruin. *numer.* 37. & alij, Barthol. *in l. Precibus, numer.* 16. *Cod. de Impuber. & aliis substitut.* & ibi Bald. *numer.* 41. Angel. *numer.* 10. Castr. *col.* 7. Salic. *col.* 9. Alex. *numer.* 11. Jas. *numer.* 15. Corn. *numer.* 72. Cagnol. *numer.* 213. Curt. jun. *numer.* 17. Coras. *numer.* 61. Sapia *numer.* 81. Caccialup. *numer.* 75. & Riminal. jun. *numer.* 461. Ioan. Andr. *in cap. Raynutius, col.* 3. *de Testament.* & ibi Anton. Butr. *numer.* 42. *fine,* Abb. *numer.* 12. Imola *numer.* 190. Guilliel. Bened. *in materia Compendiosæ, numer.* 45. & Couar. §. 9. *numer.* 17. Polit. *de Compendiosa, numer.* 30. Leon. *eod. tit. numer.* 386. & 430. Zas. *de Substitut. cap.* 5. *numer.* 20. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 54. *ante num.* 13. *vers. Existimo communem,* Emman. Cost. *in c. Si pater,* 3 *p. verb. Interdum, n.* 93. *in fine, de Testam in* 6. Valasc. *consult.* 54. *num.* 5. Mol. *de Iustit. tom.* 1. *disp.* 192. *ad fin. vers. Alij denique,* vbi pro hac sententia adducit Glos. Accursij *fin. in d. l. Centurio,* & Glos. *in d. c. Si pater,* additque hanc ipsam sententiam esse definitam jure Castellæ *in l.* 12. *tit.* 5. *part.* 6. & multi alij, quos referunt & sequuntur Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 7. *fine,* Sfort. Odd. *de Compendiosa, part.* 5 *q.* 3. *tit. de Compendiosa à pagano facta, art.* 3. *n.* 32. Trentac. *de Substit. p.* 4. *c.* 11. *sub n.* 3 *juncto vers. Ex hoc textu, ante n.* 8 Peregr. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 24. *& seqq.* & Fusar. plurimos referens *de Substit. q.* 241. *in princ.* Qui omnes docent dictam Cópendiosam pro tempore ante pubertatem valere vt Pupillarem, postea verò vt Fideicommissariam.

Probatur primò, quia Compendiosa 1046
accipit interpretationem, & variationem secùndùm diuersa tempora pro quibus fit, vt satis constat per *d. l. Centurio, ff. de Vulgari,* vbi Compendiosa facta à milite verbis directis pro tempore ante pubertatem intelligitur, & valet vt Pupillaris, & post pubertatem vt Militaris; nihil obstante quòd pro vtroque tempore posset fieri vniformiter, & valere tantùm vt Militaris: ergo etiam Compendiosa verbis communibus facta interpretationem, & variationem admittet juxta illorum temporum varietatem, vt pro tempore ante pubertatem sit Pupillaris, & post pubertatem Fideicommissaria; etiamsi pro vtroque tempore potuisset esse Fideicommissaria, si testator id vellet.

Probatur secundò ex textu *in d. cap. Si* 1047
pater, de Testament. in 6. vbi ad finem traditur vniuersalis regula, quòd semper in substitutionibus capienda sit interpretatio, vt substitutio sit potiùs directa, quàm obliqua, si modò talis interpretatio verbis, & personis conueniat: in nostro autem casu pro tempore ante pubertatem conuenit ver-

verbis, & personis, quòd substitutio sit directa, nempe Pupillaris; siquidem verba sunt communia, quæ de se tam directè, quàm indirectæ substitutioni inseruiunt: item conuenit personis, cùm filio ante pubertatem maximè conueniat Pupillaris. Ergo pro dicta Pupillari capienda est interpretatio dictæ Compendiosæ, vt refertur ad tempus ante pubertatem.

Probatur tertiò & vltimò, omissis alijs, 1048 quia actus debet semper præsumi factus, prout est vtilior agenti, & ei pro quo agitur, vt probatur per *l. Eo magis, ff. de Solution.* & per not. *in l. Gerit, ff. de Acquir. hæred.* & tradunt Alex. *consil.* 55. *col.* 2. & 3. Crueta *consil.* 106. *num.* 9. In præsenti autem tam ex parte patris substituentis, quàm filij cui substituitur, & respectu etiam ipsius substituti, vtilior est substitutio Pupillaris, quàm Fideicommissaria, vt consideranti patebit: ergo, &c. Confirmatur, quia pater præsumitur prouidere filio, non illum grauare, *l. In fideicommissi, §. Cum Pollidius, ff. de Vsuris, l. Si furioso puberi, ff. de Curat. l. Filius matrem, & l. Siquis in suo, §. pen. Cod. de Inoffic. testament.* præsumitur enim bonorum consilium capere pro filio, *l. Nec ea, ff. de Adulter.* Ergo in dubio præsumendum est, potiùs voluisse illi facere Pupillarem substitutionem, quæ est prouisio fauorabilis & honorabilis, quàm Fideicõmissariam, quę est onus, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari.*

1049 Contrariam sententiam, quòd imò dicta Compendiosa non contineat Pupillarem, sed omni tempore sit Fideicommissaria, tenent Glos. *in §. Extraneo, verb. Per fideicommissum, Instit. de Pupillari*, Jacob Butrigar. Rainer. Martin. Silliman. Odofred. & fere antiqui omnes ante Barthol. vt ipse testatur *in d. l. Centurio, sub numer.* 27. Glos. *in l. Ex tribus, verb. Directam, Cod. de Inoffic. testament.* & ibi Bald. *numer.* 2. Azo *in rubr. Cod. de Impuber. & alijs substitut. numer.* 18. Bald. *in l. Iam hoc jure, §. Itaque, ff. de Vulgari, & in l. Sicut annos, verſ. Sed quia, ff. Quemadmod. vsufruct. amit. & in l. Pomponius, numer.* 1. *ff. de Negot. gest.* Glos. *in l. Precibus, verb. Fideicommissi, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Bald. *numer.* 38. & Alber. *numer.* 119. *in fine*, idem Alber. *in rubr. ff. de Vulgari, numer.* 90. *ante fin.* & alij non pauci, quos congerunt Oddo, Trentacinq. & Fusar. *locis supra citat.*

Mouentur his potissimùm fundamen- 1050 tis. Primo, quia verbum respiciens duo, vel plura ad quæ determinatur, debet pariformiter determinari, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*: sed verbum commune, quo testator in dicta Compendiosa vsus est, respicit, & determinatur ad tempus ante, & post pubertatem instituti: ergo debet determinari vniformiter, vt scilicet tam pro tempore ante pubertatem, quàm post illam denotet & inducat Fideicommissariam; quam solam pro vtroque tempore paganus facere potest, cùm post pubertatem nequeat substituere directò, *l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari.* Secundò, quia vna & eadem res non debet diuerso jure censeri, *l. Eum, qui ædes, ff. de Vsucap.* Si autem dicta substitutio valeret jure directo ante pubertatem, & indirecto post pubertatem, jam eadem res censeretur diuerso jure: ergo non debet admitti. Tertiò denique, omissis alijs, quia videtur esse casus *in cap. Raynutius, de Testament.* vbi ex Compendiosa facta per verbum, *Succedat*, quod est commune, admittitur substitutus jure fideicommissi: vnde videtur quòd talis substitutio omni tempore sit Fideicommissaria.

Hæc tamen reverà leuia sunt, & non 1051 cogunt deserere contrariam sententiam communem. Ad primum namque respondetur, illam pariformem determinationem procedere quando est eadem ratio in ijs quæ respiciuntur: non autem si ratio sit diuersa, vt præsenti casu, in quo alia est ratio respectu temporis ante pubertatem, pro quo potest fieri Pupillaris, alia post pubertatem, pro quo soli Fideicommissariæ est locus. Nec obstat *d. l. Iam hoc jure*, vbi Reciproca imparibus facta non determinatur difformiter,

juxta imparitatem ipsarum personarum, sed vniformiter continendo tantùm substitutiones, quæ vtrique personæ conueniunt. Id enim prouenit ex speciali ratione Reciprocæ, quæ ex natura ipsius reciprocationis æqualiter se habet inter eos quibus fit, vt *sect. præced. §. 1. num.* 886. & 889. dictum est, & notat in specie Peregrin. *d. art.* 34 *num.* 33. Ad secundum respondetur, eandem rem non debere censeri diuerso jure pro eodem tempore: secus autem pro diuerso, vt manifestè probatur in *d. l. Centurio, ff. de Vulgari.* Ad tertium respondetur, propterea in casu illius textus admissum fuisse substitutum jure fideicommissi, quia filia, cui pater substituerat, decessit post pubertatem; quòd si antea decessisset, tunc substitutum admittendum fore jure Pupillaris directæ.

1052 Maximè autem prædicta conclusio, & communis sententia procedit quando simul concurrerint aliquæ conjecturæ, quod testator de Pupillari substitutione senserit; veluti si adessent verba indicantia testatorem voluisse, vt substitutus manu sua capiat, & non de manu alterius; quam conjecturam, & alias quasdam ex Barth. & alijs tradit, & expendit Peregr. *d. art.* 34. *& seqq.*

1053 Eadem communis sententia ampliatur primò, vt procedat licèt substitutio esset facta sub conditione, *Si sine liberis*, vt post alios scribunt, Menoch. *consil.* 362. *num.* 8. *& seqq.* Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 6 & Fusar. *d. q.* 241. *numer.* 14. & 15. vbi cum multis alijs aduertit id maximè procedere, quando dictum fuisset; *Si in pupillari ætate, & sine liberis*; vel, *Si decesserit in pupillari ætate, vel postea sine liberis.* Nonnulli tamen contra istam ampliationem sentiunt, quos citati DD. referunt. Ampliatur secundò etiamsi substitutio facta sit sub conditione, *Si hæres intestatus decedat*: sic contra aliquos tradit cum alijs Fusar. *supra, numer.* 16.

Plurimas autem limitationes dicta communis, sententia patitur. Quatuordecim numerat Fusar. *dict. quæstion.* 241. *à numer.* 17. quę omnes fundantur in conjecturata voluntate testatoris: tres aut quatuor celebriores hic exponemus.

1054 Prima limitatio est, vt non procedat si mater pupilli sit in medio; quòd tunc ex benigna interpretatione in fauorem matris intelligi debeat, Compendiosam per verba communia, etiam pro tempore ante pubertatem, esse Fideicommissariam, non Pupillarem: Ita sensit Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 28. *ff. de Vulgari*, estque communissima sententia, pro qua septuaginta DD. à se alibi cõmemoratos esse, dicit eam sequens Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 56. *num.* 3. & plures adhuc refert Fusar. *de Substitut. q.* 242. *num.* 1. licèt eam non sequatur; non paucos etiam adducunt Trentacinq. & Peregrin. *loc. infra citat.* qui illam etiam non sequuntur. Probatur præcipuè his fundamentis. Primò, quia in dubio sumenda est interpretatio, quæ fauet matri, vt colligitur ex *l. Qui duos, §. 1. ff. de Reb. dub.* vbi quando pater, & filius perierunt in eodem prælio, & nescitur, vter priùs obierit, præsumitur priùs decessisse pater, ne mater à filij successione excludatur. Ergo, cùm in præsenti ex vi verbi communis non appareat quòd pater voluerit potiùs substituere directo, quàm per fideicommissum filio intra pubertatem decedenti, facienda est interpretatio in fauorem matris, quòd voluit potiùs substituere per fideicommissum. Secundò, quia extante matre pupilli, cessat Pupillaris, quæ regulariter continetur in Vulgari expressa, *l. vltim. Cod. de Institut. & substitut.* idque ne contra matrem fiat interpretatio voluntatis testatoris, vt DD. notant; ergo etiam debet cessare Pupillaris, quæ regulariter continetur in dicta Compendiosa facta per verbum commune; ne interpretatio illius verbi fiat contra matrem. Tertiò & vltimò, omissis alijs, quia mater habet intentionem fundatam, quòd debeat succedere filio; cùm per legem ei concedatur: ergo nisi constet, vel probetur, quòd testator voluit eam excludere

re per Pupillarem, illa debet admitti: atqui per dictam Compendiosam id non probatur, sed manet adhuc in dubio; cùm testator vsus sit verbo communi, & apto non solùm ad Pupillarem, sed etiam ad Fideicommissariam substitutionem.

Prædicta limitatio ampliatur, etiam si substitutio esset facta per aduerbium
1055 distributiuum, vel simile, vt quando dictum esset; *Quandocumque decesserit, substituo.* Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36. *ff. de Vulgari,* & multi alij apud Fusar. *dict. quæst.* 242. *numer.* 36. *& sequent.* vbi refert nonnullos, qui subampliant, etiamsi dictiones, *Quandocumque,* & similes essent geminatæ.

Sublimitatur autem, seu restringitur
1056 multipliciter, vt videri potest apud citat. DD. præsertim Fusar. *d. q.* 242. *à num.* 40. *vsque ad finem,* vbi triginta recensent limitationes, seu sublimitationes. Ferè autem omnes ad tria capita reuocantur, quæ ex Barthol. & alijs tradit Peregrin. *d. art.* 34. *numer.* 39. Primum est, quod restringitur in omnibus casibus, in quibus coniectura capi potest, testatorem voluisse substituere directè; quos casus, seu coniecturas ipse Peregrin. adducit, *eod. art.* 34 *num.* 34. *& seqq.* Secundum est, quod non procedit quando filius testatoris, (& idem est de alijs descendentibus) substitutus esset; nam hic, vti prædilectus, pro se potiùs habet præsumptionem voluntatis testatoris, vt matrem excludat: Glos. vlt. *in fine,* communiter recepta *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substit.* & ibi Cagnol. *num.* 224. Alex. *in d. l. Centurio, num.* 90. & alij. Tertium denique, quod non habet locum in casibus, in quibus tacita Pupillaris contra matrem admitteretur; cùm eadem, imò maior sit ratio, vt in Compendiosa per verbum commune contineatur Pupillaris contra matrem, quàm quòd contineatur in Vulgari expressa, vbi verba Pupillari repugnant. Casus autem, in quibus tacita Pupillaris contra matrem admittitur, tradidimus latè *sect.* 3. *hujus disput. §.* 16. *numer.* 696.

Cæterùm quanuis dicta limitatio cum
1057 præfatis restrictionibus sit valde probabilis, & tot pro se habeat DD. tamen contraria sententia, quòd etiam matre extante, dicta Compendiosa verbo communi facta est directa, & valet jure Pupillaris, pro tempore ante pubertatem instituti, videtur verior, nec est minùs communis: pro qua octoginta ferme DD. referunt, eam sequentes Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *sub num.* 39. *vers. Contra matrem,* & Fusar. *d. q.* 242. *num.* 16. Eandem relatis pluribus præferunt, & latiùs declarant Leon. *de Substitut. tit. de Compendiosa, num.* 404. *& seqq* Emman. Costa *in cap. Si pater,* 3. *p. verb. Et econtra, sub num.* 10. *de Testament. in* 6. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *cap.* 3 *sub num.* 16 Simon de Prætis *lib.* 3 *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dub.* 1. *solut.* 10. *num.* 18. *& seq* & Trentacinq. *de Substitut p.* 4. *cap.* 11. *sub num.* 8. Probatur primò, quia cùm spectatis verbis dictæ Compendiosæ, quanuis communibus, admittamus contineri in ea Pupillarem, talis Pupillaris est expressa verbis generalibus: constat autem apud omnes, quòd per Pupillarem verbis generalibus expressam mater pupilli excluditur; & patet per text. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substitut.* à qua generali regula nullo in casu est recedendum absque textu, vel vrgenti ratione, quæ ad id cogat: nihil autem cogit, vt ab illa in præsenti casu recedamus; vt ex responsione ad fundamenta contraria fiet palam. Secundò, quia Pupillaris substitutio est fauorabilis, & honorabilis filio, cùm per illam decedat testatus, & habeat hæredem scriptum: fauor autem filij præfertur fauori matris; cùm testator magis diligat filium, quàm vxorem: ergo propter fauorem matris non est intelligendum, quòd noluit contineri Pupillarem in dicta Compendiosa facta filio. Tertiò denique quia non obstant quæ in contrarium adducta sunt.

Ad primum enim respondetur, ex illo
1058 text. *in l. Qui duos, §.* 1. non colligi, quòd semper capienda est interpretatio,

quæ faueat matri. Primò, quia fortè ibi non præsumitur filium posteriùs obijsse, ob fauorem matris, sed quia erat pubes, & robustior, qui diutiùs poterat vitam tueri. Secundo, quia esto illa præsumptio fuerit inducta fauore matris, solùm probat, quòd in successione filij ab intestato (de qua ibi agitur) præsumptio capitur in fauorem matris: non autem, quòd in successione ex testamento: & ratio differentiæ, omissis alijs, est quia testator potiùs intendit fauere filio, & substituto, quibus prouidit per substitutionem Pupillarem; lex autem, per quam mater vocatur ad successionem filij ab intestato, non ducitur affectione erga filium, sicut testator; & ideo præsumit potiùs in fauorem matris. Adde, prædictum textum procedere in dubio: in nostro autem casu non sumus in dubio; cùm constet de Compendiosa, cujus verba ad Pupillarem trahuntur, & solùm vertitur in quæstionem, an hæc interpretatio cesset, quando mater est in medio. Ad secundum respondetur, esse diuersam rationem, quando agitur de Pupillari omnino tacita, qualis est quæ continetur in expressa Vulgari, atque quando de Pupillari expressa, qualis est de qua hìc agimus; quia tacita inducitur ex potentia legis eam præsumentis contra ipsa verba testatoris: durum est autem sic eam legem interpretari, vt non solùm præsumpserit, testatorem voluisse dare filio substitutum pupillarem, sed etiam vt mater per illum excluderetur à legitima successione filij, vt latiùs ponderauimus *sect. 3. hujus disp. §. 16. num. 689.* quę quidem ratio cessat in expressa Pupillari, de qua agimus; cùm pro ea stent verba testatoris volentis expressè prouidere filio, & ipsi substituto. Ad tertium denique respondetur, ipsum potiùs substitutum habere fundatam suam intentionem contra matrẽ; cùm habeat pro se verba testatoris, quæ licèt sint communia, tamen censentur continere Pupillarem, vt probatum est; eamque expressam, quæ etiam contra matrem vim habet.

1059 Si quæras vtrùm mater etiam à legitima sibi aliàs debitâ ex bonis filij excludatur per Pupillarem in dicta Compendiosa contenta? Negant Ioan. de Montesperello *in d. l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substitut.* & ibi Dec. *num. 19. vers. Et tenendo*, Curt. jun. *num. 63.* & Caccialup. *num. 79.* Socin. sen. *consil. 150. num. 42. lib. 1.* idem Dec. *consil. 228. numer. 5. & consil. 643. num. 5. in fine.* Ioan. Dilect. *de Arte testan. tit. 5. cautela 6. num. 3.* & alij apud Fusar. *infra citat.* Quorum fundamentum est, quia propter concurrentiam opinionum adeo est dubium, an in dicta Compendiosa, superstite matre, contineatur Pupillaris, nec ne? vt æquitas justitiæ postuler, litem componi aliquo æquitatis temperamento: quod erit, si mater capiat legitimam, & reliqua bona substitutus. At contrarium tenent meritò Socin. jun. *in d. l. Centurio, num. 266. ff. de Vulgari*, & ibi Aquil. *in 4 p. num. 162.* Rimin. *in d. l. Precibus, num. 282.* & ibi Cognol. *num. 206.* Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 3. num. 17. ad fin.* Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 11. proximè ante numer. 9.* & cum multis alijs Fusar. *d. q. 242. num. 28. & seq.* Ratio est primò, quia illa distinctio nullo jure fundatur: & licèt videatur habere quandam æquitatem, id non sufficit, vt admitti debeat. Nam æquitas quæ jure non nititur tanquam ex capite Doctorum attendenda non est, *l. Placuit, Cod. de Iudic.* Barth. *in l. 1. Cod. de Legib.* & alij apud Fusar. *supra.* Secundò quia, illa distinctione admissa, videretur pupillus decessisse partim testatus, & partim intestatus, contra regul. *l. Ius nostrum, ff. de Regul.* siquidem substitutus admitteretur ad partem bonorum pupilli ex testamento pupillari, & mater ad aliam partem ab intestato.

Secunda limitatio est, vt non procedat quando substitutio esset facta in re certa: tunc enim in dicta Compendiosa verbis communibus factâ non continebitur Pupillaris. Barth. *in d. l. Centurio, num. 33. & infra, ff. de Vulgari.* & communis omnium sententia, quam relatis pluribus tradunt Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt, lib. 5. tit. 7. sub num. 12.* 1060

aliàs

aliàs sub num. 16. vers. *Amplius dico, & lib. 7. tit. 3. numer. 13.* Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 2. num. 17.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 34. num. 54.* & Fusar. *de Substitut. q. 241. num. 24.* Fundamentum est, quia verbum commune adjectum certæ rei, vel quantitati, non trahitur ad vniuersalem institutionem, vel substitutionem directam, vt tenent omnes, & à nobis probatum est *disp. præced. sect. 11. §. 3. num. 317. & seq.* constatque satis per text. *in l. Lucius, § Filiam, ff. de Leg. 2.* Ampliatur primo hæc limitatio etiamsi adesset clausula, quòd dispositio valeat omni meliori modo: Dec. Grauet. & alij, quos citant & sequuntur Trentacinq. *dict. cap. 2. num. 8.* & Fusar. *supra, num. 26.* Quia illa clausula non operatur vltra intentionem testatoris. Ac præterea, quia solùm videtur adjecta ad sustinendam dispositionem, quæ aliàs nullo jure valere potest: in præsenti autem potest valere jure fideicommissi particularis. Ampliatur secundò, etiamsi substitutus esset cohæres pupilli, vt bene idem Trentacinq. & Fusar. cum Romano, & alijs. Ampliatur tertiò, vt etiam procedat quando substitutio est facta in quota bonorum; quia talis quota censetur res certa, seu particularis. Et ita docent communiter DD. quos referunt, & sequuntur Peregrin. *d. num. 54.* & Fusar. *d. q. 241. num. 57.*

1061 Debet autem prædicta limitatio intelligi, nisi constet testatorem voluisse relinquere ipsam rem certam jure institutionis, seu substitutionis directæ; quia voluntas testatoris prævalet cunctis verbis, & vbi de illa cõstat, nulla potest esse dubitatio, quin verbum commune debeat accipi vt directum, & sic directam substitutionem inducat. Atque ita sentiunt omnes, inter quos plures conjecturas, ex quibus de tali voluntate constare possit, afferunt Mantic. *d. tit. 7. à num. 13. aliàs, 17.* Trentacinq. *d. cap. 2. à num. 19.* & Fusar. *d. q. 241. à num. 33.* Breuiter illas perstringam.

1062 Prima conjectura est, quando substitutio esset facta cum commemoratione ætatis pupillaris, vel cum temporum distinctione, vt cùm dictum esset; *Si decesserit in pupillari ætate, vel postea quandocumque, substituo Caium in tali prædio.* Hanc approbant plerique apud citatos DD. At illam reprobat Barthol. *in d. l. Centurio, num. 33.* & cum multis alijs Peregrin. *d. art. 34. num. 55.* Mantic. & Fusar. *loco proximè citat.* Secunda est quando substitutio facta est in re certa, quæ aliquo modo potest dici vniuersalis, vt si substituisset in bonis paternis, vel maternis. At hæc etiam à pluribus reprobatur apud Fusar. *supra, num 39.* & meritò. Tertia est, quando filius esset institutus in re certa pro sua legitima, & talis res ipsam legitimam non excederet; quia cùm filius nequeat grauari in legitima, intelligetur potiùs facta substitutio Pupillaris, quàm Fideicommissaria, ne actus pereat. Sic docent multi apud Trentacinq. & Fusar. *loco citat.* Sed hoc etiam à multis improbatur, nisi constet testatorem ipsi pupillo injunxisse onus restituendi rem: quia alioqui intelligetur voluisse grauare ejus hæredes ab intestato, quod rectè facere potuisset pro casu quo filius ante pubertatem decederet. Vnde autem possit constare, quòd testator onus restituendi injungere voluit ipsi pupillo? Videri potest apud Trentacinq. *num. 21.* Quarta est, quando filius fuisset institutus in re certa, & postea facta esset substitutio simpliciter, idest non determinando ipsam rem certam. Sic cum multis alijs Trentacinq. *d. cap. 2. num. 20.* Peregrin. *d. art. 34. num. 57.* & Fusar. *d. q. 241. num. 48.* per text. *in cap. Si pater, de Testament. in 6.* vbi est casus expressus. Quinta est, quando dicta Compendiosa esset facta cum clausula, *Pleno jure*, sed de hac conjectura non immeritò dubitatur. Vide Trentacinq. *supra num. 26.* & Fusar. *numer. 50. & seq.* Sexta est, quando adjecta esset clausula, *Vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum*: Trentacinq. *d. c. 2. num. 19.* Fusar. *supra, num. 52.* & alij. Septima est, quando substitutus est alius filius testatoris: Trentacinq. *num. 27.* & Fusar. *num. 53.* post Guid. Pap. Octaua

est, quando cum verbo communi est conjunctum verbum directum: vt si dictum est; *Substituo, & hæredem facio Titium in tali re.* Sic post alios Fusar. *citat. numer.* 54. Qui tamen declarat hanc conjecturam non procedere quando verbum directum solùm esset appositum causâ demonstrationis, vt si dictum esset; *Substituo in tali re Titium supra scriptum hæredem meum.*

1063 Tertia limitatio est, quando substitutio est facta in quota hæreditatis: nam tunc etiam non contineri Pupillarem, scribit Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36. *ff. de Vulgari,* & post eum multi alij, quos citant & sequuntur Trentacinq. *de Substitut.* 4 *p. cap.* 2. *numer.* 16. Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 53. & Fusar. *d. q.* 241. *num.* 55. Probatur primò, quia testator restringendo substitutionem ad quotam, censetur voluisse, vt substitutus solùm habeat eam quotam: non potest autem eam solam habere vt hæres; nec dicimus pupillum decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum: ergo habebit illam jure fideicommissi; non autem jure directæ Pupillaris. Secundo & principaliter, quia relictum quotę hæreditatis per verbum commune non trahitur ad institutionem directam, quando reperitur alius institutus hęres vniuersalis, *l. His verbis, in princip. ff. de Hæred. instit.* hìc autem est institutus alius hæres vniuersalis, nempe ipse pupillus primò institutus: ergo tale relictum non debet trahi ad institutionem, seu Pupillarem directam. Aliqua etiam jura pro prædicta limitatione afferunt DD. citati; sed illa reuerà non vrgent, sicut nec prædictæ rationes. Quamobrem ego de hac limitatione dubito, vt etiam videtur dubitasse Sfort. Oddo apud Peregrin. *d. num.* 53. Vnde potiùs authoritate DD, quàm jure aut ratione videtur sustinenda, cùm sit communiter recepta, nec in contrarium aliquem reperiam Doctorem.

Illud tamen aduerte, quanuis dicta
1064 substitutio non trahatur ad Pupillarem; attamen resolui in Vulgarem, si pupillus non adeat, vt bene aduertit Peregrin. *loc. citat.* & ratio diuersitatis est, quia nullo existente hærede vniuersaliter instituto, nihil impedit quominus substitutus ex Vulgari admittatur ad totum: imò verò ita debet fieri, vt sustineatur testamentum, & ne testator decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus: quando autem existit hęres vniuersalis, nempe ipse pupillus institutus, id ipsum obstat ne substitutus in quota hæreditatis admittatur ad totum, vt ex dictis constat.

Aduerte præterea prædictam limitationem intelligi nisi tota hæreditas fuerit diuisa per quotas; nam tunc Pupillaris contineretur: Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 36. & cum multis alijs Trentacinq. *d. cap.* 2. *num.* 15. Peregrin. *d. art.* 34. *numer.* 52. & Fusar. *d. q.* 241. *num.* 56. Ratio est, quia diuidere totam hæreditatem in plures substitutos, idem est ac si vnus in tota substitueretur: nam portionum assignatio habet vim institutionis, licèt non sit dictum, *Hæres esto, l.* 1. *§. Diuus, ff. de Hæred. instit.* Vnde notant citati DD. quòd etiam continebitur Pupillaris in Compendiosa facta per verbum commune in quotis bonorum totam substantiam exhaurientibus: quia tunc etiam perinde habebitur talis substitutio, ac si vnus substitueretur in omnibus bonis: constat autem quòd verbum commune adjectum vniuersitati bonorum, inducit institutionem, vel substitutionem directam. 1065

Quarta limitatio est, quando solùm ap- 1066
paret testatorem voluisse disponere de suis bonis, vt si dixit; *Substituo in bonis meis:* vel, *Substituo mihi,* vel, *Volo vt bona mea,* vel, *Mea hæreditas, deueniat ad Titium,* aut similia verba; tunc enim non contineri Pupillarem, sed esse omni tempore Fideicommissariam, tenet communis sententia, quam relatis pluribus tradunt Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *numer.* 12. *& seqq.* vbi etiam adducit aliquas decisiones Rotæ, Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 54. *num.* 22. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 11. *numer.* 16. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 44. *& seq.* & Fusar. *de Substitut. q.* 241. *num.* 61. Ratio est,

est, quia per Pupillarem succeditur in bonis pupilli: ergo si solùm apparet substitutionem esse factam in bonis testatoris, talis substitutio non potest censeri Pupillaris, sed tantùm Fideicommissaria, per quam testatori succeditur, non autem instituto, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari.*

1067 Non desunt autem, qui contrarium teneant, vt apud citatos videre licet. Sed eorum sententia nullo firmo nititur fundamento, & solùm admitti potest in aliquibus casibus, in quibus prædicta communis juxta plures ejus Authores locum non habet: vt quando substitutio est facta cum expressa commemoratione ætatis pupillaris, vel cum dinumeratione ætatum, vt cùm dictum esset; *Si filius meus in pupillari ætate decesserit, vel postea quandocumque, deueniant bona mea ad Titium.* Item quando esset expresse facta in omnibus bonis testatoris, vt si testator dixit; *Substituo in omnibus bonis meis:* vel, *Omnia bona mea deueniant ad Titium:* quia ex sola Fideicommissaria non caperet substitutus omnia bona testatoris, siquidem detrahenda saltem esset legitima filij. Item quando pupillus non haberet alia bona, idque notum esset testatori. In his enim casibus Pupillarem contineri, sentiunt multi quos præcitati referunt, præsertim Mantica & Fusar. licèt non pauci etiam quoad vltimos duos casus dissentiant, vt Menoch. *supra, numer.* 24. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 11. *num.* 14. *fine,* & alij, quos referunt.

1068 Tertia conclusio, Compendiosa facta verbis communibus à pagano continet Fideicommissariam, pro casu quo directo valere non potest. Hæc est communis omnium sententia, quam citatis multis tradunt Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 57. *num.* 1. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 67. & Fusar. *de Substitut. q.* 246. *num.* 1. argum. text. *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substitut. & in l. Centurio, ff. de de Vulgari,* & per text. *in cap. Raynutius de Testament.*

Ampliatur primò, vt procedat etiam quando in substitutione dictum esset; *Quandocumque filius meus decesserit, substituo ei Titium:* nam tunc etiam post ætatem pupillarem erit Fideicommissaria, non obstante dictione; *Ei:* Glos. *in §. Qua ratione, Instit. de Pupillari;* Emman. Costa *in cap. Si pater, 3 p. verb. Obliqua, num.* 37. *de Testament. in 6.* Menoch. *d. lib.* 4. *præsumpt.* 66. *num.* 8. & cum multis alijs Fusar. *d. q.* 243. *num.* 3. Contrarium tamen tenent non pauci apud eundem Fusar. *num.* 4. existimantes, quòd per illud, *Ei,* excluditur Fideicommissaria; cùm ex hoc non succedatur pupillo instituto, sed testatori, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari:* maximè verò procedit hæc contraria sententia, quando dictũ esset; *Succedat ei:* cùm per hæc verba manifestiùs appareat testatorem sensisse de Pupillari per quam succeditur pupillo, & non de Fideicommissaria per quam succeditur testatori. Si dicas; ergo neque etiam in tali casu continebitur Vulgaris; siquidem per eam etiam succeditur testatori. Respondetur ex Odd. *consil.* 99. *num.* 65. negando illationem; quia per Vulgarem subrogatur substitutus in locum hæredis: & ideo rectè dicitur, quòd ei substituitur: per Fideicommissariam verò non fit propriè subrogatio loco hæredis; cùm illa supponat hæredem extitisse: & qui semel extitit hęres, non desinit esse hæres, etiamsi ex fideicommisso hæreditatem restituat, vt notum est. Quare hæc sententia est satis probabilis. 1069

Ampliatur secundò, vt procedat etiamsi verbo communi sit adjunctum directum, vt si dictum sit; *Instituo, & substituo Titium:* Barthol. *in l. Recusare, §. Titius, in fine, ff. Ad Trebel.* & cum multis alijs Fusar. *d. q.* 246. *num.* 6. Atque idem dicendum, quando verbo communi adjectum esset directum, quod potest stare & dispositiuè, & demonstratiuè, vt quando dictum esset; *Substituo Titium infra scriptum hæredem meum.* Nam tunc intelligetur appositum esse verbum directum demonstratiuè, & consequenter substitutio censebitur facta 1070

tan-

tantùm per verbum commune. Sic Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 13. numer. 10.* post Barth. quem refert, dicens quòd alij DD. eum communiter sequuntur. Si tamen tolùm esset dictum; *Substituo Titium hæredem*: vult idem Trentacinq. cum multis alijs, quòd tunc verbum, *Substituo*, regulabitur à verbo, *Hæredem*, quod est directum, & sic censebitur substitutio facta per verbum directum. Vnde de illa judicandum erit, prout *supra* §. 4. de Compendiosa facta verbis directis à pagano dictum est.

1071 Limita verò prædictam conclusionem primò, vt non procedat quando substitutio impuberi expressè nuncupato est facta per verbum executiuum, vt si dictum est; *Filio meo impuberi succedat*: quia tunc restringitur substitutio ad ætatem pupillarem, & continet Pupillarem intra eam ætatem, non verò Fideicommissariam pro tempore pubertatis; quia qualitas adjuncta verbo executiuo debet adesse tempore executionis, *l. 3. ff. de Auro & arg. leg. l. In delictis, §. Si extraneus, ff. de Noxal. & l. Titius, ff. de Milit. testament.* Atque ita cum Barth. & multis alijs docent Menoch. *d. præsumpt. 57. num. 2.* Trentacinq. *d. p. 4. cap. 11. numer. 19.* & Fusar. *dict. quæstion. 246. numer. 12.*

1072 Intellige verò hanc limitationem, nisi substitutio facta sit, apposita dictione, *Quandocumque*, vel conditione, *Si sine liberis decesserit*, vel alijs verbis habentibus tractum temporis. Nam tunc etiam Fideicommissaria continebitur, & nomen, *Impuberi*, solùm stabit demonstratiuè. Ita cum Barthol. & alijs Fusar. *sup. num. 15.*

1073 Præterea si vocabulo, *Impuberi*, adjectum sit verbum dispositiuum, vt; *Filio meo impuberi, si decesserit absque liberis, substituo Titium*, Fideicommissaria post pubertatem non excluditur; vt tenent omnes proximè citati: quia in hoc casu vocabulum, *Impuberi*, non censetur appositum restrictiuè, sed demonstratiuè: nam in dubio verba intelliguntur potiùs demonstratiuè apposita, *l. Mella, in princip. ff. de Alim. & cibar. leg. l. vltim. §. Titia, ff. de Liber. legat. l. Quidam testamento, in princip. ff. Leg. 1.* Et procedit hoc, quanuis testator vnum tantùm filium habuerit, vt post alios bene docent Trentacinq. *sup. vers. Ego dico*, & Fusar. *d. q. 246. num. 17.* quia tunc etiam bene intelligetur, quòd expressio impuberis facta sit demonstratiuè, etiam si parum, aut nihil operetur; ad quòd facit *d. l. vlt. §. Titia, ff. de Liber. leg.*

Si autem mentio ætatis pupillaris facta 1074
esset conditionaliter, vt; *Si filius meus impubes decesserit, substituo:* tunc dictio, *Impubes*, non stabit demonstratiuè, sed restrictiuè, seu limitatiuè, vt probat text. *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff de Vulgari*, & sic non continetur ibi Fideicommissaria post pubertatem, ob defectum conditionis, per quam dispositio fuit restricta ad casum, quo filius decederet impubes. Atque ita cum Bald. Alex. & alijs docent Trentacinq. *sup. vers. Tertius & vltimus*, & Fusar. *d. q. 246. num. 16.*

Limita secundò, vt non procedat quã- 1075
do verbo communi addita esset clausula, *Pleno jure, eo ipso, ipso facto, integrè*, seu, *totaliter, liberè, illico, sine mora*, vel alia similis directam substitutionem denotans. Nam tunc non continebitur Fideicommissaria. Sic cum Baldo, Angelo, Aretino, Jas. Ripa Socin. jun. Alciato, Felino, Paul. Castr. & multis alijs Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 4. fine*, & Fusar. *d. q. 246. num 18.*

Limita tertiò, quando testator restrin- 1076
xisset substitutionem ad Vulgarem, & Pupillarem, vt si dixit; *Quandocumque filius meus decesserit, substituo vulgariter, & pupillariter Titium*: Odd. *consil. 95. dub. 1.* & Fusar. *d. q. 246. sub numer. 18.* id verò intellige, nisi substitutio esset facta puberi, quia tunc Fideicommissaria intelligeretur, vt cum alijs notat idem Fusar. licèt aliqui contradicant.

(:!:)

§. 6. Quæ

§. 6. *Quæ substitutiones contineantur in Compendiosa verbis obliquis à pagano factâ?*

SVMMARIVM.

IN Compendiosa verbis obliquis à pagano factâ non continetur Vulgaris; numer. 1077. *Limita, nisi dictum esset;* Vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum restituat, *vel nisi facta esset expressè in casum Vulgaris; aut per verbum obliquum relatum ad ipsum testatorem, vt si dixit;* Restituo hæreditatem Titio; *num.* 1078.

In Compendiosa facta verbis obliquis à pagano non continetur Pupillaris, numer. 1079.

Ampliatur primò prædicta resolutio, etiamsi in ipsa substitutione facta sit mentio ætatis pupillaris; num. 1080.

Ampliatur secundò, etiamsi substituta sit causa pia; num. 1081.

Limitatur, vt non procedat quando constiterit testatorem voluisse, vt Pupillaris contineretur; num. 1082.

Quando per Compendiosam verbo obliquo factam substituti essent pauperes, his verbis; Si filius meus decesserit sine liberis, *vel,* Quandocumque filius meus decesserit, volo vt bona mea pauperibus distribuantur per commissarios meos: *an in tali substitutione contineatur Pupillaris? Prima sententia affirmat; numer.* 1083. *& seq. Secunda probabilius negat, tenens eam substitutionem esse omni tempore Fideicommissariam; num.* 1085. *& seq. Soluuntur fundamenta primæ sententiæ; numer.* 1087. *Limitatur prædicta secunda opinio, vt non procedat si testator dixit;* Se velle bona sua distribui absque vlla diminutione, *vel,* omnia sua bona, *vel,* totam suam hæreditatem, *aut quid simile; num.* 1088.

Si dicta prima sententia magis placeat, ampliandа est primò, vt procedat licèt mater pupilli sit in medio; num. 1089. *Secundò, vt etiam procedat quando testator dixisset;* Si filius meus sine liberis decesserit, volo vt bona mea vendantur, & pretium eorum distribuatur inter pauperes per commissarios meos; *num.* 1090.

Quando pauperes ita sunt substituti per verbum obliquum, vt sola eorum electio commissa sit executoribus testamẽti, non continetur Pupillaris in tali substitutione; num. 1091.

Quando per Compendiosam verbo obliquo factam substituti sunt pauperes, nulla facta mentione executorum, vt cùm dictum esset; Si filius meus absque liberis decesserit, volo vt bona mea vendantur, & pretium distribuatur pauperibus: *sentiunt aliqui contineri in ea Pupillarem; num.* 1092. *At contraria sententia est communis; num.* 1093.

Quam potestatem habeat Episcopus ad exequendas vltimas voluntates, quibus aliquid pauperibus relinquitur? eodem num. 1093.

Quando testator per Compendiosam verbo obliquo factam, expressè disposuit, vt etiam bona filij distribuerentur pauperibus, in tali substitutione continetur Pupillaris, non directa, sed Fideicommissaria; num. 1094.

IN hac substitutione contineri Fideicommissariam, certissimum & citra controuersiam est. Quare solùm de Vulgari, & Pupillari dubitatur, vtrùm in illa etiam contineantur? Quod ergo attinet ad Vulgarem, resolutio communiter recepta est, non contineri in Compendiosa facta verbis obliquis à pagano. Ita docent Barthol *in l. Centurio, numer.* 32. *ff. de Vulgari,* & ibi Jas. *sub num.* 55. Ripa *num.* 101. Galliaula *num.* 421. Socin. jun. *num.* 274. & alij, Jas. *in l.* 1. *ff. eod.* Curt. jun. *in l. Precibus, num.* 48. *Cod. de Impuber. & alijs substit.* multique alij, quos citant & sequuntur Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 58. *num.* 3. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *num.* 2. & 1077

Pere-

Peregr. *de Fideicommiß. art.*34.*num.*61. licèt contrarium tenuerint Ruin. Decius, & Sforc. Odd. quos refert, & refellit Peregrin. *citat.* Probatur per text. *in l. Ille à quo, §. Si de testamento, ff. Ad Trebel.* vbi si is, qui rogatus est restituere, decedat ante aditam hæreditatem, nihil consequitur substitutus. Ratio verò est, quia per verba obliqua grauatur institutus restituere substituto; & sic substitutio per talia verba facta confertur in casum post aditam hæreditatem; cùm restitutio non nisi post aditam fieri possit, *l. Cogi, ff. Ad Trebel.* substitutio autem, quæ solùm confertur in casum post aditam, non continet Vulgarem, vt est notissimum; cùm Vulgaris non nisi in casu non aditę locum habeat: & post aditam expiret, *l. Post aditam, C. de Impuber. & alijs substitut.* Nec refert quòd substitutio sit facta per aduerbium, *Quandocumque*, quia licèt sit vniuersale, & de se referatur ad omne tempus, tamen determinatur, & restringitur per verbum obliquum, & solùm respicit tempus, quo post aditam hæreditatem institutus decesserit, vt bene declarat Trentacinq. *citat. vers. Verbum, Quandocumque.*

1078 Hæc autem resolutio limitatur primò, vt non procedat quando dictum esset, *Vulgariter, pupillariter, & per fideicommißum restituat*: Menoch. *d. præsumpt.* 58.*num.*4. Trentacinq. *d. cap.* 10. *num.* 3. & Pegrin. *d. art.*34. *num.*62. post alios, quos referunt. Limitatur secundò, quando substitutio esset facta expressè in casum Vulgaris, vt si dictum esset; *Quãdocumque hæres non erit, vel erit, & postea decesserit, restituat*: nam tunc etiam continebit Vulgarem, vt ijdem DD. tradunt. Et ratio vtriusque limitationis est, quia ex talibus verbis constat testatorem voluisse substituere tam in casum aditæ, quàm non aditæ hæreditatis, & sic voluisse etiam substituere directò per Vulgarem; quæ proinde admittenda est, nihil obstante verbo obliquo, *Restituat*, quia hujusmodi verba ex testatoris voluntate directantur, *l. Quærebatur*, & ibi Barth. *ff. de Milit. testam.* Limitatur tertiò, quando substitutio esset facta per verbum obliquum relatum ad ipsum testatorem: vt si dixit; *Quandocumque filius meus deceßerit, restituo hæreditatem meam Titio*: Bald. *in l. Humanitatis, sub numer.* 53. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Seuerin. *in l. Precibus, num.* 41. *ad fin. ff. eod.* Mantic. *lib.* 7. *de Conjectur. tit.*7. *num.* 23. & Peregrin. *supra.* Ratio est, quia tunc ipse testator manu sua immediatè hæreditatem confert, & non per ministerium alterius: & sic est substitutio directa, & Vulgaris.

Deinde quoad Pupillarem communis 1079
etiam resolutio est, eam non contineri in Compendiosa verbis obliquis à pagano factâ. Sic Barth. *in d. l. Centurio, num.* 20. *ff. de Vulgari*, quem cęteri, tum ibi, tum alibi communiter sequuntur, vt relatis pluribus testantur eandem tenentes sententiam Trentacinq. *de Substit. p.*4. *cap.*10.*num.* 5. & Peregrin. *de Fideicom. art.*34. *num.*63. Probatur per text. *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari*: & ratio est, quia vt Pupillaris contineatur, debent verba illi conuenire, *cap. Si pater, de Testament. in* 6. verba autem obliqua, quibus hæreditas testatoris restitui jubetur, non conueniunt Pupillari, per quam immediatè ac directè succeditur in hæreditate pupilli, *l. Sed si plures, §. Filio, ff. de Vulgari.*

Ampliatur primò hæc resolutio, vt 1080
procedat etiamsi in ipsa substitutione facta esset mentio ætatis pupillaris, vt si dictum esset; *Si filius meus in pupillari ætate deceßerit*, vel, *postea, quandocumque, restituat*, &c. Ita cum alijs Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5.*tit.*7.*numer.* 22. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 58. *num.* 7. Fusar. *de Substit. q.* 243. *num.*4. Trentacinq. & Peregrin. *loco proximè citat.* per textum expressum *in d. l. Cohæredi, §. Cum filiæ*, ibi: *Quòd si hæredem filium pater rogauerit, si impubes diem suum obierit*, &c. *ff. de Vulgari.* Idque planè suadet ratio pro ipsa principali resolutione adducta.

Ampliatur secundò, vt procedat quan- 1081
uis substituta sit causa pia, vt expressè notant Peregrin. *d. art.* 34. *numer.* 63. *prope fin.*

fin. & Fusar. *de Substitut. q.* 243. *num.* 6. & idem sentiunt Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 23. *ff. de Vulgari*, multique alij, quos citat & sequitur Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 10. *num.* 8. quatenus docent, quòd quando per Compendiosam verbis obliquis substituti sunt pauperes, dicente testatore; *Si filius meus sine liberis decesserit, bona mea dentur pauperibus*, non continetur Pupillaris, sed tantùm Fideicommissaria. Ratio est, quia verba obliqua non conueniunt directæ substitutioni, sed tantùm Fideicommissariæ: fauor autem piæ causæ contra vim verborum mentem testatoris declarantium extendi non debet. Illud tamen aduerte, quòd licèt causa pia solùm per Fideicommissariam substituta sit, talis substitutio non peribit quanuis hæreditas adita non sit; vt notat Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 61. *fine*, & constat satis ex traditis *sup. disp.* 2. *sect.* 9. §. 5. *num.* 360. *& seqq.*

1082 Limitatur verò dicta principalis resolutio, vt non procedat quando constiterit testatorem voluisse vt Pupillaris contineretur, vt quando dixisset; *Si filius meus sine liberis decesserit, volo vt restituat Titio hæreditatem vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum*, Barthol. Bald. & Angel. *in l. Quærebatur, ff. de Milit. testam.* Mantic. *de Conjectur. vlt. volunt. lib.* 5. *tit.* 17. *num.* 17. *aliàs in nouis edit. numer.* 21. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 58. *num.* 9. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 10. *num.* 6. Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 63. *fine*, & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 243. *numer.* 10. Quia quando constat de voluntate testatoris, verbum obliquum trahitur ad directum, vt per text. *in d. l. Quærebatur*, probat Barthol. *ibi num.* 3. Aduertit autem Mantic. *loco citat.* hoc esse intelligendum, quando præcisè talis voluntas apparet; vel quando non potest aliter interpretari, vt cùm testator dixisset; *Restituat Caio, quem pupillariter substituo.* Quod etiam tradit Gallus *de Except. succes. tit.* 4. *except.* 22. *num.* 141. & Fusar. *d. q.* 243. *num.* 13.

Quid dicendum sit, quando pauperes Christi verbo obliquo substituti essent? Grauis est disceptatio, in qua nonnulli casus distinguuntur. Primus est, quando testator fecit mentionem executorum, seu Commissariorum, per quos bona inter ipsos pauperes distribuerentur, vt si dixit; *Si filius meus sine liberis decesserit*, vel, *Quandocumque filius meus decesserit, volo*, vt *bona mea pauperibus distribuantur per Commissarios meos.* In quo casu duæ sunt sententiæ oppositæ. Prima tenet, contineri ibi Pupillarem. Sic Barthol. *in d. l. Centurio, sub num.* 21. *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. *num.* 6. Aret. *num.* 8. Alex. *num.* 78. Jas. *num.* 38 Galliaula *num.* 352. Zas. *num* 42. & alij, Barth. *in l. Fundi Trebatiani, ff. de Vsufruct. legato*, Corn. *in l. Precibus, Cod. de Impub. & alijs substit. num* 137. *vers. Si verò*, Bald. *in d. l. Hæreditas ex die, ff. de Hæred. instit.* Aret. *in §. vlt. Instit. de Pupillari*, Francus *in cap. Si pater, col.* 42. *vers. Tertiò quæro, de Testam. in* 6. Sforc. Odd. *de Compendiosa, p.* 1. *q.* 3. *tit. de Compendiosa à pagano factâ, art.* 2. *num.* 20. vbi plures refert, Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num.* 64. & alij permulti, quos congerunt Trentacinq. & Fusar. *infra citandi.* 1083

Probatur primò, quia in proposito casu intelligitur quòd testator voluit, vt executores priùs accipiant bona, & deinde illa distribuant: vnde subauditur ibi verbum, *Accipiant*, quòd est directum, & quando refertur ad vniuersitatem bonorum trahitur ad Pupillarem directam, vt per text. *in cap.* 1. *de Testament. in* 6. *& in l. His verbis, in princip. ff. de Hæred. instit.* Barthol. *in l. Alio, numer.* 6. *ff. de Alim. & cibar. leg.* Bald. *consil.* 120. *numer.* 1. *lib.* 2. & alij. Nec refert, quòd tantùm subaudiatur: nam quod subauditur, eosdem effectus operatur, acsi esset expressum, ad not. per Peregrin. *articul.* 11. *numer.* 26. *&* 29. Secundò, quia quando non est institutus alius hæres, tales executores habentur loco hæredum, vt per text. *in cap. Cum tibi,* 1084

de Testament. docent communiter DD. Ergo quando testator substituens filio impuberi non dat alium hæredem, videtur velle vt executores sint hæredes, & sic facere Pupillarem directam. Tertiò denique quia in dubio substitutio censetur potiùs directa, vt est communis DD. per text. *ind. cap.* 1. *de Testam. in* 6. & declarat bene Mantica *de Conject vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 1. *num.* 3. *& seq.*

1085 Nihilominus contrariam sententiam, quòd talis substitutio est omni tempore Fideicommissaria, tenent probabiliùs Bald. *in l. Precibus, num.* 45. *& seq Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Paul. de Castr. *num.* 14. Coras. *num.* 71. & Salic. *col.* 11. *vers. Quæro nunc*; idem Bald. *in l. Siquis ad declinandam, num.* 7. *Cod. de Episc. & cler.* Imola *in l. Centurio, numer.* 20. *&* 22. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *numer.* 105. *in fine*, vbi testatur de communi, Socin. jun. *numer.* 244. *& seq.* & Cephal. *num.* 802. vbi dicit, hanc esse magis communem, Imola *in cap. Cum tibi, de Testament.* & ibi Card. Barbat. & Francus, idem Imola *in cap. Raynutius, de Testament.* Polit. *de Substitut. tit. de Compendiosa, numer.* 28. Ceual. *in Spec. com. cont. com. q.* 482. & multi alij, quos citant & sequuntur Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 10. *numer.* 7. *post med. & seq.* & Fusar. *de Substitut. q.* 244. *numer.* 9. *& seq.*

1086 Fundamentum est primò, quia dicta substitutio est facta per verba, *Dentur*, vel, *Distribuantur*, quæ sunt obliqua, & solùm inducunt fideicommissum. Nec obstat quòd bonorum distributio committatur executoribus: quia tales executores neque vocantur vt hæredes, cùm testator satis sibi prouiderit de hærede, filium suum instituendo; neque vt substituti, quia non vocantur vt sibi aliquid acquirant, sed solùm in euentu quo filius decedat absque liberis, eligant pauperes, quibus bona distribuant: vnde mors filij non purificat conditionem respectu illorum ad hoc vt succedant, sed ad hoc vt exequantur testatoris dispositionem dictis verbis obliquis factam. Secundò, quia testator in proposito casu disposuit tantũ de bonis suis: per Pupillarem autem fit dispositio de bonis filij, *l. Cohæredi*, §. *Cum filiæ, ff. de Vulg. Inst. de Pupillari, in princ.* Ergo in ea dispositione non continetur Pupillaris. Quod si dicas, verba illa, *Bona mea*, non obstare quominus substitutio sit Pupillaris, argum. *l. Si ita*, §. *Qui filio, ff de Bon. possess secund. tab.* & ad not. *sect.* 3. *hujus aisp.* § 3. *numer.* 473. *cum seqq.* Respondetur id procedere quando substitutio est facta sub expressa conditione, *Si filius decesserit in pupillari ætate:* quia talis expressio indicat sufficienter testatorem voluisse filio prouidere per Pupillarem. In præsenti autem loquimur de substitutione, in qua illa conditio non exprimitur: & non negamus, imò verò libenter admittimus, quòd si talis conditio exprimeretur, Pupillarem induceret; vt in specie, relatis alijs, docent bene Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *tit.* 7. *numer* 8. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 34. *num.* 44. Trentacinq. *d. cap.* 10. *ante numer.* 8. & Fusar. *d. q.* 244. *num.* 38. licèt multi etiam refragentur, vt apud Mantic. Trentac. *n.* 11. & Fusar. *n.* 36. videri potest.

1087 Neque argumenta primæ sententiæ vrgent. Ad primum enim, omissis alijs responsionibus, quas affert Trentac. *vbi sup. num.* 7. negamus debere in casu proposito subaudiri verbum directum, *Accipiant*; siquidem rectè potest subintelligi, quòd executores ab hærede petant, vel quòd accipiant de manu hæredis: & hoc potiùs subaudiendum est, tum ob verba obliqua in ipsa substitutione expressa, quæ solùm denotant Fideicommissariam: tum etiam ob verba relata ad bona testatoris, quæ Pupillari non conueniunt. Ita cum Socin. jun. & alijs respondet Fusar. *d. q.* 244. *num.* 3. Ad secundum respondetur ex illo *cap. Cum tibi*, solùm haberi, quòd executores testamenti ad pias causas tenent locum hæredis, quando nullus alius hæres est institutus: in nostro autem casu est institutus filius: & ipse censetur grauatus, vt post mor-

mortem suam per hæredes suos det illa bona executoribus, vt illa distribuant: nam relictum ab executoribus censetur relictum ab hærede instituto, juxta Glos. *in l. Alio*, & ibi Barthol. *ff. de Alim. & cibar. leg.* Ad tertium denique respondetur, assumptum procedere quando verba possunt conuenire tam directæ, quàm indirectæ substitutioni, & sic quando verba sunt dubia: in nostro autem casu verba solùm possunt conuenire substitutioni indirectæ, seu Fideicommissariæ, cùm sint verba obliqua, *Dentur, & Distribuantur*, &c.

1088 Limitatur autem prædicta opinio, vt non procedat quando testator dixit se velle, bona sua distribui, *Absque vlla diminutione*, vel, *omnia sua bona*, vel, *totam suam hæreditatem*, aut similia verba, quibus sufficienter declarauit, se velle vt omnia prorsus bona sua pauperibus erogarentur. Quia nisi Pupillaris contineretur, posset detrahi saltem legitima filij: sic cum alijs limitat Fusar. *d. quæst.* 224. *num.* 39. & faciunt notata *§. præced. numer.* 1067. *ad med.* Sed neque in hoc casu desunt contradictores, ut apud eundem Fusar. videri potest, qui alias etiam limitationes adducit.

1089 Si verò teneamus primam opinionem, quæ reuerà est communior, amplianda est primò, vt procedat licèt mater pupilli sit in medio: Barthol. *in dict. l. Centurio, sub numer.* 21. *ff. de Vulgari*, & ibi cæteri communiter, Bald. *de Substitut. tit. de Compendiosa, num.* 14. Odd. *de Compend. p.* 5. *quæst.* 3. *tit. de Compendiosa à pagano factâ, art.* 2. *numer.* 15. *fine*, Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *numer.* 64. & cum alijs Fusar. *dict. quæst.* 244. *numer.* 12. Ratio est, quia licèt communiter hebeatur, quòd tacita Pupillaris non excludit matrem, vt latè agendo de Pupillari explicuimus, id solùm procedit de tacita, quæ ex præsumptione legis continetur in Vulgari expressa: in præsenti autem continetur Pupillaris ex conjectura voluntatis ipsius testatoris, in ejus verbis fundatâ, & hæc etiam contra matrem admittitur: Glos. *in l. Precibus, verb. Omnimodò, Cod. de Impuber. & alijs substitut. & in l. In testamento, fine, Cod. de Testament. milit.* & diximus *supra, sect.* 3. *hujus disput. §.* 16. *num.* 695.

1090 Amplianda est secundò, vt etiam procedat quando testator dixisset; *Si filius meus sine liberis decesserit, volo quòd bona mea vendantur, & pretium eorum distribuatur inter pauperes per Commissarios meos.* Sic Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 24. & alij *ibidem* Guilliel. Boned. *in cap. Raynutius, p.* 2. *verf. Si absque liberis*, 2. *tit. de Compendiosa, numer.* 56. *de Testament.* Peregr. *de Fideicommiss. art.* 34. *numer.* 64. & Odd. *dict. art.* 2. *numer.* 19. licèt dissentiant cum alijs Trentacinq. *dict. cap.* 10. *numer.* 9. *verf. Retenta*, & Fusar. *d. quæst.* 244. *num.* 17. Ratio est, quia etiam in hoc casu subauditur, quod executores accipiant bona, vt ea vendant & pretium distribuant: verbum autem, *Accipiant*, cùm sit directum, & adjungatur vniuersitati bonorum, inducit Pupillarem directam, juxta prædictam primam sententiam, in qua loquimur. Nec dicas, quòd in hoc casu venditio bonorum non committitur executoribus, sed tantùm distributio pretij, proindeque non subaudiri quòd accipiant bona testatoris, sed solùm pretium; & ita cessare fundamentum prædictæ sententiæ principalis. Hoc, inquam, non dicas; nam cùm eodem contextu dicatur, quod bona vendantur, & distribuantur per executores, intelligitur vtrumque committi executoribus: quia per verba vltimò posita determinatur vtrumque præcedens, *l. Mulieri, & Titio, ff. de Condit. & demonstr.* & patet ex ipsis terminis.

1091 Secundus casus est, quando sola electio pauperum committitur executoribus, vt cùm dictum est; *Si filius meus decesserit absque liberis, volo vt bona mea vendantur, & distribuantur pauperibus, quorum electio fiat per Commissarios meos.* In hoc casu communis sententia est, Pupillarem non contineri. Sic Barth. *in d. l. Centurio, numer.* 25 *ff. de Vulgari*, & ibi

Alex. *num.* 74 Iaſ. *num.* 42. Zaſ. *numer.* 43. Galliaula *num.* 311. Ripa *num.* 113. & Cephal. *numer.* 867. Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *num.* 9. & cum multis alijs Fuſar. *d. q.* 244. *numer.* 22. Ratio eſt, quia cùm ſola electio executoribus committatur, ſit planum, quòd venditio, & diſtributio bonorum injungitur hæredibus, & ad eos pertinet vt grauatus fideicommiſſo reſpectu pauperum. Sunt qui etiam in hoc caſu velint contineri Pupillarem, vt Bald. Imola, Odd. & alij, quos refert Fuſar. *ſupra num.* 27. At valde infirmis nituntur fundamentis, vt apud eundem Fuſarium videri poteſt.

1092 Tertius caſus eſt, quando nulla eſt facta mentio executorum, vt cùm dictum eſſet; *Si filius meus abſque liberis deceſſerit, volo quòd bona mea vendantur, & pretium diſtribuatur pauperibus.* In hoc caſu aliqui ſentiunt contineri Pupillarem; quia cùm executio talium relictorum ex juris diſpoſitione pertineat ad Epiſcopum, etiam contra voluntatem defuncti, *§. Siquis autem, Auth. de Eccleſiaſt. tit.* videtur ſubaudiendum in propoſito caſu, quòd Epiſcopus accipiat bona, & illa vendat, ac diſtribuat: vnde cùm verbum, *Accipiat*, ſit directum, inducet Pupillarem directam ad ſupradicta *num.* 1084. Ita ſentiunt Socin jun. *in d. l. Centurio, numer.* 248. Cephal. *ibid. numer.* 851. & Odd. *dict. art.* 2. *num.* 16.

1093 At contraria ſententia eſt communis, quam tenent Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 23. *ff. de Vulgari*, & ibi Angel. *numer.* 5. Alex. *numer.* 84. Iaſ. *numer.* 41. Ripa *numer.* 111. Zaſ. *numer.* 42. Galliaula *numer.* 347. & Alciat. *numer.* 75. Bald. *in l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſc. & cleric.* Paul. de Caſtr. *in l. Precibus, numer.* 17. *Cod. de Impuber. & alijs ſubſtitut.* & ibi Corn. *numer.* 137. Peregrin. *dict. art.* 64 *ad fin.* & cum multis alijs Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *numer.* 8. & Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion.* 244. *numer.* 18. Ratio eſt, quia ſubſtitutio eſt facta verbis obliquis, quæ ſolùm inſeruiunt Fideicommiſſariæ: & quanuis Epiſcopus ſit executor talium relictorum ex juris diſpoſitione, & ſic habeat eandem poteſtatem, quam Commiſſarij ſcripti in teſtamento, habeaturque loco hæredum, juxta *d. l. Siquis ad declinandam, Cod. de Epiſcop. & cleric.* attamen in hac ipſa l. Non ei tribuitur, quòd ſit loco hæredis, niſi quando pauperes ſunt inſtituti: ſi autem pauperes ſolùm vocati ſint per fideicommiſſum, talem locum tenere non poteſt; ſed ſolùm ei competit actio ex fideicommiſſo ipſis pauperibus relicto: non enim maius jus ei competere poteſt, quàm competat ipſis pauperibus, quorum locum tenet, & quorum nomine agit, argum. *l. Qui in aliena, §. Interdum, ff. de Acquir. hæredit.* & talis hęres quis haberi debet, qualis eſt is per quem efficitur hæres, *l. Cum filiofamil. ff. de Leg.* 1. Neque in Epiſcopo poteſt ita facilè intelligi, quòd teſtator voluerit ei dare poteſtatem, vt bona accipiat propria authoritate, ſicut intelligi poteſt in Cõmiſſarijs à teſtatore nominatis: cùm eo ipſo quòd teſtator eos nominauit, plenam poteſtatem eis dediſſe videatur ad bona capienda, & diſtribuenda.

Quartus caſus eſt, quando teſtator ex- 1094
preſsè diſpoſuit, quòd etiam bona filij diſtribuerentur inter pauperes. In hoc caſu conueniunt ferè omnes, Pupillarem contineri: Ripa *in d. l. Centurio, numer.* 106. *ff. de Vulgari*, & ibi Cephal. *numer.* 838. qui dicit ita omnes communiter tenere. Odd. *de Compendioſa, p.* 5. *quæſt.* 3. *tit. de Compendioſa à pagano factâ, art.* 2. *numer.* 14. vbi ait, ita omnes vno ore tenere; Trentacinq. *de Subſtitut. p.* 4. *cap.* 10. *numer.* 10. & cum multis alijs Fuſar. *dict. quæſtiou.* 244. *numer.* 32. Ratio eſt, quia teſtator non poteſt diſponere de bonis filij, niſi per Pupillarem: vnde ſi de illis diſpoſuit, planè colligitur voluiſſe facere Pupillarem. Cæterùm ego dicerem contineri quidem in hoc caſu Pupillarem, ſed non directam; nam verba obliqua ex vi ſuæ ſignificationis ſolùm inducunt Fideicommiſſariã; & nunquã trahuntur ad directã, niſi

nisi necessitas vrgeat: in præsenti autem nulla talis est necessitas; quia pater non solùm per Pupillarem directam, sed etiam per indirectam seu Fideicommissariam disponere potest de bonis filij ante pubertatem decedentis: vnde si disposuit per verba obliqua, vt in præsenti casu, non est necesse quòd intelligatur disposuisse per directam Pupillarem, cùm possit intelligi de Fideicommissaria, & hæc tantùm ejus verbis conueniat. Atque ita fortasse sensit Bald. *consil.* 296. *lib.* 5. vbi eum stare contra prædictam communem, testantur Trentacinq. & Fusar. *citat.*

§. 7. Quomodo intelligenda sit Compendiosa facta verbis directis, & cõmunibus simul; vel simul directis, & obliquis; vel communibus simul, & obliquis?

SVMMARIVM.

QVando Compendiosa facta est verbis diuersæ rationis, vt directo simul & communi respectu ejusdem substituti, quodlibet illorũ verborum suum operatur effectum: & quomodo id intelligatur? num. 1095.

Vtrum in prædicto casu in electione substituti sit succedere ex quacumque substitutione per illud duplex verbum inductâ? Respondetur affirmatiuè, & declaratur quomodo id fiat; num. 1096. *Et quo fundamento? num.* 1097.

Proponitur, & fundatur contraria sententia, quæ censetur probabilis: ejus tamen fundamentum conuellitur, & sustinetur superior sententia communis; num. 1098. *& seqq.*

Prædicta communis sententia procedit, quocumque modo dicta verba diuersa complicata sint in substitutione; numer. 1101.

Quando in substitutione apposita est clausula, Quòd valeat vulgariter, pupiliariter, & per fideicommissum, *datur electio substituto, vt succedat ex qua voluerit substitutione, & quomodo hæc electio intelligenda sit; num.* 1102.

Quoties verbum positum in dispositione potest accipi dupliciter, tum vt operetur pro certo aliquo tempore, tum vt operetur pro omni tempore; quomodo accipi debeat? num. 1103.

Quando vnus est substitutus per verbum directum ciuile, & alius per verbum commune, quando vterque succedat? num. 1104. *& seq.*

Quando vnus per verbum directum ciuile, & alter per obliquum substitutus est, quomodo succedant? num. 1106.

Quando vnus substitutus est per verbum commune, & alter per obliquum, quomodo succedant? numer. 1107. *& seqq.*

Quando vnus est substitutus per verbum commune, & alij vocantur per verbum, Lego, *quomodo succedant? Respondetur distinguendo duos casus; numer.* 110. *& seq.*

DVo principales casus in hac quæstione distingui solent. Primus est quando diuersa verba sunt apposita respectu ejusdem substituti, vt si dictum esset; *Substituo, & facio hæredem Caium.* Secundus est, quando sunt apposita respectu diuersorum, vt si testator diceret; *Sit hæres Caius in dimidia parte hæreditatis, & in alia dimidia succedat Titius.*

Circa primum casum, duplex in præ- 1095
senti est dubitatio. Prima est, vtrùm quodlibet ex illis verbis suum effectum operetur? Et communis resolutio est affirmatiua, quam post Barthol. & multos alios, quos referunt, tradunt Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 13. *sub num.* 1. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *numer.* 8. licèt contrarium teneant Polit. *de Subst. tit. de Compendiosa, sub num.* 4. & Zas. *de Subsit. cap.* 5. *num.* 27. quando simul est appositum verbum directum, & commune. Probatur primò, quia in dispositione testatoris nullũ verbũ censeri debet

otiosum, aut superfluum, *l. Si quando, ff. de Leg.* 1. Secundo, quia quando testator diceret; *Substituo, & facio hæredem Caium*, verbum, *Substituo*, quod est commune, & aptum ad substitutionem directam, & indirectam seu Fideicommissariam, determinatur ratione verbi directi simul appositi ad denotandam Fideicommissariam: nam quando vocabulum genericum ponitur contradistinctè simul cum specifico, accipitur determinatè pro specie diuersa ab ea, quam vocabulum specificum significat, vt si aliquis dicat; *In hac domo est animal, & homo*, nomen, *Animal*, quod est genericum & commune ad hominem, & brutum, determinatur ad significandum brutum, & est sensus; in hac domo esse brutum, & hominem: ergo verbum, *Substituo*, in casu proposito denotabit, & inducet Fideicommissariam, & verbum directum operabitur directam. Atque idem cum proportione dicendum, quando simul fuerit appositum verbum commune, & obliquum; & à fortiori quando verbum directum, & obliquum.

Secunda dubitatio est, vtrùm in electione substituti sit succedere; ex quacumque substitutione per illud duplex verbum inductâ; vt si substitutio facta sit verbo directo, & communi, aut obliquo, & institutus nolit adire, an tunc possit substitutus succedere ex Vulgari; vel si malit, cogere illum vt adeat, & succedere ex Fideicommissaria? Respondetur affirmatiuè, cum communi sententia, quam tenent Barth. *in l. Centurio, num.* 38. *ff. de Vulgari*, & ibi Aret. *numer.* 16. Imola *num.* 24. Alex. *num.* 95. Ias. *numer.* 59. Galliaul. *num.* 485. Alciat. *num.* 103. Bologn. *numer.* 271. & Cephal. *numer.* 981. Corn. *in l. Precibus, num.* 124. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Caccialup. *num.* 8. Barthol. *in l. Recusare*, §. *Titius. num.* 2. *ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. *num.* 1. Paul. de Castr. *numer.* 3. & Alex. *num.* 1. Bald. *de Substitut. tit. de Compendiosa, num.* 30. Barthol. de Huc. *tit. etiam de Compendiosa, num.* 25. & alij permulti, quos referunt ac sequuntur Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 13 *sub numer.* 1. & 3. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 82. plurimos etiam adducit Fusar. *de Substitut. q.* 249. *num.* 1. qui *num.* 8. dicit hanc esse communem opinionem, & propterea in consulendo, & judicando non ausurum se ab ea recedere, licèt sibi minus placeat.

Fundamentum hujus sententiæ desumitur, primo ex *l. Recusare*, §. *Titius, ff. Ad Trebel.* vbi substituto per Vulgarem, & Fideicommissariam competit facultas ad hoc vt, nolente instituto adire, possit uenire ex Vulgari, vel cogere illum, vt adeat, & venire ex Fideicommissaria. Secundò, ex *l. fin. vers. Illud, Cod de Codicil.* vbi institutus in testamento habente clausulam codicillarem, habet potestatem eligendi, vtrùm velit venire ex directa institutione, virtute testamenti; vel ex fideicommisso, virtute clausulæ codicillaris. Tertio, ex *l. Siquis seruo, ff. de Manumiss. testam.* vbi testator jussit seruum esse liberum, & nihilominus fidei hæredum commisit ejus manumissionem: ex qua dispositione habebat seruus electionem obtinendi libertatem directo, vel fideicommissariè, petendo manumissionem ab hærede. Quartò denique ex ratione, quia Compendiosa simplici verbo directo, aut communi facta continet diuersas substitutiones pro diuersis temporibus, vt ex superioribus constat: ergo quando simul est appositum aliud verbum aliquid amplius debet operari, quia non debet censeri superfluè appositum: nihil autem apparet quod operetur; nisi quòd pro eodem tempore diuersam substitutionem inducat: ergo cùm substitutus non possit venire simul ex duplici substitutione diuersa, neque sit maior ratio, cur vna potiùs, quàm altera valeat, manere debet in potestate substituti eligere quam maluerit.

Ab hac communi sententia recedunt Cynus, Decius, Ripa, Socin. jun. & alij, quos refert & sequitur Fusar. *d. q.* 249. *num.* 6. *& seqq.* existimantes substitutionem factam verbo directo & communi esse directam, & Fideicommissariam, pro

pro diuersis temporibus, seu casibus, id est, pro casu quo institutus decedat ante aditam hæreditatem, esse directam Vulgarem, & pro casu quo decedat ante pubertatem, adita (vel etiam non adita) hæreditate, directam Pupillarem, si aliæ conditiones adsint: & pro casu quo decedat post pubertatem, hæreditate adita, Fideicommissariam; ac proinde non esse locum electioni, sed prout casus tulerit, ita substitutum ex hac, vel illa substitutione admittendum. Cujus opinionis præcipuum fundamentum est quia tam verbum directum, quàm commune sufficienter operatur in eo quòd pro dictis diuersis casibus, & temporibus substitutio euadat directa, & obliqua: siquidem verbum directum operatur vt sit directa, & commune vt sit obliqua: ac proinde non oportet vt dicta electio intelligatur concedi substituto per illa verba. Quòd si dicas, hinc sequi verbum directum esse otiosum in illa substitutione; siquidem simplex verbum commune positum in Compendiosa sufficit ad inducendas illas substitutiones diuersas pro suis casibus, & temporibus, vt ex superioribus constat. Respondent citati DD. licèt verbum cõmune sufficiat ad inducendas illas substitutiones, attamen cùm sit commune & ambiguum, non induci per illud directam substitutionem absque ambiguitate, & difficultate; & istam ambiguitatem tolli per verbum directum simul appositum: proindeque tale verbum directum operari vt substitutio absque vlla dubietate sit directa pro suis temporibus, & sic, etiam dicta electione sublata, otiosum non esse.

1099 Atque hinc arguit vlteriùs Fusar. pro hac sententia; quia per tale verbum directum constat certò voluntatem testatoris esse, vt substitutus succedat filio impuberi per Pupillarem directam: ergo non potest conferi data esse dicta electio substituto, vt possit omittere Pupillarem, & agnoscere Fideicommissariam; cùm testator determinatè velit, vt succedat ex Pupillari. Accedit, quòd talis electio cederet in præjudicium filij, cujus interest habere successorem ex Pupillari: & credendum non est testatorem voluisse filio præjudicare. Vnde saltem respectu Pupillaris non est admittenda illa electio, etiamsi admittatur respectu Vulgaris, & Fideicommissariæ, ex quibus soli testatori succeditur: nec aliud suadent textus qui pro communi sententia afferuntur; quia procedunt, quando agitur de sola dispositione testatoris, & de succedendo in ejus bonis, vt idem Fusarius aduertit *d. q.* 249. *num.* 3. & 4.

Hæc opinio mihi videtur satis probabilis; sed tamen non est recedendum à communi. Quare ad fundamentum pro ea adductum, negandum est, illa verba sufficienter operari, si solùm pro diuersis casibus, & temporibus inducant substitutionem directam, & obliquam, & non tribuant dictam electionem substituto. Nam quodlibet eorum verborum, ac præsertim commune, in Compendiosa positum eas substitutiones pro illis temporibus inducit: & quod dicitur, inseruire adjectionem verbi directi ad tollendam ambiguitatem verbi communis, videtur liberè excogitatum; cùm satis certò constet, Compendiosam solis verbis communibus factam esse directam, & obliquam pro suis casibus & temporibus, vt supra visum est §. 5. *per tot.* Neque vrget argumentum Fusarij *num. præcedenti* positum: nam hoc ipso quòd testator apposuit simul verbum directum, & commune, significauit se non velle absolutè, vt substitutus succederet ex directo, sed solùm in casu quo nollet succedere ex communi, seu per Fideicommissariam, quæ sola in tali Compendiosa per verbum cõmune denotatur, vt supra *num.* 1095. declaratum est. Quod tandem additur de præjudicio filij, est valde leue; cùm in libera testatoris potestate sit dare illi substitutum, tam per Pupillarem, quàm per Fideicommissariam, quàm etiam per vtramque, tum pro diuersis temporibus, tum etiam pro eodem tempore, ad hoc vt substitutus eligat quam maluerit: quod vltimum in nostro casu facere intelligitur. 1100 1101

Ex dictis colliges, prædictam commu-

nem sententiam, non solùm procedere quando substitutio est facta per verbum directum & commune, sed etiam quando per verbum directum, & obliquum, vel per verbum commune, & obliquum: nam in omnibus his casibus, & complicationibus militant jura, & ratio pro cõmuni adducta *num.* 1097. & ita docent Trentacinq. *d. cap.* 13. *num.* 4. *&* 5. & multi alij apud Fusar. *d. q.* 249. *num.* 9. *&* 10.

1102 Colliges præterea, idem dicendum quando fuisset appositum vnum tantùm verbum, siue directum, siue commune, siue obliquum, additâ clausulâ, qua testator dicat; *Se velle substitutionem valere vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum:* nam tunc etiam datur electio substituto, vt succedat ex qua voluerit substitutione. Sic Barth. *in d. l. Centurio, num.* 38. *ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num.* 96. Aret. *sub num.* 16. & alij: idem Barth. *in d. l. Recusare, §. Titius, ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. Paul. de Castr. Alex. & Aquens. Benedict. de Plumb. *in l. Si quis seruo, ff. de Manumiss. testam.* & multi alij, quos citant & sequuntur Trentacinq. *d. cap.* 13. *num.* 6. dicens hanc esse magis communem opinionem, & Peregrin. *de Fideicom. art.* 2. *n.* 67. qui non nullos etiam discordantes adducit. Notat verò post alios Trentacinq. *supra numer.* 7. hanc relolutionem non procedere quando dicta clausula apponeretur in Reciproca, vt cùm dictum esset; *Vos inuicem substituo vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum:* tunc enim ait, non dari dictam electionem substituto. At circa hoc tene prout dictum est *supra §.* 7. *num.* 940. Plura circa dictam resolutionem reperies apud Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 63. *per totam*; vbi inter alia declarat, dictam electionem in nullo casu habere locum respectu Vulgaris, & Pupillaris; eoquod non detur concursus harum substitutionum pro vno & eodem tempore: sed de hoc cogita.

1103 Colliges tandem cum Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *numer.* 83. quod vbi verbum aliquod in dispositione adjectum dupliciter accipi potest, vno modo, vt pro omni tempore stet cum effectu operatiuo; alio modo, vt solùm pro aliquo tempore; debet accipi primo modo, quãuis dispositio etiam juxta secundùm modum intellecta non foret omnino inutilis respectu certi temporis; quia operaretur alio modo ex vi alterius verbi adjecti: vnde potiùs admittitur, multiplicari remedia, & prouisiones in vno eodemque tempore, quàm verbum pro aliquo tempore nihil operari: estque hoc rationabile, quia vt natura, sic etiam ars nihil frustra molitur, *l.* 1. *§. Dixerit aliquis, ff. de Publiciana, l. Hæc stipulatio, §. Diuus, ff. Vt legat. nom. cau.* Vnde Bald. *in rubr. Cod. de Contrab. empt.* eleganter dicit, ne syllabam quidem vllam debere accipi absque effectu operatiuo, quod alij etiam testantur.

Circa secundum casum, quando scili- 1104
cet dicta verba diuersa fuerunt apposita respectu diuersarum personarum, quatuor complicationes inspiciendæ sunt. Prima est, quando vnus est substitutus per verbum directum ciuile, & alius per verbum cõmune est substitutus in certa portione: & tunc in persona vocati per verbum ciuile substitutio est directa, & vniuersalis; & in persona alterius est Fideicommissaria in illa tantùm portione. Glos. communiter recepta *in l. His verbis, ff. de Hæred. instit. & in §. Si verò nulla, vers. Relictis, Auth. de Hæred. Falcid.* Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 40. *ff. de Vulgari*, Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 13. *numer.* 1. Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 87. & alij. Aut vocatus verbo directo ciuili substitutus est in re certa, & vocatus verbo communi in certa etiam re: & tunc substitutio in persona directè vocati trahitur ad totum, & ille fit hæres vniuersalis, quia substitutio directa in re certa, quando non est datus substitutus vniuersalis, trahitur ad totum, *l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari:* sicut & ipsa prima institutio, *l.* 1. *vers. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* in persona verò alterius est tantùm quoddam fideicommissum particulare; quia verbum commune

mune adjectum certæ rei nunquam trahitur ad directum, vt est communis omnium sententia ad *l. Cogi, §. Et generaliter, ff. Ad Trebel.* & ita quoad vtramque partem docet Trentacinq. *supra.*

Aut vocatus per verbum directum est
1105 substitutus in re certa, & vocatus verbo communi est substitutus simpliciter, vel in residuo hæreditatis, aut bonorum: & in hoc casu substitutus per verbum commune erit hæres vniuersalis; quia verbum commune adjectum vniuersitati bonorum, nullo alio dato vniuersali hærede, inducit institutionem directam, & vniuersalem: Glos. *in d. l. His verbis,* & communis DD. substitutus autem verbo directo solùm capiet illam rem certam, *l. Ex facto, ff. de Hæred. instit. & l. Quoties, Cod. eod. tit.* Atque ita docent Trentacinq & Peregrin. *loc. citat.* Aut vocatus verbo directo est substitutus in vna quota hæreditatis, & vocatus verbo communi substitutus in alia quota, quæ vtraque totam hæreditatem exhauriat; vt si vnus sit substitutus in semisse, & alter in alio semisse: & tunc vterque jure directo capiet suam partem; quia cùm tota hæreditas per illas quotas distributa sit, rectè intelligitur vtrumque substitutum vocari vt hæredem vniuersalem, & sic jure directo, licèt alter verbo communi vocatus sit; siquidem etiam verbum commune adjectum vniuersitati bonorum directam substitutionem inducit; & in quota, cui in præsenti adjectum est, nullus alius reperitur substitutus. Sic etiam docent Trentacinq. *supra, vers. Aut substitutio,* & Peregrin. *dict. art. 34. num. 85. vers. Secundò præmitto.* Si autem non esset tota hæreditas distributa per illas quotas, vt quia vocatus verbo directo esset substitutus in quarta, & alter in alia quarta, tunc ait Trentacinq. *d. num. 11. vers. Primus quorum, in fine,* quòd substitutio facta per verbum directum trahitur ad totum, & facta per verbum commune est Fideicommissaria in illa quarta.
1106

Secunda complicatio est, quando vnus est substitutus per verbum directum ciuile, & alter per verbum obliquum. Et in hoc casu substitutio per verbum directum, siue facta sit simpliciter, siue in re certa, siue in quota, semper vt directa trahitur ad totum: & facta per verbum obliquum, siue in re certa, siue in quota, siue simpliciter in residuo, semper est Fideicommissaria; quia verbum obliquum nunquam directatur, nisi euidenter constet de testatoris voluntate, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ, ff. de Vulgari,* Barthol. *in l. Quærebatur, ff. de Milit. testam.* atque ita scribunt Trentacinq. *d. cap. 13. sub num. 11.* & Peregrin. *d. art. 34. num. 87.* vbi speciatim notat, quòd substitutus directò in re certa, existente altero substituto per verba obliqua in residuo, fit hæres vniuersalis cum onere restituendi alteri illud residuum.

Tertia complicatio est, quando vnus 1107
fuit substitutus per verbum commune, & alter per obliquum. In quo casu, aut vocatus verbo obliquo substitutus est in re certa: & alter est substitutus simpliciter vel in residuo; & tunc substitutio per verbum commune euadit directa vniuersalis; quia verbum commune adjectum vniuersitati bonorum, quale est residuum, inducit vniuersalem substitutionem directam, quando nullus alius est datus substitus vniuersalis per verbum directum ciuile: Glos. *in d. l. His verbis, ff. de Hæred. instit.* & ita resoluit Trentacinq. *d. cap. 13. sub num. 11. vers. Tertius casus,* & Peregrin. *d. art. 34. num. 89.* juxta Barthol. quem refert, vbi etiam aduertit hoc procedere tam de Vulgari, quàm de Pupillari directa. Aut vocatus verbo obliquo est substitutus in re certa, & alter per verbum commune in portione, ita vt tota hæreditas non sit diuisa inter eos. Et tunc vtraque substitutio est Fideicommissaria, & non trahitur ad totum. Nam ex quo tota hæreditas non datur, censetur jus primi hæredis in aliquo reseruatum, & sic eum grauari, vt vtrique illi substituto ea relicta tribuat. Neque verbum commune in tali casu obstat; cùm constans sit, ita demùm verbum commune trahi ad totum, si adjiciatur vniuersitati bonorum, & nullus alius reperiatur institutus, vel

subs-

substitutus vniuersalis. Sic Trentacinq. *vbi sup.* post Alex. *consil.* 12. *num.* 5. *lib.* 3. & Corn. *consil.* 152. *num.* 18. *lib.* 3.

Aut denique vocatus verbo obliquo
1108 est substitutus in vna portione hæreditatis, & vocatus per verbum commune in alia residua, ita vt inter vtrumque tota hæreditas distributa sit. Et in hoc etiam casu vtraque substitutio est omni tempore Fideicommissaria, vt cum Barthol. *in d. l. Centurio, numer.* 41. *ff. de Vulgari*, Ripa *num.* 177. & communi DD. tradit Peregrin. *d. art.* 34. *num.* 90. & docet etiam Trentacinq. *loco citat.* Ratio est, quia substitutus per verbum commune non fuit grauatus à testatore, vt restitueret portionem, in qua alter verbo obliquo, & sic fideicommissariè, substitutus fuit: vnde intelligitur tale grauamen solùm fuisse impositum hæredi instituto; & sic durare jus talis hæredis; proindeque per verbum commune, quo alter fuit substitutus in vna quota, non induci substitutionem directam, cùm verbum commune hunc effectum non habeat, existente alio hærede vniuersali, vt sæpiùs dictum est. Quare autem in hoc casu censeatur durare jus primi hæredis, non autem quando vnus est substitutus verbo obliquo in re certa, & alter per verbum commune in residuo: in quo casu contrarium resoluimus? Respondet bene Peregrin. *citat.* rationem esse, quia in præsenti casu non possunt jura, & actiones transire ex toto in substitutũ per verbum commune, cùm solùm sit substitutus in quota: in alio autem casu actiones vniuersaliter in illum transeunt.

1109 Addit autem idem Peregrin. *num.* 91. hanc traditionem rectè procedere quoad Pupillarem contentam in Compendiosa; vt scilicet post aditam hæreditatem substitutio non sit Pupillaris, etiamsi institutus decedat ante pubertatem, sed omni tempore sit Fideicommissaria. Si verò agatur de Vulgari, credit quòd, hærede repudiante, substitutus per verbum commune in quota hæreditatis totum capere debet; quia jus primi hæredis non durat in aliquo; siquidem repudiata hæreditate hæres non existit. Illud etiam rectè aduertit, quòd etiam Fideicommissaria facta in quota hæreditatis, esset vniuersalis, & si hæres nollet adire, posset cogi à fideicommissario vt adiret, & totam hæreditatem sibi restitueret; id quod latiùs declarat *art.* 2. *numer.* 41. *& art.* 5. *numer.* 27.

1110 Quarta & vltima complicatio est, quãdo vnus est substitutus per verbum commune, & alij vocantur per verbum, *Lego*, vbi duo casus à DD. distinguuntur. Primus est, si testator in ipsa institutione aliqua particularia legata relinquat, & deinde per Compendiosam verbo communi substituat alium in residuo, vt si dicat; *Lego talem fundum Titio, & talem domum Seio: & si meus hæres absque liberis deceßerit, volo vt residuum perueniat ad Caium.* Et in hoc casu substitutio verbo communi facta trahitur ad directam vniuersalem, vt bene Barthol. *in d. l. Centurio, num.* 42. *ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *num.* 178. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 13. *in fine*, & Peregrin. *d. art.* 34. *numer.* 89. Quia per illa legata non alteratur substitutio vniuersaliter facta in residuo, sed remanet in suis viribus, acsi esset hæres institutus; siquidem illa dictio, *Residuum*, importat vniuersalitatem bonorum, *l.* 2. *Cod. de Hæred. instit.* & verbum commune vniuersalitati bonorum adjectum directam institutionem vniuersalem inducit, & similiter substitutionem: vt sæpius dictum est. Cùm autem dicta substitutio in suis viribus maneat, eaque sit Compendiosa, pari modo continebit Vulgarem, Pupillarem, & Fideicommissariam, sicut de Compendiosa simpliciter facta per verbum commune in superioribus dictum est, ut bene aduertit Peregrin. *citat.*

Alter casus est, si legata relicta sint in 1111
substitutione, vt cùm dictum esset; *Si filius meus deceßerit absque liberis, lego talem fundum Titio, & talem domum Seio, & in residuo Caium substituo.* Et in hoc casu credit Ripa *sub d. num.* 178. & Trentacinq. *vbi sup.* substitutionem esse tantùm Fideicommissariam: quia testator

non

non grauauit substitutum onere illorum legatorum: vnde intelligitur voluisse, vt primus hæres illis esset grauatus, & sic quòd jus ipsius primi hæredis duraret: substitutio autem facta verbo communi non trahitur ad directam, existente alio hærede vniuersali, sed est tantùm Fideicommissaria: Glos. *in d. l. His verbis, ff. de Hæred. instit.* & DD. communiter. Si dicas hinc sequi, similiter fuisse dicendum in præcedenti casu. Respondet Trentacinq. esse diuersam rationem in illo casu; quia tunc videtur testator noluisse jus primi hæredis durare post illius mortem, cùm noluerit legata persolui ante mortem illius; quod in hoc secundo casu non voluit. Cæterùm Peregrin. *vbi supra*, existimat idem esse dicendum in hoc casu, atque in præcedenti: quòd in neutro censeri debeat durare jus primi hæredis, ob rationem, quam ex eo in simili attulimus *num.* 1008 *fine.*

§. 8. *Quando expiret substitutio Compendiosa?*

SUMMRAIUM.

COmpendiosa expirat in ijs casibus, & ex ijsdem causis, quibus expirant substitutiones in ea contentæ; num. 1112.

Tunc solùm Compendiosa expirat ex toto, quando eueniunt casus, quibus omnes substitutiones in ea contentæ extinguuntur; num. 1113.

1112 AD hanc quæstionem respondetur breuiter, Compendiosam expirare in ijs casibus, & ex ijsdem causis, quibus expirant substitutiones in ea comprehensę. Cum enim in Compendiosa contineantur Vulgaris, Pupillaris, & Fideicommissaria, aut duæ saltem ex ijs, consequens est, vt si contingat casus quo Vulgaris extinguitur, expiret tunc Compendiosa, quatenus erat Vulgaris; et si eueniat casus quo Pupillaris expirat, euanescat similiter Compendiosa vt erat Pupillaris: & idem cum proportione est in Fideicommissaria. Vnde non sufficiet euenire casum, quo vna ex his substitutionibus extinguitur, ad hoc vt Compendiosa omnino pereat; adhuc enim permanebit, & erit vtilis quoad alias in ea contentas; imo verò, vt quoad alias, vel aliquam saltem earum, vtilis sit, opus est vt aliqua extinguatur; nam vt detur locus Fideicommissariæ, necesse est vt adeatur hæreditas, quo casu extinguitur Vulgaris; *l. Post aditam, Cod. de Impuber. & aliis substitut.*

Quare tunc solùm ex toto Compendiosa expirabit, quando euanuerint casus, quibus omnes substitutiones in ea contentæ extinguuntur, vt quando Compendiosa facta est filio impuberi, qui adiuit hæreditatem, & mortuus est cum filijs post pubertatem: tunc enim per aditionem hæreditatis extincta est Vulgaris; per pubertatem extincta est Pupillaris; & per superuiuentiam liberorum, Fideicommissaria; & sic ex toto euanuit Compendiosa has tantùm substitutiones complectens; idemque est, si ex alijs causis hæ substitutiones pereant: quæ autem sint hujusmodi causæ, & casus, in quibus illæ extinguuntur, dictum est supra in proprijs locis singularum substitutionum. Et hæc sint satis pro Compendiosa. 1113

SECTIO VII.

De Substitutione Militari.

DEfinitio substitutionis Militaris: & quare sic dicatur? num. 1114.

Qui milites possint substituere militariter? Et vtrùm idem priuilegium competat Doctoribus, Aduocatis, Clericis, Regibus, Ducibus, & alijs titularibus, & Dominis terrarum? numer. 1115. *remissiuè.*

Vtrum substitutio Militaris facta à pagano in piam causam valeat? eod. numer. 1115

Militaris substitutio diuiditur in Expressam,

sam, & Tacitam; & quando censeatur facta expressè, & quando tacitè? numer. 1116.

Vtrùm quemadmodum datur tacita Vulgaris, & Pupillaris ex sola præsumptione legis contra verba testatoris, ita etiam detur tacita Militaris? numer. 1117.

1114 SEquitur agendum de Militari substitutione, à qua nos breuissimè expediemus. Ea igitur in hunc modum definitur; *Est substitutio, qua quis ex militari priuilegio hæredi à se in aliquod limitatum tempus instituto substituit alium, qui post tale tempus succedat directò in hæreditatem, nihil obstante, quòd fuerit adita per institutum*; quam definitionem explicuimus, *sect.* 1. *hujus disp. num.* 22. & est de mente omnium, licèt alijs verbis à multis tradatur. Dicitur *Militaris*, quia ij tantùm qui gaudēt priuilegio militum, possunt hoc modo substituere: est enim contra regulas juris communis, quòd aliquis possit instituere hæredem vsque ad certum tempus, & exinde instituere alium, qui post tale tempus directò, atque immediatè succedat in hęreditate ipsius testatoris, vt constat ex traditis *disp.* 3. *sect.* 10. Estque apud omnes notissimum. Et ideo jure tantùm speciali militibus concessum est, vt dicto modo instituere, & substituere possint, *l. Miles ita, in princip. l. Quærebatur, §. fin. & l. In fraudem, §. Miles, ff. de Milit. testament. & l. In testamento, in fine, Cod. de Testament. milit.*

1115 Qui autem milites hujusmodi priuilegio gaudeant, diximus, *disp.* 2. *sect.* 7. §. 3. *à num.* 175. & tradunt latè Leonius *de Substitut. tit. de Compendiosa, à num.* 112. Prætis, *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 2. *dubit.* 1. *solut.* 8. *à num.* 2. & Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 8. *num.* 6. *& seqq.* qui etiam disputant, an hoc priuilegium competat etiam aliquibus alijs personis, vt Doctoribus Aduocatis, Clericis saltem Cardinalibus, Regibus, Principibus; Ducibus, & alijs titularibus, & Dominis terrarum? In quibus omnibus recepta est sententia negatiua, supremis Principibus exceptis. Disputat etiam latè Trentacinq. *numer.* 10. An fauore causæ piæ valeat dicta substitutio facta à pagano in piam causam. Qua in re varij admodum sunt DD. Trentac. autem partem affirmatiuam magis probat, & cum ea nobis etiam transeundum est, cùm pro religione faciat.

Diuiditur hæc substitutio in Expressam, & Tacitam: Expressa appellatur, quæ verbis specificis (id est, hanc substitutionem in specie denotantibus) facta reperitur, vt cùm testator dixit; *Instituo Caium hæredem meum ad decem annos: & exinde facto hæredem Titium*, vel, *Instituo filium meum; & postquam fuerit 20. annorum, sit meus hæres Titius*, vel, *quandocumque filius meus post pubertatem decesserit instituo hæredem Caium.* His enim, & similibus verbis propriè, & specificè denotatur Militaris substitutio. Tacita dicitur, quæ non verbis specificis exprimitur, sed sub quadam tantùm verborum generalitate comprehenditur; vt cùm miles filio impuberi, & in potestate existenti Compendiosam facit verbis directis, vel etiam communibus, veluti si dicat; *Quandocumque filius meus decesserit, sit hæres Caius*, vel, *Substituo Caium.* Tunc enim non exprimit in specie Militarem, sed solùm eam comprehendit sub verbis generalibus, & aptis tam ad Pupillarem, quàm ad Militarem; cùm vtraque hæc substitutio in illa Compendiosa ex æquo comprehendatur, vt constat ex dictis *sect. præced.* §. 3. *concl.* 1. & 2. Atque ita diuidit, & explicat post alios. Leon. *de Substitut. tit. de Militari, num.* 2. & 4. Cæterùm diuidendo hac ratione Militarem conuenientiùs dicetur eam diuidi in Expressam verbis specificis, & in Expressam verbis generalibus, sicut in Vulgari, & Pupillari dictum est. 1116

Vtrùm autem, quemadmodum datur Vulgaris, & Pupillaris tacita ex sola præsumptione legis, etiam contra verba testatoris, qualis est Vulgaris quæ continetur 1117

tur in Pupillari expressa; & Pupillaris quæ continetur in expressa Vulgari, per *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari*; ita etiam detur similis Militaris tacita, quæ per legem præsumatur contenta in aliqua alia substitutione expressa? Non reperio id à DD. tractatum, sed tamen tenendum omnino credo, talem Militarem non dari; quia oporteret assignari legem, quæ illam præsumeret: nulla autem talis lex reperitur.

§. 1. *De effectu Militaris substitutionis.*

SUMMARIUM.

PEr Militarem substitutionem non succeditur instituto, sed testatori; numer. 1118. *Declaratur & probatur hæc resolutio; numer.* 1119. *& seqq.*

Vtrum ex Militari facta filio succedatur in legitima, quæ ex bonis testatoris ad filium peruenit? num. 1122.

Vtrum substitutus per Militarem capiat bona testatoris simul cum fructibus repertis tempore mortis instituti, vel solùm tempore mortis testatoris? Prima sententia pugnat pro repertis tempore mortis testatoris; num. 1123. *& seqq. Secunda verior, & communior stat pro repertis tempore mortis instituti; num.* 1126. *Soluuntur fundamenta primæ; num.* 1127.

An substituto commodius sit succedere per Militarem, quàm per Fideicommissariam? Respondetur affirmatiuè, & assignantur multa commoda; n. 1128. *& seqq.*

In substitutum per Militarem transit jus patronatus Ecclesiastici, & jus sepulchri: non autem in substitutum per Fideicommissariam; num. 1130. *Quid de jure patronatûs libertorum? eod. numer. in fine.*

Ex directa Militari non consequitur substitutus prælegata relicta instituto; num. 1131.

CIrca effectum hujus substitutionis aliquæ dubitationes à DD. agitantur, quas breuiter expediemus.

Prima dubitatio est, vtrùm per Militarem succedatur testatori, an instituto, cui ille substituit? Aliqui existimarunt succedi instituto. Sic Bald. *in l. In testamento, Cod. de Testament. milit.*, & ibi Angel. Paul. de Castr. & Comen. Imola, *in l. Centurio, ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. Hæc tamen sententia nullum considerabile habet fundamentum. Et ideo omissis, quæ pro ea afferri solent (quæ apud Polit. & Trentacinq. *infra citat.* videri poterunt) contraria sententia tenenda est, quòd scilicet per hanc substitutionem non succeditur instituto, sed testatori. Hanc cum Barthol. Alex. Jas. & alijs, quos referunt, tradunt & communem dicunt, Trentacinq. *de Substitution. p. 4. cap. 8. sub num. 4. vers. Cum igitur*, & Fusar. *de Substitut. q. 216. num. 1* tenet etiam dicens videri longè veriorem Polit. *de Substitut. tit. de Compendiosa, numer. 20.* 1118

Vt autem hæc sententia probetur, & rectè intelligatur, aduertendum est, dubitationem non esse, vtrùm per Militarem succedat substitutus in bonis instituti, vel solius testatoris? Certum est enim succedere tantùm in bonis testatoris, vt expressè habetur *in d. l. Centurio*, & ibi notant omnes. Vnde solùm quæritur, an per Militarem succedatur instituto, non quidem in omnibus ejus bonis, sed in ijs quæ à testatore ad illum peruenerunt? Quod licèt sit contra jus commune, *l. Sed si plures, §. Ad substitutos, ff. de Vulgari*, attamen in præsenti videtur posse facilè admitti ex priuilegio militari; maximè cum etiam in pagano id aliquando toleretur, vt est casus in eadem *l. Sed si plures, §. In arrogato.* Quo tamen non obstante prædicta communis tenet, quòd ex Militari soli testatori directè & immediatè in ejus bonis succeditur. 1119

Hoc posito, probatur facilè dicta sententia primò, per text. *in l. Cum filius-famil. 29. ff. de Milit. testament.* cum 1120

dupliciter inducendo, in primis quatenus admittit, valere substitutionem Militarem factam filio impuberi manenti in potestate avi, quod esse non posset, si per eam substitutionem ipsi filio succedendum foret; siquidem talis substitutio esset reipsa testamentum illius filij: qui autem existit in potestate non potest decedere cum testamento; est enim intestabilis, *l. Qui in potestate, ff. de Testament. l. Tam is, ff. de Donat. cau. mor. & simil.* Vnde propter hanc rationem non valet Pupillaris (quæ est testamentum pupilli) si sit facta pupillo recasuro in potestatem alterius, *l. 2. in princip. ff. de Vulgari*, & diximus supra *sect. 3. §. 5. num. 532.* ergo cùm dicta Militaris valeat, tenendū est per eam non succedi filio instituto, sed solùm ipsi testatori. Deinde, quatenus ibidem dicitur, propterea illam substitutionem valere, quia miles hæreditati suæ potest facere qualem substitutionem velit: vbi planè supponitur, Militarem fieri in hereditate ipsius testatoris; & sic per eam fieri hæredem testatoris, non autem instituti.

1121 Probatur secundò, quia facere testamentum alteri, præterquam per Pupillarem, vel Exemplarem in casibus vbi illæ habent locum, est contra jus commune, & nullibi reperitur concessum militibus: si autem per Militarem succederetur instituto, ea esset testamentum talis instituti factum per militem, à quo ille institutus est: ergo cùm hoc repugnet juri communi, & militi non reperiatur concessum, tenendum omnino est, quòd per Militarem non succeditur instituto, sed soli testatori. Confirmatur, quia iniquum censetur, quòd quis faciat testamentum alteri habenti capacitatem testandi, *l. Ex facto*, 43 *in princip. ff. de Vulgari*: priuilegia autem militum ad alienam injuriam porrigi non oportet, *l. Impuberi*, 41. *ff. de Administr. tut.* Accedit quòd militis priuilegium non minuitur in effectu, per hoc quòd ei potiùs succedatur.

1122 Secunda dubitatio est vtrùm ex Militari facta filio succedatur in legitima, quæ ex bonis patris testatoris ad filium peruenit? At huic dubitationi jam satisfactum est, *sect. præced. §. 3. à numer.* 1005. vbi re in vtramque partem discussâ, affirmatiuam sententiam prætulimus cum quadam moderatione posita *numer.* 1008. & procedit quæstio, etiam si mater talis filij superstes sit, & velit ei succedere.

Tertia dubitatio est, vtrùm substitutus per Militarem capiat bona testatoris simul cum fructibus repertis in hæreditate, tempore mortis instituti, vel solùm tempore mortis testatoris? Quòd ad eum pertineant fructus reperti in hæreditate habetur expressè *in d. l. Centurio.* Vtrùm autem reperti tempore mortis instituti, vel testatoris? Duplex est sententia. Prima tenet, quòd reperti tempore mortis testatoris. Hanc sequuntur Paul. de Castr. *in dict. l. Centurio*, & ibi Alex. *numer.* 40. Jas. *numer.* 14. & Claud. de Aquis. Fulgos. *in dict. l. In testamento, Cod. de Testament. milit.* & ibi Paul. de Castro, & Dec. Mouentur primò, quia hęres grauatus per Fideicommissariam non tenetur restituere substituto fructus perceptos post aditam hæreditatem, *l. In Fideicommissaria, ff. Ad Trebel. l. Ita tamen*; *§. 1. ff. eod.* sed solùm restituit hæreditatem cum fructibus in ea repertis tempore mortis testatoris. Ergo à fortiori hæres non grauatus, qualis est is, cui per Militarem substituitur, non tenebitur reddere fructus perceptos post aditam, quos habuerit tempore suæ mortis, sed solam hæreditatem testatoris cum fructibus in ea inuentis tempore mortis ipsius testatoris. Et ita hoc tantùm poterit capere militariter substitutus. 1124

Secundò mouentur, quia hoc ipsum colligitur, *ex dict. l. Centurio*; nam cùm ibi dicitur, quòd substitutus capiat bona patris dumtaxat cum fructibus in hæreditate inuentis, intelligitur de fructibus inuentis in hæreditate patris, vt planè constat ex contextu verborum. Atqui fructus, quos institutus ex illis

illis bonis post aditam percepit, & tempore mortis ejus extant, non possunt dici inuenti in hæreditate patris, sed in hæreditate filij instituti; nam vbiprimum hæreditas est adita, statim incipit esse filij, cum cujus hereditate confunditur, *l. Sed si plures, §. Filio, ff. de Vulgari, l. Pater, ff. de Priuileg. credit.* & notat Glos. *in l. 1. §. Veteres, verb. Reliquorum, ff. de Acquir. possess.* Ergo cùm textus dicat solùm deberi fructus inuentos in hæreditate patris, non debent intelligi qui reperti fuerint tempore mortis instituti, sed testatoris.

1125 Tertiò denique mouentur per text. *in l. Milites etiam, ff. de Milit. testam.* qui sic habet: *Milites etiam ijs, qui hæredes extiterint, possunt substituere in ijs dumtaxat, quæ sunt ex eorum testamento consecuti.* Vnde sic arguitur: qui existit hæres non capit ex testamento fructus, qui obuehiant ex bonis testatoris; hos enim capit, quia est dominus talium bonorum, & bona fructificant domino: ergo tales fructus non veniunt, nec venire possunt in dicta substitutione, etiamsi remotè ad ipsum testamentum referantur: nam cùm dicitur, quòd substitutio solùm potest fieri in obtentis ex testamento, illa præpositio, *Ex*, denotat causã immediatam, vt *in l. Non dubium, ff. de Legibus.*

1126 Secunda sententia tenet, ex dicta substitutione deberi fructus repertos tempore mortis instituti. Hæc est verior & communior, quam sequuntur Barth. *in d. l. Centurio, num.* 8. *fine, ff. de Vulgari*, & ibi Angel. *num.* 2. Aret. *num.* 5. Socin. sen. *num.* 13. Ripa *num.* 41. Gallaula, *num.* 118. *in fine*, & Cephal. *num.* 68. & *numer.* 313. Barthol. *in l. Precibus, numer.* 8. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & ibi Bald. *numer.* 30. & Cagnol. *numer.* 266. Polit. *de Substitut. tit. de Compendiosa, numer.* 18 *fine*, & cum multis alijs Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 8. *sub numer.* 5. & Fusar. *quæst.* 217. *numer.* 1. Fundatur *in dict. l. Centurio*, in qua, cùm dicitur, quod substitutus capiet fructus in hæreditate inuentos, necessariò debent intelligi fructus reperti tempore mortis instituti: primò quia proximè dictum fuerat, quod substitutus capiet bona testatoris dumtaxat, quibus verbis comprehenduntur fructus reperti tempore mortis testatoris, siquidem bonorum appellatione etiam fructus continentur, *l. Item veniunt, § Item non solùm, ff. de Petit. hæred.* ergo quod deinde additur; *Cum fructibus in hæreditate inuentis*, non potest intelligi de inuentis tempore mortis testatoris, sed instituti, ne dicamus illa verba superfluè fuisse addita, quod non est admittendum. Secundo, quia superiùs etiam dictum fuerat, quòd decedente filio intra ætatem pupillarem, capiet substitutus bona filij jure communi, ideſt, ex Pupillari substitutione: deinde subintellecto eodem verbo, *Capiet*, additur; *Post eam autem ætatem, ex priuilegio militum, patris dumtaxat cum fructibus inuentis in hæreditate.* Ex quibus planè resultat hic sensus: quòd per mortem filij, intra ætatem pupillarem capiet substitutus propria bona filij inuenta tempore mortis ipsius filij; per mortem autem ejusdem filij post illam ætatem, capiet bona patris cum fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis ipsius filij: nam verbum illud, *Capiet*, relatum ad vtramque partem hujus textus, æqualiter debet determinare. Itaque juxta hanc sententiam pertinent ad substitutum ex directa Militari, non tantùm bona quę fuerunt testatoris, sed etiam fructus quos institutus ex eis percepit, qui reperti fuerint quando ipse institutus moritur, seu (vt necessario subintelligitur) quando hæreditas testatoris substituto defertur.

Fundamenta contrariæ sententię di- 1127
luuntur facilè. Ad primum respondetur, non valere consequentiam; nam licèt institutus, cui per Militarem datus est substitutus, non dicatur hæres grauatus, non propterea est melioris conditionis, quàm grauatus, sed potiùs deterioris; cùm in totum definat esse hæres, quando hæreditatem dimittit substituto; quod non fit, quãdo hæres grauatus hereditatẽ restituit

quia non propterea desinit esse hæres quoad jura directa. Ad secundum respondetur, licèt hæreditas patris postquam est adita confundatur cum hæreditate filij, & sit jam ipsius filij, ejusque patrimonium, adhuc tamen conseruare nomen hæreditatis paternæ vt, patet *ex d. l. Sed si plures, §. Filio, ff. de Vulgari.* Et quanuis posset etiam appellari hæreditas filij, non fuit conueniens vt sic appellaretur in præsenti casu, quia daretur occasio existimandi verba illa, *Cum fructibus inuentis in hæreditate*, esse intelligenda tam de fructibus hæreditatis testatoris, quàm hæreditatis filij instituti. Ad tertium denique respondetur, satis esse quòd testamentum fuerit causa remota ad hoc vt dicti fructus censeantur obtenti ex testamento, quia non fuit causa remota vtcumque, sed omninò necessaria ad hoc vt hæres posset capere fructus hæreditatis: quando autem causa ita est necessaria, licèt sit remota, attenditur tanquam proxima, & denotatur per præpositionem, ex Barthol. *in d. l. Sed si plures, §. In arrogato, ff. de Vulgari*, & probat tex. *in l. Cum filius, §. Hæres meus, ff. de Legat. 2. & in l. 1. §. Ex incendio, ff. de Incend. ruina, & naufrag.*

1128 Quarta dubitatio est, an plus habeat substitutus per Militarem, quàm per Fideicommissariam? Respondetur multa esse commoda Militaris, quæ non habentur ex Fideicommissaria. Primum commodum est, quòd per Militarem, cùm sit directa, potest substitutus capere bona testatoris propria auctoritate. Sic Alex. *in d. l. Centurio, numer. 46. ff. de Vulgari*, & ibi Ripa *numer. 52.* Cagnol. *in l. Precibus, numer. 176. Cod. de Impuber. & alijs substitut.* Odd. *de Compendiosa, p. 5. quæstion. 3. præmiss. 6. numer. 4.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 1. numer. 4.* & cum alijs Fusar. *de Substitution. quæstion. 225. numer. 1.* Id verò limitatur, quando bona possiderentur ab alio (ideſt, à non instituto) vt ab hærede instituti: tunc enim si substitutus propria auctoritate vellet capere, à jure suo caderet, vt cum Ripa Cagnol. Odd. *vbi supra*, notat idem Fusar. *numer. 2.* & potest sumi ex *dict. l. Precibus, in fine*, vbi juxta magis communem intellectum substitutus per Militarem capit bona de manu matris instituti, tanquam jure fideicommissi: eâ nimirum de causa, quia mater erat in possessione omnium bonorum, quæ institutus habuit, vtpote quæ putabat ad se omnia ab intestato deuenisse. Vidè *sect. præced. §. 3. numer. 1003.*

Secundum commodum est, quòd 1129
per Militarem capit substitutus bona, quæ fuerunt testatoris, non detractâ legitimâ, quam filius institutus in illis habebat, idque licèt mater talis filij in medio existat, & sit hæres illius; præsertim si constet, quòd testator eam voluit priuare ipsâ legitimâ prout, *sect. præced. §. 3. numer. 1006. & sequentib.* cum probabiliori sententia tradidimus, etiam spectato nouo jure Codicis, & Authenticorum. Verùm est tamen, quod hoc etiam commodum consequetur substitutus per Fideicommissariam factam à milite, vt tenet Barthol. *in dict. l. Precibus, n. 5. C. de Impub. & al. subst.* & ibi Dec. & Ripa *in d. l. Centurio, ff. de Vulgari*, licèt contrarium teneant Glos. *in d. l. Precibus*, & ibi Alex Bald. Paul. de Castr. & Iaſ. quos refert, & sequitur Trentac. *de Substitution p. 4. c. 8. num. 15. fine.*

Tertium commodum est, quòd in 1130
substitutum directum, seu per Militarem, transit jus patronatus Ecclesiastici, vt relatis alijs tradunt Odd. *de Compend. p. 5. quæst. 3. præmiss. 6. numer. 8.* Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 8. numer. 17.* Intrigl. *de Substitut. cent. 2. quæst. 94. numer. 21.* & Fusar. *de Substitut. quæst. 220. numer. 1.* quia hoc jus transit ad omnes hæredes etiam extraneos, vt est communis DD. *in Clem. Plures, de Iure patron. & in l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* & tradit relatis pluribus Peregrin. *de Fideicommiss. art. 6 numer. 37.* Vnde cùm substitutus per Militarem sit directus, & hæres testatoris, sequitur, quòd in illum transit hoc jus. In fideicommissarium autem non transit,

vt

vt cum multis alijs notant omnes citati DD. Tum eâ de causa, quia hoc jus transit in solidum in quemlibet heredem, non pro rata hæreditatis, & sic non transit ad hæredes vt hæredes, sed quia hæredes, proindeque non transit in fideicommissarium vniuersalem, sed remanet apud hæredem grauatum, itaut sit jus hæreditarium directum, non obliquum, vt cum Barthol. & multis alijs concludit Peregr. *sup.* Tum etiam quia hoc jus, cùm sit annexum rei spirituali, non pertinet ad cõmodum pecuniarium: in fideicommissarium autem non transeunt ea quæ non spectant ad commodum pecuniarium, sed remanent penes hæredem grauatum, vt jus sepulchri, & similia, vt pro regula tradunt, Imola, & Alexander *in dict. l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* & latiùs declarat Peregrin. *dict. cap. 6. numer.* 38. & Trentacinq. *dict. numer.* 17. *vers. Iura sepulchrorum.* Vnde ad commodum etiam directæ Militaris spectat quòd ex illa, & non ex Fideicommissaria, transit jus sepulchri in substitutum, vt multi DD. notant apud Fusar. *de Substitution. quæstion.* 219. Si quæras. vtrùm similiter dicendum sit de jure patronatus libertorum? Respondet affirmatiuè Polit. *de Substitution. tit. de Compendiosa, numer.* 17. licèt contrarium teneat Alex. quem refert, & refellit.

Alia commoda recenset, & latè prosequitur Trentacinq. *dict. cap.* 8. *à numer.* 18. spectantia ad successionem in bonis feudalibus, & emphyteuticis: sed quia præcipua hujus rei difficultas est, vtrùm hæc bona transeant in fideicommissarium, quę quæstio alterius est loci, non oportet nos hìc eâ in re immorari.

1131 Quinta dubitatio est, vtrùm ex directa Militari consequatur substitutus prælegata relicta instituto? Respondetur negatiuè ex Menoch. *lib. 4. præsumpt. 195. fine*, vbi alios refert; quia Militaris directa comparatur Vulgari, in qua non veniunt prælegata, vt supra suo loco tradidimus, adhibitis nonnullis moderationibus, quæ hìc etiam militare poterunt.

§. 2. *Si directa Militaris fiat caduca, ad quem pertineat tunc hæreditas testatoris?*

IN hoc casu quidam sentiunt hæreditatem deuolui ad hæredes ab intestato ipsius testatoris. Sic Alex. *in l. Centurio, numer.* 51. *ff. de Vulgari.* Paul. de Castr. *in l. Precibus, numer.* 16. & ibi Raph. *Cod. de Impuber. & alijs substitut.* & alij apud Intrigl. *de Substitut. cent.* 2. *quæstion.* 94. *numer.* 22. Mouentur primò per text. *in l. Si miles ita,* 42. *in princip. ff. de Milit. testament.* ibi: *Si ita scripserit; Titius vsque ad annos decem hæres esto, nemine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit;* qui textus etiam in nostro casu locum habet, cùm paria sint esse caducatam substitutionem, atque neminem esse substitutum. Secundò ratione, quia testator substituendo militariter voluit duo, nempe adimere hæreditatem ab instituto, vbi fuerit transactum tempus, pro quo illum instituit, & ademptam transferre in substitutum, qui tali tempore capax extitisset: quanuis autem translatio non teneat ob aliquam causam, ademptio tamen tenet, *l. Planè, ff. de Leg.* 1. *l. Et si transferam, ff. de Adim. legat.* 1132

Alij tenent hæreditatem, seu bona remanere instituto, vel ejus hæredibus. Sic Commensis *in dict. l. Centurio, ff. de Vulgari*, & ibi Socin. sen. *numer.* 32. & Claud. Seysel. *numer.* 15. Probatur, quia translatio, & ademptio hereditatis, fuerunt facta sub conditione, *Si institutus prædecederet sine liberis*: ergo deficiente conditione, eo quod substitutus priùs fuerit mortuus non habet locum ademptio, *l. Quod si alij, & l. sequent. ff. de Adim. leg.* & sic remanent bona instituto; seu ejus hæredibus. 1133

1134 Alij verò prædictas sententias fœdere distinctionis concordant, dicuntque quòd, aut miles instituit vnum ad tempus certum, v.c. ad decem annos, & post tale tempus substituit absolutè alterum; & tunc procedit prima opinio: aut instituit vnum simpliciter, & substituit alterum conditionaliter, vel in diem mortis instituti, & tunc procedit secunda opinio. Sic distinguunt Galliaula *in d. l. Centurio, num.* 129. & ibi Ripa *num.* 56. & Socin. jun. *num.* 159. Cagnol. *in d. l. Precibus, num.* 186. Odd. *de Compendiosa, p. 5. q. 3. præmiss. 6. numer.* 9. Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 8. fine,* Intrigl. *d. q. 94. num.* 24. & Fusar. *de Substitut. q.* 227. Fundamentum vtriusque partis constat ex adductis pro prædictis duabus opinionibus, quatenus cum illis cohęrent: & huic sententiæ subscribo.

§. 3. *Vtrùm in Militari directa subintelligatur conditio,* Si institutus sine liberis decesserit?

1135 REspondetur affirmatiuè, si testator sit ascendens instituti. Sic. Socin. sen. *in l. Cum auus, num.* 25. *ff. de Condit. & demonstr.* Galliaula *in l. Centurio, num.* 176. *ff. de Vulgari,* Emman. Costa *in cap. Si pater,* 1. *p. verb. Si absque liberis, num.* 12. *vers. Vnde colligo, de Testament. in* 6. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 89. *numer.* 131. & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 226. Probatur argum. *d. l. Cum auus;* nam eadem ratio pietatis, ob quam per illam legem, & alia jura, illa conditio subintelligitur in substitutione Fideicommissaria facta per ascendentem instituti, militat in prędenti, vt satis per se constat.

1136 Intellige autem hanc resolutionem, quando substitutio est facta in casum mortis; secus autem quando fuisset facta sub alia conditione, quàm mortis, vel post aliquod tempus vitæ ipsius instituti: nam cùm testator descendenti viuenti statim post euentum talis conditionis, vel temporis, substitutum prætulerit, rectè colligitur, quòd etiam ejus liberis eundem substitutum voluit præferre. Sic Emman. Costa, Menoch. & Fusar. *vbi supra.* Id quod pariter in Fideicommissaria procedit, vt cum Barthol. & communi tradit idem Costa *d. num.* 12.

Aliæ declarationes, quæ in Fideicommissaria adhiberi solent à DD. hìc etiam locum haberent, vt notat Fusar. *citat.* At non oportet omnia vbique tractare. Et ideo hæc pro Militari sint satis.

SECTIO VIII.

De substitutione Fideicommissaria.

NOn est animus totam Fideicommissariæ substitutionis materiam pertractare. Est enim vastissima, & excurrit per tot, ac tam varias quęstiones, vt integra desideret volumina, nec facilè ad methodum reuocari possit. In prędenti ergo ea tantùm exponemus, quæ ad plenam doctrinam de testamentis, cui insudamus, necessaria videbuntur. Atque is nobis ordo seruandus est. In primis dicemus, quid, & quotuplex sit substitutio Fideicommissaria? Deinde, quando, quibusuè signis, aut verbis fiat, factauè esse intelligatur? Tertiò, à quo, cui, & inquem, seu in cujus fauorem, fieri possit? Quartò, quàm necessaria sit aditio hæreditatis, vt hæc substitutio vim habeat? Quintò, quos habeat effectus? Sextò & vltimò, quando, quibusue in casibus expiret?

§. 1. *Quid, & quotuplex sit Fidecommissaria substitutio?*

SUMMARIUM.

DEfinitur, ac describitur Fideicommissaria substitutio vniuersalis, num. 1137.

Cur hæc substitutio dicatur obliqua? num.

num. 1138.

Si hæreditas non adeatur, non est locus substitutioni Fideicommissariæ: quare potest cogi quilibet hæres grauatus, vt adeat etiamsi sit magnæ auctoritatis; debet tamen seruari indemnis; numer. 1139.

Per Fideicommissariam vniuersalem fit substitutus hæres vtiliter, & in effectu. Et quid per hoc consequatur? numer. 1140.

Explicatur diuisio fideicommissi in Vniuersale, & Particulare; num. 1141.

Fideicommissa, & legata hodie per omnia exæquantur, & quomodo id sit intelligendum? ibid.

Ratione fideicommissi Particularis non potest cogi hæres, vt adeat sub eod. numer. 1141.

Quando intelligatur inductum esse fideicommissum Vniuersale, vel Particulare? num. 1142.

Diuiditur etiam fideicommissum in Reale, & Personale, & quomodo hæc membra inter se differant? num. 1143.

Aliud est fideicommissum Expressum, aliud Tacitum; ibid.

Diuiditur quoq; fideicommissum in Purum, Conditionale, & in diem, & explicantur hæc membra; num. 1144.

Fideicommissum in diem est aliquando Cõditionale, & quando tale censeatur? sub eodem; num. 1144. *& seq.*

1137 SVbstitutionem Fideicommissariam juxta communem DD. sensum definiuimus *sect.* 1. *hujus disp. num.* 24. in hunc modum; *Est substitutio, qua institutus grauatur à testatore, vt acquisitam hæreditatem alteri restituat in totum, vel ex parte*, quę definitio reuerà est optima, cùm procedat per propriam differentiam essentialem, quà hęc substitutio differt, tum ab omnibus substitutionibus directis de quibus hactenus egimus, tum etiam ab indirectis non vniuersalibus, cujusmodi sunt quæ non fiunt in tota hæreditate, aut in quota illius, sed vel in re certa, vel in quota bonorum, & dicuntur fideicommissa particularia, de quibus in præsenti non agimus. Cęterùm, licèt hæc definitio bene declaret specialem rationem, & quidditatem hujus substitutionis; attamen quò maior lux de ea habeatur, libet hìc addere aliam definitionem seu descriptionem, quæ præcipuas etiam illius proprietates continet, & sic habet; *Est substitutio obliqua, ex qua testoris hæreditas, aut pars illius, restituenda est per hæredem, etiam inuitum, fideicommissario, qui per eam restitutionem efficitur hæres vtiliter, & in effectu.* Ita post alios describit Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 1. & constat *per l.* 1. *& toto tit. ff. & Cod. Ad Trebel.* & *per §.* 1. *& totum tit. Inst. de Fideicommiss. hæred.* veniendo autem ad singulas particulas definitionis.

Dicitur, *Substitutio obliqua*, quia per 1138
hanc substitutionem non licet substitutio capere directò, & propria auctoritate hæreditatem, sed debet eam capere de manu hæredis grauati, vt ex dictis juribus patet. Additur, *Ex qua testatoris hæreditas, vel pars illius*, vt distinguatur à fideicommissis particularibus, qualia censentur non solùm quæ fiunt de re aliqua particulari, vel quota bonorum testatoris, sed etiam quæ fiunt de hæreditate, quæ aliunde testatori obuenit vt si alicui relinquas hæreditatem tui fratris, *l. Cogi, §. Similes, ff. Ad Trebel.* & ibi. Barth. & cæteri communiter.

Subditur, *Restituenda per hæredem* 1139
etiam inuitum; quia si hæres grauatus hæreditatem non adeat, non est locus Fideicommissariæ, nec restitutioni; cùm restitui non possit, nisi quod ad aliquem peruenit, *l.* 20. *§.* 7. *ff. de Petit. hæred.* & ideo ne fideicommissarius priuetur emolumento sibi directo, cogitur hæres adire & restituere, si sponte id facere nolit, nullusq; est hęres, etiam magnæ auctoritatis, qui ad hoc cogi non possit, *l. Sed & qui, ff. Ad Trebel.* & siue ex testamento, siue ab intestato, & sine scriptura sit grauatus, *l. Etsi sine, Cod. Ad Trebel.* interest autem, vtrùm hæres adeat coactus, vel spontaneè: nam si coactus adijt,

est indignus capiendi aliquid ex voluntate defuncti de bonis illius, eoquòd supremas illius preces despexerit, *l. Si patroni, §. Qui Fideicommissariam, ff. Ad Trebel.* & sic generaliter amittit omnia lucra, quæ aliàs amitteret, si hæreditatem non adiret, *l. Ita tamen, §. Qui suspectam, ff. eod.* seruatur tamen aliàs per omnia indemnis, cùm officium cuique suum nemini damnosum esse debeat, *l. Sed & siquis ex signatoribus, ff. Quemadmodum testamenta aper.* id quod latiùs explicat Peregrin. *de Fideicommiss. art. 2. num. 86.* Si verò adijt spontantaneè, potest detrahere quartam Trebellianicam, de qua infra, ideſt, quartam partem hæreditatis, vel quotę in qua institutus est, *§. Sed quia, Instit. de Fideicommiss. hæredit.* & præterea retinet jura hæreditaria, quæ ad fideicommissarium non transeunt, vt jus sepulchri, jus patronatus Ecclesiastici, & similia, de quibus suo loco.

Dicitur tandem, *qui*, (scilicet fideicommissarius) 1140 *per eam restitutionem efficitur hæres vtiliter, & in effectu*; quia jura, & actiones directæ remanent penes hæredem, qui restituit; semper enim permanet hæres, *§. Restituta, Inst. de Fideicommiss. hæredit.* & ideò per restitutionem sola jura, & actiones vtiles transeunt in fideicommissarium; & sic manet hæres vtiliter, & in effectu, tam quoad jura & actiones actiuas, quàm passiuas. Etenim quanuis regulariter ex juris dispositione, nec vniuersalis, nec particularis debitor possit excutere à se actiones passiuas, & in alium transferre; inuitis creditoribus, *l. 1. Cod. de Pactis, & l. 2. ff. de Hæred. vel actione vend.* tamen in præsenti materia hæres grauatus de restituenda hæreditate, & debitor vniuersalis effectus per aditionem, actiones passiuas à se excutit, & in fideicommissarium transfert, etiam inuitis creditoribus, per restitutionem hæreditatis, auctoritate legis, & Senatusconsulti, vt per *l. 1. vers. Placet, ff. Ad Trebel.* ibi: *Placet, vt actiones, quæ in hæredes, hæredibusque dari solent, eas nec in eos, nec his dari, qui fidei suæ commissum, sicuti rogati essent, restituissent.*

Celebris diuisio Fideicommissariæ, seu fideicommissi vniuersim accepti, est in 1141
fideicommissum Vniuersale, & Particulare. Hoc secundum est, quo hęres grauatur in re particulari alteri restituenda. Vniuersale est, quo grauatur in re vniuersali, ideſt, in hæreditate, aut quota illius restituenda. Et hoc est quod supra tradita definitione explicatur. Cæterùm, vt maior notitia habeatur, sciendum est, quòd legata & fideicommissa per omnia exæquata sunt, *l. 1. ff. de Leg. 1. l. 2. Cod. Communia de legat. §. Nostra, & §. Sed non vsque, Inst. de Legat.* non quòd sint idem formaliter, sed quia sunt idem virtualiter: solùm enim differunt in hoc, quòd legata relinquuntur simpliciter, vt dicendo; *Relinquo*, vel, *Lego talem rem Titio*; fideicommissa verò relinquuntur mediante fide hæredis, qui grauatur vt ea restituat; vt *Rogo meum hæredem, vt talia bona det Titio*: vel, *meus hæres talem dabit*, vel, *restituet Titio*: quæ differentia tota in verbis consistit, re ipsa verò sunt idem. Vnde cùm fideicommissorum alia sint Vniuersalia, alia Particularia, dicta legatorum & fideicommissorum exæquatio sic est intelligenda, vt legata Vniuersalia sint exæquata fideicommissis Vniuersalibus, & singularia singularibus, seu Particularibus; prout hæc omnia ex Barthol. & alijs tradit Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 2. à princip.* Quapropter dicta diuisio fideicommissi per omnia in re ipsa coincidit cum diuisione legati in Vniuersale, & Singulare.

In præsenti autem solùm agimus de fideicommisso Vniuersali, quod nomine substitutionis Fideicommissariæ simpliciter dictæ intelligitur. Particulare enim longè diuersas habet considerationes, neque ratione illius potest fideicommissarius cogere hæredem, vt hęreditatem adeat, etiam si ei offerat cautionem indemnitatis, *l. Nam quod, §. vltim. ff. Ad Trebel.* quia scilicet remedium cautionis est fragile, *l. Qui ita, §. 1. ff. eod. & l. Pupilli, ff. Quod falso tut. aut.*

Quando autem inductum sit fideicom- 1142
mis-

missum Particulare, vel Vniuersale? ex ipsis verbis testatoris intelligendum est. Si enim relictum sit tale, vt contineat jura & actiones, quæ ad testatorem spectabant, est fideicommissum Vniuersale: si autem ea jura & actiones non contineat, saltem ex parte, est Particulare. Unde quando relictæ essent singulæ res, vel res certo in loco existentes, vel bona mobilia, & immobilia, vel hæreditas aliqua, quæ aliunde testatori obuenit, vel quòd supererit post debita soluta, vel aliquam quotam bonorum; in omnibus his casibus erit fideicommissum Particulare, eoquod non contineat jura & actiones, quæ ad testatorem spectabant. Et ita ex jure, & DD. quos referunt, tradunt ac bene docent Mantica *d. tit.* 2. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 5. *num.* 42. *& seq.* & Fusar. *de Substitut. q.* 268. *per tot.* qui omnes prædictos casus recensent. Quando autem hæres fuerit rogatus restituere, *Hæreditatem*, aut, *quotam illius*, vel, *bona, patrimonium, substantiam, censum, peculium, facultates*, vel *res*, aut etiam *pecuniam*, erit fideicommissum Vniuersale; quia in eo continentur etiam jura & actiones tam actiuæ, quàm passiuæ; quanuis de pecunia id non sit adeò expeditum; prout hęc omnia tradit Peregrin. *d. art.* 5. *numer.* 4. qui etiam *numer.* 5. *& seqq.* alia multa ponit exempla, in quibus modò immorari non licet. Illud verò non omittendum, quòd in dubio judicandum est fideicommissum esse Vniuersale, vt cum alis notat Fusar. *d. q.* 268. *num.* 11. *per l. Cogi, §. De successione, ff. Ad Trebel.*

1143 Aliæ præterea sunt diuisiones fideicõmissi: aliud namque est Reale, aliud est Personale, seu in personam. Reale dicitur, cùm res fideicommisso subjectæ in se immediatè prohibitæ sunt ne alienentur: vt si testator dixit; *Prohibeo bona mea alienari.* Personale est, quando prohibitio alienationis directa est in personam grauatam, vt si testator, institutis cohæredibus Seio, & Caio, dixit; *Quos prohibeo ne possint alienare bona, quæ ipsis relinquo.* Explicat hanc diuisionem post alios Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 68. *numer.* 22. *& seqq.* vbi apponit aliqua signa, ex quibus cognoscitur, an fideicommissum sit Reale, vel Personale: *& d. numer.* 22. cum aliquibus DD. notat, quòd in dubio fideicommissum præsumitur Reale. Item aliud fideicommissum est Expressum, quod scilicet verbis testatoris exprimitur: aliud Tacitum, quod ex conjecturata, vel præsumpta voluntate testatoris subintelligitur, cùm verbis non sit expressum.

Diuiditur etiam fideicommissum in 1144
Purum, Conditionale, & In diem. Purum dicitur, cui neque conditio, nec dies apponitur, vt si testator dixit; *Instituo Caium, & per fideicommissum ei substituo Seium.* Conditionale est, tùm quando relinquitur sub expressa conditione de futuro, quæ potest esse, & non esse, vt *Si grauatus decesserit absque liberis*, vel aliâ: tum quando relinquitur post mortem grauati, quia intelligitur; si ipse grauatus priùs moriatur, quàm fideicommissarius. In diem dicitur, quando hæres grauatur restituere post certum tempus, vt post decem annos, vel intra decem annos: Glos. *in l. Ex his, ff. Quando dies leg. ced.* & ibi Barthol. cæteriquè communiter, quod procedit quando dies est appositus executioni, seu præstationi fideicommissi, vt cùm dictum est; *Post decem annos restituet hæreditatem:* secus autem si dies sit appositus substantiæ, & toti ipsi dispositioni, vt cùm dictum esset; *Restituant hæreditatem Titio, postquam peruenerit ad decem annos*: tunc enim erit fideicommissum Conditionale, *l. Si cui, §. Hoc autem, ff. de Legat.* 1. & ibi Glos. estque communis opinio teste Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 26.

Hanc verò limitationem intellige pri- 1145
mò, dummodo dies sit appositus respectu ipsius fideicommissarij, vt in exemplo proximè adducto; nam si appositus esset respectu personæ grauatæ, fideicommissum esset In diem, & non Conditionale, vt cùm dictum esset; *Postquam meus hæres fuerit decem annorum, restituat hæreditatem Caio.* Sic Fusar. *de Substit. q.* 270. *num.*

numer. 6. & Anton. Gom. per text. *in l. Libertis*, 2. §. *Ab hæredibus*, *ff. de Alim. & cibar. legat.* vbi Barth. cęterique communiter. Et ratio est, quia in tali casu non debet intelligi, quòd testator fideicommisit sub conditione, si grauatus peruenerit ad illud tempus, sed absolutè quòd post tale tempus fideicommissum præstaretur: nam si testator post tale tempus prætulit fideicommissarium grauato viuenti, multò magis intelligitur, quòd eum voluit præferre hæredibus ipsius grauati antea defuncti, & sic quòd illo prædefuncto, fideicommissum præstaretur tempore assignato. Intellige secundò, nisi tempus esset adjectum respectu fideicommissarij, gratiâ & fauore ipsius; quòd videlicet vtilius ei foret non præstari ei fideicommissum, nisi post tale tempus: vt cùm hæres grauaretur restituere totam hæreditatem filio testatoris minori, postquam ad legitimam ætatem peruenerit. Nam tunc etiam non erit Conditionale, sed solùm In diem: Glos. *in d. l. Ex his*, *ff. Quando dies leg. ced.* & ibi Barth. cæterique communiter, quibus subscribit Anton. Gom. *d. cap. 5. num. 26.*

§. 2. *Quibus verbis, aut signis fiat, factaue esse intelligatur Fideicommissaria substitutio?*

SUMMARIUM.

OMne verbum significans testatorem fideicommittere voluisse sufficit ad fideicommissum inducendum: & assignantur aliqua verba; n. 1146.

Etiam verba enunciatiua sufficiunt ad fideicommissum inducendum; n. 1147.

Verba enunciatiua, precaria, & desiderium denotantia, tunc fideicommissum inducunt, quando referuntur ad hæredem grauatum: secus si referantur ad honoratum, num. 1148.

Verba consilij etiam ad hæredem relata, non inducunt fideicommissum; sicut nec verba, quibus persona aliqua hæredi commendatur; num. 1149.

Fideicommissum nutu induci potest; num. 1150.

Ex conjecturis, & interpretatione voluntatis testatoris potest induci fideicommissum; num. 1151. *Quales debeant esse conjecturæ, vt ex eis fideicommissum inducatur? num.* 1152. *& seqq.*

Vt conjecturæ sint sufficientes ad inducendum fideicommissum, an debeant desumi ex verbis testamenti, vel possint etiam desumi aliunde? num. 1155.

Ex dictis extra testamentum colligi potest testatorem voluisse, vt mater pupilli per tacitam Pupillarem excludatur, ibid.

Vt sit locus transmissioni, satis est voluntas testatoris intellecta extra testamentum; ibid.

Vtrum fideicommissum inducatur, quando nihil dispositum fuit à testatore, sed tamen verisimile est quòd si cogitasset, ita disposuisset? num. 1156. *& seq.*

Referuntur aliqui DD. qui multas afferunt conjecturas fideicommissum inducentes; num. 1158.

Fideicommissum quando censeatur fauorabile, & quando odiosum? n. 1159.

CIrca verba, quibus Fideicommissaria inducitur, constat vniuersim loquendo, quòd omne verbum significans testatorem fideicommittere voluisse, sufficit ad fideicommissum inducendum; sive sit præceptiuum, ut *Iubeo, Præcipio*; sive precarium, vt *Rogo, Volo, Mando, Fideicommitto*; *l. Omne verbum*, Cod. Commun. de Legatis, *l. In legatis*, Cod. de Legatis, ibi: *Nihil interest, quis talem voluntatem casus exceperit, aut quis loquendi vsus effuderit:* sive etiam solius desiderij expressiuum, vt *Cupio vt des, Opto, Exigo, Desidero, Credo te daturum, Scio quòd dabis.* Casus est, *in l. Etiam hoc modo, & in l. Et eo modo, ff. de Leg.* 1. Quorum ea est ratio, quia in fideicommissis sola voluntas spectatur, *l. pen ff. de Leg.* 1. *l. Hæredes mei*, §. *Cum ita, ff. Ad Trebel. l. Cum virum*, Cod. de Fideicom. *& simil.* 1146

Si quæras, vtrùm etiam verba enunciatiua 1147

atiua ad fideicommissum inducendum sufficiant? Respondetur affirmatiuè ex communi sententia, quam tenent Barth. *in l. Ex hac scriptura, ff. de Donat.* Alex. *in l. Siquis mihi bona, §. Et quid si mandauit, ff. de Acquir. hæred.* Mascard. *de Probation. concl. 775. num. 25.* & cum multis alijs. Peregrin. *de Fideicommiss. art. 1. num. 47.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 3. tit. 12. numer. 2.* & Fusar. *de Substitut. q. 275. num. 1.* Probatur ex multis textibus, quos ad hoc affert Peregrin. *loc. citat.* vt ex text. *in l. Vnus ex familia, §. fin. ff. de Leg. 2. & in l. Pamphilo, in princip. ff. de Leg. 3. & in l. Fideicommissa, §. Hæc verba, ff. eod.* qui textus licèt loquantur quando verba enunciatiua referuntur ad liberos testatoris, attamen idem erit quando fuerint relata ad extraneos, vt ex mente Bartholi, & aliorum notat idem Peregr. per text. *in d. l. Ex hac scriptura, ff. de Donat.* quanuis nonnulli contradicant apud Fusar. *cit.* Et ratio est, quia etiam verba enunciatiua demonstrant voluntatem testatoris, quæ sola, quocumque modo significata sit, fideicommissum inducit, vt ex dictis *num. præced.* constat.

1148. Prædicta verò, quoad verba enunciatiua, precaria, & desiderium denotantia, intelligi debent, quando ea verba fuerint relata ad hæredem grauatum, vt cùm dictum esset; *Rogo vt diligentem curam habeas bonorum, quæ tibi relinquo, vt possint ad tuos filios peruenire, d. l. Fideicommissa, §. Hæc verba:* vel, *Scio, omnia, quæ tibi relinquo, ad filios meos, peruentura, d. l. Pamphilo, in princip.* & similia: talia quippe verba, non nisi grauandi animo videntur adjecta, & ideo fideicommissum inducunt. Non ita verò quãdo relata fuerint ad honoratum: tunc enim non inducunt dispositionem, sed censentur adulatoria, *l. Iulianus, §. 1. ff. de Leg. 3. l. Generali, in princip. ff. de Vsufructu, leg.* & vtrobique, Barthol. & DD. Glos. Barth. & alij communiter *in l. Peto, in princip. ff. de Leg. 2.* Idem Barthol. *in d. l. Fideicommissa, §. Hæc verba, & in d. l. Pamphilo, in princip ff. de Leg. 3.* Mantica *d. tit. 12. num. 2.* Peregrin. *d. art. 1. num. 48.* & cum multis alijs Fusar. *d. q. 275.* quanuis non desint, qui tenent, quòd etiam per verba enunciatiua ad honoratum relata fideicommissum inducitur. Ita enim sentiunt Cuman. & Petr. Besac. apud Mantic. *sup.* per text. *in l. Titia, §. Titia cum nuberet, ff. de Leg. 2.* qui tamen fatentur fideicommissum non induci ex vi, & significatione, seu figura talium verborum, sed ex voluntate defuncti, quę ex illis verbis conjicitur.

Cæterùm verba quę consilium denotant, quanuis ad hæredem sint relata necessitatem fideicommissi non inducunt; quia consilium est fauor hæredis, cui renuntiare potest. Casus est *in l. Cum pater, §. Mando, ff. de Legat. 2.* vbi id notant Glos. Barthol. Bald. Albert. Imola Paul. de Castr. & cæteri scribentes, idem constat per text. *in d. l. Fideicommissa, §. Hæc verba, ff. de Leg. 3.* verba etiam, quæ proferuntur causâ commendationis alicujus personę, vel quibus testator personam aliquam hæredi suo commendat, fideicommissum non constituunt, *d. l. Fideicommissa, §. Si ita quis,* & notat Peregrin. *d. art. 1. num. 50.* 1149

Alia præterea sunt signa, quibus Fideicommissaria induci potest. Quia in primis etiam nutu possunt fieri fideicommissa, *l. Nutu, ff. de Leg. 3. l. Et in epistola, Cod. de Fideicommiss.* Vt autem hoc modo fiant, semper erit necessarium vt præcedant verba vel voce, vel scripto prolata, quibus testator ab aliquo interrogetur, & quòd verba sint talia, vt testator eis annuendo sufficienter intelligatur, velle fideicommittere, vt satis per se liquet. 1150

Deinde, etiam ex conjecturis, & interpretatione voluntatis testatoris potest Fideicommissaria induci, licèt verbis non exprimatur, vt est communissima penè omnium sententia, quam relatis plurimis tradunt Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib. 7. tit. 3. numer. 2. & lib. 8. tit. 1. sub num. 24.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 68. sub num. 7.* & Fusar. innume- 1151

meros referens *de Substitut. q.* 276. *numer.* 1. & probatur per text. *in l. Cum proponebatur, & in l. Qui solidum, §.* 1. *& in l. Vnum ex familia, §. vltim. ff. de Leg.* 2. *& in l. Cum virum, Cod. de Fideicommiss. & in l. Cum quæstio, in fine, Cod. de Legat. & simil.*

1152 Oportet autem, vt conjecturæ sint vrgentes, & necessariò concludentes, aut saltem multùm probabiles, ad hoc vt fideicommissum inducant: Bald *in d. l. Cum virum, num.* 20. *Cod. de Fideicommiss.* & ibi Coras. *num.* 11. *&* 97. Alciat. *in l. Filiusfamil. §. Diui, num.* 22. *& num.* 53. *ff. de Leg.* 1. Jas. *in l. Non potest, numer.* 8. *ff. de Vulgari*, & post multos alios Mascard. *de Probation. conclus.* 774. *numer.* 4. vbi testatur de communi, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 8. *tit.* 1. *sub num.* 23. Menoch. *d. præsumpt.* 67. *sub num.* 8. Peregrin. *de Fideicom. art.* 11. *num.* 39. & Fusar. plurimos referens *d. q.* 276. *num.* 4. Ratio est, quia bona testatoris præsumuntur relicta hæredi absque vllo onere, aut vinculo fideicommissi, vt multis probat Menoch. *d. præsumpt.* 67. *num.* 1. *& seqq.* & constat per *l. Quidam cùm filium*, vbi Bald. *in fine, ff. de Hæred. institut.* & per *l. Gallus, §. Quidam rectè, ff. de Liber. & posthum.* Vnde alleganti fideicommissum incumbit onus id probandi, vt est recepta omnium sententia, & constat per *l. Titia cum testamento, §. Caius Seius, ff. de Leg.* 2. *& per l. Lucius Titius, §. Lucius Titius, ff. eod.* probatio autem vt sit efficax, debet concludere necessariò, aut saltem præsumptiuè, juris præsumptione, quæ transferat onus probandi in aduersarium, (hæc enim pro liquida probatione habetur, vt notatur *in l. Licet Imperator, ff. de Leg.* 1. *& in l. Neque natales, de Probation.*) ergo vt ex conjectura censeatur relictum esse fideicommissum, debet talis conjectura esse concludens necessariò, aut saltem ita probabilis juris præsumptione, vt euellat contrariam præsumptionem, qua hæres aliàs se tueri posset.

1153 Non desunt tamen qui velint, etiam conjecturas leues, & quomodolibet probabiles, sufficientes esse. Hujus sententiæ fuerunt Alex. *consil.* 100. *num.* 5. *lib.* 4. Socin. jun. *consil.* 181. *num.* 2. *lib.* 2. Ripa *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer.* 17. *& seqq. ff. Ad Trebel.* & ibi Zanch. *num.* 133. & alij non pauci, quos refert Fusar. *d. q.* 271. *num.* 5. At hæc sententia non est tuta, & refellitur efficaciter ex fundamento adducto pro contraria communi. Placet tamen conciliatio, quam cum Petro Antonio Petra, & Peregrino approbat Fusar. *supra, num.* 6. dicens, quòd aut loquimur de fideicommisso inducendo de nouo, seu à principio, & tunc procedit sententia communis: aut loquimur de fideicommisso jam inducto, de quo non liquidò constat, vtrùm ad aliquam certam personam; vel personas, aut in longiùs tempus protendatur? Et tunc procedit hæc posterior sententia.

Illud etiam non omittendum, quòd vt 1154
ex conjecturis inducatur fideicommissum, debent esse conjecturæ approbatæ, vel adminiculatæ per legem, itaut magnam saltem similitudinem habeant cum ijs, quas jus approbauit, & non sufficiat sola hominis præsumptio, aut conjectura. Ita post alios Menoch. *d. præsumpt.* 67. *numer.* 10. *&* 11. Peregrin. *d. art.* 11. *numer.* 43. *& seq* & Fusar. plures referens *d. q.* 276. *num.* 7. Ratio est, quia humanæ conjecturæ sunt fallaces, & sæpe reperiuntur falsæ: ergo propter illas, nisi legis auctoritate munitæ sint, non licet inducere fideicommissum, contra juris præsumptionem, quam hæres pro se habet, quòd bona ei fuerunt relicta libera, *vt sup. numer.* 1151. notatum est. Nonnulli tamen apud Fusar. *citat.* opinantur solam hominis præsumptionem sufficere. Quæ quidem opinio, si intelligatur de præsumptione ex conjectura clara, ex qua fideicommittendi voluntas necessariò inferatur, etiam à Peregrino admittitur, *d. art.* 11. *numer.* 44. *ad fin.* & quidem meritò; vbi verò conjectura non fuerit adeò clara & vehemens, à superiori resolutione recedendum non est.

Adhuc verò duplex circa prædicta est 1155
du-

dubitatio. Prima est, vtrùm conjecturæ fideicommissum inducentes sumi debeant ex verbis testamenti, vel possint etiam aliunde desumi? Multi sentiunt, debere sumi ex verbis testamenti. Ita Bald. *in l. 1. numer. 10. Cod. de His qui ante aper. tab. & in l. Si pater, q. 4. Cod. de Instit.* Socin. jun. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, num. 10. ff. Ad Trebel.* Hieron. Gabriel. *consil. 121. num. 36. lib. 1.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 8. num. 20.* & cum multis alijs Fusar. *d. q. 276. num. 9.* Dicendum nihilominus est, quòd si aliunde probari possit, testatorem voluisse fideicommittere, ea conjectura, seu probatio, sufficiat ad fideicommissum inducendum, licèt ex testamento id non colligatur. Ita Socin. sen. *in l. In ambiguo, col. vltim. ff. de Rebus dub.* Prætis *lib. 3. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 3. dubit. 1. solut. 12. numer. 4.* Menoch *d. præsumpt. 67. numer. 17.* & Intrigl. *de Substitut. cent. 3. quæst. 72. num. 23.* nec dissentit Fusar. *sup. num. 11.* Probatur in specie per text. *in l. Cum proponebatur, ff. de Leg. 2. & fortiùs in l. Quoties, §. 1. ff. de Hæred. instit.* Probatur prætere à simili; primò, quia sic dicitur, quòd ex dictis extra testamentum colligitur voluntas testatoris, qua mater pupilli per tacitam Pupillarem excludatur, vt tradunt Barthol *in l. In principio, numer. 47. ff. de Vulgari, & ibidem* Ripa *numer. 52.* & Socin. jun. *num. 112.* Secundò, quia sic etiam dicitur, quòd vt sit locus transmissioni, satis est voluntas testatoris intellecta extra testamentum, vt tenent Socin. jun. *consil. 167. col. 3. lib. 2.* Rub. *consil. 8. in fine,* & Paris. *consil. 5. num. 17. lib. 3.* prout eos refert, & sequitur Menoch. *vbi sup.* Quot autem testes requirantur ad probandam substitutionem Fideicommissariam in testamento omissâ? Vide apud Fusar *de Subst. q. 283.*

1156 Altera dubitatio est, vtrùm fideicommissum inducatur, quando à testatore nihil fuit dispositum, sed tamen verisimile est, quòd si cogitasset, ita disposuisset, seu fideicommisisset? Respondet affirmatiuè post alios, Menoch. *d. præsumpt. 57. num. 18.* & possunt etiam adduci multi alij, quos congerit Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib. 3. tit. 19. num. 4.* asserentes, quòd dispositio testatoris porrigitur ad casum à testatore non cogitatum, quãdo est verosimile, quòd si de eo cogitasset, idem quoque disposuisset. Hæc tamen resolutio non est tuta, nec admittenda, vt bene cum alijs considerat Fusar *d. q. 276. numer. 13.* quia voluntas, quam testator haberus esset si aduerteret, non est voluntas, cùm nunquam reipsa extiterit, & ideo nullum effectum producere potest.

Quod autem communiter circunfertur, haberi pro dispositio, quod testator verosimiliter disposuisset si interrogatus fuisset; tunc solùm procedit quando id venit in manifestam, & necessariam consequentiam eorum quæ testator disposuit, itaut aliàs testatoris dispositio suum effectum non consequeretur, vt rectè post alios docet Peregrin. *de Fideicommiss. art. 11. num. 29. & seqq.* maximè *numer. 32.* tunc enim tacitè saltem seu virtualiter habuit testator voluntatem de præsenti, circa id quod non expressit, vtpotè quod in expressè volitis & dispositis, aliquo modo continebatur; in nostro autem casu nullam voluntatem, neque tacitè, neque expressè testator habuit, sed solùm habiturus eam esset si cogitasset: in his enim tantùm terminis loquimur, vt v.g. quando verosimile est, quòd testator aliquid tibi reliquisset, si scireret te indigere, & hujusmodi verosimilitudinem dicimus non sufficere ad fideicommissum inducendum. Illud tamen cum Peregrino, & alijs quos refert *sub d. numer. 32. vers. Hæc tamen,* libenter admitto, scilicet, ex verosimili capi solere (& debere) interpretationem declarativam fideicommissi constituti, vt per *l. Cum res, ff. de Leg. 1. & l. Cum in testamento, ff. de Reb. dub. & l. Cohæredi, §. Qui patrem, ff. de Vulgari.* 1157

Consequens erat vt hoc loco traderemus in particulari conjecturas, ex quibus fideicommissum inducitur. Sed quia hæc materia est admodum 1158

vasta, nec ad nostrum institutum spectans, satius visum est eam omittere, præsertim cùm jam in superioribus non paucæ hujusmodi conjecturæ à nobis sint traditæ. Cęterùm qui maiorem earum notitiam desideret, consulat vltra alios Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsampt. 68.* & Fusar. *de Substitut. q. 277.* qui præcipuas penè omnes sub vno veluti aspectu subjiciunt.

1159 Denique cùm ad conjecturam, & præsumptionem fideicommissi capiendam plurimùm conferat scire an fideicommissum sit fauorabile, nec ne? Magna circa hoc apud DD. est disceptatio, vt videre est apud Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 1. numer. 23. & seqq.* Fusar. *de Substitut. q. 290.* & alios. At neque in hoc immorandum est, sed resolutiuè dicendum cum Menoch. *de Præsumption. lib. 4. præsumpt. 67. numer. 20. & seqq.* quòd aut sumus in casu, quo clarè & manifestè constat testatorem voluisse pro certis casibus & personis fideicommissum constituere, & tunc fideicommissum est fauorabile; siquidem agitur de obseruanda ipsius testatoris voluntate; cujus obseruatio est fauorabilis, vt probat text. *in Inst. de Fideicommiss. hæred. in princ.* ibi; *Tantusq; fauor eorum factus est, &c.* & facit *l. Cogi, in princip. ff. Ad Trebel.* vbi cùm testator enixè rogasset, peculium suum restitui, & dubitatum esset, an in tali fideicommisso contineretur sola pecunia, vel tota successio, respondit Vlpianus, totam successionem contineri, permotus ea ratione; ne intercidat fideicommissum. Aut sumus in dubio, an testator reliquerit, vel non reliquerit fideicommissum, & tunc fideicommissum non præsumitur, nec est fauorabile, sed odiosum; cùm sit onus & grauamen hæredis, qui præsumitur non esse grauatus à testatore, vt *supra, numer.* 1151. probatum est; quæ distinctio à multis etiam alijs apud eundem Menochium approbatur.

(:!:)

§. 3. *A quo, cui, & in cujus fauorem possit fieri substitutio Fideicommissaria?*

SUMMARIUM.

ILli tantùm possunt fideicommittere, qui jure testari possunt: & vtrum oporteat vt tam tempore mortis, quàm tempore, quo fideicommittunt, factionem actiuam testamenti habeant? num. 1160.

Qui pro alijs testari possunt, pro illis etiam possunt fideicommittere; num. 1161.

Fideicommissum relinqui potest ab omnibus quibus testator dat, vel non adimit: & quantum cuique datur, tantum, & non amplius ab eo relinqui potest; num. 1162.

Etiam ab hæredibus ab intestato potest quis fideicommittere in codicillis; ibidem.

Pater testando, vel codicillando pro filio, potest fideicommisso grauare ejus successores ab intestato. Et quantum tale fideicommissum duret? eod. num. 1162.

Etiam hæres hæredis, & hæres fideicommissarij, & legatarij, possunt fideicommisso grauari; & quomodo id sit intelligendum? num. 1163.

Hæres hæredis non potest in plus grauari, quàm ipse primus hæres; num. 1164.

Possunt etiam grauari fideicommisso ij, quibus ex persona hæredis scripti, vel legatarij acquiritur, vt dominus cui acquiritur per seruum, &c. num. 1165.

Etiam donatarij causâ mortis possunt fideicommisso grauari; & quomodo id intelligatur? num. 1166. *& seq.*

Non possunt grauari fideicommisso, qui nihil acceperunt à testatore, vel si acperunt aliquid, non erat pretio æstimabile, vt libertas; num. 1168.

Si testator rem hæreditariam per fideicommissum reliquerit ab aliqua persona, quam in ea re non honorauit,

rauit, an tale fideicommissum valeat, quasi tacitè eam personam honorare voluerit in tali re? ibid.

Pater non potest grauare filium impuberem vltra bona, quæ ei reliquit, numer. 1169.

An, & qua ratione possit pater grauare filium in legitima; num. 1170.

Illis tantùm potest relinqui fideicommissum, qui possunt instituti hæredes; numer. 1171.

1160 QVod attinet ad personam, quæ Fideicommissariam substitutionem facere potest, definitum est ab Vlpiano *in l. 2. ff. de Legat. 1.* eos demum fideicommittere posse, qui jus testandi habent: quæ regula procedit siue jure communi, siue solo jure militari testari possint, *l. 1. §. Hoc autem, ff. Ad Trebel.* Non oportet autem, quod de facto possint testamentum facere; nam etiam, qui ob aliquod impedimentum facti testari nequit, fideicommittere poterit in codicillis, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* Dictum verò jus testandi absque vlla fallentia requiritur, saltem tempore mortis; nam siue in testamento, siue in codicillis fideicommissum relictum sit, omni casu oportet fideicommittentem habuisse tempore mortis factionem testamenti actiuam; alioquin fideicommissum, etiam codicillis relictum interibit, *l. 1. §. 2. ff. de Leg. 3. & l. Diui, §. Codicillos, & d. l. Conficiuntur, §. Codicilli, ff. de Iure codicil.* Verum autem requiratur etiam tempore quo fideicommittitur? Distinguendum est, nam si fideicommissum relinquitur in testamento, necesse est vt tunc etiam habuerit testator jus testandi, alioqui fideicommissum non conualescit, *d. l. 1. §. 1. ff. de Legat. 3.* Si verò relinquatur in codicillis, licèt etiam tali casu non valeat; tamen si postea fideicommittens fiat testabilis, & durante eadem voluntate decedat, conualescet & valebit ipsum fideicommissum, *dict. l. 1. §. 1.* vbi quoad hoc constituitur differentia inter fideicommissum relictum in testamento, & relictum in codicillis: neque id mirum, cùm codicilli tantam solemnitatem non postulent; requiritur tamen aliquod indicium, quo rous fideicommittentis voluntas, seu perseuerantia in priori voluntate, ostendatur; in dubio enim non præsumitur durare. Sic cum Gosi. Dyno, Barthol. & cæteris omnibus *in dict. §. 1.* notat Peregrin. *de Fideicommiss. art. 1. numer. 8. fine*, per text. *in l. Qui ex liberis, § Testamento, ff. de Bonor. possess. secund. tab. & in §. Nùn tantum, Inst. Quibus mod. testam. infirm.*

Prædicta regula procedit etiam in iis 1161
qui pro aliis testari possunt. Nam hi etiam pro eis fideicommittere possunt, sicut possent illi, si testandi haberent facultatem: veluti pater pro filio impubere, quem habet in potestate. Sic post Aren. & Ripam, Peregrin. *dict. art. 1. num. 9.* juxta text. *in l. Si fundum per fideicommissum, §. fin. & ff. seqq. ff. de Leg. 1. & in l. Si arrogator, ff. de Adoption.*

Cui autem personæ fideicommissaria, seu (vt jus loquitur) à qua persona possit relinqui fideicommissum, scilicet, restituendum? Respondetur, relinqui posse ab omnibus, quibus testator dat, vel non adimit, *l. 1. §. Sciendum, ff. de Leg. 3.* Et quantum cuique datur, tantum, & non amplius ab eo relinqui potest, *§. 3. Inst. de Singul. reb. per fideicommiss. relict. l. 1. de eo, Cod. de Fideicommiss. l. Sed & si, 6. ff. de Legat. 3.* Vnde fideicommisso grauari possunt, non solùm hæredes, sed etiam legatarij & fideicommissarij, idque siue ex testamento, siue ex codicillis fuerint beneficiati, *l. Vt hæredibus, ff. de Leg. 2. l. 1. §. fin. Cod. Commun. de leg. l. vnica, §. Quod si in medio, Cod. de Caduc. tol. d. l. 1. § Hoc autem, ff. de Leg. 3. §. 1. & 2. Inst. de Singul. reb. per fideicommiss. relict.* Item & hæredes legitimi, seu ab intestato. Potest namque intestatus grauare in codicillis eum, vel eos, ad quos bona sua jure legitimo, vel 1162

honorario, deuenerint, vt hæreditatem suam totam, vel partem ejus, aut rem aliquam certam, alicui restituant, §. *Præterea, Instit. de Fideicommissar. hæredit.* Cum enim testando potuerit eis adimere, hoc ipso quod non ademerit, censetur sponte illis relinquere hæreditatem, *l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iure codicil.* Idque sufficit, vt in ea, vel parte ejus illos possit grauare, *d. l.* 1. §. *Sciendum, ff. de Leg.* 3. Vnde etiam pater testando, vel codicillando pro filio, potest fideicommisso grauare ejus successores ab intestato, siquidem potuisset alium prorsus extraneum pupillo substituere, text. *in d. l. Si fundum per fideicommissum, §. fin. & ll. seqq. ff. de Leg.* 1, *& in l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Tale autem fideicommissum, perueniente pupillo ad pubertatem, expirat; cùm in ea ætate non possit pater pro filio testari, & sic nec fideicommittere, vt in dictis textibus habetur.

1163 Hinc etiam grauari possunt fideicommisso hęres hæredis, & hæres fideicommissarij, & legatarij, quemadmodum sui auctores, à quibus causam habent, & quorum subeunt locum, *l. Si fuerit, & l. Sed, & si sic, ff. de Leg.* 3. vbi Barthol. & alij. Hoc autem procedit, quando tales hęreredes sub nomine appellatiuo, *hæredis*; non cùm sub nomine proprio, vel cùm legitimi hæredes grauantur, nam sub his terminis fideicommissum non valebit, vt ex eodem Barthol. declarat Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 1. *num.* 18. & est casus, *in d. l. Sed & si sic, §.* 1. atque ibi notatur, & latiùs *in l. Cum filiofamilias, ff. de Leg.* 1. vbi maximè DD. laborant in reddenda ratione diuersitatis: eam tamen assignat Peregrin. *citat.* quia in primo casu, cùm testator non grauet determinatam personam, sed quæcumque futura sit hæres, & certum sit hæredem scriptum, aut fideicommissarium habiturum esse post mortem suam aliquem hæredem, aut qui vices hæredis agat, videtur talis hæres capere ex tacito judicio testatoris, qui testator posset impedire ne ille caperet; siquidem posset grauare suum immediatum hæredem vel fideicommissarium, vt alteri bona sua restitueret, & ideò merito ipsum hæredem hæredis, vel fideicommissarij, aut legatarij, grauare potest, juxta supra dicta *numer. præced.* In posteriori autem casu, cùm grauetur certa persona nominatim, aut hæres legitimus, qui etiam est persona determinata, non est certum, quod talis persona successura sit primo hæredi, vel legatario; & ideò licèt reipsa illi succedat, videtur succedere casu & fortunâ, scilicet ex facto, vel permissione primi hæredis, non ex judicio testatoris, vt dicitur, *in l.* 1. §. *Non solum, ff. Vt leg. seu fideicommiss. nomine caueatur*, & ideò grauari nequit juxta regulam *d. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiss. & d. l. Sed & si sic, ad finem.*

Aduerte autem, hæredem hæredis 1164
non posse in plus grauari, quàm ipsum primum hæredem, quia ejus personam repræsentat, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vsucap. &* §. 1. *Auth. de Iurejur. à mor. præst.* & quia in ejus locum subrogatur; & substitutus non potest in plus grauari, *l. Qui fundum*, §. *Qui filios, ff. Ad l. Falcid.* Atque ita Barthol. *in l. Si fuerit, ff. de Leg.* 3. & Peregrin. *dict. art.* 1. *numer.* 19. *& art.* 12. *num.* 23.

Grauari etiam ex eodem fundamento possunt ij, quibus ex persona hæredis scripti, vel legatarij, aut fideicommissarij, acquiritur; vt quia est seruus, aut monachus, aut filius in potestate; quo casu grauari potest dominus, monasterium, vel pater, quibus ex illorum personis acquititur. Sic Peregr. *dict. art.* 1. *numer.* 20. per *dict. l. Cum filiofamilias, ff. de Leg.* 1. vbi est casus, & DD. latè. Ratio patet, quia his etiam datur, aut non adimitur, per testatorem. 1165

Denique etiam donatarij causâ mortis fideicommisso grauari possunt, *dict. l. vnica*, §. *Quòd si in medio, Cod. de Caduc. toll.* Donatio enim causâ mortis legatum est, *l. Et fideicommissum, ff. de Leg.* 3. vnde & in ea locum habet Falcidia, *l. Si mortis, & l. In*

do-

donationibus, Cod. Ad leg. Falcid. Hoc autem procedit, & certum est quando donatio mortis causâ, & substitutio donatarium grauans facta est absque stipulatione (ideſt non interueniente acceptatione) & ab habente jus testandi, tunc enim substitutio illa est proprium fideicommissum: Barth. *in l.* 1. *ff. de Donat. caus. mort.* & est casus *in l. Cum pater, §. Eorum, ff. de Leg.* 2. *& in l. Ab eodem, Cod. de Fideicommiss.* Atque ita cum Socin. Menoch. & alijs, Peregrin. *d. art.* 1. *num.* 11. Quando autem stipulatio interuenit, tunc etiam substitutio est vtilis, vel in vim Vulgaris, si donator promisit substituto; quod tunc, non capiente donatario, capiet substitutus, prout est casus *in l. Vt hæredibus, ff. de Leg.* 2. vel in vim obliquę, si solus donatarius substituto promisit; quia tunc substitutus capiet de illius manu. Cæterùm capiente ipso donatario, non capiet substitutus de manu illius per fideicommissum; nam fideicommissa contractibus non constituuntur, vt per *l. Verba contraxerunt, ff. de Verbor. signif.* & *l. Quidam cum filium, ff. de Hæred. instit.* sed aget substitutus ex pacto, vel ex stipulatu aduersus promissorem, & ejus hæredes; prout hæc omnia latiùs tradit Peregrin. *d. art.* 1. *num.* 12.

1167 Item, si donatio causâ mortis facta fuisset à non habente jus testandi, vt si facta esse à filiofam. de consensu patris (quo casu non potest valere jure fideicommissi: Barth. & cæteri *in l.* 1. *ff. de Donat. causâ mort. & in l.* 1. *Cod. eod. tit.*) tunc quidem si donatio, & substitutio facta sit præsenti, interueniente acceptatione, vtilis similiter erit substitutio, & competet substituto actio ex pacto. Si verò substitutio facta sit absenti, vel non nato, non valebit in vim fideicommissi, at poterit valere in vim pacti ex beneficio *l. Quoties, Cod. de Donation. quæ sub modo*, quam legem etiam in donatione causâ mortis locum habere ad fauorem substituti, licèt nomine pro eo stipulante, docet cum Salic. Paul. de Castr. Socin. Ruin. & alijs Gabr. *consil.* 16. *numer.* 20. Et hæc omnia magis explicat Peregrin. *supra, numer.* 13. *& 14.*

Porrò, qui neque hæreditatem, neque 1168
legatum, neque fideicommissum, aut donationem causâ mortis acceperunt, fideicommisso grauari non possunt, *d. l. Ab eo, Cod. de Fideicommiss. & dict. l. Sed & si sic, ff. de Leg.* 3. Neque etiam grauari possunt qui aliquid acceperunt ex testamento, si non sit pretio æstimabile, vt si accepta sit libertas, vel quid simile, *l. Plane si filium, §. fin. ff. de Leg.* 1. Præterea si testator rem hæreditariam per fideicommissum reliquerit ab aliqua persona, quam in ea re non honorauit, tale fideicommissum est inualidum, nec sustinebitur ex aliqua tacita voluntate testatoris, quasi tacitè voluerit eam rem legare illi personę, & sic ab ea vt legataria fideicommissum relinquere: talis enim voluntas, seu legatum tacitum ad fauorem grauati, minimè in eo casu intelligitur, vt probat text. *in l. Cum quæst, §. Si plures, ff. de Fideicommissar. libert. & in dict. l. Sed & si sic, ff. de Leg.* 3. & docet Peregrin. *dict. art.* 1. *numer.* 21. licèt concurrentibus alijs conjecturis contrarium videatur sensisse Corn. *in dict. l. Ab eo*, & ante eum Paul. Castr. *consil.* 263. *vers. Nec obstat. lib.* 2.

Ad hæc, licèt pater possit grauare 1169
hæredem filij impuberis, etiam in bonis quæ filius habuit aliunde, quàm ab ipso patre, eo quod potuerit illi adimere, substituendo pupillariter alterum, vt per supradicta; attamen non potest grauare ipsum filium impuberem vltra bona, quæ ei reliquit, *l. Cohæredi, §. Cum filiæ; ff. de Vulgari, & l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Barthol. *in l.* 2. *ff. de Legat.* 1.

Neque etiam potest filius grauari fi- 1170
deicommisso in legitima sibi debita, quia eam habet à lege, neque pater eam adimere aut minuere potest, *l. Quoniam in prioribus, Cod. de Inoffic. testam.* & alijs juribus. Si tamen pater filium grauet in legitima de illius cõsensu, vel filius

id postea approbet, non poterit illam detrahere, quod quando procedat, & quomodo sit intelligendum? Alibi tractandum est, & videri præ alijs potest Fusar. *de Substitut. q.* 296. *à num.* 89. vbi latè id explicat.

1171 Quod tandem spectat ad personam, in cujus favorem Fideicommissaria potest fieri, vno verbo satisfit, scilicet, eis solùm posse per Fideicommissariam relinqui, cum quibus testamenti factio est, ideſt, qui testamento possunt instituì hæredes: constat hoc per text. *in §. Legari, Inst. de Legat. jnncta, l.* 1. *ff. de Leg.* 1. & notat Donel. *de Iure ciuili, lib.* 7. *cap.* 16. Qui autem sint, cum quibus est factio testamenti? Respondetur esse omnes, qui per leges excluſi non sunt. Excluduntur autem multi quos recenset Glos. *in d. §. Legari*, & nos sequenti disput. ex professo explicabimus.

§. 4. *Quàm necessaria sit aditio hæreditatis, vt Fideicommissaria substitutio vim habeat?*

SUMMARIUM.

Fideicommissa non debentur, si hæreditas defuncti fideicommittentis non adeatur, & cur hoc? n. 1172.

Fideicommißa particularia sustinentur absque aditione, quando hæres recusat adire, eoquod testator ei prohibuerit deducere Falcidiam; num. 1173. *Vtrum idem sit dicendum in fideicommissis vniuersalibus, quando hæres recusat adire, eoquod sibi prohibita sit detractio Trebellianicæ? num.* 1174.

Libertas Fideicommißaria effectum sortiri potest, licet hæreditas non adeatur; & qua ratione id fiat? num. 1175.

Similiter sustinentur fideicommissa ad causas pias; num. 1176.

Relicta in testamento militis, etiam non adita hæreditate, sustinentur; numer. 1177.

Fideicommissaria substitutio in testamẽto militis continet tacitam Vulgarem, sicut Pupillaris expressa; ibid.

Nisi ex testamento adeatur hæreditas, inualida sunt fideicommißa, & cætera omnia in ipso testamento contenta; numer. 1178. *Cur non debebuntur, saltem ex tacita voluntate testatoris ab hæredibus ab intestato hæreditatem adeuntibus? num.* 1179.

Si testari volens fideicommißum constituat, nullo hærede instituto, tale fideicommissum non debetur; num. 1180.

Non valet fideicommißum relictum in testamento, in quo hæres habeatur pro non scripto, vt quia non sit in rerum natura, vel quia incapax succedendi, vt damnatus in metallum, vel deportatus, vel monachus Ordinis Minorum; numer. 1181. *Vtrum onus fideicommissi talibus injunctum transeat ad vulgariter substitutum, vel cohæredem? ibid. remissiuè.*

Substitutio Fideicommissaria perit quando institutio hæredis fuit caducata, moriente instituto ante testatorem; & quomodo id sit intelligendum? numer. 1182.

Perit etiam Fideicommissaria, si institutio hæredis fiat quasi caduca, vt quia institutus sub conditione mortuus est ante conditionem purificatam; numer. 1183.

Fideicommissa, & cætera in testamento dispoſita corruunt, si institutus moriatur non adita hæreditate, nec ad hæredes transmissâ. Et quomodo id intelligatur? num. 1184.

Quando legata & fideicommissa relicta in testamento repetita sunt ab hæredibus ab intestato, non corruunt, instituto non adeunte; sed debentur ab hæredibus ab intestato, qui hæreditatem obtinuerint; num 1185. *In quibus casibus repetita censeantur ab hæredibus ab intestato? ibid. remissiuè. Si neque hæredes ab intestato hæreditatem adeant, corruunt; num.* 1186. *An sufficiat hæreditatem in dictis casibus aditi per hæredes legitimos secundi, aut inferio-*

ferioris gradus, anterioribus repudiantibus? num. 1187. *& seq.*

Quando bona testatoris occupantur à Fisco, eoquod neque hæredes scripti, neque legitimi hæreditatem adierunt, non tenetur Fiscus præstare legata & fideicommissa in' testamento relicta; numer. 1189.

1172 REgula notissima in præsenti est, fideicommissa non deberi si hæreditas defuncti fideicommittentis non adeatur; ac proinde, vt Fideicommissaria vim habeat & vtilis sit, necessariam omnino esse hæreditatis aditionem. Ita DD. omnes per text. *in l. Quia poterat, & in l. Ille à quo, §. Si de testamento, ff. Ad Trebel. cum concord.* inest enim tacita conditio fideicómisis, *Si hæreditas adita sit.* Nam cùm testator per fideicommissum jubeat hæreditatem suam, vel aliquam ejus partem restitui, necesse est vt ipsa hæreditas priùs acquiratur grauato, ad hoc vt eam restituere possit: non enim potest restitui; nisi quod ad aliquem peruenit, *l.* 20. *§.* 1. *ff. de Petit. hæred.* neque obligari qui nihil accepit, *l. Ab eo,* 9. *Cod. de Fideicommiss.* hæreditas autem non nisi per aditionem acquiritur; & sic necessaria omninò est aditio, vt fideicommissum effectum habere possit. Nec dicas, quòd nemine acquirente hæreditatem poterit dari curator ipsi hæreditati jacenti; & tunc ab eo curatore posse ac debere fideicommissum restitui. Hoc enim dici non potest; quia hæreditas jacens non sustinet vices hęredis, sed testatoris defuncti, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vsucap.* testator autem proprijs legatis & fideicommissis non obligatur, *l. Non minus, §. fin. ff. de Hæred. instit. & l. Legatum, §. Alienus, ff. de Leg.* 1. & ita subtiliter notauit Baldus *in l. Eam quam, sub num.* 5. *Cod. de Fideicommiss.* atque ex eo Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *num.* 90.

1173 Aliqui tamen sunt casus, in quibus fideicommissum sustinetur, licèt neque hęres testamentarius, nèque legitimus, seu ab intestato, hæreditatem adeat: quos casus recenset Barthol. *in d. l. Eam quam, sub num.* 4. *Cod. de Fideicommiss.* Primus est, quando hæres recusat adire hæreditatem, eoquod testator ei prohibuerit detrahere Falcidiam: tunc enim statim fit locus fideicommissarijs, legatarijs, & alijs personis enumeratis *in §. Si verò expressim, Auth. de Hæred. & Falcid. cap.* 2. *fine,* vbi speciali fauore id conceditur legatarijs & fideicómissarijs particularibus.

Vtrum autem locum etiam id habeat in fideicommissarijs vniuersalibus, quando hæres grauatus recusat adire, eoquod sibi fuerit prohibita detractio Trebellianicæ? Negant aliqui, ea ratione; quia quando hæres grauatus fideicómisso Vniuersali adire recusat, potest cogi à fideicómissario vt adeat; & sic non oportet vt tali fideicómissario succurratur per priuilegiũ speciale; sicut succurritur legatarijs & fideicommissarijs particularibus; cùm hi non possint cogere hæredem grauatum vt adeat: vnde si lex in dicto casu eis non succurreret, omnino illis relictum intercideret, contra testatoris voluntatem. Ita sentiunt Bald. *in l. Filium quem habentem; num.* 41. *Cod. famil. erciscund.* Ripa *in l. Nemo potest, num.* 46. *ff. de Leg.* 1. Crot. *ibid. num.* 33. & alij apud Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *numer.* 92. Contrarium tamen tenet Glos. *in d. §. Si verò expressim, verb. Substituatis,* & Barthol. *supra, num.* 5. quia Falcidia, & Trebellianica sunt similes in effectu, & de vna fit argumentum ad aliam, vt *in l. Marcellus, §. Quod autem, ff. Ad Trebel.* Arguit etiam pro hac parte Peregrin. *supra,* quia text. *in d. §. Si verò expressim,* fouet etiam fideicommissarios vniuersales, quatenus se refert ad superiorem decisionem *in §. Siquis verò non implens:* vnde fortè dici posset, inquit citatus Doctor, quòd accedente expressa prohibitione Trebellianicæ, concessum est fideicommissario vniuersali rectâ viâ hæreditatem adire, omisso coactionis circuitu, quando ob eam prohibitionem hæres declarat nolle se se hæreditati immiscere. Quæ quidem sententia est probabilis. 1174

1175 Secundus casus est, in fideicommisso libertatis. Nam si Fideicommissaria libertas relicta sit in testamento, vel ab intestato in codicillis,& hæreditas non adeatur, potest ille, cui libertas est relicta, vel alius, petere sibi addici bona defuncti, & satisfacere creditoribus,eritque tanquam successor ipsius defuncti; & serui, quibus libertas directò, vel per fideicommissum est relicta, erunt liberi, etiamsi bona jam fuerint per Fiscum occupata; prout hæc omnia expressè habentur ex constitutione D. Marci, *Instit. de Eo cui libertas cau. bon. addic.*

1176 Tertius casus est, in fideicommissis ad pias causas. Quia hęc etiam non pereunt, licèt neque hæres testamentarius, neque ab intestato hæreditatem adeat;nam tunc etiam peti potest addictio ad eorum conseruationem,sicut in fideicommisso libertatis, de quo proximè dictum est. Valet namque argumentum à libertate ad causam piam, quando de fauore illius agitur. Atque ita cum Barthol. Angel. Fulgoso, Imola, Cumano, & alijs docet Peregrin. *d. art. 2. numer.* 33. & nos etiam latiùs tradidimus *disp. 2. sect. 9. §. 5. numer.* 361.

Quartus casus est, in relictis in testa-
1177 mento militis. Nam jure speciali constitutum est,vt relicta in militis testamento, non adita hæreditate per illius hæredes, debeantur jure directo legatarijs & fideicommissarijs, tam particularibus, quàm vniuersalibus; *l. Miles ita,§. fin.& l.Neque enim, §. fin.* & ibi Barthol. *ff. de Milit. testament.& l. Antoninus, ff. de Fideicommiss. libert.* & hæc est ratio, cur in testamentis militum cessat Falcidia, & Trebellianica, *l. Marcellus, §. Quod autem, ff. Ad Trebel. & l. In testamento, Cod. de Testament. milit.* Quam rationem aduertit Ripa *in l. 1. §. In filijs, numer. 7. & §. Denique, numer. 2. ff. Ad Trebel.* & esse verissimam profitetur Peregrin. *d. art. 2. num.* 36. quia alioqui illud priuilegium redundaret in odium ipsorum militum. Vnde notat vlteriùs idem Peregrin. *num.* 93. cum Barthol. Baldo, Angelo, *in d. l. Neque enim*, & multis alijs, imò & cum communi, quòd in testamento militis Fideicommissaria substitutio continet tacitam Vulgarem, sicut Pupillaris expressa. Quo argumento idem potest admitti in fideicommissis vniuersalibus relictis ad piam causam, vt cum alijs notat Tiraquel. *tract. de Priuileg. causæ piæ, priuileg. 6.* & tradit etiam Peregrin. *sub d. num.* 93.

Cæterùm, quod maximè in præsenti 1178
explicare intendimus est, quàm necessaria sit aditio hæreditatis ex testamento, ad hoc vt fideicommissum in ipso testamento relictum debeatur? Hac igitur in re generalis regula est, quòd nisi ex testamento adeatur hęreditas, inualida sunt fideicommissa, & cætera omnia in ipso testamento relicta, *l. Si nemo, 9. ff. de Testamentaria tutela, l. Si nemo, ff. de Regul. jur. cum concordantib.* & ita DD. omnes. Et ratio est primò, quia si ex testamento non adeatur hęreditas, testamentum redditur nullum, & sine viribus, *§. Posteriore quoque in fine, Inst. Quibus mod. testament. infirm.* Ergo irrita etiam manent fideicommissa in eò relicta: quia nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet, *l. 1. §. 1. ff. de Leg. 3.* Secundò, quia per fideicommissum in testamento relictum solùm grauatur fides hæredis scripti, seu testamentarij: is autem, si non adeat, nullam contrahit obligationem, cùm non resultet ille quasi contractus, ex quo hæres obligatur fideicommissarijs, *§. Hæres, Instit. de Obligat. quæ ex quasi contr.*

Dices, quòd euanescente institutione, 1179
& redactâ ad causam intestati ob defectum aditionis ex testamento, fideicommissa in eo relicta debebuntur ab hæredibus ab intestato adeuntibus, ex tacita voluntate testatoris, quæ sufficit ad fideicommissum inducendum, vt constat ex dictis §. 2. *num.* 1151. *& seqq.* nam si testator hęredem scriptum sibi magis dilectum grauauit, à fortiori intelligitur voluisse grauare venientes ab intestato, ad *l. Publius, §. 1. ff. de Condit. & demonstr.* quo argumenti genere sæpe DD. vtuntur in materia Fideicommissariæ. Respon-

de-

detur, argumentum in præsenti non valere; quia non omnis successor, & hæres fideicommisso tenetur, sed qui succedit ex judicio & voluntate testatoris, & non fortuito ex sola legis auctoritate & prouidentia, prout regulariter succedunt venientes ab intestato, *l. Si fuerit, ff. de Leg. 3. l. Sed & si sic, §. 1.* & ibi Barthol. *ff. eod.* Atque ita respondet Peregrin. *de Fideicommiss. art. 2. num. 13.*

Hinc colliges primò, si testari volens
1180 fideicommissum constituat, nullo hærede instituto, tale fideicommissum non deberi; quia non est persona hæredis, à qua deberi possit: & quia sine institutione hæredis scriptura testamenti est nulla, & sic nihil in ea relictum valet, *§. In primis, Instit. de Fideicommiss. hæred. l. Proximè, ff. de His quæ in testament. deien.* Intellige autem, nisi fuerit adhibita clausula Codicillaris in ea dispositione; nam tunc vim codicilli habebit, & debebuntur fideicommissa ab hæredibus ab intestato, vt est notissimum.

Colliges secundò, non valere etiam
1181 fideicommissum relictum in testamento, in quo hæres habeatur pro non scripto, vt quia non sit in rerum natura, vel quia incapax succedendi, vt damnatus in metallum, vel deportatus, vel monachus Ordinis Minorum; quia tunc etiam non est hæredis persona, à qua debeatur, *l. Si in metallum, ff. de His qui pro non script. l. Quidam referunt, ff. de Iure codicil. l. 1. Cod. de Hæred. instit.* Barthol. *in l. Eam, quam, sub num. 5.* & ibi Bald. *numer. 18. Cod. de Fideicommiss.* Peregrin. *d. art. 2. num. 9. & 79.* & Fusar. *de Substitut. q. 566. num. 4.* Vtrum autem onus fideicommissi injunctum dictis hæredibus ab initio incapacibus, & habitis pro non scriptis, transeat ad vulgariter substitutos, vel cohæredes, si illos habeant? non leuis difficultas est, quam bene differit Peregrin. *de Fideicommiss. art. 16. num. 61. & seq.* illum videas.

Colliges tertiò, perire quoque substi-
1182 tutionem Fideicommissariam, quando institutio hæredis fuit caducata, morientе instituto ante testatorem. Peregrin. *d. art. 2. num. 10.* & cum alijs Fusar. *d. q. 566. num. 8.* Id verò intellige, nisi institutus haberet substitutum vulgarem, vel cohæredem; nam tunc portio instituti prædefuncti transibit ad substitutum, vel cohæredem, cum onere fideicommissi vniuersalis illi instituto injuncti, *l. vnica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol.* latè Peregrin. *d. art. 2. num. 79. & art. 16. num. 62.* Notat etiam Fusar. *citat.* ex Odd. *consil. 10. num. 56.* quòd quando institutio dicto modo fuit caducata, & testator superuiuens non potuit prouidere, substitutus fideicommissarius succedet per Vulgarem, ex præsumpta testatoris voluntate. Quæ sententia mihi videtur valde singularis, & parum tuta.

Colliges quartò, si institutio hæredis 1183
fiat quasi caduca; vt quia hæres institutus sub conditione mortuus est ante conditionem purificatam, tunc etiam fideicommissum ab eo relictum euanescere, *l. vnica, §. Sin autem sub conditione, Cod. de Caduc. tol. & l. Sed & si alio, §. fin.* & ibi Barthol. & alij *ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art. 2. num. 11.* & Fusar. *d. q 566. numer. 10.*

Colliges quintò, corruere etiam fidei- 1184
commissum, & cætera in testamento dispositа, si institutus post delatam sibi hæreditatem moriatur, eâ non aditâ, nec ad hæredes transmissâ; quòd tunc nemo sit, qui ex testamento possit adire & restituere, *l. Ille à quo, §. Si de testamento,* & ibi Glos. Barthol. *num. 2.* Roman. *num. 6.* Imola *num. 5.* Alex. *num. 7.* & alij *ff. Ad Trebel. l. Eam quam,* & ibi Bald. *num. 3.* Ias. *num. 10. Cod. de Fideicommiss.* Ant. Gom. *Variar. resol. tom. 1. cap. 5. num. 8.* & cum alijs Peregrin. *d. art. 2. numer. 12.* & Fusar. *d. q. 566. num. 11.* Id verò intellige, nisi institutus moreretur postquam judicis præcepto jussus fuisset adire; nam tunc licèt morte præuentus non adiuerit, hæreditas tamen quoad fideicommissum confirmandum habetur pro adita, *l. Non justam,* vbi Barthol. & DD. communiter, *Cod. Ad Trebel.* Glos. *in l. Ille à quo, §. Si de testamento,* & ibi omnes, *ff. Ad Trebel.* Barthol. *in l. Eam quam*

quam, vers. Septimus casus, Cod. de Fideicommiss. & ibi Bald. *sub num.* 15. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *num.* 76.

1185 Fallit autem prædicta regula generalis, quoties legata & fideicommissa in testamento relicta, instituto non adeunte hæreditatem, expresse, vel tacitè, aut præsumptiuè repetita sunt per testatorem ab hæredibus legitimis, seu ab intestato venientibus: quia tunc hujusmodi hæredes hæreditatem habebunt ex judicio testatoris, & ab eis debebitur fideicommissum, etiam vniuersale, *d. Eam quam*, secundùm vnum intellectum communiter receptum, & *l. Ex testamento, Cod. de Fideicommiss. l. Si jure, Cod. de Testam. manumiss. l. fin. Cod. de Codicil.* Vnde cùm plurimi sint casus, in quibus fideicommissa à legitimis hæredibus repetuntur, aut repetita censentur, multæ quoque prędictæ regulæ sunt fallentiæ, quas adducit Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *à num.* 16. & magis copiosè Fusar. *d. q.* 566. *à num.* 15. apud quem cùm facilè videri possint, non oportet eas hìc à nobis referri.

1186 Illud tamen aduertendum, quòd licèt in dictis casibus, in quibus fideicommissa repetuntur ab hæredibus legitimis, non oporteat hæreditatem adiri per hæredem scriptum; attamen necesse est vt adeatur per ipsos legitimos: nam si à nemine adeatur, omnino euanescent fideicommissa, juxta regulam traditam initio *hujus* §. prętерquam in casibus ibidem exceptis. Id quod in specie notant Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 37. & Fusar. *d. q.* 566. *num.* 4. cum Glos. *in l. Qui filio, §. Seruo, ff. de Hæred. instit.* vbi etiam Barthol. & Imola *num.* 7. idem Barthol. *in l. Si in testamento, in princip. ff. Siquis omiss. cau. testam.* Bald. *in d. l. Eam quam, num.* 4. *Cod. de Fideicommiss.* & ibi Alber. Paul. de Castr. & Jas. *numer.* 12. & alij.

1187 Quòd si contingat hæreditatem in dictis casibus non adiri, etiam per hæredes legitimos primi gradus, eoquod illam repudiauerint, vel aliàs ab ea fuerint excluſi; dubiæ quęstionis est, an sufficiat quòd adeatur per alios posteriorus gradus? Negant Glos. *in l. Non jussum, C. Ad Trebel.* & ibi Bald. & Angel. Batth. *in l. Licet Imperator,* & ibi Jas. *num.* 38. *ff. de Leg.* 1. Paul. de Castr. *in l.* 1. *§. fin. ff. de Leg.* 3. Angel. Aret. *d. §. de Codicil. in princip.* Corn. *Anth. Ex causa* & ibi Jas. *in fine, Cod. de Liber. prætерitis* per text. *in d. l.* 11. *§ fin. ff. de Leg.* 3. Et prætereà quia posteriores in gradu non videntur capere in illo euentu ex judicio testatoris, sed quasi fortuitò: fideicommissa verò non debentur ab ijs, qui fortuitò, & non ex judicio testatoris, succedunt, *d. l. Si non fuerit, & d. l. Sed & si sic, §.* 1. *ff. de Leg.* 3. & diximus *supra, num.* 1179.

Contrarium tamen tenent satis probabiliter, & fortè probabilius Peregrin. *d. art.* 2. *sub num.* 38. & Fusar. *d. q.* 566 *numer.* 47. post Glos. *in d. §. fin. verb. Non debet*, quia fideicommissum repetitum simpliciter à legitimis hæredibus, prout in dictis casibus, à quibuscumque videtur repetitum, perinde acsi dixisset testator, quisquis mihi hæres erit, ejus fidei committo; ad *l. Siquis cùm testamentum nullum, in princip. ff. de Iure codicil.* vbi sub illis verbis concipitur clausula Codicillaris, quæ repetitionem fideicommissorum à legitimis hæredibus importat. Unde non fortuitò, sed ex judicio testatoris, atque adeo cum onere fideicommissi hæreditas in dictis casibus ad remotiores deuoluitur, prioribus in gradu non succedentibus. Neque obstat text. *in d. §. fin.* nam loquitur præcisè, quando fideicommissum est relictum specialiter, & nominatim à primo gradu: quo casu mirum non est, quòd non censeatur repetitum à secundo gradu. Nam etiam quando fideicommissum relinquitur nominatim ab hæredibus scriptis, non censetur repetitum à substituto, aut à venientibus ab intestato, etiam in casibus in quibus aliàs repetitum censeretur, vt cum Barthol. & multis alijs tradunt Peregrin. *d. art.* 2. *numer.* 39. & Fusar. *d. q.* 566. *num.* 4. per text. *in l. Celsus, §. Quod alicujus, ff. de Leg.* 2. *& in l. Si plures, ff.* 1188

de

de Leg. 3. & in l. 1. §. Id quod ex substitutione, ff. Ad l. Falcid.

1189 Notandum præterea, quòd quando in casibus, in quibus fideicommissa repetuntur, neque hęredes scripti, neque legitimi succederent, sed Fiscus bona testatoris, vt vacantia ob non aditionem occuparet, non teneretur Fiscus fideicommissa præstare, quia non succedit in illis bonis ex judicio testatoris; & sic fideicommissa in tali casu pereunt. Sic post alios Raphael *in l. Recusare, §. Si Fisco, ff. Ad Trebel.* & ibi Alex. & Aquensis per text. *in l. Si nemo, ff. de Regul. jur.* & *in l. Si nemo, ff. de Testament. tut.* sensit etiam Barthol. *in l. Eam quam,* & ibi Ias. *num.* 13. *Cod. de Fideicommiss.* & communem dicit Ripa *in l. Ex facto, §. Ex facto, numer.* 6. *ff. Ad Trebel.* quos omnes citant & sequuntur Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 40. & Fusar. *d. q.* 566. *num.* 48. & nos ipsi latiùs cum alijs tradidimus *disp.* 2. *sect.* 10. §. 2. *num.* 401. *& seqq.* Nec obstat text. *ind §. Si Fisco,* cum alijs similibus, quibus oppositum videtur constitui. Nam omnes hi textus procedunt in casu, quo Fiscus aufert bona ab hærede vti indigno ob aliquod crimen, vt in specie respondet cum alijs Peregrin. *loco citat.* & nos loco allegato latiùs explicuimus. Hìc autem solùm loquimur, quando Fiscus occupat bona vacantia, eâ tantùm de causa, quòd nemo hæreditatem adierit.

§. 5. *De effectibus Fideicommissariæ substitutionis, & inprimis de coactione, qua fideicommissarius potest cogere institutum.*

SUMMARIUM.

NVmerantur effectus Fideicommissariæ substitutionis; num. 1190. *Fideicommissarius vniuersalis potest mediante judicis officio cogere hæredem grauatum, vt hæreditatem adeat, si sponte id facere recuset; & declaratur hæc regula; num.* 1191.

Ampliatur dicta regula primò, etiamsi fideicommissarius sit etiam substitutus vulgaris, vel aliâ viâ possit consequi hæreditatem; num. 1192. *Secundò etiamsi extet alter substitutus vulgaris; num.* 1193. *Tertiò, etiamsi grauatus sit hæres ab intestato, vel magnæ authoritatis, vel ex persona alterius, vt dominus ex persona serui, & monasterium ex persona monachi; num.* 1194. *Quartò, etiamsi hæreditas non adita transmissa sit ad hæredem instituti: nam etiam talis hæres cogi potest; & quomodo id intelligatur? num.* 1195. *Quintò etiamsi hæres grauatus esset indignus, à quo Fiscus hæreditatem auferret; num.* 1196. *Sextò, etiamsi institutus solùm esset capax alicujus quotæ hæreditatis: & quomodo hoc intelligatur? num.* 1197. *Septimò, etiamsi grauatus fuisset institutus hæres, si volet; num.* 1198. *Octauò, etiamsi fideicommissarius solùm in quota hæreditatis sit honoratus. Et quid si sint duo fideicommissarij, alter purè, vel in diem honoratus in vna portione, alter verò sub conditione in alia? num.* 1199. *Quid si sint duo fideicommissarij subordinati? num.* 1200. *Nonò, etiamsi hæres grauatus jam hæreditatem repudiasset: & quomodò id intelligatur? numer.* 1201. *Decimò, etiamsi grauatus non sit proprie hæres, sed bonorum possessor; & quomodo id procedat? numer.* 1202. *Ampliatur tandem, vt quamuis fideicommissum non possit cedi, antequam sit restitutum fideicommissario, attamen possit cessionarius cogere hæredem vt adeat, & restituat ipsi fideicommissario ad vtilitatem ipsius cessionarij, ibid.*

Fallit autem prædicta regula primò, quãdo hæres grauatus institutus est sub conditione, quæ nondum extitit; & quomodo id intelligatur? num. 1203.

Fallit secundò, quando fideicommissum relictum est sub conditione, quæ adhuc pendet; licèt contrarium sit satis probabile, etiam citra fauorem libertatis;

nu-

num. 1204.

Fallit tertiò, quando testator expressit, vt hæres cogi non posset; num. 1205.

Fallit quartò, quando constat fideicommissum non deberi. Et quid quando de eo est contentio? num. 1206. *Item quid, si fideicommissum nondum præstari debeatur, eoquod fuerit relictum in diem qui nondum aduenit? num.* 1207.

Fallit quintò, quando nihil fideicommissarij interesset hæreditatem ei restitui; num. 1208.

Fallit sextò, quando grauatus esset hæres Suus; num. 1209.

Fallit septimò, si hæres ex aditione, vel modo illius, passurus sit aliquod damnum, vel cessationem lucri, nisi à fideicommissario sarciatur; num. 1210.

Hæres, qui adit coactus à fideicommissario, nullum ex testamento commodum consequitur, quod habiturus non esset si institutus non foret; quod multipliciter ampliatur, & declaratur; numer. 1211. *Non amittit autem lucra, quæ aditionem non requirunt. Quod exemplis declaratur; num.* 1212.

Hæres, qui coactus adit, verè efficitur hæres, & dominus rerum hæreditariarum, & facit suos earum fructus, quos percipit, antequam sit in mora restitutionis, perinde ac si sponte adijsset: neque propterea potest conueniri à creditoribus hæreditarijs; eod. num. 1212.

1190 EX hactenus dictis satis constat de natura & causis, alijsque requisitis substitutionis Fideicommissariæ. Sequitur vt dicamus de ejus effectibus; quos, vt certis nos limitibus contineamus, ad quatuor principales redigo, licèt plures, vel pauciores ab alijs fortè numerentur, de quo mihi non constat; hactenus enim legi neminem, qui eos ad certum aliquem numerum reuocaret.

Primus itaque effectus, ex ijs, quos ego numero, est coactio, qua institutus compelli potest à fideicommissario vt adeat. Secundus est, prohibitio alienationis, qua instituto interdicitur alienare bona fideicommisso subjecta, seu quæ ex Fideicommissaria veniunt restituenda. Tertius est, restitutio hæreditatis, & bonorum quę ab instituto grauato fieri debet fideicommissario. Quartus denique est, translatio onerum hæreditariorum in fideicommissarium.

Quod ergo attinet ad primum de coactione; regula juris est, quod fideicommissarius vniuersalis cogere potest, mediante judicis officio, hæredem grauatum, vt hæreditatem adeat, si sponte id facere recusat, *l. Quia poterat, l. Nam quod, §. Siquis compulsus, l. Si legatus, & l. Si omnes, ff. Ad Trebel. §. Sed quia, Instit. de Fideicommissar. hæred.* & ita DD. omnes. Dixi, *fideicommissarius vniuersalis*, quia particularis non potest hæredem cogere vt adeat, *d. l. Nam quod, §. Non omnes*, & tradunt Barthol. *in l. Ita tamen, §. Si pater, ff. Ad Trebel.* Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 22. post princip.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 5. num.* 1. Fulr. *de Substitut. q. 600. num.* 20. & cæteri omnes. Vnde is, cui per fideicommissum non fuerit relicta hæreditas, sed res certa, aut quantitas, vel omnes & singulæ res hæreditariæ, vel res existentes in aliquo certo loco, vel regione, hæredem grauatum cogere non potest vt adeat. Hoc tamen intellige, nisi sint relictæ per militem, in quo est specialis ratio, vt per *l. Cogi, §. Sed & similes, ff. Ad Trebel.* Dictum etiam est, *mediante judicis officio*, quia cùm ante aditionem nihil hæres fecisset, non resultat in illo ulla propria obligatio, ex qua actio aliqua ordinaria in eum detur; idcircò solùm aduersùs eum conceditur fideicommissario persecutio fideicommissi extraordinaria, *l.* 178. *§ 2. ff. de Verb. signific.* vt scilicet illum possit cogere officio judicis, Trebelliano id præter morem inducente, atque hanc necessitatem juxta testatoris voluntatem hæredibus grauatis imponente, vt per *l. Quia poterat, 4. ff. Ad Trebel. & §. Sed si recusabat, & seq. Inst. de Fideicommiss. hæredit.* Sic explicat Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 23.* & notat cum alijs Peregrin. *art. 2. num.* 65.

Am-

1192 Ampliatur primò dicta regula, vt procedat etiamsi idem substitutus sit vulgariter, & per fideicommissum; nam licèt tunc succedere possit ex Vulgari, tamen si judicet sibi magis expedire successionem ex Fideicommissaria, cogere poterit institutum vt adeat, vt est casus, *in l. Recusare, §. Titius, ff. Ad Trebel.* & tradunt cum Barthol. & multis alijs Peregrin. *d. art. 2. num. 67.* & Fusar. *d. q. 600. num. 3.* Similiter dicendum, quando fideicommissarius posset aliâ viâ obtinere hæreditatem; vt quia esset hæres legitimus testatoris, vel qui bonorum possessionem contra tabulas habuit; nam tunc etiam cogere poterit, vt notat Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili cap. 22.* & constat per text. *in d. l. Recusare, §. Titius, ff. Ad Trebel.*

1193 Ampliatur secundò, vt etiam procedat licèt sint duo substituti, alter per Vulgarem, alter per Fideicommissariam. Tunc enim repudiante instituto, prævalet fideicommissarius ad hoc vt institutum cogere possit vt adeat, & sibi restituat: Barth. *in l. 1. num. 25. ff. de Vulgari*, & ibi Alex. *num. 27.* Jas. *num. 49.* Socin. *sen. numer. 23.* Ripa *numer. 160.* dicens esse communem, & Alciat. *num. 31.* Bald. *in l. Non justam, Cod. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art. 2. num. 69.* Fusar. *de Substitut. q. 38. numer. 1.* & multi alij, quos referunt. Intellige tamen, & declara hanc ampliationem, prout diximus *sect. 2. hujus disp. §. 12. num. 190. & seqq.*

1194 Ampliatur tertiò, vt procedat siue hæres sit grauatus ex testamento, siue ab intestato, & absque scriptura, *l. Et si sine, Cod. Ad Trebel.* & quamuis magnæ sit auctoritatis, *l. Sed & qui, ff. Ad Trebel.* & licèt sit Fiscus Principis, *l. Marcellus, §. fin. & leg. Recusare, §. Fisco, ff. eod.* imò quamuis sit ipse Princeps, *l. Si legatus, §. fin. ff. eod.* Nec tantùm cogi potest nominatus hæres, sed etiam qui ex ejus persona sit hæres, vt dominus ex persona serui, monasterium ex persona monachi, Fiscus ex persona delinquentis, pater ex persona filij, *d. l. Recusare, §. Meminisse, & l. Cum filiofamilias, ff. de Legat. 1.* prout hæc omnia bene tradunt Peregrin. *dict. art. 2. numer. 75.* & Fusar. plures referens *dict. quæstion. 600. numer. 4. & seqq.*

Ampliatur quartò, vt etiam cogi possit adire, & restituere hæres hæredis in omnibus casibus, in quibus hæreditas non adita transmittitur ad hæredes, vt in casibus *l. Cum antiquioribus, & l. Si infanti, Cod. de Iure deliber. & l. vnicæ, C. de His qui ante aper. tab. & l. Apud hostes, Cod. de Suis, & legit. hæred.* & si qui sunt alij. Sic Barthol. *in l. Ille à quo, §. Si de testamento, num. 2. & 6. ff. Ad Trebel. & in l. Eam, quam, sub num. 4.* vbi etiam alij, *Cod. de Fideicommiss.* Peregr. *d. art. 2. sub numer. 75.* Intrigl. *de Substit. cent. 1. q. 32. num. 14.* & Fusar. *d. q. 600. num. 10.* Id vero intellige, dummodo talis hæres adeat hæreditatem hæredis grauati; nam si illam repudiet, cogi non poterit adire, siquidem tunc personam hæredis grauati non sustinet. Sic post alios Peregrin. *citat.* & Fusar. *num. 11.* per text. *in l. Siquis filium, §. 1. ff. de Acquiren. hæreditate.* 1195

1196 Ampliatur quintò, vt procedat etiam quando hæres grauatus esset indignus, & sic incapax retinendi hæreditatem, quam Fiscus ab eo auferet: Nam is etiam adire cogitur, & restituere fideicommissario; quia cùm sit capax succedendi, & acquirendi, ejus additione testamentum & fideicommissum confirmari potest: casus est *in d. l. Marcellus, §. fin. ff. Ad Trebel.* & ita docent Barthol. *in d. l. Eam quam, sub num. 5. & 6. Cod. de Fideicom.* & ibi Bald. *num. 18.* & Ias. *n. 22.* Peregr. *d. art. 2. num. 78.* Si autem institutus esset simpliciter incapax succedendi, vt damnatus in metallum, deportatus, seruus pœnæ, monachus Ordinis Minorum, tunc cogi non poterit adire, cùm ejus institutio à principio sit pro non scripta; vel ex postfacto effecta sit caduca; nam cùm ipsi capere nequeant, non potest eorum additione confirmari testamentum. Sic Barthol, Bald & Jas. *proximè cit.* Alex. *in l. Cogi, §. Hi qui solidum, ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art. 2. num. 79.*

1197 Ampliatur sextò, vt etiam institutus, qui tantùm est capax alicujus quotæ hæreditatis, grauari possit in solidum per fideicommissum vniuersale, & cogi adire & restituere, licèt retinere non possit vltra quotam à lege concessam, vt est casus *in dict. l. Cogi, §. Hi qui solidum*, vbi Glos. & scribentes cõmuniter; *ff. Ad Trebel.* & Peregr. *d. art.* 2. *n.* 80. Exemplum est in filio naturali qui extantibus legitimis, solùm est capax successionis pro vna vncia, *l.* 2. *C. de Natural. liber.* secus in spurio, qui est simpliciter incapax succedendi in bonis paternis, *§ Si verò effusa, Auth. quib. mod. effician. sui.* Notat hoc Peregr. sup. & Rojas *Epit. succes. c.* 20. *n.* 52.

1198 Ampliatur septimò, etiamsi gravatus fuisset institutus hæres, si volet; quia is etiam cogi poterit adire: Glos. *in l. Debitori, in fine principij, ver. Contra voluntatem, ff. Ad Trebel. & ibi* Angel. & Alex. Dec. *in l. Centurio, ante n.* 17. *ff. de Vulgari*, Peregrin. *d. art.* 2. *n.* 70. & Fulat. *d. q.* 600. *n.* 13.

Ampliatur octavò, vt procedat etiam 1199 si fideicommissarius solùm in quota hæreditatis sit honoratus; quia alia portio, nolente instituto sponte adire, ei accrescit, *l.* 1. *§. Sed & quoties*, & *l. Cogi, §. Cum quidam, §. Metianus, & §. Idem Metianus ff. Ad Trebel.* Et si sint duo fideicommissarij, alter purè, vel in diem honoratus in vna portione hæreditatis, alter verò sub conditione in alia portione, potest qui purè, vel in diem honoratus est cogere institutum vt adeat, & sibi totam hereditatem restituat: aduenientè autem conditione, ipso jure in alterum fideicommissarium transibunt actiones portionis ei relictæ, *dict. §. Sed & quoties*; vbi Glos. *verb. Vniuersam*, plures casus circa hoc distinguit. Cæterùm fructus interim à priori fideicommissario percepti non restituuntur, quia nec ab hærede præstarentur. Ita Peregr. *d. art.* 2 *num.* 84.

1200 Si autem essent fideicommissarij subordinati, idest quorum primus grauatus esset restituere alteri, tunc solus primus non posset cogere heredem vt adiret, etiamsi fructus ex hæreditate pro aliquo tempore percepti, vel res aliqua particularis penes ipsum mansura sit, sed ad vtriusque instantiam coactio facienda est; *l. Si patroni, §. Qui Fideicommissariam, ff. Ad Trebel.* Et ratio est, quia fideicommissarius, penes quem solùm remanent fructus, vel aliqua res particularis, non habetur pro vniuersali, sed pro particulari fideicommissario, vt *in dict. §. Qui Fideicommissariam*, notant Barthol. Angel. Alex. *sub numer.* 4. & alij. Si verò primus fideicommissarius recuset, poterit tunc secundus hæredem cogere, non verò ante, *dict. §. Qui Fideicommissariam*; vbi plenè Alex. *notab.* 5. post Imol. fideicommissarius autem fideicommissarium non cogit, vt ibidem dicitur. Tradit hæc omnia Peregrin. *sub dict. numer.* 84. vbi in fine notat, quod in dicto textu habetur, dictum primum fideicommissarium non posse cogere hæredem absque alterius concursu, intelligi, quando primus fuit purè, vel in diem grauatus restituere secundo; secus autem si sub conditione de futuro contingenti: quia cùm interim, dum conditio pendet, hæreditatem retineat, & fieri possit vt conditio deficiat, atque adeo vt hæreditas perpetuò apud ipsum remaneat, meritò poterit hæredem cogere. Ad cujus confirmationem bonum argumentum affert *numer. sequent.* vbi videas.

1201 Ampliatur nonò, vt possit cogi institutus grauatus, etiamsi jam hæreditatem repudiasset, *l. Nam quod, §.* 1. *ff. Ad Trebel.* repudiatio enim facta contrà legem pro infecta habetur, *l. Non dubium, Cod. de Legib.* Intelligitur autem hæc ampliatio, dummodo res sint integræ, idest, nondum distractæ à creditoribus defuncti: tunc enim non auditur fideicommissarius, etiamsi sit minor, & petat

petat in integrum restitui, nisi aliquam specialem causam habeat, vt habetur *in dict.* §. 1. & ibi declarat Glos. 1. & 2. vbi aliquas causas assignat. Intelligitur etiam, nisi fideicommissarius repudianti consenserit, vt notat Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap.* 22. argum. text. *in d.* §. 1.

1202 Ampliatur decimò, vt etiam is, cui relicta est bonorum possessio cum onere fideicommissi, non excusetur eam agnoscere, etiamsi tempus eam agnoscendi præterlabi passus sit, si tamen fideicommissarius aliqua ex causa non potuit prætorem adire, &c. vt habetur *in l. Facta,* §. *pen. ff. Ad Trebel.* & latiùs explicat Donel. *proximè cit.*

Ampliatur tandem, vt quanuis fideicommissum vniuersale non possit vendi, nec cedi alicui tertio, antequam sit agnitum & restitutum, etiamsi jam sit delatum, *l. Mulier,* §. *Hæres ex asse, ff. de Iure dot.* & ibi DD. attamen possit cessionarius cogere hæredem vt adeat, & hæreditatem restituat fideicommissario ad vtilitatem ipsius cessionarij, vt tenent communiter DD. quos referunt & sequuntur Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *numer.* 6. Peregrin. *de Fideicommiss. articul.* 31. *numer.* 33. & Fusar. *de Substitution. quæstion.* 524. *numer.* 8.

1203 In pluribus autem casibus dicta regula fallit. Primò enim fallit, quando hæres grauatus institutus est sub conditione, quæ nondum extitit, *l. Sed & si alio, in fin. ff. Ad Trebel.* Dum enim conditio pendet, ipsum jus & voluntas testatoris aditionem, ac restitutionem impedit. Hoc autem intellige, nisi conditio sit talis vt habeatur pro non adjecta, vt si sit turpis, vel impossibilis. Aliæ verò implendæ sunt; vt si sit conditio dandi, v.c. dandi centum aureos, offeret fideicommissarius eam pecuniam hæredi, vt in conditione implenda sit indemnis, & tunc illum cogere poterit, *l. Sed sciendum,* 7. *ff. Ad Trebel. l. Si cui purè,* §. *vltim. ff. eodem.* Si autem sit conditio faciendi: aut erit difficilis, & tunc hæres non cogitur eam implere, sed fit potestas fideicommissario eam implendi, & cùm impleta fuerit, cogendi hæredem vt adeat, *dict. l. Si cui purè,* §. *vltim.* aut erit facilis, & tunc cogitur hæres eam implere, & adire; quia videtur malitia id recusare, ex quo nullum sibi damnum, alteri vero lucrum sequitur, vt bene cum Anton. Fabro notat Osualdus *in Addit. ad Donel. enucleatum, lib. 7. cap.* 22. *lit. H &* I. vbi rem hanc magis declarat quoad conditiones difficiles.

Fallit secundò, si fideicommissum 1204
relictum sit sub conditione, quæ adhuc pendeat. Sic Donel. *dict. cap.* 22. per text. *in l. Ita tamen,* §. *A patre,* ibi; *Quia fideicommissum datum est sub conditione, ff. Ad Trebel. & in l.* 1. §. *Sed & quoties, ff. eodem,* vbi quando sunt duo fideicommissarij, alter purè, vel in diem, alter sub conditione, soli purè vel in diem vocato tribuitur quòd possit compellere hæredem: vnde videtur id conditionali denegari, argum. *l.* 12. *in princip. ff. de Iudic.* Fatetur autem idem Donel. Doctores vulgò dissentire per *l. Apud Iulianum,* 11. §. *vltim. & dict. l. Si cui purè,* 31. *in princip. ff. Ad Trebel.* vbi quando alicui relicta est libertas purè, & hæreditas per fideicommissum sub conditione, cogitur hæres adire: ad quos textus, quanuis satis congruè Donellus respondeat, eos procedere in casu speciali, fauore libertatis; tamen satis probabile est, quod debent intelligi generaliter in quolibet fideicommisso vniuersali conditionaliter relicto. Quam sententiam videri benigniorem, & sustinendæ ordinationi testatoris magis conuenientem, nec minùs juri consonam dicit Osualdus *in Addit. ad eundem Donel. lit. L.* & quidem *in l. Ille à quo, in princip. ff. eod.* generaliter dicitur, illum, à quo sub conditione fideicommissum relictum est, non excusari ab

adeundo, eoquod posit conditio deficere. Accedit præterea ratio, quia siue conditio eueniat, siue non, nullum damnum patietur institutus ex aditione coacta; nam si eueniat, omnia onera hæreditaria transferuntur in fideicommissariam: si autem non eueniat, tunc etiam institutus oneribus hæreditarijs non tenebitur, sed dabuntur bona creditoribus defuncti, vt ipsi ea vendant, acsi institutus non adjisset, vt disponitur *in dict. l. Apud Iulianum*, 11. §. *vlt.*

1205 Fallit tertiò, quando testator expressè concessit hæredi, vt cogi non posset; quia standum est voluntati testatoris, esset enim absurdum, si Prætor plus tribueret fideicommissario, quàm testator voluerit, *dict. l. Facta*, §. *Si sub conditione*, *ff. Ad Trebel.* Atque ita Peregrin. *de Fideicommiss. articul. 2. numer.* 70. Intrigl. *de Substitut. centur. 1. quæst.* 32. *numer.* 23. & Fusar. *de Substitut. quæstion.* 600. *numer.* 16. Dixi, *quando testator expressè concessit*, quia si hæredem scripsisset cum clausula; *Si volet esse hæres*, id minimè sufficeret, vt cogi non posset, vt notauit idem Peregrin. & diximus *sup. num.* 1198.

1206 Fallit quartò, quando constat fideicommissum non deberi; *l. Ita tamen*, §. *Quoties*, *ff. Ad Trebel.* Si autem de eo sit contentio, sic distinguitur: aut controuertitur de viribus testamenti, & tunc hæres recusans adire non auditur, *dict. l. Ille à quo*, §. *Si de testamento*, *ff. eod.* & meritò, quia si valet testamentum, falsò se excusat hæres: si non valet, etiam tunc falsum dicit, causans hereditatem sibi fore suspectam, seu damnosam; siquidem eam non acquiret, quanuis adeat, vtpote quæ sibi delata non est. Aut est cõtrouersia de viribus fideicommissi, vt quia hęres neget fideicommissum factum, aut esse fideicommissum vniuersale: & tunc, vel cognitio exigit prolixiorem indaginem, & non est audiendus hęres, sed cogendus vt adeat, reseruata in posterum cognitione, *dict. l. Ille à quo*, §. *Si de Testamento*, *vers. Quid ergo*: vel probatio breui potest haberi, & audiendus est, ne fortè postea inuitus obstringatur oneribus hæreditarijs, si appareat fideicommissum esse nullum: sic Donel. *de Iure Ciuili*, *lib. 7. cap.* 22. & latiùs, relatis pluribus, Peregr. *d. art. 2. num.* 71. *& seqq.*

Sed quid, si fideicommissum non- 1207
dum præstari debeatur, eoquod fuerit relictum in diem, qui nondum aduenit? Respondetur cogi nihilominus hæredem statim adire, *l. 1. §. Sed & quoties*, & *l. Cogi*, §. *Cum quidam duos*, *ff. Ad Trebel.* certum est enim talem diem futurum, & fideicommissum præstandum esse. Atque vbi hæres coactus adijt, etiam ante diem restituere cogitur; quia periculo fideicommissarij adijt, & se retinere nolle hæreditatem declarauit, *l. Quia poterat*, *ff. eodem.* Nec obstat *l. Sed & si ante diem*, *ff. eodem*, vbi dicitur, non transferri actiones, si ante diem, vel ante conditionem, hæreditas restituta sit. Nam hic textus non loquitur de die fideicommissi, sed de die institutionis, vt ibidem aduertit Glos. eoque incerto, vt latè declarat Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili*, *cap.* 20. hic autem agimus de fideicommisso in diem certum; quod licèt ante talem diem peti non possit, debetur tamen, & restitui potest, *l. 1. ff. de Condit. & demonstr.* Vide Donel. *d. cap.* 20.

Fallit quintò, quando nihil fidei- 1208
commissarij interesset hæreditatem ei restitui, vt quia eâ restitutâ nihil habiturus sit, bonis jam à creditoribus venditis. Donel. *dict. lib. 7. cap.* 22. per text. *in l. Nam quod* §. 1. *ff. Ad Trebel.* vel quia non ei manebit, quod accipiet; vt cùm est rogatus alteri restituere, etiam sine fructibus, vt notat idem Donel. sed hoc intellige prout supra dictum est, *numer.* 1200. 1206

Fallit sextò, quando grauatus esset hæres Suus: quia per existentiam Sui hæredis con-

confirmatur fideicommissum, *l. Ita tamen, §. Si pater, ff. Ad Trebel.* & sic non est necessaria aditio, vt fideicommissario debeatur: sic cum alijs Fusar. *d. q. 600. numer. 21.*

1210 Fallit septimò, si hęres ex aditione, vel modo illius, passurus sit aliquod damnum, vel cessationem lucri, nisi à fideicommissario soluatur. Sic Donellus *d. lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 22.* per *d. l. Quia poterat, & d. l. Nam quod, §. Qui compulsus, ff. Ad Trebel.* & Peregrin. *d. art. 2. num. 86.* vbi assignat plures modos, quibus hęredi grauato prouidetur, ne aditio illi sit grauis & damnosa. Unde quando esset facienda in loco quo hæres sine incommodo, aut difficultate ire non posset, indulget Prætor vt possit fieri vbi est hæres; *l. Facta, §. Si in danda, ff. Ad Trebel.* & notant Donel. & Peregrin. *cit.*

1211 Illud tandem circa dictam coactionem non omittendum, quòd vt hæres, qui coactus adit, seruari debet indemnis, vt proximè dictum est, ita etiam nullum ex aditione, seu testamento commodum consequetur, quod habiturus non esset, si restitutus non esset, vel non adijsset, *l. Ita tamen, §. Qui suspectam, ff. Ad Trebel.* quia coacta aditio quoad ipsum adeuntem pro non aditione habetur, etiam quoad legitimam jure naturæ debitam, *l. Si postulante,* vbi Paul. Castr. *ff. Ad Trebel.* Vnde si solus esset institutus, & simul pupillariter substitutus impuberi, quemadmodum non posset succedere ex Pupillari, si hęreditatem testatoris non adijsset, *l. 2. in princip. vers. Adeo, ff. de Vulgari,* ita etiam adiens coactus non succedit ex Pupillari ad sui commodum, sed debet restituere fideicommissario: si verò cohæredem habuerit, pupilli hæreditatem retinebit, quia cohærede adeunte, quanuis ipse patris amisisset hæreditatem, tamen ex substitutione adire, & succedere poterat. Sic habetur *in d. §. Qui suspectam.* Quando autem alicui impuberi facta esset Pupillaris substitutio his verbis, *Quisquis mihi hæres erit, sit hæres filio meo impuberi,* tunc hæres, qui coactus adiuerit, siue cohæredem habeat, siue non, hæreditatem pupilli, quæ ad eum ex substitutione peruenerit, restituere cogitur fideicommissario, vltra hæreditatem testatoris in qua grauatus est, vt decidit *in dict. §. Qui suspectam,* & latiùs ibi explicat Gloss. ordin. Item qui coactus adiuit, amittit prælegata, nisi ei fuerint relicta sub conditione, *Si hæres non erit;* tunc enim ei præstanda sunt, non à cohærede, sed à fideicommissario cui hæreditas restituta est, *dict. l. Ita tamen, §. Si perceptis.* Amittit etiam restitutiones ex fideicommisso à cohærede, *l. Si patroni, §. Qui Fideicommissariam, ff. Ad Trebel.* Neque re acquirit ex eo quòd pæniteat se repudiasse, vt est casus *in l. Nam quod, §. Qui compulsus, ff. eod.* Quod tamen fallit in cohęrede conditionaliter instituto per fideicommissum grauato, qui de facto compulsus est adire, pendente conditione: nam post conditionis aduentum pœnitere potest, ac sponte adire, & lucra sibi reseruare, vt est casus *in dict. §. Qui Fideicommissariam, ad finem,* vbi Glos. & ita Peregrin. *dict. articul. 2. numer. 87.* Fallit etiam in patrono libertorum, qui semper ante restitutionem pœnitere potest, etiam postquam coactus adiuit, *d. l. Ita tamen, §. Si patronus.* Non ita verò post restitutionem factam, *l. pen. §. Si patronus, ff. de Bon. libert.* Pichar. *in Rubr. Instit. de Adoption. fine.*

Cæterùm qui coactè adit, non 1212
amittit lucra, quæ non aditâ à se hæreditate habiturus erat; veluti legata ei relicta sub conditione, *Si hæres non esset,* vt supra aduertimus per text. *in dict. §. Si perceptis,* & est casus *in l. Apud Iulianum, in princip. ff. Ad Trebel.* Nec etiam amittit lucra, quæ additionem hæreditatis non exigunt, vt donata causâ mortis, donata inter virum, & vxorem, & donata per patrem filiofamil. Glos. *in l. Filia, Cod. Famil. erciscund.* Barthol. *in l. In mortis, in fine, ff.*

de Donat. cauſ. mort. & cum alijs Peregrin. *d. art. 2. num.* 88. Item per additionem quantumuis coactam verè efficitur hæres, *d. l. Apud Iulianum, in princip.* quia voluntas quanuis coacta, voluntas eſt, & ſic dominium rerum hæreditariarum in eum tranſit, atque ab eo per ſubſequentem reſtitutionem transfertur in fideicommiſſarium, vt eſt caſus *in d. l. Ita tamen, §. 1. ff. Ad Trebel.* vbi DD. notant, quod poſt coactionem, & additionem neceſſaria eſt reſtitutio. Quamobrem fructus, & vtilitates omnes, ex rebus fideicommiſſarijs perceptos ante moram reſtitutionis hæres ille facit ſuos, perinde acſi ſpõte adijſſet, vt eſt caſus *in d. l. Ita tamen, §. 1.* Quod prouenit tum ex jure dominij, & poſſeſſionis interim penes ipſum hæredem exiſtentis, tum etiam ex negligentia fideicommiſſarij in non petenda reſtitutione, quemadmodum cùm hæres ſponte adiuit, juxta *l. Mulier, §. Si hæres, ff. Ad Trebel.* non ideo tamen conueniri poteſt à creditoribus, cùm hoc pertineat ad onera hæreditaria, à quibus coactè adiens immunis redditur, Gloſ. *in l. Cum hæreditas ex Trebel. ff. Ad Trebel.* & tex. formalis *in l. Si poſtulante, ff. eod.* atque ita Peregrin. *d. art. 2. num.* 89. poſt alios.

§. 6. *Quouſque grauatus prohibeatur alienare bona fideicommiſſo ſubjecta?*

SVMMARIVM.

REgula eſt, quòd bona reſtitutioni ſubjecta ex fideicommiſſo vniuerſali, vel particulari, non poſſunt alienari, ſaltem irreuocabiliter. Et quomodo id intelligatur? num. 1213.

Pro ſoluendis debitis teſtatoris alienari poſſunt bona fideicommiſſi. Et quomodo id intelligendum ſit? num. 1214.

Etiam pro ſoluendis debitis ipſius hæredis grauati alienari poſſunt bona fideicommiſſi. Id verò multipliciter temperatur, & declaratur; numer. 1215. *& ſeqq.*

Virum grauatus fideicommiſſo poſſit pro ſuis neceſſitatibus alienare bona fideicommiſſaria? num. 1220.

Si grauatus ſuâ culpâ contraxit æs alienum, non poteſt pro eo ſoluendo alienare bona fideicommiſſi; num. 1221.

Hæres grauatus alienare poteſt bona fideicommiſſi pro creditis, quibus teſtator ipſi erat obſtrictus; num. 1222. *Cum quibus moderationibus id ſit intelligendum? ibid. remiſsiuè.*

Res ſubjectæ fideicommiſſo permutari poſſunt ab hærede cum alijs vtilioribus: idque licèt teſtator alienationem prohibuiſſet; numer. 1223. *Probatur multis exemplis; num.* 1224. *Et ampliatur vlteriùs; num.* 1225. *Secus tamen dicendum, ſi conſtet de contraria voluntate teſtatoris; vt quia expreſsè prohibuit permutationem, vel alio modo ſe declarauit: & aſsignantur aliqua exempla; num.* 1226.

Res Fideicommiſſariæ, quæ tempore eſſent perituræ, vel reddendæ deteriores alienari poſſunt: earum tamen pretium reſtituendum eſt fideicommiſſario; numer. 1227.

Valet irreuocabiliter alienatio rei Fideicommiſſariæ, quando tam hæres alienans, quàm emptor in quem alienatur, ignorant eam eſſe ſubjectam fideicommiſſo: pretium tamen reſtituendum eſt. Et quomodo id intelligatur? numer. 1228. *& ſeq. Limitatur, & declaratur præfata reſolutio multipliciter; numer.* 1230. *& ſeqq.*

Hæres grauatus reſtituere quod tempore mortis ſuæ ſupererit de hæreditate, poteſt alienare bona talis fideicommiſſi, reſeruando tantùm quartam partem fideicommiſſario; & quomodo id ſit intelligendum? num. 1236. *& ſeqq.*

Quando teſtator expreſsè conceſsit, vt hæres poſſet alienare bona fideicommiſſi, quouſque talis facultas extendatur? num. 2248.

Circa

CIrca secundum effectum Fideicommissariæ, qui est prohibitio alienationis, regula generalis est; quòd bona restitutioni subjecta ex fideicommisso vniuersali, vel particulari, non possunt alienari, saltem irreuocabiliter, neq; alienatione propria, qua dominium transfertur, neque impropria, qua res solùm obligantur, vt per constitutionem hypothecæ, vel pignoris, *l. fin. §. Sed quia, & seq. Cod. Communia de legat. Auth. Res quæ, Cod. eod. & in corpore vnde sumpta est, scilicet Auth. de Restitutionibus, in princip. collat.* 4. Dixi, *Saltem irreuocabiliter*, nam res quæ subjacent fideicommisso sub conditione, vel in diem incertum, possunt interim alienari, vel obligari, at solùm reuocabiliter, ita scilicet vt impleta conditione, vel adueniente die, *in irritum* reuocetur alienatio, perinde acsi à principio nec scripta, nec celebrata esset, vt expressè habetur *in d. l. fin. §. fin.* si autem sint debitæ ex fideicommisso relicto purè, vel in diem certum, statim ab initio earum alienatio est simpliciter irrita, etiamsi nondum aduenerit dies quo restitui debeant, *d. §. Sed quia*, & declarat latè Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 40. *num.* 1. *& seqq.* Non prohibetur autem grauatus rem ad certum diem relictam, vsque ad illud tempus nominatim alteri concedere, ita vt die aduenient jus accipientis finiatur, ad text. *in l.* 4. *§. Et hic subjungi ff. Locati, & in l. Ex vectigali, ff. de Pignor.* & alijs apud Peregrin. *sup.*

1214 Multi verò sunt casus, in quibus dicta regula fallit, & res Fideicommissariæ alienari possunt. Primus casus est pro soluendis debitis testatoris, *l. Filiusfamilias, §. Duci, 2. ff. de Legat.* 1. *l. Peto, §. Prædium, ff. de Leg.* 2. *l. Pater filium, ff. de Legat.* 3. *l. Alienationes, ff. Famil. ercisc.* Neque ipse testator talem alienationem prohibere potuit: Fusar. & alij, quos refert *q.* 541. *num.* 9. Quando tamen testator specialiter prohibuisset rem aliquam alienari, tunc hæredi grauato non liceret eam distrahere in præjudicium fideicommissarij, si extarent alia bona pro soluendis debitis alienari non prohibita; nisi fortè ad instantiam creditorum res illa fuisset capta, & subhastata auctoritate judicis: tunc enim teneret ejus alienatio, licèt facta esset non citatis fideicommissarijs; quibus tamen saluum manebit jus ad pretium exigendum ab hærede grauato, vel aliam rem similem. Sic Bald. *in l. fin. §. Si præfatam, q.* 4. *Cod. de Iure deliber.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 40. *num.* 28. & cum multis alijs Fusar. *d. q.* 541. *num.* 19. *&* 21. Præterea etiam in casu, quo testator jussisset vendi certa bona pro soluendo ære alieno, si fortè ea bona vendi non possent, quia deessent emptores, vel si non essent sufficientia ad extinguendum debitum, possent vendi res aliæ, etiam specialiter alienari prohibitę, vt tradit Fusar. *numer.* 22. post Beroium *consil.* 93. *numer.* 19. *juncto num.* 26. *lib.* 2. Plura circa alienationem ad soluenda debita defuncti vide apud Peregrin. & Fusar. *loc. citat.*

Secundus casus est pro soluendis debi- 1215
tis ipsius hæredis grauati: nam quanuis testator illi prohibuisset alienare, tamen ex causa soluendi proprijs creditoribus alienare potest, *d. l. Filiusfamilias, §. Duci, 2. ff. de Leg.* 1. *& d. l. Peto, §. Prædium*, & ibi DD. *ff. de Leg.* 2. Barthol. *in l.* 2. *§. vltim. ff. de Reb. eorum*, & cæteri communiter. Ratio est, quia prohibitio alienationis, etiam facta ab homine, intelligitur de voluntaria, non de necessaria, qualis est quæ fit pro soluendo ære alieno, *d. §. Diui, & d. §. Prædium* quo vtroque loco hanc rationem reddunt DD. & intelligunt aliqui hanc conclusionem, etiamsi testator dixisset, se prohibere bona quoquo modo alienari; item licèt prohibuisset alienari ex causa necessitatis. Dissentit autem in vtroque casu Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 20. *& consil.* 49. *num.* 8. *fine, lib.* 3. post alios apud Fusar. *de Substitut. q.* 535. *num.* 18. *& q.* 542. *num.* 4. *&* 6.

Intelligitur verò prædicta conclusio, 1216
primo nisi extent alia bona libera, ex quibus æs alienum solui possit: Barthol. *in l.*

Pater filium, in princip. & ibi Alber. *ff. de Legat.* 3. Cuman. *in d. l. Peto, §. Prædium, ff. de Leg.* 2. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 10. *numer.* 4. Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 22. Fusar. *d. q.* 542. *num.* 14. & omnes. Atque alleganti contra fideicommissarium non extitisse alia bona libera, quæ vendi possent, incumbit onus id probandi; quia fideicommissarius volens capere habet suam intentionem fundatam in fideicómisso, & prohibitione alienationis: Hieronym. Gabr. *consil.* 118. *col.* 3. *lib.* 1. Molin. Peregrin. & Fusar. *loc. cit.* & alij.

Intelligitur secundò, nisi testator pro-
1217 hibuisset alienationem bonorum, jubendo vt perpetuò, vel continuò manerent in familia: nam tunc alienari non possunt ad satisfaciendum creditoribus grauati, etiam pro tempore vitæ illius: Alex. *consil.* 23. *col. pen. & vltim. lib.* 1. Curt. jun. *consil.* 161. *numer.* 14. Ruin. *consil.* 101. *num.* 16. alijsque in locis, Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 40. *numer.* 20. *& consil.* 49. *numer.* 8. *& seqq. lib.* 3. *& consil.* 50. *num.* 5. *& seqq. lib.* 4. vbi dicit, satis ad hoc esse, quòd testator considerauerit permanentiam bonorum in familia, licèt non expresserit, quòd perpetuò, vel continuò in illa manerent, & Fusar. *d. q.* 542. *num.* 7. licèt contrarium voluerit Hieronym. Gabr. *consil.* 123. *numer.* 10. *lib.* 1. Ratio patet, quia si bona alienarentur, licèt tantùm quoad grauatus viueret, jam pro eo tempore egrederentur à familia, contra testatoris voluntatem, quod non est admittendum.

1218 Intelligitur tertiò, vt solùm pro tempore vitæ suæ possit grauatus ad satisfaciendum suis creditoribus alienare bona alienari prohibita, itaut post ejus mortem admittatur substitutus ad reuocanda bona alienata, siue esset substitutus simpliciter, siue solùm in casum mortis: sic Ruin. *in d. §. Diui, numer.* 37. *&* 57. & ibi Crot. *num.* 26. & Ripa *num.* 53. Paul. de Castr. *in l pen. §. Sed quia, numer.* 4. C. *Commun. de leg.* Hieron. Gabr. *consil.* 118. *num.* 4 *lib.* 1. Couar. *lib.* 2. *Variar. resol. cap.* 16. *num.* 6. *vers. Tertiò, in fin.* Mascard. *de Probat. conclus.* 1236. *num.* 54. Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 21. & cum multis alijs Fusar. *d. q.* 542. *num.* 9. *& q.* 554. *num.* 13. per *d. l. Peto, § Prædium, ff. de Leg.* 2. vbi bona prohibita alienari in fauorem familiæ permittuntur vendi ex causa necessitatis; sic tamen, vt post mortem grauati retineri non possint ab hærede extraneo. Vnde causa necessitatis hoc tantùm efficit, vt casus seu conditio fideicommissi conferatur in tempus mortis: quare si tunc hæres extraneus grauato succedat, fideicommissum committitur, & jus quæritur fideicommissario.

Ex quo infertur, quòd si fideicommis- 1219
sarius moriatur ante grauatum, qui alienauit, non transmittit fideicommissum ad suos hæredes; ad *l.* 1. *§. Sin autem, Cod. de Caduc. tol.* & ita Peregrin. *d. num.* 21. & Fusar. *d. q.* 542. *num.* 11. Infertur etiam, si ei, qui ob æs alienum bona prohibita alienauit, succedat hæres is qui per fideicommissum vocatus erat ad succedendum in re alienata, quòd tunc nec ipse fideicommissarius, nec vllus alius de familia potest reuocare rem ab emptore: Glos. *in d. §. Prædium, verb. Exter hæres,* & ibi Barthol. *in tertia solut.* Imola Paul. de Castr. & alij, Peregrin. *sup.* & cum multis alijs Fusar. *q.* 542. *numer.* 12. *& q.* 557. vbi hanc traditionem latè declarat, & variè limitat: illum consule.

Ad hæc quęri generaliter solet, vtrùm 1220
grauatus fideicommisso possit, pro suis necessitatibus alienare bona Fideicommissaria, vt pro se liberando à carcere, &c. quam quæstionem tractat latè Fusar. *de Substitut. q.* 535. vbi multas ponit distinctiones, & declarationes, variasq; DD. sententias. Cæterùm, alijs omissis, resolutio tenenda, est; si grauatus est carceratus, vel constitutus in alia non leui necessitate, & non habet aliunde quo se liberet, potest alienare de bonis fideicommissi quantum ad necessitatem subleuandam necessarium fuerit, si absque sua culpa ad eam deuenit: si autem ob aliquod delictum, vel ex alia culpa, licèt de se immediatè non ordinatâ ad casum, vt quia luxu,

luxu, & ludo multa bona consumpsit, ex quo tandem ad paupertatem redactus est, tunc secus dicendum juxta communem DD. quam relatis pluribus tradit Fusar. *d. q. 535. num. 1. & 10.* licèt nonnulli dissentiant. Eam tamen idem Fusar. cum multis alijs limitat *num. 3. & 13.* vt non procedat in descendentibus testatoris; cùm verosimile sit, quòd testator, si talem filij, aut nepotis casum cogitasset, alienationem concessisset. Verùm ab hac limitatione recedunt Couar. *lib. 2. Variar. cap. 16. num. 9. vers. Tertiò*, & Menoch. *de Præsumption. lib. 4. præsumpt. 192. sub num. 10.* qui tamen admittit, succurrendum esse filio ex bonis fideicommissi per modum eleemosynæ: id quod relatis alijs tradit etiam Fusar. *supra, numer. 21.*

1221 Ex his colliges, quod supradictum est, posse à grauato alienari bona fideicommissi pro soluendo ære alieno, quo ipse tenetur, intelligi debere, nisi grauatus suâ culpâ contraxisset æs alienum, vt quia malè consumpsit bona sua, & propterea pecunias mutuò accepit ad se à carcere liberandum, vel similem necessitatem subleuandam: Fusarius plurimos referens *d. q. 535. num. 10.* Eadem namque est ratio in necessitate soluendi æs alienum, atque in alijs necessitatibus. Vnde etiam moderationes, quibus supra restrinximus permissionem alienationis ob æs alienum, locum similiter habent in alienatione propter alias necessitates. Illud etiam nota, si grauatus, qui rem Fideicommissariam ob dictas necessitates alienauit, postea acquirat alia bona teneri ex acquisitis satisfacere fideicommissario, vt cum Ruin. & Simon de Præt. aduertit Fusar. *d. q. 535. num. 23.* Vtrum ad alienandum in dictis casibus requiratur decretum judicis? Alij affirmant, alij probabiliùs negant: vide Peregrin. *d. art. 40. num. 22.* & Fusar. *d. q. 542. numer. 17. & q. 535. num. 26.*

1222 Tertius casus est, quando hæres grauatus fideicommisso vniuersali, siue conditionali, siue etiam puro, res aliquas alienaret pro creditis, quibus testator ipsi erat obstrictus, (hæc enim non adeo confunduntur, vt ea detrahere nequeat, Peregr. *de Fideicommiss. art. 35.*) vel pro legitima, si ei in bonis testatoris debebatur; vel pro Trebellianicâ, quàm posset detrahere. Valere namque & sustineri irreuocabiliter hujusmodi alienationem, loco detractionis, quam hæres pro dictis creditis, & quartis sibi debitis facere poterat, communis est DD. sententia, quam multis relatis tradunt, & latè declarant Peregrin. *de Fideicommiss. art. 39.* & Fusar. *de Substitut. q. 543.* Quomodo autem, & cum quibus moderationibus hæc alienatio fieri possit, vt sit firma, nec fideicommissario fiat injuria? Res est satis intricata & difficilis, vt apud DD. citatos videre poteris.

Quartus casus est, quando res subjectæ fideicommisso vniuersali alienarentur ex causa permutationis cum alijs vtilioribus, vel magis commodis, & proficuis. 1223 Permittitur enim talis alienatio juxta Barthol. & alios communiter, *in l. Imperator, §. Cum autem, ff. de Leg. 2.* & ita relatis multis docent Peregrin. *de Fideicommiss. art. 40. numer. 32.* & Fusar. *de Substitut. q. 530.* qui addunt, hoc procedere, etiam si testator prohibuisset bonorum alienationem; & quidem ita sentiunt Bald. *in Auth. Res quæ, num. 22. Cod. Commun. de legat.* Oldrad. *in l. vltim.* & ibi Alber. *num. 5. Cod. de Rebus alien. non alien.* Jas. *in l. Filiusfamilias, §. Diui, in 2. lect. not. 7.* & ibi Crot. *num. 114.* Claud. *num. 9.* & Alciat. *vers. Sic responsum est, ff. de Leg. 1.* Angel. *consil. 109. col. 1.* Paul. de Castr. *cons. 269. lib. 2. in nouis*, Ruin. *consil. 118. num. numer. 15. lib. 2.* Socin. jun. *consil. 20. col. vltim. lib. 1. & consil. 28. num. 8. lib. 2.* Felin. *cons. 92. num. 4.* Alban *consil. 97.* pro quo fuit judicatum, Natta *consil. 479. numer. 5.* Petra Placentin. *tract. de Fideicommiss. q. 8. num. 525.* Menoch. *cons. 1141. num. 26.* Cephal. *consil. 719. num. 20. lib. 5.* Afflict. *decis. 336.* Molin. *de Primogen. lib. 4. cap. 1.* & multi alij, quos adducit Fusar. *d. q. 530. num. 4.* quanuis nonnulli etiam contradicant, quos idem

Fusar.

Fusar. refert *num.* 5.

Fundamentum hujus sententiæ sic amplia-
1224 tæ est primo, quia per talem permutationem non læditur persona, cujus favore fuit prohibita alienatio; imo verò melius cum ea agitur, cùm res alia vtilior pro alienata subrogetur: quando autem cessat præjudicium talis personæ, cessat etiam prohibitio. Vnde in tali casu non incidit alienans in pœnam *l. Ex hoc edicto, §. Siquis alienauerit, ff. de Alienatione judic. mut. cau. facta*, quo argumento vtuntur Angel. Paul. Castr. Natta, Petra, Peregrin. & Fusar. *loc. sup. citat.* Secundò, quia licèt bona minorum alienari non possint sine certis solemnitatibus à jure requisitis, tamen si sit facta in vtilitatem minoris, tenet, *l. Cum his, §. Cum transactionem*, & ibi Glos. *ff. de Transact.* ad quod plurimos DD. allegat Decian. *consil.* 121. *num.* 55. *lib.* 3. vbi testatur esse communem, & veriorem sententiam. Tertiò, quia res Ecclesiæ quanuis prohibitæ sint alienari, tamen alienari, & permutari possunt in euidentem vtilitatem Ecclesiæ, *cap.* 1. *& cap. Super, de Reb. Eccles. non alien. cap. Tertulas*, 12. *q.* 1. Quartò quia res dotalis, licèt alioqui sit inalienabilis, tamen ob vtilitatem potest permutari, *l. Ita constante, & l. seq. & l. Si ex lapidicinis, ff. de Iure dot.* neque ad hoc requiritur decretum judicis, quanuis valde vtile sit illud adhiberi: Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 32. *fine.* Quintò, quia bona feudalia, quę non possunt alienari, possunt tamen permutari, & bona sic permutata induunt naturam feudalium, *cap.* 1. *§. Cum autem*, & ibi Afflict. *col. pen. tit. Si inuestit. controu. fuerit*, Decian. *consil.* 55. *num.* 34. *lib.* 3. Ruin. *consil.* 219. *col.* 4. *lib.* 1. Fusar. *sup. num.* 6. *ad fin.* Sextò denique, quia ita planè videtur habere text. *in §. penult. vers. Si verò contigerit, Auth. de Restitution. fideicom.*

1225 Ampliatur præterea hæc sententia primò, vt etiam cùm rebus ipsius prohibiti fieri possit permutatio, seu subrogatio; nam vbi permutatio permittitur, licita etiam est subrogatio, cùm eadem sit ratio. Ita Alban. *consil.* 97. *num.* 15. quem sequuntur Peregrin. & Fusar. *loc. citat.* Ampliatur secundò, vt pro tali alienatione facienda non sit necessarium decretum judicis, neque citatio fideicommissarij, seu illius cujus favore prohibita est alienatio: Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 32. & 35. & Fusar. *d. q.* 530. *num.* 18. & 19. qui alios referunt.

Limitatur autem, vt non procedat 1226
quandocumque constiterit saltem præsumptiuè de contraria voluntate testatoris, vt quando is expressè prohibuit permutationem: vel quando prohibita alienatione immobilium, expressè dixisset, quòd certus aliquis fundus posset alienari, sic tamen vt ex pretio emeretur alius fundus, qui sub fideicommisso contineretur; vel quando certam rem particularem alienari prohibuisset; nam tunc ea res permutari non posset: vel quando res esset talis vt testator peculiarem affectionem ad eam haberet, vt si esset turris de familia, vel domus in vrbe notabilis, aut in qua ipse testator fuit educatus: quas omnes limitationes afferunt & probant, relatis alijs DD. Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 33. *& seq.* & Fusar. *d. q.* 510. *à numer.* 7. qui tandem rectè aduertit, quod quando licita est permutatio, res permutata venit in restitutione fideicommissi; id quòd plures alij apud ipsum monent, & dicemus *infra §.* 12. *num.* 1363. *& seqq.*

Quintus casus est, quando res Fidei- 1227
commissariæ essent tempore permutæ, vel deteriores efficiendæ; tunc enim alienari possunt: Glos. *in l. Marcellus, §. Res quæ*, & ibi DD. *ad Trebel.* Ripa *in l. Cum res, ff. de Damno infecto*, Felin. *in cap. Cum accessissent, num.* 20. *de Constitut.* Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 22. *in antiqua edit. & in nouissima, num.* 27. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 40. *num.* 37. & cum multis alijs Fusar. *de Substitut. q.* 544. *numer.* 1. argum. text. *in l. Et si sine, §. Districtè, & in l. Verum, §. Si locupleti, ff. de Minor. & in l. Non solum, ff. de Petit. hæred. & in l. Aristo, & in l. Ait prætor, ff. de Iure deliber. & in l. Pro hærede, in*

prin-

princip. ff. de Acquir. hæredit. & alijs. Ex quibus notant etiam Peregrin. & Fusar. *citat.* alienari similiter posse res nimis onerosas, & quæ magnos exigunt sumptus, vel prout fuerit necessarium ad reparationem, aut conseruationem aliarum rerum hæreditariarum, seu fideicommissariarum. Atque ex hujusmodi causis non tantùm potest hæres alienare, verùm si non alienanet, & propterea res aliquæ pereant, tenetur fideicommissario de jactura: Glos. *in d. §. Res quæ*, & ibi DD. Peregrin. *d. num.* 37. & Fusar. *d. q.* 564. *numer.* 2. Cæterùm pretium quod ex hujusmodi alienatione redactum fuerit, restituendum est fideicommissario, vt Mantic. Peregrin. & Fusar. *loc. citat.* alijque DD. notant.

1228 Sextus casus est, quando tam hæres alienans, quàm emptor in quem alienatur, ignoraret rem esse subjectam fideicommisso: tunc enim valeret alienatio irreuocabiliter, & solùm pro pretio competeret actio fideicommissario aduersus hæredem. Casus est *in l. Quidam, §. fin. ff. Ad Trebel. & in l. Si hæres, & in l. fin. §. fin. ff. de Leg.* 2. & ita docent communiter DD. Barthol. *in d. l. fin. §. fin.* & ibi Bald. Alber. Imol. Paul. de Castr. & alij, Alex. *in l. Marcelus, §. Res quæ, num.* 3. *ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. *num.* 2. Ias. *in l. vltim. §. Sed quia, Cod. Communia de legatis*, & alij innumeri, quos longa serie referunt, & sequuntur Peregr. *de Fideicommiss. art.* 40. *num* 38. *& art.* 45. *numer.* 24. & Fusar. *de Substitut. q.* 556. *num.* 1. Ratio videtur sumi ex ipsa naturali æquitate, quæ postulat, vt id concedatur bonæ fidei eorum, inter quos ex ignorantia alienatio facta est. Vnde hac ipsa de causa, si hæres putatiuus bona fide alienet rem hæreditariam, non potest verus hæres eam postea vendicare ab emptore bonæ fidei, in quem alienata est, vt est casus, *in l. Sed si lege, §. Item si rem distraxit, ff. de Petit. hæredit.* sed tantùm potest agere pro pretio aduersus hæredem putatiuum, quatenus est factus locupletior, & non vltra, vt ibi notatur per text. in eadem *l. in §. Consuluit, & in §. Adeo autem.* Si autem vel alienans, vel acquirens sciret rem esse fideicommissariam; tunc alienatio irreuocabilis non esset, cùm jus tali alienationi non patrocinetur. Ita supponunt communiter DD. & patet per text. *in d. l fin. §. fin ff. de Leg.* 2. ibi; *Propter justam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris.*

Procedit autem prædicta conclusio, siue 1229
ignorantia prouenisset ex facto testatoris, siue aliunde, dummodo fuerit justa, seu probabilis, vt est communis sententia, quam relatis multis tradunt Peregrin. *d. art.* 40. *num.* 39. & Fusar. *d. q.* 556. *numer.* 3. licèt aliqui contradicant. Procedit etiam, siue alienatio facta fuisset voluntariè, siue ex necessitate culpâ grauati incursa: Petra Placentin. *de Fideicommiss. q.* 3. *num.* 47. & Fusar. *sup. num* 6. Item siue fideicommissum fuerit vniuersale, siue particulare; nam eadem in vtroque est ratio. Sic Paul. de Castr. *in l. vltim §. Se quia nostra*, & ibi Corn. *Cod. Commun. de legat.* Socin. sen. *in l. Marcellus, §. Res quæ, num.* 8. *ff. Ad Trebel.* Padil. *in Auth. Res quæ, numer.* 7. *Cod. Commun. de legat.* Peregrin. *sub d. num.* 39. & cum alijs Fusar. *d. q.* 556. *num.* 10. licèt plurimi apud eundem Peregrin. & Fusar. contradicant.

Limitatur autem primò, vt non pro- 1230
cedat in fideicommissis purè relictis, vel tempore alienationis jam purificatis. Nam textus, quibus dicta conclusio nititur, loquuntur tantùm in relictis conditionalibus. Atque ita sentiunt communiter DD. vt apud Peregrin. & Fusar. *loc. citat.* videre licet. Et quidem in fideicommissis, quorum dominium ipso jure transit in fideicommissarium ante restitutionem (cujusmodi sunt fideicommissa pura rerum certarum, & vniuersalia relicta Ecclesijs, pijs locis, & pauperibus, & si qua sunt alia, de quo alibi) limitatio videtur citra dubium, quia cùm dominium horum relictorum transeat rectâ viâ in fideicommissarium, & sic non maneat penes hæredem, non potest is per alienationem transferre illud in alium. At si loquamur in fideicommissis, quorum do-

mi-

minium residet penes hæredem, & non transit in fideicommissarium, nisi post restitutionem, cujusmodi regulariter sunt fideicommissa vniuersalia, non videtur dicta limitatio admittenda, cùm simul cum dominio ex parte hæredis alienantis concurrat pariter bona fides tam ipsius alienantis, quàm ementis; quæ est ratio ob quam in casu illorum textuum valet alienatio irreuocabiliter: & ita sentit Ruin. *consil.* 118. *num.* 14. *lib.* 2. vbi allegat Paul. de Castr. & Socin. sen & dicit esse de mente Barthol. *in l. Imperator, §. vlt. ff. de Leg.* 2.

1231 Limitatur secundò, quando adesset expressa prohibitio alienationis: tunc enim nihil proderit esse factam ex ignorantia, nisi tantùm ad hoc vt alienans nõ incidat in pœnam contrauentionis. Ita docent communiter DD; quos longa serie refert eos sequens Fusar. *d q.* 556. *n.* 15. tenet etiam referens plures Peregr. *d. art.* 40. *sub n.* 39. *vers. Rursus*, ubi rationem etiam reddit, quia expressa prohibitio statim ab initio inualidat alienationẽ, & facit commiti fideicommissum fauore fideicommissarij, ita vt ex tunc dominiũ in eum transeat, vt notant scribentes *in l. Filiusfamiliàs §. Divi*, 2. *ff. De leg.* 1. & quia nisi locus esset fideicommisso, destrueretur ordinatio testatoris.

1232 Limitatur tertiò, vt non procedat quãdo fideicommissum est relictum vt maneat in familia: Alciat. *in l. vlt. n.* 7. *ff. de Leg.* 2. Bologn. *in d. l. Filiusfamiliàs, §. Divi, n.* 82 *ff. de Leg.* 2 & alij. Ratio patet, quia alioqui euerteretur voluntas testatoris, qui voluit vt res in specie conseruaretur in familia.

1233 Limitatur quartò, vt non procedat in alienatione facta titulo lucratiuo; nam textus prædicti solùm loquuntur in alienatione facta per contractum oneroſum; & cùm decisio sit exorbitans, extendi non debet vltra casum expressum; maximè cũ diuersa sit ratio in alienatione lucratiua; nam facilius, & congruentius conuenitur qui rem possidet titulo lucratiuo, quàm qui titulo oneroso. Atque ita docent Cuman. *in d. l. fin. §. fin. ff. de Leg.* 2. *Ruin. in d. Auth. Res quæ, n.* 5. *C. Commun. de leg.* & cum alijs Peregrin. *d. art.* 40 *sub n.* 39. *vers. Præterea, & seq.* & Fusar. *d. q.* 556. *n.* 13. licèt contrarium senserint Alex. & Socin. sen. *in d. §. fin. n.* 11.

1234 Declaratur præterea dicta principalis conclusio, vt quãdo hæres non fuerit soluendo, detur fideicommissario recursus aduersus emptorem pro re, vel pretio, vt multis relatis DD. notant Peregrin. *sub d. n.* 39. *vers. Prior* & Fusar. *d. q.* 556. *n.* 20. per tex. *in §. Si tamen, Authent. de Restit. & in l. Planè si filius, §. Si quis rogatus, ff. de Legat.* 1. Item pretium, quod pro re ignoranter alienatâ soluendum est fideicommissario, debet esse quod res valet tempore petitionis, & cogniti fideicõmissi, vt latè probat Peregrin. *d. art.* 40. *sub d. n* 39. *vers. Dubium est, & seqq.* & notat Fusar. *d. q.* 556. *n.* 23. licèt contrarium voluerit Ruinus apud Peregrin. cit. dicens solùm pretium receptum restitui debere.

1235 Si quæras, vtrùm dicta ignorantia præsumatur, itaut fideicommissario agenti incumbat probare scientiam? Respondet affirmatiuè cum multis alijs Fusar. *d. q.* 556. *n.* 26 qui tamen nonnullas circa hoc ponit declarationes, quas apud illum videndas omitto.

1236 Septimus casus est, quando hæres fuit grauatus restituere quidquid tẽpore mortis ejus supererit ex hæreditate: tũc enim alienare potest ex tacita permissione testatoris. Et quidem juxta jus antiquum, poterat talis hæres alienare omnia bona, si modo non animo interuertendi fideicommissum, sed bona fide arbitrio boni viri id faceret, prout expressè habetur *in l. Titius rogatus, ff. Ad Trebel.* At juxta jus nouum *in Auth. Contra cum rogatus, Cod. Ad Trebel. & in corpore vnde sumpta est*, scilicet *in Auth. de Restitutionibus, §. Nobis ergo*, tenetur talis grauatus quartam partem reseruare fideicommissario, præterquam in quibusdam casibus ibidem expressis; & si eam aliàs diminuat, seu alienet, suppletur de bonis ejus; & in subsidium hypothecaria aduersus receptores agitur: verba *dict. Auth.*

Contra

Contra cum rogatus, sunt: *Cum rogatus fuerit quis, vt sine liberis decedens quod tunc ex hæreditate superest restituat, quartam institutionis fideicommissario restituere cogitur: quòd si contingat eam diminui, aut ex ipsius substantia suppletur, aut ea deficiente, in rem actio, & hypothecaria fideicommissario permittitur aduersùs rerum receptores: ex causa tamen dotis, seu propter nuptias donationis, seu captiuorum redemptionis, vel si non habeat vnde faciat expensas*, (scilicet pro suis alimentis) *hujus quartæ permittitur diminutio.*

1237 Circa quam Constitutionem dubitatur primò, vtrùm exceptâ dictâ quartâ, possit grauatus alienare pro libito reliqua bona, seu dodrantem? Qua in re tres sunt opiniones. Prima indistinctè affirmat; pro qua adduci solent Glos. Cynus, Odofred. Bald. Paul. Castr. & Salic. *in dict. Auth. Contra cum rogatus*, item Glos. *in l. Imperator, §. vltim.* & ibi Barthol. *ff. de Legat. 2.* Jacob de Belouiso *in dict. §. Nobis ergo*, & ibi Angel. *Auth. de Restitution.* Barthol. *in l. pen. ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. & Alber. Alex. *in d. l. Titius rogatus, vers. Tamen hodie puto*, multique alij, quos refert Fusar. *de Substit. q. 545. num. 1.* & sequitur *num. 3. in fine.* vbi dicit hanc sententiam esse magis receptam, & videri veriorem. Eandem tenent Anton. Gom. *tom. 1. Variar. resol. cap. 5. num. 16.* & Peregr. *de Fideicom. art. 40. num. 44.* vbi dicit semper sibi visam fuisse veriorem, & ad finem testatur, juxta illam fuisse judicatum, ipso aduocante. Probatur efficaciter ex text. *in d. §. Nobis ergo, Auth. de Restitution.* vbi reseruatâ quartâ institutionis fideicommissario restituendâ, permittitur grauato vti cæteris partibus, vt voluerit, sicut perfectis dominis licet: ibi; *Et licentiam habere cum his sicut voluerit vti, quemadmodum perfectis dominis competit.* Quibus verbis plenissimam potestatem illi tribuit Justinianus consumendi pro libito integrũ dodrantem, vt satis manifestũ est.

1238 Confirmatur, quia Justinianus *in d. §. Nobis ergo*, solùm prohibuit donationes, quibus dicta quarta minueretur, respiciendo ad hoc quòd forsan fierent studio interuertendi fideicommissum, vt patet ex textu ibi; *Et forsan ex studio interuertendi*, &c. ergo cùm nihil tale pro reliquis partibus statuerit, sed potiùs absolutè indulserit, vt illis posset grauatus vti sicut voluisset, planum est permitti ei, quòd possit eas consumere, & dissipare, etiam ex studio interuertendi fideicommissum quoad illas, absque fideicommissarij injuria. Confirmatur præterea, quia cùm olim solùm permitteretur hęredi, vt posset dictum fideicommissum alienare arbitrio boni viri, & propterea magnæ in hoc essent ambiguitates, & contentiones, voluit Justinianus in dicto textu statuere certam legem, qua solâ dictâ quartâ fideicommissario reseruatâ, reliquæ omnes liberæ dispositioni hæredis relinquerentur, & sic omnes tollerentur ambiguitates: ergo simpliciter, & non solùm pro boni viri arbitrio, hæredi permittitur alienatio illius dodrantis.

Secunda opinio negat, posse dictum 1239
dodrantem alienari absque justa causa; quòd hac deficiente, præsumatur fieri alienationem dolosè animo interuertendi fideicommissum, & fraudandi fideicommissarium, quod lex non permittit, vt constat per text. *in d. l. Titius rogatus, ff. Ad Trebel.* ibi; *Si non interuertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur*, & ita hanc sententiam tenent Paul. de Castr. *in d. l. Titius*, & ibi Comen. *num. 2.* Ruin. *cons. 109. num. 11. lib. 2.* & alij, quos citat, & secutus fuit Menoch. *consil. 334. num. 60. lib. 4.* licèt postea *lib. 4. de Præsumpt. 188. numer. 14.* dixerit hanc opinionem non esse veram: plures pro eadem adducit Fusar. *d. quæst. 545. num. 2.*

Tertia opinio distinguit, & aliquo mo- 1240
do prædictas contrarias conciliat, asserendo, quòd aut alienatio facta est principaliter causâ interuertendi fideicommissum; & tunc procedit secunda opinio, aut non est facta principaliter animo interuertendi fideicommissum, sed aliâ de causa, & tunc vera est prima opinio.

Ita expressè relatis pluribus tenet Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 10. *tit.* 4. *num.* 21. & videtur etiam tenere Menoch. *d. præsumpt.* 188. *numer.* 15. *fine*, & nonnullos alios pro ea adducit Fusar. *d. q.* 545. *num.* 3.

241 Nihilominus tamen recedendum non est à prima opinione, tenendumque valere alienationem dicti dodrantis, quanuis principaliter facta sit animo interuertendi fideicommissum, & fraudandi fideicommissarium. Nam id manifestè conuincitur ex fundamentis pro prima sententia adductis. Neque in tali casu considerari potest dolus, vel injuria aliqua fideicommissario irrogari: cùm hæres habeat jus, & facultatem ad alienandum dictum dodrantem, vt voluerit: qui autem vtitur jure suo, non committit dolum, nec facit alteri injuriam, *l. Nullus videtur, 55. paulò post princip. vers. Is tamen, ff. de Liber. hom. exhib.* ibi; *Dolo malo non videtur habere, qui jure suo vtitur*: latè Sanch. *lib.* 3. *de Matrimon. disp.* 18. *num.* 29. Retentâ verò tertia opinione, non sustinebitur alienatio, si probetur fuisse facta animo interuertendi fideicommissum; id quod ex conjecturis probari potest, quas multas in particulari adducit Fusar. *d. q.* 545. *à numer.* 7. In dubio autem non præsumitur fuisse facta principaliter animo interuertendi, vt relatis pluribus tradit Peregrin. *d. art.* 40. *n.* 51. & Fusar. *sup. n.* 4. licèt aliqui apud eundem Fusar. contrarium senserint.

1242 Dubitatur secundò, vtrùm grauatus dicto hdeicommisso possit alienare dodrantem, non solùm inter viuos, sed etiam per viam testamenti, ideſt, testando de illis bonis in præjudicium fideicommissarij? Respondent affirmatiuè Bald. *in d. Auth. Contra cum rogatus, numer.* 9. & 10. & ibi Barbat. *in Addition. Cod. Ad Trebel.* multique alij apud Fusar. *d. q.* 545. *num* 41. Contrariam tamen sententiam, quod licilicet per testamentum non possit fieri illa alienatio, tenent meritò Alex. *in d. l. Titius rogatus, num.* 9. & ibi Cuman. & Paul. de Castr. *ff. Ad Trebel.* Alciat. *in l. Pater, §. Fundum, numer.* 2. *ff. de Leg.* 2. Socin. sen. *consil.* 31. *n* 13. & *consil.* 99. *n.* 21. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 188. *n.* 17. Peregr. *d. art.* 40. *num.* 43. & *consil.* 45. *lib.* 4. Intrigl. *de Substit. cent.* 3. *q.* 73. *n.* 29. & cum multis alijs Fusar. *d. q.* 545. *n.* 42. Ratio est, quia testator jussit restitui bona, quę supereſſent tempore mortis grauati: quæ autem non sunt alienata inter viuos, sed solùm per testamentum alicui relinquuntur, reuerà supersunt tempore mortis ipsius relinquentis, nam licèt actus testandi fiat in vita, tamen effectus confertur post mortem, & sic bona per talem actum relicta non transferuntur, nec censentur alienata dum testator viuit, atque adeo verè & propriè supereſſe dicuntur tempore mortis ejus. Ergo cùm fideicommisso supposita sint omnia bona, quæ supersuerint tempore mortis grauati, omnia illa relicta ad fideicommissarium spectant, nihil obstante testamento, quo grauatus ea alteri reliquit, cùm voluntati fideicommittentis derogare non possit.

Illud tamen admittendum videtur, si 1243
fideicommissum relictum sit de eo quod post mortem grauati supererit, seu repertum fuerit, non venire in tali fideicommisso bona, quæ grauatus, siue inter viuos, siue per vltimam voluntatem alienauit, exceptâ quartâ fideicommissario reseruatâ, per text. *in d. §. Nobis ergo*; cùm illa etiam, quæ grauatus per vltimam voluntatem alteri reliquit, non videantur supereſſe post ejus mortem, siquidem ipsa morte eorum alienatio perficitur, & effectum habet. Præterea, etiam quando fideicommissum relictum est de eo quod supererit tempore mortis, sustinenda videtur alienatio, quam grauatus faceret per vltimam voluntatem de bonis, quæ alteri reliquerit in satisfactionem debitorum; cùm talia bona jam in radice, & in causa alienata censeantur in vita grauati, nec videatur supereſſe quod debitum est.

Ex dictis colliges, si grauatus nihil ali- 1244
enauit de bonis dicto fideicommisso subjectis, non posse ejus hæredes quidquam de illis retinere, sed omnia debere restitui fideicommissario: Bald. *in dict. Auth.*

Auth. Contra cum rogatus, num. 6. & ibi Salic. *vers. Quæro si nihil*, Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 16. *ampliat.* 2. & cum multis alijs Menoch. *d. præsumpt.* 188. *sub num.* 19. Peregrin. *d. art.* 40. *numer.* 40. & Fusar. *d. q.* 545. *numer.* 38. Ratio patet, siquidem in tali casu omnia bona supersunt tempore mortis grauati, & sic omnia veniunt restituenda ex dicto fideicommisso relicto de bonis, quæ superfuerint. Atque ita planè supponitur *in d. Auth. Contra cum rogatus, & in corpore vnde sumitur.* Vtrùm autem in tali casu possit detrahi Trebellianica? Negat Angel. Perus. *in l. Cogi, §. Inde quæritur, ff. Ad Trebel.* quòd tale fideicommissum non sit vniuersale, nec sequatur ejus naturam. At contrarium docet melius Anton. Gom. *loco proximè cit.* post Barthol. *in dict. l. Titius rogatus, quæst. vltim.* Paul. de Castr. Imolam, & multos alios.

1245 Dubitatur tertiò, si ex rebus alienatis hæres grauatus comparauit alias, vtrùm hæ veniant in restitutione fideicommissi? Respondetur affirmatiuè per text. *in l. Imperator, §. fin. & l. seq. ff. de Leg.* 2. & ita Peregrin. *d. art.* 40. *sub numer.* 44. *vers. Alia est*, & Fusar. *d. q.* 545. *num.* 44. post Alciat. *consil.* 76. *numer.* 20. *lib.* 3. & alios. Idem tradit Anton. Gom. *dict. cap.* 5. *ampliat.* 4. Et idem est de pretio rerum alienatarum, si extet, quia in relictis vniuersalibus pretium venit loco rei, & econtra: Anton. Gom. *loc. cit.* per *d. l. Imperator, §. fin.* Vnde etiam à fortiori, si grauatus res alienatas iterum acquirat, fideicommissario restituendæ sunt, vt notat Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 20. & Fusar. *sup. num.* 45. post Barthol. *in d. l. Titius rogatus, col.* 1. *ff. Ad Trebel.* Quòd si facta sit alienatio, pretium autem solutum non sit, quando moritur grauatus, tunc etiam pretium spectabit ad fideicommissarium: Barthol. *in d. l. Titius, in fine*, & ibi Castr. *ff. Ad Trebel.* & cum alijs Fusar. *d. q.* 545. *numer.* 43.

1246 Dubitatur quartò, vtrùm fructus ex bonis hæreditarijs percepti, & extantes tempore mortis grauati restituendi sint vnà cum bonis ipsis non alienatis? Respondetur distinguendo duos casus. Nam vel testator dixit, *Quidquid supererit ex hæreditate mea restituatur*, &c. & in hoc casu fructus extantes medio tempore percepti ab hærede lucro ejus cedunt, & non restituuntur, vt est casus, *in l. Deducta, §. penult. ff. Ad Trebel.* Et ratio est, quia hæreditas adita per hæredem amittit nomen hæreditatis, *l. Sed & si plures, §. Filio, ff. de Vulgari*, Glos. *in l.* 1. *§. Veteres*, vbi latè Jalon, *numer.* 14. *ff. de Acquir. hæred.* & propterea fructus ab adita hæreditate percepti non dicuntur hæreditarij, ac proinde non veniunt in fideicommisso, quo residuum hæreditatis restitui præcipitur: vel dixit, *Quidquid superierit ex bonis meis*, vel, *ex hæreditate, & bonis.* Et tunc fructus extantes restituendi sunt: nam etiam post aditam hæreditatem bona testatoris dicuntur, & fructus ex bonis sunt. Ita distinguunt, & resoluunt Barthol. *in d. l. Titius rogatus, ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. & Alex. *numer.* 6. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 188. *num.* 15. *& seqq.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 49. *num.* 29. Fusar. *de Substitut. q.* 626. *numer.* 39. & plures alij, quos refert, licèt in secundo casu dissentiant Imola *in d. l. Titius rogatus*, cujus argumentis satisfacit Alex. *ibidem.*

Illud tandem non omittendum, quòd 1247
alienata per hæredem grauatum in id quod supererit, sunt illi imputanda in Trebellianicam, & alias detractiones, vt cum Paul. de Castr. Guid. Paris. & alijs notat Fusar. *de Substitut. quæst.* 545. *numer.* 46.

Octauus casus est, quando testator 1248
expressè indulsit, vt grauatus posset alienare bona fideicommissi. In quo casu certissimum est licere hæredi grauato eam alienationem, cùm habeat pro se testatoris voluntatem, quæ in testamentis totum facit, & regit. *l. Ex facto, ff. de Hæred. instit. l. In conditionibus, ff. de Condit. & demonstr. l. Cum quæstio, Cod. de Legat.* Hinc tamen

non leues oriuntur difficultates; quia in primis dubitatur, vtrum talis hæres teneatur reseruare quartam bonorum fideicommissario? Item an possit alienare pro libito, vel solùm ex justa causa? Item vtrum dicta alienandi licentia, intelligatur de sola alienatione inter viuos, vel etiam per vltimam voluntatem? Et præterea, si grauato concessa sit facultas alienandi, vel disponendi de certa summa, & ille moriatur, non facta speciali dispositione; an ejus hæredes eam habere possint, quasi tacitè eis fuerit relicta? Quas omnes difficultates varijs hinc inde opinionibus, & declarationibus adductis, multisque citatis DD. pertractant Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 40. *à num* 46. *vsque ad* 62. & Futar. *de Substitut. q.* 546. *& quatuor seqq.* præsertim *q.* 549. *& seq.* apud quos videndas remitto.

Alienari præterea possunt res fideicommissi ex causa dotis constituendæ, vel restituendæ, juxta celebrem *Auth. Res quæ, Cod. Commun. de legat.* qui casus cum sint valde celebres, & in praxi frequentes, sub peculiari titulo *duobus seqq. §§.* explicandi sunt.

§. 7. *De alienatione rerum fideicommisso subjectarum ex causa dotis constituendæ.*

SVMMARIVM.

Liberi grauati fideicommisso à testatore possunt ex causa dotis, vel donationis propter nuptias sibi constituendæ, alienare bona ipsius fideicommissi; num. 1249. *Idque non tam ex præsumpta patris voluntate, quàm ex dispositione juris; num.* 1250. *Excluditur quædam objectio in contrarium; num.* 1251.

Si pater prohibeat bona fideicommissi alienari per filium, vel filiam, etiam ex causa dotis, an talis prohibitio impediat dictam alienationem, seu detractionem bonorum fideicommissi ad dotis complemenum? num. 1252.

Ampliatur primò præfata resolutio, vt etiam ex causa dotis ad ingrediendum Religionem possit filia, vel neptis testatoris alienare bona fideicommissi; num. 1253.

Ampliatur secundò, vt procedat etiamsi semel filia sit dotata, si dotem absque sua culpa amisit; num. 1254.

Ampliatur tertiò, vt procedat etiamsi substituta sit causa pia; numer. 1255. *Excluditur quorumdam sententia in contrarium; num.* 1256.

Ampliatur quartò, etiamsi substitutus sit alter filius testatoris; num. 1257.

Ampliatur quintò, vt etiam pro festiuitatibus, & alijs impensis nuptialibus, quæ secundùm morem patriæ fieri solent, dicta alienatio liceat; & quomodo id sit intelligendum? num. 1258.

Ampliatur sextò, vt etiam pro soluendo interesse decurso propter dotem tempore debito non solutam dicta bona alienari possint; num. 1259.

Ampliatur septimò, etiamsi fideicommissum relictum sit cum vinculo maioratûs pro aliqua descendentia; num. 1260. *Subampliatur, & declaratur hæc ampliatio; num.* 1261. *& seq.*

Iura, quibus dicta principalis resolutio nititur, solùm exprimunt, quòd filia, vel filius testatoris possunt se dotare ex bonis fideicommissi; num. 1263.

Extenditur autem horum jurium decisio, primò vt etiam neptis testatoris possit ex causa dotis sibi constituendæ dicta bona alienare; num. 1164.

Extenditur secundò, vt pater grauatus possit dicta bona alienare ad filiam, & alios descendentes dotandos; quod variè subextenditur; num. 1265.

Extenditur tertiò, vt quamuis filia jam sit nupta, possit nihilominus dotari de bonis fideicommissi, si nupsit indotata, vel cum parua dote; num. 1266.

Limitatur verò præfata resolutio principalis primò, vt non procedat in bonis fideicommissi constituti per matrem, vel per auum, aut alium ascendentem maternũ; nisi in subsidium, quando bona paterna non sufficiunt; n. 1267. *& seq.*

Limi-

Limitatur secundò, quando extant bona libera, ex quibus sufficiens dos constitui possit; num. 1269. *Quid si tempore alienationis in dotem non extabant bona libera sufficientia, postea verò superuenerunt? num.* 1270.

Limitatur tertiò, quando filia fuit dotata per patrem grauatum ex bonis fideicommissi, & soluto matrimonio, dos reuersa est ad patrem, ex pacto, aut successione: nam tunc restituenda est fideicommissario; num. 1271. *Declaratur, & sublimitatur hæc limitatio; numer.* 1272.

Quando mulier se ipsam dotauit ex bonis fideicommissi, quo fuerat grauata, & mortuo viro bona illa reperiuntur penes ipsam mulierem, nec extant aliqui ejus liberi, an debeant restitui ea bona fideicommissario? Prima sententia negat; num. 1273. *Excluduntur quædam objectiones contra hanc sententiã; num.* 1274. *Secunda sententia affirmat; num.* 1275. *& hæc præfertur; n.* 1276.

Limitatur quartò, quando pater grauatus alienauit bona fideicommissi pro dotanda filia, postea verò ea sibi emit, & tempore mortis suæ possidet: tunc enim sunt restituenda fideicommissario; num. 1277.

Limitatur quintò, quando filia grauata fideicommisso male consumpsisset legitimam, & Trebellianicam: tunc enim non posset se dotare ex bonis fideicommissi; num. 1278.

Si pater grauatus male consumpsit legitimam, & Trebellianicam, impediaturne similiter filiam dotare ex bonis fideicommissi? Quidam affirmant. Alij negant, & merito; num. 1279.

Limitatur sextò, vt si grauato volenti dotare accrescat portio cohæredis similiter grauati, non possit constitui dos ex portione quæ accreuit, sed tantùm ex ea, cui accreuit. Contrarium tamen à multis probatur, & melius; numer. 1280.

Pro dotandis filiabus non potest pater grauatus alienare bona fideicommissi constituti à persona prorsus extranea: nisi fideicommissum esset de bonis, quæ tempore mortis grauati supererunt; numer. 1281.

Vtrum mater, vel alius ascendens, possit ex causa dotis sibi constituendæ alienare bona fideicommissi constituti à descendente? Respondetur negatiuè; numer. 1282.

Vtrum dicta concessio alienandi ex causa dotis locum habeat in fideicommisso constituto à transuersali respectu grauati? Respondetur negatiuè; numer. 1283. *Limita in sorore inope, quam frater fideicommittens tenebatur dotare; num.* 1284. *& seq. Procedit autem hæc limitatio respectu sororis vtrimque conjunctæ, vel saltem consanguineæ, non verò in vterina, numer.* 1286.

Non videtur improbabile quod etiam puella extranea hæres instituta, & prohibita alienare, possit se dotare ex bonis fideicommissi, si aliàs non possit decenter nubere; num. 1287.

NOnus casus in ordine, in quo possunt alienari res fideicommissi, est, 1249
si id fiat à filijs testatoris ex causa dotis sibi constituendæ: talis enim alienatio eis expressè permittitur *in l. Mulier, §. Cum proponeretur, ff. Ad Trebel. & in Auth. Res quæ, Cod. Communia de legat.* & *in corpore, ex quo sumpta est*, videlicet, *in Auth. de Restitutionibus, & ea quæ parit, §. Quamobrem*: verba dictæ Authenticæ sunt; *Si liberis portio legitima non sufficit ad dotis, siue donationis propter nuptias obligationem, permittitur res prædictas* (quæ scilicet restitutioni subjacent) *in eam causam alienari, vel obligari, pro modo honestati personarum congruo.*

Quæ decisio non tam ad præsumptam 1250
patris testatoris voluntatem, quàm ad necessitatem, & obligationem constituendi filijs suis congruam dotem, aut donationem ante nuptias, referenda est; itaut sicut filius grauatus fideicommisso detrahit legitimam, vel ejus supplementum,

eoquod legitima de jure ei debetur ex bonis patris, ita etiam si legitima ei non sufficiat ad congruam dotem, vel donationem ante nuptias, possit detrahere de fideicommisso quantum ad integrandam ipsam dotem, vel donationem necessarium fuerit; eoquod pater de jure tenetur illam constituere. Ita in specie declarat Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 3. post Paul. de Castr. *consil.* 80 *col.* 2. *lib.* 1. Curt. sen. *cons.* 27. *num.* 13. & alios quos refert, per text. *in §. Quamobrem, in d. Auth. de Restitutionibus*, ibi; *Siquis restitutionem fecerit*, (id est, fieri jusserit, vt ibi exponit Glos.) *Rerum suarum, primùm quidem seruet filio legitimam partem; deinde ex aliqua substantiæ parte, si nõ sufficerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem honestè, & secundùm personarum qualitatem, & merita, excipere etiam hoc ad restitutionem, secundùm quod adjectum legitimæ parti dotem, aut antenuptialem facit donationem.* Quæ verba clarè demonstrant, patrem, qui filium, vel filiam grauat fideicommisso, non solùm teneri relinquere ei legitimam, sed etiam quod amplius necessarium fuerit ad dotem, vel antenuptialem donationem. Quod intelligendum est, cùm vltra legitimam non suppetunt alia bona libera, ex quibus dos, aut donatio illa compleatur, vt idem Peregrin. aduertit, & decidit Rota Romana in nouissimis *decis.* 137. *p.* 1. licèt contradicat Fusar. *q.* 531. *numer.* 145.

1251 Objici potest text. *in d. §. Cum proponeretur*, vbi Jurisconsultus approbat alienationem rei fideicommissariæ factam per filiam testatoris ex causa dotis sibi constituendæ, reddita ea ratione, ibi; *Dixi, non posse dici in euersionem fideicommissi factum, quod & mulieris pudicitiæ, & patris voto congruebat*; quibus vltimis verbis planè significatur, propterea dictam alienationem permitti, quia præsumitur eam esse voluntatem patris. Vnde subditur statim, ibi; *Quare dicendum est, dotem decedere* (scilicet à fideicommisso) *acsi quod superfluisset, rogata esset restituere.*

Respondetur primò, votum accipi in hoc textu pro officio, cùm pater de jure teneatur filias & neptes dotare, ad *l. Qui liberos, ff. de Ritu nuptiarum. & l. final. Cod. de Dot. promiss.* Respondetur secundò & melius, licèt in eo textu dicta alienatio permittatur ex sola præsumpta voluntate testatoris, attamen postea per jus nouum *in d. §. Quamobrem, Auth. de Restit.* inductam fuisse necessitatem non grauandi filium in id quod ad complendam dotem, vel donationem prædictã necessarium esset, vt constat ex verbis illius *§. num. præcedenti* adductis, ac præterea ex ratione, quam Imperator ibidem subdit, cum ait; *Si mulier restitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, ea enim, quæ communiter omnibus prosunt, ijs quæ specialiter quibusdam vtilia sunt, præponimus*: quæ ratio non in testatoris voluntate, & affectione erga filios, sed in communi vtilitate fundatur.

Hinc inferes, quid dicendum sit in ea 1251
quæstione, an si pater prohibeat bona fideicommissi alienari per filium, vel filiam, etiam ex causa dotis, talis prohibitio impediat prædictam alienationem, seu detractionem bonorum fideicommissi ad dotis complementum? In qua difficultate multi apud Peregrin. & Fusar. *infra citat.* tenent partem affirmatiuam, quam esse magis receptam testatur Menoch. plures etiam pro illa referens *lib.* 4. *præsumpt.* 189. *num.* 116. Probant, quia parentes disponere possunt, vt voluerint, de omnibus suis bonis vltra legitimam filijs debitam; in qua sola eos grauare non possunt. Maximè verò procedit hæc sententia, quando res certa prohibita est alienari, in fauorem familiæ, etiam ex causa dotis, vt præcisè volunt Socin. sen. *consil.* 75. *col.* 2. & 3. *lib.* 1. Paris. *consil.* 63. *numer.* 37. & 46. & Aquensis *in l. Filius familias, §. Diui*, 2. *num.* 22. *ff. de Legat.* 1.

At juxta supradicta tenenda simpliciter est pars negatiua, cum Barthol *in d. §. Diui, in* 2. *quæst.* & ibi Jas. *in* 1. & 2. *lect. num.*

num. 10. vbi dicit ab opinione Barthol. vti communiter receptâ, non esse recedendum, neque in consulendo, neque in judicando, Jacobo de Aret. Cyno, Bald. & Salic. *in l. Voluntas, Cod. de Fideicommiss.* Jas. *in d. Auth. Res quæ, col. vltim.* Paul. de Castr. *consil.* 80. *& consil.* 219. *lib.* 1. & multis alijs, quos citat & sequitur Menoch. *sub d. num.* 116. Peregr. *de Fideiuommiss. art.* 42. *num.* 6. *& seqq.* & Fusar. *de Substitut. q.* 53. *numer.* 71. Nam cùm pater, quando grauat filium, aut filiam in rebus eis relictis, non solùm teneatur relinquere eis legitimam, sed præterea legitimæ adjicere tantam substantię suę portionem, quæ sufficiat ad dotis, & antenuptialis donationis oblationem, vt per text. *in d. §. Quamobrem*, sublata illi est potestas prohibendi, ne ex causa dotis possit filius, vel filia detrahere de rebus fideicommissi; & ita nihil refert, quòd prohibuerit talem detractionem fieri. Vtrum autem dicta obligatio dotandi filios sit realis, itaut transeat cum bonis patris in quemlibet possessorem, res est controuersa; pro qua videndus Peregrin. *loco proximè citat*:

1253 Sic intellectâ prædicta decisione ampliatur primò tradita conclusio principalis, vt bona fideicommissi alienari etiam possint ex causa dotis ad ingrediendum Religionem, quando filia, vel neptis testatoris vult fieri monialis: Barthol. *in d. Auth. Res quæ, num* 7. & ibi Bald. *num.* 13. Jas. *num.* 18. Curt. jun. *num.* 26. qui dicit esse communem. Padil. *num.* 54. & alij, *Cod Commun. de leg.* Crot. *in l. Filiusfamilias, §. Diui, num.* 62. *ff. de Leg.* 1. & ibi Loazes *num.* 133. *fine*, Ripa *numer.* 71. & Socin. jun. *num.* 159. qui testatur de communi, Anton. Gom *in l.* 40. *Tauri, num.* 87. *vers. Septimò intellige*, Petra *de Fideicommiss. q.* 8. *num.* 418 vbi dicit esse communem, Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 57. Menoch. *d. præsumpt.* 189. *numer.* 89. & cum alijs Fusar. *d. q.* 531. *numer.* 28. Probatur, quia à matrimonio carnali arguitur bene ad matrimonium spirituale, quod fit per ingressum in Religione; & sicut pater tenetur dare dotem pro matrimonio carnali, ita etiam pro spirituali: Bald. *in l. vltim. col.* 2. *Cod. de Dotis promiss. & in Auth. Rogati, in princip. Cod. Ad Trebel.* Felin. *in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, numer.* 79. *vers. Cæterùm via, de Constit.* & cum alijs Menoch. *sup. num.* 91.

Ampliatur secundò, vt procedat etiamsi semel filia sit dotata, si dotem absque sua culpa amisit; nam tunc iterum de bonis fideicommissi dotanda est: secus tamen si culpâ suâ dotem amisit: Petra *d. q.* 8. *num.* 457. & Fusar. *d. quæst.* 531. *numer.* 30. 1254

Ampliatur tertiò, vt locum habeat etiamsi substituta esset causa pia, vt Ecclesia, vel locus pius: Jas. *in dict. Auth. Res quæ, num.* 32. *ver. Duodecimò extende*, & ibi Bald. *num.* 5. Socin. sen. *numer.* 4. Corn. *num.* 7. *fine*, & Padil. *numer.* 110. Decian. *consil.* 6. *num.* 10. *lib.* 2. vbi testatur de communi, Tiraquel. *de Priuileg. causæ piæ, priuileg.* 102. Petra *de Fideicommiss. q.* 8. *num.* 445. Menoch. *d. præsumpt.* 188. *sub num.* 137. Peregrin. *consil.* 39. *in fine, lib.* 5. *& de Fideicom. art.* 42. *num.* 56. & Fusar. plures referens, *d. q* 531. *numer.* 34. Pro qua resolutione plures rationes affert Menoch. *citat. à numer.* 120. Duæ tamen sunt præcipuæ. Prima est, quia propter piam causam non cessat obligatio, & necessitas, ex qua pater tenetur dotare filiam, in qua necessitate fundatur decisio *d. Auth. Res quæ*, vt supra ostendimus. Secunda est, quia non est bene ordinata charitas, qua quis propter piam causam vellet filiam manere indotatam; & communiter patres ex ipsa naturali pietate propensiores sunt ad subueniendam indigentiæ liberorum, quàm ad aliam piam causam, vt vel ipsâ experientiâ satis constat. 1255

Contrariam sententiam magis probant Curt jun. *in d. Auth. Res quæ, num.* 32 Loazes *in d. l. Filiusfamil. §. Diui, numer.* 98. *ff. de Leg.* 1. Curt. sen. *consil.* 46. *ad finem*, & Molina *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 6 *num* 23. At eorum fundamenta bene refellit Menoch *sup. num.* 132. *& seqq.* Nec audiendi sunt etiam in 1256

casu quo testator expresserit, se relinquere tale fideicommissum pro salute animæ suæ; nam vt rectè aduertit idem Menoch. *num.* 137. talis expressio nihil addit vltra simplex fideicommissum relictum causæ piæ; siquidem omnia pia relicta pro salute animæ fiunt, siue id exprimatur, siue non. Illud tamen admittendum cum eodem Menoch. *numer.* 139. Intrigl. *cent.* 7. *de Subst. q.* 137. *numer.* 298. & Fusar. *d. q.* 531. *num.* 39. Si causę piæ relictum sit fideicommissum pro malè ablatis, tunc non posse ex eo dotem constitui, nam tunc pia causa præfertur filijs, etiam in legitima: Angel. *in l. Precibus*, & ibi Dec. *numer.* 14. *Cod. de Impuber. & alijs subst.* Dec. *in l. Licèt, num.* 5. *ad fin. Cod. de Pactis*, Socin jun. *consil. peu. num.* 83. *lib.* 2. & alij. Ea est ratio, quia quod malè ablatum fuit per testatorem non computatur in bonis ejus, sed eorum quibus restituendum erat, quorum loco substituta est causa pia.

Ampliatur quartò, etiamsi substitutus
1257 sit alter filius testatoris frater grauati: nam in his terminis loquitur textus Authenticorum, quo ipsa conclusio principalis nititur, & facit text. *in l. Cum auus, ff. de Condit. & demonstr.* Atque ita Padil. *in d. Auth. Res quæ, num.* 11. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 56. & Fusar. *d. q.* 531. *numer.* 33.

1258 Ampliatur quintò, vt non solùm pro capitali dote fieri possit dicta alienatio, sed etiam pro festiuitatibus, & alijs impensis nuptialibus, quæ secundùm morem patriæ fieri solent; cùm sint de appendicibus, & connexis cum ipsa dote, quæ simul censentur concessa, *l. Ad rem mobilem, l. Ad latum, ff. de Procur. l. Oratio, ff. de Sponsalib. l. Quæ Religiosis, ff. Rei uendic. cum simil.* & ita Salic. *in d. Auth. Res quæ, num.* 5. Beroius *consil.* 113. *num.* 4. *lib.* 2. Rolan. *consil.* 19. *numer.* 8. *lib.* 4. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 8. & alij apud Fusar. *d. q* 531. *numer.* 39. licèt contrarium sentiat Curt. iun. *in d. Auth. Res quæ, num.* 37. *fine*, vbi etiam Bald. *num.* 5. quos refert Menoch *d. præsumpt.* 189. *num.* 140. præterquam si vsus eas impensas omnino requireret, & si illæ non fierent, maritus maiorem dotem vellet: tunc enim cum multis alijs fatetur, eas posse fieri de bonis fideicõmissi. Optima tamen videtur distinctio, qua Fusar. *cit.* has opiniones conciliat, vt scilicet prima opinio procedat in expensis moderatis, & necessarijs, juxta morem patriæ; secunda verò in immoderatis, & non necessarijs.

Ampliatur sextò, vt etiam pro soluen- 1259
do interesse decurso propter dotem tempore debito non solutam possint alienari bona fideicommissi, maxim è si negligentia in exigenda dote marito imputari non possit. Sic Fusar. *d. q.* 531. *num.* 43. post Peregrin. *d. art.* 42. *post num.* 95. *in postremis editionib.*

Ampliatur septimò, vt procedat licèt 1260
fideicommissum sit relictum cum vinculo maioratûs pro aliqua descendentia. Sic Oldrad. *consil.* 95. *numer.* 7. Alberic. *in tract. Statutorum*, 1. *p. q.* 144. Tiraquel. *tract. de Iure primogen. q.* 61. *&* 62. Meres *de Maiorat. p.* 4. *q.* 1. *limit.* 2. Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, num.* 86. Gregor. Lop. *in l.* 24. *tit.* 9. *part.* 6. *in Glos. vlt.* Opizanius *in l. Filiusfamiliàs, §. Diui, num.* 140. *ff. de Leg.* 1. Plottus *cons.* 87. *fine*, Padil. *in d. Auth. Res quæ, num.* 53. *&* 78. Petra *tract. de Fideicommiss. q.* 8. *num.* 500. Menoch. *d. præsumpt.* 189. *numer.* 175. Roderic. Soar. *in l. Quoniam in prioribus, limit.* 1. *ad legem Regiam, num.* 11. *Cod. de Inoffic. testam.* Peregr. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 54. & cum alijs Fusar. *d. q.* 531. *num.* 60. licèt contrarium voluerit Molina *de Primogen. Hispan. lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 21. & Couar. *lib.* 3. *Variar. resol. cap.* 6. *sub numer.* 10. *vers. Quarto non tantum, ad fin.* qui tamen solùm loquitur de maioratu instituto cum expressa prohibitione alienationis, nam si ea prohibitio non adsit, dubius manet, & cogitandum reliquit *in vers. Postremo, in fine.* Tradita verò ampliatio probatur, quia in hoc etiam casu militat tum præsumpta voluntas testatoris, qui maioratum instituit, tum etiam obligatio dotandi filiam, vel neptem grauatam

tam de bonis illius fideicommissi: quibus rationibus dicta principalis conclusio nititur, vt ostensum est. Accedit, quòd dos succedit loco legitimæ, *l. Quoniam nouella, Cod. de Inoffic. testam.* Barthol. *in l. Titio centum, §. Titio genero, num. 9. ff. de Condit. & demonstr.* Constat autem, quòd in institutione maioratûs reseruari debet legitima aliis filijs, & sic dos priùs debet deduci. Præterea dos debetur loco alimentorum: alimenta autem filiorum in ordinatione maioratûs reseruari debent, vt etiam ipse Molin. fatetur *lib. 2. de Primogen. Hispan. cap. 15. num. 4. & 5.* qui proinde *num. 58.* subdidit, tenere primogenitum maioratûs possessorem alere alios fratres.

1261 Et procedit hæc sententia primò, etiamsi filia cõsensisset cõstitutioni maioratûs: Menoch. *d. præsumpt. 189. num. 180.* & Fusar. *d. q. 531. numer. 62.* post alios, quos referunt; in generali enim renuntiatione non comprehenditur legitima, *l. Si quando, §. Et generaliter, Cod. de Inoffic. testam.* & consequenter neque dos. Procedit secundò, licèt Princeps confirmauerit maioratum: Couar. *lib. 3. Variar. resol. cap. 6. in fine,* & cum alijs Menoch. & Fusar. *loc. cit.* nam voluntas Principis præsumitur legi conformis, ejusque rescripta intelligenda sunt absque præjudicio justitiæ.

Vtrum verò prædicta communis sen-
1262 tentia procedat similiter in maioratu instituto per contractum, seu inter viuos? Negant Tiraquel. *d. tract. de Primogen. q. 61. num. 9.* Anton. Petra *de Fideicommiss. q. 8. num. 440.* Fusar. *d. q. 531. numer. 64.* & alij estque de mente plurimorum, qui tenent bona prohibita alienari per contractum, non posse alienari ex causa dotis, vt videre est apud Peregrin. *d. art. 42. numer. 58.* & Fusar. *d. q. 531. num. 80.* qui innumeros pro hac opinione allegant, licèt multi etiam contrarium sentiant, quos ijdem DD. referunt, & quidem satis probabiliter. Vnde Peregr. *num. 59. in fine,* cogitandum relinquit. Neque ego circa hoc meam sententiam profero, ne in re ab instituto aliena moram faciam.

Plures alias ampliationes principalis 1263
conclusionis tradunt Menoch. *d. præsumpt. 189.* Peregrin. *d. art. 42.* & Fusar. *d. q. 531.* præsertim circa personas ob quas dotandas bona fideicommissi alienari possunt. In juribus enim, quibus dicta conclusio nititur, ideſt, *in d. l. Mulier, §. Cum proponeretur, ff. Ad Trebel.* & in *§. Quamobrem, Auth. de Restitut.* ex quo sumpta est *Auth. Res quæ,* solùm exprimitur quòd filius, vel filia testatoris possunt se ipsos dotare ex bonis fideicõmissi, quo sunt grauati, si legitima ipsis relicta non sufficiat. Vnde si præcisè verbis illorum jurium inhærendum esset, non possent alij descendentes tali beneficio gaudere; quòd & à voluntate testatorum, & à communi penè omnium sententiâ abhorret. Et ideo illorum jurium decisio, atque adeo præfata principalis conclusio variè circa dictas personas extenditur.

Primò extenditur, vt etiam neptes tes- 1264
tatoris fideicommisso grauatæ possint alienare res fideicommissi ex causa dotis sibi constituendę. Sic relatis multis Menoch. *d. præsumpt. 189. num. 11. & seqq.* Peregrin. autem *d. art. 42. num. 35.* declarat, id procedere in neptibus, & nepotibus tenentibus primum locum in successione aui, quia eo casu loco filiorum sunt. Cæterùm Menoch. hanc restrictionem non ponit, & solùm declarat traditam extensionem habere locum, quando pater non habet bona vnde filiam dotare possit; quòd tunc auus teneatur eam dotare: secus autem si pater bona habeat sufficientia ad eam dotandam. Id quod etiam, relatis alijs, tradit Fusar. *d. q. 531. num. 12.* Maximè verò procedit hæc extensio in nepte, quæ nata, vel saltem cõcepta erat viuente auo: si enim illo jam mortuo nata, vel concepta sit, multi credunt non posse pro ea dotanda alienari bona fideicommissi per auum constituti; quam sententiam veriorem credit Peregrin. *d. art. 42. sub num. 37.* At contrariam tenent communiter DD. vt videre est apud Fusar. *cit. num. 9.* & Menoch.

num.

num. 18. *& seqq.* vbi eam latè defendit, respondendo argumentis, quibus ab Alciato impugnatur.

Secundò extenditur, vt pater grauatus
1165 possit dictam alienationem facere ad filiam dotandam. Ita vno ore docere omnes *in d. Auth. Res quæ*, & ibi Barthol. *q.* 3. testatur Menoch. *d. præsumpt.* 189. *num.* 23. imò & prò dotandis omnibus descendentibus id grauato licere, scribit Fusar. *d. q.* 531. *num.* 7. Hæc resolutio subextenditur, vt etiam id liceat pro dotanda filia naturali, & spuria, si nihil habeat vnde se dotare possit: sic relatis plurimis Menoch. *vbi sup. num.* 25. Peregr. *d. art.* 42. *num.* 38. & Fusar. *loc. cit. num.* 13. *&* 15. vbi rejicit quorundam opinionem dicentium, dotem filiæ legitimæ datam ex bonis fideicommissi restituendam esse post ejus mortem fideicommissario. Subextenditur præterea, vt etiam per testamentum possit pater grauatus constituere dotem filiæ ex bonis fideicommissi: Barthol. *d. Auth. Res quæ, nnmer.* 5. & multi alij, quos citant & sequuntur Menoch. *d. præsumpt.* 189. *num.* 44. & Fusar. *d. q.* 531. *num.* 16.

Tertiò extenditur, vt quanuis filia jam
1166 sit nupta, possit nihilominus dotari de bonis fideicommissi, si nupsit indotata vel cum parua dote. Probat latè, relatis alijs, Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 39. & quòd pater grauatus pro tali filia dotanda possit alienare bona supposita fideicommisso, tradunt cum alijs permultis Menoch. *d. præsumpt.* 189. *num.* 52. *& seqq.* & Fusar. *d. q.* 531. *numer.* 17. Quod maximè procedit quando filia fuit nupta patre consentiente: vel, si nupsit absque illius consensu, excedebat jam vigesimum quintum annum ætatis. Si autem nondum illum excesserat, & nihilominus inscio patre nupsit: in vtramque partem sunt opiniones, siue nupsisset viro digno, siue indigno: quas opiniones earumque Auctores, & fundamenta adducit & latè declarat Menoch. *loco cit.* vbi etiam tradit, quæ persona censeatur digna, vel indigna, cui filia matrimonio copuletur: circa quod videri etiam potest Fusar. *dict. q.* 531. *à num.* 19. non enim oportet hic omnia minutatim referri. Unde etiam aliquas alias ampliationes minoris momenti, quæ à citatis DD. afferuntur, consultò omitto.

Limitatur autem primò præfata con-1267
clusio principalis, vt non procedat in bonis fideicommissi constituti per matrem: talia enim bona non posse regulariter alienari à filia grauata ex causa sibi dotem constituendi, tenet Accurs. *in l. A filia, ff. Ad Trebel.* Barthol. *in d. Auth. Res quæ, num.* 3. *vers. Quandocumque constituit*, & ibi Bald. *num.* 9. Ias. *num.* 6. Curt. jun. *num.* 15. & Padil. *num.* 15. quidam postremi testantur de communi, Menoch. *d. præsumpt.* 189. *numer.* 26. & cum multis alijs Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 45. & Fusar. *d. q.* 531. *num.* 104. quia onus dotandi filias pertinet ad patrem, non ad matrem, *l. Neque mater, Cod. de Iure dot. & l. vltim. Cod de Dot. promis.* Atque idem est de bonis suppositis fideicommisso per auum, vel alium ascendentem maternum, quæ similiter ad neptis dotem alienari non possunt, vt cum Barth. Bald. Angel. Castr. Alex. & multis alijs notant Peregrin. *loc. cit.* & Fusar. *vbi supra, num.* 105.

Intelligitur autem hæc limitatio, quan-1268
do bona paterna sufficiunt ad dotem filiæ constituendam: si enim non sufficiant, tunc in subsidium tenetur mater ad illam dotandam, vt est communis DD. quam relatis multis tradunt Menoch. Peregrin. & Fusar. *loc. cit.* & similiter, si nec bona matris sufficiant, dotari potest ex bonis fideicommissi per auum maternum constituti, vt citati DD. multis factis distinctionibus declarant: quanuis multi etiam contradicant. 1269

Limitatur secundò, vt non procedat quando extarent bona libera, ex quibus sufficiens dos constitui posset; tunc enim bona fideicommissi alienari nequeunt ex illa causa. Hæc est communissima omnium sententia, quam relatis plurimis tradunt Molina *de Primogen. Hispan. lib.* 4. *cap.* 6. *num.* 2. Menoch. *d. præsumpt.* 189. *num.* 8. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 66. & Fusar.

Fusar. *d. q.* 531. *num.* 121. Ratio patet, quia illa alienatio solùm in subsidium permittitur, vt constat per *d. Auth. Res quæ*, & ideo fieri non potest, si extant bona libera congruæ doti sufficientia. Vnde si in tali casu fiat, poterit fideicommissarius vendicare res alienatas: Paul. de Castr. *in d. l. Mulier, § Cum proponeretur, col.* 2. *ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 69. & alij, quos refert. Cui autem incumbat onus probandi extitisse, aut non extitisse alia bona libera? Valde controuersum est apud Juristas, quorum tres opiniones diuersas refert Fusar. *d. q.* 531. *num.* 123. *& seqq.* qua in re nobis immorari non licet.

1270 Quod si tempore alienationis in dotē non extabant bona libera, postea verò superuenerunt, tunc quidem bona fideicommissi alienata reuocari non poterunt, cùm legitimè in maritum mulieris dotatæ transierint; legitimè autem factum retractari non debet, *cap. Factum legitimè, de Regul. jur. in* 6. at pater grauatus, qui filium sic dotauit, tenetur ex bonis liberis, quę postea acquisiuit, supplere fideicommissum, quasi ipsum fideicommissum vtile pro eo negotium gesserit: & quia non conuenit, vt quis cum aliena jactura se ipsum à proprio, & naturali suo debito liberet, *l. Nam hoc natura, ff. de Condict. indebiti*, & ita docet Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 70. vbi dicit, se ita in facto obtinuisse in quadam causa, cui patrocinium præstitit: idem cum alijs sentit Fusar. *d. q.* 532. *num.* 53. contra Bursatum, quem refert.

1271 Limitatur tertiò, quando filia fuit dotata per patrem grauatum ex bonis fideicommissi, & soluto matrimonio dos reuersa est ad patrem ex pacto, aut ex successione; nam tunc restituenda erit fideicommissario: Barthol. *in d. Auth. Res quæ, num.* 8. & ibi Jas. *num.* 30. & Curt. jun. *num.* 27. *vers. Secunda est*; vbi dicit esse communem sententiam; Menoch. *d. præsumpt.* 189. *num.* 189. Peregr. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 20. vbi dicit hanc sententiam communiter recipi, Fusar. *d. q.* 531. *num.* 84. & alij. Probatur primo argum. text. *in l. Si socius pro filia, ff. Pro socio.* Secundò, quia grauatus restituere quod supererit tempore mortis suæ, si alienet bona fideicommissi, & postea recuperet, tenetur illa restituere, *l. Imperator, § fin. ff. de Leg.* 2. *l. Titius, ff. Ad Trebel.* & vtrobique DD. & diximus *§. superiori.* Nec obstat illud proloquium, quod res semel effecta alienabilis perpetuo manet alienabilis, *l. Pater filium, §. Quindecim, ff. de Leg.* 3. Nam hic text. procedit quando prohibitio alienationis est personalis, qua scilicet grauatus personaliter fuit prohibitus alienare; non autem quando prohibitio est realis, vt notat Barthol. *in d. §. Quindecim*, & cum alijs Menoch. & Peregrin. *supra.* In nostro autem casu prohibitio alienationis est realis, & sic perpetua.

Hæc autem limitatio intelligitur, quando matrimonium solutum est per mortem mulieris dotatæ. Nam si per mortem viri solutum est; reseruari debet dos ipsi fœminæ, vt iterum possit nubere: Glos. *in d. Auth. Res quæ*, & ibi Cyn. *numer.* 5. Barthol. *num.* 7. *& seq.* Bald. *num.* 20. & alij Menoch. *d. præsumpt.* 189 *num.* 188. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 20. & Fusar. *d. q.* 531. *num.* 87. Et probatur per text. *in Auth. Sed quanuis, Cod. de Rei vxor act.* vbi pater non potest minuere dotem filię secundò nubenti. Intelligitur etiam, dummodo mulier decedat absque liberis: nam si liberos relinquat, eis reseruanda est illius dos, vt cum alijs notat Peregrin. *d. num.* 20. *& 29.* & ex illo Fusar. *cit. numer.* 88. 1272

Quando autem mulier se ipsam legitimè dotauit ex bonis fideicommissi quo fuerat grauata, & mortuo viro, bona illa reperiuntur penes ipsam mulierem, nec extant aliqui ejus liberi, dubium est non leue, an in tali casu bona illa restituenda sint fideicommissario; vel potiùs effecta sint omnino libera, & transitoria ad quoslibet hæredes ipsius mulieris? Qua in re prima opinio est, bona manere prorsus libera. Ita Glos. *in d. Auth. de Restitutionibus, verb. Dare*, & ibi Ang. *l. vers. Sed tunc quæro.* Barthol. *in d. Auth. Res quæ*, 1273

Sub

sub num. 5. & ibi Paul. de Castr. *num.* 17. Bald. *num.* 11. Jas. *num.* 32. *vers. Decimò sextò extende*, Curt. jun. *num.* 48. & Padil. *num.* 46. Ludouic. Molin. *de Primogen. Hispan. lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 10. *fine*, Menoch. *d. præsumpt.* 189 *num.* 193. *& seqq.* & multi alij apud Peregrin. *infra cit.* & Fusar. *d. q.* 531. *num.* 90. Fundamentum est, quia quæ dotis constituendæ causâ alienantur, censentur à testatore posita extra fideicommissum, juxta *d. l. Mulier*, §. *Cum proponeretur*, *ff. Ad Trebel.*

1274 Si opponas, quòd cessante causa, cessare debet effectus, *l. Adigere*, §. *Quanuis*, *ff. de Iure patron. cum simil.* & sic quòd in præsenti non impeditur restitutio ex fideicommisso, cùm mortuo viro, & vxore absque liberis, cesset ratio dotis constituendæ. Respondet Menoch. primò, illud proloquium non procedere, quando effectus fuit consummatus, vt in præsenti, cùm mulier reipsâ nupserit, & dotem fuerit consecuta. Respondet secundò & meliùs, quod cessante causa, non cessat effectus in jure jam quæsito, vt probat text *in l. Post mortem*, §. 1. *& in l. Sed si post mortem*, *ff. de Bonor. possess. contra tab.* & tradunt multi apud Tiraq. *in tract. Quod cessante causa*, *p.* 2. *limit.* 12 in præsenti autem jus fuit quæsitum mulieri. Quòd si rursus opponas, hinc sequi, malè supra dictum esse, quòd quâdo pater recuperat dotem, quam constituerat filiæ ex bonis fideicommissi, quo erat grauatus, tenetur illam restituere fideicommissario. Respondet idem Menochius, hunc casum esse diuersum: nam quando pater dedit dotem, & mortuâ filiâ, dos ad eum reuersa est, recuperat suum pristinum statum, & sic manet in fideicommisso: at quando filia se ipsam dotauit, manet dos penes illam in eodem esse, & sic non redit ad pristinum statum fideicommissi.

1275 Secunda opinio tenet contrarium, scilicet dotem illam venire in restitutione fideicommissi: sic Bald. *consil.* 77. *lib.* 3. Corn. *consil.* 3. *col.* 3. *lib.* Curt. jun. *in d. Auth. Res quæ*, *num.* 48. & Riminal. jun. *consil.* 23. *num.* 230. quos citat, & sequitur Peregrin. *d. art.* 42. *numer.* 28. Probat, quia sic prouidetur mulieribus, vt nubere possint, & minùs læditur fideicommissum. Nec obstat text. *in d.* §. *Cum proponeretur*; imò verò ex eo hæc ipsa opinio confirmatur; nam ibi dicitur, quòd ex causa dotis bona decedunt à fideicommisso, ac si mulier rogata esset restituere, quòd superfuisset, scilicet, de tota dote, vel tempore mortis ejus de tota hæreditate, vt ibi declarat Glos. *verb. Acsi*: vnde quemadmodum rogatus restituere, quòd supererit tempore mortis, tenetur restituere alienata, si ea recuperet, vt dictum est, §. *præced. num.* 1245. Ita si mulier recuperet dotem, quam ex bonis fideicommissi sibi constituerat, eam restituere tenetur. Intelligitur autem hæc opinio in casu, quo per mortem mulieris non supersint reliquiæ matrimonij, vt liberi, vel maritus, qui ex pacto, vel ex lege loci, portionem dotis, vxore præmortua, lucratur; nam tunc restitutio ex fideicommisso non debebitur, vt cum alijs tradit Peregrin. *loc. citat. num.* 29. qui notat idem fore, cùm maritus institutus esset hæres ab vxore, vt est casus *in d.* §. *Cum proponeretur.*

Hęc secunda sententia mihi magis placet: sed tamen prima propter auctoritatem videtur præferenda, maximè quando restitutio ex fideicommisso facienda esset extraneo: in quo casu eam admittunt Castr. *in d. Auth. Res quæ*, *num.* 12. & ibi Corn. *num.* 13. Curt. jun. *numer.* 27. & alij, quos citat, & sequitur Fusar. *d. q.* 531. *num.* 9. qui volunt, secùs dicendum esse, si restitutio facienda esset descendentibus testatoris: nisi fortè facienda esset alteri ejus filiæ, quæ ipsa dotem suam habuisset; nam ob æqualitatem seruandam, censent non oportere ei restitui.

Limitatur quartò, quando pater grauatus alienauit bona fideicommissi pro dote filiæ constituenda, postea verò ea sibi emit, & tempore mortis suæ possidet: tunc enim tenetur ea restituere fideicommissario, vt bene probat Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 22. & constat satis ex supradictis,

num.

numer. 1270. *& seq.* licèt nonnulli apud eundem Peregrin. contradicant, quos sequitur Fusar. *dict. quæstion.* 531. *numer.* 94.

1278 Limitatur quintò, quando filia grauata fideicommisso consumpsisset legitimam, & Trebellianicam: quia tunc se dotare non posset ex bonis fideicommissi; nam ei, qui suâ culpâ se in necessitate posuit, subueniendum non est, præsertim in præjudicium tertij, ad not. *in l. Si necessaria, ff. Qui satisd. cog.* & ita in specie Bald. *in Auth. Contra cum rogatus, num.* 7. *Cod. Ad Trebel.* Paul. de Castr. *in d. Auth. Res quæ, numer.* 11. & cum alijs Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 72. & Fusar. *d. q.* 531. *num.* 156. Hanc verò resolutionem intelligo, quando bona à filia consumpta sufficerent ad congruam ejus dotem; nam si non sufficerent, credo quòd potent capere de rebus fideicommissi ad se dotandam, quantum simul cum bonis malè consumptis sufficientem dotem cõstituere posset.

1279 Vtrùm verò similiter dicendum sit, quando pater grauatus malè consumpsit legitimam, & Trebellianicam, ex quibus filiam dotare posset; itaut in tali casu nequeat filiam dotare ex bonis fideicommissi? Affirmant Paul. de Castr. *d. num.* 11. *in Auth. Res qnæ,* & ibi Jas. *col. vlt.* Socin. sen. *col.* 2. & Padil. *circa finem,* & cum alijs Peregrin. *vbi supra.* At contrarium tenent meritò Bolognet. *in l. Filiusfamilias, §. Diui, num.* 185. *ff. de Legat.* 1. Socin. sen. post Imolam, quem refert, *in l. Cum auus, num.* 76. *ff. de Condit. & demonstr.* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 189. *num.* 118. Rota Roman. *decis.* 457. *& decis.* 889. *num.* 4. *p.* 4. *in nouissim.* & cum alijs Fusar. *d. q.* 531. *numer.* 158. vbi dicit se pro hac opinione sæpius consuluisse, & in practica vidisse eam esse receptam in judicando. Ratio est, quia culpa patris grauati non debet filiæ nocere.

1280 Limitatur sextò, vt si grauato volenti dotare accrescat portio cohæredis similiter grauati, non possit constitui dos ex portione quæ accreuit, sed tantùm ex portione ejus, cui accreuit. Exemplum est, si testator institutis tribus filijs masculis, constituat fideicommissum reciprocum inter eos, & eorum descendentes masculos, & vnus ex eis moriatur, ejusque portio accrescat alijs fratribus; quorum alter non habeat filios masculos, sed solùm fœminas: non poterunt hæ fœminæ dotari ex portione, quę patri accreuit, sed tantùm ex portione in qua pater institutus est. Sic in specie Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 55. *ad fin.* vbi pro eadem sententia adducit Paul. de Castr. Vivian. & Riminal. jun. Ducitur, quia leges solùm permittunt constitutionem dotis ex bonis fideicommissi relictis ipsis dotantibus grauatis, non autem ex relictis alteri, veluti cohæredi, aut collegatario. Contrarium tamen probarunt Rota Romana *decis.* 457 *num.* 2. *vers. Non obstat, quod hæc repetita, & decis.* 889. *num.* 7. *p.* 4. *in nouissimis,* Petra *de Fideicommiss. q.* 8. *num.* 409. & alij, quos refert Fusar. *de Substit. q.* 531. *num.* 154. vbi dicit, se pro hac secunda sententia consuluisse *cõsil.* 38. & juxta illam fuisse transactum: Addit tamen, se aliquando pro prima opinione judicasse, & plura circa illam adducit. Ego verò secundam opinionem veram existimo.

Hactenus dicta procedunt circa fideicommissum constitutum ab ascendente personæ grauatę, & dotandæ; in quibus tantùm terminis loquuntur leges, quæ ex causa dotis permittunt alienari bona restitutioni obnoxia, vt initio *hujus §.* visum est. Vtrùm verò etiam in fideicommisso ab alijs constituto illarum legum decisio locum habeat? Breuiter explicandum est.

In primis ergo quæro, vtrùm pro 1281
dotandis filiabus possit grauatus alienare bona fideicommissi constituti à persona prorsus extranea? Respondetur negatiuè. Sic Barthol. Bald. Salic. Paul. de Castr. & alij *in dict. Authent. Res quæ,* Couar. *lib.* 3. *Variar. resolut. cap.* 6. *num.* 10. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *numer.* 52. & Fusar.

de Substitut. quæst. 531. *numer.* 114. Quia in talibus bonis cessat ratio, ob quam in dictis legibus permissa est alienatio rerum fideicommissi ex causa dotis: siquidem in extraneo nec præsumitur voluntas, nec datur obligatio dotandi filias grauati; quæ est ratio ob quam in fideicommisso constituto ab ascendente dicta alienatio permittitur. Intelligitur verò hæc resolutio, nisi fideicommissum esset constitutum de bonis, quæ tempore mortis grauati supererant, nam tunc permittitur grauato alienare bona testatoris ex causa dotis, prout expressè habetur *in Auth. Contra cum rogatus, Cod. Ad Trebel.* & notant relatis multis Peregrin. *dict. articul.* 42. *numer.* 53. & Fusar. *dict. quæstion.* 531. *numer.* 115. & tradidimus latè §. *præced. numer.* 1236. *&*
1282 *seqq.*

Quæro præterea, quid dicendum quando ageretur de fideicommisso constituto à descendente personę grauatæ, an scilicet talis persona, (v.c. mater, vel auia fideicommittentis) alienare possit bona fideicommissi pro dote sibi constituenda? Respondetur negatiuè ex sententia Angeli *in dict. Auth. Res quæ,* & aliorum, quos citant & sequuntur Peregr. *dict. art.* 42. *numer.* 48. & Fusar. *dict. quæst.* 531. *numer.* 162. Ratio est, quia filius, vel alius descendens, non tenetur matrem, vel auiam dotare.

Quæro tandem, vtrùm saltem in fi-
1283 deicommisso constituto à transuersali respectu grauati locum habeat dicta permissio alienandi ex causa dotis? Partem affirmatiuam probarunt Glos. *in §. Quamobrem, verb. Si non sufficeret, Auth. de Restitution. & ea quæ parit,* & ibi Iacob de Belouiso Riminal. jun. *consil.* 324. *numer.* 12. Menoch. *consil.* 33. *numer.* 41. & alij apud Couar. & Fusar. *infra citat.* At contraria opinio est communis, quam sequuntur Barthol. *in dict. Authent. Res quæ, numer.* 4. & ibi Angel. *col.* 1. Curt. jun. *numer.* 18. & Padil. *numer.* 62. *&* 114. Paul. de Castr. *in l. Filiusfamil. §. Diui, numer.* 4. *ff. de Legat.* 1. & ibi Alex. *numer.* 10. Loazes *numer.* 141. *vers. Vnum tamen,* Crot. *numer.* 60. & Opizon. *numer.* 145. Petra *de Fideicommiss. q.* 8. *numer.* 412. Couar. *lib.* 3. *Variar. resolut. cap.* 6. *numer.* 10. & alij permulti, quos citant & sequuntur Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 189. *numer.* 39. *& seq.* Peregrin. *dict. artic.* 42. *numer.* 49. & Fusar. plurimos congerens *dict. quæst.* 531. *numer.* 95. Ratio est, quia transuersalis non tenetur dotare fœminam transuersalem; nullo enim jure, aut probabili ratione tale onus transuersalibus est impositum.

Limitatur autem hæc resolutio in so- 1284
rore inope: hæc enim dotari poterit ex bonis fideicommissi per fratrem constituti: quia frater tenetur dotare sororem non habentem vnde sibi dotem constituat. Sic Barthol. & multi alij, quos citant & sequuntur Menoch. Peregrin. & Fusar. *vbi supra.* Et generaliter, quoties frater tenetur dotare sororem, vt ratione Statuti, vel aliâ de causa, potest soror dotari ex bonis fideicommissi per ipsum fratrem constituti, vt citati DD. notant.

Additque optimè Menoch. *sub nu-* 1285
mer. 42. quem sequitur Fusar. *dict. q.* 531. *numer.* 101. & Intrigl. *cent.* 3. *de Substitution. quæst.* 73. *numer.* 218. quòd etiam quando frater est grauatus fideicommisso constituto ab alio fratre prædefuncto, potest talis frater superstes alienare partem bonorum fideicommissi pro dotanda communi sorore inope, etiamsi ipse frater haberet bona propria, ex quibus eam integrè dotare posset; quia onus dotandi talem sororem vtrique fratri est commune.

Prædicta verò intelliguntur de so- 1286
rore vtrique conjuncta, aut saltem consanguineâ. Nam si tantùm sit vterina, non tenetur frater eam dotare, quamuis sciat esse valde inopem, vt probat text. *in l. Cum plures, §. Cum tutor, ff. de Admin. tutor.* & sic pro ea dotanda non possunt alienari bona fideicommissi per fratrem vterinum constituto. Sic Jas. *in d. Auth. Res quæ,*

num.

num. 11. Angel. *in l. Afilia, ff. Ad Trebel.* & alij quos citant, & sequuntur Menoch. *d. præsumpt.* 189. *num.* 45. & Fusar. *d. q.* 531. *num.* 102.

Cæterùm cum prædictis stat, non vi-
1287 deri improbabile quod tradit Fusar. *sup. num.* 103. vbi dicit, quòd si puella extranea sit hæres instituta, & prohibita alienare bona, poterit nihilominus se dotare ex bonis fideicommissi, si aliàs non possit decenter nubere: & quod in his terminis videntur loqui Glos. & alij citati, *num.* 1282. *in princ.*

Plura circa præsentem materiam afferunt Menoch. Peregrin. & Fusar. *loc. citatis*, quæ quia leuioris sunt momenti, & facilè ex supradictis intelligi possunt, consultò omitto.

§. 8. *De alienatione rerum fideicommissi ex causa dotis restituendæ.*

SUMMARIUM.

QVando filius testatoris est obligatus restituere dotem vxoris, & non habet legitimam, vel alia bona libera ad id sufficientia, potest alienare de bonis fideicommissi paterni, quo est grauatus, quantum ad eam restitutionem faciendam, vel complendam opus fuerit; num. 1288. *& seq.*

Ampliatur primò, etiamsi talis filius seu maritus dedisset fidejussores de restituenda dote: nec tenetur mulier agere contra fidejussores; num. 1290.

Ampliatur secundò, etiamsi tempore dotis datæ maritus haberet bona libera, quæ postea tempore restituendæ dotis sunt consumpta; num. 1291. *Contrariam sententiam tenent aliqui, quæ est satis probabilis: non recedendum tamen à superiori; num.* 1292. *& seq. Quid, si bona libera mariti extant apud tertios possessores, & solùm bona fideicommissi sint apud maritum tempore dotis restituendæ? num.* 1294. *Dicta ampliatio cessat, si mulier expressè, vel tacitè consensit marito dilapidanti bona libera; num.* 1295.

Ampliatur tertiò, etiamsi tempore, quo mulier nupsit, jam maritus consumpserat legitimam, & Trebellianicam, cæteraque bona libera; num. 1296.

Ampliatur quartò, etiamsi mulier tempore contractus dotalis sciuerit omnia mariti bona esse affecta onere fideicommissi; num. 1297.

Ampliatur quintò, vt si mulier obeat superstite marito, jus exigendi restitutionem dotis ex bonis fideicommissi transmittatur ad ejus hæredes; numer. 1298.

Ampliatur sextò. etiamsi testator expressè prohibuisset alienationem, etiam ex causa dotis; num. 1299. *Quid, si testator per actum inter viuos alienationem prohibuisset? num.* 1300.

Ampliatur septimò, vt non possit fideicommissarius reuocare bona ex causa dotis restituendæ alienata, etiamsi offerat dotem mulieri, vel pretium quo ex ea causa sunt vendita; numer. 1301.

Limitatur primò dicta resolutio principalis, vt non procedat respectu dotis confessatæ, quæ non fuit reipsa numerata; num. 1302. *Vtrum hæc limitatio locum habeat, etiamsi jam sit elapsum decennium datum ad excipiendum de dote non numerata? num.* 1303. *Non habet verò locum dicta limitatio, quando extarent conjecturæ quòd dos verè fuit numerata num.* 1304.

Limitatur secundò, quando mulieri potest imputari culpa, eoquod potuerit exigere dotem à marito vergente ad inopiam, & rebus suis malè vtente, & non curauerit, cùm de jure id ei liceret. Videtur tamen satis dubia hæc limitatio; num. 1305.

Limitatur tertiò, in fideicommisso materno, vel ab ascendente per viam maternam constituto, item in constituto per descendentem: vel si ex extent bona libera, ex quibus dos

restitui possit; num. 1306.

Limitatur quartò, vt non habeat locum in portione fideicommissaria ad maritum peruentâ per mortem cohæredis. Non placet tamen hæc limitatio; numer. 1307.

1288 DEcimus casus, in quo licita est alienatio bonorum fideicommissi, est, quando grauatus filius testatoris est obligatus restituere dotem, & non habet legitimam, vel alia bona libera ad id sufficientia. Tunc enim potest alienare de bonis fideicommissi quantum ad eam restitutionem faciendam, vel complendam opus fuerit. Hæc resolutio licèt habeat aliquos contradictores, quorum meminit Menochius, & Fusarius *infra citat.* est tamen receptissima, & penè ab omnibus asseritur. Eam tuentur Glos. *in Authent. Res quæ*, & ibi Barthol. *quæst.* 2. Ioan. Fab. *post princip.* Jas. *numer.* 29. Corn. *numer.* 12. Curt. jun. *numer.* 11. & Padil. *numer.* 47. *Cod. Commun. de legat.* Ripa *in l. Filius-famil. §. Diui, numer.* 76. *ff. de Leg.* 1. Petra *de Fideicommiss. quæstion.* 8. *numer.* 349. Couar. *lib.* 3. *Variar. resolut. cap.* 6. *numer.* 10. *vers. Quarto non tantùm*, Molina *de Primogen. Hispan. lib.* 4. *cap.* 6. *numer.* 7. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 190. *numer.* 1. *& sequentib.* Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 40. *sub numer.* 37. *& articul* 42. *sub numer.* 1. *alijsque in locis*, & alij innumeri, quos refert eos sequens Fusar. *de Substitution. quæst.* 532. *numer.* 1. *& sub numer.* 2. vbi dicit quòd hodiernis temporibus temerarium esset ab hac opinione in consulendo, & judicando recedere; quòd sit receptissima, & semper viderit eam in practica seruari, omni prorsus dubitatione remota.

1289 Probatur efficaciter primò ex text. *in §.* 1. *& §. Sancimus, Authent. de Restitutionibus, & ea quæ parit*, prout illum optimè præ alijs ponderat Menoch. *vbi supra*, Secundò ex ratione, quam Justinianus *in dict. §. Sancimus*, reddit, cur permiserit alienationem rerum fideicommissariarum ex causa dotis, quia scilicet, quæ communiter omnibus prosunt, præferri debent ijs quæ specialiter aliquos juuant: quæ ratio æquè militat in alienatione pro constituenda dote, atque pro restituenda dote mulieris: cùm etiam publicè interesit saluas esse mulieribus suas dotes, ad hoc vt secundò & sæpius nubere possint, & ne ob metum pauperis, ac miserrimæ viduitatis, etiam à primis nuptijs abstinere cogantur. Plura fundamenta affert Menoch. *citat.* quæ vitandæ prolixitatis causâ omitto.

Ampliatur primò tradita resolutio, 1290
vt procedat etiamsi maritus dedisset fidejussores de restituenda dote; vt quia ante matrimonium facta fuisset conuentio de fidejussoribus dandis, vel quia fidejussores principaliter, & in solidum se obligarent (in quibus casibus valere fidejussiones pro dotibus, non obstante regula *l. vnicæ, Cod. Ne fidejussores dotium dentur*, notat Peregrin. *dict. articul.* 42. *numer.* 74. post Paul. de Castr. & Curt. jun. quos refert; & plures alij sunt casus, in quibus illa fidejussio valet, vt aduertit Menoch. *dict. præsumption.* 190 *sub numer.* 43. Tunc enim fieri posse à marito dotis restitutionem ex bonis fideicommissi, & non teneri mulierem agere contra fidejussores, docent Castr. *consil.* 15. *col.* 3. *numer.* 2. *lib.* 1. *& consil.* 80. *in fine*, Jas. *in dict. Authent. Res quæ, num.* 32. *vers. Decimoquintò extendo*, & ibi Curt. jun. *numer.* 38. Padil. *num.* 49. *&* 50. & Cardin. Albanus. *numer.* 2. Menoch. *dict. præsumption.* 190 *numer.* 29. Peregrin. *vbi supra*, & cum alijs Fusar. *dict. quæstion.* 532. *numer.* 3. Probatur primò per text. *in l. Causam, §. Puellam, ff. de Manumiss.* vbi similis prouisio conuentionalis facta in subsidium non censetur derogare prouisioni legali. Se-

cun-

cundò, quia datio fidejussorum ad maiorem mulieris cautionem, & securitatem, operari non debet diminutionem juris ei aliàs competentis; nam quæ ad argumentum inducta sunt, diminutionem non operantur, *l. Legata inutiliter, ff. de Adim. leg. l. Cum tale, § vltim. ff. de Condit. & demonstr.* Tertio quia fidejussores non fuerunt acceptati à muliere, vt aliquid de suo jure minueret, sed vt augeret, argum. *l. Ea tantum adjectio, ff. de Leg. 3.* Quartò denique, omissis alijs argumentis, quia abundans cautela non nocet, *l. Testamentum, Cod. de Testament.* Plura argumenta, quæ in contrarium fieri possunt, affert & soluit Menoch. *d præsumpt. 190. num. 54. & seqq.* quem videas.

1291 Ampliatur secundò, vt procedat etiamsi tempore dotis datæ marito haberet maritus bona libera, quæ postea tempore restitutionis dotis sunt consumpta; nam tunc etiam poterunt capi bona fideicommissi pro dotis restitutione. Sic Paul. de Castr. *in d. Auth. Res quæ, num. 11.* vbi testatur ita fuisse judicatum Florentiæ, idem tenet Ias. ibidem *col. vlt. limit. 14.* Opizon. *in l. Filius famil. §. Diui, num. 148. ff. de Legat. 1.* Cagnol. *in l. vltim. numer. 273. Cod. de Pact.* Castr. *consil. 15. consil. 80. & consil. 219. lib. 1.* Menoch. *consil. 33. num. 38. verf. Secundus est casus, & d. præsumpt. 190. numer. 44.* Petra *de Fideicommiss. q. 8. num. 457.* & multi alij, quos refert, & sequitur Fusar. *dict. quæst. 532. num. 7.* Probatur primò, quia culpa mariti non debet nocere vxori, nam culpa suos tantùm debet tenere auctores, *l. Ex duobus, ff. de Negot. gest. l. 1. ff. de Alien. judic. mut. caus. & l. Non debet, ff. de Regul. jur.* Secundò, quia prouisio legis, quòd bona fideicommissi possent alienari ex causa dotis restituendæ, manauit principaliter fauore mulierum, & nuptiarum, vt mulieres faciliùs possent nubere. Ergo ex facto viri tolli non debet, quod mulierum fauore inductum est. Tertiò denique, quia testator tenebatur obligare bona sua pro dote nurui restituenda, ad notata *in l. Si cum dotem, §. Transgrediamur*, vbi Barthol. *numer. 7.* & alij, *ff. Solut. matrimon.* & latè Fusar. *dict. quæstion. 532. sub numer. 2. verf. Primam teneo, post med.*

Contrariam tamen sententiam magis probarunt Corn. *in dict. Auth. Res quæ, numer. 12.* Socin. sen. *consil. 75. numer. 7. & 8.* Gozadin. *consil. 95. numer. 12.* Riminal. sen. *consil. 115. numer. 7. lib. 1.* & alij, quos citat, & sequitur Peregrin. *dict. articul. 42. numer. 15.* Quæ ratione ducitur, quam dicit efficacissimam; nam Iustinianus *in dict. Authent. de Restitution. §. Quamobrem*, vbi dictam prouisionem fecit pro restituendis dotibus, non dixit simpliciter & absolutè, quòd pro constituendis, & restituendis dotibus possent alienari bona fideicommissi paterni, sicut aliàs constituerat *in Auth. Contra cum rogatus, Cod. Ad Trebel.* circa bona fideicommissi de eo quod superesset; sed solùm obligauit patrem testatorem, tantam partem bonorum filijs relinquere, quanta simul cum legitima, & Trebellianica, ad dotium constitutionem, & restitutionem sufficiat. Ergo cùm pater semel huic obligationi satisfecerit relinquendo filijs bonis sufficientia, non manet amplius obnoxius ad supplendum de reliquis suis bonis, ea quæ filius dilapidauit, & ad dotem nurui restituendam sufficerent. Vnde consequens est non posse pro tali dote restituenda capi bona fideicommissi, quod pater ex reliquis bonis constituit; cùm tali restitutioni obnoxia non sint. 1292

Hæc sententia est satis probabilis; 1293
non recedo tamen à superiori resolutione; cùm magis faueat dotibus, quas publicè interest saluas esse mulieribus: quæ fuit ratio ob quam ex causa dotis restituendæ permissa est alienatio rerum fideicommissi, vt supra vidimus.

Vnde etiam non placet distinctio 1294
qua Menoch. *d. præsumpt. 190. num. 45.*

prædictas opiniones contrarias aliquo modo conciliat, dicendo; primam traditionem sibi magis probari, quando bona libera omnino sunt consumpta: secundam verò admittendam, quando bona libera apud tertios possessores reperiuntur, quòd tunc simpliciter extent ipsa bona libera, quæ pro restituenda dote fuerunt obligata, & possit mulier aduersùs possessores agere. Quam partem alij etiam admittunt, vt Castr. *consil.* 359. *dub. vltim. lib.* 1. Socin. sen. *consil.* 75. *col.* 1. *&* 4. *lib.* 1. & Franc. *decis.* 519. vbi dicit ita obtinuisse. Non placet tamen hæc distinctio, sed tenendum simpliciter est, quod etiam quando bona libera à marito alienata extent apud tertios possessores, potest mulier insistere, vt ex bonis fideicommissarijs per maritum tempore soluti matrimonij possessis, sibi fiat restitutio suę dotis, quanuis etiam aduersùs tertios possessores bonorum liberorum agere possit, si velit: habet enim in hoc electionem, vt multis relatis tradunt Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 18. suppositа prima opinione, & Fusar. *d q.* 532. *num.* 10. Ratio verò ob quam ei licet capere bona fideicommissi est, ne cogatur experiri aduersùs tertium possessorem, qui sibi sit durior aduersarius, cùm facilius ei sit insistere in bonis apud maritum repertis. In eo tamen casu dabitur fideicommissario recursus aduersùs tertios possessores, vt ex bonis liberis mariti apud eos repertis sibi satisfiat: Curt. jun. *consil.* 59. *ante numer.* 8. Menoch. *consil.* 33. *col. vltim. & de Arbitr. lib.* 2. *casu* 182. *ad finem*, & cum alijs Peregrin. *d. num.* 18. & Fusar. *num.* 12. qui notant tutius esse, vt mulier cedat fideicommissario jura sua aduersùs tertios possessores, & quòd ille ex juribus cessis agat.

1295 Limitanda tamen est prædicta ampliatio, vt non procedat quando mulier expressè, aut tacitè consensisset marito dilapidanti bona libera; nam tunc sibi debet imputare. Sic Jas. *in d. Auth. Res quæ, in fine*, Petra *de Fideicommiss. q.* 8. *num.* 458 *vers. Pro hoc facit*, Menoch. *d. præsumpt.* 190. *num.* 46. *fine, & consil.* 1127. *num.* 21. *& seqq.* & Fusar *d.q.* 532. *num.* 13.

Ampliatur tertiò, vt locum similiter 1299
habeat, quando tempore quo mulier matrimonium contraxit, jam maritus consumpserat legitimam, & Trebellianicam, cæteraque bona libera. Nam tunc etiam dos restituenda potest deduci ex fideicommisso, vt latè probat Corn. *in d. Auth. Res quæ, col.* 3. & tenent Curt. jun. *consil.* 59 *num.* 3. *vers. Tota igitur*, Menoch. *d. consil.* 33. *num.* 48. *vers. Tertius est casus*, Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 16 & cum alijs Fusar. *d. q.* 532. *num.* 13. Aliqui apud Peregrin. *cit.* hoc limitant vt non procedat, quando mulieri potest negligentia imputari, vt quia viderit maritum dilapidare, & non curauerit dotem suam in tuto poni: sed hanc limitationem latè impugnat Eugen. Parus. *consil.* 54. *num.* 4 Et verò non debet imputari mulieri, quòd mariti conditionem non explorauerit, quia hominis conditionem existimare, potiùs est virilis animi, quàm fœminei, *l. fin. ff. Qui pet. tut.* Sic Peregrin. *loc. cit.* post Curt. jun. Crot. Rip. Couar. Menoch. & alios quos refert.

Ampliatur quartò, vt procedat quan- 1297
uis mulier tempore contractûs dotalis sciuerit omnia mariti bona esse affecta oneri fideicommissi, nam tunc etiam poterit exigere dotis restitutionem ex bonis fideicommissi. Anan. *consil.* 61. *dub.* 3. & ibi Bologn. Alex. *consil.* 67. *num.* 4 *lib.* 4. Couar. *lib.* 3. *Variar. cap.* 6. *num.* 10. *vers. Quarto non tantum, ad med.* Ripa *in l. Filiusfamiliàs, §. Diui, num.* 77 *ff. de Leg.* 1. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 17. Fusar. *d. q.* 532. *num.* 15. & alij licèt contradicant non pauci, quos idem Peregr. & Fusar. adducunt, inter quos est Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 190. *numer.* 47. vbi alios refert. Ratio est, quia licèt mulier sciat bona viri esse subjecta fideicommisso, simul etiam nouit esse obligata pro restitutione dotis, deficientibus bonis liberis, & ita propter illam scientiam non potest imputari, quòd culpâ suâ se conjecerit in periculum amittendi dotem: maxime

ximè cùm non sit in potestate testatoris prohibere, ne bona sui fideicommissi alienentur pro dotis restitutione, vt constat ex dictis §. *præced. post initium.*

1298 Ampliatur quintò, vt si vxor moriatur superstite marito, jus exigendi dotis restitutionem ex bonis fideicommissi transmittatur ad hæredes vxoris: Bald. *in d. Auth. Res quæ, num.* 11. & ibi Paul. de Castr. *num.* 8. Ias. *col.* 9. *&* 10. & Padil. *num.* 70. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Mortua itaque, numer.* 115. *de Testament.* Peregr. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 41. & cum alijs Fusar. *d. q.* 532. *num.* 18. Quia jura nobis competentia regulariter transmittuntur ad hæredes, *l. Hæredem, ff. de Reg. jur. l. Non solum, ff. de In integr. restit.*

1299 Ampliatur sextò, vt locum habeat dicta restitutio quanuis testator expressè prohibuisset alienationem, etiam ex causa dotis. Ita Surd. *decis.* 62. vbi testatur ita fuisse judicatum, Cephal. *consil.* 574. Ias. *consil.* 262. *num.* 5. *&* 6. *lib.* 3. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 6. & cum alijs Fusar. *d. q.* 532. *num.* 21. licèt multi dissentiant, quos hi duo postremi referunt. Ratio est, quia pater sicut tenetur dotare filiam, ita etiam pro filio tenetur assecurare dotem nurûs, vt post Din. & Barthol. notant omnes *in l. Si cum dotem, §. Transgrediamur, ff. Solut. matrim.* idque licèt filius, vel filia nubant post patris mortem, quia hæc obligatio inhæret bonis, vt Peregrin. admonuit, *d. art.* 42. *num.* 7. & ita *in d. Auth. de Restitution.* hoc priuilegium dotibus conceditur independenter à voluntate testatorum, vt rectè ponderat Peregrin. *loc. cit. numer.* 3. & nos etiam pro constitutione dotis probauimus *§. præced. num.* 1250. *& seq.*

1300 Si tamen pater per contractum, seu actum inter viuos alienationem prohibuisset, an tunc etiam liceat alienatio ex causa dotis restituendæ? Negant plerique, quos refert Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 58. quibus accedit Fusar. *d. q.* 532. *num.* 22. cum multis alijs, quos citat, *q.* 531. *num.* 80. Aliqui tamen affirmant, vt apud citatos videre licet. Inter quas opiniones cogitandum relinquo, cum eodem Peregrino *num.* 59. *fine.*

Ampliatur septimò, vt in tantum valeat alienatio rerum fideicómissariarum ex causa dotis restituendæ, quod non possit fideicommissarius ea reuocare, oblata dote mulieri, cui res sunt datæ in solutum, vel oblato pretio possessori ipsarum rerum alienatarum. Ita Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 24. & Fusar. *d. q.* 532. *num.* 19. qui alios referunt idem tenentes in simili pro alienatione ex causa dotis constituendæ. Ratio est, quia cùm jus in his casibus permittat alienationem rerum fideicommissi; & sic talis alienatio sit rite facta, non debet propter oblationem pretij rescindi in præjudicium emptoris, argum. *l. Dudum, Cod. de Contrah. empt.* Et præterea, qui alioqui non facilè inuenirentur emptores, ex quo publica causa dotis non parum læderetur, contra intentionem legum dotibus fauentium. Hoc tamen intellige, nisi alienatio esset facta in fraudem, & euersionem fideicommissi; quod deprehendi poterit, tum ex modicitate pretij, tum ex qualitate rei venditæ, vt si esset pretiosior cæteris, cùm pretiosiores potiùs essent seruandæ. Ita Fusar. *loc. cit.* post Cephal. quem refert. 1301

Limitatur autem primò præfata resolutio principalis, vt non procedat respectu dotis confessatæ, quæ non fuit reipsa numerata: hæc enim non gaudet dicto priuilegio, quòd etiam ex bonis fideicommissi restituenda sit, vt est communissima DD. sententia, quam relatis plurimis tradunt Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 190. *num.* 50. Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 83. & Fusar. *d. q.* 532. *numer.* 23. Ratio est, quia dictum priuilegium fuit concessum doti veræ, & propriæ: dos autem solùm confessata non est verè dos, vt probant Bald. *in l. Assiduis, num.* 9. *Cod. Qui potior. in pign. habeant.* & Socin. sen. *in l.* 1. *num.* 87. *ff. Solut. matrim.* Confirmatur, quia alioqui esset in potestate grauatorum hujusmodi confessionibus jura fideicómissorum subuertere, & præjudicare substitutis, quod admitti non debet. 1302

1303 Hanc limitationē restringuunt multi ad casum quo nondum sit elapsum tempus decennij datum ad excipiendum de dote non numerata. Si enim tale tempus jam sit elapsum, credunt dictum priuilegium locum habere in illa casu. Ita Oprzon. *in l. Filiusfamil. §. Diui, num.* 146. & ibi Ripa, *num.* 77. *ff. de Leg.* 1. Rubeus *consil.* 78. *num.* 9. *& seqq* Petra *de Fideicommiss. q.* 8. *num.* 380. *vers. Secundus est*, Menoch. *d. præsumpt.* 190. *num.* 51. Peregrin. *d. num* 83. & alij apud Fusar. *sup. num.* 26. Mouentur quia dos confessata habet omnia priuilegia dotis, tum quoad prælationem aduersus creditores mariti; tum quoad cætera omnia, quando elapsa sunt tempora exceptionis non numeratæ dotis, vt per Barthol. *in d. l. Assiduis, col. vltim. Cod Qui potior. in pign. habean* Afflict. *decis.* 402. Boer. *decis.* 330. *col.* 3. vbi testatur de communi, Crauetta *consil.* 40. *col.* 2. Menoch *de Præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 12. *&* 13. vbi latè pertractat, quando dos confessata præjudicat marito, atque ejus hæredibus, & creditoribus; & alios. At quòd etiam post illud tempus elapsum dictum priuilegium non competat doti confessatæ, probabiliùs sentiunt Paris. *consil.* 52. *col. vlt. lib.* 2. Aretin. *in d. l.* 1. *col.* 7. *ff. Solut. matrim.* Socin. sen. *ibid. col.* 17. *vers. Tertia conclusio*, Jas. *in d. Auth. Res quæ, num.* 33. *limit.* 9. Alban. *consil.* 522. *numer.* 11. & Fusar. *d. q.* 532. *num.* 28. ex ratione supra tradita, ne sit in facultate grauati subuertere fideicommissum in præjudicium substituti.

1304 Quando autem extarent conjecturæ, quòd dos verè fuerit numerata, vt quando per instrumentum, vel aliam scripturam authenticam constaret, dotem fuisse promissam ante contractum matrimonium, tunc confessio dotis receptæ sufficeret, vt dictum priuilegium locum haberet, vt relatis pluribus tradit Fusar. *loc. sup. cit.* qui etiam *num.* 29. aduertit, idem esse quando confessio facta esset alicui tertio, qui dotem promisisset.

1305 Limitatur secundò, quando mulieri potest imputari culpa, eo quòd potuerit exigere dotem à marito vergéte ad inopiam, & rebus suis malè vtente, & non curauerit, cùm de jure id ei liceret, vt per *l. Si constante, ff. Solut. matrim.* & ibi DD. *& l. Vbi adhuc, Cod. de Iure dot.* tunc enim agere non poterit contra bona fideicommissi pro restitutione dotis, vt tenent Jas. *in d. Auth. Res quæ, col. vlt. in fine limitationis*, 14. *vers. Quod intellige*, & ibi Padil. *num.* 121 *fine*, Paris. *consil.* 63. *num.* 45. *lib.* 2. Burs. *consil.* 179. *num.* 45. *lib* 2. Cephal. *consil.* 344 *num.* 35. Petra *de Fideicommiss. q.* 8. *numer.* 379. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4 *præsumpt.* 190. *num.* 52 & alij apud Fusar. *d. q.* 532. *num.* 30. qui tamen hanc opinionem dicit, visam sibi fuisse dubiam in praxi propter reuerentiam vxoris erga maritum. Et mihi quidem adeo videtur dubia, vt potiùs in contrarium inclinem, nisi spectato viri ingenio, & qualitate, vxor absque vllo periculo considerabilis molestię sibi potuerit consulere.

Limitatur tertiò, vt non procedat in 1306
fideicommisso materno, vel ab ascendente per viam maternam constituto, neque in constituto per descendentem; neque si extent bona libera, ex quibus dos restitui possit, prout has omnes limitationes relatis alijs DD. tradunt, & declarant Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 45. *& tribus seqq. & num.* 66. & Fusar. *d. q.* 532. *à num.* 34. *vsque ad* 41. & constant ex traditis *§. præced.* vbi in his ipsis casibus limitauimus decisionem *d. Auth. Res quæ*, circa cōstitutionem dotis ex bonis fideicommissi, quæ similiter limitanda est circa dotis restitutionem: nam dotis constitutio, & restitutio quoad illud priuilegium à pari procedunt.

Limitatur quartò ab aliquibus, vt non 1307
habeat locum in portione fideicommissaria ad maritum peruentâ per mortem cohæredis, quia dos nunquam fuit assecurata super bonis relictis marito, & non super relictis cohæredi; quæ nunquam habuerunt hoc onus; siquidem neque illud habuerunt à principio; cùm tunc non essent bona mariti; neque ex postfacto, quando maritus illa habuit ob mortem cohæredis;

cùm

cùm tunc ad maritum deuenerint cum grauamine fideicommissi; & pater qui fideicommisit non tenebatur omnia bona sua obligare pro assecuratione dotis. Ita pro hac limitatione arguit Fusar. *d. q.* 532. vbi pro ea allegat Angel. *in d. Auth. Res quæ, in princip.* & Peregrin. *d. art.* 42. *num.* 55. quos sequitur. At contrarium potiùs tenendum censeo, prout in simili de constitutione dotis tenui §. *præced. num.* 1280. cum ipso Fusario, & alijs ibidem relatis.

§. 9. *Assignantur quidam alij casus, in quibus alienatio rerum fideicommissi permittitur.*

SVMMARIVM.

Filius, & quilibet alius descendens testatoris potest alienare bona fideicommissi pro se & familiâ suâ alendâ, si non habet aliunde bona, quibus sustentetur, nisi culpâ suâ in eam indigentiam deuenerit, num. 1308.

Si filius grauatus, sit captus ab hostibus, præsertim infidelibus & barbaris, possunt pro eo redimendo alienari bona fideicommissi, si non suppetant alia bona libera, num. 1309.

Vtrum pro se alendo in studio, vel sectandâ militiâ, possit filius grauatus alienare bona fideicommissi? num. 1310.

1308 COnsequenter ad prædictos casus, in quibus ex causa dotis bona fideicommissi alienari possunt, quidam alij à DD. assignantur, in quibus illorum bonorum alienatio permittitur. Vnus est quando filius grauatus non habet aliàs bona sufficientia, ex quibus alatur; tunc enim potest alienare bona fideicommissi, vt sibi comparet necessaria alimenta. Si enim ex causa dotis constituendæ, vel restituendę, hujusmodi alienatio permittitur, multò magis intelligi debet permissa ex causa alimentorum, quę sunt magis necessaria. Vnde hic etiam casus latè accipiendus est, vt scilicet dicta facultas alienandi ex causa alimentorum, non solùm competat filio, sed etiam alijs testatoris descendentibus grauatis, & vt grauatus non tantùm possit alienari dicta bona pro se alendo, sed etiam pro alenda sua familia. Si tamen grauatus malè consumpsit legitimam, & Trebellianicam, & propterea constitutus est in necessitate, tunc isto beneficio vti non poterit, prout hæc omnia latè tradunt, & explicant Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 191. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 86. *& seqq.* & Fusar. *de Substitut. q.* 536. quos vide.

Alter casus est, si filius grauatus sit captus ab hostibus. Nam tunc etiam pro eo redimendo alienari possunt bona fideicommissi, si alia bona libera non suppetant, præsertim si ille sit captus ab hostibus infidelibus, & barbaris. Sic post Barthol. *in d. Auth. Res quæ, numer.* 10. & multos alios docent Molina *de Primog. Hispan. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 9. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 192. *num.* 1. *& seqq.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 42. *num.* 90. & Fusar. *de Substitut. q.* 534. vbi testatur, hanc resolutionem esse communi omnium consensu approbatam. Ratio est, quia si intelligitur esse votum patris, quod filius ex causa dotis alienet bona fideicommissi quo eum grauauit, multò magis intelligi debet, quod voluerit ei licere eam alienationem pro se ab hostibus redimendo, cùm sit vrgentior necessitas, & maior sit fauor libertatis, quàm dotis. 1309

Tertius casus est, quando filius grauatus vult studere litteris, & non habet bona libera ad impensas necessarias. Tunc etiam posse ab eo ex causa studij alienari bona fideicommissi, credunt probabiliter satis multi, quos citat & sequitur Menoch. *d. lib.* 4. *præsumpt.* 191. *num.* 12. *& seqq.* vbi aliquas hujus resolutionis ampliationes approbat. At plerique contrariam tenent sententiam, vt Angel. *in dict. Auth. Res quæ, col. penult.* & ibi Iaf. 1310

num.

num. 32. & Padil. num. 89. Cod. Commun. de legat. & multi alij apud Fusar. de Substitut. q. 550. num. 1. & apud Peregrin. d. art. 52. num. 93. qui in hac etiam est sententia, dicens communiter ab omnibus teneri; eamque probat, quia ascendens nullo jure cogitur descendentes sustentare in studio. Atque ob eandem rationem tenet cum DD. citatis non posse alienari bona fideicommissi pro expensis militiæ. Limitat, vbi fideicommissum solùm esset de eo quod supererit: nam tunc, inquit, etiam quartam, quam aliàs reservare tenetur fideicommissario, potest gravatus alienare ex hujusmodi causis, juxta *Auth. Contra eum rogatus, Cod. Ad Trebel.* & hæc secunda sententia, cum præfata limitatione, mihi verior videtur.

§. 10. *De restitutione hæreditatis, & bonorum quæ fideicommissario fieri debet.*

SUMMARIUM.

REstitutio hæreditatis vel fit per hominem, vel per ipsam legem: quæ fit per hominem, aut est Verbalis, aut Realis, & vtraque explicatur; numer. 1311.

Tam per verbalem, quàm per realem restitutionem transfertur dominium, jura omnia, & actiones in fideicommissarium: possessio autem solùm per realem transfertur. Et quid quando aliquæ tantùm res hæreditariæ realiter restituuntur? n. 1312.

Restitutio Legalis, seu quæ fit per ipsam legem, contingit in multis casibus, in quibus ipso jure transfertur dominium, jura & actiones. Primus est, quando hæres gravatus, post aditam hæreditatem legitimè citatus vt eam restituat, contumaciter se absentat, vel comparere non vult, ne restituere cogatur; num. 1313.

Secundus casus legalis restitutionis est, quando hæres gravatus, antequam hæreditatem restituisset, decessit, & nullus ejus exitit hæres, vel successor. Et quid si non constat gravatum carere successore? num. 1314.

Tertius est, quando sunt plures fideicommissarij, quorum primus est gravatus restituere secundo, & secundus tertio, &c. in quo casu, vt jura & actiones transeant à primo in secundum, non est necessaria restitutio hominis, etiam verbalis. Et vtrum hoc procedat, licet primus non fuerit interpellatus, neque in mora restituendi? numer. 1315. *& seqq.*

Quartus est, quando hæres gravatus alienavit bona fideicommissaria; numer. 1318.

Quintus est, quando testator dedit licentiam fideicommissario capiendi propriâ auctoritate; num. 1319.

Sextus est, quando hæres est gravatus restituere Ecclesiæ, pio loco, pauperibus, vel alijs personis similiter privilegiatis. Et vtrùm idem sit, quando est gravatus restituere ciuitati, vel Fisco? n. 1320.

Extra prædictos casus, vt jura & actiones ex fideicommisso vniuersali transeant in fideicommissarium, necessaria est de jure Ciuili restitutio per hominem, saltem verbalis; numer. 1321. *Vtrum etiam sit necessaria secundum jus Canonicum? num.* 1322.

In omnibus casibus, in quibus actiones, & rerum dominia ipso jure transeunt, necessarium est, vt fideicommissarius priùs declaret, se acceptare, seu velle agnoscere fideicommissum; num. 1323.

Quando lex aliquid ipso jure inducit in peculiare commodum alicujus, intelligitur, ipso volente, & declarante se velle; ibidem.

QUæ in quatuor proximis §§. dicta sunt, spectant ad prohibitionem alienationis bonorum fideicommissariorum, quam supradiximus, esse secundum effectum substitutionis Fideicommissariæ. Nunc ergo omissis pluribus,

bus, quæ circa illam prohibitionem à DD. in peculiaribus tractatibus de fideicommissis traduntur, (non enim omnia hic persequi possumus) transeundum est ad tertium effectum ejusdem substitutionis quem constituimus, esse restitutionem hæreditatis, & bonorum, quæ fideicommissario facienda est.

1311 In primis ergo sciendum, quòd restitutio hæreditatis in præsenti materia est duplex: altera hominis, seu quæ fit per hominem; altera legis, seu qua fit per legem. Restitutio hominis dupliciter etiam se habet: aut enim est Verbalis, aut Realis; Verbalis est cùm hæres purè, vel conditionaliter grauatus, eueniente conditionis casu, verbo tenus dicit fideicommissario se ei restituere hæreditatem, vel per epistolam, aut internuntium hoc ei denuntiat, *l. Restituta, in princip. ff. Ad Trebel. l. Postulante, §. Sed in hujusmodi, ff. eodem*, Glos. *in §. Sed quia hæredes, Instit. de Fideicommiss. hæredit. verb. Restituerit*, vbi de hac duplici restitutione agit. Realis est, cùm hæres grauatus transfert de facto res hæreditarias in fideicommissarium, siue verè & propriè eas tradendo, siue patiendo eas teneri, & possideri à fideicommissario, vel totas vel aliquas earum, dummodo vterque ea sit mente, vt alter velit restituere, & alter suscipere, non si aliâ causâ fideicommissarius putabatur possidere, *d. l. Restituta, in princ.*

1312 Cæterùm quando per realem restitutionem vna res, vel aliquæ tantùm fuere restitutæ, licèt omnium dominium, jura omnia, & actiones in fideicommissarium transferantur, non tamen omnium transfertur possessio, sed earum tantùm, quæ realiter sunt traditæ; quia respectu aliarum restitutio illa censetur tantùm verbalis, per quam non transfertur possessio, sed solùm dominium jura, & actiones: quamobrem, vt possessio transferatur necessaria est restitutio realis, seu facti, post restitutionem verbalem; prout hæc omnia cum Barthol. Bald. & alijs tradit Peregrin. *de Fideicommiss. art. 2. num. 54.*

1313 Restitutio Legalis, quæ scilicet per legem fingitur esse facta, & cujus effectum lex ipsa operatur, in multis casibus contingit. Primus est, quando hæres grauatus post aditam hæreditatem legitimè citatus, vt eam restituat, contumaciter se absentat, aut comparere non vult, ne restituere cogatur. In hoc enim casu ipso jure fit restitutio per legem, & vtiles actiones hæreditariæ in fideicommissarium transferunt, *l. pen. §. Cum autem, Cod. Ad Trebel.* & declaratur latiùs à Peregrino *d. art. 2. num. 56.*

Secundus casus est, quando hæres grauatus, antequam hæreditatem restituisset, decesit, & nullus ejus existit hæres, vel successor. Tunc etiam ipsa lex restituit, sicut in superiori casu, vt habetur *in d. §. Cum autem, in 2. responso.* Si autem non constet grauatum carere successore, practica secundùm Barthol. & alios DD. *in d. §. Cum autem*, teste Peregrin. *vbi supra, num. 57.* est, quòd mandato judicis fiat publicum præconium, vt siquis intendit esse hæres Titij defuncti comparuisse debeat intra terminum dierum quinque: tunc enim, nemine comparente, videbitur decessisse absque hærede, argum. *l. Si eo tempore, ff. de Remiss. pignor.* & actiones ipso jure transibunt in fideicommissarium, vt per *d. §. Cum autem*; neque requiritur aliqua judicis pronuntia, vel sententia: Glos. *ibi*, quam ad hoc commendant Cyn. Butrigar. Bald. & alij, sequitur Menoch. *tract. de Adipisc. possess. remed. 4. num. 202.* & cum alijs Peregr. *d. num. 57.* qui rectè vlteriùs aduertit, in hoc etiam casu præsupponi hereditatem fuisse aditam ab hærede, aut saltem eum fuisse jussum adire, & ante aditam decessisse, quo casu pro adita habetur, *l. Non justam, Cod. Ad Trebel.* & sic *in d. §. Cum autem* notant Bald. *num. 2.* & Paul. de Castr. *in princ.*

Tertius casus est, quando sunt plures 1314
fideicommissarij, quorum primus est grauatus restituere secundo, & sic de alijs, si sint plures ita subordinati. In tali enim casu, vt jura, & actiones hæreditariæ transeant à primo in secundum, non est necessarium quòd primus restituat secundo,

etiam

etiam verbaliter, sed transeunt ipso jure, vt etiam habetur *in d. § Cum autem, in tertio responso.* Controuertunt autem DD. vtrùm hoc procedat, licèt primus fideicommissarius non fuerit interpellatus, & in mora restituendi post interpellationem? Quidam enim sentiunt, requiri moram, saltem per interpellationem extrajudicialem, ad hoc vt illę actiones trãseant ipso jure absque restitutione hominis. Ita Cyn. Salic. & multi alij *in d. § Cum autem*, Barth. *in l. 1. § De illo, ff. Ad Trebel.* & ibi Angel. Imol Rom Jas. & Claud. Aquens. qui dicit esse cõmunẽ sententiã, Cephal. *cõsil. 49. n. 18. & cõsil. 19.* qui testatur de communi, & alij, cum quibus videtur sentire Peregrin. *de Fideicommiss. art. 49. num. 90.* Probant per text. *in d. § De illo*, vbi in primo fideicommissario videtur præsupponi actum, aut saltem moram restituendi, ad hoc vt actiones transeant in secundum. Et hinc infert Cephal. *sup.* & cum eo Peregrin. *d. num. 90. in fine*, non esse restituendos fructus secundo fideicommissario, nisi ex die quo primus fuit interpellatus, saltem extrajudicialiter. Atque ita sæpe in causis fideicommissarijs se vidisse obseruari, vt fructus non restituantur, cessante mora per interpellationem, testatur idem Peregrin. *loco proximè cit.*

Alij verò talem moram non requirunt, 1316
sed simpliciter & absolutè asserunt, dictas actiones in casu proposito transire ipso jure, absque facto & restitutione primi fideicommissarij, præsuppositio tamen, quòd is fideicommissum agnouerit. Ita Glos. *in d. § Cum autem*, & ibi Barthol. & Paul. de Castr. Alex. *in d. § De illo*, & ibi Ripa *num. 7.* Cephal. *consil. 215. numer. 17.* Decian. *consil. 44. fin. lib. 3.* Surd. *consil. 92. num. 22. lib. 1.* Peregr. *de Fideicommiss. art. 2. num. 58.* & cum alijs Fusar. *de Substitut. q. 603. num. 7.* Probatur efficaciter per text. *in d. § Cum autem, in 3. responso*, vbi hic casus æquiparatur duobus præcedentibus, cùm hæres contumaciter se absentauit ne restitueret; & cùm mortuus est, nullo relicto successore: atque in ijs omnibus simpliciter statuitur; quòd ipso jure vtiles actiones hæreditarię transferantur. Vnde ad text. *in d. §. De illo*, qui est contra, respondent Barthol. & Paul. de Castr. apud Peregrin. *d. num. 58.* esse correctum per *d. § Cum autem.*

Cur autem in secundum fideicommissarium transeant à primo actiones ipso jure? Variè respondent DD. Quidam dicunt rationem esse, quia regulariter fideicommissarius non detrahit Trebellianicam à sequente, *l. 1. § Deinde, & l. Si patroni, § Qui fideicommissariam. ff. Ad Trebel.* Quæ ratio confirmatur à contrario; nam ideo ab hærede non transeunt regulariter actiones ipso jure in fideicommissarium, quia hæres priùs debet detrahere Trebellianicam; Barthol. *in l. 1. col. 1. Cod. Communia de leg.* Alij, inter quos est Barthol. asserunt rationem esse, quia cùm semel actiones transierint ab hærede in primum fideicommissarium, facile est vt à primo transeant in secundum, quia factę sunt transibiles, ad text. *in l. Pater filium, §. Quindecim, ff. de Leg. 3.* & quia ab hærede videtur facta restitutio primo fideicommissario pro ipso & sequentibus. Has rationes cum suis Authoribus affert, & approbat Peregrin. *d. art. 2. num. 59.*

Quartus casus est, quando hæres grauatus alienauit bona fideicommissaria: nam, cùm iam ea restituere non possit, ipso jure in fideicommissarium transeunt actiones: Glos. *in d. l. pen. §. Cum autem*, & ibi Barthol. *Cod. Ad Trebel.* idem Barth. *in l. vlt. §. Sed quia*, & ibi Bald. Paul. de Castr. & Ias. *Cod. Commun. de legat.* Alex. *in l. Marcellus, §. Res quæ, num. 8. ff. Ad Trebel.* Aretin. *in cap. In præsentia*, & ibi Paris. & Beroi. *de Probat.* Menoch. *de Adipisc. possess. remed. 4. num. 203.* & cum multis alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art. 2. num. 60.* & Fusar. *de Substitut. q. 603. num. 9.* Potest autem in hoc casu agere pro rebus alienatis aduersus ipsum hæredem, vt notat Peregrin. *d. num. 6.* & latiùs declarat *art. 45. num. 15. & seq.*

Quintus casus est, quando testator de-
dis-

disset licentiam fideicommissario capiendi propria authoritate: Durant. *de Arte testandi, tit. 5. cautela* 32. Bursat. *consil.* 89. *num.* 15. *&* 16. *lib.* 1. & Fusar. *dict. quæstion.* 603. *numer.* 19. vbi etiam pro hac sententia adducit Simon de Prætis.

1320 Sextus casus est, quando hæres est grauatus restituere Ecclesiæ, pio loco, pauperibus, vel alijs personis priuilegiatis, de quibus *in l. fin. Cod. de Sacros. Eccles.* In eas enim personas, & causas jura dominij, & actiones ipso jure transeunt absque alia restitutione, vt est communissima DD. sententia, quam relatis plurimis tradunt, & sequuntur Peregrin. *de Fideicommiss. art. 2. numer.* 61. Menoch. *de Adipisc. possess. remed.* 4. *numer.* 202. & Fusar. *dict. quæst.* 603. *numer.* 13. licèt nonnulli contradicant. Aduerte autem, quòd licèt in dictas personas transeant jura & actiones ipso jure, attamen non transire possessionem, vt notat Peregrin. *cit.* Qui etiam addit non improbabiliter, quod quanuis *in d. l. fin.* inter personas ibi priuilegiatas numeretur ciuitas, & Fiscus, attamen verius esse quòd in has non transeant ipso jure actiones, cùm in fideicommissis relictis ciuitati, vel Fisco locus sit detractioni Trebellianicæ, & Falcidiæ, *l.* 1. *§. Ad municipium, ff. Ad leg. Falcid. l. Marcellus, §. fin. & l. Recusare, §. Item si municipes, ff. Ad Trebel. & l.* 3. *Cod. eod. tit.* quæ detractio juxta Barthol. *in l.* 1. *col.* 1. *Cod. Communia de legat.* est tota ratio cur regulariter jura, & actiones non transeunt ab hærede in fideicommissarium; nisi ipso hærede restituente, saltem verbaliter.

1321 Extra prædictos casus necessaria est de jure Ciuili restitutio facta per hominem, saltem verbaliter, ad hoc vt jura & actiones ex fideicommisso vniuersali transeant in fideicommissarium, vt constat per *l.* 1. *§. De illo*, & per *dict. l. Restituta, ff. Ad Trebel. & per l. penult. & toto tit. Cod. eodem*, quibus in locis sic tenent DD. omnes; item Ripa *in l. In fideicommissariam, numer.* 14. *ff. eodem*, Decian. *consil.* 60. *numer.* 3. *lib.* 3. Surdus *consil.* 92. *numer.* 3. *lib.* 1. Crassus *in §. Fideicommissum, quæst.* 42. Petra *de Fideicommiss. quæstion.* 3. Peregrin. *dict. artic.* 2. *numer.* 50. Fusar. *dict. quæstion.* 603. *numer.* 1. & alij passim.

Vtrum autem idem sit dicendum se- 1322
cundùm jus Canonicum? Negant multi asserentes, quod ex æquitate illius juris ad tollendas subtilitates, & circuitus circa istas restitutiones, dicta jura, & actiones ipso jure transeunt in fideicommissarium absque alia restitutione, etiam verbali, statimque vbi cedit dies fideicommissi, posse illas actiones à fideicommissario exerceri. Sic Bald. *in cap. In præsentia per illum text. num.* 31. & ibi Dec. *num.* 9. & Mantic. *col.* 3. *de Probat.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Si absque liberis* 2. *num.* 83. *de Testament.* Paris. *consil.* 12. *numer.* 115. *lib.* 2. Riminal. jun. *consil.* 190. *num.* 33. *& consil.* 363. *num.* 25. Rebuf. *tract. de Mater. possess. art.* 9. *Glos.* 1. *numer.* 33. *&* 34. & cum alijs Fusar. *dict. quæst.* 603. quibus fauet Peregrin. *dict. art.* 2. *numer.* 62. vbi testatur, se nunquam practicasse verbalem restitutionem, nec practicatam vidisse. At contrariam sententiam defendit meritò Beroius *dict. cap. In præsentia, num.* 27. vbi etiam pro illa stat Imola, Aretin. *in* 3. *not ab. col.* 2. & Paris. eandem tuetur Bertazol. *consil.* 116. *numer.* 52. & fortasse esse veriorem scribit Peregrin. *sub dict. numer.* 62. Quia inter jus Canonicum, & Ciuile non est constituenda differentia, nisi quatenus in ipsis sacris Canonibus reperiatur scripta, *cap.* 1. *&* 2. *de Oper. noui nuntiat.* Nullibi autem in jure Canonico reperitur excluſa necessitas dictæ restitutionis jure Ciuili inducta: & quidem non esse excluſam per text. *in dict. cap. In præsentia* vt Bald. asseruit, demonstrant Imola, & Aretin. *citati.*

Cæterùm in omnibus casibus, in qui- 1323
bus actiones, & rerum dominia ipso jure transeunt, necessarium est vt fideicommissarius priùs declaret se acceptare, seu velle agnoscere fideicommissum:

antea enim non transeunt: sic cum Paul. de Castr. Socin. Ripa Cephal. & alijs Peregrin. *d. art.* 2. *num.* 63. & Fusar. *d. q.* 603. *num.* 20. licèt aliqui contrarium sentiant. Et ratio est, quia fideicommissarius est loco hæredis, cui substituitur: & ideo sicut in hærede requiritur aditio, seu acceptatio hæreditatis, ad hoc vt resultet ille quasi contractus obligans hæredem legatarijs, & creditoribus testatoris, *l. Ex maleficijs, §. Hæres, ff. de Action & obligat.* quæ aditio debet esse declarata per aliquem actum externum, *l. Pro hærede, ff. de Acquir. hæredit.* sic etiam in fideicommissario vniuersali requiritur agnitio fideicommissi; quia aliàs non posset resultare quasi contractus, ex quo fideicommissarius maneret obligatus oneribus hæreditarijs legatorum, & debitorum, quæ cum hęreditate in illum transferuntur. Et hæc agnitio debet esse declarata per aliquem actum externum, instar aditionis; à qua tamen differt; cùm aditio concernat hæredem, cui per talem actum acquiruntur jura, & actiones directæ; illa verò agnitio ad hoc non spectet, sed solùm vt jura, & actiones vtiles in fideicommissarium transferantur. Adducitur præterea aliud hujus rei fundamentum; quia quando lex aliquid ipso jure inducit in peculiare commodum alicujus, intelligitur, eo volente, & declarante se velle, vt varijs exemplis illustrat Peregrin. *sup. num.* 64. Quod maximè procedit, quando id, quod inducitur, potest simul esse onerosum personæ, in cujus commodum inducitur, ut in præsenti; cùm non solùm actiones activæ, sed etiam passiuæ in fideicommissarium vniuersalem trã-seant.

(:!:)

§. 11. *A qua persona, cui, & quando fieri possit restitutio fideicommissariæ hæreditatis?*

SUMMARIUM.

NOmine, Restitutionis fideicõmissariæ, *simpliciter dictæ solùm venit restitutio, quæ fit per hominem. Et hæc vt sit perfecta, exigit tam restituentis, quàm suscipientis consensum; num.* 1324. *num.*

Restitutio fit regulariter ab ipso hærede grauato. Quid, si sit Minor, aut furiosus, aut infans, aut pupillus maior infante? Et quid si pupillus sit rogatus restituere suo tutori? num. 1325.

Acceptare dictam restitutionem pertinet regulariter ad ipsum fideicommissarium, in quem actiones transferuntur. Quid, si is sit infans, aut furiosus, aut pupillus maior infante, aut Minor pupillo maior? num. 1326.

Restitutio generatim loquendo fieri debet, vt testator rogauit, id est, eo tempore, & casu, quo ille voluit; num. 1327.

Si fideicommissum hæreditatis est purum, fieri debet ejus restitutio vbi primum hæreditas fuerit adita, seu acquisita per hæredem grauatum; ibid.

Si fideicommissum sit conditionale, non potest fieri restitutio, ante quam conditio existat. Et quomodo id sit intelligendum? num. 1328. *& seqq. Idem dicendum si sit fideicommissum in diem incertum; num.* 1332.

Si sit fideicommissum in diem certum, fieri potest restitutio ante aduentum diei; non est tamen debita, nisi postquam aduenerit; num. 1333.

Si hæres grauatus sub conditione, vel in diem, bona fideicommissi, vel patiatur ab alijs occupari, an possit cogi restituere ante conditionis, vel diei aduentum? num. 1334.

Vtrum

Vtrum fideicommissarius possit exigere ab hærede cautionem de prædicto fideicommisso præstando, etiamsi hæres bona non dilapidet? ibid.

Vtrum ante aduentum conditionis, vel diei, possit fideicommissarius agere ad fideicommissum sibi adjudicandum? num. 1335. & seq.

1324 SVpposita necessitate restitutionis per hominem faciendæ extra casus supra traditos, in quibus lex ipso jure restituit, explicandum hic est, inter quas personas locum habeat, & quando? Vbi ante omnia aduerto, nomine, *restitutionis fideicommissariæ*, simpliciter dictæ non venire restitutionem legalem, quæ in dictis casibus locum habet; est enim impropria & ficta, sed solam restitutionem hominis, seu quæ fit per hominem, quæ sola est vera & propria. Aduerto præterea, quòd vt hæc restitutio sit perfecta exigit tam restituentis, quàm suscipientis consensum, *l. Restituta, in princip. ff. Ad Trebel.* ibi; *Vt vellet restituere, & ille suscipere*. Et patet, quia per hujusmodi restitutionem transfert quis à se aliquid in alium, quòd sine vtriusque voluntate non fiat, neque inuito beneficium datur, *l. Inuito, 70. ff. de Regul. jur.*

1325 Circa hanc ergo restitutionem, quæro primò, à qua persona fiat? Et respondeo, quòd regulariter ab ipso hærede grauato fieri debet, etiamsi hæres sit Minor, nam is etiam rectè restituit, neque ad hoc indiget auctoritate curatoris, *l. 1. §. Fuit quæsitum, ff. Ad Trebel.* Vnde etiam ipsi suo curatori restituere potest, si respectu illius grauatus sit, ut in eodem textu dicitur. Si autem sit furiosus, aut infans; tunc curator, aut tutor, ejus nomine bonorum possessione accepta, actiones transfert, *l. Cum hæres, ff. Ad Trebel. l. Sancimus, 7. in fine, Cod. eod.* Si verò sit pupillus maior infante, non restituit se solo absque tutore, neque tutor absque illo: bene autem simul cum tutore, seu tutore authore, *dict. l. Restituta, §. 1. ff. Ad Trebel.* Ipsi autem tutori, si rogatus esset ei restituere, non posset eo authore restitutionem facere, vt habetur in *dict. l. 1. §. Fuit quæsitum, ff. Ad Trebel.* vbi ea ratio redditur; quia tutor in rem suam author esse non potest. Id verò aliqui apud Oluald. *in Addit ad Donel. enucl. lib. 7. cap. 24. lit. A.* intelligunt, non procedere in fideicommissis particularibus, quæ quoad hoc à simplici debito non distant: constat autem quòd tutori, ipso auctore solui potest à pupillo, *l. Quoties, §. Sicut autem, ff. de Administrat. tutor.*

Quæro secundò, cui facienda sit dicta restitutio, seu ad quem pertineat eam acceptare? 1326 Et respondeo similiter, quòd regulariter id pertinet ad ipsum fideicommissarium, in quem actiones transferuntur, vt est notissimum. Cæterùm si fideicommissarius sit infans, aut furiosus, soli ejus tutori, aut curatori, nomine ipsius fideicommissarij, hæreditas restituenda est, *l. Sancimus, in princip. Cod. Ad Trebel.* integrum autem erit furioso, si resipuerit, fideicommissum repudiare, sicut quamlibet aliam successionem ejus nomine acceptatam, *l. vltim. §. tali, Cod. de Curat. furios.* Si autem fideicommissarius sit pupillus infante maior, ipsi fit restitutio, non quidem soli, sed tutore authore, *dict. l. Restituta, §. 1. ff. Ad Trebel.* neque etiam soli tutori, *l. Sed nec, ff. eodem* nisi pupillus sit absens; nam rectè soli tutori ejus nomine restituitur, *dict. l. Sancimus, in princip. Cod. Ad Trebel.* Similiter si fideicommissarius sit Minor, ei facienda est restitutio, non tamen soli, sed curatore authore, quemadmodum si esset pupillus. Quia restitutio hæreditatis non est tantùm solutio, sed etiam successio, ex qua obligatur is cui restituitur, *l. Non enim solutio*, & ibi Glos. magna, *ff. Ad Trebel.* in ijs autem, ex quibus inducitur hujusmodi obligatio, à pari procedũt Minor, & pupillus, vt rectè aduertit Glos. *in l. 1. §. Fuit quæsitum, verb. Necessaria non est, ff. Ad Trebel.*

Vnde non obstat, quòd Minor potest restituere se solo, non autem pupillus, vt *num. præced.* dictum est; quia per restitutionem liberatur restituens, vbi autem agitur de liberatione non æquiparantur Minor, & pupillus, vt probat Glos. proximè citat. *in dict. verb. Necessaria non est.*

1327 Quæro tertiò, quando facienda sit dicta restitutio hæreditatis fideicommissariæ? Respondetur, quod generatim loquendo, vt restitutio sit legitima prout ex Trebelliano requiritur ad actiones transferendas, fieri debet vti testator rogauit, idest, eo tempore & casu, quo ille voluit, & non ante, *l. Sed & si ante*, 10 *& l. Mulier*, 22. *in princip. ff. Ad Trebel. l. Si filiusfamilias*, §. *Diuus*, *ff. de Leg.* 1. *cum similibus*, quas adducit Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *num.* 51. Vt autem id magis explicetur, & praxi accomodetur, distinguere oportet. Nam vel fideicommissum hæreditatis est purum, vel sub conditione, vel in diem: si purum, facienda est restitutio, vbi primum hæreditas fuerit adita, seu acquisita per heredem grauatum; quia tale fideicommissum cedit à die aditæ hæreditatis, *l. Quidam in princip. ff. Ad Trebel.* Barthol. & alij *in l. Cum filio*, *ff. de Legat.* 1. & sic ex tunc debetur, *l. Cedere diem*, 213. *ff. de Verbor. signif.* neque testator tempus aliquod indulsit hæredi grauato, vt restitutionem differre posset. Atque ita supponunt omnes, & constat per text. *in dict. l. Mulier*, §. *Si hæres*, *juncta Glos.* ibi: *verb. Præsenti die, & verb. seq.*

1328 Si sub conditione fideicommissum sit, non potest fieri restitutio antequam conditio existat, *dict. l. Sed & si ante*, *ff. Ad Trebel.* vbi ea redditur ratio, quia ante conditionem non ita restituitur hæreditas, vt testator rogauit. Additur tamen ibidem, si postquam conditio extiterit, ratam habuerit hæres restitutionem antea factam, tunc translatas videri actiones; & sic ex tunc talem restitutionem valere. Cæterùm licèt restitutio ante conditionis existentiam non valeat ex Trebelliano, idest, ad effectum vt actiones in fideicommissarium transferantur, attamen valet per viam donationis ante conditionis euentum; cùm hæres antea restituens censeatur donare fideicommissario vtilitatem, quam interim percipere poterat: Barth. *l. Post mortem*, *numer.* 4. *ff. de Fideicommiss.* & ibi Paul. de Castr. & Jas. *idem* Barthol. *in l. Sed & si alio*, *cum l. sequent. numer.* 6. *ff. Ad Trebel.* & alij communiter, consentit Peregrin. *de Fideicommiss. articul.* 2. *numer.* 51. *fine.*

In contrarium autem videtur stare 1329
text. *in l. Post mortem*, 12. *Cod. de Fideicommiss.* vbi expressè habetur, quòd rogatus restituere post mortem potest restituere hæreditatem antequam fatis concedat, & sic ante aduentum conditionis, sub qua rogatus est: nam constat, quòd fideicommissum post mortem grauati est conditionale, nimirum sub conditione, si ipse grauatus moriatur superstite fideicommissario, *l. Si cum hæres*, 3. *ff. Quando dies leg. ced.* Respondet ad hoc Barthol. *in dict. l. Post mortem*, in eo textu solùm probari, illam restitutionem ante mortem grauati valere in vim donationis, quæ non impedit quominus grauatus possit conueniri à creditoribus hæreditarijs, sicut vendens, vel donans hæreditatem, testatore id non disponente, *l.* 2. *ff. de Hæredit. vend. & l. Hæreditatem*, *ff. de Donat.* in vim autem propriæ restitutionis ex Trebelliano, solùm valere post euentum conditionis. Quam sententiam sequuntur Castr. Ias. *numer. præced.* allegati, & alij apud Peregrin. *loco ibidem citato.*

Alij tamen probabiliùs dicunt, illam 1330
præmaturam restitutionem ante mortem grauati esse legitimam, & valere ex Trebelliano ad transferendas actiones. Ita Glos. *in d. l. Post mortem*, *verb. Restituere*, & ibi Din. Butrigar. Martin. Silim. Bald. Angel. Salic. & alij communiter, *C. de Fideicom.* Alex. *in d. l. Sed & si ante*, &

& ibi Cuman. *ff. Ad Trebel.* Rota Romana in nouissimis, *decis.* 468. *p.* 4. *& in collectis* per Farinac. *decis.* 263. *num.* 1. *ad med. & num. seq. p.* 1. Bald. *in Rubr. Cod. de Reuocan. his quæ in fraud. credit.* Rebuff. *consil.* 175. *num.* 18. *&* 19. & meliùs *consil. seq. numer.* 20. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 3. *numer.* 127. *fine.* Ratio est quia tempus mortis censetur adjectum in fauorem ipsius hæredis, ne antea teneatur restituere, argum. text. *in l. Cum qui, ff. de Annuis legat.* igitur si maturiùs restituit, renuntiando tali fauori, non facit contra voluntatem testatoris, sed potiùs eam pleniùs exequitur, *l. Patrem,* 9. *ff. Quæ in fraud. creditor.* ac proinde dicta restitutio præmatura non potest censeri minùs legitima, quasi aliter restituerit, quàm testator voluerit. Et hinc, quod supra *num.* 1328. generaliter statuimus, restitutionem fideicommissi conditionalis fieri non posse antequam conditio existat, intelligendum est, nisi conditio sit adjecta fauore ipsius hęredis, vt in specie aduertit Donel. *lib.* 7. *de Iure Ciuili cap.* 25. *in princip. per d. l. Post mortem, Cod. de Fideicommiss.*

1331 Procedit autem hæc secunda sententia in casu, quo hæres jussus est restituere certæ personæ: nam si rogatus sit restituere personæ incertæ, quam tunc eliget ex pluribus certis, vel vni primum locum tenenti, & in ejus defectum alteri, vt cum relinquitur proximiori: tunc restitutio ante tempus à testatore disignatum fieri non potest: Glos. *in dict. l. Post mortem, verb. Restituere,* & ibi Barthol. *numer.* 2. & cæteri communiter, Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *numer.* 51. & cum alijs Fusar. *de Substitution. quæstion.* 602. *numer.* 6. Ratio est, quia in hoc casu apponitur tempus mortis in fauorem personæ, aut personarum, quæ tunc extabunt, quibus præjudicialis esse poterit restitutio antea facta, cùm euenire possit vt persona, cui ea præmatura restitutio fuisset facta, jam non extet, quando hæres moritur; vel si extet, quòd fortasis hæres habens potestatem eligendi, aliam tempore mortis eligeret, si antea illi alteri non restituisset. Præterea in hoc casu, si hæres ante mortem restituat, talis restitutio non fiet vti testator voluit, & sic non valebit, vt per *dict. l. Sed & si ante, ff. Ad Trebel.* & diximus *supra, numer.* 1327.

Si verò fideicommissum sit in diem: 1332
aut est in diem incertum, & tunc ante illum fieri non potest restitutio, *dict. l. Sed & si ante, ff. Ad Trebel.* talis enim dies conditionem facit, & reddit fideicommissum conditionale, *l. Dies incertus,* 74. *ff. de Condit. & demonstr.* & ideo sicut supra diximus, quòd quando fideicommissum est sub conditione, non potest fieri restitutio, antequam conditio existat, nisi conditio sit adjecta in fauorem hæredis, ita etiam quando est in diem incertum, restituere non potest ante talem diem, nisi in fauorem hæredis adjectus sit, vt quando hæres jussus est restituere post mortem suam alicui certæ personæ, vt per *dict. l. Post mortem.* & supra *num.* 1330. explicatum est. Atque ita in specie docet Donel. *lib.* 7. *de Iure Ciuili, cap.* 20. *post med. & cap.* 25. *in principio.*

Aut est in diem certum, & tunc licèt 1333
antequam dies aduenial, peti non possit restitutio, attamen jam est debita, & fieri potest ab hærede, vt probat text. *in l.* 1. *vers. Cum dies certus, ff. de Condit. & demonstr.* Confirmatur, nam jussus restituere alio loco similis est ei, qui in diem rogatus est, *l. Recusare, §. vltim. in fine, ff. Ad Trebel. §. Loca, Instit. de Verbor. obligat.* & tamen ille potest restituere antequam in eum locum venerit, *l. Sed & si alio loco, ff. Ad Trebel.* Ratio verò est, quia dies certus adjicitur in commodum hæredis grauati, quòd si contemnit, nihil facit contra voluntatem testatoris, imò pleniùs illam adimplet, *l. Patrem, ff. Quæ in fraud. credit.* & diximus *supra num.* 1330. *ad med.* Atque ita etiam docet in specie Donel. *d. cap.* 20. *post med & d. c.* 25. *in princ.* Si autem dies certus in commodum fideicommissarij adjectus sit, tunc ante eum

diem restitui non poterit: Glos. *in d. l.* 1. *ff. de Condit. & demonstr. verb. Possunt*, per text. *in d. l. Eum qui, ff. de Ann. leg. & in l. Si ita, §. Pegasius, ff. de Leg.* 2. & tradit cum alijs Osuald. *in Addit. ad Donel. enucleatum lib.* 7. *cap.* 20. *litter. D.*

1334 Quòd si hęres grauatus sub conditione, aut in diem, bonis fideicommissi abutatur, ea dissipando, aut patiendo ab alijs occupari, aut dissipari, multi DD. censent posse tunc cogi ea restituere antequam dies, vel conditio eueniat. Alij verò tenent, solùm posse cogi ad idoneè cauendum, seu satisdandum fideicommissario de fideicommisso præstando, vbi dies, aut conditio aduenerit, Qua de re videndus Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 40. *num.* 10. *& seqq.* vbi secundam opinionem amplectitur, & Fusar. *de Substitut. q.* 519. vbi plures pro prima opinione adducit, & vtramque variè declarat, & limitat. Si autem quæras, an etiam secluso casu dilapidationis possit fideicommissarius petere ab hęrede cautionem de fideicommisso præstando, eueniente die, aut conditione? Respondetur affirmatiuè, per tex. *in l. Inter omnes, in* 1. *respon. ff. Qui satisd. cogan. & in l. Cum Archimedoram, Cod. Vt legat. nom. cauea.* & tradunt relatis pluribus Peregrin. *d. num.* 10. & Fusar. *q.* 515. qui hanc decisionem multipliciter ampliant, ac limitant: eos consule.

1335 Si præterea quæras, vtrùm ante aduentum diei, vel conditionis, possit fideicommissarius agere ad fideicommissum? Respondetur negatiuè ex communi sententia; quia vel fideicommissum est relictum in diem certum, & tunc licèt statim sit nata actio, & obligatio, attamen agenti obstaret exceptio, quòd dies nondum venit, & ideo non posset cum effectu agere, *l. Cedere diem, ff. de Verbor. signif. l. Mandatum, ff. Mandati, l.* 1. *§. vltim. ff. Quando dies leg. vsufr. ced.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 41. *num.* 2. Fusar. *de Substitut. q.* 607. *num.* 1. Vel est relictum in diem incertum, aut sub conditione, & tunc non est nata actio, neque obligatio ante aduentum diei, vel conditionis; & sic nequit fideicommissarius agere, *l. Non quemadmodum, ff. de Iudic. l. Facta, §. Si sub conditione, ff. Ad Trebel.* Peregrin. *d. art.* 41. *num.* 4. Fusar. *d. q.* 607. *num.* 2. & multi alij quos referunt. Quod procedit, licèt fideicommissarius solùm ageret ad declarationem sui juris, vt scilicet grauatus condemnetur ad restituendum, eueniente conditione, vel die: Pinel. *in l.* 1. *p.* 3. *num.* 78. *Cod. de Bon. matern.* vbi testatur ita fuisse judicatum. Molina *de Primogen. Hispan. lib.* 3. *cap.* 4. Peregrin. *d. num.* 4. *fine*, & cum multis alijs Fusar. *d. q.* 607. *num.* 3. licèt graues DD. vt Roderic. Soar. Couar. & alij apud eundem Fusar. contradicant.

Hoc autem intellige, nisi esset periculum quòd postea non posset probari jus fideicommissarij. Nam tunc statim debet admitti ad agendum pro declaratione sui juris de futuro, *l. In lege Aquilia, si delatum, ff. Ad leg. Aquil.* Peregrin. *d. art.* 41. *num.* 5. Fusar. *d. q.* 607. *num.* 6. 1336 Intellige præterea, nisi grauatus diffamaret fideicommissarium carere jure. Nam tunc agere posset fideicommissarius remedio *l. Diffamari, Cod. de Ingen. & manum.* Intrigl. *de Substitut. cent.* 3 *q.* 33. *numer.* 73. Fusar. *supra, num.* 8. & videtur sentire Peregrin. *d. art.* 41. *num.* 6. Omitto alias limitationes, quæ apud hos DD. videri possunt.

§. 12. *Quæ veniant, aut non veniant in restitutione hæreditatis fideicommissariæ, seu fideicommissi vniuersalis?*

SVMMARIVM.

Distinguuntur varia genera bonorum, quæ à testatore ad hæredem perueniunt; num. 1337.

Bona peruenta ad hæredem grauatum, quæ alio jure, quàm hæreditario ei erant debita, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis, nisi testator

tator de ijs nominatim eum rogauerit; numer. 1338. *Excluduntur quædam obstacula; num.* 1339. *& seq.*

Qua ratione per additionem intelligantur confundi, & extingui debita, quibus testator erat obstrictus hæredi adeunti? num. 1340.

Filius grauatus fideicommisso vniuersali non tenetur restituere legitimam, nisi sufficienter constet, eum renuntiasse tali detractioni; num. 1341.

In restitutione fideicommissi vniuersalis non veniunt legata & fideicommissa, quæ testator ex alterius testamento debebat hæredi grauato; num. 1342.

Neque ea quæ hæredi grauato fuere donata à testatore, etiamsi donatio non fuisset statim valida, & irreuocabilis à principio, sed solùm morte ipsius testatoris fuerit confirmata; num. 1343. *Hoc fallit in donatione per mortem testatoris confirmandâ, si testator res donatas in suo testamento præleget ipsi hæredi; num.* 1344. *Vel si in ipsa hæredis institutione eas expresserit, & deinde fideicommisso vniuersali eum grauet: quod etiam procedit quando donatio à principio fuit valida. Et quid aliqui in hoc sentiant? numer.* 1345. *Quid si testator mentionem fecisset in testamento rerum donatarum, dicendo quòd confirmat earum donationem? numer.* 1346.

Quando pater filium hæredem institutum grauauit fideicommisso vniuersali, & postea illi fecit donationem; an filius teneatur res donatas restituere? ibid.

Si vxor sit hæres instituta à marito cum onere fideicommissi vniuersalis, potest dotem deducere. Quod variè ampliatur; num. 1347.

Dos data, vel promissa filiæ hæredi institutæ, & fideicommisso vniuersali grauatæ, non venit restituenda, nisi nominatim de ea sit rogata; ibid.

In restitutione fideicommissi vniuersalis non veniunt emphyteuses non hæreditariæ; numer. 1348. *Quid si fideicommissarius sit de comprehensis in inuestitura talium emphyteusium? n.* 1349.

Emphyteuses simpliciter hæreditariæ veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis, & quid si sint hæreditariæ mistæ? num. 1350.

Si hæres grauatus fideicommisso vniuersali aliquid obtinuit à testatore ex titulo inter viuos, qui erat ipso jure inualidus, non tenetur illud restituere ex fideicommisso, si titulus ille per sententiam erroneè latam fuit approbatus; num. 1351. *Hæc tamen resolutio non procedit in foro conscientiæ; numer.* 1352.

Sententia judicis erroneè, vel ex falsis probationibus lata non reddit tutum in conscientia eum, cui res fuit adjudicata, sed tenetur restituere: & pars læsa potest se occultis modis compensare; ibidem.

Quæ ad hæredem perueniunt, quia hæres est, non autem vt hæres est, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis. Talia sunt jus sepulchri, jus patronatûs liberorum, jus patronatûs Ecclesiastici, dignitates, prærogatiuæ, honores, insignia, armorum delationes, & similia; num. 1353. *& seqq.*

Acquisita per hæredem post aditam hæreditatem, antequam esset in mora eam restituendi, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis, etiamsi fuerint acquisita ex ipsis bonis hæreditarijs, excepto semper casu, quo testator aliud expressè disposuerit; num. 1356.

In restitutione fideicommissi vniuersalis non veniunt, quæ serui hæreditarij post additionem stipulati sunt, vel traditionem acceperunt; neque hæreditas, quæ hærede jubente per tales seruos fuit adita: neque pignus, quod hæres accepit pro pecunia hæreditaria, quam suo nomine alij credidit. Neque actio legis Aquiliæ ex damno dato in re hæreditaria post additionem. Et quomodo hoc vltimum sit intelligendum? numer. 1357.

In dicta restitutione non veniunt fructus post aditam hæreditatem percepti; neque quæ vice fructuum percipiuntur, vt pensiones, & mercedes; num. 1358.

Non veniunt etiam in d. restitutione, quæ hæres grauatus lucratus fuerit ex bonis hæreditarijs, vel eorum occasione; num. 1359.

Hæres grauatus fideicommisso vniuersali non tenetur restituere bona, quæ suo nomine emit pecuniâ hæreditariâ, vel pecunijs exactis à debitoribus hæreditarijs; dummodo tamen ipsam pecuniam restituat; num. 1360. *Secus dicendum si res fuisset empta nomine hæreditario, seu ipsius hæreditatis. Et quid in dubio, an fuerit empta nomine proprio, vel hæreditario? numer.* 1361. *& sequenti.*

Si hæres grauatus res aliquas acquirat ex permutatione cum hæreditarijs, tenebitur eas restituere loco hæreditariarum; num. 1363. *Et quid, si rem ipsam ex permutatione acquisitam, vel pecuniâ hæreditariâ nomine hæreditario emptam alienauit? num.* 2364. *& sequenti.*

Vtrum in restitutione fideicommissi vniuersalis veniant, quæ hæres grauatus acquisiuit ex præscriptione cæpta à testatore, & completâ per ipsum hæredem? num. 1366. *& seq.*

1337 HÆc est vna ex præcipuis, & magis vtilibus quæstionibus hujus materiæ, pro cujus declaratione ad confusionem vitandam notandum ante omnia est: bona, quæ hæres habet, vel habere potest à testatore, quædam ad eum peruenire solo jure hæreditario, itaut si hæres non esset, ad eum non peruenirent: quæ rursus in duplici sunt differentia: nam ex his, quædam perueniunt ad hæredem, quia est hæres, non autem vt hæres est; cujusmodi sunt quæ, etiam quando sunt plures hæredes inæqualiter instituti transeunt in solidum in vnumquêque eorum, & non pro rata portionum hæreditariarum, vt jus sepulchri, jus patronatûs libertorum, & jus patronatûs Ecclesiastici, vt ex jure & DD. bene tradit Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 6. *numer.* 35. *& seqq.* quædam verò ad eum perueniunt, quia est hæres, & vt hæres est, qualia sunt, quæ quando sunt plures hæredes deferuntur eis pro portionibus hæreditarijs. Alia verò perueniunt ad hæredem, & ab illo capiuntur, non ratione juris hæreditarij præcisè eo quod sit hæres, sed quia aliunde ei sunt debita; vt legitima, quæ filijs, & parentibus debetur; item donata hæredi inter viuos à testatore; item fideicommissa ipsi hæredi relicta, quibus testator grauatus esset, & similia, quæ non ex judicio, & dispositione testatoris, sed aliâ ex causa ad hæredem pertinebant. Alia præterea obueniunt hæredi non præcisè, quia est hæres, neque quia sunt aliunde ei debita, sed alio titulo, ex judicio tamen testatoris, vt prælegata ipsi hæredi relicta; item quæ ad illû peruenient ex aliqua substitutione per ipsum testatorem factâ; item fructus percepti ex bonis fideicommissarijs, antequam aduenirent casus fideicommissi restituendi, & si quę sunt similia.

Aduertendum præterea, præsentem quæstionem esse præsumptiuam; in qua scilicet præcipuè indaganda, & inspicienda est voluntas testatoris: cùm onus fideicommissi, & restitutionis ab ea dependeat, ac per eam reguletur: neque testatores fideicommittendo grauare soleant quantum possunt: vnde præsens quæstio non tam est potestatis, quàm voluntatis, suppositâ potestate.

His animaduersis, trademus primò aliquas regulas generales pro ijs, quæ regulariter non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis: deinde cætera, quæ ad præsentem quęstionem spectant, & sub generali regula constringi non possunt, in particulari exponemus.

Prima regula est. Bona peruenta ad hæredem grauatum, quæ alio jure, quàm hereditario, ei erant debita, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis, nisi testator de ijs nominatim cum rogauerit. Constat hæc regula per text. *in l. Sequens quæstio, ff. de Legat.* 2. eamque in specie tradunt Mantica *lib.* 7. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 8. *num.* 1. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4 *præsumpt.* 196. *num.*

num. 1. *& seqq.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 6. *num.* 1. & Fusar. *de Substit. q.* 647. Ratio est, quia fideicommissarius vniuersalis substituitur, & succedit loco hæredis, atque adeo in ijs tantùm, quæ hæres habuit vt hæres, & non alio titulo: nam substitutio respondet institutioni, & sic regulariter solùm porrigitur ad ea, quæ præcisè ex institutione capiuntur ab hærede, non aliunde.

1339 Nec obstat, quòd etiam ea quæ aliàs hæredi debentur à testatore in ipsa institutione comprehenduntur, cùm sit vniuersalis, & ad omnia bona testatoris porrigatur. Hinc enim non sequitur, quòd etiam comprehendantur in substitutione: nam quòd relicta sint à testatore titulo institutionis, non est ex necessitate, cùm alio titulo capi possint ab hærede, sed ex abundanti, vt creditor honorabili etiam titulo institutionis afficiatur. Quæ autem ad augmentum inducta sunt, non debent operari diminutionem, *l. Legata inutiliter, ff. de Leg.* 1.

1340 Non obstat etiam, quòd per aditionem hæreditatis confunduntur, & supprimuntur actiones, quæ antea inter hæredem, & testatorem dabantur, *l. In imponenda, & l. Irritum, Cod. Ad leg. Falcid. l. Debitor, ff. Ad Trebel. cum concord.* Quia hinc etiam non sequitur, quòd hæres grauatus nequeat pro deducendis sibi debitis à testatore vti illis actionibus, quasi non essent confusæ, obeundo scilicet vicem duarum personarum, alteram testatoris soluentis, & alteram creditoris cui soluitur. Vnde deductio bonorum, quæ hæredi debentur à testatore, intelligitur facta tempore, quo hæres adiuit hæreditatem: quia aditio facta à creditore extinguit obligationem, non jure confessionis, sed cujusdam fictæ solutionis, quando hæres aliàs damnum pateretur, *l. Stichum, §. Aditio*, & ibi Barthol. *num.* 1. Paul. de Castr. *in princip.* & Imola *num.* 4. *ff. de Solution.* tunc enim fingitur solutio, ne hæres, qui est creditor defuncti, damnum patiatur: Mantic. *d. tit.* 8. *num.* 16. *in nouissima edit.* quod quidem locum habet in nostro casu, ne ob actionum confusionem cogatur hæres grauatus restituere quę sibi aliàs erant debita, quasi debita non fuissent.

Ex prædicta regula sic probatâ, & defensâ, infertur primò, filium grauatum fideicommisso vniuersali, non teneri restituere legitimam; cùm eam non habeat jure hæreditario præcisè, sed potius ex dispositione, & prouidentia legis, *l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Ita omnes *in l. Ex tribus, Cod. de Inoffic. testam.* Et procedit hæc resolutio, quanuis pater filium instituisset in maiori portione, quàm sit legitima, & illum grauasset restituere totam hæreditatem; quia legitima non dicitur pars hæreditatis, sed bonorum, *l. Papinianus, §. Quarta, ff. de Inoffic. testam.* neque in dubio censendum est, patrem voluisse legitimam includi in fideicommisso: Glos. vlt. *in l. Precibus, Cod. de Impuber. & alijs substit.* Et licèt admittamus, quòd voluit eam includi, adhuc filius posset eam detrahere, nisi specialiter ei renuntiasset, *l. Si quando, §. Generaliter, Cod. de Inoffic. testam.* & ibi DD. omnes; neque satis est, quòd adiuerit ex testamento, illudque approbauerit, ad hoc vt intelligatur renuntiasse detractioni legitimæ: Anchar. *consil.* 152. *num.* 8. & Ruin. *consil.* 57. *numer.* 3. *lib.* 2. Dec. *consil.* 81. *num.* 1. Paris. *consil.* 43. *num.* 18. *& 35. lib.* 2. & alij. Atque ita in specie docent Mantica *dict. tit.* 8. *num.* 4. *& seqq.* Menoch. *d. præsumpt.* 196. *numer.* 20. *& seq.* & cum multis alijs Fusar. *de Substitut. q.* 296. *num.* 28. licèt nonnulli contrarium senserint, quos bene præcitati refellunt. Quando autem filius grauatus sufficienter intelligatur renuntiare detractioni suę legitimæ, & propterea non possit eam deducere? Tractat latissimè idem Fusar. *d. q.* 296. 1 *num.* 58. 1341 1342

Infertur secundò in institutione fideicommissi vniuersalis non venire legata & fideicommissa, quę testator ex alterius testamento debebat hęredi grauato; cùm is ea capiat vt sibi debita alio titulo, quàm quòd sit hæres testatoris. Atque ita in specie, plurimis relatis DD tradunt Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.* 7. *tit.* 8.

num.

numer. 16. aliàs *numer.* 21. in nouissima editione. Menoch. *dict. lib.* 4. *præsumpt.* 197. *n.* 14. Peregrin. *de Fideicom. art.* 6. *num.* 8. & Fusar. *de Substitut. q.* 649. *num.* 1. *& seqq.* vbi hanc resolutionem multipliciter ampliat, & limitat: illum consule. Una ex ampliationibus præcipuis est, vt procedat licèt hæres grauatus non confeciſſet inuentarium; quam etiam probat Menoch. *loc. citat. numer.* 15.

Infertur tertiò, non venire etiam in
1343 restitutione fideicommissi, quæ hæredi grauato fuere donata à testatore; non solùm si donatio statim fuit valida, & irrenocabilis, sed etiam licèt à principio fuisset inualida, & solùm morte ipsius testatoris fuerit confirmata; vt si fuit facta filio in potestate, vel inter virum, & vxorem, de qua est casus in specie *in d. l. Sequens quæstio, ff. de Leg.* 2. Ratio patet, siquidem hæres capit hujusmodi donata alio titulo, quàm ex testamento; quæ autem ita capiuntur non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis, vt probatum est. Atque ita cum communi DD. & multis relatis docent Mantica *d. tit.* 8. *numer.* 29. *& seqq.* Menoch. *d. lib.* 4. *præsumpt.* 196. *num.* 4. *& seqq.* Peregrin. *d. art.* 6. *sub numer* 1. & Fusar. *de Substit. q.* 632.

Nota verò quando hæredi erat facta
1344 donatio inualidâ per mortem donatoris confirmanda; vt quia fuit facta filio in potestate, vel vxori, non procedere prædictam resolutionem, si testator à quo talis donatio est facta, res donatas præleget in suo testamento ipsi hæredi; quia tunc censetur recessisse à donatione, *l. Illud, ff. de Acquirend. hæred.* & tale relictum non debetur jure donationis, sed jure legati, *l. Si quando, in princip.* & ibi Barthol. *ff. de Leg.* 1. Vnde quando prælegata restituenda venerint, etiam res illæ restitui debent. Sic Mantica *d. tit.* 8. *sub num.* 30. in nouissima edit. Menoch. *d. præsumpt.* 196. *num.* 10. Peregrin. *d. art.* 6. *num.* 3. & cum alijs Fusar. *d. q.* 632. *num.* 10

1345 Similiter si testator in ipsa institutione hæredis expresserit res, quas ei donauerat, & deinde fideicommisso vniuersali cum grauet, res illæ veniunt in restitutione fideicommissi, quanuis mentionem illarum non fecerit, quia cùm eas expressè comprehenderit in institutione; videtur de illis etiam sensisse in ipsa substitutione vniuersali: & cum hæres grauatus testamentum simpliciter agnouerit, tale onus censetur acceptare. Ita cum alijs docent Peregrin. *d. art.* 6. *num.* 6. & Fusar. *d. q.* 636. *num.* 11. Quę resolutio non solùm habet locum, quando donatio à principio fuit inualida, sed etiam quando fuit valida, vt cum Deciano expressit Peregrin. *cit.* nec Fusar. videtur dissentire. Et quidem ratio adducta in vtraque militat; neque dubium est, quòd in irreuocabiliter donatis potest testator donatarium hæredem institutum grauare, *l. Vnum ex familia, §. Si rem, ff. de Legat.* 2. *cum concordan.* Aliqui tamen opinantur, quòd donata filijs hęredibus grauatis, siue donatio fuerit à principio inualida, siue valida, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis, nisi in ipso fideicommisso fuerint nominatim expressa. Ita sensit Alex. *consil.* 20. *lib.* 3. & alij apud Fusar. *supra*, quæ opinio non est improbabilis.

Si autem testator in testamento feciſſet 1346
mentionem rerum donatarum, dicendo quod confirmat earum donationem, vel quid simile, quo non ostendat, se eas prælegare, aut in eis hæredem instituere, tunc quidem non videbitur recessisse à donatione. At si ea non fuisset insinuata, & esset talis, quæ insinuatione indigeret, solùm valebit in vim donationis confirmatæ per mortem quoad eam summam, quę absque insinuatione donari potest; quoad reliquum verò valebit vt fideicommissum, & veniet restituenda cum reliquis bonis fideicommissarijs Sic cum alijs Peregrin. *d. art.* 6. *num.* 3. & Fusar. *d. q.* 632. *num.* 4. Quando pater filium hæredem institutum grauauit fideicommisso vniuersali; & postea illi fecit donationem, an tunc filius possit deducere res donatas, vel teneatur eas restituere ex fideicommisso? Affirmant plerique, teneri eas restituere. Melius tamen, meo judicio, negat

gat Fusar. *supra, num.* 17. illum consule.

Infertur quartò, si vxor sit hæres instituta à marito cum onere fideicommissi 1347 vniuersalis, posse dotem subtrahere, *l. vnica §. Igitur, Cod. de Rei vxor. act.* & patet ex dictis; siquidem vxor dotem recuperat ex alia causa, quàm ex testamento mariti. Atque procedit hoc, licèt maritus dotem, & alia bona ei prælegasset, & deinde eam rogasset, vt partem hæreditatis, ex qua fuerat instituta communi filio restitueret, nisi manifestum sit, testatorem etiam de dote restituenda sensisse. Casus est *in l. Lucius, §. Maritus, ff. Ad Trebel.* & tradit Peregrin. *d. art. 6. num.* 1. & Mantica *lib. 7. de Conject. tit.* 8. *numer* 33. *in nouissima edit.* vbi alios refert. Similiter dos data, aut promissa per patrem vel matrem, filiæ hęredi institutæ, & fideicommisso vniuersali grauatæ, in restitutione talis fideicommissi non venit, nisi parens de ea nominatim rogauerit, *l. fin. §. Filiæ*, & ibi Barthol. & Paul. de Castr. *ff. de Legat. 2. l. A filia*, vbi etiam Barthol. Angel. Imola Paul. de Castr. & Alex. *ff. Ad Trebel.* Peregrin. *supra*, & Mantic. id ampliùs explicans *d. tit.* 8. *numer.* 32.

1348 Infertur quintò, in restitutione fideicommissi vniuersalis non venire emphyteuses, quæ non sunt hæreditariæ, sed tantùm ex pacto, & prouidentia, vt quæ concessæ sunt pro filijs, & descendentibus, vel pro similibus personis, non verò pro hæredibus, Quia hæres grauatus non succedit in his emphyteusibus ex testamento, & concessione testatoris, sed ex prouidentia, & concessione domini: in restitutione autem fideicommissi vniuersalis solùm veniunt quæ hæres capit ex testamento, & dispositione testatoris, vt declaratum est. Sic post Barthol. & multos alios Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib. 7. tit. 9. num. 5.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 197. sub num.* 12. Peregrin. *de Fideicommiss. art. 6. num.* 29. Fusar. *de Substitut. q.* 630. *num.* 18. Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap. 8. numer.* 26. Valasc. *tract. de Iure emphyt. q.* 48. Cald. *de Nomin. emphyt. q.* 24. *num.* 26. P. Molina *tom. 2. de Iust. disp.* 479. *num.* 1. Gabr. Per. *decis. 26. numer. 5.* & dixi *in tract. de Censu & emphyteusi, p. 2. disp. 5. num.* 18.

Limitant aliqui hanc resolutionem, vt 1349 non procedat, quando fideicommissarius esset aliquis de comprehensis in inuestitura, vt videre est apud Manticam *d. numer. 5.* & Fusar. *d. q.* 630. *num.* 11. Meritò tamen hanc limitationem rejicit Trentacinq. *vbi supra*, nam præfacta resolutio non fundatur in eo, quòd substitutus sit incapax talis emphyteusis, sed quòd hæres grauatus non capiat illam ex testamento, & concessione testatoris, sed ex concessione domini; quæ ratio stat, siue substitutus sit capax, siue incapax, juxta inuestituram. Accedit præterea alia ratio non minùs efficax, quia in fideicommisso vniuersali simpliciter relicto solùm venit hæreditas, & quæ in hæreditate continentur: emphyteusis autem ex solo pacto, & prouidentia neque est hæreditas, neque pars hæreditatis, cùm non deferatur à testatore, sed à domino.

Si autem emphyteusis sit hæreditaria 1350 simpliciter, quæ etiam ad hæredes extraneos transire possit, fatentur omnes DD. supra citati, vno excepto Gabr. Per. venire in institutione fideicommissi vniuersalis. Et quidem meritò, cùm talis emphyteusis contineatur in hæreditate, & sit verè pars hæreditatis, quam hæres per tale fideicommissum grauatur restituere; & ita etiam resoluimus *d. tract. de Censu, & emphyteusi, loco sup. allegato.* Si verò emphyteusis esset hæreditaria mistè, vt quãdo esset concessa pro filijs, & descendentibus hæredibus: tunc vel fideicommissarius est extraneus, seu non comprehensus in inuestitura; & in eo casu non continetur talis emphyteusis in fideicommisso, nec venit restituenda, vt omnes facilè admittunt: vel est de comprehensis in inuestitura, & tunc credo quòd continetur in fideicommisso, tanquam pars hæreditatis, quam grauatus restituere jubetur, vt probaui *in d. tract. de Censu, & emphyteusi, 2. p. disp. 5. sect. 2. §. 2. numer.* 19. & tradit in specie Molina *d. disp.* 479. *numer.*

mer. 1. ad mentem DD. quos ibi refert. Circa quam materiam plura scribunt Mantica Trentacinq. Peregrin. & Fusar. *loco cit.* quæ tamen necessaria non sunt, & magno indigent examine. Quæ autem de emphyteusi dicta sunt, pari ratione procedunt in feudo, vt apud DD. citatos videri potest.

1351 Infertur sextò, si hæres grauatus aliquid obtinuit de bonis testatoris ex titulo inter viuos, qui ipso jure erat inualidus, non teneri illud restituere ex causa fideicommissi vniuersalis, si titulus ille per sententiam fuit approbatus, credente judice per errorem illum fuisse validum, & legitimum. Ita cum Bartholo, & alijs Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 8. num. 17. aliàs 22. in nouissima edit.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 6. numer. 2.* & Fusar. *de Substitut. q. 663* Probant per text. expressum *in l. Debitor, 59. §. Ea quæ, ff. Ad Trebel.* & reddit rationem Peregrin. quia sententia facit esse quod non est, *l. Ingenuum, ff. de Statu hom.* & facit de albo nigrum, & econtra, & de indebito debitum, *l. 1. Cod. de Condict. indeb.* plenè Jas. *in rubr. ff. de Re jud.* & facit non esse fideicommissum, quod erat, *l. Qui Romæ, §. Duo fratres, ff. de Verb. obligat.* vbi Ripa *in 4. notab.* igitur, quanuis titulus reipsâ fuerit nullus, attamen per sententiam redditus est validus, & sic perinde non tenetur hæres restituere quod ex eo obtinuit à testatore, acsi esset à principio validus, & verus: constat autem per supradicta, quòd obtenta alio titulo, quàm ex testamento, non veniunt in restitutione fideicommissi.

1352 Cæterùm hæc resolutio. quanuis in foro externo regulariter admittenda sit, propter authoritatem rei judicatæ, cui leges plurimùm deferunt, vt constat, tum ex supra allegatis, tum ex *l. Si fidejussor, §. In omnibus, ff. Mandati,* vnde communiter tradunt DD. quòd sententia lata per errorem, siue facti, siue juris, valet mero jure, præterquam si juris error in ipsa expressè contineatur, *l. Si expressim, ff. de Appellat. & relationib. l. 2. Cod. Quando prouocare non est necesse,* latè DD. *in cap. 1. de Sent. & re judic.* Lancelot. *in Institut. juris Canonici, tit. de Sententijs, & re jud. §. Si tamen sententia,* & cæteri communiter: attamen in foro conscientiæ non potest habere locum, si clarè constet de errore sententiæ: quia talis sententia venit rescindenda per appellationem, vel alia juris remedia ob manifestam ejus injustitiam: & licèt pars læsa non appellet, non propterea censenda est sponte sua in sententiam consentire, cùm nemo injustitiam sponaneè patiatur: quare semper in foro veritatis retinet jus ad rem sibi restituendam, & consequenter pars, cui res malè fuit adjudicata, eam tenetur restituere, si ei de errore sententiæ constet. Ita relatis pluribus docet optimè Joan. Valer. *verb. Sententia, different. 3.* estque optimus text. ad hoc *in l. Iulianus, 60 ff. de Condict. indebiti;* ibi: *Licet enim absolutus sit, naturaliter tamen debitor permanet.* Id quod maximè procedit in rebus pecuniarijs, quarum dominium non amitti per sententiam latam ex falsis probationibus, docet Less. *lib. 2. de Iustit. cap. 29. dubit. 10. sub numer. 84. vers. Tertiò quia,* post Aragon *q. 60. art. 5. in fine,* Sotum *lib. 3. de Iustit. q. 4. art. 5.* & alios, quos refert. Ducitur, quia mens reipublicæ non est, nec esse potest, vt quis rebus suis per sententiam falsis innixam probationibus priuetur; siquidem hoc esset absque necessitate calumniatoribus fauere. Vnde addit, posse illum eas postea occultis modis recuperare ab eo, cui sunt adjudicatæ: quibus consonant, quæ ex quodam mihi ignoto Doctore tradit Osuald. *in Addit. ad Donel. enucleatum lib. 7. cap. 25. lit. A.* vbi dicit sententiam non facere veritatem, sed haberi loco veritatis; & nusquam in jure tradi, quòd debitor à judice absolutus desinat debere, sed propter peremptoriam rei judicatæ exceptionem, pro eo haberi, qui debitor esse desierit. Quare ad rem præsentem dicendum omnino videtur, teneri hæredem grauatum fideicommisso vniuersali restituere, quæ ipsi erroneè sunt adjudicata, quasi à testatore ei essent debita,

bita, cùm reuerà debita non essent; nisi essemus in casu, in quo præsumi deberet voluntatem testatoris non esse, eum in illis bonis grauare.

Secunda regula est. Quę ad hęredem
1353 perueniunt, quia hæres est, non autem, vt hæres est, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis. Tradit hanc regulam Peregrin. *de Fideicommiss. art. 6. numer.* 35. cui etiam adhæret Trentacinq. *de Substitut. p. 4. cap.* 8. *sub numer.* 17. *vers. Et licet*, & videtur communiter recepta. Probatur *per l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, jus sepulchri, non transire in fideicommissarium, sed manere apud hæredem grauatum: quod non tantùm procedit, quando jus sepulchri est familiare, sed etiam quando est hæreditarium; vt ibi notat Glos. & idem habetur *in l. Si quis hæres, ff. de Religios. & sumptib. funer.* cujus decisionis ea potissimum est ratio; quia licèt illud jus, quando est hæreditarium, transeat ad hæredem, quia est hæres, non tamen ad eum peruenit, vt est hæres. Quid autem sit transire in hæredem, quia hæres, non autem vt hæres est? Declaratum est *supra num.* 1337.

Hinc deducitur, jus patronatûs li-
1354 bertorum quod liberis patroni defertur, non vt hæredibus, seu pro hęreditarijs portionibus, *l. Vt jurisjurandi, ff. de Oper. libert.* non transire in fideicommissarium, sed remanere penes hæredem, vt constat per *l. Si patroni, in princip. ff. Ad Trebel.* & tradit Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap.* 25. *post princip.* Polit. *de Substitut. tit. de Compendiosa num.* 17. Intrigl. *de Substitut. cent. 2 q. 94. num.* 20. *& cent. 3. quæstion. 74. numer.* 55. & Peregrin. *de Fideicommiss. articul. 6. numer.* 36. vbi cum Bartholo addit, ex eo quod hoc jus non defertur pro portionibus hæreditarijs, satis esse quod filius patroni sit hæres in re certa ad hoc vt in jure illo succedat.

1355 Deducitur præterea, jus patronatus Ecclesiastici, licèt transeat ad quoslibet hæredes, etiam extraneos, vt est communis DD. sententia, *in Clement. Plures, de Iure Patron. & in l. Quia perinde, ff. Ad Trebel.* attamen non transire ad fideicommissarium, quia cùm transeat in solidum ad quemlibet hæredem; & non pro rata hæreditatis, non transit ad hæredes, vti hæredes, sed quia hæredes; & sic non trasfertur in fideicommissarium, sed remanet apud hæredem grauatum, ita vt sit jus hæreditarium directum, non obliquum: Sic Barthol. *in dict. l. Quia perinde*, & ibi Alberic. Paul. de Castr. & Alex. Imola *in dict. l. Si patroni*, & ibi Alex. *ff. Ad Trebel.* Couar. *lib. 2. Variar. resol. cap.* 18. *numer.* 8. Anton. Gom. *tom. Variar. cap. 5. numer.* 29. Emman. Costa *in cap. Si pater, 2. p. verb. Trebellianicæ, numer.* 4. *de Testament. in* 6. Rochus de Curte, *tract. de Iure patron. §. Ipse velis, numer.* 17. Cæsar Lambertin. *tract. de Iure patron. lib.* 1. *p. 2. quæstion.* 10. *articul.* 3. *numer.* 2. & cum multis alijs Peregrin. *dict. articul. 6. numer.* 37. Mantica *lib. 7. de Conject. vlt. vol. tit. 6. n.* 20. *in nouissima edit.* & Fusar. *de Subst. q.* 634. *n.* 2. estque communissima sententia, quam etiam probauimus *sect. præcedent. §.* 1. *numer.* 1130. licèt contrarium docuerit Molina Theologus *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 188. *fine.*

Alia quoque sunt, quibus similiter repugnat transire in fideicommissarium, vt dignitates, prærogatiuæ, honores, insignia, armorum delationes, & hujusmodi; quæ ita residunt penes hæredem vniuersalem, & ejus hæredes, vt ad fideicommissarium vniuersalem non transeant, vt in specie tradunt Peregr. *d. art. 6. n.* 38. & cum multis alijs Fusar. *de Subst. q.* 645. Et quidem vniuersim loquendo, quæ ad commodũ pecuniarum non spectant ad fideicõmissariũ non transeunt, sed remanent penes hęredẽ, vt pro regula tradunt Imol. & Alex. *in d. l. Quia perinde*, & Peregr. *d. n.* 38.

Tertia regula est. Acquisita per hære- 1356
dem grauatum post aditam hæreditatem, antequam esset in mora eam restituendi, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis, etiamsi fuerint acquisita ex ipsis bonis hæreditarijs,

excepto semper casu quo testator aliud expressè dispoſuerit. Hæc regula ab omnibus recipitur; licèt non ita ſub vna verborum comprehenſione tradi ſoleat; eam vero ſatis exprimunt Donel. *lib. 7. de Iure ciuili, cap. 26. ante med.* Fuſar. *de Subſtitution. quæſtion. 627. numer. 4.* & Peregrin. *de Fideicommiſſ. art. 6. numer. 39.* per text. *in l. 3. ff. Ad leg. Falcid. & in l. In fideicommiſſariam, & in l. Ita tamen, §. 1. ff. Ad Trebel. & alia jura, atque* ibi DD. eandem tradunt Corn. *conſil. 196. numer. 15. lib. 2.* & Crauet. *conſil. 144. numer. 4. & conſil. 295. numer. Item 4. & conſil. 316. numer. 3.* Fundamentum illius notatur *in dict. l. In fideicommiſſariam*, vbi habetur fructus perceptos per hæredem ex rebus hæreditarijs, antequam eſſet in mora reſtituendi hæreditatem, non venire in fideicommiſſariam hæreditatis reſtitutionem, niſi ſpecialiter rogatus eſſet fructus reſtituere; reddita ea notabili ratione: *Quoties quis rogatur hæreditatem reſtituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hæreditatis: fructus autem non hæreditati, ſed ipſis rebus acceptò feruntur.* Quæ ratio locum habet in omnibus emolumentis, & obuentionibus, quas hæres poſt aditam hæreditatem percipit ex rebus hæreditarijs: ſiquidem non percipit illas ex hæreditate, ſed ex rebus proprijs ipſius hæredis: nam hæreditas per aditionem eſſe deſijt, & cœpit eſſe patrimonium hæredis, *l. Hæres in omne, ff. de Acquir. hæredit.* Vnaquæque autem res ſuo domino fructificat; & ſic obuentiones illæ, quæ non jam hæreditati, ſed rebus proprijs hæredis acceptò feruntur, & earum ſunt fructus, non pertinent ad hæreditatem, neque in reſtitutione illius veniunt, ſed ad ſolum hæredem citra obligationem reſtitutionis.

1357 Juxta hanc regulam non veniunt in reſtitutione fideicommiſſi vniuerſalis, quæ ſerui hæreditarij poſt aditionem ſtipulati ſunt, vel per traditionem acceperunt, *dict. l. Ita tamen, §. 1. ff. Ad Trebel.* neque hereditas, quæ hærede jubente per tales ſeruos fuit adita, *dict. §. 1. & l. Facta, §. Si hæres, ff. eod.* quod procedit licèt hæres fuerit coactus adire, vt habetur *in dict. §.* neque pignus, quod hæres accepit pro pecunia hæreditaria, quam ſuo nomine alij credidit, *l. Si hæres*, juncta Gloſ. *ibi; verb. Pignora, ff. Ad Trebel.* neque actio leg. Aquiliæ ex damno dato in re hæreditaria poſt aditionem, *l. Qui ita, §. 2. ff. eod.* prout bene declarat Donel. *de Iure Ciuili lib. 7. cap. 25. fine*, quod tamen Claudius Chifletius *lib. 4. de Iure fideicommiſſ. cap. 6.* quem refert, nec refellit Oſuald. *in Addit. ad Donelum enucleatum dict. cap. 25. lit. H.* intelligendum putat de actione leg. Aquiliæ, quatenus eſt pœnalis, non verò quatenus rei perſecutoria, vt ſcilicet poſsit hæres retinere pœnam, at verò teneatur reſtituere, quod ratione rei fuerit conſecutus, nempe ſimplum, ſeu ſimplicem compenſationem damni. Cæterùm mihi hoc eſt difficile, cùm actio legis Aquiliæ ſuâpte naturâ ſit in ſimplum, & ſolùm inficiatione, ſeu per accidens, efficiatur pœnalis in duplum, *l. Item veniunt, §. Cum prædiximus. ff. de Petit. hæredit.* Quando autem hujuſmodi actio ad aliquem deuoluitur, intelligitur deuolui ſecundùm ſuam naturam primæuam, & per ſe, vt in ſpecie reſoluitur *in d. §. Cum Prædiximus.*

Similiter juxta dictam regulam non 1358
veniunt in reſtitutionem fructus poſt aditam hæreditatem percepti, *dict. l. In fideicommiſſariam, & l. Poſtulante, §. 1. verſ. Sanè, ff. Ad Trebel.* neque quæ fructuum vice percipiuntur, vt penſiones, & mercedes, *l. Deducta, §. 2. & §. Ante diem* prout ibi ſubaudit Gloſ. magna *ff. Ad Trebel.* Cæterùm materia hæc de fructuum reſtitutione, vel retentione longam exigit explicationem, quam *in ſequentem §.* reſeruamus.

Colligitur etiam ex dicta regula, non 1359
venire in reſtitutionem fideicommiſſi, quæ hæres grauatus lucratus fuerit ex bonis hæreditarijs, vel eorum occaſione, vt ſi cum pecunia hæreditaria negotiatus

eſt

est, & lucrum fecit: tum quia tale lucrum non erat in hæreditate, nec fuit acquisitum, nisi post illam aditam: quæ autem post additionem acquiruntur non restituuntur, vt per *dict. Regulam*. Tum etiam quia hujusmodi lucrum non tam processit ex bonis testatoris, quàm ex industria hæredis, qui cum illis negotiatus est: in restitutione autem fideicommissi non veniunt, quæ hæres suâ industriâ acquisitur, vt probat *l. Si hæres institutus, ff. Ad leg. Falcid.* Atque ita & latis alijs docet Fusar. *de Substit. q. 67. num. 6.*

1360 Colligitur præterea, non teneri hæredem gravatum restituere bona, quæ suo nomine sibi emit pecuniâ hæreditariâ, vel pecunijs exactis à debitoribus hæreditarijs, dummodo tamen ipsam pecuniam restituat: Glos. *in l. Imperator, §. fin. ff. de Legat. 2.* & ibi Rayner. Alben. Cumæus, & Imola, Barthol. *in l. Item veniunt, ff. de Petit. hæredit.* & ibi Bald. Angel. & Fulgos. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. titul. 8. numer. 19. alias numer. 24.* Menoch. *consil. 213. numer. 23.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 44. numer. 28. & sequent.* & cum multis alijs, Fusar. *dict. quæstion. 627. numer. 8.* Ratio est, quia illa bona nunquam fuerunt in hæreditate, & licèt fuerint empta ex pecunia hæreditaria, non propterea effecta sunt hæreditaria, atque adeo nec subjecta restitutioni hæreditatis. Primo, quia quod quis emit nomine proprio, sibi ipsi acquirit, quamvis emerit pecuniâ alienâ, *l. Sivut proponis, Cod. de Reiuendic.* cum concordant. & res quam maritus emit pecunia dotali, non efficitur dotalis, sed mariti, *l. Ex pecunia, Cod. de Iure dot. l. vltim. Cod. de Serv. pignor. dat. manumiss.* & res empta per locium nomine proprio ex pecunia communi, non efficitur communis *l. Si Titium, & Mœvium, ff. de Administr. tutor.* cum alijs. Ergo similiter res empta pecuniâ hæreditariâ non efficitur hæreditaria, sed emptoris. Secundo, quia hæres non cogitur esse procurator, aut negotiorum gestor pro fideicommissario, *l. Postulante, §. Sed & in hujusmodi, ff. Ad Trebel.* potestque vti pecunia hæreditaria in suum commodum, sicut cæteris rebus hæreditarijs, *l. In fideicommissariam, ff. Ad Trebel.* & sic potest talem pecuniam expendere, & sibi cum illa negotiari, & emere; non enim tenetur restituere fideicommissario eandem numero, quam in hæreditate reperit, sed satis est quòd restituat tantundem; nam pecuniæ in genere suo functionem recipiunt, *l. 2. §. Mutui datio, ff. Si cert. pet.* & nihil interest fideicommissarij restitui ei hanc numero pecuniam potiùs quàm aliam ejusdem quantitatis. Tertiò denique, quia licèt pretium rei hæreditariæ succedat loco rei; attamen res empta pecuniâ hæreditariâ non succedit loco pretij, seu ipsius pecuniæ hæreditariæ, vt colligitur *ex l. Sed & si lege, §. 1. ff. de Petit. hæredit.* vbi habetur, quamuis pretium rei hæreditariæ succedat loco ipsius rei, tamen rem aliam pretio illo emptam non succedere loco talis rei hæreditarię. Vnde Barthol. Bald. & Angel. *ibi*, notant absolutè ex hoc text. quòd licèt pretium succedat loco rei, tamen res non succedit loco pretij: id verò quoad primam assertionem declarat Menoch. *dict. consil. 213. numer. 2. & sequentib.* procedere tantùm in judicijs, seu causis vniuersalibus.

Aliter dicendum, si res fuisset 1361
empta nomine hæreditario, seu hæreditatis: tunc enim efficitur hæreditatis, & propterea venit in restitutione hæreditatis, & fideicommissi, *l. Item veniunt, ff. de Petit. hæredit. & l. Imperator, §. fin.* iuncta Glos. *ibi, verb. Non videtur, ff. de Legat. 2.* & tradunt relatis alijs Menoch. *dict. consil. 213. numer. 21.* & Fusar. *dict. quæstion. 627. numer. 21.* In dubio autem, an res fuerit empta nomine proprio ipsius hæredis, vel nomine hæreditatis? Communior sententia videtur, censeri emptam

tam nomine proprio, vt expressit Barthol. *in dict. l. Imperator, §. fin. in 2. opposit.* & tenet relatis plurimis Menoch. *dict. consil. 213. num. 36. & sequentib.* vbi ostendit, perperam aliquorum Doctorum authoritates in contrarium allegari: nonnullos etiam pro hac parte refert Fusar. *dict. quæst. 627. numer. 23.* Et ratio est, quia faciens actum præsumitur de jure, facere illum nomine proprio, *l. Et magis*, & ibi Barthol. *ff. de Solution.* Probat etiam hanc sententiam text. *in l. Si hæres pecuniam, ff. Ad Trebel.*

1362 Hæc resolutio procedit, nisi ex verbis contractus, vel ex alijs circunstantijs, sufficiens habeatur conjectura quod res fuerit empta nomine hæreditario; qua de re videndus Peregrin. *d. art. 44. num. 28. & 29.* Item si executor testamenti rem aliquam emisset ex pecunia hæreditaria, censebitur non sibi, sed hæreditati acquisiuisse; quia præsumitur emisse ratione officij, & sit nomine hæreditatis: Natta *consil. 211. num. 4. lib. 1.* Menoch. *d. consil. 213. num. 44.* & Fusar. *sup. numer. 30.* & idem est quando curator hæreditati datus rem aliquam ex pecunia hæreditatis comparasset, vt notat idem Menoch. *numer. 53. & sequentib.* & Fusar. *numer. 31.* Illud etiam hic notant DD. in dubio, an hæres emerit pecuniâ hæreditariâ, vel propriâ, præsumi emisse pecuniâ propriâ. Sic Paul. de Castr. Dec. Cagnol. Tiraquel. & alij, quos citant, & sequuntur Peregrin. *de Fideicommiss. art. 25 numer. 34. & sequentib.* & Fusar. *dict. quæstion. 627. numer. 35. & sequentib.* ad quod est text. *in l. 2. Cod. Pro Socio*, vbi res præsumitur empta ex pecunia propria: vnde Barthol. Bald. Angel. Fulgos. & alij communiter inferunt, acquisita per socium præsumi comparata ex pecunia propria. Procedit autem hæc traditio, nisi sint conjecturæ pro pecunia hereditaria, ac nonnullas conjecturas hujusmodi affert Fusar. *cit.*

1363 Si autem hæres grauatus res aliquas acquirat ex permutatione cum hæreditarijs, tenebitur eas restituere fideicommissario loco hæreditariarum, nam res permutata succedit loco ejus, cum qua permutata est, *l. Si donata, §. fin. ff. de Donat. inter vir. & vxor. l. Filiæ, §. fin. ff. de Condit. & demonstr. l. Imperator, §. Fine, ff. de Legat. 2. l. Si & rem, & pretium, ff. de Petit. hæredit. l. Ita constante, & l. sequent. ff. de Iure dot.* Et ita in specie rem permutatam subjacere fideicommisso loco hæreditatiæ ex permutationis causa alienatæ, docent relatis pluribus Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 8. numer. 23. alias numer. 28. in nouissima edit.* Menoch. *consil. 70.* vbi plura de hac re affert, & Peregrin. *de Fideicommiss. articul. 44. numer. 30.* vbi asserit, se ita de facto in quadam graui causa obtinuisse.

Difficultas verò est, quando hæres ipsam etiam rem permutatione acquisitam alienauit, an tunc fideicommissarius eam possit vendicare à tertio possessore? Et idem est de rebus pecuniâ hæreditariâ acquisitis, quæ erant subjectæ restitutioni, & ab hærede fuerunt alienatæ. In qua difficultate aliquibus placet pars negatiua; quia fideicommissario respectu talis rei nulla actio videtur competere: non vendicatio; quia non fuit in dominio testatoris: non hypothecaria; quia hæc non competit fideicommissario, nisi pro rebus testatoris, *l. 1. Cod. Communia de legat.* non etiam personalis ex testamento; quia hæc non datur aduersus singularem successorem, *l. 1. §. Si hæres, ff. Ad Trebel.* Non denique alia subsidiaria; quia subsidiaria non datur aduersus possidentem titulo oneroso, sed tantùm lucratiuo, *l. Si cum seruum, ff. Si cert. pet. l. fin. in princip. ff. de Eo per quem fact. er. l. Vxor marito, ff. de Donat. inter vir. & vxor.*

Contrariam tamen sententiam tenent merito Alciat. & Socin. jun. quos citant, & sequuntur Peregrin. *dict. articul. 44. sub numer. 31.* qui asserit, ita se vidisse judicatum, & Fusar. *dict. quæst. 627. numer. 43.* quia cùm illa res, vbi

vbi semel fuit acquisita per hæredem, effecta fuerit hereditaria, & subjecta restitutioni ex fideicommisso, vice illius cum qua fuit permutata, statim in eam transijt hypotheca, quæ pro fideicommisso competit in ipsis rebus testatoris, vt per Barthol. *consil.* 114. & Jas. *consil.* 231. *in princip. lib.* 2. cùm enim subierit locum rerum testatoris, consequenter earum conditionem, & obligationem subijt, acsi à principio in ipsis bonis testatoris fuisset. Ergo licèt postea fuerit alienata ab hærede, id non tollit quominus maneat cum eadem obligatione hydothecę, nam res transeunt cum suo onere, *l. Distractis, l. Pignoris, Cod. de Pignor.* & hinc patet responsio ad fundamentum sententię oppositæ. Intellige verò hanc resolutionem, quando hæres legitimè rem fideicommissariam permutauit, juxta supra dicta §. 5. *numer.* 1223. *& sequentib.* nam si permutatio fuit illegitimè facta, vt cum re minus vtili, poterit fideicommissarius ipsam rem fideicommissariam vendicare; non enim in tali casu mansit libera ex permutatione.

Quædam alia his affinia tradit Fusar. *dict. quæstion.* 627. in quibus non libet immorari: non enim hìc omnia ad Fideicommissariam spectantia tradere profitemur.

1366 Illud tamen non omittam, quod plenè discutit Peregrin. *de Fideicommiss. articul.* 10. *numer.* 11. *& sequent.* an scilicet bona quæ hæres grauatus acquirit ex prescriptione cæpta à testatore, & completa per ipsum hæredem, acquirantur hæreditati, & veniant restituenda ex fideicommisso, vel acquirantur tantùm ipsi hæredi? Ad quod breuiter dicendum, acquiri hereditati, & esse restituenda. Sic Bald. *in l. Paulus, ff. de Pignor.* Neguzant. *de Pignor. in* 2. *p. principij, numer.* 54. Peregrin. *loco citat.* & Fusar. *de Substitution. quæstion.* 640. *numer.* 1. Probatur per text. *in l. Veniunt, & l. sequent. ff. Famil. erciscund.* vbi res per hæredes vsucaptæ ex persona defuncti veniunt in judicio familiæ erciscundæ, tanquam res simpliciter hæreditariæ. Et præterea, quia in petitione hæreditatis fideicommissariæ veniunt quæ quoquo modo erant tenta, & possessa per defunctum tempore mortis, *l. Item videndum, §. fin. & ll. seqq. ff. de Petit. hæredit. juncta l.* 1. *ff. de Fideicommissariæ hæredit. petit.* Ac denique quia hæres grauatus habuit ab ipso defuncto titulum pro hærede in illis rebus, vt patet ex toto *titul. ff. Pro hærede*, atque adeo ab ipso defuncto habuit præscribendi causam, & consequenter ab eo censetur habere ipsam rem præscriptam, non ab illo, aduersus quem præscripsit, vt est casus *in l. Si alienam, ff. de Donat. caus. mort.*

Ex quibus non placet distinctio, 1367
quam adhibet Corn. *consil.* 304. *numer.* 4. *&* 12. *lib.* 3. vbi dicit, præfatam resolutionem procedere quando testator cæpit rem possidere cum titulo, & bona fide: secus autem si absque titulo, vel cum mala fide vera, vel pręsumpta. Non placet, inquam; nam quocumque modo res fuerit possessa à testatore, venit in petitione hæreditatis, vt dictum est, & consequenter restituenda est fideicommissario. Et ita hanc distinctionem rejicit Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 12. Hoc tamen intellige, nisi hæres ex propria persona rem præscripserit, vt fit quando hæres rem possedit bona fide tempore longissimo 30. *vel* 40. annorum, & vult præscriptionem à se inchoari, nolendo juuari tempore quo defunctus rem possedit mala fide. In hoc enim casu legitimè rem præscribi ex propria hæredis persona tradunt Menchaca *Illustr. controuers. cap.* 73. *numer.* 7. Petr. Barbos. *in Rubric. Cod. de Præscript.* 30. *vel* 40. *an. numer.* 239. *&* 240. *juncto numer.* 215. *cum sequentib.* & alij, quos citaui, & sequutus sum *in tract. de Censu, & emphyteusi,* 1. *p. disput.* 1. *sect.* 14. *numer.* 252. Quæ autem hæres ex propria persona, & non ex persona testatoris, seu vt hæres illius acquirit, certum est non acquiri hæreditati, nec venire in restitutione fi-

deicommissi, vt ex supradictis constat.

§. 13. *Vtrum fructus ex bonis testatoris per hæredem grauatum percepti veniant in restitutione fideicommissi vniuersalis?*

SVMMARIVM.

Fructus percepti tempore mortis testatoris, & in ejus hæreditate reperti, veniunt per se, ac regulariter loquendo, in restitutionem fideicommissi vniuersalis; num. 1368.

Fructus percepti post mortem testatoris ante aditam hæreditatem obnoxij etiam sunt restitutioni ex fideicommisso vniuersali; numer. 1369. *Vtrum hoc procedat, siue hæres postea adierit coactus, siue spontaneè? num.* 1370.

Fructus percepti post aditam hæreditatem ante diem, seu casum fideicommissi, non veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis; num. 1371. *Quid nomine,* fructuum, *in hoc casu intelligatur? num.* 1372.

Vtrum partus ancillarum editi medio tempore post aditam hæreditatem, & ante casum fideicommissi, retineri possint ab hærede, citra obligationem restitutionis? Prima sententia negat, & quibus fundamentis? num. 1372. *Secunda affirmat, & meritò; num.* 1373. *Soluuntur fundamenta contraria; numer.* 1374.

Partus ancillarum non veniunt nomine, redituum, *vel,* fructuum; *ibid.*

Fœtus pecorum sunt propriè fructus, & non veniunt restituendi ex fideicommisso vniuersali, si dicto medio tempore ab hærede sunt percepti: & quomodo id sit intelligendum? num. 1575.

Assignantur multi casus; in quibus fructus dicto medio tempore, post aditam hæreditatem, & ante casum fideicommissi percepti, restituendi sunt; num. 1376.

Fructus percepti post casum fideicommissi ab hærede constituto in mora restituendi hæreditatem debent restitui fideicommissario; num. 1377. *Secus verò si percepti sunt ab hærede non constituto in dicta mora; num.* 1378. *Assignantur aliqui casus, in quibus etiam fructus ante dictam moram ab hærede percepti restituendi sunt; numer.* 1379. *& seqq.*

Fructus pendentes tempore mortis testatoris vel hæreditatis jacentis, & percepti post aditam hæreditatem, an veniant restituendi ex fideicommisso vniuersali? num. 1382. *& seqq.*

IN hac quæstione explicanda satis multi sunt DD. inter quos eam latissimè excutiunt Mantica *de Conject. vltim. vol. lib. 7. tit.* 10. Menoch. *de Arbitr. judic. sent. lib. 2. casu* 256. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 49. Fusar. *de Substitut. q.* 626. & alij Recentiores: facilè tamen, ac multò breuius eam in præsenti expedimus. Tria ergo tempora circa fructus bonorum testatoris à DD. distingui solent. Primum est de fructibus perceptis, & inuentis in hæreditate, tempore mortis testatoris. Secundum de perceptis post testatoris mortem, ante aditam hæreditatem. Tertium de perceptis post hæreditatem aditam. De fructibus primi temporis nulla est difficultas; cùm certissimum & euidens sit, eos venire in restitutione fideicommissi vniuersalis, sicut alia bona, quæ testator tempore mortis possidebat, & hæredi reliquit. Atque ita docent communiter DD. vt apud citatos videre licet, præsertim Mantica *d. tit.* 10. *num.* 1. *& seqq.* qui latiùs hunc articulum declarat. Aduerte autem hoc procedere per se, ac regulariter loquendo: nam cùm fructus sint bona mobilia, quæ breui consumuntur, aut corrumpuntur, multisque casibus sunt obnoxia, sæpe excusabitur hæ- 1368

hæres grauatus ab illis restituendis, saltem in specie, vt constabit *sequenti §.* vbi de restitutione mobilium agendum est,

1369 De fructibus etiam secundi temporis, idest, de perceptis post obitum testatoris ante hæreditatem aditam, communis Doctorum est sententia; eos obnoxios esse restitutioni ex fideicommisso vniuersali. Sic Glos. *in l. Fideicommissi, in princip. verb. Non lucrum, ff. de Vsur.* Ant. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 5. num. 15. in princip.* Mantica *d. tit. 10. num. 6.* Emman. Costa *in cap. Si pater, p. 3. verb. Obliqua, num. 34. de Testament. in 6.* Peregrin. *d. art. 49. num. 2. & 3.* Menoch. *de Arbitr. judic. sent. d. casu 256. num. 7.* Fusar. *d. q. 626. num. 12.* & alij, quos referunt; ad quod est text. *in l. Ita tamen, §. 1. in fine, ff. Ad Trebel.* Et ratio est, quia hi fructus sunt hæreditatis jacentis, non hæredis, cùm is nondum existat; & sic augent ipsam hæreditatem, *l. Item veniunt, §. Fructus, ff. de Petit. hæred.* atque adeo cum ea veniunt restituendi.

1370 Sentiunt autem Glos. & Barthol. *in d. l. Ita tamen, §. 1.* & Anton. Gom. *vbi supra*, præfatam resolutionem procedere tantùm, quando hæres adiuit coactus, in qua tantùm specie videtur loqui text. *in d. §. 1.* secus verò dicendum quando adiuit sponte; quod hac ratione probari potest. Nam hæres quandocumque hæreditatem adeat, talis aditio retrotrahitur fictione juris ad diem mortis testatoris, *l. Hæres quandocumque, ff. de Acquir. hæred.* quare ex tunc censetur dominium bonorum comparasse, quasi tunc reipsa adijsset, & consequenter ad eum etiam spectant fructus post mortem testatoris percepti, quasi ex rebus suis eos percepisset. Nihilominus etiam ab hærede sponte adeunte restitui debere dictos fructus, probat ratio *num. præced.* adducta, & tenet communis DD. quam relatis pluribus tradunt Mantica *d. num. 6.* Peregrin. *d. art. 49. num. 2.* Molina *tom. 1. disp. 187. num. 12.* & Fusar. *vbi supra*, ac pro illa stat clarè text. *in d. §. 1. in fine*, vt optimè ponderat Mantica *d. num 6. fine* Neque obstat ratio opposita ex retrotractione aditionis ad diem mortis testatoris; quia cùm ea retrotractio sit ficta, & ex quadam necessitate, non debet operari in præjudicium fideicommissarij, contra quod æquitas, & ratio suadet. Id tamen in hærede Suo limitant merito cum communi Costa *vbi supra, num. 50.* & Molina *d. disp. 187. num. 13.* cum hæres Suus statim à morte patris fiat verè dominus hæreditatis, antequam illam adeat, *l. In suis, ff. de Suis, & legit. hæred.*

Circa fructus tertij temporis, qui scilicet post aditam hæreditatem sunt percepti, distinguendum est. Nam vel sunt percepti ante diem, seu casum fideicommissi, vt quando fideicommissum erat conditionale, vel ex die, & fructus sunt percepti ante casum conditionis, vel diei aduentum; vel percepti sunt postea. Si ante illum diem, seu casum sunt percepti, resolutio est, eos non venire in restitutione fideicommissi, vt habetur *in l. In fideicommissariam, in princip. & in l. Mulier §. Si hæres, vers. Alia causa, & in l. Postulante. §. Sed in hujusmodi, ff. Ad Trebel.* & declarant latè Glos. 2. *in d. l. In fideicommissariam, in princip.* & Glos. *in d. l. In fideicommissi, in princip. verb. Non lucrum, ff. de Vsur.* Mantica *lib. 7. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 10. à num. 7.* Donel. *de Iure ciuili lib. 7. cap. 26.* Peregrin. *d. art. 49. à num. 20.* & Fusar. *de Substit. q. 626. numer. 16. & seqq.* Ratio patet ex generali regula tradita, & declarata, *§ præced. num. 1357.* Accedit præterea ratio alia, quia ideo dilatio restitutionis vsque ad casum fideicommissi conditionali, vel in diem, censetur adjecta, vt commoda interim percepta essent hæredis, *d. l. Mulier, §. 2. fine*, vbi dicitur fructus, qui medio illo tempore percepti sunt ab hærede, videri judicio testantis perceptos. 1371

Nomine, *fructuum*, hoc loco non tantùm intelliguntur fructus propriè dicti, vt qui percipiuntur ex arboribus, prædijs, vineis, &c. sed etiam quæ vice fructuum percipiuntur, ut pensiones, & mercedes, *l. Deducta, §. 2. & §. Ante diem, juncta Glos. magna, ff. Ad Trebel.* qua de re 1372

vide Peregrin. *d. art. 49. num. 66. & seqq.* vbi variè circa hujusmodi accessiones distinguit.

Difficultas verò est circa partus ancillarum, qui medio illo tempore fuerint editi, an similiter vice fructuum obueniant hæredi absque onere restitutionis? Pro parte negatiua stat textus notabilis *in d. l. Deducta, §. Hæreditatem, ff. Ad Trebel.* ibi: *Hæreditatem post mortem suam, exceptis reditibus, restituere rogatus, ancillarum partus non retinebit.* Item text. *in l. 3. in fine, princip. ff. de Instructo vel instrum. legat.* ibi: *Sed & augmenta fœtuum, & partuum fideicommisso contineri,* & text. *in l. Mulier, §. Sed enim, vers. Præterea, ff. Ad Trebel.* vbi dicitur, si partus extant, hæres fideicommissario rationem reddere debet: & per consequens debet eos ei restituere. Accedit præterea ratio; quia partus ancillæ in fructu non est *d. §. Sed enim, & l. In pecudum, ff. de Vsuris,* & ita non est accessio, quæ rei hæreditariæ, nempe ancillæ matri, accepto feratur, sed pars quædam principalis, quæ per se spectatur, & ipsi tantùm hæreditati accepto ferri potest: quæ autem ex hæreditate obueniunt in fideicommisso hæreditatis continentur, & cum reliqua hæreditate restituuntur. Quare hanc partem, præter alios apud Gamam *infra citat.* sustinet Osuald. *in Annot. ad Donel. enucleatum lib. 7. de Iure ciuili, cap. 26. lit. D.* vbi addit, idem dicendum esse in fœtibus pecorum per text. *in d. l. 3. ff. de Instruct.*

1373 Contrariam nihilominus sententiam tenent meritò Donel. *d. cap. 26. post princip.* Anton. à Gama *decis:* 135. vbi post longam altercationem hanc sententiam sequitur, & pro ea judicatum fuisse affirmat, Molina *tom. 1. de Iustit. disp.* 188. *vers. Dubium est,* Fusar. *d. q. 626. num.* 17. & alij antiquiores apud Gam. *sup. numer.* 2. inter quos Accursius varijs in locis, & Alex. copiosè hac de re differens *in d. l. Mulier, §. Si hæres:* aliquos etiam pro hac parte refert Menoch. *de Arbitr. judic. sent. casu* 49. vbi egregiè hanc controuersiam exponit. Probatur primò ex text. *in l. Paulus respondit, in princip. ff. Ad leg. Falcid.* ibi; *Idem respondit partus ancillarum ante diem fideicommissi editos ad hæredes ejus, qui rogatus est, pertinere:* cujus textus non declinabit vim, qui responderit, sermonem ibi esse de fideicommisso particulari; nam eadem, & fortè vrgentior est ratio in fideicommisso vniuersali, vt latè ponderat Gama *loc. cit.* qui tamen addit, speciem illius casus in fideicommisso vniuersali propositam esse. Secundò ex text. *in l. Paulus respondit, vers. Hæres rogatus erat, ff. de Vsuris,* ibi; *Paulus respondit, ante diem fideicommissi cedentem partus ancillarum editos fideicommisso non contineri:* qui textus expressè loquitur in fideicommisso vniuersali. Tertiò denique illa ratione, quia quando per testatorem apponitur dilatio restituendi fideicommissum gratiâ hæredis, nunquam fructus, vel alia emolumenta medio tempore percepta veniunt in restitutione fideicommissi, *l. Si ita scriptum fuerit, §. Pegasius, ff. de Legat. 2.* Glos. *in l. 1. verb. Possunt,* & ibi DD. *ff. de Condit. & demonstr.* ideo enim talis dilatio est concessa, vt commoda interim percepta essent hæredis; & idem est quando dilatio posita est gratiâ vtriusque, idest, tam hæredis, quàm fideicommissarij, secundùm Glos. *in l. Cum ex filio, ff. de Vulgari,* quam ibi valde commendat Alex. & Ripa; *in l. In fideicommissariam, num. 8. ff. Ad Trebel.* licèt hoc ab alijs negetur apud Fusar. *de Substit. q. 626. num. 41.* quando autem fideicommissum est simpliciter conditionale, vel in diem, in quo casu hìc loquimur, vt cùm hæres grauatus est restituere post mortem, vel postquam fuerit maior, aut similiter, dubium non est quin talis dilatio in ejus gratiam sit apposita. Et sic partus ancillarum medio tempore editi ejus emolumento cedunt, & non tenetur eos restituere.

Nec obstant in contrarium adducta. In primis enim non obstat text. *in d. §. Hæreditatem,* nam vt alias responsiones omittam, in eo casu constabat testatoris voluntatem fuisse, vt ancillarum partus

restituerentur, siquidem grauando hæredem restituere, exceptis reditibus, planè voluit, vt restitueret omnia quæ nomine reditus non veniunt: constat autem partus ancillarum non venire appellatione reditiuum. Non obstat etiam text. *in d. l. 3. ff. de Instruct.* quia ibi fuit legatus fundus instructus, ideſt, cum instrumentis ad ejus culturam applicatis, in quibus continebantur serui, & ancillæ, & pecudes; in legato autem talium instrumentorum veniunt etiam pecudum fætus, & partus ancillarum, tanquam instrumenta renouata. Ita respondet Barthol. *ibi*; & sic non potest inde colligi, quod etiam in fideicommisso vniuersali veniant hujusmodi partus medio illo tempore editi; cùm hæres nó cogatur restituere hæreditatem renouatam, sed solùm vt eam inuenit tempore additionis. Mitto alias responsiones, quæ apud Glos. & Barthol. *ibid.* videri possunt. Item non obstat text. *in d. §. Sed enim*; nam respondeo, eum textum procedere quando hæres est rogatus restituere, exceptis fructibus, vel reditibus, vt colligitur ex ratione, quam statim subdit, ibi: *Quia in fructibus hi* (scilicet partus) *non habentur*: vnde cùm illi partus non sint fructus, restitui debent, sicut exprimitur *in d. §. Hereditatem*, supra explicato: nostra autem resolutio procedit, quando hæres simpliciter est grauatus restituere hæreditatem post mortem, vel sub alia conditione, aut in diem. Non obstat denique ratio petita ex eò quòd partus ancillarum in fructibus non habeantur: nam inde non sequitur quòd debeant haberi vt pars principalis ipsius hęreditatis, & non potius accessiones ex ipsis rebus hęreditarijs prouenientes; quia negari non potest, quòd lato modo sunt reditus, & augmentum, vt aduertit Gama *d. decis.* 135. *num.* 4. & licèt non dicantur fructus, id ob dignitatem naturę humanæ constitutum est, vt constat *ex d. l. In pecudum*, non uero quod reipsa non sint
1375 obuentiones ex ancillis hæreditarijs.

Ex hinc à fortiori colligas contra Osuald. *loco sup. citat.* fætus pecudum dicto medio tempore editos non venire in restitutione, quia hujusmodi fætus sunt propriè fructus, sicut lac, & lana, vt expressè habetur *in d. l. In pecudum.* Neque obstat text. quo Osuald. mouebatur *in d. l. 3. ff. de Instruct.* quia procedit in fideicommisso, quo hæres grauatus est restituere fundum cum pecudibus, vt instrumentis ad illius culturam necessarijs, in quo casu est diuersa ratio, vt supra ex Bartholo declaratum est. Non procedit autem hæc sententia in fætibus pecorum, qui loco demortuorum capitum ad conseruandum, ac retinendum gregem submittuntur: hi namque restituendi veniunt, nec censentur reditus, vt expressè habetur *in d. l. Deducta, §. Hæreditatem, ff. Ad Trebel.* Totam hanc doctrinam circa fætus pecudum tradit, & latiùs probat Mantica *de Conject. vltim. vol. lib. 7. tit. 10. num. 36. & seqq.* contra nonnullos, qui simpliciter volunt, non solùm fętus, qui in locum demortuorum capitum submittuntur, sed etiam reliquos restitui debere; quorum fundamenta refert, ac bene refellit idem Mantica. Vide etiam hac de re Menoch. *de Arbitr. cap. 256. numer. 23.* & Intrigl. *de Subst. cent. 3. q. 74. num. 44.*

Cæterùm prædicta resolutio principa- 1376
lis tradita *num.* 1371. quod fructus post aditam hæreditatem ante casum fideicommissi percepti non veniunt restituendi ex fideicommisso, in multis casibus fallit quos breuissimè perstringam. Fallit primò, quando testator vsus fuisset verbis vniuersalibus geminatis, vt si dixisset; *Quantacumque pecunia ad te peruenerit ex bonis, & hæreditate mea, eam omnem restituas.* Secundò, quando specialiter iussisset etiam illos fructus restitui. Tertio, quando hæres fuit grauatus vltra vires hæreditarias, Quartò, quando aliqua res casu perijsset ante fideicommissi restitutionem, quia tunc supplenda erit ex fructibus, *l. Scribit Celsus*, & ibi Glos. *ff. Ad Trebel.* Quinto, quando hæres fuisset crediter testatoris, vel hæreditatis, quia tunc fructus cum credito compensabit, maximè quando fuit institutus animo

mo compensandi. Sextò, quando hæres est grauatus restituere filio testatoris. Septimò, quando hæres fuit grauatus restituere, *quidquid supererit ex hæreditate, & bonis testatoris*, quia tunc fructus extantes quando cessit dies fideicommissi, restituendi sunt, licèt aliud sit quando fuit grauatus de restituendo, *quidquid supererit ex hæreditate*. Ratio hujus discriminis est, quia fructus percepti post aditam hæreditatem, non pertinent ad illam, nec ei accepto feruntur, cùm post aditionem desinat esse hæreditas, & incipiat esse patrimonium hæredis, *l. Sed si plures, §. Filio, ff. de Vulgari*, pertinent autem ad bona, quæ etiam post aditam hæreditatem nomen bonorum defuncti retinent, & fructus ex bonis sunt, vt inquit text. *in l. In fideicommissariam, §. 1. ff. Ad Trebel.* Quas omnes limitationes, seu fallentias, latè eas explicando, ac nonnullas etiam sublimitando, tradunt relatis aliis Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 10.* Menoch. *de Arbitr. jud. sent. casu 256.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 49. à num. 16.* & Fusar. *de Substitut. q. 626. à num. 21.* qui quasdam alias limitationes minoris momenti adducit, in quibus non puto immorandum.

1377 Si verò fructus sunt percepti post casum fideicommissi, distinguendum vlteriùs est: nam vel fuerunt percepti per hæredem ob negligentiam fideicommissarij, qui restitutionem hæreditatis non petiuit, & sic cùm hæres non esset in mora restituendi; vel eo jam in mora constituto: si post moram, certum est teneri hæredem eas restituere; quia mora & culpa non debet ei prodesse. Et ita docent omnes, vt apud *infra citat.* videre licèt, constatque per text. *in l. Postulante, §. 1. ff. Ad Trebel. cum similibus.*

1378 Si autem percepti sunt ab hærede non constituto in mora, nulla est obligatio eos restituendi, vt est text. *in d. l. Postulante, §. 1. & in l. In fideicommissariam, in princip. ff. Ad Trebel. & similibus*, & docent Glos. *in l. In fideicommissi, in princip. verb. Non lucrum, ff. de Vsur.* Mantica *lib. 7. de Conjectur. tit. 10. numer. 7. vers. Rursus etiam*, Molina *tom. 1. de Iust. disp. 187. num. 17.* Peregrin. *d. art. 49. num. 79.* Fusar. plurimos referens *d. q. 626. num. 60.* & cæteri omnes. Ratio est, quia dominium rerum hæreditariarum acquiritur hæredi, vbi primum hæreditatem adit, *l. Cum hæredes, in princip. ff. de Acquir. possess. l. 1. §. Scæuola, ff. Si is qui testam. liber. esse juss. fuer.* & non transit in fideicommissarium, nisi facta restitutione, saltem verbali, *l. Restituta, in princip. & l. Facta, ff. Ad Trebel. & §. Restituta, Inst. eod. tit.* Ergo hæres percipiens fructus post aditam hæreditatem, antequam facta sit restitutio, facit illos suos, cùm percipiat eos ex re sua, nec tenetur eos restituere, si non fuit in mora, seu culpa, non restituendo hæreditatem, ex qua culpa non debet lucrum reportare. Non constituitur verò in tali mora, nisi per interpellationem fideicommissarij restitutionem petentis, siue judicialiter, siue extrajudicialiter (qua de re Peregrin. *d. art. 49. num. 86.*) idque siue fuerit rogatus purè, siue ex die, aut sub conditione. Nam vt ex Guid. Pape *q. 497.* notat idem Peregrin. *num. 79.* aduentus diei, vel conditionis, licèt operetur euentum, seu casum fideicommissi, non tamen operatur moram in hærede, aut in hærede hæredis, & sic necessaria est interpellatio.

1379 Aliqui verò sunt casus, in quibus hæc resolutio non habet locum. In primis enim locum non habet in illis casibus, in quibus jus dominij, & actiones transeunt ipso jure in fideicommissarium absque alia restitutione; vt cùm Barthol. & communi docent Mantica *d. tit. 10. num. 30. & 34.* Peregrin. *d. art. 49. numer. 89.* & Fusar. *d. q. 626. num. 59. & 60. per l. penult. §. Cum autem, Cod. Ad Trebel.* Ratio patet, nam cùm in hujusmodi casibus dominium transeat in fideicommissarium, vbi cedit dies fideicommissi, statim ex tunc ad illum pertinent fructus: cùm hi dominium rei sequantur, *l. Solum, §. Meum, l. Et ex diuerso, ff. de Reiuendic.* & sic non est necessaria interpellatio, vt hæres teneatur eos restituere. Nec refert,

fert, quòd fideicommissarius fuerit negligens in petenda restitutione, vt citati DD. aduertunt. Hinc fit, si fideicommissum sit relictum Ecclesiæ, vel pio loco, aut pauperibus, alijsuè personis similiter priuilegiatis, de quibus *in l. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* restituendos illis esse fructus perceptos à tempore, quo cessit dies fideicommissi; quia vbi talis dies aduenit, transit ipso jure dominium in illas personas, & causas, vt cum communi DD. tradidimus *supra* §. 10. *num.* 1320. Et ita in specie docent Mantica, & Peregrin. *vbi supra*, & Molina *d. disp.* 187. *num.* 18. Alios casus in quibus dominium transit ipso jure in fideicommissarium vniuersalem, cui proinde fructus ex tunc percepti restituendi sint, licèt hæredem non interpellauerit adduximus *d.* §. 10. *num.* 1313. *& seqq.*

1380 Non habet etiam locum in casibus vbi mora contrahitur reipsà, vbi dies fideicommissi cessit, seu vbi primum restitutio peti posset, licèt fideicommissarius fuerit negligens in ea petenda, vt quando fideicommissarius est minor, vel furiosus, aut persona similiter priuilegiata. Hujusmodi enim fideicommissarijs debent restitui omnes fructus rerum hæreditariarum percepti postquam aduenit casus fideicommissi. Ita relatis pluribus Mantica *d. tit.* 10. *num.* 28. Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 87. Molina *d. disp.* 187. *numer.* 19. & Fusar. *d. q.* 626. *num.* 57. argum. *l. In minorum, Cod. In quibus caus. in integr. restit. non est necess. & l. Titia Seio*, §. *Vsuras ff. de Leg.* 2. Addunt vero Mantica, & Peregrin. *cit.* hoc non procedere, quando res ageretur inter æqualiter priuilegiatos, vt inter duos minores, quòd priuilegiatus non gaudeat priuilegio aduersus æqualiter priuilegiatum in eadem causa. Quod pronuntiatum suas patitur limitationes, quas agendo de minorum restitutione in nostro *tract. de Contractibus in genere*, attulimus.

1381 Locum denique non habet prædicta resolutio principalis, quando casus fideicommissi euenit, absente fideicommissario, cui non posset imputari negligentia in non petenda restitutione. Quia tunc licèt hæres non fuerit in mora, eoquòd interpellatus non sit, tamen fideicommissarius justam excusationem habet, & ideo non debet priuari fructibus fideicommissi ad se spectantis, quasi culpâ suâ eos amiserit. Sic cum Barthol. & alijs Mantica *d. tit.* 10. *num.* 27. Fusar. *d. q.* 626. *num.* 55. & Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 84. qui bene cum alijs addit, idem esse, quando fideicommissarius ex justa causa ignorauisset fideicommissum sibi relictum. Quod etiam tradit Fusar. *sup. numer.* 53. licèt *numer. seq.* alios in contrarium referat.

Adhuc tamen superest quæstio circa 1382
fructus, qui erant pendentes tempore mortis testatoris, & vt sic reperti sunt in hæreditate, percepti autem sunt ab hærede post hæreditatem aditam, cùm adhuc non esset in mora eam restituendi, vt quia percepti sunt ante casum fideicommissi, vel antequam hæres à fideicommissario interpellaretur. Et ratio dubitandi est, quia cùm hi fructus reperti fuerint in hæreditate pertinent ad illam, eamque augent, & sic debent restitui sicut aliæ partes hæreditatis. Econtra verò, quòd non debeant restitui, videtur constare ex supradictis, vbi probatur, quòd fructus percepti post aditam hæreditatem, & ante moram restituendi, non debentur fideicommissario, regulariter loquendo. Quamobrem non leuis circa hoc est controuersia apud DD. Verùm quia eam latè excussi *in tract. de Censu, & emphyteusi*, 2. *p. disp.* 8. *sect.* 6. §. 4. *à numer.* 118. non oportet eam hic à nobis repeti, cùm ibi facilè videri possit. Alijs ergo omissis, breuiter, & resolutiuè ad quæstionem ex ibi dictis respondeo, fructus pendentes tempore mortis testatoris, qui fuerunt percepti post aditam hæreditatem, antequam hæres teneretur eam restituere, debere restitui fideicommissario, non quidem reipsà, vt percepti sunt, sed solùm eorum pendentium æstimationem, vt declarat Peregrin. *d. art.* 49 *num.* 16. idque juxta valorem quem habebant, quando

adita

adita fuit hæreditas, licèt Peregrinus solùm dixerit restituendos esse juxta valorem, quem habebant tempore mortis testatoris. Ducor, quia si dicti fructus tempore mortis testatoris æstimabantur, v.c. centum aureis, & tempore aditæ hæreditatis jam ascenderant ad valorem 150. eoquod interim magnum incrementum acceperant, & certior erat eorum colligendorum spes, sanè tale incrementum ipsi hæreditati accreuit, illamque auxit, ac proinde factum est hereditarium, & obnoxium restitutioni. Ex quo fundamento simpliciter dicendum puto, si fructus sint pendentes quo tempore hæres adit hæreditatem, debere solui fideicommissario eorum æstimationem, juxta valorem, quem tunc habebant, siue jam essent pendentes tempore mortis testatoris, siue postea jacente hæreditate nati fuissent; siquidem etiam in hoc secundo casu hæreditati accrescunt, & cum ea veniunt restituendi.

1383 Hæc resolutio procedit inoffenso pede, quando fideicommissum fuit relictum purè. Si autem relictum sit conditionaliter, vel in diem, ait Peregrin. *sub d. numer. 16. vers. Contra autem*, fortè dici posse, non teneri hæredem restituere dictos fructus pendentes, seu eorum æstimationem, subditque nunquam se vidisse hujusmodi fructus restitui in fideicommissis conditionalibus. Atque hanc eamdem sententiam, non subdubitando, sed constanter tenet Fusar. *d. q. 626. num. 7.* addens, se ita semper vidisse practicari: & idem reipsâ vult Mantica *d. tit. 10. sub num. 14.* vbi tradens, non teneri hæredem restituere fructus pendentes tempore mortis testatoris post aditam hæreditatem perceptos, expressè profitetur, se loqui de fideicommisso in diem, vel sub conditione relicto. Et hæc opinio mihi etiam probatur ea ratione: quia eo ipso quòd testator relinquit fideicommissum in diem, vel sub conditione, mens ejus videtur esse, vt interim dum dies, vel conditio non aduenit, omnes fructus qui post aditionem percepti fuerint, pertineant omnino ad hæredem, etiamsi sint pendentes tempore mortis ipsius testatoris; quod satis probatur ex *d. l. Mulier, §. Si hæres, in fine, ff. Ad Trebel.* vbi indefinitè dicitur, fructus, quos hæres medio illo tempore perceperit, videri perceptos judicio testatoris; quod videtur intelligendum, siue fuissent pendentes tempore mortis testatoris, vel aditæ hæreditatis, siue non, cùm lex illa non distinguat.

Accedit quòd aduenientе casu talis fi- 1384
deicommissi, cedunt fideicommissario bona cum omnibus fructibus tunc temporis pendentibus, vt aduertit idem Peregrin. *d. num. 16. in fine, & infra num. 91. & 93.* & relatis alijs Fusar. *d. q. 626. num. 67.* per quod sufficienter ei compensatur æstimatio fructuum pendentium tempore mortis testatoris, & aditæ hæreditatis, qui postea ab hærede ante casum fideicommissi percepti sunt. Aduerte autem quanuis fructus pendentes tempore casus fideicommissi cedant fideicommissario, detrahi tamen per hæredem impensas, quas fecit gratiâ ipsorum fructuum quærendorum, vt notat idem Peregrin. *per l. Si à domino, §. fin. & ll. seqq. ff. de Petit. hæredit. & l. Fundus qui, ff. Famil. ercisc.* Quasdam alias notationes minoris momenti circa hos fructus vide apud Peregrin. & Fusar. *loc. cit.*

§. 14. *Quousque mobilia reperta in hæreditate testatoris restitui debeant fideicommissario vniuersali?*

SVMMARIVM.

VNiuersim loquendo, tenetur hæres grauatus fideicommisso vniuersali restituere fideicommissario, non solùm bona immobilia, sed etiam mobilia reperta in hæreditate defuncti. Et distinguuntur varia genera bonorum mobilium; num. 1385.

Cujuscumque generis sint mobilia reperta in hæreditate defuncti, si extent tempore

pore restitutionis fideicommissi, debent restitui fideicommissario, vel imputari in detractiones, quas hæres potest facere; num. 1386.

Si mobilia reperta in hæreditate defuncti pereant absque culpa hæredis grauati, non tenetur hæres restituere fideicommissario eorum æstimationem, neque imputare ea in detractiones. Et quæ culpa sufficiat, vt excusari nō possit a restitutione? num. 1387.

Mobilia quæ seruando seruari possunt veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis; num. 1388.

Hæres grauatus non tenetur præstare periculum mancipiorum, animalium, & vtensilium domûs, si absque ejus culpa ante diem cedentem fideicommissi in ejus seruitio pereant, vel deteriora reddantur; num. 1389. *& seq. Proponitur, & excluditur opinio contraria; numer.* 1391. *& seq.*

Augmenta, & diminutiones hæreditatis ex fideicommisso vniuersali restituendæ cedunt lucro, aut damno fideicommissarij; non verò hæredis grauati. Augmenta verò, & diminutiones hæreditatis apud hæredem Falcidium, non ad legatarios, vel fideicommissarios particulares, sed ad ipsum hæredem spectant; num. 1362.

Vsus mancipiorum, animalium, & vtensilium, est tanquam fructus talium rerum, qui ab hærede grauato fideicommisso vniuersali percipitur judicio testatoris, & minuit Trebellianicam; numer. 1393.

Qua ratione hæres grauatus fideicommisso vniuersali teneatur pro fructibus prædiorum, & alijs rebus repertis in hæreditate, quæ seruando seruari non possunt? num. 1394. *& seqq.*

Pecunia, & merces in hæreditate defuncti repertæ, qua ratione veniant in restitutione fideicommissi vniuersalis? Et si merces tempore restitutionis sint distractæ, quomodo pro illis satisfaciendum est fideicommissario? n. 1397.

CErtum est, vniuersim loquendo, hæredem grauatum fideicommisso vniuersali teneri restituere fideicommissario non tantùm bona stabilia, sed etiam mobilia in hæreditate defuncti reperta, vt satis ex supradictis constat, & tenent omnes. Qualis verò sit, & quousque hæc obligatio extendatur? Nonnihil habet difficultatis, propter varietatem, & diuersam naturam bonorum mobilium, quæ in præsentem quæstionem veniunt. Ergo vt facilè rem hanc expediamus, notandum ante omnia est, bona mobilia, quantum ad præsens institutum, in triplici esse differentia. Quædam enim sunt vsu consumptibilia, quæ seruando seruari non possunt, vt fructus qui ex prędijs nascuntur, & tempore mortis testatoris erant percepti, scilicet triticum, hordeum, legumina, vinum, oleum, poma, & cætera hujusmodi, quæ in horreis, vasis, & alijs reconditorijs testatoris erant reposita. Ad quod genus spectant etiam pecuniæ, & mercimonialia; cùm pecuniæ vsu consumantur, & secundùm suam naturam videantur esse de ijs, quæ seruando seruari nequeunt, ad not. *in l.* 1. *§. Fuit quæsitum, ff. Ad Trebel.* idemque est de mercimonialibus, quæ etiam suâpte naturâ non conseruantur diu, nec habentur nisi vt brevi distrahantur. Aliud genus est eorum, quæ licèt vsu consumptibilia non sint, naturaliter tamen pereunt, & ipso vsu atteruntur, & deteriorantur: hujusmodi sunt serui, equi, boues, jumenta, & alia animalia, item domus vtensilia, vt dolia, vasa testea, & similia. Tertium denique genus est eorum, quæ seruando seruari possunt, vt vasa aurea, vel argentea, margaritæ, vniones, & similia. 1385

His positis respondendo ad quæstionem propositam, sit prima conclusio. Cujuscumque generis sint mobilia, quæ in hæreditate reperta sunt, si extent tempore restitutionis debent restitui fideicommissario, vel imputari in detractiones, quas hæres potest facere, 1389

Si vt

vt in Trebellianicam, vel legitimam, &c. In hac conclusione conueniunt omnes; & patet, quia cùm talia bona reperta sint in hereditate quæ restitui jussa est, & sint partes illius, non est cur non debeant restitui, vel imputari in detractiones, sicut aliæ partes ejusdem hæreditatis.

Secunda conclusio: si mobilia reperta
1387 in hæreditate defuncti pereant absque culpa hæredis, vt quia vi, aut furto sublata sunt, vel incendio, aut alio casu, qui hæredis negligentiæ tribui non possit, non tenetur hæres restituere eorum æstimationem, eave imputare in detractiones, cujuscumque generis illa essent. Hæc etiam apud omnes est certa, per *l. Mulier, §. Sed enim, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, si serui, & aliæ res hæreditariæ perierint, non teneri de illis hæredem fideicommisso grauatum, nisi dolo ejus, vel latâ culpâ perijssent. Hic autem textus procedit, nisi fideicommissum ita sit ordinatum, vt etiam hæres grauatus vtilitatem percipiat, veluti quando est conditionale. Tunc enim etiam de leui culpa tenetur hæres pro rebus peremptis, vel deterioratis. Sic Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 10. *num.* 28, post Barth. communiter receptum *in l. Cum res, §. Culpa, num.* 9. *ff. de Leg.* 1. *& in d. l. Mulier, §. Sed enim*, vbi latè Alex. pluresque alios, quos refert, idemque tradit Menoch. *de Arbitr. jud. sent. casu* 49. *num.* 3. Vtrum autem sufficiat concessum esse hæredi, quòd possit detrahere quartam Trebellianicam, ad hoc vt censeatur tractatum esse de illius commodo, licèt fideicommissum sit purè relictum? Quidam affirmant, alij negant, vtrique probabiliter, vt apud Peregrin. *loco citat.* videri potest.

Tertia conclusio: mobilia quæ ser-
1388 uando seruari possunt, restituenda sunt fideicommissario, si in hæreditate reperta sunt. Hanc à nemine negari affirmat Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 43. & patet, quia cùm ejusmodi bona sint corpora quædam hæreditaria suâpte naturâ permanentia, nulla est ratio cur non debeant conseruari, & restitui debito tempore fideicommissario, sicut reliqua bona, quæ ex fideicommisso restituenda sunt.

Quarta conclusio: mobilia quæ natu- 1389
raliter intereunt, & vsu ipso atteruntur, vt animalia, mancipia, domus vtensilia, & si qua sunt alia ejusmodi, si ex conditione suæ naturæ, vel in seruitio hæredis absque ejus culpa, ante diem cedentem fideicommisso, intereant, aut deteriora fiant, non tenetur hæres præstare eorum periculum, sed totum damnum est fideicommissarij; ac solùm quæ tempore restitutionis reperta fuerint, & prout tunc extabunt, ei debent restitui. Ita Decian. *consil.* 49. *lib.* 2. *& consil.* 44. *lib.* 3. & cum multis alijs Peregrin. *dict. articul.* 10. *numer.* 39. vbi affirmat, ita sæpissimè se judicatum vidisse. Item cum alijs Fusar. *de Substitution. quæst.* 624. *numer.* 6. *junctο numer.* 24. Probatur per text. *in l. Deducta, §. Antediem, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, quòd hæres grauatus restituere hæreditatem post mortem suam, non tenetur distrahere res hereditarias, & ex pretio fænerare, & percipere vsuras, sed quòd potest eis vti dum viuit; & si interim pereant mancipia, aut vrbana prædia, quòd non tenetur præstare eorum periculum. Consonat text. *in dict. l. Mulier, §. Sed enim, ff. eod.* quatenus absolutè statuit, si serui hæreditarij decesserint, vel aliæ res pereant, non teneri hæredem grauatum fideicommisso vniuersali præstare eorum periculum, si absque sua culpa perierunt.

Accedit præterea ratio, quia cùm 1390
testator grauauit hæredem fideicommisso, cujus dies non cederet statim post mortem ipsius testatoris, sed post aliud tempus sequens, vt post mortem ipsius hæredis grauati, vel post euentum alicujus conditionis, aut diei (in quibus terminis tradita conclusio procedit) hoc ipso censetur permisisse, vt interim, dum dies fideicommissi non cederet, posset hæres vti seruis, ani-

ma-

malibus, & alijs rebus hæreditarijs, & ita si in modo vtendi non interuenit dolus, aut culpa hęredis, ex qua tales res perierint, non tenetur hæres tale periculum præstare, sed totum damnum erit fideicommissarij Primò, quia si ipsæ res eodem medio tempore augmentum acceperint, vt quia vitulus factus esset bos, seruus puer factus esset vir, &c. tale augmentum cederet fideicommissario. Ergo ad eundem etiam pertinere debet decrementum, & periculum: rectè namque arguitur, vt ad quem augmentum pertinet, eidem diminutio incumbat, vt in hac ipsa materia Jurisconsultus arguit in *l. 1. in princip. ff. Ad Trebel. & in l. Scribit Celsus, ff. eodem, & in l. In ratione, in princip. ff. Ad leg. Falcid.* & alijs relatis à Peregrino *dict. articul. 10. numer. 29.* Secundò, quia illæ res cùm sint corpora hæreditaria, debentur fideicommissario vniuersali, cui restitutio facienda est: peremptio autem cujusque rei incumbit ei, cui res debetur, *l. Cum ita, §. Species, ff. de Legat. 2. l. Si ex legati causa, ff. de Verb. obligat.*

1391 Non defuerunt tamen qui existimarent prędictarum rerum peremptiones, & deteriorationes cedere damno hæredis; tenerique hunc eas sibi imputare in detractiones, vel eorum æstimationem fideicommissario restituere. Ita enim sensisse permultos asserit Peregrin. *dict. articul. 10. numer. 35.* vbi pro hac opinione refert Petrum Anchar. Paril. Socin. jun. Alciat. Crauet. & alios. Pręcipuum eorum fundamentum videtur sumi *ex l. In ratione, in princip. ff. Ad leg. Falcidiam, & similibus*, vbi habetur, quòd quando hæres est, Falcidius, (ideſt grauatus legatis, & fideicommissis particularibus, ex quibus ei competit detractio Falcidiæ) mortes seruorum, cæterorumque animalium, & aliæ peremptiones, vel deteriorationes rerum hæreditariarum, cedunt damno hæredis, non verò legatarij, aut fideicommissarij; & consequenter imputari ei debent in detractionem Falcidiæ. Quod pari ratione videtur procedere in hærede Trebellianico (ideſt grauato restituere hæreditatem, detractâ Trebellianicâ) de quo hìc loquimur. Nam propterea ita se res habet in hærede Falcidio, quia respectu Falcidiæ detrahendæ calculatur hæreditas prout reperitur tempore mortis testatoris: vnde sive postea minuatur, sive augeatur hæreditas, non propterea plus vel minus præstandum est legatarijs. Atqui etiam in hærede Trebellianico quantitas hæreditatis consideratur prout erat tempore mortis testatoris, ad quod aditio refertur, ac juris fictione trahitur, *l. Hæres quandocumque, ff. de Acquir. hæredit.* & ex tunc contrahitur obligatio hæreditatem restituendi, vt per *l. Ex maleficijs, §. Hæres, ff. de Action. & obligation.* ergo etiam respectu hæredis Trebellianici sequens hæreditatis diminutio, vel augmentum pertinet ad ipsum hæredem, & consequenter peremptiones, & deteriorationes prædictorum mobilium ei sunt imputandæ in detractiones.

Hoc tamen fundamentum est valde 1392
debile, & solùm ad speciem: non enim valet in præsenti argumentum ab hærede Falcidio ad Trebellianicum. Et ratio diuersitatis est; quia fideicommissarius respectu hæredis Trebellianici est creditor vniuersitatis, quæ ex sua natura recipit augmentum, & diminutionem, *l. Item veniunt, §. Item non solum, ff. de Petit. hæredit.* & ideo licèt obligatio restituendi hæreditatem fideicommissario censeatur contracta tempore mortis testatoris, ad quod aditio refertur; attamen tam augmenta, quàm diminutiones ipsius hæreditatis postea contingentes absque culpa, & ante moram hæredis, pertinent ad ipsum fideicommissarium: at verò legatarij & fideicommissarij respectu hæredis Falcidij sunt creditores particulares, quibus hæres satisfacit, restituendo eis res particulares, & retinendo vniversalitatem hæreditatis; cujus proinde

diminutio, vel augmentum ad ipsum hæredem spectat, non verò ad legatarios, vel fideicommissarios. Et ideo peremptio, & deterioratio rerum prædictarũ contingens apud Falcidium hæredem absque culpa legatariorum nocet ipsi hæredi, non autem legatarijs: quod intellige, nisi ipsæ res peremptæ, aut deterioratæ eis sint specialiter legatæ: nam tunc earum peremptio absque hæredis culpa eis nocet, & non hæredi, vt expressè habetur *in d. l. In ratione, § Diligenter, ff. Ad leg. Falcid.* & est ratio, quia peremptio rei alicui debitæ cedit damno ejus, cui debetur. Quæ ratio nostram etiam conclusionem confirmat, vt vidimus *numer.* 1390. *fine.*

1393 Cæterùm licèt grauatus non teneatur præstare periculum seruorum, animalium, & aliorum mobilium absque ejus culpa peremptorum, & consequenter neque imputare eorum æstimationem in detractiones, vt dictum est; attamen cùm eorum vsus, dum penes ipsum extiterunt, eique inseruierunt, sit pretio æstimabile, & quidem veluti fructus ex illis rebus judicio testatoris perceptus, minuit Trebellianicam, seu in ejus detractionem imputatur: nam fructus, quos hæres grauatus fideicommisso vniuersali percipit ex rebus hereditarijs, judicio testatoris, licèt non veniant restituendi, tamen in Trebellianicam imputantur, *d. l. Mulier, §. Si hæres, in 2. casu, ff. Ad Trebel.* estque notissimum & ita in specie docet Glos. *in l. Deducta, §. Ante diem, verb. Eorum* per ipsum text. *ibi, ff. Ad Trebel.* vbi etiam per eundem text. notat, si dictæ res pereant post casum fideicommissi, existente hærede in mora restituendi, teneri hæredem restituere eorum æstimationem, vel imputare illam in Trebellianicam, & restitnere quod superfuerit. Notat similiter Fusar. *dict. quæstion. 624. numer. 24.* si grauatus prædicta mobilia vendiderit, teneri restituere pretium, vel in detractiones imputare. Quod magis ex infra dicendis patebit.

1394 Maior difficultas est circa mobilia, quæ vsu consumuntur, vt triticum, vinum, & similes fructus, qui in hæreditate defuncti reperti fuerint. Sunt enim qui putent, hæredem grauatum non teneri pro hujusmodi fructibus vltra triennium, idest, si dies fideicommissi non cedat, nisi post triennium à morte testatoris, non teneri grauatum restituere ipsos fructus, neque eorum æstimationem; quia tales fructus regulariter non durant vltra triennium, sed intra illud naturaliter percunt, aut perire præsumuntur, Glos. *in l. vnica, Cod. Si aduersus vsucap.* Ita sentiunt Lanfranc. Paris. & alij apud Peregrin. *dict. articul. 10. numer. 32.* Pro qua opinione adduci potest ea ratio; nam testator, qui hęredem grauauit vt post mortem suam, vel post aliquot annos, hęreditatem restitueret, fecit illum dominum talium bonorum, & intelligitur ei concessisse, vt possit illis vti, sicut alijs rebus in hæreditate relictis; ita vt censeatur illi concessisse, non simplicem vsum, & vsumfructum formalem separatum à causa dominij, sed causalem, qualem habet dominus suarum rerum. Ergo cùm vsus prædictorum mobilium sit eorum consumptio, planè si hæres bona fide illos consumat, quando jam vlteriùs conseruari non possunt, id facit ex voluntate testatoris, & consequenter videtur non teneri restituere eorum æstimationem, sicut de seruis, & animalibus in seruitio hæredis absque ejus culpa demortuis, supra dictum est.

Quinta nihilominus conclusio pro 139
his bonis sit. Licèt grauatus fideicommisso vniuersali non teneatur vltra triennium restituere fructus repertos in hæreditate tempore mortis testatoris, qui seruando seruari non poterant, attamen tenetur testituere eorum æstimationem, nisi absque ejus culpa perijssent; erit autem culpa, si tempore perituros opportunè ad commodum fideicommissarij non distraxit. Priorem partem, quod scilicet post triennium teneatur hæres restituere æstimationem hujusmodi fructuum, tradit Mantica *lib. 7. de Conjectur. vltim. voluntat. titul. 10. numer. 5.* post Galiaul.

Galiaul. quem refert, & intelligit procul dubio cum limitatione adhibita, nisi absque ejus culpa perijssent vt per supradicta *in 2. conclusione.* Aliam partem hic præcipuè intentam, quod scilicet culpa sit hæredis, si fructus tempore perituros non distrahat ad commodum fideicommissarij, tradit Glos. communiter recepta *in l. Marcellus, §. Res quæ, ff. Ad Trebel.* Menoch. *de Arbitr. jud. sent. casu, 49. num. 5.* & Peregrin. *d. art. 10. num. 34.* qui alios refert. Probatur per text *in dict. l. Mulier, §. Sed enim, ff. Ad Trebel.* vbi habetur, hæredem teneri fideicommissario vniuersali, si cùm distrahere deberet, non fecit: res autem quas distrahere debet, sunt quæ regulariter vltra triennium seruari non possunt, vt fructus, vestimenta, & similia, vt declarat Menoch. *citat.* Facit text. *in l. Constitutionem, & l. Lex quæ, Cod. Administratione tutor.* vbi dicitur tutorem esse in culpa, si res pupilli tempore perituras non distraxerit.

1396 Nec obstat ratio in contrarium adducta: respondetur enim, licèt testator faciat hæredem dominum rerum hæreditariarum, tamen cùm eum grauauit fideicommisso vniuersali, hoc ipso eum obligasse, vt eas si seruando seruari possent, fideicommissario conseruaret; si autem seruari non possent, eas distraheret, aut in suos vsus conuerteret, cum obligatione restituendi pretium, vel æstimationem fideicommissario; nam cùm simpliciter & absolutè voluerit, vt eas restitueret, intelligi debet, voluisse vt vel ipsas res in specie, vel earum æstimationem, quando conseruari non possent, fideicommissario redderet: sic tamen vt earum periculum præstare non teneretur, si absque culpa sua interirent, vt ex dictis constat.

1397 Atque idem cum proportione dicendum est de pecunia, & mercibus in hereditate testatoris repertis; vt latiùs declarat Peregrin. *vbi supra,* & cum multis alijs Fusar. *dict. quæstion. 624. numer. 13. & sequentib.* vbi *sub numer. 21. vers. Et in restitutione,* aduertit, quòd in restitutione pro mercibus distractis attenditur valor tempore mortis testatoris, non grauati, juxta Rotam Romanam, & Farinac. quos refert. Hoc autem intelligo, quando non constat, quo pretio res fuerint distractæ ab hærede: nam si de eo constet, illud ipsum restitui debet, quo distractę sunt, quia pretium rei hæreditariæ succedet loco ipsius rei, *l. Sed & si lege, §. 1. ff. de Petit. hæredit.* vbi suppono, res non fuisse distractas minori pretio, quàm valerent: nam si minoris justo venditæ sunt, tenebitur grauatus, vel ejus hæres de justo pretio: Oldradus *consil. 107. dub. 3.* Ripa *in l. In quantam, numer. 102. ff. Ad leg. Falcid.* Peregr. *d art. 10. num, 30.* Fusar. *d. quæstion. 624. numer. 3.* & alij.

§. 15. *Vtrum prælegata veniant in restitutione fideicommissi vniuersalis?*

SVMMARIVM.

PRælegata veniunt in restitutione fideicommissi, quando apparet testatorem id voluisse, secus si appareat de contraria voluntate. Et ex quibus verbis talis voluntas deprehendatur? num. 1398.

In dubio an testator voluerit, prælegata contineri in fideicommisso, capienda est interpretatio fauore hæredis, vt tali onere non grauetur; num. 1399.

Vtrum prælegata contineantur in fideicommisso, quando vnus tantùm est hæres institutus, & testator illum simpliciter grauauit fideicommisso vniuersali? Affirmant aliqui; numer. 1400. alij verò rectiùs negant; num. 1401.

Quando sunt plures instituti, & aliquis eorum grauatus est restituere portionem hæreditariam, tunc si prælegatum tali hæredi est factum post substitutionem, non venit in restitutionem. Si autem factum est ante substitutionem, quidam putant esse restituēdū; n. 1403.

Contraria tamen sententia est communis, & verior, num. 1404. *Intelligitur autem de prælegato, quoad partes quas hæres grauatus habuit ex portionibus cohæredum, non verò quoad partem respondentem suæ portioni; num.* 1405.

Prædicta communis sententia non procedit, quando substitutio esset facta per verba prægnantia, vt, Restituat omnem hæreditatem, *vel,* omnia bona, &c. *num.* 1406.

Non procedit etiam, quando tota ferè hæreditas esset distributa in prælegata inter hæredes æqualiter institutos; numer. 1047. *Neque quandò prælegatum absorberet maiorem partem hæreditatis, ita quod fideicommissum esset parui momenti, si prælegatum non comprehenderet; num.* 1408.

Item non procedit quando extraneus esset grauatus restituere hæreditatem filio testatoris; num. 1409.

Neque etiam procedit quando testator jussit restitui quæ in hæreditate remanerent; num. 1410.

Non procedit quoque, quando testator jussit restitui bona, & hæreditatem; numer. 1411.

Quando testator priùs fecit prælegatum vni ex hæredibus, deinde eũ instituit, & grauauit simpliciter restituere, non faciendo mentionem hæreditatis in ipsa substitutione, restituendum etiam est prælegatum ex communi sententia; num. 1412.

Ampliatur primò hæc sententia, vt procedat quanuis inter prælegata, & institutionem, ac substitutionem sequentem multa sint interjecta; num. 1413.

Ampliatur secundò, licèt substitutio non sit merè Fideicommissaria, sed Compendiosa continens Vulgarem, & Fideicommissariam. Rejicitur tamen hæc ampliatio; num. 1414.

Ampliatur tertiò, licèt grauatus sit filius testatoris, si modò sit grauatus restituere alijs filijs: secus si grauatus sit restituere extraneo; num. 1415.

Ampliatur quartò, licèt in institutione grauati post prælegatum factâ dictum sit; In alijs autem bonis, *vel,* in cæteris bonis instituo. *Contrarium tamen magis probatur; num.* 1416.

Limitatur multipliciter prædicta sententia principalis; num. 1417.

Quando institutio, & fideicommissum præcessit prælegatum grauato factum non venit prælegatum in restitutione fideicommissi; num. 1418.

Prædicta sententia ampliatur tripliciter; num. 1419.

Tribus etiam modis eadem sententia limitatur; num. 1420.

Vtrum prælegatum veniat in restitutione fideicommissi, quando ordine scripturæ sequitur post institutionem, ordine verò intellectûs præcedit? num. 1421.

Quid, quando non constat, quo ordine, aut loco fuerit factum prælegatum, vt si non appareat scriptura testamenti, & testes non recordentur? num. 1422.

IN hac quæstione, illud ante omnia certum, & citra controuersiam est: quoties ex verbis testatoris, vel aliunde, apparet illum voluisse, vt etiam prælegata continerentur in fideicommisso, tali voluntati standum esse, eaque restitui debere, aut in detractiones imputari; cùm totum fideicommissi grauamen à testatoris voluntate pendeat, vt est notissimum. Quare si testator dixisset, quod, *hæres restituet quidquid ad eum peruenerit ex testamento,* non dubium quin etiam prælegata tali hæredi relicta venirent restituenda, vt tenent communiter DD. quos latè refert Fusar. *de Substitut. q.* 650. *numer.* 71. & est textus penè expressus *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel.* Unde etiam econtra certum est, quòd prælegata non veniunt restituenda, quando sufficienter constat, testatorem noluisse, vt ea in fideicommisso continerentur vt, si dixisset; *quòd hæres posset liberè disponere de re prælegata:* vel, *quòd pleno jure, aut sine diminutione prælegatum haberet;* vel, *quòd ei fideicommittit, saluis semper prælegatis; quod restituet residuum à prælegatis.* Quæ omnia exempla ex multis DD. affert, & approbat Fusar. *dict. quæst.*

quæst. 650. *num.* 45. *& seqq.* vbi *numer.* 49. addit, idem dicendum, quando testator eâdem oratione fecit plura prælegata, & solùm vltimo adjecit prædicta verba, *Liberè, pleno jure*, &c. quòd talia verba referri debeant ad omnia prælegata præcedentia eâdem oratione sub vno communi verbo comprehensa.

Satis etiam est certum & constans, 1399
quòd in dubio, an testator voluerit, prælegata contineri in fideicommisso, capienda est interpretatio fauore hęredis, vt tali onere non grauetur. Ita ex multis Socin. jun. *consil.* 107. *num.* 39. *&* 51. *lib.* 3. Coras. *in Repetit. l. Cum virum, numer.* 20. *Cod. de Fideicommiss.* Marc. Anton. Eugen. *consil.* 88. *num.* 23. Peregr. *de Fideicommiss art.* 7. *num.* 22. & Fusar. *d. q.* 650. *num.* 131. quia jus hæredis consistit in negatiua; vnde fideicommissario incumbit probare etiam prælegata sibi deberi, ad hoc vt hæres cogatur ea restituere. Ac præterea, quia in dubio sumi debet interpretatio, per quam hæres minùs grauetur, *l. Titia cum testamento, §. Qui in vita, ff. de Leg.* 2. Mantica ex multis textibus id comprobans *lib.* 9. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 1. *num.* 5.

Multi autem sunt casus in quibus præsens quæstio non sine controuersia, & opinionum varietate à DD. agitatur, Præcipuos hìc proponam, & quambreuissimè expediam.

Primus casus est, quando vnus tantùm 1400
est hæres institutus, & testator illum simpliciter grauauit fideicommisso vniuersali. In hoc casu receptissima sententia est, in tali fideicommisso contineri etiam prælegata, maximè si post illa facta testator deuenit ad institutionem, & substitutionem, vt communiter fieri solet. Ita in specie docent Bald. Zanch. Riminald. jun. Menoch. & Intrigl. apud Fusar. *d. q.* 650. *num.* 4. & ratio est, quia in tali casu hæres capit prælegata titulo institutionis, non titulo legati, aut prælegati, cùm ab hærede non possit ipsimet legari, *l. Legatum est, §. Hæredi, l. Planè, §. Si duobus, & l. Quidam eorum, ff. de Leg.* 1. *& l. A Titio, §.* 1. *ff. de Leg.* 2. quæ autem capiuntur jure institutionis continentur in fideicommisso vniuersali *l.* 1. *§. Id quod natura, ff. Ad leg. Falcid. & l. In Fideicommissariam, in fine, ff. Ad Trebel.*

Nihilominus contrariam sententiam 1401
rectiùs probat Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 7. *num.* 16. *& seqq.* vbi *num.* 20. pro ea refert Bald. Fulgos. Paris. Boer. & Honded. sequitur Fusar. *d. q.* 650. *num.* 5. *& seqq.* qui pro eadem allegat etiam Surd. Socin. jun. & Oddonem. Præcipuum fundamentum, omissis alijs, est; quia alioqui frustrancè, & inutiliter facta essent talia prælegata; siquidem nihil ratione illorum magis hæres consequeretur, quàm si facta non essent: verba autem testatoris, & in qualibet dispositione, semper debent intelligi, vt aliquid operentur, vel operari possit, *l. Si quando*, vbi Barthol. & alij *ff. de Leg.* 1. & interpretatio semper est capienda pro valore actus, *l. Quoties, ff. de Reb. dub. & l. Quoties in stipulationibus, ff. de Verbor. obligat.*

Ad rationem in contrarium respondetur, quod de jure dicitur, non posse ab hærede ipsimet legari, intelligi excepto casu, quo hæres grauatur onere restitutionis; quia licèt nec tunc possit esse debitor legati respectu sui ipsius; cùm in eadem persona respectu suimet repugnet creditum, & debitum, actio, & passio *l. Vranius, ff. de Fidejussor.* tamen potest legatum sibi deducere, & retinere, restituta reliqua hæreditate ex voluntate testatoris, quando intelligitur eum voluisse, quòd hæres non teneretur restituere legatum, seu prælegatum, vt in præsenti casu 1402

Secundus casus est, quando sunt plures instituti, & aliquis eorum grauatus 1403
est restituere hæreditatem, seu portionem hæreditariam. In hoc casu, si prælegatum tali hæredi factum sit post substitutionem, conueniunt DD. non contineri ipsum prælegatum in fideicommisso; cùm ex ipso ordine verborum & dispositionum satis appareat testatorem voluisse, vt hęres sibi retineret prælegatū: Mā-

tica *de Conjectur. vlt. vol. lib. 7. tit. 7. num. 2.* Peregrin. *d. art. 7. num. 63. fine*, Menoch *de Præsumpt. lib. 4 præsumpt. 194. fine*, & Fusar. *d. q. 650. sub numer. 111.* & cæteri communiter. Si autem prælegatum substitutionem præcedat; sentiunt non pauci, contineri in fideicommisso, essèque restituendum. Sic Angel. *in l. Cum virum, vers. Sed restat, C. de Fideicommiss.* Imola *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, not. vltim.* & ibi Alciat. *num. 7.* & Torniel. *num. 39 ff. Ad Trebel.* Comensis *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, ff. eod.* & alij.

1404 Contrariam nihilominus sententiam tuentur meritò Ripa *in l. In Fideicommissariam, §. vltim. num. 2. ff. Ad Trebel.* Socin. sen. *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, col. 2. vers. Secundo principaliter*, & ibi Ruin. *num. 9. ff. eod.* idem Socin. *consil. 102. num. 9. lib. 3. & consil. 31. num. 4. lib. 4.* Paul. Castr. *in l. Cum virum*, & ibi Corasius *num. 21.* & Padil. *num. 5. Cod. de Fideicommiss.* Oldrad. *consil. 107. dub. 2.* Zanch. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, p. 5. numer. 132.* & plures alij quos nominatim referunt, & sequuntur Mantica *sub d. num. 2.* Menoch. *d. præsumpt. 194. num. 37.* Peregrin. *d. art. 7. num. 57.* & Fusar. *d. quæst. 650. num. 62.* qui etiam pro hac parte allegat Barthol. *in d. §. Quidam liberis, num. 9.* & hęc est sententia communis, vt Menoch. & alij affirmant. Fundamentum est, quia nomine hæreditatis non veniunt legata, *l. Si Titius ex parte, ff. de Leg. 3. & l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* vnde cùm testator solùm jusserit restitui hæreditatem, vel partem hęreditatis, intelligi non debet quòd voluerit, vt etiam legata, seu prælegata restituerentur; cùm à verborum proprietate absque ratione cogente recedendum non sit, maximè in materia odiosa, & grauaminis, qualis hęc est. Et idem est quando substitutio facta esset verbis ciuilibus relatis ad fideicommissarium, vt si dictum esset; *Sit hæres*, vel, *hæredem substituo*, aut, *facio:* Menoch. *sup. num. 42.* Peregrin. *d. art. 7. num. 54.* & alij, quos referunt. Item quando testator substituisset, jubendo restitui bona; cùm sub eo nomine vniuersali non contineatur prælegatum particulare: Menoch. plures referens *loco citat. num. 39.* & cum alijs Fusar. *sup. num. 93.*

Intelligitur autem prædicta sententia 1405
de prælegatis, quoad partes quas cohæres grauatus habuit ex portionibus hæreditarijs aliorum cohæredum; non verò quoad partem respondentem portioni ipsius grauati: hanc enim restituere tenetur, vt constat per text. *in d. l. In Fideicommissariam, in fine, ff. Ad Trebel.* & tenent communiter DD. Dontel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap. 25.* Menoch. *d. præsumpt. 194. num. 44.* & plures alij, quos referunt. Et ratio est, quia pars prælegati desumpta ex portione ipsius grauati non capitur jure legati, cùm eidem à se ipso legari nequeat, sed capitur jure hæreditario, & vt pars ipsius hęreditatis; atque adeo continetur in fideicommisso, quo hæres grauatur restituere hæreditatem, seu partem hæreditatis. Vnde quando prælegatum esset de bonis cohæredis, vel totum esset relictum à cohærede, nullam ejus partem restituere tenebitur grauatus, vt bene aduertit Peregrin. *d. art. 7. num. 59.* & cum alijs Fusar. *sup. num. 67. & 68.* cùm in his euentibus prædicta ratio cesset: & idem aliqui volunt, quando tota restitutio esset facienda cohæredibus, vt notat idem Fusar. *num. 69.*

Declaratur præterea primò dicta sen- 1406
tentia principalis tradita *numer. 1404* vt non procedat, quando substitutio esset facta per verba vniuersalia, & prægnantia, vt si dictum esset; *Restituat omnem hæreditatem*, vel, *omnia bona*, vel, *quidquid ad eum ex hæreditate peruenerit*, nam tunc etiam prælegata veniunt restituenda. Sic relatis alijs Mantica *d. tit. 7. sub num. 3. vers. Neque obstat, dict. l. Ad finem*: vbi addit, idem esse quando hæres rogatus esset restituere substantiam suam vel patrimonium: Menoch. *d. præsumpt. 194. num. 45.* Peregrin. *d. art. 7. numer. 26. & 55.* & Fusar. *d. q. 650. numer. 71.* Probatur per text. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita. ff. Ad Trebel.* vbi videtur esse

se casus expressus, & *in l. Iulianus, ff. de Leg.* 3. vbi pars fundi, quæ aliàs non veniret in legato, ob vim vniuersalium verborum venit. Constat etiam ea ratione; quia etiam prælegata sunt de bonis, & de corpore hæreditatis: vnde quando hæres jubetur restituere hæreditatem dictis verbis vniuersalibus, & prægnantibus, rectè intelligitur, quod etiam prælegata comprehenduntur, licèt aliàs nomine hæreditatis non veniant.

1407 Declaratur secundò, vt etiam non procedat, quando tota, aut ferè tota hæreditas esset distributa in prælegata inter cohæredes æqualiter institutos; nam tunc restituenda essent. Ita Barthol. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis, numer.* 1. & ibi Alex. *num.* 2. *vers. Quartò limita*, Socin. sen. *num* 3 Ruin *num.* 13. & alij communiter, *ff. Ad Trebel.* Zanch. *in d. l. Hæredes mei, § Cum ita, p.* 5. *numer.* 174 *ff. eod.* & alij innumeri, quos citant, & sequuntur Mantica *d. tit.* 7. *numer.* 9. Peregrin. *d. art.* 7. *num* 61. & Fusar. *d q.* 650. *num* 74. Ratio est, quia tunc ipsa prælegata succedunt loco portionum hæreditatis: & est casus, *in l. Quid ergo, ff. de Leg.* 1. vbi etiam Barthol. & alij. Id verò intelligitur, dummodo ipsa prælegata hæreditatis diuisoria sint æqualia, aut ferè æqualia: vt notat idem Barthol. *in d. §. Quidam liberis*, & cum alijs Mantica *sub d. num.* 9. *in nouissima editione.* Adde cum Peregrino *supra*, & alijs, quos refert, idem esse, cùm testator ex partibus inæqualibus hæredes instituisset, quibus prælegata adscripsisset proportionalia eorum partibus hereditarijs.

1408 Adde præterea cum Mantica *sub eodem num.* 9. *in nouissima editione:* Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 194. *num.* 46. Fusar. *vbi sup.* & alijs, quos allegant, idem quoque esse, quando prælegatum grauato relictum absorberet maiorem partem hæreditatis, ita quod fideicommissum redderetur parui momenti, nisi prelegatum etiam comprehenderet, *d. l. Quid ergo, in fine*, cum Glos. & *ibid.* Barthol. & alijs. Accedit etiam illa ratio; quia prælegatum adeo amplum, est tanquam pars hæreditatis, & in ejus locum succedit, ejusque naturam retinet, & consequenter venit nomine hæreditatis restituendæ.

1409 Declaratur tertiò, vt non procedat, quando extraneus esset grauatus restituere hæreditatem filio testatoris; nam tunc etiam prælegata veniunt in restitutione fideicommissi ex conjectura voluntatis; quæ elicitur ex charitate patris erga filium, vt voluerit ei restitui, quæcumque extraneus ex testamento, etiam titulo prælegati, fuerit consecutus. Probari solet per text. *in l. Liberto, §. Filium, ff. de Ann. leg.* vbi videtur casus, & ita *ibi* tenent Barthol. *in Summario*, Din. Alex. & & alij Paul. Castr. *in l. Cum verum, & ibi* Corn. & Ias. *num.* 7. *Cod. de Fideicommiss.* idem Castr. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis*, & ibi Alex. *num.* 2 *ff. Ad Trebel* Zanch. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, p.* 5. *num* 175. & ibi Alciat. *num.* 7. & Ripa *num* 44. dicens esse communem sententiam, *ff. eod* multique alij, quos citant, & sequuntur Mantica *d. tit.* 7. *num.* 4. Menoch. *d. præsumpt.* 194. *numer.* 47. & Fusar. *d q* 650. *num.* 78. *& sub numer.* 79. *vers. Ego quidem*, vbi asserit se non posse ab hac sententia dissentire in judicando, & consulendo, cùm sit communis, & fundetur in verosimili conjectura voluntatis; quanuis putet eam nō rectè probari, per *d. §. Filium*; quod ego etiam existimo. Non desunt autem, qui contrariam sententiam magis probent, quos citat & sequitur Peregrin. *d. art.* 7. *num.* 62. Sed reuerà eorum fundamenta prædictam voluntatis conjecturam nō conuellunt; cùm plurimæ leges ei patrocinentur, vt *l. Cum auus, ff. de Condit. & demonstr. l. Generaliter, in princip. C. de Instit. & substitut. l. Is qui ducenta, §. Item si pater, ff. de Reb. dub.* & aliæ multæ.

1410 Declaratur quartò, vt non procedat, quando testator jussit restitui quæ in hæreditate remanerent. Tunc enim etiam prælegata intelliguntur restitui juberi; cū verè dicantur remanere in hæreditate, & ita Zanch. *in d. §. Cum ita, p.* 4. *numer.* 179. Menoch. *d. præsumpt.* 194. *num.* 48.

Fu-

Fusar. *d. q.* 650 *num.* 8. & alij, quos referunt.

1411 Declaratur quintò, vt non procedat quando testator iussit restitui bona, & hæreditatem. Nam tunc clarè intelligitur nomine bonorum voluisse comprehendi prælegata. Sic Ruin. *consil.* 116. *num.* 1. Zanch. *d p.* 5 *num.* 183 Peregrin. *d art.* 9. *num.* 35. Fusar. *d. q.* 650. *numer.* 8. & alij, licèt contrarium voluerint Menoch. *d. præsumpt.* 194. *num.* 40. & alij, quos refert. Vide autem, quæ pro hac declaratione addunt Peregrin. & Fusar.

Quasdam alias declarationes afferunt Menoch. & Fusar. in quibus non puto immorandum; sunt enim parui momenti, & ex ipsis terminis facilè constant.

Tertius casus est, quando testator prius facit prælegatum vni ex hæredibus, deinde eum instituit, & grauauit simpliciter restituere, non faciendo in ipsa substitutione mentionem hæreditatis, vt si dixit; *Et si decesserit absque liberis, restituat Caio*, vel, *succedat Caius per fideicommissum in ejus portione*, aut quid simile. In hoc casu communis sententia est, ex tali substitutione etiam prælegata esse restituenda. Ita Glos. *in d. l. Marcellus*, §. *Quidam liberis*, & ibi Barthol. Angel. Cuman. Paul. de Castr. Alex. *num.* 1. & alij, *ff. Ad Trebel.* Bald. *in d. l. Cum virum*, & ibi Salicet. Paul. de Castr. Corn. & Coras. *Cod. de Fideicommiss.* Imola *in l. Ita tamen*, §. *Qui suspectam*, *ff. Ad Trebel.* Ripa *in d. l. Hæredes mei*, §. *Cum ita*, *num.* 36. & ibi Zanch. *p.* 5. *num.* 11. 21. *& seq. ff. eod.* Pet. Anchar. *consil* 27. *col.* 2. Anton. Petr. *consil.* 200. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 194. *numer.* 2. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 7. *num.* 34. & cum alijs innumeris Fusar. *de Substitut. q.* 650. *num.* 1. Probatur per *d. l. Marcellus*, §. *Quidam liberis*, vbi est casus, tam in decisione, quàm in ratione, & per *l. In Fideicommissariam*, §. *fin. ff. Ad Trebel. & in l. Si Titius*, à contrario sensu, *ff. de Leg.* 3. & ratio est, quia verba talis substitutionis, cùm sint indefinita, congruunt etiam prælegatis antea factis; cùm tam propriè dicatur, & intelligi possit, hæredem grauari restituere prælegata, quàm hæreditatem.

Ampliatur hæc sententia primò, vt procedat, quanuis inter prælegata, & institutionem, ac substitutionem sequentem, plura sint interjecta, vt bene post Menoch. *vbi supra*, *num.* 5. aduertit Peregrin. *d. num.* 34 *fine*, & Fusar. *d. q.* 650. *num.* 17. aduersus Ruin. *in d.* §. *Quidam liberis.* 1413

Ampliatur secundò, vt procedat licèt substitutio non sit mere Fideicommissaria, sed Compendiosa continens Vulgarem, & Fideicommissariam. Ita sentiunt multi apud Fusar. *citat. num.* 10. qui loquuntur in terminis Compendiosæ. Hanc verò ampliationem probabiliùs rejicit idem Fusar. *num.* 11. vbi alios adducit. Et ratio est, quia in Vulgari substitutione non veniunr prælegata, *l. Sextiliam*, *ff. de Leg.* 3. dictumque est supra *sect.* 2. §. 16. siquidem repudiata hæreditate capit institutus prælegata ex cohæredum portionibus soluenda, solis bonis, in quibus institutus est, substituto remanentibus: vnde cùm vtraque substitutio contenta in Compendiosa pariformiter determinari debeat, juxta *l. Iam hoc jure*, *ff. de Vulgari*, consequens est vt etiam in illa Fideicommissaria non comprehendantur prælegata, saltem prout ex portionibus cohæredum debentur. 1414

Ampliatur tertiò, vt procedat etiamsi grauatus sit filius testatoris. Sumitur ex *d. l. Marcellus*, §. *Quidam liberis*, vbi videtur casus. Vnde dicunt multi, inter quos est Menoch. *d. præsumpt.* 194. *sub num.* 2. *vers. Et hoc quidem*, quòd in præsenti non est facienda differentia inter filios, & extraneos. Hoc autem sic intelligendum est, vt tam in filijs, quàm in extraneis locum habere possit prædicta sententia principalis; vt nimirum si sint plures filij instituti, & vnus grauetur restituere alteri, etiam prælegata restitui debeant: hic enim est casus *in d.* §. *Quidam liberis*: non autem quòd filius grauatus restituere extraneo intelligatur similiter grauatus etiam quoad prælegata; cùm paterna charitas talem interpretationem 1415

mini-

minimè patiatur. Ita in specie sentit Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib. 7. tit. 7. sub numer.* 11. & Fusar. alios referens *d. quæst. 650. num.* 13. estque proculdubio communis Doctorum sensus.

1416 Ampliatur quarto, vt procedat licèt in institutione grauati post prælegatum factâ dictum sit; *In alijs alijs autem bonis instituo*, &c. vel *in cæteris bonis instituo*, &c. Ita sentiunt plurimi, quos longa serie refert Fusar. *d. q. 550. num.* 18. In contrarium tamen non pauciores, nec minoris notæ stant DD. quos idem Fusar. adducit *num.* 24. Et quidem in hanc contrariam sententiam magis propendeo, quam etiam magis probat, & declarat idem Fusar. apud quem vtriusque fundamenta videri possunt.

1417 Multipliciter autem eadem principalis sententia limitatur. Primò enim fallit in prælegato dotis. Secundò, in prælegato alimentorum. Tertio, in prælegato, in quo alia particularis substitutio facta esset; vel quòd testator prohibuisset alienari fauore alterius causæ, quàm fideicommissi vniuersalis. Quartò, in prælegato facto ob maximam dilectionem instituti. Quintò, in prælegato facto ob benemerita. Sextò, in prælegato facto pro solutione debiti, quo testator tenebatur ipsi grauato. Septimò, in prælegato relicto sub conditione, cùm fideicommissum sit relictum purè; vel relicto in diem, aut sub conditione, quæ eueniret, aut euenire poterit post factam restitutionem. Octauò, in prælegato relicto vni filio, post quod sequitur institutio plurium filiorũ, cum reciproco fideicommisso inter eos. Quas omnes limitationes, nonnullas earum declarando, & sublimitando, tradunt post alios Menoch. *d. præsumpt.* 194. Peregrin. *d. art. 7.* & præcipuè Fusar. *d. q.* 650. qui alias etiam addit, quas vt minimè necessarias omittendas censui; pro eis enim sufficit admonuisse initio *hujus §.* quoties saltem ex conjecturis constiterit de voluntate testatoris, quòd voluerit, aut noluerit prælegata etiam restitui, illi standum esse.

1418 Quartus casus est, quando præcessit institutio & fideicommissum, & postea sequitur prælegatum grauato factum. In hoc casu communissima DD. sententia est, prælegatum non venire in restitutione fideicommissi. Ita sentiunt Glos. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis;* & ibi Barthol. Angel. Imola, Roman. Alex. Socin. Sen. *col. 2. limit. 4.* & alij, *ff. Ad Trebel.* Glos. *in l. Cum virum*, & ibi Bald. Paul. de Castr. Corn. *col. 2.* & Padill. *numer. 21. Cod. de Fideicommiss.* Barth. *in l. Titia*, & ibi Paul. de Castr. & Alex. *not. 1. ff. Ad leg. Falcid.* Ripa *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, numer.* 48. & ibi Zanch. *p. 5. num. 76. ff. Ad Trebel.* Dec. *consil.* 80. *col. 1. & consil.* 81. *dub. 3. & consil. 254. col. 1.* Roland. à Val. *consil. 34. num. 7. lib. 4.* & alij permulti, quos citant & sequuntur Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 194. *num.* 28. Peregrin. *de Fideicommiss. art. 7. num.* 63. & Fusar. *de Substitut. q.* 650. *num.* 109. Probant per *l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* conferendo eam cum *l. In fideicommissariam, §. fin. ff. Ad Trebel.* prout eas rectè ad hoc expendit Peregrin. *d. art. 7. num. 67.* Est præterea ratio, quia eo ipso quòd testator post injunctum onus fideicommissi, fecit prælegatum grauato, videtur illud excepisse à tali onere, & consequenter, quòd grauatus non teneretur illud restituere.

Vnde ampliatur primò hæc sententia, 1419
vt etiam partem illam prælegati, quam grauatus capit jure hæreditario seu ex portione, in qua institutus est, non teneatur restituere, vt bene cum alijs aduertit Peregrin. *d. art. 7. num. 66.* & Fusar. *d. q. 650. num.* 115. & probat text. *in d. l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* Ampliatur secundò, vt procedat etiamsi fideicommissum factum sit pro conseruatione bonorum in familia: vt etiam post alios tradunt Peregrin. *num. 65.* & Fusar. *numer.* 114. Ampliatur tertiò, vt procedat, licèt testator vsus fuerit verbo, *Substituo*, simpliciter: & licèt jusserit, bona sua restitui: sic idem Peregrin. *num.* 64. & Fusar. *num.* 112. *& seq.* post alios, quos referunt.

Li-

1420 Limitatur autem primò, vt non procedat, quando substitutio facta est verbis vniuersalibus, & prægnantibus, vt si dictum est; *Restituat quidquid ad eum peruenerit*: vel, *omnia bona*; vel, *vniuersam hæreditatem*, &c. Limitatur secundò, vt etiam non procedat, si substitutio sit concepta per verba, quæ futurum etiam respiciant, vt; *Restituat bona, quæ illi obuenient*. Limitatur tertiò, vt non habeat locum, quando extraneus esset grauatus restituere filio testatoris. Limitatur quartò, quando post institutionem, & substitutionem testator diuideret totam, aut maiorem partem hæreditatis inter institutos, faciendo eis prælegata æqualia, aut ferè æqualia; quia tunc ipsa prælegata subirent vicem portionum hæreditariarum, & consequenter venirent in restitutione fideicommissi vniuersalis. Has omnes limitationes tradunt, & illustrant Menoch. *d. præsumpt.* 194. Peregrin. *d. art.* 7. & Fusar. *d. q.* 650.

1421 Quæres, quid dicendum, quando ordine scripturæ prælegatum sequitur post substitutionem, ordine verò intellectûs præcedit? Vt quando hæres fuit grauatus fideicommisso conditionali post ejus mortem, & postea fuit ei factum legatum, seu prælegatum in vita, ideſt, ei viuenti soluendum? Respondetur attendendum esse ordinem intellectûs, & consequenter si ordine intellectûs prælegatũ præcedat restitui debere, juxta supradicta in præcedenti casu, nihil obstante quòd ordine scripturæ sit posterius. Ita sentiunt Barth. *in l. Ita tamen, §. Qui suspectam*, & ibi Bald. Alex. & alij *ff. Ad Trebel.* Ripa *in d. l. Hæredes mei §. Cum ita, num.* 50. *ff. eod.* Ruin. *consil.* 120. *numer.* 6. *& seq. lib.* 3. Mantica *lib.* 7. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 6. *num.* 16. *fine*, & Fusar. *de Substitut. q.* 650. *num.* 120. *& q.* 657. *num.* 20. licèt contrarium magis probet Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 8. *num.* 18. Ratio est, quia voluntas sequitur intellectum, non verba: ergo in quæstione voluntatis, qualis hæc est, magis attendi debet ordo intellectûs, & conceptionis internæ, quàm externæ verborum, aut scripturæ.

Quæres præterea, quid tenendum si non constet, quo ordine, aut loco fuerit factum prælegatum? Vt quando non apparet scriptura testamenti, & testes non asserunt quid præcesserit? Respondet Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 9. *numer.* 69. cum Bald. *in d. l. Cum virum, num.* 5. *&* 7. quod in quæstione voluntatis pendente ex ordine, vt in præsenti, incumbit fideicommissario probare legatum præcessisse, & si id non probet non venire in restitutione fideicommissi. Cæterùm Mantica *d. l.* 7. *num.* 2. asserit, si non appareat ordo, vt quia hæres simul honoratus, & oneratus sit, restituere debere, quod perceperit jure fideicommissi, seu prælegati, vt ex mente Bartholi, & communi DD. sententia scribit Hieron. Gabr. *consil.* 121. *num.* 50. 1422

§. 16. *Virum in restitutione fideicommissi vniuersalis veniant quæ grauatus capit ex substitutionibus, quibus ab eodem testatore honoratus est.*

SUMMARIUM.

Quod grauatus assecutus est per Vulgarem, cohærede non adeunte, venit in restitutionem fideicommissi vniuersalis; *num.* 1423.

In restitutione fideicommissi venit quod grauatus assecutus est jure accrescendi; *num.* 1424.

Quid, si in stituto in re certa cum onere, vt eam restitueret, tota hæreditas accreuisset? ibid. remissiuè.

Substitutus pupillaris tenetur restituere bona pupilli, si testator eum grauauit vt ea restitueret; *num.* 1425.

Quando testator grauauit fideicommisso substitutum pupillarem, non exprimendo quòd illum grauabat in bonis pupilli, an talis substitutus teneatur ea restitue-

tituere? num. 1426. *& seq.*

Quando substitutio Pupillaris præcessit, & postea secuta est Fideicommissaria verbis indefinitis, etiam obtenta ex Pupillari restituenda sunt, num. 1428. *Hoc autem intelligitur, si Pupillaris ordine intellectus præcessit; numer.* 1429.

Obuenta ex substitutione Exemplari quando veniant in restitutione fideicommissi? num. 1430.

Obuenta ex directa Militari veniunt in restitutione fideicommissi vniuersalis; num. 1431.

Obuenta ex substitutione Fideicommissaria, qua vnus cohæres grauatus est restituere alteri cohæredi, quem testator postea grauauit fideicommisso vniuersali, veniunt in restitutione talis fideicommissi; num. 1432.

1423 PRima conclusio pro præsenti quęstione sit. Quod grauatus assecutus est per Vulgarem, cohærede nolente, aut non valente adire, venit in restitutionem: Barthol. *in l. Marcellus, §. Quidam liberis, num.* 8. & ibi Imola Socin. sen. *numer.* 8. & Claud. *numer.* 6. *ff. Ad Trebel.* Bald. *in l. Cum virum,* & ibi Coras. *numer.* 96. & Padill. *numer.* 35. *Cod. de Fideicommiss.* Ias. *consil.* 175. *lib.* 2. Curt. jun. *consil.* 13. Ruin. *consil.* 94. *numer.* 9. *&* 13. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *cap.* 6. *numer.* 7. Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 8. *numer.* 1. Intrigliol. *de Substitut. cent.* 3. *quæstion.* 74. *numer.* 159. Fusar. plures referens *de Substitution. quæst.* 653. *numer.* 1. & cæteri omnes. Ratio est, quia in eo casu totum intelligitur esse portio grauati, perinde acsi esset institutus, ex parte purè, & ex parte sub conditione, per *l.* 1. *§. Id quod ex substitutione, ff. Ad leg. Falcid. & l. In ratione, §. Quæsitum, ff. eod. & l. Si tu ex parte, ff. de Acquir. hæred.*

1424 Hinc deducitur debere etiam restitui, quod grauatus fuerit consequutus ex jure accrescendi, vt concludit: Barthol. *in d. §. Quidam liberis, numer.* 7. & tenent communiter cæteri DD. Mantic. *dict. tit.* 6. *numer.* 8. Peregrin. *dict. tit.* 8. *numer.* 4. Fusar. *de Substitution. quæstion.* 654. & alij quos referunt. Ratio est, tum quia jus accrescendi est quædam tacita substitutio Vulgaris, *l. Titio, §. Iulianus, ff. de Legat.* 1. Tum etiam quia portio accrescit portioni, non personæ, *l. Si totam, ff. de Acquir. hæred. l. Si Titio, §.* 1. *ff. de Vsufructu accrescend.* & ita sequitur naturam portionis, cui accrescit, *l. Papinianus, ff. Ad Trebel.* ac proinde vtraqua portio euadit grauata, & obnoxia restitutioni. Quando autem quis esset institutus in re certa, & grauatus vt eam restitueret, eidemque tota hæreditas accreuisset, vel quia non habuit cohæredem vniuersaliter institutum, vel quia, si illum habuit, is noluit, aut non potuit esse hæres, vtrùm in tali casu etiam ipsa hæreditas veniat restituenda, necne? Vide apud Manticam *dict. tit.* 6. *numer.* 9. *& sequentib.* & Fusar. *dict. quæstion.* 154. *à numer.* 4. qui alios referunt, & plenè hanc difficultatem expediunt.

Secunda conclusio: quando testator 1425
expressè, aut verbis æquipollentibus, grauauit substitutum pupillarem, vt restitueret bona pupilli, tenetur talis substitutus ea restituere. Hæc apud omnes est indubitata, vt videre est apud Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 74. *numer.* 2. *&* 3. Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 8. *numer.* 33. *&* 37. & Fusar. *de Substitution. quæstion.* 655. *numer.* 1. *&* 2.

Tertia conclusio: quando testator gra- 1426
uauit fideicommisso substitutum pupillarem, non exprimendo quòd illum grauabat in bonis ipsius pupilli: neque solùm in bonis ipsius testatoris, sed dicendo simpliciter, *Restituat bona mea,* vel, *hæreditatem meam,* in tali casu non tenetur grauatus restituere bona propria pupilli, sed tantùm bona testatoris. Hæc est communior DD. sententia, quam relatis pluribus tenent Emman.

Costa *in cap. Si pater, p.* 3. *verb. Et de illis, sub num.* 9. *de Testament. in* 6. Menoch. *dict. præsumpt.* 74. *numer.* 5. & Fusar. *dict. quæst.* 655. *numer.* 4. *&* 6. Ratio est, quia bona propria pupilli, non sunt, nec dicuntur bona, vel hæreditas patris testatoris, etiamsi aliqua ex parte ex ipso testatore descenderint, vt legitima, quæ pupillo erat debita in bonis patris: hæc enim cùm ipso jure esset debita pupillo independenter à patris voluntate, ita efficitur propria ipsius pupilli, acsi aliunde, quàm à patre ad illum peruenerit. Et ita grauatus in præsenti casu non solùm non tenebitur restituere bona, quę pupillus habuit à matre, vel aliunde quàm à patre, sed nec etiam legitimam, quam habuit ex bonis patris, & in specie declarat Costa *loco cit.* & Fusar. *dict. numer.* 4. *fine.* Facit etiam pro hac conclusione, quòd in dubio capienda est interpretatio, vt hæres censeatur minùs grauatus quoad fieri possit. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 9 *tit.* 1. *numer.* 5. & diximus *supra, num.* 1399.

1427 Pro contraria sententia, quòd etiam bona propria pupilli veniant in restitutionem dicti fideicommissi, non pauci quoque stant DD. quos citat & sequitur Peregrin. *dict. artic.* 8. *numer.* 38. At ejus fundamentum non cogit, nec persuadet à tradita conclusione recedere. Vtrùm verò, etiam hac sententia retenta, possit grauatus detrahere legitimam, quam pupillus habuit in bonis patris? Item an possit detrahere Trebellianicam? Vide apud eumdem Peregrin, *numer.* 39. *& seqq.*

1428 Quarta conclusio: quando substitutio Pupillaris præcessit, & postea secuta est Fideicommissaria verbis indefinitis, vt si dictum est; *Restituat bona Seio*, vel, *Substituo ei Seium per fideicommissum*, &c. etiam obtenta ex Pupillari substitutione veniunt in restitutionem. Est receptissima sententia, vt testatur Fusar. *dict. quæstion.* 655. *sub numer.* 9. illam tenent Barthol. *in dict. l. Ita tamen, §. Qui suspectam, numer.* 2. & alij *ibidem, ff. Ad Trebel.* Mantica *de Conjectur. vltim volunt. lib.* 7. *tit.* 6. *numer.* 14. *& sequent.* Menoch. *dict. præsumpt.* 74. *numer.* 7. Peregrin. *dict. artic.* 8. *numer.* 37. *vers. Aut verò vsus fuit verbis indefinitis*, Fusar. *vbi supra*, & multi alij, quos referunt. Ratio constat ex dictis in simili de prælegatis, *§. præced. numer.* 1410. Non defuerunt, qui in contraria fuerint opinione; sed nullo sufficienti nituntur fundamento, vt videri potest apud Manticam, & Fusar. *locis citatis.*

Intelligitur autem superior conclu- 1429
sio, quando Pupillaris substitutio etiam ordine intellectûs præcessit; nam si esset posterior ordine intellectûs, commodum ex ea perceptum non veniret in restitutionem, etiamsi illa ordine scripturæ præcessisset; vt quando testator hæredem substituit pupillariter, deinde illum grauauit purè, seu vt statim restitueret. Ita Barthol. *in dict. §. Qui suspectam*, & ibi Angel. Alex. & alij communiter, per text. *in l. Cum pater, §. Fidei tuæ, ff. de Legat.* 2. sequitur Mantica *dict. tit.* 6. *numer.* 14. *vers. Proinde*, Barthol. Menoch. *dict. Præsumpt.* 74. *numer.* 8. Peregrin. *dict. articul.* 8. *numer.* 35. & Fusar. *dict. quæstion.* 655. *numer.* 17. Ratio est quia ordo intellectus præfertur ordini scripturæ, cùm voluntas intellectu regatur, & dirigatur. Præterea, quia cùm fideicommissum in casu proposito sit purum, non potest in eo contineri commodum Pupillaris, cùm hæc sit conditionalis, id est sub conditione, *Si pupillus moriatur ante pubertatem.* 1430

Quòd dictum est in tribus præcedentibus conclusionibus circa substitutionem Pupillarem, seu commodum ex ea perceptum, idem cum proportione dicendum circa Exemplarem, & commodum illius; cùm hæc ad exemplum Pupillaris inducta sit, ejusque naturam imitetur, *l. Ex facto, ff. de Vulgari, l. Humanitatis, Cod. de Impuber. & alijs substitution. §. Qua ratione, Institut. de Pupillari substit.*

Quinta cõclusio: obuẽta ex directa Mi- 1431
literi

litari substitutione veniunt in restitutionem fideicommissi vniuersalis: sic Barth. *in d. l. Marcellus, §. Quidam liberis, sub num.* 9. & ibi Alex. *col. pen. numer.* 4 & Claudius Seisell. *num.* 3. *ff. Ad Trebel.* Padil. *in d. l. Cum virum, num.* 29. *Cod. de Fideicommiss.* Mantica *d. tit.* 6. *num.* 16. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 195. *num.* 17. Peregrin. *d. art.* 8. *num.* 46. Fusar. *de Substitution. q.* 656. & alij communiter. Ratio est, quia directa Militaris comparatur Vulgari, cum fiat in hæreditate testatoris, & substitutus directò ex illa succedat, eueniente illius casu; quando institutus desinit esse hæres. Vnde eadem ratione, qua supra in prima conclusione dictum est, quæsita ex Vulgari substitutione venire in restitutionem; dicendum est pariter in quæsitis ex directa Militari. Non me præterit, esse aliquos DD. qui directam Militarem comparant potiùs cum Pupillari, vel Fideicommissaria: sed non est quòd in eis refellendis immoremur, cùm facilè ex ipsis terminis constet, immeritò eam comparationem præferri.

1432 Sexta conclusio: obuenta ex substitutione Fideicommissaria, qua vnus cohæres grauatus est restituere alteri cohæredi, quem testator postea grauauit fideicommisso vniuersali, veniunt in restitutionem talis fideicommissi vniuersalis. Hæc conclusio est communis, pro qua plurimos DD. refert eos sequens Fusar. *de Substitut. q.* 657. *num.* 2. & constat ex eodem fundamento, quo *§. præcedenti, casu,* 3. statuimus prælegata facta vni ex hæredibus, quem testator postea grauauit fideicommisso vniuersali, venire in restitutionem ipsius fideicommissi: vnde eædem ferè moderationes, & limitationes, quas illa resolutio admittit, hìc etiam cum proportione locum habent, vt videre est apud Fusar. *loco cit.* qui plures limitationes in particulari assignat.

Vbi etiam quosdam alios casus circa hanc materiam resoluit, quos apud illum videndos omitto.

(:!:)

§. 17. Vtrùm legata caducata, vel repudiata, vel inualida, relicta ab hærede, quem testator postmodum grauauit fideicõmisso vniuersali, remaneant ipsi hæredi, vel sint restituẽda fideicõmissario?

SUMMARIUM.

RESolutio tenenda est, legata illa esse restituenda fideicommissario; numer. 1433.

Ampliatur, etiamsi testator ipsa legata excepisset à fideicommisso, vt si post illa facta, dixit; Cætera bona restituat, *vel,* Substituo in residuo; *num.* 1434.

Cur prælegata relicta hæredi grauato non veniant in restitutione fideicommissi facti de residuo bonorum; veniant autem legata, quæ ipsi hæredi vacant? numer. 1435.

Ampliatur præterea dicta resolutio principalis, vt procedat licèt testator vniuersaliter fideicommittendo dixisset; Saluis prædictis legatis, *vel,* Exceptis legatis, *aut quid simile; num.* 1436.

SVnt qui putent talia legata non esse restituenda fideicommissario. Ita Cephal. *consil.* 231. *lib.* 1. Prætis, & quidam alij apud Fusar. *de Substit. q.* 652. *num.* 2. At contraria sententia est tenenda cum eodem Fusar. *sub num.* 3. vbi pro ea refert Corn. Surd. & alios: pro qua etiam in fortioribus terminis stat Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 9. *numer.* 6. cum multis alijs, quos adducit. Probatur facilè primò, quia talia legata cùm cadant in irritum, non minuunt, nec minuere possunt hæreditatem, imò illam augent, *l. Si ita quis hæres, ff. de Hæred. instit.* & sic veniunt in restitutione hæreditatis, seu fideicommissi vniuersalis, ex quo hæreditas debetur. Secundò, quia illa legata quæruntur hæredi titulo hæreditario, 1433

d. l. Si ita quis hæres, & ibi Bald. & Angel. hæres autem grauatus fideicommisso vniuersali, tenetur restituere quæ ad eum peruenerunt titulo hæreditario, *l. In fideicommissariam, in fine, ff. Ad Trebel. l.* 1. *§. Id quod natura, ff. Ad leg. Falcid.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 7. *num.* 10.

Sed quid, si testator dicta legata excepisset à fideicommisso vniuersali; vt si 1434
post facta ipsa legata, vel fideicommissa particularia, dixit; *Cætera bona restituat Seio*, vel, *in residuo bonorum substituo fideicommissarie Seium*, aut quid simile? Respondetur, etiam in hoc casu legata illa caducata, vel aliàs inualida, esse restituenda fideicommissario vniuersali. Ita post alios Peregrin. *vbi sup.* & Fulgar. *dict. quæstion.* 652. *numer.* 8. qui contra Cuman. aduertunt, hoc procedere, etiam quando certum corpus esset exceptum, vt si legata esset vna possessio, deinde dictum esset; *Cætera bona restituat*, &c. Ratio hujus sententiæ est, quia dictio, *Residuum*, vel, *in reliquo*; & quælibet similis, continet totum, & consequenter, quod alius non capit, vel capere non potest; vt Peregrin. comprobat per *l. Cæterarum, ff. de Verbor. signif.* vbi dicit esse casum, atque ita ibi tenere Alciat. post Roman. singul. 15.

Nec obstat, quòd Cephal. *vbi supra*, 1435
contrariam tenens sententiam pro ea adducit, scilicet, prælegata, & fideicommissa relicta ipsi hæredi grauato non venire in restitutionem fideicommissi facti de omnibus alijs bonis, vel de residuo bonorum, vt tenent communiter DD. & nos attigimus, *supra §.* 15. *num.* 1398. Respondetur enim facilè, aliud esse quando agitur de prælegato facto ipsi hæredi, aliud de legato facto alicui tertio. Nam quando est factum ipsi hæredi, colligitur testatorem voluisse vt non teneretur illud restituere, quia alioqui frustra illud separaret à cæteris bonis. Quando autem legatum est factum tertio, non separatur à cæteris hæreditate ea mente, vt hæres illud habeat, sed vt habeat tertius, & non aliter: & ideo si tertius illud habere non possit, cedit in augmentum hæreditatis, & consequenter simul cum ea venit restituendum; quia augmentum assumit naturam principalis, *l. Etiam, Cod. de Iure dot.*

Atque idem tenendum est, licèt testator fideicommittendo vniuersaliter, dixisset; *Saluis prædictis legatis*, vel, *exceptis legatis*; aut quid simile: nam tunc etiam ipsa legata caducata, vel repudiata, aut inualida, restituenda sunt, vt notat Fusar. *sup.* post Surd. *decis.* 269. per text. *in l. Cum hæres, deductis legatis, ff. Ad Trebel. & in l. Si ita quis hæres, ff. de Hæred. instit.* 1436

§. 18. *De detractionibus, quas hæres grauatus fideicommisso vniuersali efficere potest, retinendo aliquam partem bonorum testatoris, & speciatim de detractione Trebellianicæ.*

SUMMARIUM.

QVid sit quarta Trebellianica? numer. 1437.

In quo Trebellianica differat à Falcidia? num. 1438.

Falcidia detrahitur, deducto priùs ære alieno, impensâ funeris, & pretio manumissorum. In Trebellianica nihil horum deducitur; ibid.

Falcidia deducitur, spectata quantitate patrimonij tempore mortis testatoris: Trebellianica verò spectata quantitate patrimonij tempore quo hæreditas restituenda est; ibid.

Qui grauati possint detrahere Trebellianicam? num. 1439 *& seq.*

Qui non est rogatus restituere vt hæres, sed vt legatarius, vel fideicommissarius, etiamsi habeat titulum vniuersalem, non detrahit Trebellianicam à sublegatarijs, vel sub fideicommissarijs; num. 1441.

Id limitatur in primo fideicommissario, quando hæres Trebellianicam in ejus

gratiam

gratiam remisit. Et quando censeatur eam remisisse in gratiam illius? numer. 1442.

Quando hæres prohibitus est detrahere Trebellianicam, potest primus fideicõmissarius illam detrahere à secundo, ex sententia Menochij. Et quid, quando hæres illam non detraxit, eoquod hæreditatem adiuerit coactus à fideicommissario? num. 1443.

Trebellianicæ detractio cessat quoties per legem reperitur remissa. Et assignantur aliqui casus, in quibus jus eam remittit; num. 1444.

Trebellianica non detrahitur, quando hæres est grauatus in testamento militari, vel ad pias causas; & vtrum hoc secundum procedat, licèt hæres non sit rogatus restituere immediatè piæ causæ, sed mediate post alios fideicommissarios? Vel quando causa pia instituta grauata est restituere alteri causæ piæ; ibid.

Trebellianica cessat in hærede fiduciario, qui scilicet institutus est contemplatione ejus, cui eam jubetur restituere, num. 1445.

Cessat etiam quando pater vel dominus rogatus est restituere hæreditatem filio, vel seruo instituto, . cùm sui juris erit, ex cujus persona pater, vel dominus commodum perceperat, n. 1446.

Cessat quoque tam Trebellianica, quàm Falcidia, si ipse hæres grauatus eam remittat. Et quando intelligatur eam remittere? num. 1447.

Hæres grauatus remittendo illas quartas censetur pleniùs exequi voluntatem defuncti: neque talis remissio potest reuocari à creditoribus, etiamsi ante casum fideicommissi restitutio facta sit: ea tamen præmatura restitutio non nocet sequenti substituto, si fortè substitutio primi efficiatur caduca; n. 1448.

Cessat denique dicta detractio, quando testator expressè, vel tacitè eam prohibuisset; num. 1449

Spectato jure antiquo, neque Trebellianica, neque Falcidia prohiberi poterat à testatore: quid spectato jure nouo? numer. 1450.

Trebellianica potest hodie prohiberi à testatore, etiam in codicillis; num. 1451. Vtrum talis prohibitio debeat esse expressa, vel sufficiat tacita? Resoluitur debere esse expressam verbis specialibus, licet in hoc sint opiniones; numer. 1452. & seqq.

Per verba, Restituat totam hæreditatem, vel omnia bona, & similia, non inducitur sufficiens prohibitio Trebellianicæ: secus dicendum, si verba sint talia, vt non possint videri prolata in alium sensum, quàm vt Trebellianica prohibeatur; num. 1455.

Vtrùm si testator prohibeat alienari bona, talis prohibitio sufficiat vt Trebellianica, vel Falcidia necessariò, & expressè videatur prohibita? num. 1456.

Vtrùm etiam filijs primi gradus possit testator prohibere detractionem Trebellianicæ? num. 1457. & seqq.

Trebellianica detrahitur ex omnibus bonis restitutioni obnoxijs, quæ jure directo peruenerunt ad hæredem grauatum: non verò ex ijs quæ jure indirecto: & quænam hoc vel illo jure ad eum perueniant? num. 1462.

An, & qua ratione possit hæres grauatus deducere Trebellianicam ex prælegatis, quando hæc etiam in restitutionem veniunt? num. 1463.

Trebellianica deducitur ex toto asse, quãdo grauatus restituit tam portionem, in qua est institutus, quàm portionem, quæ illi accreuit; num. 1464.

Substitutus pupillaris grauatus fideicommisso vniuersali detrahit Trebellianicam ex hæreditate pupilli, quam restituere jussus est. Et idem cum proportione est in substituto per Exemplarem, vel Militarem directam; num. 1465.

In quibus rebus detrahitur Trebellianica? num. 1496. & seq.

Quænam in Trebellianicam imputentur, eamve diminuant? num. 1468.

Vtrum prælegata imputentur in Trebellianicam, quando illa in restitutionem non veniunt? num. 1469. & seqq

Legitima, quã patronus detrahit ex bonis liberti

liberti imputatur ei in Trebellianicam; num. 1472.

Vtrum legitima, quæ descendentibus debetur, imputetur illis in Trebellianicam, quando hæreditatem ex fideicommisso restituunt? num 1473 *& seqq.*

Etiam nepotes, & alij vlteriores, quando obtinent primum locum in successione, possunt deducere legitimam, & deinde Trebellianicam, si sint grauati fideicommisso conditionali? num. 1476.

Resolutio de Trebellianica vltra legitimam per filios, & nepotes detrahenda in fideicommisso conditionali, locum habet etiam quando legitima continet dimidium hæreditatis, licèt aliqui repugnent; num. 1477. *Et vtrum etiam locum habeat, quando testator juberet Trebellianicam in legitimam imputari? ibid.*

Vtrum etiam ascendentes, vltra legitimam ipsis debitam in bonis descendentium, possint detrahere Trebellianicam in fideicommisso conditionali, quo à descendentibus fuerint grauati? numer. 1478.

Vtrum juris| dispositio de |Trebellianica vltra legitimam detrahenda locum etiam habeat in detractione Falcidiæ? numer. 1479. *& seq.*

Doctrina supra tradita de Trebellianica vltra legitimam detrahenda locum non habet vbi lege, aut consuetudine alicujus regni contrarium fuerit dispositũ, vt in Castella, & Lusitania; numer. 1481.

Quo tempore debeatur, & detrahatur Trebellianica? num. 1482. *& seq.*

MAteria hæc detractionum magna ex parte in superioribus profligata est; quia in primis de ijs, quæ grauatus potest detrahere, eoquod ex præsumpta saltem voluntate testatoris nó veniunt in restitutionem fideicommissi, diximus satis *à §.* 12 Deinde pro ijs, quæ grauatus detrahere potest, alienando de bonis fideicommissi, absque onere restituendi pretium, vel alio modo ea compensandi fideicommissario, satis etiam *supra §. 6. & tribus seqq.* dictum est. Quare paucæ admodum superiunt detractiones quarum specialis mentio hoc loco facienda sit. Earum præcipua est celebris detractio quartæ Trebellianicæ; in qua aliquantulùm immorabimur: tum deinde facili negotio reliquas expedietmus.

Pro Trebellianica ergo quæritur pri- 1437
mò, quid sit? Respondetur, esse quartam partem hæreditatis, vel portionis hæreditariæ, quam hæres in tota, vel in quota tantùm institutus, cum onere eam restituendi, detrahere, & retinere potest, auctoritate Senatusconsulti Trebelliani, prout habetur, & magis declaratur, *in §. Sed quia stipulationes; Instit. de Fideicommiss. hæredit.* estque explorati juris, vt dicitur *in l. Post mortem, Cod. de Fideicommiss.* Fuit autem concessa hujusmodi detractio, vt hæredes grauati inuitarentur ad hæreditatem acceptandam; nam si nullum, aut minimum lucrum essent reportaturi, eam vtique recusassent, & ipsa fideicommissa interijssent, vt olim frequenter eueniebat, antequam hæc detractio inuenta esset, vt dicitur in *§. Sed quia hæredes scripti, Instit. de Fideicommiss. hæredit.* vbi hæc ratio redditur.

Quæritur secundò, in quo Trebellia- 1438
nica differat à Falcidia? Respondetur, differre in eo, quod Falcidia deducitur ex legatis, & fideicommissis particularibus, quatenus excedunt dodrantem, seu tres quartas hæreditatis, in qua grauatus est institutus: Trebellianica verò deducitur ex fideicommissis, & legatis vniuersalibus, quatenus eundem excessum habent; hoc addito discrimine, quòd Falcidia computatur, & deducitur, deducto prius ære alieno, impensâ funeris, & pretio manumissorum, *§. vltim. Inst. Ad leg. Falcid.* In Trebellianica verò nihil horum deducitur, ne ipsa quidem legata, *l. vltim Cod. Ad Trebel.* Et ratio discriminis est, quia onera non transeunt in legatarios, & fideicommissarios particulares, *l. vltim. Cod. de Hæreditarijs actionibus*, transeunt autem in vniuersales, *l. Postulante, §. 1. Aa fin. ff. Ad Trebel.*

Dif-

Differunt præterea hæ quartæ, quia Falcidia detrahitur spectata quantitate patrimonij tempore mortis testatoris, ita vt Falcidiæ sit locus, si tunc legata dodrantem excedant, licèt postea hæreditas jacens creuerit adeò vt omnibus legatis solutis, plus quartâ supersit: & econtra, locus ipsi Falcidiæ non sit, si tunc legata dodrantem non excedebant, licèt postea bona decreuerint, §. 3. *Inst. Ad leg Falcid. l.* 30. *& l.* 73 *ff. eod. tit.* Trebellianica verò deducitur spectata quantitate patrimonij, tempore quo hæreditas restituenda est: quia incrementa bonorum augent quartam, & in eam imputantur, *l. Mulier*, § 2. *fine, ff. Ad Trebel.* damna, & decrementa minuunt, *l. Deducta*, §. *Ante diem, fine, ff. eod* Cum autem Trebellianica post Falcidiam ad ejus exemplum inducta sit, adeo in cæteris cum ea conuenit, vt in jure Ciuili ne nomine quidem discriminentur sæpissime: namque Falcidia pro Trebellianica vsurpatur, vt *in l. Cohæredi*, §. *Cum filiæ, ff. de Vulgari, & in l. Titia, ff. Ad leg. Falcid.* & *l. Ita tamen*, §, *Trebellianum, & l. Ex asse, & l. Si patroni*, §, *Qui fideicommissariam, ff. Ad Trebel.* à juris vero interpretibus Trebellianica dici consueuit, sumpto vocabulo à dicto S. C. Trebelliano, cujus auctoritate detrahitur. Nullibi autem in jure Ciuili hoc vocabulum reperitur, sed solùm in jure Canonico *in c. Raynaldus, de Testam.*

1439 Quæritur tertiò, quinam grauati possint detrahere Trebellianicam? Respondetur, quòd possunt eam detrahere hæredes grauati fideicommisso vniuersali. Est resolutio apud omnes indubitata, per textus *supra citat.* cum multis alijs concordantibus. Intelligenda verò est, de hæredibus grauatis restituere absque deductione ad eorum commodum. Nam si hæres institutus in totum, rogatus sit restituere trientem, semissem, aut dodrantem, nihil ex tali fideicommisso detrahit; siquidem ex ipsa institutione habet, & retinet quadrantem, idest quartam partem hæreditatis: atque idem est, cùm quis rogatur restituere hæreditatem, deducta re aliqua, quæ illius quadrantem implet, §. *Siquis vna, & §. Nihil interest, Inst. de Fideicommissar. hæredit.*

Prædicta resolutio sic explicata locum 1440
habet in possessore bonorum grauato restituere, *l.* 1. *§. Hoc autem, ff. Ad Trebel.* est enim loco hæredis, §. *Quos autem, Inst. de Bonor. possess.* Item in eo, qui quoquo modo est vniuersalis successor ex testamento, vel ab intestato, si vniuersaliter sit grauatus, *d. §. Hoc autem, & l. Filiusfamilias, ff. Ad leg. Falcid.* Item in eo, qui ex persona instituti factus est hæres restituere grauatus, vt pater ex persona filij, dominus ex persona serui, & monasterium ex persona monachi, *l. Cum filiofamil. ff. de Leg.* 1. Item in hærede hæredis, ad quem hæreditas grauata onere fideicommissi transmissa est; quia in illum etiam transit jus deducendi quartas, quod defuncto competebat, *l. Quemquam, Cod. Ad leg. Falcid.* vbi Barth. Bald. Salic. Paul. de Castr. & alij. Item in Fisco, quando ab indigno abstulit hæreditatem restitutioni obnoxiam, vel quando publicatis bonis grauati in ejus juribus successit, Bald. *consil.* 8. *lib.* 4. Roland. *consil.* 31. *numer.* 33. *lib.* 1. & cum alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 3 *numer.* 4. *fine, & tract. de Iure Fisci, tit. de Publicat. bonor. num.* 79.

Qui autem non est rogatus restituere, 1441
vt hæres, sed vt legatarius, vel fideicommissarius, etiam si titulum habeat vniuersalem, vt legatarius hæreditatis, siue totius, siue partis, & fideicommissarius vniuersalis, non detrahit Trebellianicam à sublegatarijs, vel subfideicommissarijs, vt est casus *in l.* 1. *§ Inde Neratius, in l. Cogi, §. Matianus, in l. Mulier, §. fin. & in l. Ex asse, ff. Ad Trebel.* & ita per hæc jura tradit relatis alijs Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 5. idemque est in Falcidia, quia legatarius à sublegatario Falcidiam non detrahit, *l. Lex Falcidia, §. Numquam, ff. Ad leg. Falcid.* Et ratio est, quia licèt primus legatarius, vel fideicommissarius, rem capere nolit, aut non possit, non propterea perit testamentum, neque

quod ab eis relictum est sequenti legatario, vel fideicommissario; siquidem ad sustinendum testamentum, satis est quòd hæreditas adeatur per hæredem; & penes hunc remanet illud relictum cum onere restituendi sequentibus vocatis, *l. Celsus, in princip. l. Si alienis, l. Cum pater, §. Cum pater, ff. de Legat. 2. l. vnica, §. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol.* & ita cessat ratio, ob quam detractio Trebellianicæ, & Falcidiæ inducta est: siquidem fuit inducta, ne testamentum, & omnis testatoris voluntas periret, nolente hærede absque alio lucro hęreditatem adire.

1442 Si tamen hæres in gratiam primi fideicommissarij Trebellianicam non detraxit, quando hæreditatem ei restituit; in tali casu poterit ipse fideicommissarius quartam illam detrahere à subfideicommissario sibi substituto, *d. l. 1. §. Inde Neratius, ff. Ad Trebel.* Vtrùm autem hæres nolens Trebellianicam detrahere, præsumatur eam remittere in gratiam ipsius primi fideicommissarij, seu eam ei donare? Affirmant quamplures, quos refert, & sequitur Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 198. num. 40.* inter quos numeratur Accurs. & Barth. Mouentur, quia qui scienter soluit indebitum, dicitur donare, & ideo id non repetit, *l. 1. ff. de Condict. indeb. l. Cujus per errorem, ff. de Regul. jur.* Hanc opinionem communem dicit Menoch. *num.* 41. addens, difficilè ab ea in judicijs recedendum. Contrariam nihilominus tenent non pauci apud eundem Menochium, *d. numer.* 41. nisi extet aliqua conjectura donationem suadens; vt si primus fideicommissarius sit filius testatoris, vel alias sanguine, aut magnâ amicitiâ ei conjunctus. Quod etiam sentit Peregrin. *d. art. 3. num. 6.* dicens ita tenere Glos. & DD. *in d. §. Inde Neratius.* Quæ quidem opinio est satis probabilis. Ego autem à priori communi non recedo.

1443 Vult etiam Menoch. *supra, num.* 43. cum Salic. & Marchabrun. quos refert, quòd etiam quando hæres est prohibitus detrahere Trebellianicam, potest primus fideicommissarius illam detrahere à secundo. Quæ opinio fundatur in præsumpta voluntate testatoris; & videtur satis probabilis. Addit præterea idem Menoch. *num.* 44. post alios, quos refert, posse etiam fideicommissarium Trebellianicam detrahere quando hæres grauatus adiuit hæreditatem coactus, cùm is beneficium illius quartę amittat. Id quòd etiam tradit Peregrin. *d. art. 3. num. 6. & art. 4. num.* 45. per *l. Qui* 400. *& l. Marcellus, in princip. & l. Si patroni, §. Qui fideicommissariam, ff. Ad Trebel.* Verùm hoc sanè debet intelligi; quia vt bene aduertit Peregrin. in hoc casu fideicommissarius, qui hæredem adire compulit, illam quartam non detrahit à suo confideicommissario, *l. Cogi, §. Mætianus, & l. Ex asse, ff. eodem,* neque à subfideicommissario sibi substituto, *d. l. Si patroni, §. Qui fideicommissariam:* neque etiam detrahit Falcidiam de legatis à se ipso nominatim relictis, *l. 1. §. Si is qui* 400. *& §. fin. ff. eod.* bene autem de legatis relictis ab hærede coacto adire, vel simpliciter relictis, vt est casus *in d. l. Marcellus, & d. §. Qui fideicommissariam,* vbi Barth. & alij.

Plures autem sunt casus, in quibus etiam in ipso hærede grauato cessat Trebellianicæ detractio. In primis enim cessat quoties per legem reperitur remissa. Vnde cessat primò, quando hæres aliquo modo fideicommissum euertere curauit, aut legata relicta: talis enim indignus existimatur, qui Trebellianicam, vel Falcidiam detrahat. Casus est *in l. Beneficio, ff. Ad leg. Falcid.* vbi Glos. & scribentes id variè exemplificant. Idem est de hærede, qui ex testamento recusauit adire, & compulsus adijt. Item in hærede qui intra annum monitus, non implens disposita per testatorem, hæreditate priuatur. Item in eo, qui fidem præstitit de restituenda hæreditate alicui incapaci; prout hæc omnia ex jure tradit Peregrin. *d. art. 3. num.* 59. Cessat secundo in eorum testamentis, vbi Falcidia non detrahitur, *l. Marcellus, §. Quod autem, ff. Ad Trebel.* Vnde cùm in testamento militis cesset Falcidia, *l. In testamento, Cod.* 1444

Cod. de Testament. milit. l. In testamento, Cod. Ad leg. Falcid. consequens est vt etiam in illis testamentis, locum non habeat Trebellianica, vt tenet Glos. & communiter scribentes *in d. l.* 1. *§. In filij, ff. Ad Trebel.* Donel. *lib.* 7. *de Iure Ciuili, cap.* 29. & Peregrin. *d. art.* 3. *numer.* 60. Similiter tam Falcidia, quàm Trebellianica cessat in testamento ad causas pias, vt relatis plurimis tradit Tiraq. *de Priuileg. causæ piæ, priuileg.* 26. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 187. *prope fin.* & Peregrin. *sup. num.* 62. *& sequent.* Utrùm autem id procedat, licèt hæres non sit rogatus restituere immediatè ipsi causæ piæ, sed mediatè post alios fideicommissarios? Vide apud eundem Peregrin. *num.* 64. *& seqq.* vbi nonnullas etiam adhibet limitationes principalis resolutionis. Quarum vna est, quando causa pia instituta grauatur restituere alteri causæ piæ; licèt aliqui apud eumdem Peregrin. *num.* 69. & 70. refragentur cùm illo autem consentiunt Emmanuel à Costa *in cap. Si pater, verb. Trebellianicæ, num.* 13. & Molina *vbi supra.* Cessat tertiò, juxta multorum opinionem, in hærede, qui inuentarium non confecit, cum is Falcidiam amittat, *§. Si verò, non fecerint, Auth. de Hæred. & Falcid.* At contrariam sententiam tenent plerique, quos latè refert eos sequens Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 74. *& seqq.* ubi etiam disputat, vtrùm si hæres inuentarium faciat, & res aliquas hæreditarias scienter, ac dolosè supprimat, Falcidiam, ac Trebellianicam amittat? Quæ in re variè sunt DD. ipse autem Peregrin. negatiuam sententiam magis probat: illum consule.

1445 Cessat præterea detractio hujus quartę ex specialissima ratione in hærede fiduciario, ideſt, qui non sui contemplatione, sed alterius gratiâ institutus est, & rogatus post certam, vel incertam diem hæreditatem ei restituere. Hic enim fructus interim perceptos non facit suos, nec Trebellianicam detrahit; & talis fideicommissarius, quamuis ante diem decedat, fideicommissum nihilominus ad suos hæredes transmittit. Casus est *in l. Seius Saturninus, ff. Ad Trebel. & in l. Fideicommissi, §. Cum Pollidius, ff. de Vsuris,* & ita notarunt Bald. *in l. Post mortem, num.* 7. *Cod. de Fideicommiss.* Angel. *in d. §. Cum Pollidius,* Paul. de Castr. *in d. l. Seius Saturninus,* & ibi Alex. Glos. *in l. In fideicommissariam, §. fin. ff. Ad Trebel.* & ibi Rom. Imol. Alex. & Ripa *num.* 8. Qui autem hæres sit fiduciarius? Colligendum est ex causa, & verbis testamenti, vt ex Baldo notat Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 19. qui magis id declarans addit cum alijs, videri ad hoc necessaria esse hæc quatuor: Primum, quòd fideicommissarius sit de liberis testatoris. Secundum, quòd agatur de restituenda hæreditate, non de particulari relicto. Tertium, quòd hæres scriptus sit amicus testatoris, de quo fiduciam habuerit. Quartum, quòd conditio fideicommissarij præbuerit causam differendi illi hæreditatem. Cæterùm idem Peregrinus admittit, quòd etiam in gratiam personæ valde dilectæ à testatore intelligi potest, institutum esse hæredem fiduciarium per text. *in l. Lucius, §. Hæredem, ff. Ad Trebel. & in l. Cum ita, §. Pegasus, ff. de Leg.* 2. Quæ de re in facto consuluit Barthol. *consil.* 8. *& seq.*

Cessat similiter, quando pater, vel dominus rogatus est restituere hæreditatem filio, vel seruo hæredi instituto, cùm sui juris erit, ex cujus persona ipse pater vel dominus commodum perceperat: tunc enim pater, vel dominus restituens Trebellianicam non detrahit, vt est text. *in l. Cum filiofamilias, ff. de Leg.* 1. Item in casu, quo hæres extra testamentum fidem dedit de hæreditate restituenda, Trebellianicam non detrahit, vt notat Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 18. per text. *in l. Quidam cum filium, ff. de Hæred. instit.* 1446

Cessat quoque citra dubium tam Trebellianica, quàm Falcidia, si ab ipso hærede remittatur, cùm inducta sit in ejus fauorem, cui ille renuntiare potest. Et videbitur remissa, non solùm quando ille expresserit, se eam remittere; sed etiam quando scienter omnia bona restituerit, vel permiserit fideicommissarium ea habere, 1447

bere, & possidere; prout hęc omnia latiùs tradit, & declarat Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 123. *& seq.*

1448 Quando autem hæres has quartas remittit, non censetur donare, vel proprium patrimonium minuere, sed ex equi plenius voluntatem defuncti, à quo simpliciter grauatus est hæreditatem, vel bona ipsius defuncti restituere, *l. Si sponsus, §. Si quis rogatus, ff. de Donat. inter vir. & vxor. l. Patrem, & l. seq. ff. de His quæ in fraud. credit.* & notant Osuald. *in not. ad Donel. encl. lib. 7. cap. 29. lit. D.* & Peregrin. *sup. numer.* 125. qui inde aduertit, non posse talem remissionem reuocari à creditoribus, in quorum fraudem fuerit facta, vt in dictis juribus habetur. Et idem videtur esse, licèt hæres ante casum fideicommissi res ipsas fideicommissario cum fructibus restituat in præjudicium creditorum, vt post alios aduertit idem Peregrin. *num.* 127. licèt ea præmatura restitutio sequenti substitutio non noceat, si fortè substitutio primi efficiatur caduca, primo ante hæredem moriente.

1449 Cessat denique quando testator expressè, vel tacitè detractionem Trebellianicæ prohibuisset; nam tunc non posset grauatus eam detrahere, juxta multos DD. qui tenent, posse hodie à testatore Trebellianicam prohiberi, quemadmodum Falcidiam: quæ sententia quàm sit probabilis, & quousq; admitti debeat sequenti quæstione aperietur.

1450 Quartò igitur quæritur, vtrùm testator prohibere possit detractionem Trebellianicæ? Spectato jure antiquo certum est apud omnes, neque Trebellianicam, neque Falcidiam prohiberi à testatore potuisse: vt constat per *l. Quod de bonis, §. 1. ff. Ad leg. Falcid. l. Seius, & Augerius, & l. Titia, ff. eod. & l. 1. §. Deinde, vers. Inde Neratius, ff. Ad Trebel.* Quare tota difficultas est, spectato jure nouo, circa quod variè sentiunt DD. ac prima sententia est, etiam hoc jure spectato, non posse hodie Trebellianicam prohiberi à testatore: Ita post Glos. *in Auth. Sed cum testator, verb. Cessat, C. Ad leg. Falcid.* & alios antiquiores, tenent Stephanus Forcatulus *Dial.* 45. Fachin. 5. *controu.* 4 Anton Fab. 11. *de Error. pragmat.* 6 Chiflat. *de Port. legit. cap.* 16. *pag.* 849. & Dominicus Arumæus *Exercit. Iustin. 9 th.* 20. quos citat, & sequitur Osuald. *in notation. ad Donellum enucleatum lib. 7. cap.* 19. *lit. A.* Fundamentum est, quia licèt jure nouo concedatur testatori, vt possit prohibere detractionem Falcidiæ, *§. Si verò expressim, Authent. de Hæred. & Falcidia, d. Auth. Sed cùm testator, Cod. Ad leg. Falcid.* nullibi tamen reperitur permissum, vt possit prohibere Trebellianicam: vnde cùm jure antiquo denegata illi sit facultas eam prohibendi, etiam hodie jus illud viget, nec debet intelligi correctum per dictum jus nouum, quo permissa est prohibitio Falcidiæ; cùm lex correctoria sit odiosa, nec vltra suos terminos extendi debeat.

Contraria tamen sententia est communissima: eam tenent Glos. Odofr. Iacob de Aretin. Petr. Cyn. Rayner. Barth. Bald. Angel. Salic. Nicol. de Neap. Imol. Cuman. Socin. Alex. Aret. & alij, quos refert Ias. *in l. Marcellus, num.* 38. *ff. Ad Trebel.* sequuntur Couar. *in cap. Raynaldus, §. 3. sub num. 6.* Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 11. Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 11. Gregor. Lop. *in l. 6. tit.* 11. *part. 6.* Emman. Costa *in cap. Si pater, 2. q. verb. Trebellianicæ, num.* 11. *de Testament. num. 6.* Iul. Clar. *lib.* 3. *Sentent. §. Testamentum, q.* 62. Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib. 7. tit.* 11. *num.* 7. Donel. *lib. 7. de Iure Ciuili, cap.* 29. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 198. *numer.* 4. Menchaca *lib.* 1. *de Succeff. creat. §.* 8. *numer.* 5. *& seq. & lib.* 3. *de Succeff. progreßu, §.* 26. *num.* 26. Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 85. vbi dicit esse verisimam sententiam, & sæpe in practica se eam vidisse receptam; Anton. de Petra *de Fideicommiß. q* 15. *num.* 151. *& seq.* Molin. Theol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 176. *vers. Dubium est num testator,* & alij. Probatur, quia cùm jure nouo concessum sit vt 1451

Fal-

Falcidia prohiberi posit, ibi etiam Trebellianica comprehenditur: nam hæ quartæ in jure æquiparantur, adeo vt in jure Ciuili Falcidię nomine ipsa Trebellianica denotetur, vt vidimus supra *numer.* 1438. minùsque odiosa est prohibitio Trebellianicæ, quia per eam minùs grauatur hæres, quàm per prohibitionem Falcidiæ; siquidem hac sublata adhuc nihilominus hæres manet obstrictus creditoribus; non ita verò sublatâ Trebellianicâ: & ideò si permittitur prohiberi Falcidiam, permissa etiam censeri debet prohibitio Trebellianicæ. Nec obstat quòd in contrarium adducitur, legem correctoriam non extendi vltra terminos: nam cũ nomine Falcidiæ etiam Trebellianica denotetur, & comprehendatur, lex corrigens in terminis Falcidiæ non debet censeri vltra illos extendi, si etiam de Trebellianica intelligatur; & hæc sententia mihi etiam magis probatur; atque eâ suppositâ, potest dicta prohibitio fieri, non solùm in testamento, sed etiam in codicillis, vt relatis multis tradit Menoch. *d. præsumpt.* 198. *num.* 6. & Peregrin. *dict. art.* 3. *sub num.* 121. licèt aliqui dissentiant.

1452 Adhuc tamen est dubium, an requiratur expressa prohibitio, vel sufficiat tacita, ad hoc vt ejusmodi detractio cesset? Nonnulli sentiunt, sufficere tacitam; quia cùm hodie Trebellianica, & Falcidia prohiberi possit à testatore, sequitur, quòd non detrahitur contra voluntatem testatoris, sed illo volente, aut permittente; quatenus permittere censetur, qui cùm prohibere posset, non prohibuit: si autem non sufficeret tacita prohibitio, jam contra voluntatem ipsius testatoris, nempe tacitè eam prohibentis, detrahi posset: ne igitur hoc admittatur tenendum videtur sufficere prohibitionem tacitam.

Nihilominus requiri prohibitionem expressam, ex qua liquidò constet, testatorem nolle quartam illam deduci, tenent meritò plerique DD. quorum plures refert eos sequens Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 87. *& seqq.* sequitur etiam dicens ita multos tenere Molina Theol. *d. disp.* 187. *vers. Virum verò satis.* Et probatur facilè, quia per jus nouum *in d. Auht. de Hæred. & Falcid. §. Si verò expressim,* solùm constituitur, vt cesset hujusmodi detractio, si testator eam expressè prohiberet: vnde cùm hoc jus sit correctorium juris antiqui, ex quo nulla testatoris prohibitio illam detractionem impediebat, intelligi non debet, sufficere hodie tacitam prohibitionem, sed requiri necessariò expressam: cùm jus correctorium extra suos terminos extendi non debeat.

Nec fundamentum contrariæ sententiæ vrget: nam vt omittam, multos cum Barthol. *in l. Nemo potest, num. 7. ff. de Leg.* 1. velle quòd etiam hodie Trebellianica, si non est expressè prohibita, deducitur contra testatoris voluntatem; satis expeditè juxta alios respõdetur, quòd suppositâ necessitate exprimendi prohibitionem juxta dict. jus nouum, eo ipso quòd testator hanc detractionem expressè non prohibuit, censetur voluisse eam permittere; cùm quilibet intelligatur vellè se conformare cum dispositione legum. Vnde quando testator grauat simpliciter hæredem fideicommisso vniuersali, licèt intelligatur velle, vt ille restituat vniuersam hæreditatem, talis voluntas non est absoluta & efficax, sed inefficax & veluti conditionalis, nempe sub conditione, si ille nolit vti beneficio legis, quæ detractionem Trebellianicæ illi permittit. Juxta quam declarationem, quando grauatus illam detractionem remittit, rectè dicitur quòd plenius exequitur voluntatem defuncti, *d. l. Patrem, ff. de His quæ in fraudem credit. d. l. Si sponsus, §. Siquis rogatus, ff de Donat. inter vir. l. vltim. Cod. Ad leg. Falcid.* Si tamen eam quartam detrahat, non propterea dicetur facere contra voluntatem defuncti; cùm is solùm pro casu quo ille nolit vti legis beneficio, velle intelligatur vt totum restituat. Et hac ratione credo conciliari posse DD. qui dicunt, detrahi hodie Trebellianicam contra voluntatem defuncti, quando non est expressè ab eo prohibita: intelligi enim debent, de voluntate, 1473

qua

qua testator mallet, vt detractio non fieret: quod à nobis non negatur.

1454 Cæterùm cùm prohibitio Trebellianicæ possit esse expressa verbis specialibus, vel solùm generalibus, vt cùm testator diceret; *Restituat totam*, vel, *vniuersam hæreditatem*, vel, *omnia bona*, aut, *vniuersa bona*; dubitari vlteriùs solet, vtrùm sufficiat prohibitio verbis generalibus expressa? Qua in re variè, & confusè admodum loquuntur DD. Quare, omissis alijs dicendi modis, placet resolutio, quam cum Paulo de Castr. Corn. Aret. Socin. jun. Beslon. Eugen. Perusino, Rui. & alijs, tradit Peregrin. *dict. art.* 3. *num.* 88. requiri prohibitionem per verba specialia, vel quæ de necessitate inferant prohibitionem. Quod etiam in re ipsa sentit Molina Theolog. *d. disp.* 187. §. *Vtrùm verò*, vbi licèt asserat, sufficere prohibitionem expressam verbis generalibus, addit debere esse ita expressam, vt de mente testatoris dubitandum non sit; pro qua sententia refert Molinam juristam, Iul. Clar. & multos alios post Barthol. Ratio verò nostræ resolutionis est, quia vbi lex requirit aliquid expressim fieri, necessaria est specialis expressio, nec sufficit per verba generalia id denotari, *l. fin. §. Omnem, Cod. de Administr. tut.* vbi Barthol. id aduertit: neque quòd ex antecedentibus, vel consequentibus colligatur: nam quod ita colligitur, est tacitum, Aret. *in l. Certi*, per illum text. *Cod. de Testament. milit.*

1455 Ex quibus concludit Peregrin. *d. num.* 88. quòd licèt verba illa; *Totam hæreditatem*, vel, *Omnia bona*, vel, *Vniuersa bona*, & similia, videantur continere in sua generalitate prohibitionem Trebellianicæ (siquidem eâ detrectâ non verificatur, quòd tota hæreditas restituitur) attamen non sufficiunt, ad hoc vt ex eis resultet prohibitio, quæ dicto jure nouo est necessaria ad hoc vt illa detractio impediatur; cùm formaliter, & specificè talem prohibitionem non contineant. Si autem apposita essent verba, quæ videri non possent in alium sensum prolata, quàm ad prohibendam Trebellianicam, vt; *Restituat sine diminutione, sine detractione*, & similia; tùc sufficienter dictam prohibitionem exprimi, & Trebellianicam cessare, fatetur tanquam indubitatum idem Peregrin. *num.* 89. cum Galiaul. Paris. Alciat. & alijs. Atque idem sentit, quando testator dixisset, vt tota, & integra hæreditas restitueretur. Quod etiam relatis plurimis tradit Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 198. *num.* 14.

Vtrùm autem, si testator prohibeat alienari bona; talis prohibitio sufficiat, vt 1456
Trebellianica, & Falcidia necessariò, & expressè videatur prohibita? Affirmant communiter DD. quia ipsamet detractio harum quartarum est quædam alienationis species, ad text. *in §. Si quando, Auth. Si sponsalitia largitas, & in Auth. Sed & in ea, Cod. Ad leg. Falcid.* vbi quoad Falcidiam est casus expressus. Admittit autem hæc resolutio plures limitationes, & explicationes, quas latè, & eruditè affert Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 91. *& seqq.* in quibus immorandum non puto, sicut nec in alijs casibus, quos tum ipse Peregrin. tum Menoch. *d. præsumpt.* 198. & alij permulti afferunt, & examinant, vtrùm ex mente testatoris prohibitionem Trebellianicæ, vel Falcidiæ contineant? Illud tantùm aduerto, juxta supra dicta, non satis esse, videri per conjecturam, vel alio modo, mentem testatoris esse, detractionem illarum quartarum inhibere, ad hoc vt illæ detrahi non possint; sed oportere vt necessariò ex verbis testatoris concludatur, eam fuisse illius mentem. Id quod Peregrin. cum Paulo de Castro, & multis alijs aduertit, *dict. artic.* 3. *numer.* 88.

Denique circa principalem resolutio- 1457
nem, quòd Trebellianica potest prohiberi à testatore, magna controuersia est, vtrùm etiam filijs primi gradus possit testator hanc detractionem prohibere? Negant plerique, quos longo ordine referunt, & sequuntur Mantica *lib. 7. de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 11. *num.* 6. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 3. *numer.* 107. *& seqq.* per text. *in l. Iubemus, in princip. Coà. Ad Trebel* vbi pro casu, quo qui-

quidam ex filijs testatoris grauati sunt restituere portiones suas alijs filijs ejusdem testatoris, sic habetur; *Iubemus, vt omnibus modis, retentâ quartâ pro authoritate Trebelliani Senatusconsulti, non per imputationem redituum (licet hoc testator rogauerit, vel jusserit) sed de ipsis rebus hæreditarijs dodrans restituatur.* Cui textui aiunt non derogari per Iustinianum *in dict. Auth. de Hæred. & Falcid. §. Si verò expressim*, ex quo sumpta est Auth. *sed cum testator, Cod. Ad leg. Falcid.* vbi Imperator generaliter statuit, vt Falcidia, atque adeo & Trebellianica prohiberi posset à testatore, cùm antea talis prohibitio non permitteretur. Nam cùm Imperator hic loquatur generaliter & indistinctè, intelligi non debet voluisse derogare speciali priuilegio filijs antea concesso in *dict. l. Iubemus*, ne Trebellianica illis prohiberi posset, quia lex posterior generaliter disponens, non derogat anteriorem specialiter in eadem materia disponentem, sed per eam restringitur, Glos. & DD. *in l. Sciendum, ff. Qui satisd. cog.* juxta *l. Sed, & posteriores, ff. de Legib.* & tradit late Sanch. *lib. 2. de Matr. disp. 24. num. 6.*

1458 Contrariam tamen sententiam tenent etiam multi apud Peregrin. *d. num. 107. post med* quos ex recentioribus sequuntur Molina Iurista *lib. 1. de Primogen. cap. 17. numer. 12.* Emmanuel Costa *in cap. Si pater, p. 2. verb. Trebellianicæ, numer. 12. & sequentib. de Testament. in 6.* & Molina Theol. *dict. disp. 187. paulo ante finem*, & Menoch. *dict. præsumpt. 198. numer. 5.* Probant quia *in d. l Iubemus*, non statuitur, vt pater nequeat prohibere filijs deductionem Trebellianicæ, cùm hoc jam antea generaliter esset constitutum pro quibuscumque hæredibus in vniuerso grauatis, vt supra vidimus; sed solùm statuitur, vt tales filij non teneantur imputare in ea quarta fructuum, quos ex rebus hæreditarijs percepernt, etiamsi pater id jusserit; quod antea illis concessum non erat, siquidem absque exceptione constitutum erat, vt fructus judicio testatoris percepti in Trebellianica imputarentur, *l Mulier, §. Si hæres, ff. Ad Trebel.* Ergo quod posita per jus nouum generaliter constitutum est, vt testator prohibere possit detractionem Trebellianicæ, non restringitur per *dict. l. Iubemus*, cùm ibi nihil speciale in contrarium statuatur; sed corrigit simpliciter jus antiquius, quo generaliter constitutum erat, vt illa detractio prohiberi non posset: vnde sicut sub generalitate illius juris etiam filij testatoris olim continebantur, sic nunc sub generali ejusdem juris correctione jure nouo inducta comprehenduntur: & consequenter solùm hodie stat, quod quando Trebellianica illis prohibita non est, non tenentur imputare in ea fructus perceptos, sed vltra ipsos fructus possunt illam integrè deducere ex rebus hæreditarijs, juxta *d. l. Iubemus.*

Videtur autem hoc fundamentum facilè excludi posse ea ratione; quia hoc ipso quòd *in dict. l. Iubemus*, specialiter institutum est, vt filius non teneretur imputare in Trebellianica fructus perceptos, etiamsi pater id juberet, specialiter etiam per eandem legem censetur constitutum, vt pater non posset ipsam Trebellianicam filijs prohibere: quia qui non potest diminuere, multò minùs potest tollere in totum, *l. Viæcauis, ff. de Inlit. jur. l. Si optio, ff. Qui & à quibus*: vnde si ex *d. l. Iubemus*, patet non potest vllo modo, etiam per imputationem fructuum, diminuere filijs dictam quartam ex rebus hæreditarijs detrahendam; à fortiori ex eadem lege non potest eam simpliciter tollere: nam ex lege est, quod ex verbis & sententia legis deducitur, *l. Nominis, & rei, §. Verbum ex legibus, ff. de Verbor. signific.* Nec dubitandum est, hoc ipsum speciali fauore filiorum constitutum esse, ad hoc vt omnibus modis integram Trebellianicam retinerent, vt in eadem *l. Iubemus*, exprimitur. Ergo cùm fauor specialis non tollatur per legem posteriorem in generali disponentem, vt supra notatum est, fateri debemus, quòd per dict. jus nouum generaliter disponitur, vt testator

1459

tator posit prohibere Trebellianicam, non tollitur quòd filijs primi gradus non possit vlla ratione prohiberi *ex dict. l. Iubemus* id specialiter statuente. Quam argumentationem desumptam ex Socin. jun. approbat Peregrin. *dict. art. 3. numer. 108. post med.* & confirmat præterea, quia si testator non potest jubere filio, vt fructus imputet in quartam Trebellianicam, quod est minus: ergo neque eidem prohibere potest ipsam quartam, cùm sit maius; *cap. Cui non licet, de regul. jur. in 6.*

1460 Quare prior sententia mihi magis probatur, præsertim cùm reuerà sit communior, vt apud Mantic. & Peregrin. *loc. cit.* videri potest, adeo vt Socin. jun. apud Mantic. dixerit, per totum mundum tanquam Euangelium obseruari. Eaquè intelligenda, & amplianda est, vt non tantùm procedat, quando filius grauatur restituere alteri filio testatoris, in qua specie loquitur *d. l. Iubemus*, sed etiam quando grauatur restituere extraneo, argumento à maioritate rationis: ex quo ita sentiunt Salic. & Paul. Castr. *in d. l. Iubemus*, Imol. & Alex. *in l. Quod de bonis, §. Quod auus, ff. Ad leg. Falcid.* multique alij, quos citat, & sequitur Peregrin. *d. art. 3. numer. 114.* licèt non pauci etiam refragentur, quos idem Peregrin. refert, & refellit *sub d. num. 114.* Alias ampliationes, & limitationes ejusdem sententiæ omitto apud eundem videndas.

1461 Illud tamen aduerto, si filius, cui testator Trebellianicam prohibuit, testamentum paternum, & in eo contenta, expressè approbet, non posse tunc eam quartam detrahere: secus verò si paternam hæreditatem simpliciter ex ipso testamento agnoscat, vt relatis multis tradit idem Peregrin. *d. art. 3. num. 118. & seq.* Aliqui volunt idem dicendum esse, quando testator non prohibuit expressè detractionē Trebellianicæ: vt scilicet, etiam tunc non possit filius, imò nec alius hæres, illam detrahere, si expressè testamentum approbauit. Quæ sententia fundatur in eo quòd Trebellianica, etiam quando non est expressè prohibita, detrahitur contra voluntatem testatoris. Unde si hæres testamentum approbet, illam etiam voluntatem videtur approbare: qui autem semel testamentum approbauit, non potest ampliùs voluntatem testatoris impugnare, *l. vltim. in princip. & l. Si pars, §. vltim. ff. de Inoffic. testam.* Verùm hanc sententiam merito improbat Peregrin. *supra, num. 120.* tum quia verius est Trebellianicam non detrahi contra voluntatem defuncti, quando ab eo prohibita non est, vt satis supra declarauimus, *n. 1454.* Tum etiam quia illa approbatio testamenti solùm cadit super ea, quæ in ipso testamento exprimuntur: & sic non extenditur ad subintellectam, seu tacitam voluntatem defuncti, quòd Trebellianica remittatur.

Quintò principaliter quæritur, vtrùm 146
Trebellianica detrahatur ex omnibus bonis, quæ veniunt in restitutionem fideicommissi? Pro resolutione aduerto, bona restitutioni obnoxia ex fideicommisso vniuersali regulariter ea tantùm esse, quæ ad hæredem perueniunt jure directo, seu vt hæredem: quia per fideicommissum vniuersale, vt sic, grauatur hæres restituere hæreditatem, vel portionem hæreditatis, in qua institutus est: quæ hæreditas jure directo ad eum peruenit. Cæterùm ex voluntate testatoris aliquando etiam in restitutione fideicommissi vniuersalis veniunt simul bona, quæ jure indirecto ad hæredem perueniunt, vt in casibus, in quibus etiam prælegata, & fideicommissa ipsi hæredi relicta restitui jubentur, de quibus supra §. 15. *& seq.* locuti sumus. Hoc posito, ad quæstionem propositam respondetur facilè, Trebellianicam detrahi ex omnibus bonis restitutioni obnoxijs, quæ jure directo peruenerunt ad hęredem grauatum: non verò ex ijs, quæ jure indirecto. Ita sentit Peregrin. *de Fideicom. art. 7. num. vltim.* Ratio prioris partis est, quia Trebellianica detrahitur ex hæreditate, quam hæres restituere jubetur; est enim quarta pars talis hæreditatis: omnia autem bona, quæ jure directo perueniunt ad hæredem, continentur in ipsa hæreditate, illamque constituunt: at-

atque adeo Trebellianica ex illis deducitur. Alia pars etiam probatur facilè, quia hæres non capit vt hæres, sed vt legatarius, & fideicommissarius, quæ ad illum perueniunt jure indirecto: legatarius autem, & fideicommissarius grauatus restituere non detrahit quartam Trebellianicam, *l. 1. §. Inde Neratius, l. Mulier, §. fin. ff. Ad Trebel. & l. Ex Falcidia, §. Numquam, ff. Ad leg. Falcid.*

1463 Hinc inferes primò, hæredem grauatum fideicommisso vniuersali, quando tenetur restituere etiam prælegata, juxta supra dicta §. 15. deducere posse quartam Trebellianicam ex ipsis prælegatis quoad partem pertinentem ad portionem, in qua ipse hæres institutus est; cùm talis pars jure directo ad ipsum hæredem perueniat, & re ipsa sit pars portionis, in qua est institutus: secus autem quoad partem respondentem portionibus cohæredum, quam jure legati ab illis accepit: cùm restituens legatum, vel prælegatum quartam non detrahat, vt probatum est supra: ita in specie Peregrin. *loc. supra citato.*

1464 Inferes secundò, Trebellianicam detrahi ex toto asse, quando hæres grauatus restituit fideicommissario tam portionem, in qua constitutus est, quàm etiam portionem cohæredis quam, eo nolente, vel non valente adire, per Vulgarem assecutus est; siquidem hanc etiam portionem jure directo tanquam hæres assequitur: restituens autem ex fideicommisso quæ ad eum, vt hæredem perueuerunt, Trebellianicam ex illis omnibus detrahit, vt constat ex dictis. Et ita etiam relatis alijs docet Peregr. *art. 8. numer. 2.*

1465 Inferes tertiò, substitutum pupillarem grauatum fideicõmisso vniuersali detrahere posse Trebellianicam ex ipsa hæreditate pupilli, quam restituere jussus est; siquidem restituit illam vti hæres pupilli, cui jure directo successit. Ita Peregr. *d. art. 8. n. 30.* post Corneum, addens ad hoc esse text. *in l. Scævola, ff. Ad Trebel.* Atque idem ob paritatem rationis dicendũ est de substitutione per Exemplarem, vel Militarem substitutionem.

Sexto quæritur; in quibus rebus detrahatur Trebellianica? Respondetur, quod de jure stricto, seclusis imputationibus, & speciali dispositione testatoris, tam Trebellianica, quàm Falcidia detrahitur in singulis corporibus hæreditarijs, *l. Lineam margaritarum, ff. Ad Trebel. & l. 2. Cod. eod.* Quod intelligitur, nisi sint res indiuisibiles; nam tunc in vna tantùm debebitur, *l. Sed si non fernus, & l. Si fundus mihi, ff. Ad Trebel.* Cæterùm de æquitate, ne patrimonium comminuatur, poterit judex familiæ erciscundæ officio suo assignare Trebellianicam in vna, vel duabus rebus, *l. Potest, ff. de Leg. 1. & l. 2. Cod. Quan. & quib. quarta pars, lib. 10.* non poterit autem hæres arbitrio suo eligere res sibi pro Trebellianica assignandas; quia in communi diuidendo, non magis vni, quàm alteri datur electio, quòd si testator in vita rem aliquam in peculium concessisset filio, quem postea fideicommisso grauasset, judicis officio conueniret, illam ipsam rem filio assignare in Trebellianicam, cùm id sit conformius voluntati patris, ac præterea, quia durè, præter humanitatis leges, filius priuabitur possessione, quam proprijs laboribus excoluit. Ita communiter DD. teste Peregrin. *de Fideicommiss. art. 3. numer. 26.* & est casus *in l. Filium quem habentem*, juxta lecturam antiquorum, *Cod. Famil. erciscund.*

1466

1467 Dixi, seclusis imputationibus, & speciali dispositione testatoris, quia quando aliquid ab hærede perceptum, vel debitum ei de jure imputatur in Trebellianicam, clarum est, quòd in tali re Trebellianica detrahitur. Item, si testator aliquid assignauit ab hærede retinendum pro Trebellianica, certum etiam est, quod id debet imputari, & pro Trebellianica haberi, si ex causa testamenti ad hæredem peruenit. Nam testator jubere potest, vt hæres deducat Trebellianicam in certis rebus ex causa testamenti ad eum peruenitis, *l. Quod autem, l. Cum quo, §. fin. & l.*

Quærebatur, §. *fin. ff. Ad leg. Falcid.* Utrùm verò jubere etiam possit, vt hæres imputet in Trebellianicam, quæ per contractum inter viuos ei dederat? Respondet Peregrin. *d. art.* 3. *num.* 31. si contractus erat reuocabilis jubere id posse: secus autem si erat irreuocabilis: illum cõsule. Quæ autem de jure in Trebellianicam imputentur? Sequens quæstio aperiet.

Septimò igitur quæritur, quænam in 1468 quartam Trebellianicam imputentur? Respondetur imputari ea omnia, quæ hæres grauatus percipit judicio testatoris: constat ex *l. Mulier*, 22. §. 2. *in fine, ff. Ad Trebel.* & tradit pro regula Donel. *de Iure Ciuili. lib.* 7. *cap.* 30. Neque oportet quod sint percepta jure hæreditario, nam etiam legata, & fideicommissa ipsi hæredi relicta, necnon quæ conditionis implendæ causâ ei data sunt, in Trebellianicam imputantur, *l. In quartam*, 91 *ff. Ad leg. Falcid.* Quod secùs est in Falcidia vt per *d. l.* 91. *& l.* 76. *ff. eod.* cum alijs apud Donel. *lib.* 8. *cap.* 26. vbi agens de imputationibus Falcidiæ rationem hujus differentię assignat, & plures alias rationes ex diuersis AA. addit ibidem Osuald. *in Addit. lit. H.* Imputantur quoque in Trebellianicam fructus, & accessiones ante diem fideicommissi cedentem percepti, *d. l. Mulier*, §. 2. *ff. Ad Trebel.* tales namque fructus judicio testatoris percepti censentur, nam ob eam causam distulisse videtur fideicommissum, vt hæres eos interim perciperet. Hinc verò excipiuntur filij primi gradus; quibus speciali jure concessum est, vt à patre grauati integram Trebellianicam deducant, non imputando in eam reditus perceptos, *l. Iubemus, in princip. Cod. Ad Trebel.* de quo priuilegio satis supra locuti sumus, *num.* 1458. *& seqq* & videri potest Menoch. *de Arbitr. cap.* 256. Fructus autem percepti post aditionem ab hærede grauato simpliciter, vel post diem fideicommissi cedentem, antequam hæres esset in mora restituendi, minimè imputantur, vt habetur *in d. l. Mulier*, §. 2. ea ratione, quia non percipiuntur judicio testatoris. Vnde regula in præsenti est, omnia & sola, quæ judicio testatoris percepta sunt, in Trebellianicam imputari, vt Donel. *dict. cap.* 30. *libri*, 7. expressit.

Fallit autem singulariter prædicta re- 1469 gula in prælegatis, quando in restitutionem non veniunt; nam si talia prælegata sunt certa corpora hæreditaria, vt prædia, domus, &c. non computantur in Trebellianicam, quoad eam partem, quam grauatus capit à cohæredibus jure legati, sed solùm quoad partem, quam capit à se ipso, seu potiùs à testatore jure hæreditario, *l. Titia*, *ff. Ad leg. Falcid. l. Cum pater*, *in princip. ff. de Leg.* 2. *l. Deducta*, §. *Nummis*, *ff. Ad Trebel. & dict. l. In quartam*, *ff. Ad leg. Falcid.* ibi; *Pro ea verò parte, quam à cohærede accepit extra quartam*; ideſt, quod à cohærede accipitur. Et tradit Donel. *de Iure Ciuili*, *lib.* 7. *cap.* 30. & Peregrin. *dict. articul.* 3. *numer.* 38. licèt aliqui repugnent apud Osuald. *in not. ad loc. cit. Donelli, lit. F.* quorum tamen objectionibus bene satisfit ex notatis à Peregrino *supra*, vbi rectè in hanc sententiam ponderat verba *dict. l. In quartam*, quæ quidem satis per se sunt manifesta.

Quod si hæres, cui dicta prælegata re- 1470 licta sunt, grauatus esset restituere hæreditatem, ideſt, portionem, in qua est institutus, retentâ quartâ; tunc ipsa etiam pars prælegatorum, quam à se ipso caperet, non imputatur tota in Trebellianicam, sed solùm quarta ejus pars: vt habetur *in d. l. Titia*, *ff. Ad leg. Falcid* & notant DD. *cit.* Id etiam, quod diximus, partem prælegati, quam hæres capit à cohærede, non imputari in Trebellianicam, intelligendum est, nisi sit grauatus restituere hæreditatem ipsi cohæredi: nam tunc partem illam prælegati, quam ab eo capit, imputare tenetur in quartam, vt cum Barthol. Paul. de Castr. & magis communi tradit Peregrin. *dict. artic.* 3. *numer.* 40. *&* 41. argument. text. *in l. Nesennius*, *& in l. Filio*, *ff. Ad leg. Falcid.* vbi id in Falcidia disponitur, ac

ac per text. *in l. Filium quem habentem, Cod. Familiæ ercisc.* & idem cum Cujacio tradit Osuald. *in not. ad Donel. enucleatum loco supra citat. lit. F.* licèt nonnulli refragentur.

1471 Quando autem prælegata non consistunt in certo corpore hæreditario, sed in aliqua quantitate, vt in pecunia; talia prælegata ex toto imputantur in Trebellianicam, *d. l. Deducta, §. Nummis, ff. Ad Trebel.* & aduertit Donel. *d. cap.* 30. & supponit Peregrin. *supra, numer.* 38. vbi idem vult de prælegato consistente in corpore non hæreditario.

1472 De legitima, vtrùm imputanda sit in Trebellianicam, quando hæres illam detrahit, siue jure naturæ, siue ex dispositione legum? Multa, nec sine magna inter se dissensione, scribunt DD. Summatim necessaria perstringam. In primis ergo, vel possumus loqui de legitima, quæ debetur extraneo, vt patrono in bonis liberti, & de hac facilè omnes admittunt, quòd imputatur in Trebellianicam per *l. 1. §. Interdum, ff. Si cui plus, quam per leg. Falcid* vbi legitima patrono debita imputatur in Falcidiam, & consequenter in Trebellianicam.

1473 Vel loqui possumus de legitima debita descendentibus testatoris: & de hac, licèt multi DD. affirment, imputari similiter in Trebellianicam, etiamsi eam detrahens sit filius primi gradus, & quouis fideicommisso sit grauatus: cujus sententiæ plures sequaces, & fortia satis fundamenta adducit Peregrin. *d. art. 3. numer.* 51. & Osuald. *in not. ad Donel. enucleatum, lib. 7. cap. 30. lit. I.* Attamen communior, ac receptior sententia distinguit, asseritque, si filius sit purè, ac simpliciter grauatus per fideicommissum, solùm posse detrahere vnam quartam, idest, aut legitimam, aut Trebellianicam, quam voluerit, ita vt si detrahit legitimam, debeat eam imputare in Trebellianicam, & ecõtra: si autem grauatus sit sub conditione, vt; *Si sine liberis decesserit*, vel quauis alia, vel grauatus restituere non statim, sed post aliquod tempus à morte testatoris, deducere posse vtramque quartam, nempe legitimam sibi debitam statim post mortem testatoris, deinde Trebellianicam tempore restitutionis de reliquo hæreditatis. Hanc sententiam, relatis pluribus, tuentur Anton. Gom. *in l. 3. Tauri, num.* 82. Couar. *in cap. Raynutius, §. 11. n. 5. de Test.* Molin. Iurista *de Primog. lib. 1. c. 17. n. 4.* Molina Theol. *tom. 1. de Iust. disp. 187. vers. Licèt conueniant*, Enman. Costa *in cap. Si pater, p. 2. verb. Absque deductione, numer. 3. & 4. de Testament. in 6* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 2. num. 1.* vbi dicit, esse communem sententiam, & Peregr. *d. art. 3. n. 49. & seqq.*

Fundamentum prioris partis, in qua 1474
etiam DD. primæ sententiæ conueniunt, sumitur ex multis textibus juris Ciuilis, quibus filio grauato vnius tantùm quartæ detractio permittitur, vt *in l. Filium quem habentem, Cod. Famil. ercisc.* ibi; *Supra quartam habens reddere compellitur; & in l. Iubemus, in princip. Cod. Ad Trebel* ibi; *Retenta quarta ex auctoritate Trebelliani, dodrans restituatur*, & similibus apud Osuald. *vbi sup.* Quibus illa etiam accedit ratio, quia duæ causæ lucratiuæ non possunt simul concurrere in eadem persona, & respectu ejusdem rei, sed vna impedit aliam per imputationem, *l. Mæuius, §. Duobus*, cum sua materia, *ff. de Leg. 2.*

Posterior pars sumitur ex jure Cano- 1475
nico *in d. cap. Raynutius, & cap. Raynaldus, de Testament.* vbi quibusdam filijs grauatis restituere, si absque liberis decederent, tam legitimæ, quàm Trebellianicæ deductio adjudicata est. In qua decisione, licèt multi contendant contineri errorem contra jus Ciuile, attamen magis curiosam, quàm Ciuilem esse hanc disputationem asseuerat Peregr *sup. num.* 51. eoquod vbi de jure Ciuili aliquid est dubium, quod in jure Canonico reperitur decisum, ipsi juri Pontificio standum sit; ad text. & ibi not. *c. 1. & 2. de Oper. nou. nuntiat.* Addit præterea idem Peregr. non esse reverà illam decisionem alienam à jure Ciuili; imo verò esse illi conformem: quod latè declarat; & tandem

confirmat ea ratione: quia jure Codicis constitutum est, vt legitima statim, remota omni dilatione, & conditione, ex die mortis patris filijs ipso jure debeatur, & quod debeatur de ipsa patris substantia, & non per fructuum imputationem; prout hæc omnia habentur *in l. Quoniam in prioribus, & l. Scimus, in princip. & in §. Repletionem, Cod. de Inoffic. testam.* Vnde statim post mortem patris lex ipsa resecat, & addicit ipso jure filijs legitimam eis debitam in corporibus patrimonij, cum fructuum vtilitate: Trebellianica verò detrahenda ex fideicommisso cõditionali, non detrahitur, nec debetur, nisi adueniente conditione fideicommissi, quo tempore restitutio facienda est, vt latè idem Peregrinus declarat *eod. art. 3. numer. 24.* & nos sequenti quæstione trademus. Et ideo jam tunc non potest agi de immutatione, vel compensatione legitimæ; quia debitum exactum non admittit compensationem, Bald. *in d.l. Scimus, num. 5.* neque deductio vtriusque quartæ impeditur, eoquòd sint duæ causę lucratiuæ: quia istæ duæ causæ, etiam circa eandem rem,, diuersis temporibus concurrere possunt, *l. Existimo, ff. de Verbor. obligat.* Barth. & alij communiter *in d. l. Mæuius, §. Duobus, ff. de Legat. 2.*

1476 Vtrùm etiam nepotes, & alij vlteriores, quando tenent primum locum in successione, possint deducere utramq; quartam, si sint grauati fideicommisso conditionali? Respondetur affirmatiuè ex Barthol. & communi DD. apud Peregrin. *d. art. 3. num. 54.* qui rectè addit esse discrimen inter filios, & nepotes quoad hoc quòd filij vltra legitimam deducunt Trebellianicam, non computatis in ea fructibus, ex speciali priuilegio concesso filijs primi gradus *in d. l. Iubemus, Cod. Ad Trebel.* At verò nepotes, licèt vtramque etiam quartam deducere possint, tamen in Trebellianicam computare debent fructus judicio testatoris perceptos, quòd in hoc priuilegiati non sint.

1477 Prædictam resolutionem de duabus quartis per filios, aut nepotes detrahendis, limitant aliqui, vt solùm procedat, quando portio legitima filijs debita, non est dimidium totius hæreditatis, vt quando filij sunt quinque, aut plures. Sed hanc opinionem, vt non satis fundatam, merito rejiciunt Molina Iurista *dict. cap. 17. num. 7.* Emman. Costa *vbi sup. num. 9.* Molin. Theol. *d. disp. 187. vers. Quod dictum est,* & Peregrin. *d. art. 3. sub numer. 53.* post Glos. *in Auth. de Hæred. & Falcid. §. Si quis autem non adimplens, verb. Auferri, in fine,* Barthol. & multos alios. Legitimæ namque augmentum suam propriam habet rationem, quæ non impedit Trebellianicam jure communi debitam, nec jus Canonicum de duabus quartis detrahendis vllam distinctionem facit. Melius alij limitant, vt nõ procedat quando testator juberet Trebellianicam compensari in legitima. Cæterùm hæc limitatio quoad filios primi gradus solùm videtur habere locum in opinione, quæ tenet posse hodie patrem etiam illis filijs prohibere detractionem Trebellianicæ; non autem in contraria, quam *supra, num. 1460.* magis probauimus. Vide Peregrin. *dict. artic. 3. numer. 58.*

Vel denique possumus loqui de legitima debita ascendentibus. Et de hac multi sentiunt, semper esse imputandam in Trebellianicam, ita vt licèt ascendentes sint grauati fideicommisso conditionali, vel in diem, non possint vtramque deducere, sed alteram tantùm, quam voluerint. Sic Anton. Gom. *in l. 3. Tauri, num. 85.* & alij antiquiores apud Peregrin. *d. art. 3. num. 53.* qui ibidem ait, hanc opinionem sibi magis placere, licèt statim hæreat, & dicat, melius cogitandum. Fundamentum hujus sententiæ est, quia jus Canonicum, quo solo inducta videtur detractio vtriusque quartæ, loquitur tantùm de descendentibus, ijsque filijs; vnde non debet idem admitti in ascendentibus, ad quos non valet argumentum à descendentibus, quibus strictiori jure cõperit successio, quàm ascendentibus. Cõmunior tamen sententia est, deductionem vtriusq; quartæ pariter in ascendentibus, 1478

tibus, atque in descendentibus admitti, quando fideicommisso conditionali, vel in diem, grauati sunt. Hinc relatis pluribus tenent Molina Iurista *d. cap.* 17. *numer.* 5. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 11. *num.* 6. *de Testament.* Emman. Costa *in d. cap. Si pater, p.* 3 *verb. Priuare cum possit, num.* 36. & Molina Theol. *d. disp.* 187. *vers. Vtrum deductio,* plureſque refert Peregrin. *vbi supra.* Probant, quia eadem prorsus est ratio in ascendentibus, atque descendentibus: neque jus Canonicum dispositionem arctauit ad solos descendentes; sed propterea de illis tantùm est locutum, quia in eis tantùm se obtulerat materia, in qua id pronuntiatum est.

1479 Si quæras, vtrùm præfata dispositio de duabus quartis detrahendis, locum etiam habeat in Falcidia, itaut etiam hæres Falcidius grauatus legatis conditionalibus, vel in diem, possit deducere legitimam, si sit descendens, vel ascendens testatoris, ac deinde adueniente die, vel conditione legatorum, deducere etiam Falcidiam? Respondent negatiuè, relatis alijs Couar. *in d cap. Raynutius, §.* 11. *num.* 7. Gregor. Lop. *in l.* 1. *tit.* 11. *part.* 6. & Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 2 *numer.* 11. Quia jura, ex quibus admittitur detractio duarum quartarum, loquuntur tantùm de legitima, & Trebellianica: & nomine Trebellianicæ nusquam in jure venit Falcidia: licèt econtra nomine Falcidiæ Trebellianica etiam cõprehendatur, vt supra vidimus.

1480 Contrarium tamen tenent plerique, quos referunt, & sequuntur Emman Costa *in d. cap. Si pater,* 2 *p. verb. Absque deductione, num.* 10 Molin. *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 6. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 3. *sub num.* 55. & hæc sententia videtur verior: tum quia Falcidia arctiùs debetur, quàm Trebellianica, cùm detur hæredi, qui ab oneribus hæreditarijs non releuatur; tum etiam, quia Falcidia ordine, & intentione præcessit Trebellianicam, quæ ad instar illius inducta fuit: vnde declaratio juris Canonici circa Trebellianicam deducendam vltra legitimam, extendenda est ad Falcidiam; cùm eadem in vtraque sit legum intentio.

Omnia prædicta circa duas quartas de- 1481
ducendas procedunt, spectato jure communi. Quare vbi vel ex jure particulari alicujus Regni, vel ex consuetudine legitimè præscripta, aliud fuerit in vsu, id omninò in tali regno, vel prouincia obseruandum erit. Et quidem in regno Castellæ testantur Emman. Costa, Gregor. Lop. & Burgos de Pace citati à Molina *disp.* 187. *vers. Quòd si Batài,* communi praxi obseruari, vt vltra legitimam, neque Trebellianica, neque Falcidia deducatur. Idemque censet idem Molina *supra, vers. Emmanul à Costa,* obseruari in Lusitania. Et quidem ita videtur planè suppone *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 82. vbi parentibus libera sit facultas disponendi de tertio suorum bonorum in quascumq; voluerint personas, vel prout ipsis magis placuerit, relictâ tantùm filijs legitimâ eis debitâ: quæ in hoc Regno continet duas tertias bonorum.

Octauò principaliter quæritur, quo 1482
tempore Trebellianica debeatur? Respondetur, si fideicommissum sit purum, & simplex, statim post mortem testatoris Trebellianicam deberi, atque adeo posse statim cogi fideicommissarium per judicium familiæ erciscundæ ad bonorũ diuisionem, juxta text. *in l.* 2. *circa principium, & in l. Et puto, §.* 1. *ff. Famil: erciscund. & in l. Ita tamen, §. Qui ex Trebelliano, ff. Ad Trebel.* Si autem fideicommissum sit conditionale, vel in diem, non debetur, nec deduci potest Trebellianica ex vi Senatusconsulti Trebelliani, nisi quando conditio, vel dies fideicommissi aduenerit; cùm ante tale tempus locus Trebelliano non sit; prout hæc omnia ex jure, & DD latiùs tradit, & illustrat Peregrin. *de Fideicommissis, art.* 3. *num.* 24. *& seq.* Et quidem sine difficultate id procedit, quando hæres grauatus est extraneus; cùm is fructus perceptos ante euentum conditionis computare teneatur in Trebellianicam, *l. In fideicommissariam, in princip. & l. Mulier, §. Si hæres, ff. Ad Trebel.* vnde euenire potest,

vt ante conditionis euentum Trebellianica per ipsorum fructuũ imputationem consumatur.

1483 At si hæres sit filius primi gradus, in cujus Trebellianicam fructus non imputantur, *l. Iubemus, in princip. Cod. Ad Trebel.* videtur, quod citato fideicommissario, potest statim detrahere, non solùm legitimam, sed etiam Trebellianicam, vt tenet Iacob de Beluis, *in Auth. de Restitution. & ea quæ parit*; cùm certum sit, quartam illam ad eum spectare siue casus fideicommissi eueniat, siue non eueniat, & siue ille fructus percipiat ipsi Trebellianicæ æquiualentes, siue non. Atque ita de facto sæpe se vidisse seruatum, non contradicentibus fideicommissarijs, testatur Peregrin. *d. art. 3. numer. 25.* Illis autem aduersantibus, credit meritò idem Peregrinus, non rectè acturum hæredem, si quartam illam ante casum fideicommissi, & restitutionis detrahere velit. Quia ante illud tempus possunt res hæreditariæ naturaliter, aut casu aliquo fortuito deteriorari, vel perire; quæ deteriorationes hæredi, & fideicommissario sunt communes, ac ipsam Trebellianicam diminuunt; ad quam detrahendam spectatur quantitas hæreditatis paternæ, prout reperitur tempore restitutionis, vt vidimus *supra, num.* 1438. Vnde interesse potest fideicommissarij eam non detrahi ante illud tempus, ne pereuntibus postea rebus fideicommissario separatis, ejus tantùm, & non etiam hæredis pro sua parte sit periculum. Nec obstat, quòd idem potest esse periculum in rebus pro ipsa quarta per hæredem retentis: nam licèt ex hoc non videatur considerabilis læsio fideicommissarij, *l. Fideicommisso, Cod. de Transaction.* attamen negari non potest quòd hæres non eandem curam habiturus sit circa res fideicommissario separatas, qualem circa res vtrique communes. Accedit quòd in præsenti statu, antequam tempus restitutionis aduenial, Trebellianica simpliciter non debetur, & fieri potest, vt nunquam debeatur; si nimirum fideicommissum fiat caducum: res autem secundùm statum præsentem judicanda est, vt per regulam *l Hæc conditio, §. fin. ff. de Contrah. empt. l. Moueor, C. de Ser. export. lib. 11.* Neque judicium super futuro fundari potest, *l. Non quemadmodum, ff. de Iudic.* & ibi Barth. cæterique DD. communiter. Item, qui ante diem agit, nihil agit, *l. 1. ad fin. ff. Quando dies vsusfruct. leg. ced.* Denique præmatura est petitio antequam quarta debeatur, vt ait text. *in l. 1. §. Si impuberi, ff. de Collat. bon.*

§. 19. *De quibusdam alijs detractionibus, quas hæres grauatus efficere potest in restitutione fideicommissi.*

SUMMARIUM.

QVando hæres grauatus est creditor testatoris, detrahit suum creditum in restitutione fideicommissi; idque licèt inuentarium non fecerit; num. 1484.

Fructus percepti per hæredem grauatum pendente conditione fideicommissi, non imputantur in creditum ipsius hæredis; nisi constet testatorem aliud voluisse; & vnde id constare possit? numer. 1485.

Ponuntur aliqui casus, in quibus hæres suum creditum non deducit in restitutione fideicommissi; num. 1486.

Vtrùm hæres grauatus possit pro solutione sui crediti eligere quam rem maluerit ex relictis à testatore? num. 1487.

Æs alienum solutum per hæredem grauatum creditoribus hæreditarijs detrahitur ex bonis fideicommissi; numer. 1488.

Legata soluta per hæredem grauatum fideicommisso vniuersali deducuntur in restitutione ipsius fideicommissi. Idque licèt non sit factum inuentarium: & licèt testator prohibuisset quamcumq; detractionem; num. 1489.

Legata annua soluenda sunt ex fructibus per-

perceptis per ipsum hæredem grauatum fideicommisso vniuersali, pro tempore quo illud non restituit. Et quid si fructus non sufficiant pro illis soluendis? num. 1490.

Hæres grauatus fideicommisso vniuersali non detrahit legata, quæ ad onus ipsius relicta sunt. Et quid quando nõ apparet, eum legata soluisse? n. 1491.

Quando fideicommissum restituitur, detrahit hæres melioramenta à se facta in rebus restituendis; num. 1492.

In restitutione fideicommissi deducuntur impensæ factæ per hæredem in funere testatoris, in releuando testamento, in conficiendo inuentario, in defendendis rebus hæreditarijs, etiamsi succubuisset, præterquam in vno, vel altero casu. Item in exigendis, vel soluendis debitis hæreditarijs. Et vtrùm hujusmodi impensæ compensentur cum fructibus? num. 1493.

EXplicata celeberrima detractione quartę Trebellianicæ supersunt quędam aliæ huc referuatę, à quibus per aliquot conclusiones facillimè nos expediemus.

Prima conclusio sit: quando hæres gra-
1484 uatus est creditor testatoris, potest suum creditum detrahere, *l. In imponenda, & l. Irritum, Cod. Ad leg. Falcid. l. Debitor, ff. Ad Trebel. l. Ab omnibus, §. vltim. ff. de Leg.* 1. *l. Stichum, aut Pamphilum, §. Aditio*, cum Glos. *ibi, in verb. Retinet, ff. de Solution.* & tradunt relatis pluribus Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 15. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 35. *num.* 1. & Fusar. *de Substitut. q.* 665. *num.* 1. estque resolutio certissima: quę ampliatur, & procedit, licèt non sit confectum inuentarium, vt citati DD. cum multis alijs notant. Nam bona, & jura hæredis non veniunt in restitutionem fideicommissi, l. *Cohæredi, §. Cum filio, ff. de Vulgar.* Nec obstat, quòd per aditionem confunduntur, & supprimuntur actiones, quæ hęredi competebant aduersus testatorem. Nam ad hoc jam satis responsum est supra §. 12. *num.* 1340. quo loco multa ad præsentem conclusionem spectantia dicta sunt, quæ hìc prætermittimus. Quod autem diximus de inuentario, locum non habet, saltem pro foro externo; in hærede grauato per fideicommissum particulare, quia hæres agnoscens hæreditatem sine beneficio inuentarij, tenetur ad integra legata, & fideicommissa particularia, *l. vltim. §. Si verò postquam, Cod. de Iure deliber. & §. Si verò fecerint, & §. Si quis verò non implens, Auth. de Hæred. & Falcid.* & notat cum alijs Fusar. *d. q.* 665. *num.* 4.

Ampliatur prętera tradita conclusio, 1485
vt fructus percepti per hæredem grauatũ pendente conditione fideicommissi, non imputentur in creditum ipsius hæredis. Ita Glos. *in l. Mulier, §. Cum proponeretur*, & ibi Barth. *num.* 2. Alber. *num.* 1. Alex. *num.* 14. *ff. Ad Trebel.* multique alij, quos referunt, & sequuntur Peregrin. *d. art.* 35. *num.* 10. & Fusar. *d. q.* 665. *numer.* 7. estque communis sententia, licèt nonnulli dissentiant. Probatur, quia satis fideicommissario consulitur, si ei restituatur hæreditas, qualis erat tempore mortis testatoris, detracto ære alieno, cum quo ipsum creditum hæredis cõputatur. Neque est ratio, cur dicti fructus in illud imputantur; cùm hæres illos perceperit judicio, & beneficio testatoris, qui propterea ei dilationem restitutionis concessit, vt eos sibi caperet, atque in suam vtilitatem conuerteret. Intelligitur verò hæc ampliatio, nisi aliqua ratione constet testatorem aliud voluisse: vt si non tantùm propria bona, sed etiam bona ipsius hæredis restitui jusserit: vel, si hæredem grauauit in re ipsi hæredi debita. In quibus casibus fructus percepti ex rebus hæreditarijs in creditum ipsius hæredis imputantur ex tacita, vel præsumpta voluntate testatoris, vt ex Iure, & DD. bene tradit Peregrin. *d. art.* 35. *num.* 11. & Fusar. *d. q.* 665. *num.* 10 & 11.

Ipsa etiam principalis conclusio limi- 1486
tatur primò, vt non procedat quando testator jussisset, vt hæres creditum non deduceret, *l. Cum pater, §. Titio, ff. de Legat.* 2. *l. Si debitor, ff. Ad leg. Falcid.* Peregrin.

regrin. *d. art.* 35. *num.* 4. Fusar. *d. q.* 665. *num.* 14. Limitatur secundo, vt etiam non procedat, quando testator mandasset hæredi, ne vllam molestiam, aut controuersiam, etiam de jure, aduersus fideicommissarium moueret: Peregrin. *d. art.* 35. *num.* 5. *& seqq.* vbi magis hoc explicat: illum consule. Limitatur tertio, quando testator prohibuisset alienari bona. Nam licèt prohibitio alienandi non impediat detractionem pro solutione æris alieni, *l. Filiusfamilias, §. Diui, ff. de Leg.* 1. *l. Paterfitium, in princip. ff. de Leg.* 3. aliud tamen est pro soluendo credito ipsius hæredis; cùm de ejus rebus testator disponere possit, sicut de re sua, *l. Knum ex familia, §. Sitem, ff. de Leg.* 2. Ita limitat Natta *consil.* 110. *num.* 9. quem sequitur Peregrin. *supra, num.* 8. quanuis moneat, vt de hoc cogitetur, eoquod nunquam viderit in practica attentari. Cæterùm Fusar. *d. q.* 665. *num.* 15. hanc limitationem simpliciter reiecit, affirmatque se vidisse contrarium seruari.

1487 Si quæras, vtrùm hæres grauatus possit sibi ipsi satisfacere, eligendo pro solutione sui crediti quam rem voluerit ex relictis à testatore? Respondet affirmatiuè Fusar. *supra, num.* 18. post multos alios, quos refert. Vide tamen eundem Fusar. *q.* 667. *num.* 14. vbi circa hoc distinguit, & aliqua assignat bona, ex quibus hæres sibi satisfacere non potest, si extent alia. Item an credita deducantur cum fructibus? Vide apud Menoch. *consil.* 183. *numer.* 36. & Peregrin. *d. art.* 35. *num.* 19. *& seqq.*

1488 Secunda conclusio: æs alienum solutum per hæredem grauatum creditoribus hæreditarijs, detrahitur ex bonis fideicómissi. Constat *per l. Emptor, ff. de Reiuendic. & d. l. Filiusfamilias, §. Diui, ff. de Leg.* 1. & ibi communiter DD idemque relatis pluribus, tradunt Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 35. *num.* 1. & Fusar. *de Substitut. q.* 666. *num.* 1. habetque easdem ampliationes, quas conclusio præcedens, vt apud citatos DD. videre licet: illos consule.

1489 Tertia conclusio: legata soluta per hæredem grauatum fideicommisso vniuersali deducuntur in restitutione ipsius fideicommissi. Est resolutio certa, & cómunis, quam relatis plurimis tradunt Peregrin. *d. art.* 35. *numer.* 9. & Fusar. *de Substitut. q.* 667. *num.* 1. per text. *in l.* 2. *& in l. vltim. Cod. Ad Trebel. & in l. In componenda & l. Irritum, Cod. Ad leg. Falcid.* Et procedit, licèt non sit factum inuentarium, vt notat Fusar. *loc. citat.* qui vlterius addit, fructus medio tempore perceptos non imputari in hujusmodi detractionem, sicut non imputantur in detractione crediti, de qua supra dictum est: item detractionem hanc habere locum, etiam si testator prohibuisset hæredi quamcumque detractionem: quod talis prohibitio solùm referatur ad bona subjecta restitutioni, & tantummodo operetur respectu Trebellianicæ; in quam sententiam alios DD. refert. Eaq; mihi placet, ea ratione; quia per illa verba censeri non debet quòd testator voluerit grauare hęredem onere legatorum, & insuper restitutione totius hæreditatis; cùm tale grauamen sit nimium, & valde odiosum.

Non procedit autem tradita conclusio in legatis annuis: hæc enim soluenda sunt de fructibus per ipsum hæredem perceptis, *l. Liberto, §. 1. ff. de An. leg. l. Apud Iulianum, §. Hæres, ff. de Leg.* 1. & DD. *in l. Deducta, §. Qui post, ff. Ad Trebel.* & tradunt Peregrin. & Fusar. *vbi supra.* Quod intellige pro tempore, quo bona sunt apud hæredem. Nam pro tempore quo jam sunt apud fideicommissarium, ipse fideicommissarius soluit, vt bene cum Paul. de Castr. & alijs aduertit Fusar. *d. q.* 667. *numer.* 6. & idem est in præstationibus annuis, ex vi vnius, & ejusdem simplicis legati; veluti quando testator legasset tercentos aureos in tribus annis soluendos, nempe singulis annis centum. Nam licèt tunc vnicum sit legatũ, *l. Si cum præfinitione, ff. Quando dies leg. ced.* tamen respectu distributionis habentur tanquam plura legata annua; & vt talia hæredem grauant. Sic cum alijs Fusar. *sup. num.* 7. Quod si fructus non suffi-

sufficiant pro solutione legatorum annuorum, tunc non censebuntur relicta ad onus hæredis, sed poterunt deduci, vt tradit, ac se tenuisse in quadam graui causa testatur Fusar. *d. q.* 667. *num.* 8. per text. *in l. vltim. §. Sin autem*, & ibi DD. *Cod. de Bon quæ lib.* & videntur consentire Couar. *lib.* 2. *Variar. resol. cap.* 2. *numer.* 67. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 4. *num.* 24. *fine*, & alij apud Fusar. *cit.*

1491 Item non procedit in legatis, quæ ad onus ipsius hæredis relicta sunt; quod quando eueniat ex dicendis *sequenti §.* constabit. Non procedit etiam quando non apparet, legata esse soluta, idque licèt sint antiqua, vt sentit cum alijs Peregrin. *art.* 35. *num.* 9. *vers. Dubium tamen*, cùm solutio sit quid facti, quod non præsumitur. Contrarium tamen sentiunt aliqui tenentes, præsumi soluta esse legata, & sic esse deducenda, cessareque omnem difficultatem, si hæres præstet cautionem fideicommissario de eo liberando ab omni molestia, quæ ipsi inferri possit à legatarijs: ita post Decian. sentit Fusar. *d. q.* 667. *num.* 13. vbi testatur, se ita sæpius consuluisse.

1492 Quarta conclusio: quando fideicommissum restituitur detrahit hæres melioramenta à se facta in rebus restituendis. Ita Glos. *in l. Domus*, & ibi communiter DD. *ff. de Leg.* 1. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 6. *num.* 4. & cum alijs Fusar. *de Substitut. q.* 669. *num.* 1. vbi dicit, ita tenere omnes. Neque talia melioramenta cum fructibus perceptis compensantur, vt relatis pluribus notat idem Fusar. *num.* 2. Cæterùm materia hæc melioramentorum plures continet difficultates, quæ in omnibus rebus restitutioni subjectis locum habent, & non sunt hujus loci propriæ, ideo hìc à nobis omittendæ; præsertim cùm de hac materia latè scripserim *in tract. de Censu, & emphyteusi*, 2. *p. disp.* 3. Videri etiam potest hac de re Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 50. *per tot.*

1493 Quinta conclusio: in restitutione fideicommissi detrahuntur impensæ factæ per hæredem in rebus sequentibus: in primis in funere testatoris, *l. Papinianus, §.* 4 *ff. de Inoffic. testament. l. Impensa funeris, ff. de Religios. & sumpt. fun. l.* 1. *§. vltim ff. Ad leg. Falcid. l. vltim. §. In computatione, Cod. de Iure deliber.* & ibi Barth. & alij. Item in releuando, & habendo testamento; & in conficiendo inuentario: Ias. *in d. §. In computatione.* Necnon factæ pro defensione, vel recuperatione bonorum hæreditariorum, *l. Vbi pure, §. In distrahendis, ff. Ad Trebel. & in d. §. In computatione*, vbi Angel. *in princip.* Paul. de Castr. *n.* 3. Alex. *num.* 3. & Ias. *numer.* 2. Quod procedit etiam si hæres succubuisset, dummodò bona fide, & non temerè absque rationabili causa litigasset: Peregrin. *de Fideicommiss. artic.* 50. *num.* 11. & Fusar. *de Substitut. q.* 670. *num.* 8. qui plures adducunt. Hoc tamen limita, quando litigasset cum alio, qui prætendebat se hæredem, aut testamentum nullum dicebat: nam tunc, si in lite succubuit, impensas non deducit; cùm nullum hæreditatis negotium gesserit: sic cum alijs idem Peregrin. & Fusar. *num.* 9. Utrum autem hujusmodi impensæ pro rebus hæreditarijs factæ, compensandæ sint cum fructibus? Alij affirmant, alij negant; alij distinguunt inter modicam, & magnam impensam, & solam magnam impensam volunt non compensari fructibus. Vide Peregrin. *d. art.* 50. *num.* 12. *& seq.* Denique etiam impensas factas pro exigendis hæreditarijs nominibus debitorum, vel pro soluendis debitis hæreditarijs, detrahere potest hæres, vt bene Peregrin. *supra, numer.* 14. *&* 15. & Fusar. alios referens *d. q.* 670. *num.* 14. *&* 15.

Plura, quæ circa detractionum materiam dici possent, intelligentur facilè ex supra dictis §. 12. vbi latè exposuimus quæ bona veniant in restitutionem fideicommissi: nam quæcumque in eam restitutionem non veniunt, detrahi possunt, vt patet.

(::)

§. 20. De

§. 10. *De oneribus hæredi arijs, quæ in fideicommissarium transeunt.*

SUMMARIUM.

QVando hæres adiuit coactus à fideicommissario, non tenetur legatarijs, neque creditoribus hæreditarijs, sed omnia hujusmodi onera transeunt in fideicommissarium, n. 1494.

Quando hæres totum statim restituit, quia erat grauatus purè, omnia onera hæreditaria in fideicommissarium trãseunt, num. 1495.

Quando hæres ex jussu testatoris restituit totum, retentâ sibi re aliqua hæreditaria, vt certo fundo, aut domo, non tenetur creditoribus, nec legatarijs, sed omnia hæc onera sunt fideicommissarijs, numer. 1496. Quid, si hæreditas non sit soluendo? num. 1497.

Quando hæres est grauatus restituere quotam hæreditatis, vt v. c. dimidiam, & detrahit aliam dimidiam, ipse, & fideicommissarius tenentur soluere æs alienum, vnusquisque pro rata suæ portionis. Et quid de solutione legatorum? num. 1498. & seqq.

Si hæredi grauato restituere partem competit legitima in bonis testatoris, vt quia erat filius, talis legitima deducenda est, non solùm ex portione ipsius hæredis, sed etiam ex portione fideicommissarij, & ex legatis, num. 1501.

Quando hæres est grauatus restituere totam hæreditatem, locus tamen est detractioni quartæ Trebellianicæ, ipse hæres, & fideicommissarius vnusquisque pro rata tenetur satisfacere creditoribus. Et quid, si creditores conueniant hæredem antequam hæreditatem restituat? num. 1502.

Quando censeantur legata esse relicta ab hærede, vt hærede? num. 1503.

Si legata sint relicta nominatim ab hærede grauato per fideicommissum vniuersale, ipse solus de illis tenetur, nec censentur repetita à fideicommissario: non tamen tenetur hæres ea soluere de suo; & quomodo idem illigatur? n. 1504.

Quando legata sunt relicta ab hærede grauato, vt hærede, qualiter ipse, vel fideicommissarius de illis teneatur? num. 1505.

Trebellianica minuit pro rata tam fideicommissum vniuersale, quàm relicta particularia, ibid. Id verò in aliquibus limitatur, num. 1506.

Vtrum quando hæres grauatus legitimam detrahit, tam legatarij, quàm fideicommissarius vniuersalis ad eam contribuant? num. 1507. remissiuè.

Si legata relicta sint nominatim à fideicommissario, is tantùm de illis tenetur, num. 1508.

Prædicta circa onus legatorum procedũt, etiam quando hæres est grauatus fideicommisso conditionali, si etiam legata sint relicta sub eadem conditione. Et quid si relicta sint sub conditione diuersa? num. 1509.

Quid si legata sint purè relicta, & fideicommissum sub conditione? Et quomodo in tali casu deducenda sit Trebellianica? num. 1510. & seq.

Vtrùm diminuto legato, vel fideicommisso per detractionem Falcidiæ, aut Trebellianicæ, minuatur etiam onus legatario, vel fideicommissario injunctum, num. 1512. & seq.

Quomodo inter hæredem grauatum, & fideicommissarium diuidantur onera perpetua rebus hæreditarijs incumbentia? num. 1514. remissiuè.

SEquitur vt dicamus de quarto, & vltimo effectu substitutionis Fideicommissariæ, qui juxta nostram numerationem traditam §. 5. *in princ.* est translatio onerum hæreditariorum in fideicommissarium. Sunt autem hæc onera, æs alienum, quo defunctus erat obstrictus, & legata, quæ in testamento, vel codicillis reliquit: ea ergo quando, & quatenus ad fideicommissarium transeant, vel maneant in hærede? hic à nobis expli-

plicandum est: atque vt facilè, ac dilucidè id fiat, varij casus distinguendi sunt.

1494 Primus casus est, quando hæres adiuit coactus à fideicommissario: & in hoc casu constat citra dubium, hæredem non teneri legatarijs, neque creditoribus testatoris, sed omnia hujusmodi onera transire ad fideicommissarium, quemadmodũ transeunt commoda hæreditatis; quæ nulla hæredi remanent, vt notauimus supra §. 5. *num.* 1210. *& seq.* Atque ita Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *numer.* 86. *& art.* 4. *num.* 1. Vnde etiam post actionem, nondum restituta hæreditate, nequit talis hæres conueniri à creditoribus, *l. Si postulante, in princip. ff. Ad Trebel.* nisi fortè in subsidium, quando aliàs expectato fideicommissario, actiones perirent, vt cum communi aduertit Peregrin. *d. num.* 1. *in fine.*

1495 Secundus casus est, quando hæres, adita scilicet hæreditate, totum statim restituit, quia erat grauatus purè, & testator omnem detractionem ei prohibuit, vel ipse vt plenum obsequium fideicommissariæ ordinationi præstaret, nihil retinere voluit. Atque in hoc etiam casu omnia onera in fideicommissarium transeunt, §. *Sed quia stipulationes, Instit. de Fideicommiss. hæred. l.* 1. *in princip. & l. Quitotam, & l. Ita tamen, §. Qui ex Trebelliano, ff. Ad Trebel.* & ita in specie Peregrin. *d. articul.* 4. *numer.* 2. post Salic. *in l.* 2. *Cod. Ad Trebel.* Ratio est, quia restituta hæreditate ex voluntate testatoris, subit fideicommissarius locum hæredis auctoritate Trebelliani; & ita onera omnia hæreditatis in eum transeunt, quando hæreditas ei statim restituitur, nihil de illa penes hęredem remanente. Si autem talis hæres grauatus esset fideicommisso conditionali, vel (quod in idem recidit) in diem incertum, tunc per restitutionem factam ante conditionis euentum, non transirent actiones in fideicommissarium ex Trebelliano, *l. Si ante, ff. Ad Trebel.* sed veluti ex donatione, seu contractu, vt per Barthol. & alios *in l. Sed si alio, ff. eod. & l. Post mortem, Cod. de Fideicommiss.* Unde creditores, & legatarij ipsum hæredem conuenire possent, ad instar illius, qui hæreditatem vendidit, *l.* 2. *Cod. de Legat. l. Plane, §. Qui rogatus, ff. de Leg.* 1. *& toto tit. ff. & Cod. de Hæred. vend.*

Tertius casus est, quando hæres ex 1496
testatoris jussione restituit totum, retenta sibi re aliqua hæreditaria, vt certo fundo, aut domo. Et in hoc casu non tenetur creditoribus, nec legatarijs, sed omnia hujusmodi onera sunt fideicommissarij, *l.* 1. *§. Si hæres, & l. Si legatus, §. Multum, ff. Ad Trebel. & §. Siquis vna, Inst. de Fideicommiss. hæredit.* vbi ampliatur, etiam si res illa ab hęrede retenta excedat quartam Trebellianicam. Atque ita docet Glos. communiter recepta *in l.* 1. *§. fin. ff. Ad Trebel.* Et ratio est, quia talis hæres post factam restitutionem, retenta tantùm re illa certa, habetur vt legatarius, & fideicommissarius manet loco hæredis: hęres autem, & qui locum ejus habet, tenetur creditoribus & legatarijs; non autem legatarius particularis, neque hęres in re certa, qui loco legatarij est, *l. Quoties, Cod. de Hæred. instit.*

Hæc resolutio procedit de plano, 1497
quando hæreditas est soluendo; si autem soluendo non sit, tunc, vel fideicommissarius inuentarium fecit: & in tali casu non tenetur legatarijs, neque creditoribus vltra vires hæreditatis; & datur illis recursus aduersus hæredem, pro re, quam retinuit: legatarijs quidem, quatenus res illa excederet Trebellianicam, juxta *l.* 1. *§. Si is qui* 400. *ff. Ad Trebel.* creditoribus autem simpliciter, & absolutè, quia creditores præualent aduersùs omnes à testatore honoratos, *l. Papinianus, §. Quarta, & §. Quoniam autem quarta, ff. de Inoffic. testament. l. In quantitate, §. fin. ff. Ad leg. Falcid. & l. Ex asse, ff. Ad Trebel.* Si autem inuentarium non confecit: tunc ipse in solidum tenetur, tum creditoribus, tum etiam legatarijs: his quidem secundùm jus nouum de inuentario

conficiendo, *in l. fin. Cod. de Iure deliber. & in Auth. de Hæred. & Falcid.* creditoribus verò, etiam secundùm jus antiquum. Quòd si talis fideicommissarius soluendo non esset, tunc in subsidium tenebitur hæres pro re retenta, creditoribus simpliciter, legatarijs autem prout res illa Trebellianicam excesserit, prout hæc omnia latiùs tradit Peregrin. *d. art. 4. num. 5. & seqq. vbi num. 9.* aduertit non currere tempus fideicommissario ad conficiendum inuentarium, nisi post restitutionem sibi verbo, aut re factam

Quartus casus est, quando hæres est
1498 grauatus restituere quotam hæreditatis, v.c. dimidiam, & detrahit aliam dimidiam. In hoc casu tenentur hæres, & fideicommissarius, vnusquisque pro rata suæ portionis soluere æs alienum, *l. Vbi purè §. Te rogo, ff. Ad Trebel.* vbi Barthol. Salic. & alij. Quod verò attinet ad legata, uterque etiam illa soluit pro rata portionis hæreditariæ; sic tamen, vt hæres de sua portione, v. c. de dimidia detrahat prius integram Trebellianicam, ita vt hæc ei per legata non minuatur, si per testatorem, vel alias non erat prohibitus eam deducere: sic habetur *in d.l. 1. §. Sed si quadringenta, ff. Ad Trebel.* & tradit post Barthol. Bald. Salic. & alios Peregrin. *d. art. 4. num. 10.* vbi cum alijs addit, quòd in hoc casu, si portio hæredis vltra suam Trebellianicam non sit sufficiens ad præstationem legatorum pro sua dimidia, non supplebitur de portione fideicommissarij: vnde pro parte hæredis manebunt tunc legata diminuta.

1499 Hæc procedunt, quando legata sunt relicta simpliciter: quo casu ad onus hæreditatis censentur relicta, vt est communis sententia, quam relatis pluribus tradit Peregrin. *dict. articul. 4. numer. 18.* Si autem relicta sint nominatim à fideicommissario, ille solus ea tenetur præstare de sua portione, *l. Facta, §. Si cum suspecta, ff. Ad Trebel.* & quidem etiam vltra vires talis portionis, si inuentarium non fecit, juxta supradicta *numer. 1491.* neque institutus vllo casu præstat legata à substituto relicta, *l. Quoties, C. de Fideicom. & ibi not. & l. Si eadem, ff. Siquis omissâ cau. test.*

Similiter, si legata sint relicta nomi- 1500
natim ab hærede, ipse tantùm ad ea tenetur, saluâ quartâ Trebellianicâ, vt post Cuman. probat Peregrin. *dict. articul. 4 numer. 12.* per text. *in l. Post emancipationem, in princip. ff. de Leg. 3. in secundo respon.* Quod si portio hæredis, detractâ illâ quartâ, non sufficiat ad præstanda integra legata, an tunc fideicommissarius contribuere debeat pro sua portione, sicut contribuit quando est fideicommissarius de tota; ita vt quemadmodum pro hærede grauato totum restituere, Trebellianica detrahitur, tum ex legatis, & fideicommissis particularibus, tum ex vniuersali, contribuentibus vtrisque pro rata sui relicti ad eam integrandam, vt per *l. Marcellus, §. Idem Pomponius, & l. Qui 400. ff. Ad Trebel.* sic etiam fiat in præsenti? Respondet negatiuè Peregrin. *dict. numer. 12.* quia quando testator ab hærede pro parte tantùm grauato nominatim legauit, sola ejus pars videtur affecta legatis, *dict. l. Post emancipationem, in 2. responso.* & sic pars fideicommissarij manet prorsus libera à contributione pro sustinendis, aut minùs diminuendis legatis. 1501

Quæres vtrùm quando hæredi grauato restituere partem competit legitima in bonis testatoris, vt quia erat filius; talis legitima deducenda sit non solùm ex portione ipsius hæredis, sed etiam ex portione fideicommissarij, & ex legatis? Respondeo affirmatiuè ex Peregrino, & alijs, quos refert, *d. art. 4. num. 14. & seq.* quia legitima habetur loco æris alieni quoad fideicommissarios, & legatarios, eisque præualet, etiamsi sint ad pias causas: Barth. *in l. Papinianus, §. Imperator, ff. de de Inoffic. testam.* vnde filius pro sua legitima est veluti creditor in bonis paternis; Glos. *in l. Si quis legatum, ff. de Falsis:* æs autem alienum detrahitur de tota hæreditate, & minuit omnia relicta tam vniuersalia, quàm particularia, vt est notissimum, & constat ex supradictis.

Quin-

Quintus casus est, quando hæres est
1502 grauatus fideicommisso de tota hæreditate restituenda, locus tamen est detractioni quartæ Trebellianicæ. In hoc casu, quod attinet ad creditores, certum est tam hæredem, quàm fideicommissarium teneri pro rata illis satisfacere, nempe hæredem pro quarta quam retinet, & fideicommissarium pro dodrante ipsi restituto. Est conclusio indubitata, quam ex multis textibus probat Peregrin. *de Fideicommiss. art. 4. num. 16.* Ante restitutionem verò hæreditatis possunt creditores conuenire hæredem pro toto debito, ipseque illis potest soluere: & quod soluerit pro parte fideicommissario restituenda, deducet in ipsa restitutione; *l. Ita tamen, §. Qui ex Trebelliano, ff. Ad Trebel.* Glos. communiter recepta *in l. 1. §. fin. ff. eod.* & cum alijs Peregrin. *vbi supra.* A fideicommissario autem conuentus differre non poterit restitutionem sub prætextu, quòd vult priùs soluere creditoribus; siquidem facta restitutione ex Trebelliano, non potest jam ab eis conueniri pro parte restituta: vnde nulla est ratio differendi restitutionem prætextu soluendi priùs creditoribus.

1503 Quoad legatarios verò multiplici distinctione opus est: nam vel dictum fideicommissum est purum, vel conditionale: si purum, aut legata sunt relicta nominatim ab hærede, vt v. c. à Titio, rogato simul restituere hæreditatem: aut ab hærede, vt hærede, qualia censentur non solùm quæ sunt relicta sub expresso nomine hæredis, vt cùm diceretur; *Lego ab hærede meo*: sed etiam quæ relinquuntur simpliciter, vt cum communi tradunt Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 8. tit. 2. num. 2. &* 8. Peregrin. *d. art. 4. numer.* 18, & Fusar. *de Substitut. quæst. 521. num. 1.* per regulam *in l. Si seruus, §. Qui margaritam, ff. de Leg. 1.* Aut denique sunt relicta nominatim à fideicommissario, vel ab eo censentur relicta, vt in aliquibus casibus apud Peregrin. *supra, numer. 2.*
1504

Si relicta sint nominatim ab hærede, ipse solus de illis tenetur, nec à fideicommissatio censentur repetita, *l. Celsus, §. Quod alicujus, ff. de Leg. 2. l. 1. §. Si id quod ex substitutione, ff. Ad leg. Falcid. & l. Si plures, ff. de Leg. 3.* Barthol. *in l. Marcellus, col. 2. ff. Ad Trebel.* & alij, quos sequitur Peregrin. *d. art. 4. numer. 17.* vbi ex Ruino, & Paulo de Castr. aduertit, quòd hæres grauatus, à quo legata sunt nominatim relicta, debet ea soluere ante restitutionem, vel restituere accepta cautione à fideicommissario de illis soluendis; non enim tenetur ea soluere de suo, *l. 1. §. Si is qui* 400. *ff. Ad Trebel.* neque prohibetur detrahere integram quartam, *l. Qui* 400. *& l. Marcellus, ff. eod* illamque detrahit de toto asse, ad quam contribuunt tam legatarij, quàm fideicommissarius, quibus pro rata fit diminutio, vt constat per *d. l. Marcellus*, & declarat latè Peregrin. *d. art. 4. n. 23.*

Si verò non sint relicta nominatim no- 1505
mine proprio ab hærede, sed simpliciter, vel sub nomine hæredis: in hoc casu potest hæres ante restitutam hæreditatem conueniri à legatarijs, eisque soluere: Glos. communiter recepta *in l. 1. §. fin. ff. Ad Trebel.* per text. *in l. Ita tamen, §. Qui ex Trebel. ff. eod.* Bald. *in l. vlt. Cod. Ad Trebel.* Paul. Castr. *in d. l. Marcellus, num. 9. ff. eod.* & Peregr. *d. art. 4. num. 24.* quod maximè procedit, quando fuisset rogatus restituere, deductis legatis, vt cum Castr. & Barthol. notat idem Peregrin. in restitutione autem deducit quæ legatarijs soluerat, *d. §. Qui ex Trebelliano, l. In imponenda, & l. Irritum, Cod. Ad leg. Falcid.* tradit, relatis alijs, Peregrin. *sup.* & diximus *§. præced. concluſ. 3.* vbi id limitauimus in legatis, & præstationibus annuis; prout ibi declaratur. Post restitutam verò hæreditatem non tenetur hæres legatarijs, neque ab eis conueniri potest, etiam pro quarta ex Trebelliano retenta, *d. l. 1. §. Si is qui* 400. *& §. vlt. & l. Qui* 400 *& d. l. Marcellus, in princ. ff. Ad Trebel.* Glos. *in d. l. 1. §. vlt.* & omnes. Trebellianica enim minuit pro rata tam fideicommissum vniuersale, quàm relicta particularia, *dict. l. Marcellus, §. Idem Pomponius:* Peregrin. latè id

declarans *d. art. 4. num. 25. & seqq.* vbi *num. 29.* rectè notat, quod illa quarta pro parte, qua minuit, seu detrahitur de fideicommisso vniuersali, seruat naturam Trebellianicæ: quæ verò de relictis particularibus, seruat naturam Falcidiæ, vt tradunt Barth. & alij *in d. §. Idem Pomponius*, & idem Barthol. *in l. Quartam, col. 2. in 2 q. ff. Ad leg. Falcid.* vbi etiam Ripa, post alios, *num. 89.*

Cæterum, quod audis, quartam hæredis detrahi tam ex fideicommisso vniuersali, quam ex legatis, & relictis particularibus, limita primò in legatis de re legata, ab hærede, non vt hærede; veluti cùm hæres ex jussu testatoris accepisset rem aliquam à fideicommissario cum onere, vt eam alteri tertio restitueret: nihil enim ex tali legato detrahendum est pro Trebellianica hæredis, vt est casus *in l. Acceptis, ff. Ad leg. Falcid.* Limita secundò in legatis, & fideicommissis etiam vniuersalibus ex juris priuilegio indefalcabilibus, qualia sunt relicta ad pias causas, vel per testamentum Militare. Ex his enim non fit contributio ad Trebellianicam; quæ tunc solùm detrahetur ab alijs relictis non priuilegiatis, diminuendo ea in eadem quantitate, quę detraheretur, si alia non essent priuilegiata, ita vt illorum priuilegium non cedat in onus non priuilegiatorum. Casus est *in l. Si post missionem, in l. Qui 400. in princip in l. Si miles, & in l. fin. ff. Ad leg. Falcid. & in l. Si certarum, §. fin. & l. seq. ff. de Milit. testament.* & notat in specie Peregrin. *d. art. 4. num. 31.* cum Barth. Bald. Paul. de Castr. & alijs: vbi addit, idem esse in legatis indefalcabilibus, eoquod testator expressè prohibuerit detrahi ex illis Falcidiam. Secus verò in eis, quæ testator jussit integrè præstari: quod tunc Falcidia, quæ ex eis non detrahitur, deducenda sit ex alijs; ita vt hæres integram quartam totius hæreditatis capiat: cujus opinionis sunt Paul. de Castr. Alex. & alij apud eundem Peregrin. & apud Mantic. *lib. 9. de Conjectur. tit. 14. num. 24. in nouissima editione*, qui tamen Mantica ab ea videtur recedere, magis approbans, quod hodie, quando testator jusserit integrè præstari aliqua legata; Falcidia quoad illa minuitur in præjudicium hæredis; cùm in dubio fauorabilius sit, vt Falcidia minuatur, vt est text. & ibi Barthol. *in l. Si pupillus, in princip. ff. Ad leg. Falcid.*

1506

Utrùm similiter, quando hæres gra- 1507
uatus legitimam detrahit, ad eam contribuant tam legatarij, quàm etiam fideicommissarius, vel solus fideicommissarius vniuersalis, si vires suppetant? disputant latè Peregrin. *de Fideicommiss. articul. 4. numer. 32. & sequentib.* vbi contra fideicommissarium pronunciat: illum consule.

Si denique legata, non ab hærede, sed 1508
à fideicommissario relicta sunt nominatim, vel ita vt ab eo videantur relicta, tunc solus fideicommissarius ad ea tenetur: nec ex eis detrahit Falcidiam, aut Trebellianicam, *dict. l. 1. §. Si is qui 400. & §. fin.* & ibi Glos. & DD. *ff. Ad Trebel.* & declarat latè Peregrin. *d. art. 4. num. 54. & seqq.*

Hęc procedunt quando fideicom- 1509
missum est purum. Si autem sit conditionale, distinguendum rursus est. Nam vel tam ipsum fideicommissum vniuersale, quàm relicta particularia sunt simpliciter conditionalia. Et in hoc casu, si sunt conditionalia sub eadem conditione, idem tenendum est, atque quando sunt purè relicta; quia puri, & purificati eadem est ratio, *l. fin. §. 1. ff. de Vulgari:* secus autem si sint relicta sub diuersa conditione. Nam si legata priùs purificentur, idem est dicendum, atque quando legata fuerint pura, & fideicommissum conditionale; de quo statim agendum. Si verò conditio fideicommissi priùs eueniat, legata videbuntur relicta à fideicommissario; & dicendum erit prout *supra, num. 1502.*

Vel legata sunt purè relicta, & fidei- 1510
cõmissũ sub cõditione, vt post mortẽ hæredis, vel aliâ. Et in hoc casu, cõstat legata debere statim integrè præstari ab hærede. Dubitatur verò an eueniente postea fidei-

fideicommissi conditione, deducenda sit Trebellianica, tam ex ipsis legatis, quàm ex residuo ad fideicommissum spectante, ita vt etiam legatarij & fideicommissarius, ad illam contribuant; vel solùm deducenda sit ex residuo? Qua in re nonnulli tenent primum, scilicet deducendam esse ex legatis, & ex residuo pro rata. Mouentur quia Trebellianica deducitur instar Falcidiæ, ita vt de toto asse hæres Trebellianicus quartam habeat, §. *Sed quia hæredes, Instit. de Fideicommiss. hæredit.* Ad Falcidiam autem contribuunt legata pura, & conditionalia, itaut adueniente conditione ex vtrisque permistim hæres habeat integram quartam, *l.* 1. §. *Interàum, & l. In quantitate, §. Sed si legata, ff. Ad leg. Falcid.* Nihilominus communis sententia est, solùm esse deducendam ex residuo. Hanc tenet Barthol. *in dict. l. Marcellus, §. Idem Pomponius*, vbi dicit, quòd ita consuetudo obseruat: tenet etiam Angel. *ibidem*, dicens, quod ita seruat totus mundus, & idem consulendo probant Ruin. Crauet. Gabr. Cephal. & alij, quos citat & sequitur Peregrin. *dict. artic.* 4. *numer.* 40. vbi in fine dicit, se ita non semel practicasse, & practicatum vidisse.

1511 Hinc etiam rursus dubitatur, an quod hæres non detrahit de legatis purè relictis, detrahere possit de residuo, quod fideicommissario restituitur; itaut, æstimatis etiam legatis, integram quartam detrahat totius patrimonij; vel solùm possit detrahere quartam partem residui? Hoc secundum clarè voluit Barthol. *in l. Marcellus, §. Idem Pomponius, ff. Ad Trebel.* dùm ait, quòd Trebellianica deducitur ex eo quod supereft; & hanc opinionem magis communiter probari testatur, relatis alijs, Peregrin. *dict. articul.* 4. *numer.* 41. vbi ipse etiam illam amplectitur; quòd alioqui, quando legata essent pinguia, euenire posset, vt hæres pro sua Trebellianica totum absorberet fideicõmissum; quod est contra ipsam fideicommissorum institutionem, & contra mentem Senatusconsulti Trebelliani, ex quo quarta fideicommissi hæredi reseruata fuit: nullibi enim in jure scriptum reperitur, vt hæres vltra quartam de fideicommisso detrahat, neque videtur admittendum, nisi fortè cùm legata sunt indefalcabilia, eoquòd testator jusserit ea sine diminutione præstari, prout notatũ est *supra, num.* 1506. *ad finem.* Ex quibus mihi etiam hæc sententia magis placet, licèt ei contradicant Socin. Alex. Angel. Gabr. & Ruin. apud Peregrin. *cit.* qui tamen *num.* 43. rectè cum Ruin. & Cephalo aduertit, si detracto ære alieno, & solutis legatis purè relictis, nihil in residuo supereffet, posse eo casu hæredem detrahere Falcidiam de legatis.

Quæres, vtrùm diminuto legato, vel 1512
fideicommisso per detractionem Falcidiæ, aut Trebellianicæ, minuendum quoque sit pro rata onus legatario, vel fideicommissario injunctum? Respondetur, si onus sit intrinsecum, ideft de eadem re, quæ fuit legata, minui debere pro rata; vt si testator legauit Titio 20. & ab ipso Titio legauit 10. Sempronio; diminuto legato Titij in dimidium, similiter pro dimidio minui debere legatum Sempronij. Constat hoc per text. *in l. Pænales, §. Si Titio, ff. Ad leg. Falcid.* & fundatur in æquitate, & conjectura voluntatis testatoris, vt cum Glos. Barthol. & alijs DD. *in dict. §. Si Titio* tradit Peregrin. *de Fideicommiss. articul.* 4. *numer.* 46.

Si autem onus sit extrinsecum, ideft de 1513
alia re diuersa à re legata, tunc onus non diminuitur, vt etiam est text. *in dict. l. Pænales, §. Si Titio, in vltimo respon. & in l. Maritum*, §. 1. *ff. Ad leg. Falcid. & in l. Liberto, §.* 1. *ff. de Ann. legat. & in l. Cum pater, § Eorum, vers. Si pars, in* 2. *respon. ff. de Legat.* 2. *& in l. Si mihi Stichus, ff. de Legat.* 1. Atque ita distinguendo inter onus intrinsecum, & extrinsecum docent omnes Glossæ, & DD. in textib. cit. & alij, quos refert & sequitur Peregrin. *d. articul.* 4. *numer.* 47. Non tenetur tamen legatarius ad tale onus extrinsecum vltra vires legati, & idem est de fideicommissario, si inuentarium fecit. Sic Peregrin.

vbi supra, num. 48. per text. *in l. Plautius, §. fin. ff. de Condit. & demonstr. & in l. Facta si Titius, ff. Ad Trebel. & in d. l. Maritum, §.* 1. vbi id præsupponitur, estque doctrina Bartholi, & antiquorum *in d. l. Cum pater, §. Eorum, & in d. l. Plautius.*

1514 Inquiri etiam hic potest, quomodo inter hæredem grauatum, & fideicommissarium diuidantur onera perpetua rebus hæreditarijs incumbentia, vt census annui, pensiones emphyteuticæ, dato quod sint onera realia, tributa, & similia? Verùm hæc pro materiæ diuersitate ad alios spectant tractatus, maioremque desiderant explicationem, quàm præsenti loco conueniat, & ideo hic à nobis prætermittenda sunt: videri autem pro eis potest Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 4. *numer.* 65. *& seqq.* vbi rem hanc sufficienter exponit.

§. 21. *Quando expiret substitutio Fideicommissaria?*

SUMMARIUM.

Quibus modis fideicommissum extingui possit? num. 1515.

Fideicommissum expirat, si hæres grauatus decedat non adita hæreditate, quod tamen in multis casibus limitatur; num. 1516.

Fideicommissum expirat, si fideicommissarius moriatur ante testatorem; numer. 1517.

Si fideicommissarius decedat post testatorem, at priusquam cedat dies fideicommissi, vt ante aduentum conditionis, non transmittitur fideicommissum ad hæredes; num. 1518. *Quæ hujus rei sit ratio? num.* 1519.

Prædicta regula procedit etiamsi fideicõmissum sit relictum ab ascendente; numer. 1520.

Non procedit autem dicta regula, quando fideicommissarius decedit ante euentũ conditionis, quæ tacitè inest; numer. 1521.

Quando testator exprimit conditionem, quæ tacite inest, censetur in dubio exprimere illam eo modo quo inest, ne impediatur transmissio; ibid.

Non procedit etiam dicta regula, quando testator voluit, vt etiam moriente fideicommissario ante euentum conditionis, fideicommissum transmitteretur; num. 1522.

Neque etiam, quando conditio viuo fideicommissario habetur pro impleta. Et quando conditio pro impleta habeatur? remissiuè; num. 1523.

Nec denique quando fideicommissum fuerit relictum in tempus quo hæres fuerit certæ ætatis, & fideicommissarius ante tale tempus mortuus est; n. 1524.

Quando fideicommissum censeatur relictum in diem certum, vel incertum? ibid.

Fideicommissum conditionale expirat ob defectum conditionis, etiam hærede, & fideicommissario viuentibus, n. 1525.

Caducato fideicommisso ob mortem fideicommissarij, vel ob defectum conditionis, si ille habebat substitutum vulgarem, vel fideicommissarium, ei restituendum est fideicommissum: si verò non habeat substitutum, restituendum est conjuncto, si illum habeat: quando autem nec substitutus, nec conjunctus extiterit, remanent bona hæredi grauato; num. 1526. *& seq.*

1515 DUpliciter potest expirare, & extingui fideicommissum: vno modo, quando ita euanescit, vt nullum jus ex eo acquiratur fideicommissario; vt cũ perit ob defectum conditionis, sub qua fuit relictum, vel ob similem causam: alio modo, quando postquam semel ex eo fuit jus alicui quæsitum, ejus tamen obligatio postea cessauit; siue ex ipsa voluntate, & dispositione testatoris, siue ex consensu fideicommissarij, siue rei peremptione, siue præscriptione, siue auctoritate Principis, siue aliquâ aliâ de causa; prout sæpe contingit in fideicommissis relictis pluribus personis subordinatis, vt scilicet

post

post mortem primi vocati transeant ad secundum, & sic deinceps ad reliquos. De hoc secundo modo in præsenti non agitur: videri pro illo potest Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 52. vbi latè declarat omnes causas, ex quibus dicta fideicommissa finiuntur.

Quod verò attinet ad primum mo- 1516
dum, triplici ex causa expirare solet fideicommissum: vel ob defectum ex parte hæredis grauati; vel ob defectum ex parte fideicommissarij; vel ob solum defectum conditionis, quando fideicommissum cõditionale est. Ob defectum ex parte hæredis, expirat fideicommissum, si hæres moriatur non adita hæreditate. Ita omnes per text. *in l. Quia poterat, & in l. Ille à quo, §. Si de testamento, ff. Ad Trebel. cum concord.* Rationem reddidimus *sup. §. 4. num.* 1172. vbi ex professo tradidimus, quàm necessaria sit aditio hæreditatis, ad hoc vt Fideicommissaria substitutio vim habeat? Atque ibidem multos attulimus casus, in quibus præfata resolutio locum non habet: sunt enim aliqui casus, in quibus nulla interueniente aditione ex testamento, vel ab intestato, fideicommissa sustinentur: & sunt plures alij, in quibus licèt hæres scriptus non adeat, tamen legata, & fideicommissa nõ pereunt, dummodo vel ab intestato, vel ex testamento aliquis alius hæres existat: qui casus omnes citato loco exponuntur. Et ideo non est quid hìc amplius circa extinctionem fideicommissi ob defectũ aditionis addendum sit.

Ob defectum ex parte fideicommissarij expirat fideicommissum: primò, si fideicommissarius moriatur ante testatorem. Tunc enim fideicommissum ad hæredes fideicommissarij non transmittitur, sed remanet apud hæredem grauatum, vel apud substitutum, aut conjunctum ipsius fideicommissarij, prout disponitur *in l.* 1. *§. Pro secundo, Cod. de Caduc. tol.* & ibi tradunt DD 1517

Expirat secundò, & principaliter, si fideicommissarius moriatur post testatorem, at priusquam cedat dies fideicommissi, vt quando fideicommissum fuit relictum sub conditione, vel in diem incertum, (qui dies conditionem facit, *l. Dies incertus, ff. de Condit. & demonstr.*) & fideicommissarius ante euentum talis conditionis, vel diei, mortuus est. Nam tunc etiam fideicommissum non transmittitur ad hæredes fideicommissarij, *d. l.* 1. *§. Sin autem aliqui*, & ibi Doctores *Cod. de Caduc. tol.* Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 1. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 31. *num.* 6. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 189. *vers. Si fideicommissarius*, & omnes. Ratio est, quia fideicommissum relictum sub cõditione, vel in diem incertum, non debetur, neque jus aliquod ex eo acquiritur fideicommissario ante euentum conditionis, vel diei; & ideo si fideicommissarius ante eum euentum moriatur, nullum jus ad hæredes transmittit, cùm illud non habuerit. 1518

Quod si opponas, ex stipulatione, seu 1519
contractu sub conditione, transmitti jus ad hæredes stipulantis, etiamsi is moriatur ante euentum conditionis, *§. Ex conditionali, Inst. de Verbor. obligat.* Respondet Glos. *in d. §. Ex conditionali, verb. Contigerit*, esse diuersam rationem in hoc, quia in stipulationibus, interuenit factum stipulantis, qui acceptando promissionem, videtur non tantùm sibi, sed etiam hæredibus suis voluisse prouidere, *l. Si pactum, ff. de Probat.* In dispositione autem per vltimam voluntatem non interuenit factum honorati, & ideo ante impletam conditionem nullum jus sibi, aut hæredibus acquirit. Alias rationes diuersas afferunt Mantic. *d. tit.* 20. *num.* 2. & Peregrin. *d. art.* 31. *num.* 7.

Intelligunt autem nonnulli prædictam 1520
regulam, nisi fideicommissum relictum sit ab ascendente; vt si relictum sit filio, qui ante impletam conditionem mortuus est: tunc enim putant fideicommissum transmitti ad descendentes ipsius filij. Ita Glos. *in l. Is cui, ff. de Action. & obligat. & in l. Si in personam, Cod. de Fideicommiss.* defendit Socin. sen. *in l. Hæredes mei, §. Cum ita, col.* 4. *& 5 ff. Ad Trebel.* Hanc verò opinionem ferè omnes

impiobant, vt notat, relatis pluribus, Mãtica *vbi sup.* & videri etiam potest apud Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 201. *num.* 68. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 31. *num.* 6. & 8. qui alios innumeros contrarium tenentes referunt, inter quos est etiam Glos. *in l. vnica, Cod. de His qui ante apertas tabulas:* & pro hac communi sententia stat text. *in d. l. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. Ad Trebel. & in l. Cùm ex filio, ff. de Vulgari, & in d. l. Si in personam,* multique alij textus, quos adducit Peregrin. *d. num.* 6.

1521 Cæterùm prædicta regula limitatur primò, vt non procedat in fideicommisso relicto sub conditione, quæ necessariò, seu tacitè per legem, aut ex natura rei inest; quia tales conditiones, licèt suspendant obligationem, & actionem; non tamen impediunt transmissionem, *l. Si dies, §. vltim. & l. Cum illud, §. vltim. ff. Quando dies leg. ced. l. Conditiones extrinsecus, ff. de Condit. & demonstr. l. Quæ sub conditione, §. vltim. ff. de Condit. instit.* & ita relatis alijs docent Mantic. *d. tit.* 20. *num.* 5. & Peregrin. *d. art.* 31. *sub num.* 22. vbi quanuis loquatur in legatis, & relictis particularibus in quibus plura exempla adducit, eadem tamen est ratio in vniuersalibus. Intelligendum tamen hoc est, dummodo conditio, quæ inest tacitè, non exprimatur diuerso modo à testatore, quàm inest; nam tunc transmissionem impediret, vt bene aduertit Mantica *loco cit.* vbi rectè ex hoc infert, quòd in dubio magis intelligitur conditio expressa eo modo quo tacitè inest, ad hoc vt transmissionem non impediat, vt per text. *in l. Si Titio, §. Quædam, ff. Quando dies leg. ced.* & Alex. *in l.* 3. *num.* 6. *ff. de Leg.* 1.

1522 Limitatur secundò, vt non procedat quando testator voluit vt fideicommissum transmitteretur, etiamsi fideicommissarius ante euentum conditionis decederet. Hæc limitatio est indubitata, & circa vllam controuersiam; quia vulgaris regula juris est, quòd testator potest facere transmissibile id quod suâpte naturâ transmissibile non est: sicut econtrario potest facere non transmissibile, quod ex sua natura transmissibile est; *l. In conditionibus primum locum, §.* 1. *ff. de Condit. & demonstr.* & notant post multos alios Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *numer.* 8. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 201. *num.* 79. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 31. *num.* 9. & 10. Satisque est ad hunc effectum tacita voluntas testatoris, quæ per conjecturam ex verbis testamenti colligatur, vt ijdem citati DD. tradunt. Quæ autem verba sufficiant ad talem conjecturam capiendam; ad certam aliquam regulam reuocari non potest, sed prudenti arbitrio relinquendum est. In particulari autem plurimas de hac re conjecturas adducunt Mantica *d. tit.* 20. *à num.* 15. Menoch. *d. præsumpt.* 201. *à num.* 87. & Peregrin. *d. art.* 31. *à num.* 11. Quæ quidem præcipuè afferuntur, & militant, quando fideicommissum est relictum consanguineo testatoris, & in testamento facta est mentio de descendentibus, vel hæredibus talis fideicommissarij: nam inde facilè potest capi conjectura de voluntate testatoris circa transmissionem ad illius hæredes.

Limitatur tertiò, vt non procedat 1523
quando conditio viuo fideicommissario habetur pro impleta; tunc enim, licèt fideicommissarius ante verum illius euentũ moriatur, fideicommissum transmittit. Ita relatis multis Menoch. *d. præsumpt.* 201. *num.* 77. & patet ratione, quia quando conditio, sub qua legatum, vel fideicõmissum relictum est, habetur pro impleta, cedit dies ipsius legati, & fideicommissi, *l. Si post diem, §. Item si qua, ff. Quando dies leg. ced.* vbi autem cedit dies fideicõmissi, statim jus acquiritur fideicommissario, & potest illud transmittere, vt est notissimum. Quando autem conditio habeatur pro impleta? Diximus latè, assignando multos casus *disp. præced. sect.* 9. §. 3.

Limitatur quartò, vt non habeat locũ, 1524
quando fideicommissum est relictum in tempus, quo hæres fuerit certæ ætatis: vt cùm testator diceret; *Titius sit mihi hæres,*

res. & cum fuerit 25 annorum restituat hæreditatem Seio. Tunc enim, licèt illud tempus sit incertum, & fideicommissarius ante ejus aduentum moriatur, fideicommissum transmittitur, juxta veriorem opinionem, quam cum Barthol. *in l. Si cui legetur 51. §. Hoc autem, ff de Leg. 1.* & multis alijs tradidimus, & probauimus *disp. præced. sect. 10. num. 286.* qua eadem *sect.* satis explicatum est, quando relictum censeatur in diem certum, vel incertum: de quo etiam videri potest Peregr. *de Fideicom. art. 31. n. 26.* & Mol.
1525 *d. disp. 189.* vbi declarat, quando tempus incertũ adjectũ fideicõmisso non inducit cõditionem, qua transmissio impediatur.

Ob defectum solius conditionis expirat fideicommissum quando hærede, & fideicommissario viuentibus, deficit conditio sub qua fideicõmissum relictum est, nec habetur pro impleta. Hæc resolutio notissima est, nec indiget explicatione.

1526 Illud tamen omnino aduertendum, quòd quando vel ob defectum fideicommissarij, vel solius conditionis fideicommissum caducauit, licèt expiret quoad ipsum fideicommissarium, & ejus hæredes, siquidem non transmittitur: attamen non eo ipso bona fideicommissi manent libera apud hæredem grauatum: sed videndum vlteriùs est, an testator aliquem substituerit vulgariter, aut per fideicommissum, ipsi fideicommissario excluso? Nam si ei substituit vulgariter, vt si dixit, *Quòd eo non succedente, bona illa relicta restituantur alteri, v.c. Titio*, tunc caducato fideicommisso in persona ipsius primi fideicommissarij, tenetur hæres restituere bona illi alteri per Vulgarem vocato; vt constat per *d. l. vnic. §. Pro secundo, & §. Sin autem aliqui, Cod. de Caduc. tol.* & patet ratione, quia defectus conditionis, qui operatur exclusionem primi, aperit locum substituto vulgari, tam in hæreditatibus, quàm in legatis, & fideicommissis, *l. Sub conditione, & l. Si ita quis hæres instituatur, ff. de Hæred. instit. l. Cohæredi, in principio, ff. de Vulgari, & similibus* apud Peregrin. *de Fideicommiss. art. 15. numer. 9.* Item si ei substituit per fideicommissum, vt si dixit; *Quòd hæres restituat post mortem suam Titio, & Titius similiter restituat Seio*; tunc etiam caducato fideicommisso in persona primi, eoquod fuerit mortuus ante hæredem, tenetur hæres restituere secundo, *d. l. vnic. §. Pro secundo, & d. §. Sin autem aliquid, Cod. de Caduc. tol.* Barthol. *in l. Quandiu, in fine, ff. de Acquir. hæred.* & omnes, prout relatis pluribus notat Peregrin. *d. art. 15. numer. 2.* Ratio redditur *in d. §. Pro secundo*, quia cui luerum defertur ob deficientiam fideicommissarij, in eum recidit onus, quod ipsi fideicommissario injunctum erat: & sic in prædictis casibus onus restituendi, quod primo fideicommissario erat impositum, recidit in hæredem, penes quem bona fideicommissi remanserunt. 1527

Quòd si fideicommissarius deficiens non habebat substitutum, habebat autem conjunctum, cui jus accrescendi competeret; tunc etiam bona fideicommissi caducati non remanent libera penes hæredem, sed accrescunt, & debent restitui conjuncto, vt habetur *in d. §. Pro secundo, & d. §. Sin autem aliquid.* Quare tunc ob prædictas causas fideicommissum simpliciter, & omnino euanescit, quando fideicommissarij deficientis nullus extat substitutus, vel conjunctus. Circa quæ plura consultò omittimus, quæ videri possunt apud Peregrin. *d. art. 15.* vbi disputando, an caducato primo gradu sequens substitutus admittatur; ad multa particularia hujus materiæ satis vtiliter descendit.

Nobis verò hæc pro Fideicõmissaria, & cæteris substitutionibus sufficiant.

(*)

DISPUTA-

DISPUTATIO V.

De ijs, qui possunt, aut debent instituí hæredes, aliâue ratione honorari in testamento?

SECTIO I.

Constituitur regula generalis in hac materia, & agitur de personis incapacibus capiendi ex testamento.

SUMMARIUM.

QVilibet homo potest instituí hæres, & capere ex testamento, qui per leges non reperitur exceptus, aut prohibitus; num. 1.

Satis est, quòd quis possit alteri acquirere ad hoc vt ei possit relinqui in testamento; ibid.

CUm proximè in superioribus disputationibus de institutione, & substitutionibus dictum sit, sequitur agendum de ijs qui possunt instituí, & substituí; ac vniuersim de omnibus qui per testamentum honorari possunt, vel non possunt: vbi tria hominum genera in considerationem veniunt. Vnum eorum quibus in testamento relinqui non potest: alterum eorum, quibus testator relinquere potest, si velit: tertium eorum, quibus non solùm potest, sed tenetur relinquere, idque titulo institutionis: Ac de his omnibus eodem ordine in præsenti agendum est.

1 ANte omnia verò pro generali regula constituendum, & habendum est, quemlibet posse hæredem instituí, & capere ex testamento, qui per leges non reperitur exceptus, aut prohibitus. Quam regulam post alios tradit Simon de Præt. *de Interpret. vlt. volunt· lib. 2. interpret. 2. dub. 1. solut. 1. num. 3. & lib. 3. interpret. 1. dub. 3. sol. 2. numer. 2.* & sumitur ex *Institut. de Hæred. instit. in princip.* vbi Iustinianus ait permissum esse hæredes instituere tam liberos homines, quàm seruos: vnde cùm omnes, aut liberi sint, aut serui, planè omnium institutio est permissa, vt bene arguit Pichar. *in d. princip. Inst. numer. 4.* Quod intelligitur exceptis ijs, qui specialiter prohibentur. Et pari generalitate quibusuis hominibus legari potest, juxta text. *in §. Legari, Instit. de legat.* ubi habetur, illos posse titulo legati capere, qui possunt hæredes instituí: satisq; est quòd quis possit alteri acquirere ad hoc vt ei possit relinqui in testamento, vt patet in seruis, qui possunt hæredes instituí; cùm non sibi, sed dominis acquirant.

Iacto prædictæ regulæ fundamento, quòd possunt capere ex testamento, quicumque per leges non sunt prohibiti: videndum priùs est, quinam sint prohibiti: siquidem ijs cognitis, statim de non prohibitis constat, facilèque ad cætera hujus disputationis propria deuenitur. Cum autem prohibiti, seu incapaces succedendi ex testamento, vel tales sint simpliciter, ita vt nemo eis possit relinquere; vel solùm respectu alicujus, quibus scilicet prohibetur successio alicujus personæ, nō

verò

verò aliarum: dicemus priùs de incapacibus simpliciter, deinde de alijs.

§. 1. *De ijs, qui sunt simpliciter incapaces acquirendi ex testamento.*

SUMMARIUM.

Recensentur plurimi, qui nec hæredes, nec legatarij, esse poßunt; numer. 2.

Non potest institui hæres persona omnino incerta, quæ non sit de certis, vel postea ex futuro euentu certificanda, nisi sit causa pia; num. 3.

Deportati, damnati in metallum, vel ad bestias, & quicumque ex damnatione fiunt serui pœnæ, etiam hodie carent factione testamenti, tam activâ, quàm passivâ, licèt aliqui dissentiant; numer. 4.

Damnati ad triremes, vel ad perpetuum carcerem, sunt simpliciter incapaces capiendi ex testamento; num. 5.

Deportatis, & quibusuis alijs incapacibus capiendi ex testamento legari possunt alimenta; num. 6. Item ij omnes, si serui pœnæ non sint, institui possunt à milite; num. 7.

In Lusitania omnes prædicti damnati possunt institui hæredes, exceptis damnatis ad mortem naturalem. Et idem est in Castella; num. 8.

Collegium illicitum non potest institui hæres: bene tamen singulæ personæ illius. Et quodnam dicatur collegium illicitum? sub num. 8.

Seruus accusatus de adulterio cum domina non potest ab illa institui; n. 9.

Qui incestas nuptias contraxerunt sunt incapaces sibi mutuò succedendi; & quomodo id sit intelligendum? n. 10.

Hæretici an sint capaces acquirendi ex testamento? num. 11. & seqq.

Pœna imposita per leges viduis nubentibus intra annum luctûs, vt non possint succedere ex testamento, nec ab intestato, correcta est per jus Canonicum; numer. 16.

Persona, quæ jam obijt, institui non potest: bene tamen, quæ nondum existit, vt posthumus. Et quomodo id intelligitur? num. 17.

Quando is, à quo hæreditas, vel legatum aufertur tanquam indigno, redditus est incapax illius, succedunt in illis bonis alij hæredes defuncti. Si autem erat capax, succedit Fiscus, nisi illius delictum respiceret offensam certæ personæ; ea enim tunc succedit, non Fiscus; num. 18.

Quando hæreditas ob indignitatem instituti deuoluitur ad Fiscum, transit in ipsum Fiscum obligatio soluendi legata, & fideicommissa. Quando autem institutus est incapax, & hæreditas deuenit ad hæredes ab intestato, transit ad illos absque onere legatorum. Et quomodo id intelligatur? num. 19.

Filij reorum læsæ Majestatis sunt incapaces cujuscumque successionis, etiam ab intestato; num. 20.

Transfugæ, seu qui deficiunt ad hostes, nequeunt honorari ex testamento, & habentur tanquam deportati; num. 21.

Ciuitatibus hostium nihil potest relinqui testamento, neque communitati Iudæorum, aliorumue infidelium, etiam apud nos commorantium; num. 22.

Institui hæredes non possunt fratres Minores, neque eorum monasteria; ibid.

Institutio incapacium sustinetur, si fiat sub cõditione, Si reddantur capaces, seu vt sint hæredes, quando capere poterunt; num. 23. Hujusmodi autem conditio nunquam subintelligitur, nisi tãtùm in seruo; num. 24. & seq.

Vt institutio valeat opus est, vt institutus sit capax tempore testamenti, mortis testatoris, & additionis hæreditatis si sit extraneus; si autem sit Suus, aut necessarius hæres, satis est quòd sit capax tẽpore testamenti, & mortis testatoris: incapacitas medio tempore contingens non nocet; num. 26.

Ergo

2 ERgo simpliciter incapaces, qui nec hæredes, neque legatarij esse possunt, hi communiter numerantur; primò, persona incerta, vt per text. *in §. Incertis, juncto §. præced. Inst. de Legat.* Secundò, deportatus, siue peregrinus, vt per *l. 2. Cod. de Hæred. instit.* Tertiò, damnatus in metallum, *l. Si in metallum, ff. de His qui pro non script. haben.* Quartò seruus de adulterio cum domina commisso accusatus, *§. 2. Instit. de Hæredib. instit.* Quintò, collegium, nisi probetur licitum, *l. Collegium, Cod. de Hæredib. instit.* Sextò, incestuosi, *Auth. Quibus mod. natural. efficiantur sui, §. vltim. collat. 7.* Septimò, hæretici maioris hæresis, vt *l. Manichæos, §. Ipsos quoque, & §. Ergo, Cod. de Hæret.* Octauò apostatæ, *l. Hi qui sanctam, Cod. de Apostatis.* Nonò, mulier nubens intra annum à tempore mortis mariti. *Auth. De nuptijs, §. 1. collat. 3.* Hos omnes numerat Glos. 1. *in d. §. Legari, Instit. de Legat.* Eorumdem meminit Speculat. *2. p. tit. de Instrum. edit. §. Compendiosè, col. 4.* vbi præter alsignatos numerat quoslibet hæreticos ab Ecclesia damnatos, per *cap. Excommunicamus, in princip. & cap. pen. de Hæret.* Item qui non est in rebus humanis, per *l. Quidam referunt, ff. de Iure Codicil.* Tandem, & generaliter omnes indignos, vt per totum *tit. ff. Et Cod. Quibus vt indignis.* Eosdem ferè recenset Simon de Præt. *lib. 2. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 2. dub. 1. solut. 2. num. 4.*

3 Cæterùm in his ferè omnibus magna opus est explicatione, vel moderatione, quia in primis quòd attinet ad personam incertam, licèt olim non potuerit instituì, hodie tamen posse affirmat Donel. *lib 6. de Iure Ciuili, cap. 17. ad finem,* per ipsummet text. *in d. §. Incertis, Instit. de Legat.* quatenus ibi dicitur quòd olim id concessum non erat; quo planè innuitur jam hodie concedi. Et quidem valere institutionem, & legatum relictum personæ incertæ, quæ aliquo futuro euentu certificabitur, vt ei qui testatoris filiam duxerit, vel primus ad ejus funus venerit: item relictum personæ incertæ de certis, quæ non venit certificanda, vt cùm instituitur, vel legato honoratur vnus de filijs Sempronij, tradidimus cum communi sententia *disp. 3. sect. 6. num. 116. & 118.* consentit Pichar. *Inst. de Bon. possess. in princip. num 5. & seqq.* vbi docet, etiam alienum posthumum posse, ac semper potuisse hæredem instituì; quia licèt sit incertus tempore testamenti, & mortis testatoris; attamen venit certificandus ex futuro euentu, & est incertus de certis, nempe de certa muliere, vel quæ ipsa posthumi natiuitate certificabitur. Quando autem instituta esset persona penitus incerta, idest nec de certis, nec postea certificanda, tunc institutio non valebit, nisi esset facta ex causa pia, ut cùm testator dixisset, se relinquere bona sua Ecclesiç non designando hanc vel illam, vel si jussisset ea in pauperes distribui, vt *d. sect. 6. sub num. 103.* declaratum est, qua *eadem sect.* plura dicta sunt pro casu quo nó constat de qua persona testator senserit in institutione, vel legatis.

Deinde circa deportatos, & damnatos 4
in metallum, non desunt qui teneant illos hodie per nouum jus Ciuile factioné habere testamenti tam actiuam, quàm passiuam, & sic hæredes, & legatarios esse posse, si sint ingenui; eoquòd per *Auth. Sed hodie, Cod. de Donat. inter vir. & vxor.* nullus hodie qui liber sit natus, efficiatur ex damnatione seruus pœnæ, qui scilicet ex supplicio ciuitatem, & libertatem amittat: vnde videtur cessare fundamentum ex quo antea deportati, & damnati in metallum carebant factione testamenti, quod erat, quia cùm ciuitatem amitterent desinebant esse ciues Romani, & habebantur pro mortuis, quoad omnia quę erant juris Ciuilis. Ita sentiunt Couar. *in rubr. de Testament. p. 3. num. 27.* Anton. Gom. *in l. 4. Tauri, num. 2.* & alij. At contrarium meritò docet post alios Molina *tom. 1. de Iust. tract. 2 disp. 9. sub num. 5. & disp. 154. vers. De jure Ciuili,* & constat satis ex traditis *disp. 1. sect. 2. §. 6. num. 82. & 88.* vbi ostendi-

mus

mus etiam hodie hos damnatos esse intestabiles. Ratio quoad deportatos est manifesta; quia per *d. Auth. Sed hodie*, solùm fuere correcta jura antiqua quoad damnatos, qui fiebant servi pœnæ, vt deinceps libertatem non amitterent: vnde nihil fuit immutatum quo ad deportatos, qui non libertatem, sed solum ciuitatem amittebant. Quare cùm factio testamenti non sit concessa ijs, qui ciuitate carent, planum est quòd etiam hodie deportatis non competit. Quoad damnatos in metallum inde etiam constat; quia licèt per *d. Auth. Sed hodie*, sit eis indultum, ne fiant serui pœnæ, & sic quòd libertatem non amittant; at non est illis remissum, quòd ciuitatem amittant vt contra Benedictum Ægydium declarauimus *d. §. 6. num.* 83. Atque idem dicendum de damnatis ad bestias, ac de cæteris, qui olim fiebant serui pœnæ, & à fortiori de damnatis ad mortem naturalem, cùm verius sit quòd hi, etiam hodie, non solùm amittant ciuitatem sed etiam libertatem, vt cũ Barth. & cõmuni probauimus, *d. § 6. n. 65.*

5 Hinc colligas damnatos ad triremes esse simpliciter incapaces capiendi ex testamento, vt in specie notat Donel. *de Iure Ciuili lib. 6 cap.* 17. & post alios Simon de Præt. *d. solut.* 1. *numer.* 10. quia æquiparantur damnatis in metallum, vt est communis sententia, quam relatis multis tradidimus *disp. 1. sect. 2. §. 6. numer.* 85. Idemque dicendum de damnatis ad perpetuum carcerem, quia hi quoque damnatis in metallum comparantur, vt etiam *d. §. 6. num.* 86. ex multis DD. aduertimus.

6 Nota verò primò omnibus prędictis legari posse alimenta: hæc enim cuilibet relinqui possunt, etiam aliàs simpliciter incapaci, & qui habetur pro non scripto, *l. 3. ff. de His quæ pro non scriptis hab.*

7 Nota Secundò deportatos, & cæteros, qui aliàs nequeunt capere ex testamento posse hæredes institui à milite, si non sint serui pœnæ, *l. Neque, & ibi Glos. ff. de Milit. testam.* vnde cùm hodie nullus ingenuus efficiatur seruus pœnæ ex damnatione ad mortem ciuilem, *d. Auth. Sed hodie*, consequens est quòd hodie tam deportati, quàm damnati ad metallum, & quodlibet opus publicum, vt ad remos, & si quod est simile, possunt esse hæredes, & consequenter etiam legatarij ex testamento militis; id quod etiam in damnatis ad mortem naturalem locum habet, juxta probabilem sententiam, quæ tenet, etiam respectu illorum, si sint ingenui, sublatam esse illam seruitutem, per *d. Auth. Sed hodie*. Cujus tamen oppositum cum cõmuni docuimus *disp. 1 sect. 2. §. 6. n. 65.*

Nota tertiò quod in hoc regno Lusitaniæ omnes prædicti damnati, præter damnatos ad mortem naturalem, videntur posse capere ex testamento, quia *lib. 4. Ordin. tit.* 8. vbi agitur de ijs qui non possunt testari, nulli alij damnati præterquam ad mortem naturalem, pronuncian- 8
tur intestabiles. Unde videtur cæteris omnibus permitti quòd testari possint, vt tenet Molina *d. disp. 9. numer. 9.* Ex quo rectè infertur, quòd etiam eis permittitur, vt possint instituí, & capere ex testamento, quia in ejusmodi damnatis actiua, & passiua factio testamenti à pari procedunt: si enim sunt priuati ciuitate, vtrâq; carent; si ciuitate gaudent, vtramq; habent. Et ita sentit idem Molina *d. tract. 1. disp. 154. vers. De jure Ciuili*, vbi addit idem esse de jure Castellæ, *in l. Tauri*, 4.

Pro Collegio etiam illicito notandũ, illicitum censeri si publica authoritate constitutum non sit. Cæt rùm licèt tale collegiũ hæres esse nequeat, tamen particulares illius personæ rectè possunt instituí, *l. Cum Senatus, ff. de Rebus dubijs.*

Circa seruum accusatum de adulterio cum domina, constat eum non esse omni- 9
no incapacem institutionis, sed solùm respectu ipsius dominæ, vt scilicet pendente 11
accusatione de illo crimine nequeat ab illa instituí. Sic enim habet text. *in d. §. 2. Inst. de Hæredib. instit.* & in *l. His verbis, §. Interdum, ff. eod. tit.* Vnde si ab alio instituatur valida erit institutio, sicut de quolibet alio seruo alieno.

Quod præterea subditur de incestuosis, minimè habetur, *illo §. vltim. Authentic. Quibus modis* 10

nat. offic. sui sed solùm quadam ex parte colligitur ex *l. Siquis incesti, 6. Cod. de Incestis nuptijs*, vbi constituitur, quod contrahentes incestas nuptias nec ex testamento, nec ab intestato possint habere successores, præter quasdam personas ibi declaratas, & quod ijs deficientibus, succedat illis Fiscus in omnibus bonis. Ex qua Constitutione sequitur ipsos incestuosos reddi quidem incapaces sibi mutuò succedendi, non autem succedendi alijs: vnde eorum incapacitas non est simpliciter, sed solùm respectu complicis. Et ita intelligit Donel. *de Iure Ciuili, lib. 6. cap.* 17. illud etiam rectè aduertit Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 3. dub. 46. num. 6.* dictam Constitutionem solùm obligare post sententiam; cùm sit facta in pœnam nuptiarum incestarum; ac proinde si dicti incestuosi ante sententiam criminis declaratoriam aliquid donent, vel relinquant alicui personæ in dicto textu non permissæ, tenere factum, nec donatarium teneri restituere ante sententiam.

11 Quod etiam dicitur de hæreticis, eos esse incapaces acquirendi ex testamento, sine magna controuersia non transit. Cõtrariam enim sententiam stando in jure Ciuili & Canonico, tenet Sanch. *tom. 1. in Decal. lib. 2. c. 14. n. 34.* juncto *n. 31.* vbi respondet ad omnes textus, ex quibus illa incapacitas ab Aduersarijs asseritur & plures DD. pro hac sua opinione adducit. Iuxta quam concludit hæreticos posse retinere bona sibi testamento relicta, quamdiu sententia criminis declaratoria aduersus eos non profertur; eâ verò secutâ, amittere illa Fisco, sicut cætera bona quæ habebant.

12 Nihilominus communissima sententia, à qua recedendum non videtur, est hæreticos esse simpliciter incapaces cujuslibet successionis, etiam ab intestato. Hanc præter Glos. & DD. sup. *n. 2.* citatos, tenent Quemada *in suis QQ fiscalibus, q. 18. per tot.* Menoch. *consil. 185. num. 14.* & *consil. 186. n. 14. volum. 2.* & *consil. 1128. n. 4.* & *5. vol. 12.* Simanc. de Cathol. instit. *tit. 9. 124.* Meres de Maioratib. *in 1. edit. p. 1 q. 1. n. 91.* & *seqq.* Auendan. junior *in l. 4. Tauri, Glos. 7 n. 11.* Ceruantes ibid. *n. 38* & *39.* Azeued. *lib. 8. Recopil. tit. 3. l. 1. n. 164.* Tellius *in d. l. 4. Tauri, n. 49.* Vazq. *1. 2. disp. 169. c. 3 n. 32.* Azor. *p. 1. Inst. moral. lib. 5. c. 8. q. 1.* & *lib. 8. c. 12 q. 8.* & alij. Quæ quidem sententia sufficienter probatur per *d. l. Manichæos, 4.* juxta communem intellectũ, *C. de Hæret.* Et in regno Castellæ est citra dubium, vt ipse etiam Sanch. fatetur *d. n. 34. per l. fin. tit. 7. p. 6.* Quòd si hæretici sint apostatæ, ideſt, qui à fide Catholica defecerunt postquam eam fuerant professi, etiam de jure communi videtur citra dubium eos carere factione testamenti, etiam passiua, vt patet *ex d. l. Hi qui sanctam, 3.* ibi; *Testamenti non habeant factionem, nulli in hæreditate succedant, à nemine scribantur hæredes; Cod. de Apostatis.*

Iuxta hanc sententiam si hæretico aliquid per vltimam voluntatem relinquatur, tenetur non acceptare; & si accepter, debet illud restituere alijs hæredibus, quia cùm sit incapax succedendi, nullum jus sibi acquirit: vnde neque Fiscus qui est successor talis delinquentis potest ratione illius bona illa occupare; ac proinde dimittenda sunt alijs hæredibus defuncti. Ita Quemada, Simanc. Meres, Auendan. Menoch. & Ceruantes *loc. cit.* Quod etiam procedit in hæreditate relicta ab intestato, vt notant Simanc. Meres, & Auendan. ibidem. Constatque apertè hæc resolutio ex illa regula, quòd vbi lex ob proprium constituti delictum reddit illum incapacem hæreditatis, non applicat illam Fisco, sed alijs hæredibus, vt constat per text. *in l. Si in metallum, 3 ff. de His quæ pro non scriptis hab. cum concord.* Aduerte autem hanc resolutionem procedere, nisi relinquens sciret eum, cui relinquit, esse hæreticum; nam tunc in pœnam ipsius relinquentis tale relictum confiscaretur. Ita Sanch. *dict. cap. 14. numer. 28.* post Simanc. *de Cathol. instit. tit. 46. numer. 56.* Azeued. *dict. l. 1. numer. 160* & Azor. *1. p. Inst. moral. lib. 5. cap. 8. quæstion. 1* & *lib. 8 cap. 12. quæst. 8.* 13

No-

14 Notandum hic etiam est ex Sanch. *sup num.* 40. Castro Palao *tract. 4. de Fide, disp. 5. puncto 26. num. 7.* & alijs, quos refert, dictam incapacitatem solùm habere locum in hæretico, quamdiu talis perseverat; nam si resipiscat, & à fortiori si per Ecclesiam reconcilietur, totum illius incapacitatis fundamentum cessat; & ita illa etiam cessat, necesse est. Quocirca si hæreticus relictum sit annuum legatum pro alimentis, quo casu tot sunt legata, quot anni quibus legatum cedere debet, *l. Si cum præfinitione, 20. ff. Quando dies legati ced.* præstari debent ea legata, seu alimenta illi homini singulis annis, postquam resipuerit, vel saltem postquam per Ecclesiam fuerit absolutus; quia cùm sint plura legata, quæ singulis annis cedunt, tunc quæ cedant quando ille est Catholicus, ei omnino debentur, nec propter præteritam hæresim confiscantur. Quæ autem cessarunt tempore hæresis pertinent ad Fiscum, & publicari debent, sicut cætera bona, quæ hæreticus habebat; nam quamuis hæreticus juxta sententiam, quam sequimur, sit simpliciter incapax acquirendi ex testamento, attamen hoc limitatur in legatis alimentorum, vt limitatur ex *d. l. Si in metallum, 3. ff. de His quæ pro non script. haben.* & tradit in specie Sanch. *d. cap. 14. num. 41.* licèt contradicat Palaus *supra, num 9.* qui putat ea quæ cesserunt tempore hæresis pertinere ad alios hæredes. Totam hanc resolutionem amplectitur, & latiùs probat idem Sanch. *n. 42. & seqq.* vbi alios refert.

15 Illud quoque in præsenti non omittendum, esse specialiter prohibitum clericis *in cap. Si quis Episcopus, & c. In eos, de Hæret.* sub pœna anathematizationis post mortem, ne hæredes instituant hæreticos, vel paganos, etiamsi cõsanguinei sint. Itẽ in regno Castellæ per *l. vlt. tit. 7. Part. 6.* neq; Mahometanus, neq; Iudæus potest hæres institui à Christiano, eoque ipso hæreditas deuoluitur ad hæredes ab intestato. Notat hoc Mol. *tom. 1. de Iust. disp.*
16 *154. vers. De jure regni.*

Quod vlterius dicitur de vidua nubente intra annum luctûs, licèt ita constitutũ sit perjus Ciuile, vt latè declarat Sanch. *lib. 7. de Matrim. disp. 87. n. 7. & seqq.* vbi *n. 9.* concludit, talem viduam esse de jure Ciuili simpliciter incapacem capiendi ex testamento, tam ab extraneis, quàm à conjunctis, & ab intestato à conjunctis vltra tertium gradum. At tota hæc pœna, & aliæ viduis nubentibus intra annum luctûs per jus Ciuile impositæ abrogatæ sunt per jus Canonicum, vt est communis penè omniũ sententia, quam probat text. *in c. fin. de Secund. nupt.* vbi quanuis sola pœna infamiæ expressè auferatur; at ratio, quæ de illa redditur, cæteras etiam comprehendit, vt patet ex illis verbis, ibi; *Non debet legalis infamia sustinere censuram, quæ licet post viri obitum infra tempus luctûs, scilicet vnius anni spatium, nubat, concessâ sibi tamen ab Apostolo vtitur facultate;* & ita innumeris penè DD. relatis, docet idem Sanch. *d. disp. 87. numer. 23. cum seqq.*

Quod deinde additur de persona, quæ 17
non est in rebus humanis, intelligitur de persona, quæ non existit, eo quod jam è viuis excesserat. De hac enim loquitur *d. l. Quidam referunt, ff. de Iure codicil.* & patet ratione quia, qui jam obijt non potest redire in hunc mundum; & ita nihil potest capere, nec jus aliquod acquirere ex testamento. Si autem loquamur de eo, qui non est in rebus humanis, aliquando tamen existet, vt post humus, qui nondum conceptus est, is profectò rectè potest institui; imò, si est post humus Suus, qualis est qui natus inter suos futurus est hæres testatori, *§. Ita demum, vers. Posthumi, Instit. de Hæred. quæ ab intest.* non solùm potest, sed debet institui, aut exhæredari, ne natus testamentum rumpat se præteritum inueniens, *§. Posthumi, Instit. de Exhæred. liber. l. 1. & 3. Cod. de Posthum. hæred. instit. l. Posthumo nato, C. de Bon. possess. contra tab. cum similib.* Si autem sit post humus alienus, qualis est, qui natus inter suos hæres testatori futurus non est, *§. Posthumo quoque, Instit. de Legat.* is etiam bene potest hodie institui, & legato honorari, licèt olim aliter se res ha-

baret, §. *Sed nec hujusmodi, Inst. de Legat.* Qua de re latè Pichar. *Instit. de Bonor. possess. in princip.*

18 Quod tandem dicitur de indignis, non ita accipiendum est, quasi omnes, qui vt indigni à successione remouentur, sint illius incapaces; nam ij, de quibus agitur in *tit. ff. & Cod. Quibus vt indignis*, qui Fisco hæreditatem amittunt, omnes sunt capaces illius, eamque acquirunt, alioqui deuolueretur ad alios hæredes, Fisco penitus excluso; est enim receptissima regula per *dict. l. Si in metallum*, 3. *ff. de His quæ pro non script. habentur*, quòd, quando is, à quo hæreditas, vel legatum aufertur tanquam indigno, redditur incapax, & inhabilis per legem ad succedendum, illa relicta non applicantur Fisco, sed hæredibus venientibus ab intestato, vel alijs cohæredibus, si alij instituti sunt; quando autem non redditur incapax, applicantur Fisco, quia tunc acquiruntur ipsi indigno, & consequenter nullum jus supereſt hæredibus, proindeque si ab eo vt indigno auferantur, succedit Fiscus: sic quoad vtramque partem: Barthol. *in l. Hæreditas, numer.* 3. *cap. Quibus vt indignis*, & ibi Bald. *numer.* 6. Paul. de Castr. *num.* 5. Salic. *numer.* 10. Iaſ. *numer.* 10. & cæteri *ibidem*, Molina Iurista *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 9. *numer.* 26. *& seq.* Prætis *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 3. *solut.* 2. *numer.* 7. multique alij, quos refert & sequitur Sanch. *lib.* 7. *de Matrimon. disp.* 87. *numer.* 8. Posterior tamen pars, quòd scilicet quando indignus non redditur incapax, applicatur Fisco, intelligenda est, nisi delictum, quo ille redditur indignus, respiceret offensam certæ personæ; tunc enim illi, & non Fisco, bona applicarentur. Sic Barthol. Paul. de Castr. Salic. Iaſ. & Sanch. *loco citat.* Utrùm verò Fiscus excludat substitutum datum instituto indigno succendi capaci? Vide *supra disp. præced. sect.* 2. §. 11. *per tot.*

19 Ex quibus autem causis hæres efficiatur indignus, ita vt hæreditatem Fisco amittat, constat ex toto *d. tit. ff. & Cod. Quibus vt indignis*, & latè post alios declarat Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 178. Illud tamen aduerte, quando hæreditas ob indignitatem instituti ad Fiscum deuoluitur, transit in ipsum Fiscum obligatio soluendi legata, & fideicommissa; idque licèt institutus non adiuisset hæreditatem, vt cum communi tradidimus *disp.* 2 *sect.* 10. §. 2. *num* 406. Quando autem institutus est incapax, & hæreditas deuenit ad hæredes ab intestato, vt fit quando non sunt instituti alij capaces, tunc transit ad illos absque onere legatorum, & fideicommissorum, nisi in testamento apposita sit clausula Codicillaris, vel alia ratione ipsi hæredes ab intestato sint rogati à testatore, quia in tali casu hæreditas deuoluitur ad hæredes ab intestato, non ex voluntate testatoris, sed ex lege, atq; adeo sine onere à testatore injuncto, *l.* 1. §. *fin. ff. de Leg.* 3.

Præter superiùs commemoratos, sunt 20 simpliciter incapaces cujusque successionis, etiam ab intestato, filij reorum læsæ Majestatis, vt expressè constituitur *in l. Quisquis*, 5. §. 1. *C. Ad Leg. Iul. Majestatis.* Vnde à fortiori arguitur idem dicèdũ de ipsis reis, vt videtur sentire Sanch. *tom.* 1. *in Decal. lib.* 2. *c.* 14. *n.* 31. & tenent expressè Cepola *consilio Ciuili.* 58. *n.* 24. Gigas *tract. de Crimine læsæ Majest. lib.* 2. *tit. de Pœnis committentium hoc crimen, q.* 31 *per tot.* Decian. *in sua Practica, lib.* 7. *c.* 40. *n.* 26. Meres *de Maioratib. in* 1. *edit. part.* 1. *q.* 1. *n.* 100. Ceruantes *in l.* 4. *Tauri, num.* 42.

Neque etiam testamento honorari pos- 21 sunt transfugæ, seu qui deficiunt ad hostes, vt notat Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, c.* 17. *per l. Amissione*, 5. §. 1. *ff. de Capit. diminut.* vbi hi plectuntur amissione Ciuitatis, & consequenter priuantur factione testamenti tam actiua, quàm passiua; cùm desinant esse ciues, & sic habeãtur tanquá mortui quoad omnia, quæ sunt juris Ciuilis, sicut deportati, & alij qui mediam capitis diminutionem patiuntur, de quibus *sup. n.* 4. dictum est. Vnde generaliter omnes peregrini, ideſt, qui ciuitatem amiserunt, dictam incapacitatem habent, vt idé Donel. notauit, & habetur expressè *in l.* 1. *C. de Hæred. instit.*

Sunt

Sunt etiam incapaces ne instituti, eisue
22 relinqui possit, ciuitates hostium; *l. Omnibus, ff. Ad Trebel.* Item communitas Judæorum, & quælibet alia infidelium, etiamsi apud nos commorentur, & permittantur, *l. 1. Cod. de Iudæis.* Fratres quoque ordinis Minorum, eorumq; monasteria cum incapacibus numerantur; quia hæredes esse non possunt; qua de re dicemus, *sect. seq.*

Ad extremum pro quibuscumque in-
23 capacibus sciendum, si instituantur sub conditione, *Si reddantur capaces*, seu, *vt sint hæredes, quando capere poterunt*, talem institutionem sustineri ex benignitate, vt expresse habetur, *in l. In tempus, 62. ff. de Hæred. instit.*

Quæres an dicta conditio subintelliga-
24 tur, quando incapax fuerit purè institutus, & consequenter, an talis institutio valeat pro casu, & tempore quo incapacitas cessauerit? Respondetur negatiuè, quia hæreditas relicta incapaci in ea est causa, acsi ille scriptus non esset, vt de deportatis, & peregrinis habetur *in d. l. 1. Cod. de Hæred. instit.* vnde portio eis relicta, vel pertinet ad cohæredes, vel si hi non extent, ad hæredes legitimos, seu abintestato venientes; vt generaliter de omnibus, quæ habentur pro non scriptis traditur *in dict. l. Si in metallum, 3. ff. de His quæ pro non script.* Si autem intelligerentur instituti sub illa conditione, & sic validè in illius euentum, minimè verificaretur, eos haberi pro non scriptis; cùm non parui momenti eorum institu-
25 tio foret; & ita docet Donel *à. cap. 17.*

Fallit autem hæc resolutio in seruo, qui semper intelligitur institutus, vt possit sibi capere & acquirere, si capax fiat, idest, si ante aditam hæreditatem fiat liber, *l. Si Paterfamil. 40. ff. de Hæredib. instit.* quod procedit etiam si sit seruus domini, qui capere non possit; nam tunc quoque si antequam adeat, sit manumissus, sibi acquirit, vt sentit Donel. vbi *supra, per l. Si seruus ejus, 81. ff. de Acquir. hæred.* vbi est casus expressus. Vnde non placet, quod in contrarium scribit Usuald. *in not. ad loc. cit. Donel. lit. K.*

Quæres præterea, quid dicendum, si 26
rectè initio institutus, postea fiat incapax? Respondetur, si institutus sit extraneus, opus esse vt sit capax tribus temporibus, nempe testamenti, mortis testatoris, & aditionis hæreditatis, *l. Si alienum, 49. §. 1. ff. de Hæred. instit. & §. In extraneis, Inst. de Hæred. qualit. & different.* vnde incapacitas medio tempore contingens non nocet, vt in ijsdem textibus declaratur. Si autem institutus sit Suus, aut necessarius hæres, satis est quòd sit capax tempore testamenti, & mortis testatoris, quia in hoc non requiritur aditio ad hoc vt hæreditatem acquirat. Ratio, cur dicta tempora sint necessaria, redditur in textibus citatis, & latiùs eam declarat Usuald. *in not ad Donel. enucleatum lib. 8. cap. 13. lit. E.* Et ibi præcipuè expendit necessitatem capacitatis tempore testamenti, idque siue hæres institutus sit purè, siue conditionaliter, excepto casu, quo institutus sit sub conditione, *Si capax efficiatur* juxta supra dicta, *numer. 23.*

§. 2. *De ijs, qui solùm respectu alicujus personæ certæ sunt incapaces succedendi. Vbi de filijs spurijs.*

SUMMARIUM.

Filij spurij sunt simpliciter incapaces succedendi respectu patris, & interdum etiam respectu matris; numer. 27.

Qui sint, & dicantur filij legitimi? num. 28. & seqq.

Qui sint, & dicantur filij naturales, tum Cæsareo, tum Canonico jure spectato, tum etiam Lusitano? numer. 32.

Spurij dicuntur omnes illegitimi, qui naturales non sunt. Atque ex illis quidam sunt ex coitu damnato, & punibili in foro externo: alij verò ex non punibili; num. 33. Et quinam coitus illegitimus non dicatur damnatus, nec punibilis; num. 24.

Filij naturales non sunt omnino incapaces succedendi patri, & in Lusitania, si pater sit plebeius, ei succedunt pariter cum legitimis; num. 35.

Omnis spurius de jure Cæsareo est incapax succedendi patri. tam ex testamento, quàm ab intestato. Et idem est de jure Lusitano; num. 36.

Spurius ex coitu damnato, & punibili per leges, est etiam incapax succedendi matri, tam ex testamento, quàm ab intestato; num. 37.

Vtrum spurius ex coitu damnato, non autem punibili per leges, sit etiam incapax succedendi matri? numer. 38. & seqq.

Quid spectato jure Lusitano; num. 41.

Vtrùm filius conjugati, vel clerici, & solutæ succedat matri? num. 39.

Spurius non potest à patre substitui vulgariter, neque fideicommissariè: potest autem pupillariter; num. 42. & seq.

Amicus, cui testator habens filium spurium bona sua relinqueret sub fide, & promissione, quòd ea restituet illi filio, non tenetur talem promissionem implere; num. 44.

Vtrùm nihilominus talis amicus possit ea bona sibi retinere, & illi spurio dare, si velit? num. 45, & seqq. Tam testator, quàm ille amicus promittens, se restituturũ bona spurio, grauiter peccat; num. 48.

Spurius vtiliter potest à patre instituì sub conditione, si à Principe legitimetur, vel si pater in testamento, ei det licentiam faciendi se legitimari; num. 49.

Vtrùm dum illa conditio pendet, possit talis spurius petere bona paterna, vt ea administret? num. 50.

Si spurius à patre institutus legitimetur post conditũ testamentũ viuo ipso patre conualescit institutio. Secus autem, si legitimetur post mortem patris; ibid.

INcapaces succedendi respectu alicujus tantùm personæ certæ, præter seruum accusatum de adulterio cum domina, & pollutos incestis nuptijs, de quibus occasione simpliciter incapacium satis §. *præced. num.* 9. & 10. dictum est, sunt tantùm filij illegitimi, ijque spurij, qui licèt ob natalium defectum, non sint simpliciter incapaces capiendi ex testamento; incapaces tamen sunt respectu patris, & interdum etiam respectu matris quare de his nobis in præsenti, & in seqq. §§. plenius agendum est; cùm materia sit frequens, & multis dubitationibus obnoxia. 27

Ante omnia ergo præ oculis habendum, filios quosdam esse, & dici legitimos; quosdam naturales; quosdam spurios. Legitimi sunt, & dicuntur, qui ex matrimonio in facie Ecclesiæ cũ bona fide, saltem ex parte alterius conjugis, celebrato nati sunt, esto matrimonium propter occultum impedimentum fuerit nullum. Ita *per cap.* 2. & *cap. Ex tenore, qui filij sint legitimi* docent communiter DD. Glos. *in cap. Cum inhibitio, verb. Ambo, de Clandestin. despon.* Duen. *regul.* 150. *limit.* 2. *vers. Circa.* Costa *in cap. Si pater,* 1. *p. verb. Vxorem, num.* 2. *de Testament. in* 6. Martinso *lib.* 5. *recopil. tit.* 1. *Glos.* 1. *num.* 116. Molin. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 165. *in princip.* Mol. Iurista *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 1. *numer.* 12. Sanch. *de Matrimon. lib.* 8. *disp.* 34. *num.* 46. & cum multis alijs August. Barb. *in Collect. ad d. cap.* 2. *num.* 4. & 9. & *d. cap. Ex tenore, num.* 2. & 4. 28

Vbi notandum cum Costa Sanch. Barb. *vbi supra*, & alijs, quos referunt, quòd licèt talis filius gaudeat jure legitimitatis, etiam respectu parentis, qui nulliter mala fide contraxit, ipse autem parens minimè tali jure gaudet respectu illius filij; sed solus innocens, qui contraxit bona fide: quanuis probabilitate etiam non careat, vtrumque parentem censeri legitimum, ac proinde posse succedere illi filio, vt cum Auendan. & Ceual. aduertit idem August. Barb. *in d. cap. Ex te-* 29

tenore, num. 4. fine.

Notandum præterea, licèt matrimonium celebratum non sit in facie Ecclesiæ, si
30 tamen sit validum, vt quia clandestinum ob non præmissas denuntiationes, filios ex eo genitos legitimos esse, vt relatis pluribus tradit, ac bene probat Sanch. *lib. 3. de Matrimon. disp. 42. num 8* & Augustin. Barb. *in Collect. ad cap. Quod nobis, 9. numer. 3. Qui filij sint legitim.* licèt nonnulli refragentur, qui merito audiendi non sunt. Si autem tale matrimonium fuit invalidum, tunc licèt fuerit contractum bona fide, seu cum ignorantia impedimenti, filij ex eo geniti legitimi non euadunt, vt probat text. *in cap. fin. §. Si quos verò, de Clandestin. desponsat.* Ratio deducta ex ipso textu est, quia illa impedimenti ignorantia, non censetur probabilis, sed potiùs affectata; cùm contrahentes omiserint requisita ad veritatem assequendam. Vnde rectè Barthol. *in l. fin. in princip. ff de Ritu nupt. & l. Post contractum, numer. 7. ff de Donat.* dixit, celebrantem actum prohibitum palam, posse excusari prætextu ignorantiæ; secus si clam: & procedit hoc, non solùm quando matrimonium fuit nullum ob impedimentum consanguinitatis, vel affinitatis, vel cognationis, vt nonnulli putant; sed etiam ob quodlibet aliud, ad quod detegendum denuntiationes conferre possunt, vt bene Sanch. *d. disp. 42. num. 4. & 5.*

Sunt etiam legitimi, qui cùm à princi-
31 pio solùm essent naturales, subsecuto postea parentum matrimonio honorati sunt; quia filij naturales fiunt legitimi per subsequens matrimonium parentum, *cap. Tanta, Qui filij sint legit.* retrotrahitur enim juris fictione matrimonium ad tempus natiuitatis illorum filiorum, & sic fiunt verè & propriè legitimi, vt resoluunt communiter DD. quos longa serie refert Augustin. Barb. *in Collect. ad d. cap. Tanta, num. 14.* Vnde notant bene Couar. *in Epit. in 4. Decretal. p. 2. cap. 8. §. 2. numer. 13.* Molina *tom. 1. de Iust. disp. 172. vers. Vt naturales*, & alij apud Barb. *loc. citat.* etiam ipsis filijs, & parentibus inuitis, eos reddi legitimos; quia non priuilegio, sed juris authoritate hæc legitimatio inducitur. Et in hoc differunt isti legitimi à legitimatis per Principem, qui non inurti, nec ipso jure, sed per rescriptum legitimationem assequuntur, vt Molina *cit.* aduertit. Cum legitimis numerantur etiam adoptati, vel arrogati respectu adoptantis, vel arrogantis; sed hi solùm fictione juris, ad certos quosdam effectus filij dicuntur, cùm verè filij non sint.

Naturales filij jure Cæsareo ij tantùm
32 dicuntur, quos quis suscepit ex vnica concubina domi retenta, inter quam & ipsum virum tempore conceptionis, vel natiuitatis eorum filiorum, non erat impedimentum ad matrimonium contrahendũ. Ita docent omnes, & constat *ex Auth. Quibus mod. natural. effician. sui, §. Si quis autem defunctus*, & multis alijs juribus. Iure autem Canonico, vt filij dicantur naturales, & tales judicentur quoad ea, quæ naturalibus sunt concessa, satis est quòd tempore, quo concepti, aut nati sunt, possent eorum parentes matrimonio copulari, licèt mulier domi retenta non esset. Ita etiam omnes per dictum *cap. Tanta, Qui filij sint legitimi.* Et idem est de jure aliquorum Regnorũ, quod specialiter de Iure hujus regni Lusitaniæ aduertit Molina *disp. 165. vers. Illud verò*, & constat apertè *ex lib. 4. Ordin. tit. 92. in princip.* item de jure Castellæ hoc ipsum habetur *in l. 11. Tauri, quæ in noua recopil. est l. 9. tit. 8. lib. 5.* & tradit idem Molina, & cum multis alijs Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 3. dub. 1. num. 2.* licèt aliud olim haberetur de jure Partitarum, *l. 1. tit. 13. p. 4.* alijsque in locis Utrùm verò satis sit, quòd dicti parentes possent validè inter se matrimonium contrahere, quanuis non possent licitè, ob aliquod impedimentum non dirimens? Respondeo affirmatiuè; quia *in d. c. Tanta*, solùm excluduntur, & spurij habentur, qui geniti sunt ex parentibus dirimẽs impedimentũ habentibus. Et ita etiãjudicatũ fuisse spectato jure Lusitano, testatur Cab. *1. p. decis. 101. in princ.* Adhuc tamen in hoc Lusitanię regno dubitari potest: vtrùm ad hoc vt filij sint naturales, opus sit non esse genitos

tos ex pluribus concubinis, quas pater eodem tempore haberet? Illos enim naturales non esse a effectum succedendi patri, judicatum fuit in Senatu Portuensi anno 1586. teste Emman. Barbosa *in Remissionibus ad cit. loc. Ordin. numer.* 17. videturque fundari bene in ipso textu, ibi: *Ou tiuer hũa sò manceba*, & ita expressè tenet Cald. *de Nominat. q.* 21. *numer.* 17.

33 Spurij dicuntur omnes illegitimi, qui naturales non sunt: vnde stando in jure Cæsareo, omnes sunt spurij, qui non ex legitimo matrimonio, neque ex vnica cõcubina domi retenta geniti sunt. Stando autem in jure Canonico, & illorũ Regnorum, vbi idem quoad hoc receptum est, illi tantùm sunt, & dicuntur spurij, qui geniti sunt ex parentibus, inter quos tempore conceptionis vel natiuitatis ipsorũ filiorum matrimonium constare non poterat, absque dispensatione. Præterea spurij, alij sunt ex coitu damnato, & punibili in foro externo, alij ex non punibili.

34 Ille autem coitus, quoad præsens institutum non est damnatus nec punibilis, pro quo nullæ pœnæ sunt constitutæ per leges: damnatus verò & punibilis est, qui aliquâ pœnâ legis punitur. Ita communiter definiunt DD. vt apud infra citandos videre licet. Unde coitus adulterinus cum aliena vxore, & incestuosus cum consanguinea, vel affine, intra gradus jure Canonico prohibitos, dicitur damnatus & punibilis: punitur enim tum jure communi, tum Lusitano *lib. 5. Ordinat. tit.* 17. Punibilis etiam & damnatus est in hoc Regno coitus sacrilegus cũ monacho aut monacha, vel clerico in sacris; cùm pro eo certa pœna statuatur *eodem lib. 5. Ordin. tit.* 15. *&* 30. Hoc autem quoad monachum, & clericum intelligitur, non de vno, vel altero actu, sed si per modum habitus, saltem per sex menses, illa sacrilega communicatio habita fuerit. Quia Ordinat. Lusitanæ, *d. tit.* 30. solùm hanc pessimam consuetudinem puniunt: & ita sentiunt aliqui, apud Molinam *disp.* 167. *vers. Licèt in conclusione*, non censeri genitum ex concubitu punibili filium sacerdotis & solutæ, ad quam sacerdos semel, aut bis tantùm accessit. Quod etiam à fortiori tenuit D. Petrus Barbosa, quem citat & sequitur Emman. Barbosa *in Remissionib. ad Ordinat. Reg. lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 5. asserens talem filium non censeri genitum ex coitu punibili, si fuit susceptus ex soluta, quam clericus ille pro concubina non habebat. Contrarium tamen judicatum fuisse in hoc Regno per Senatores regios tradit Gama *dec.* 176. *num.* 3. Iure autem Castellæ illi tantùm dicuntur ex concubitu damnato, qui nascuntur ex coitu, propter quem matri coeunti pœna mortis lege statuta est, vt habetur *in l.* 9. *Tauri*, quæ in noua recopil. est *l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. & notat Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 1. *num.* 2. *fine, & dub.* 4. *num.* 1.

Hìs suppositis, ex omnibus prædictis 35
filijs, soli spurij sunt simpliciter incapaces succedendi respectu patrum; nam legitimi non solùm possunt sed debent à parentibus hæredes instituì, & si non instituantur, illis succedunt ab intestato, vel contra tabulas, vt est notissimum. Naturales etiam interdum eodem modo succedunt, sicut legitimi, præsertim in hoc Regno, vbi filij naturales hominis plebeij ipsi etiam patri succedunt, sicut legitimi, & simul cum legitimis, vt habetur *lib.* 4. *Ordin. tit.* 92. *in princip.* & stando etiam in jure communi, semper pater potest aliquid relinquere filijs naturalibus, vt infra *sect.* 3. §. 13. explicabitur. Ergo, cùm hic solùm de incapacibus succedendi sermonem instituerimus, tantummodo in præsenti loquemur de spurijs, postea de alijs *sect.* 3. commodiùs acturi.

Quod igitur ad spurios attinet, constat 36
primo; quod de jure Cæsareo omnis spurius est incapax succedendi patri, tam ex testamento, quàm ab intestato, vt per *Auth. Quibus modis natur. effician. sui* §. *Si verò effusa, & seq.* idemque est de jure Lusitano quoad omnes, qui in hoc Regno spurij censentur, cùm circa spurios nihil in jure hujus Regni sit à jure cõmuni diuersum. In eo autem est differentia, quòd per jus Cæsareum spurij habentur omnes

omnes illegitimi, præterquam geniti ex vna concubina domi retenta, inter quam & virum nullum erat impedimentum ad matrimonium contrahendum; de jure autem Lusitano solùm habentur spurij, qui geniti sunt ex parentibus, inter quos tempore conceptionis, vel nativitatis ipsorum filiorum illud impedimentum intercedebat, vt supra vidimus. Et ita fusiùs Molina *tom. 1. de Iustit. disp. 167. conclus. 1. & 3.*

37 Constat secundò, spurium ex coitu damnato, & punibili per leges esse etiam incapacem succedendi matri, tam ex testamento, quàm ab intestato: Glos. *in l. Si qua illustris, Cod. Ad Orfician.* Glos. *in §. Nouissimè, verb. Aamitti, Instit. eod. tit.* Barthol. *in l. vltim. ff. de His quibus vt indign.* & multis aliis relatis, Suar. *in Lectura legum fori, fol. 86. cum seq.* Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 13.* Couar. *in Epit. in 4. Decretal. 2. p. cap. 8. §. 5. num. 15.* Valasc. *consult. 29. tit. 9.* Mol. *d. disp. 167. conclus. 4.* & cæteri communiter, licèt contrarium senserint Hostien. Iiern. & Butrius apud Anton. Gom. *d. num. 13.* Ratio est, quia cùm talis coitus etiam ex parte matris sit punibilis, eadem de illa est ratio, atque de patre, vt filius ei succedere non debeat; & ideo eædem leges, per quas talis filius excluditur à successione patris, excluditur etiam à successione matris. Atque idem est de jure hujus Regni Lusitani, vt sumitur *ex lib. 4. Ordinat. tit. 93.* vbi habetur, quòd nec mater succedere potest filio genito ex coitu damnato, vel punibili per ipsas Ordinationes, aut per jus commune: ex quo rectè deducitur, quòd etiam econuerso, filius ex tali coitu natus, non succedit patri, neque matri; quia in hujusmodi successionibus par est conditio filiorum erga parentes atquè parentum erga filios, vt apud DD. est receptissimum, & notat relatis multis Emman. Barb. *in Remission. ad cit. loc. Ordinat. num. 10.*

38 Ampliant nonnulli hanc resolutionem, vt procedat in quolibet spurio genito ex coitu damnato, licèt non punibili per leges: appellant autem coitum damnatũ omnem illum, qui habetur à personis inter quas tunc erat impedimentum dirimens ne possent nubere. Ita spectato jure communi, & Lusitano. Molina *d. disp. 167. versi. Hodie tamen:* spectato autem solo jure Lusitano, Valasc. *consult. 29 numer. 13.* & Emman. Barbosa, *in Remissionib. ad Ord. Reg. lib. 4. tit. 93 n. 1.* Fundamentum Molinæ est, quia nullus illegitimus, qui patri non succedit, succedit matri, nisi fuerit exceptus in jure: in jure autem solùm reperiuntur exceptí filij naturales præsè, prout de jure Cæsareo, de quo *supra, num. 32.* & ij qui spurij habebantur, eoquod essent vulgò quæsiti, quando ex soluta non illustri, & patre incerto geniti erant, vt per *d. l. Si qua illustris, Cod. Ad Orfic. & d. §. Nouissimè Instit. eod. tit.* ergo cùm in his exceptis non contineantur vlli, qui sint geniti ab ijs, inter quos erat impedimentum ad contrahendum matrimonium; consequens est, omnes ita genitos excludi à successione matris, vt procreatos ex coitu damnato, etiam quando per leges non punitur. Valasc. ad hoc ipsum asserendum de jure Lusitano, mouetur ex verbis Ordinationis Regiæ *in d. tit. 93.* ibi: *De coito danado, ou puniuel,* quæ cùm sint alternatiua, ad quorum veritatem sufficit alterum esse verum, *l. Si hæredi, ff. de Cond. inst.* satis ostendunt, quòd de jure Regio ad excludendam successionem respectu matris sufficit filium esse genitũ ex coitu damnato, licèt non sit punibilis, nec refert quòd ibi solùm est sermo de successione in bonis filij; siquidem, vt jam *num. præced.* aduertimus, in hujusmodi successionibus par est conditio filiorum respectu parentum, ac parentum respectu filiorum.

Nihilominus, spurios genitos ex coitu, 39
qui in foro externo non punitur, quanuis aliàs sit damnatus, matri succedere, spectato jure communi, tenet idem Valasc. *d. consult. 29 num. 9.* cum Barthol. *in l. fin. num. 4. ff. de His quibus vt indignis* Socin. *consil. 148. numer. 5. ad fin. lib. 2.* & Couar. *in Epit. de Sponsalib. 2. p. cap. 8. §. 5. num. 15.* tenet etiam satis aperte

Glos.

Glos. *in l. Siquis illustris, verb. Cum legitimis, Cod. Ad Orfic.* vbi solos spurios ex coitu, qui potest accusari, excludit à successione matris. Et hæc est communis sententia, juxta quam tradunt plerique, quod filius conjugati, & solutæ non concubinæ succedunt matri. Ita enim sentiunt Paul. de Castr. *consil.* 34. *num.* 4. *lib.* 2. Alex. *consil.* 39. *lib.* 1. Socin. *consil.* 148. *col.* 2. *numer.* 3. *lib.* 1. Bald. *Nouel.* ibi in subscriptione, Aymon *consil.* 166. *col.* 1. *numer.* 2. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 14. Ioan. Bapt. *in Repetit. l. Si qua illustris, num.* 94. *Cod. Ad Orfician.* Portius *in d. §. Nouissimè, in fine, Inst. eod. tit.* & alij, quos citat & sequitur Valasc. *d. consult.* 29. *num.* 6. ita etiam tenet Emman. Barb. *in Remiss. ad Ordinat. Reg. lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 7. vbi cum Peregrino *de Iure Fisci lib.* 3. *tit.* 8. *numer.* 36. *vers. Concordando,* Stephan. Gratian. *Discept. forens. cap.* 35. *à num.* 27. & D. Petr. Barbosa *in priuatis scholijs ad l. Ex facto, §. Siquis rogatus, ff. Ad Trebel.* distinguens inter concubinam, & accidentaliter cognitam à conjugato, resoluit genitum ex concubina minimè succedere ipsi matri; secùs autem genitum ex soluta accidentaliter cognita; qui omnes ducuntur ea ratione, quia talis coitus non est punibilis, præsertim jure Ciuili, *l.* 1. *Cod. de Adulter. cap. Lex, §.* 1. 36. *q.* 1. *l. Inte, §.* 3. *ff. de Adult.* satisque est ad prædictum effectum, quòd non sit punibilis quoad matrem, vt nominatim tradit Valasc. *vbi supra,* post Barthol. & Bald. quos refert. Unde etiam juxta supra dicta *num.* 34. de coitu solutæ cum clerico in sacris tenendum est, filium ex eo procreatum non excludi à successione matris, si illa non erat concubina clerici, cùm ob talem coitum non puniatur; quod in specie cum D. Petro Barb. resoluit Emman. Barb. *in Remissionib. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 93. *numer.* 5.

40 Ratio autem cur sufficiat coitum non esse punibilem ex parte matris ad hoc vt filius ex eo genitus excludi non debeat à successione matris, ea reddi potest; quia ex quo per leges talis coitus quoad matrem non punitur, confetur illi permissus in republica, perinde atque coitus solutæ cum soluto. Unde multi dixerunt, commistionem solutæ cum clerico in sacris esse simplicem fornicationem, vt videre est apud Emman. Barb. *loco proximè cit. num.* 4. quòd intelligitur quoad tolerantiam reipublicæ, cùm alioquí certissimum sit, continere sacrilegium. Ergo perinde etiam filius ex eo procreatus matri debet succedere atque filius naturalis, qui ex soluto, & soluta procreatur. Et confirmatur, quia spurius vulgò quæsitus ex soluta, & patre incerto admittitur per leges ad successionem matris, si hæc non sit illustris, *d. l. Si qua illustris, Cod. Ad Orfic.* pater autem incertus potest esse tum solutus tum conjugatus, tum cujuslibet alterius conditionis. Ergo cùm leges indiscriminatim filium ita quæsitum ad successionem matris admittant, planè consentiunt, quòd non obstat esse habitum ex cõjugato, vel clerico &c. si habitus sit ex coitu, pro quo mater ipsa non punitur. Accedit, quòd bene aduertit Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 3. *solut.* 2. *num.* 6. materiam hanc quoad ipsos filios non esse rigidè absque benignitate, & prouisione tractandam, cùm tales filij à parentum crimine sint immunes, nec minus de humana natura, ejusque dotibus participent quam legitimi: quamobrem, vbi leges illis expressè non aduersantur, eodem jure & fauoribus potiri debent, quibus legitimi.

Ex quibus manifestè corruit fundamẽ- 41
tum Molinæ liberè statuentis, quòd nullus illegitimus, qui patri non succedit, succedit matri nisi reperiatur exceptus: cùm potiùs dicendum sit, nullum filium excludi à successione matris, nisi sit exceptus, quemadmodum nullus excluditur à successione patris, nisi à jure excipiatur. Spectato etiam jure hujus regni Lusitani idem videtur dicendum, scilicet genitum ex coitu non punibili quoad matrem, quãuis alias damnato, matri succedere, vt in filio genito ex conjugato, & soluta

soluta ejus ancilla judicatum fuit per Senatores Regios teste Valasc. *d. consult. 29. num. 10. fine*, quia in hoc Regno seruatur jus commune, quando Ordinationes ipsius Regni contrarium non disponunt: pro præsenti autem casu nihil contrarium in eis reperitur dispositum: nam quod habetur *à. tit. 93.* ex quo Valasc. contrarium probauit, ponderando illam alternatiuam, *De danado ou puniuel*, contrarium reuerà non est; quia præterquamquod illa verba non ponuntur ibi dispositiuè, sed enunciatiuè, notandum est solũ ibi proponi sub disjunctione, quando pater, vel mater non succedit filio, eoquod sit genitus ex coitu damnato, vel punibili, ibi: *A que o pay, ou mãy não pode succeder por assim ser nacido de coito danado, ou puniuel.* Ubi ex eodem argumento, quo Valascus vsus est, quòd in alternatiuis sufficit alterum esse verum, satis ad veritatem talium verborum est, quòd pater excluditur à successione filij, quando est genitus ex coitu damnato, licèt mater solùm excludatur quando est genitus ex coitu punibili; quę interpretatio fit planior, si aduertas, quòd sicut in illa alternatiua, *O pay, ou mãy*, pater ponitur primo loco, ita etiam in hac alia, *De coito danado, ou puniuel*, damnatus primo loco assignatur, vt intelligas damnatum respondere patri, & punibilem matri, ac proinde patrem excludi à successione filij ob quemlibet coitum damnatum, matrem verò ob solùm punibilem; vnde econuerso juxta hanc Ordinationem filius ex coitu damnato excluditur à successione patris: à successione autem matris ex solo coitu punibili. Quod cum ita sit de jure communi, & textus dictæ Ordinationis tam facilè id ipsum admittat, non debet juxta illam contrarium teneri; præsertim cùm dictis filijs hac in re fauendũ sit, vt *num. præced.* aduertimus. Accedit, quòd vt ipse etiam Valascus *d. consult. 29. num. 13.* fatetur, DD. communiter pro eodem accipiunt, & intelligunt coitum damnatum, ac punibilem: vnde facilè possumus dictam Ordinationem intelligere, ac si diceret; *Ex coitu damnato seu punibili*, ita vt sint verba synonima, quorum prius per posterius declaratur.

Constat præterea tertiò & principaliter, quòd spurius non potest à patre substitui vulgariter, vel fideicommissariè, secùs autem pupillariter. Prior pars, quòd non possit substitui vulgariter, patet quia per hanc substitutionem succeditur testatori immediatè, *Inst. de Vulgari, in princip.* & diximus latè *disp. præced. sect. 2. §. 15.* spurius autem est incapax succedendi patri testatori, vt supra dictum est: & ita relatis plurimis docent Sanch. *tom. 2. Opusc. lib. 4. cap. 3. dub. 24. num. 2.* & Molina *tom. 1. de Iust. disp. 167. sub concluſ. 3. verſ. Pater*, estque communis omnium sententia; quæ locum similiter habet in substitutione facta per matrem, quando spurius substitutus ex coitu punibili procreatus est; cùm eadem in ea sit ratio. Secunda pars, quòd etiam non possit substitui fideicommissariè, etiam est certa, & communis; quia etiam per Fideicommissariam succeditur testatori mediante persona grauata, *l. Cohæredi, § Cum filiæ, ff. de Vulgari*, & ita Sanch. supra, *num. 3.* cum alijs quos refert. 42

Tertia denique pars, quòd spurius possit à patre substitui pupillariter, facilè etiam constat, quia per Pupillarem substitutionem non succeditur patri, sed pupillo, vt latè declaratum est *disp. præced sect. 3. §. 11.* spurius autem non prohibetur succedere fratri pupillo. Et ità docent Barthol. *in l. Si is, qui ex bonis, num. 1. ff. de Vulgari*, Couar. *Epitome in 4. Decretal. 2. p. cap. 8. §. 5. num 4.* Menchac. *lib. 3. Controuerſ. illuſtr. cap. 102 num 9.* Bened. *in cap. Raynutius, verb. Et vxorem nomine Adelasian, deciſ. 5. num. 128. de Testament.* Anton Gom. *in l. 9. Tauri, num. 20* Emman. Costa *in cap. Si pater, 2 p verb. Bona omnia, numer. 7. de Testament. in 6* & plures alij, quos citat & sequitur Sanch. *dict. dub. 24. num. 7.* Utrùm verò per talem substitutionem succedat spurius in omnia bona pupilli, vel solùm in ea, quæ pupillus habuit aliunde, quàm à patre? dixi latè *d. §. 11. numer. 618. & seq.* Qualiscumque autem 43

sit

sit Pupillaris, qua spurius à patre substituitur, tacitam Vulgarem non continet, cũ spurius sit incapax succedendi patri per Vulgarem vt dictum est, & notat bene Sanch. cum alijs *sup. num.* 10.

44 Constat quartò, quod etiam quando pater bona sua relinqueret alicui amico, sub fide sibi ab eo præstitâ, quòd ea restituet suo filio spurio, tale fideicommissum non valet, nec amicus tenetur bona illa spurio dare. In hac resolutione omnes conueniunt, vt videri potest apud Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 20. Et constat facilè, quia spurius est incapax capiendi à patre, etiam per intermediam personam, vt ex dictis patet. Unde licèt Victoria *in Summa materiæ de Matrimonio, numer.* 229. & Ledesm. 2. 4. *q.* 57. *art.* 4. *fine*, dixerint, illum amicum teneri de jure naturali illam fidem seruare, & sic dare bona spurio: tamen hanc sententiam esse omnino improbabilem, & rejiciendam dicit meritò Sanch. *d. dub.* 20. *num.* 10.

45 Grauis autem adhuc est quæstio, vtrum ille amicus possit ea bona sibi retinere, & spurio dare si velit? Duplex est sententia principalis. Prima negatiua, quam tenent Barth. *in l. fin. num.* 9 *ff. de His, quibus, vt indign.* Segura *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, num.* 124. *ff. de Vulgari*, Cæpola *cautela* 38. *vers. Vndecima cautela*: Gregor. Lop. *in l.* 13. *tit.* 7. *part.* 6. *verb. Cumplieſſe*, Menchac. *lib.* 3. *Controu. illustr. cap.* 102. *num.* 23. *&* 24. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num* 28. Sot. *lib.* 4. *de Iust. q.* 5. *art.* 1. *ad* 4. *& in* 4. *disp.* 41. *q. vnica art.* 4. & multi alij apud Sanch. *d. dub.* 20. *num.* 4. Probatur primò, quia titulus hæreditarius illius hæredis est vitiosus, & injustus à principio; constituit enim prædonem ipsum hæredem, *l. Prædonis, ff. de Petit. hæred.* & sic est insufficiens, vt ex eo bona retineri possint. Secundò, quia hæres solùm ex voluntate defuncti potest retinere bona hæreditaria: in præsenti autem noluit testator dare illi hæredi, nisi vt restitueret spurio, & ita ex vi talis voluntatis non potest hæres retinere. Sed neque etiam potest dare spurio, cùm hic sit incapax capiendi à patre, etiam per intermediam personam, vt dictum est. Si autem quæras: cuinam igitur debet ille hæres restituere? Quidam dicunt debere restituere Fisco, cum in ejus fraudem fidem accommodauerit: sic Barthol. & Segura *vbi sup.* Alij tenent, restituendũ esse alijs hæredibus, idest, scriptis, si dati sint; sin minus hæredibus ab intestato. Quia, quòd restituatur Fisco est de lege pœnali, quæ non obligat ante sententiam: cùm autem institutio illa fuisset nulla, perinde habetur acsi non fuisset facta, & ita succedunt hæredes, qui successuri erant, si non esset facta. Sic Sotus *d. art.* 4. Cæpola *d. vers. Vndecima cautela*, & alij, quos adducit, & magis probat Sanch. *sup. dub.* 21. *num.* 3.

Secunda sententia principalis est affir- 46
matiua, & asserit duo: primum, quod ille hæres potest illa bona sibi retinere, dum Fiscus ab eo non aufert: secundum, quòd potest dare illa spurio, si velit; & consequenter, quòd spurius potest ab eo capere, & sibi retinere. Primum probatur, quia in primis ille hæres adeundo hæreditatem efficitur dominus omnium bonorum in ea repertorum: id enim generale est cuilibet hæredi, etiam grauato restituere, vt per aditionem acquirat hæreditatem, ac directus dominus totius substantiæ defuncti euadat; nec refert eum fuisse in culpa, dum fidem testatori præstitit de bonis restituendis spurio: quia ob talem culpam non est redditus incapax acquirẽdi hæreditatem, sed solùm vt indignò hæreditas ab eo auferatur, & applicatur Fisco, *l.* 1. *Cod. de His quibus vt indignis, l. Ita fides, & l. Non intelligitur, ff. de Iure Fisci*, quod cùm fiat in pœnam, non obligat ante sententiam. Deinde quòd testator illum instituerit sub fide, quòd bona restitueret spurio, non inducit obligationem, cùm leges tali obligationi resistant, reddendo spurium simpliciter incapacem capiendi à patre, etiam per intermediam personam, vt dictum est; & sic non tenetur restituere ipsi spurio: non tenetur etiam hæredibus ab intestato: cũ institutio fuerit valida, atque adeo defunctus verè decesserit testatus: neque

demi-

denique tenetur restituere Fisco; cùm leges, quæ in hujusmodi casu hæredem puniunt amissione hæreditatis, non obligent ante sententiam, vt jam notauimus: non apparet alius cui teneatur restituere: ergo potest sibi retinere. Secundum, quod scilicet possit dare spurio, & consequenter spurius ab eo capere, & retinere, probatur facilè ex primo, quia cùm hic hæres sit verè dominus talium bonorum, & possit ea sibi retinere, potest de illis disponere ad libitum, & dare cui voluerit: ac proinde si det spurio, potest hic ab eo capere; quia tunc non censetur capere à patre, etiam per intermediam personam; cùm hæres illi non det ex voluntate patris efficaci, neque vt hæres patris; sed liberè, & vt dominus illorum bonorum, de quibus nomine suo ad libitum disponit. Et ita hanc sententiam tenet Couar. *Epit. in 4. Decretal 2. p. cap.* 8. *§ 5 num.* 8. *& 9.* Mattiensis *in lib. 5. Ordinat. tit.* 8. *l. 6. Glos.* 8. *num.* 6. *& seqq* Salzed. *in Additionib. ad Bernard. Diaz, in Pract. crimin. cap.* 56. Perez *lib.* 1. *Ordinam. tit.* 3. *l.* 22 *fol.* 103. *& lib.* 5. *tit.* 2. *l.* 1. *fol.* 70. Plaza *in Epit. delictorum, cap.* 41. *num.* 25. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 169. *concl.* 5. *&* 6. & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 20. *num.* 11. *juncto numer.* 9. vbi in eandem sententiam trahit meritò Iulium Clar. *lib.* 3. *Recept. sentent. §. Testamentum, q.* 31. *vers. Sed quid si pater.*

47 Hæc secunda sententia mihi videtur longè probabilior; nec fundamenta primæ ei negotium facessunt. Ad primum enim respondetur, licèt ille titulus sit vitiatus, quatenus in fraudem legis est datus, & acceptatus sub fide restituendi spurio; attamen esse validum mero jure, & ita sufficere ad acquirendam, & retinendam hæreditatem, dum hæres eâ non priuatur per sententiam. Nec obstat *d. l. Prædonis*, nam vt bene respondet Couar. *d. num.* 9. in ea non dicitur, quòd talis hæres est prædo, sed quòd habendus est loco prædonis, qui tacitam fidem testatori præstitit; quia scilicet fraudem fecit eam præstando. Ad secundum respondetur, eo ipso quòd testator illum hæredem instituerit, eam voluntatem sufficere ad hoc vt bona retinere possit, cùm per ipsam institutionem effectus sit dominus bonorum, & illa alia voluntas, qua testator eum voluit obligare ad restituendum spurio, fuerit irrita, & nullius effectus, & sic manserit hæres verè dominus absque restituendi obligatione, atque adeò cum facultate retinendi, quandiu per sententiam non punitur, vt ex dictis apertum est.

Bene autem aduertit Molina *sup. concluf.* 4. & Sanch. *d. dub.* 20. *numer.* 12. cum Mattiensio, Couar. Perez Soto, & Ledesm grauiter peccare tam hæredē, qui fidem præstitit de restituendo spurio, quàm patrem qui sub ea conditione & fide bona dedit, vel hæredem instituit; siquidem fraudem in re graui committunt aduersus justissimas leges prohibentes talem fidem præstari. Et quidem Couar. Perez & Molina apertè dicunt esse peccatum mortale: Sotus autem, & Ledesm. solùm dicūt, fortè esse mortale. Illud tamen ex omnium sententia addendum, si pater hæredem instituat non exigendo ab eo fidem de restituendo spurio, sed tantùm sub spe & fiducia, quòd bona ei præstabit, nullum in eo committi peccatum, aut fraudem contra leges, nam hæ solùm prohibent dari bona sub fide restituendi spurio. 48

Constat quintò, vtiliter posse à patre instituī spurium sub conditione, *Si à Principe legitimetur*. Tunc enim secuta legitimatione hæreditatem patris legitimè consequetur, quia incapax potest ex legum benignitate institui in tempus, quo capere potent, *l. In tempus, ff. de Hæred. instit. l. Sicut*, & ibi Glos. *in princip. ff. Quibus modis vsusfruct. amit.* & diximus *§. præced. numer.* 23. Atque ita docent Bald. Aret. & Alex. *in l. Gallus, §. Instituens, ff. de Liber. & posthum.* Ias. Lancelotus. Docius Gualdens. & Cotta; quos refert & sequitur Couar. *Epit. in 4. Decretal 2. p. cap.* 8. *§.* 5. *numer.* 12. Emmanuel Costa *in §. Et quid si tantum, p.* 2. *numer.* 172. Iul. 49

Clar. Alexandrinus *sub q.* 31. *tract. de Testament.* qui habetur *tom.* 8. *Tractatuum nouissimæ editionis p.* 1. Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 3. *solut.* 2. *num.* 8. Mol. Iurista *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 7. *numer.* 40. *& seq.* & multi alij, quos refert, eos sequens Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 28. *num.* 2. estque communis sententia vt notat Præt. *supra*, vbi aliquos etiam contradicentes adducit. Qui præterea cum Emman. Costa *vbi supra*, *num.* 169. addit, idem esse si testator dedisset in testamento filio spurio licentiam faciendi se legitimari, quòd tunc etiam intelligatur institutus sub conditione, *Si legitimetur*; vnde secuta legitimatione, institutio efficietur valida.

50 Vtrum autem talis spurius possit interim, dum conditio pendet, petere bona paterna, in quibus est institutus, vt ea administret tanquam curator? Negat Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri*, *numer.* 19. cum alijs quos refert. Contrariam tamen sententiam probabilius tenent Bald. & Angelus *in l. Siquis instituatur hæres in diem*, *ff. de Hæred. inst.* Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2 *p. cap.* 8. §. 5. *numer.* 12. Placius Rubeus *in rubr. de Donat.* § 29. *num.* 4. Paleot. *lib. de Nothis spurijs*, *cap.* 45. *num.* 2. *&* 3. Iul. Clar. *lib.* 3. *Recept. sent.* §. *Testamentum*, *q.* 31. & alij, quos citat & sequitur Sanch. *d. cap.* 3. *dub.* 29 *num.* 2. per textum *in d l. Si quis instituatur hæres in diem.* Quòd si dictus spurius post habitam bonorum administrationem tanquam curator legitimationem non obtineat, reddere tenebitur rationem vero & legitimo hæredi, vt citati DD. notant. Illud etiam hic non omittendum, si spurius post conditum testamentum, quo est institutus, legitimetur viuo adhuc patre testatore, legitimationem retrotrahi ad tempus testamenti, & sic conualescere institutionem; secùs autem, si legitimetur post mortem patris. Ita cum Alex & Gozad. testantibus de communi docet Iul. Clar. Alexandrinus *vbi sup.*

(:!:)

§. 3. *Vtrum spurij possint succedere auo, & alijs consanguineis?*

SUMMARIUM.

AVus potest instituere nepotem spurium, & consequenter is potest auo succedere ex testamento; num. 51. *Idque licèt talis nepos sit filius spurij; num.* 52.

Præfata resolutio intelligitur primò, nisi auus habeat sobolem legitimam; num. 53. *Secundò, vt non instituat nepotem filium spurij contemplatione ipsius spurij: quod in dubio non præsumitur; num.* 54. *Quid, si talis nepos sit in potestate patris spurij? num.* 55. *Quid, si sit natus ex filio clerici; vel ex filio incestuoso, ideſt, nato ex consanguinea, vel affine; num.* 56. *& seqq.*

Contrahentes injustas nuptias testari, ac donare prohibentur; & quomodo id sit intelligendum? num. 60.

Spurio possunt relinqui alimenta, & assignatur optimus modus, quo ei relinqui possunt; num. 61.

Spurius potest succedere ex testamento quibusuis suis consanguineis collateralibus; num. 62. *Vtrum etiam illis succedat ab intestato?? num.* 63.

Vt spurius potest, aut non potest, aliquibus personis succedere; ita vicissim personæ illæ possunt, aut non possunt succedere ipsi spurio; num. 64.

PRima conclusio sit: auus potest instituere nepotem spurium, & consequenter talis spurius potest ex testamento succedere auo. In hac omnes DD. videntur conuenire, vt ex dicendis constabit; eam verò exprimit nonnullis relatis Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 45. *num.* 3. Ratio est, quia quòd spurius non possit institui, non prouenit ex ejus delicto, sed ex paterno, ad refrænandam scilicet patris incontinentiam, *l. fin. C. de Natur. liber.* Auus autem non deliquit quoad

quoad nepotem spurium, sed tantùm parens: ergo non punitur quoad illum, atque adeo non prohibetur, quominus illum possit instituere.

Hæc conclusio notabiliter ampliatur,
52 vt procedat, etiam si talis nepos sit filius spurij: vniuersim namque potest auus instituere nepotem ex filio spurio, vt est cõmunissima DD. sententia, quam tradunt Barth. *in l. Gallus, § Quid si is, ff. de Liber. & posth.* & ibi Dynus, Alex. Ias *n.* 19. & Paul. de Castr. Boer. *decis.* 127. *num.* 16. Pinel. *Cod de Bon. mat. l.* 3. *n.* 20 Mattiensso *lib.* 5 *Ordinam tit.* 8. *l.* 6. *Glos.* 8. *n.* 21. Mantic. *de Conject. vlt. vol. lib.* 8. *tit.* 5. *n.* 15. Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p. c.* 8. §. 5. *n.* 13. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, n.* 17. Gam. *decis.* 11. *n.* 6. & cum multis alijs Sanch. *d dub.* 45. *n* 2. Et licèt aliqui solùm admittant hanc sententiam, quando nepos est filius legitimus spurij; at eam etiam locum habere in nepote spurio docent in specie Paul. de Castr. & Mattiensso *vbi sup.* Pinel. *n.* 22. & Sanch. *num.* 3. dicens id sine dubio asserendum esse juxta *d. l fin. C. de Natural. liber.* quia licèt in ea lege solùm exprimatur nepotem filium legitimum illegitimi posse instituì ab auo, ejus tamen ratio æquè procedit respectu nepotis, qui est filius spurius. Nam ratio, quæ ibi redditur est, quia respectu nepotis est auus immunis ab incontinentia, propter quam coercendam prohibentur patres instituere filios illegitimos: patet autem quod tam respectu nepotis legitimi, quàm illegitimi, & spurij immunis est auus ab illo vitio.

53 Cæterùm prædicta sententia, quòd vniuersim possit auus instituere nepotem filium spurij, intelligenda est primò, vt procedat nisi auus habeat sobolem legitimam: nam tunc nequit instituere nepotem; etiamsi is sit filius legitimus, vel naturalis spurij, vt expressè habetur *in d. l. fin. C. de Natural. liber.* & tradunt Barth. *in d. l. Gallus, §. Quid si is, ff. de Liber. & posthum.* Couar. *d. num.* 13. Gam. *vbi sup.* & cum alijs Sanch. *d. dub.* 45. *numer.* 8. Et idem dicendum si auus habeat filios legitimatos rescripto Principis. Couar. & Sanch. *vbi sup.* & alij.

Secundò est intelligenda, vt procedat 54
de institutione nepotis quæ non sit facta contemplatione patris; si enim patris contemplatione facta sit, erit nulla; quia qui ex propria persona est incapax, etiam est incapax mediante persona alterius, *l.* 1. *Cod. de Natural. liber.* In dubio autem censetur institutio facta intuitu ipsius nepotis; quia in dubio non præsumitur delictum, neque quòd disponens voluerit facere actum nullum. Sic Barthol. & Couar. *loco citat.* Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 17. Molin. Theol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 167. *concluf.* 9. Sanch. *d. dubio* 45. *numer.* 10. & plures alij quos referunt. Atque hìc etiam aduertit bene idem Sanch. *numer.* 11. cum Barthol. Paul. de Castr. & Castillo, quòd non dicitur auus relinquere nepoti contemplatione filij, ex quo est nepos, nisi quando relinquit nepoti, vt acquiratur aliquid ipsi filio.

Tertiò intelligitur ab aliquibus nõ pro- 55
cedere, quando nepos est in potestate filij spurij; quòd tunc jam aliquid acquireretur filio spurio, scilicet vsusfructus. Ita Speculat. *tit. de Succeff. ab inteftato, §.* 1. *n.* 25. Sed hanc limitationem meritò rejiciunt Ant. Gom. *d. n.* 17. Pinel. *vbi sup. n.* 22. Molina *proximè cit.* & Sanch. *d dub.* 45. *n.* 5. post Barth. Salic. Ias. Angel. & alios quos referunt. Quia cùm pater sit incapax acquirendi aliquid ex bonis aui, non ei acquiritur vsusfructus, sed totum permanet apud nepotem, qui est capax. Et hæc creditur esse intentio testatoris, ne irritam dispositionem faciat.

Intelligunt præterea alij, non procede- 56
re dictam sententiam principalem, si nepos sit natus ex filio clerici; quòd talis filius censeatur incestuosus, idest, natus ex incestis nuptijs: nepos autem ex filio incestuoso non possit instituì ab auo, vt per *l. Si quis incesti, Cod. de Inceft. nupt.* At hæc limitatio etiam rejicienda est; immeritò namque ad nepotem ex filio clerici extenditur pæna pro incestuosis constituta; cùm filius clerici verè incestuosus non sit; siquidem verus in-

cestus solùm est copula cum consanguineis, vel affinibus. Sic Dueñas *reg.* 366. *limit.* 2. Couar. *vbi sup. num.* 14 & Sanch. plures allegans, *d. cap.* 45. *num.* 7.

57 Adde aliquos tenere, etiam nepotem ex filio incestuoso, idest, habito ex consanguinea vel affini, institui posse ab auo. Ita Paul. de Castr. *in l. Gallus, §. Quid si qui, num.* 6. *ff. de Liber. & posth.* Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num* 17. & Castillo *ibid. §. Ex testamento.* At oppositum est verius per *d. l. Si quis incesti*, vbi expressè statuitur, vt incestis nuptijs polluti non testentur, nisi inter certas personas, de quibus ibi fit mentio, inter quas dictus nepos non comprehenditur; & ita sentiunt Bald. *in d. l. Si quis incesti, & cap. In præsentia, num.* 35. *de Probation.* Gregor. Lop. *in l.* 19. *verb. Heredar, ad finem, tit.* 5. *part.* 6. Dueñas plures referens *d. limit.* 2. Couar. *d. §.* 5. *num.* 13. Mattienso *lib.* 5. *Ordin. tit.* 8. *l.* 6. *Glos.* 8. *numer.* 23. Molina *d. disp.* 167. *concluf.* 9. Emman. Barbos. *in Remission. ad Ordinat. Regiam, lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 13. & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 46. *n.* 2. vbi testatur de communi.

58 Aduerte autem, hanc resolutionem procedere, quando pater nepotis est natus ex incestis nuptijs, non autem quando ex alio concubitu incestuoso, vt bene notat Sanch. *sup. num.* 4. quia *d. l. Si quis incesti*, loquitur de solis nuptijs incestis, & cùm sit pænalis, extendi non debet. Vult tamen Glos. *in d. l. Si quis incesti*, & Gregor. Lop. *vbi sup.* idem dicendum esse, quando nepos est natus ex matrimonio vetito, per ipsum text. *in d. l. Si quis incesti*, ibi; *Vetitique matrimonij.* At in contrarium stat meritò communis sententia, quam refert & sequitur Iul. Clar. *Pract. crimin. lib.* 5. *§. Incestus*, & Sanch. *supra*, vbi plures allegat. Nec obstant dicta verba, *Vetitiq; matrimonij*; quia intelliguntur de matrimonio vetito propter incestum, vt ibi exponit Glos. *verb. Vetiti*, Sanch. *sup.* & alij.

59 Aduerte præterea, prædictam resolutionem locum non habere, quando incestæ nuptiæ contractæ essent ex ignorantia juris tale matrimonium prohibentis, vel facti, scilicet consanguinitatis. Sic relatis pluribus Clar. *vbi sup.* & Couar. *in* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.* 6. §. 8. *num.* 21. Qui addunt, id esse verum, licet ignorantia proueniat ex culpa lata. Item, quod prædicta non habent locum, quando ab initio bona fide contractis nuptijs postea detecto impedimento contrahentes in eodem matrimonio perseuerant: in quibus omnibus consentit Sanch. *d. cap.* 46. *num.* 5. vbi plures DD. allegat.

Illud etiam circa eandem resolutionem notandũ: cùm contrahentes incestas nuptias testari, & donare prohibeantur, coquod eorum bona applicantur Fisco in pœnam delicti, ad quam non datur obligatio ante sententiam criminis declaratoriam; inde fieri, si ante sententiam donent, tenere factum, nec donatarium teneri restituere ante sententiam, vt tradũt Silues. *verb. Donatio*, 1. *q.* 1. *vers.* 8. Angel. *verb etiam Donatio*, 1. *n.* 15. Tabiena *eodem verbo*, 1. *vers.* 11. & Sanch. *sup. n.* 6. ac proinde si aliquid relinquunt nepotibus, tenere similiter factum, vt idem Sanch. aduertit. 60

Ex prædictis infertur, cùm alimenta cuilibet, etiam aliàs incapaci relinqui possint, *l.* 3. *ff. de His qui pro non script. haben.* nec ab hac regula excipiantur spurij, vt est certissimum, & infra speciatim tractandum, optimam cautelam esse, legare filio spurio pro alimentis solũ vsumfructum alicujus fundi, cujus reditus sint satis ad competentem ejus sustentationem, addita ea lege, vt post mortem ipsius spurij pertineat fundus, tam quoad vsumfructum, quàm quoad proprietatem ad ejus liberos; siquidem nepoti, etiam ex filio spurio, potest auus relinquere quælibet sua bona, si aliunde prohibitus non sit, vt in casibus superiùs exceptis. Ita Barthol. *in l. fin ff. de His quib. vt indign.* Parlad. *lib.* 1. *de Reb. quotid. c.* 16. *n.* 4. Roderic. Suar. *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 3. *fori, n.* 12. & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. c.* 3. *dub.* 43. *n.* 12. consonat relatis alijs Simon de Præt. *lib.* 3. *de Interpr. vlt. vol. interpr.* 1. *dub.* 3. *fol.* 2. *num.* 9. 61

Secunda conclusio: spurius potest ex 62

test-

testamento succedere consanguineis collateralibus, vt fratribus, etiam legitimis, & ex parte patris, & alijs: Ita Barthol. *in l. Si is qui ex bonis*, & ibi omnes, *ff. de Vulgari*, Ioan. Caccialup. *in Repet. l. Si qua illustris, Cod. Ad Orfician. num. 79.* Guillielm. Bened. *in cap. Raynutius, de Testament. verb. Et vxorem, 5. num. 130.* Molina Theol. *tom. 1. de Iust. disp. 167. concluf. 12.* Emman. Costa *in c. Si pater, 2. p. verb Bona omnia, sub n. 12. vers. Et hæc omnia*, & Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 3. dub. 44 numer. 1.* & cæteri communiter. Probatur primò argum. text. *in d. l. Si is qui*, vbi dicitur spurium posse ex Pupillari capere bona fratris pupilli, eoquod ab illo, & non à patre substituente capere censeatur. Secundò, quia nullibi reperitur prohibitum, quod spurij capiant à cõsanguineis; & in hac materia licent omnia, quæ expressè prohibita non sunt: Glos. *in Auth. Quibus modis natur. effician. sui cap. 5. verb. Participium, ad fin.*

63 Si autem quæras, vtrùm spurius, etiam ab intestato succedere possit suis consanguineis collateralibus? Respondetur posse consanguineis ex parte matris, vt fratribus vterinis, & alijs vlterioribus de matris linea, etiam ex damnato coitu genitis. Ita expressè habetur in *Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 93.* estque etiam de jure communi per text. *in l. Si spurius, 4. ff. Vnde cognati*, & ibi Glos. & DD. & tradit Molina *sup.* Consanguineis autem ex parte patris minimè succedunt, vt habetur *in d. l. Si spurius*, & notat idem Molin. addens, quod consanguineis ex parte patris non succedunt ab intestato spurij etiam si rescripto Principis sint legitimati: quod expressè tradit Glos. *in l. 2. ff. Vnde cognati, verb. Nascuntur* per text. *in Auth. Quibus mod. naturales efficiantur sui, §. Filium autem*; sed de hoc infra suo loco. Et idem dicendum est, spectato jure Lusitano cùm contrarium non disponat. Quid tenendum sit spectato jure Castellæ circa successionem spurij, siue ex testamento, siue ab intestato, ac speciatim si sit filius clerici, aut monachi, vel monialis, videri potest apud Sanch. *d. cap. 3. dub. 10. & seqq.* item apud Costam, & Molin. *loc. citat.*

Illud tandem circa prædicta non omittendum, quòd vt spurius potest, aut non potest aliquibus personis succedere, ita vicissim personæ illæ possunt, aut non possunt succedere ipsi spurio: Mol. *d. disp. 167. concluf. 2. ad fin. & concluf. 11. & 12. vers. In regno Castellæ, ac sæpe alibi:* Ducñas *regula 366. ampliat. 7.* Peregrin. *de Iure Fisci, lib. 3. tit. 8. num. 29* Sanch. plures referens *lib. 4 Opusc. cap. 3 dub. 43* Emman. Barb. *in Remission. ad Ordin. Reg. lib. 4. tit. 93. num. 10.* & cæteri communiter. Idem quoad successionem inter consanguineos collaterales ex parte matris expressè habetur *d. tit. 93. Ordinat. Regiæ.* Fundamentum est, quia id postulat seruandæ æqualitatis ratio. 64

§. 4. *Expediuntur quædam aliæ quæstiones circa spurios.*

SUMMARIUM.

Filio spurio potest, & debet pater relinquere alimenta si ille non habeat aliunde, quo sustentetur. Quod procedit, licèt sit genitus ex incestis nuptijs, & licèt sit filius clerici, numer. 65.

Non potest pater relinquere alimenta filio spurio, nisi quatenus indiguerit. Et quomodo id sit intelligendum? numer. 66.

Vtrum filio spurio relinquenda sint alimenta juxta solam indigentiam naturæ, vel etiam juxta decentiam statûs, & qualitatem personæ? n. 67. & seq. Quid veniat in consideratione statûs ad prædictum effectum? num. 69.

Filiæ spuriæ quatenus possit, & debeat dari dos pro alimentis? ibid. Si dos illi data excedat alimenta; an talis excessus restitui debeat constante matrimonio, & qui possunt illum exigere? num. 70. & seq.

Ex quibus causis parentes possunt exhæredare filios, possunt etiam eis denegare alimenta, ijs exceptis, quibus ad vitam sustentandam indiguerint; numer. 72.

Obligatio præstandi alimenta filijs spurijs transit ad hæredes patris, & ad donatarium omnium bonorum, atque in defectum patris tenetur auus eos alere; num. 73.

Bona, quæ pro alimentis relinquuntur filijs spurijs, non transeunt ad eorum hæredes; num. 74.

Vtrum vterque parens æqualiter teneatur præstare alimenta filio spurio? numer. 75. & seq.

Quousque mater teneatur alere filios legitimos; num. 76 & seq.

Filio spurio potest pater dare aliquid vltra alimenta propter benemerita; & quomodo id sit intelligendum; numer. 78. & seqq.

Vtrum habens filium, aut filiam spuriam conjugatam, possit ejus conjugem hæredem instituere, eive donare; numer. 81. & seqq.

Habens filium spurium licitè potest relinquere, & donare ejus socero, aut socrui, etiamsi talis filius nupserit per chartam medietatis; num. 85.

Vtrum spurius possit titulo oneroso accipere aliquid à patre, præter alimenta? num. 86. & seqq.

Testamentarius, cui testator præcipit distribuere bona sua inter pauperes, vel sibi conjunctos, non potest de illis dare filio spurio ipsius testatoris vltra alimēta, ad quæ pater tenebatur; numer. 89. Proprio autem filio spurio pauperi potest talis testamentarius de illis bonis dare; num. 90.

Vtrum filius spurius præscribere possit bona sibi à patre nulliter donata vel relicta; num. 91.

Vtrum incapaces capiendi ex testamento possint instituí cum onere restituendi alteri hæreditatem, itaut possint cogi adire, & restituere? num. 92. remissiuè.

VBerioris doctrinæ gratiâ quædam aliæ quæstiones circa filios spurios hìc expedire operæ pretium erit.

Prima quæstio sit: vtrum prædictis non obstantibus, possit pater filio spurio 65
relinquere aliquid pro alimentis? Respondetur, si talis filius aliunde non habeat quo sustentetur, posse & debere patrem illi dare competentia alimenta, & consequenter posse pro illis ei aliquid in testamento relinquere. Ita DD. omnes per text. *in cap. Cum haberet, de Eo qui duxit in matrim. quam polluit per adulter.* vbi Pontifex de spurijs loquens sic ait; *Solicitudinis tuæ intererit, vt vterque* (id est tam pater, quàm mater) *liberis suis, secundùm quod ijs suppetunt facultates, necessaria subministret.* Qui textus hodie non tolùm habet locum in foro Ecclesiastico, sed etiam in sæculari, nihil obstante, quod jure Cæsareo interdicuntur patres talibus filijs alimenta præbere, per text. *in Auth. Quib. mod. naturales effic. liber.* Horum enim jurium rigor prædicta sanctione Canonica sublatus est. Et ita relatis multis docent Simon de Præt. *lib. 3. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dub. 3. Solut. 2. num. 7.* dicens esse communem sententiam, Surdus *de Alim. tit. 1. q. 10. num. 6.* Molina *tom. 1. de Iust. disp. 168. num. 2.* & Emman. Barb. *in Remiss. ad Ordinat. Reg. lib. 4. tit. 99. §. 1. numer. 2.* Atque id etiam statuitur jure Lusitano *loco cit. Ordinat.* & jure Castellæ, *l. 10. Tauri, quæ est, 8. tit. 8. lib. 5. nouæ collect.* Addit præterea Molina *loco citat.* cum Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 37.* hęc esse intelligenda, licèt talis filius genitus sit ex incestis nuptijs, quidquid repugnet Baldus: notat quoque Nauar. *de Spol. cler. §. vltim. numer. 9.* prædicta locum habere, etiam post Extrauag. Pij V. *In filijs præsbyterorum.* Quin etiam docent multi, teneri clericum præstare alimenta filijs spurijs, etiam ex reditibus beneficij. Ita idem Nauar. *sup. num. 11.* Petr. Barbos. *in l. 1. ff. Solut. matrim. p. 4. num. 133.* Cald. Per *de Potest elig. cap. 13. num. 11.* & cum alijs Emman. Barb. *vbi*

vbi supra, num. 9.

66 Dixi si talis filius aliunde non habet, quo sustentetur, quia pater non potest dare filio spurio, nisi quatenus indiget vt sustentetur, vt bene aduertit Molina *d. disp.* 168. *vers. Alimenta*, & relatis pluribus Emman. Barbos. *vbi sup. num.* 8. & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 31 *numer.* 2. & constat facilè, quia per jus Ciuile prohibentur omninò patres quidquam præbere filijs spurijs: quod jus non est correctum per jus Canonicum, nisi tantùm quoad alimenta necessaria *in d. cap. Cum haberet*. Ergo solùm quatenus indigent vt sustententur, potest his filijs aliquid à patribus præstari. Unde docet bene Sanch. *sup.* cum alijs, quod si talis filius aliunde habeat alimenta, vel aliquod officium condignum personæ, ex quo sine dedecore possit victum quærere, non posse patrem ei aliquid relinquere; quia in tali casu cessat necessitas subuentionis paternæ. Item notat optimè Molina *citat.* si talis filius habeat quo aliqua ex parte sustentetur, solùm ei posse dari à patre quod deest ad congruam sustentationem; & si fortè decursu temporis non indigeat paterno subsidio, vel non tanta portione detrahendum ei esse, quo non indiguerit.

67 Dubitari verò solet, vtrum alimenta sint danda spurio juxta solam indigentiam naturæ, vt viuere possit, vel juxta decentiam statûs, vt possit decenter viuere secundùm statûs & personæ qualitatem? Multi tenent solùm esse præstanda juxta indigentiam naturæ. Ita Bald. *in l. Si maritus, ff. Solut. matrim.* Cassan. *consil.* 39. *num.* 55. Petr. Barbos. *in l.* 1. *p.* 4. *numer.* 65. *vers. Sed prima opinio, ff. Solut. matrim.* Rebell. *de Obligat. just. p.* 2. *lib.* 5. *q.* 8. *num.* 4. & 7. & alij apud Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 99. §. 1. *num.* 7. atque juxta hanc opinionem judicatum fuisse in hoc Regno testatur Gama *decis.* 201. *num.* 4. & *decis.* 225. & 343. *num.* 4. Probatur, quia hæc alimenta præstantur contra jus Ciuile correctum per jus Canonicum ex misericordia erga illos filios: correctio autem juris est odiosa, & non debet extendi, sed potiùs restringi, vt omnes fatentur: ergo præstatio horum alimentorum debet intelligi concessa cum restrictione ad indigentiam naturæ, & non extendi ampliùs.

Contrariam tamen sententiam, quòd 68
hæc alimenta præstari debeant secundùm personæ & statûs dignitatem, tenent Glos. *in l. Nepos Proculo, ff. de Verbor. signif.* Ias. *in §. fin. Instit. de Action. & §. Item Seruiana, num.* 64. *eod. tit.* Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.* 8. §. 6. *num.* 7. Molin. Iurista *lib.* 2. *de Primog. cap.* 15. *numer.* 55. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 41. Mattiensо, *in l.* 8. *Glos.* 1. *num.* 1. & 10. *tit.* 8. *lib.* 5. *nouæ recopil.* Molin. Theol. *d. disp.* 168. *num.* 2. & relatis alijs Sanch. *d. cap.* 3. *dub.* 34. *num.* 3. Colligitur *ex l. Sed & si quid, §. Sufficienter, ff. de Vsufructu.* Et suadetur præterea, quia indignum, & valde alienum esset à ratione, filio Ducis v.c. solùm præstari à patre, quod ad solius naturæ sustentationem sufficiat; nec ea intelligi potest fuisse mens Pontificis *in dict. cap. Cum haberet*, vbi notanda sunt illa verba, *Secundùm quod eis suppetunt facultates:* quæ planè significant subueniri debere filijs spurijs, attentis etiam diuitijs parentum, & non spectatâ tantùm indigentiâ naturæ ipsorum filiorum. Unde ad fundamentum primæ sententiæ dicendum, per dictum jus Canonicum corrigi Ciuile, etiam quoad alimenta necessaria ad decentiam statûs: cùm tam ipsa verba Pontificis, quàm ratio, quæ illum mouit, suadeant, ita debere intelligi illam correctionem.

In consideratione autem statûs pro his 69
alimentis præstandis non solùm venit persona ipsius spurij, sed etiam quas ille tenetur alere, vt ejus vxor, si repugnante patre eam duxerit, *l. Siquis à liberis, §. Non tantum, ff. de Liber. agnosc.* item liberi, necnon serui, & ancillæ, quibus juxta suum statum indiget; cùm hæc etiam ad ejus statum pertineant, *l. Habitatio, ff. de Vsu. in possess. mit.* Quæ omnia latiùs tradit relatis alijs Sanch. *d. dub.* 34. *numer.* 3. *& seqq.* Hinc etiam notat bene

Molina *d. disp.* 168. *vers. In dotem*, posse filiæ spuriæ dari in dotem id omne, quo attenta illius qualitate, & circunstantijs occurrentibus, indiguerit ad competentem sustentationem; idque licèt sit filia clerici, vt etiam tenet Nauar. *de Spoljs cleric. §. vltim. num.* 10 vbi explicat Extraueag. Pij V. quæ repugnare videbatur. Si autem dos excedat alimenta, quibus in totam vitam indiget; restitui debet talis excessus hæredibus patris dotantis, idque ante judicis sententiam; cùm talis excessus fuerit nullus. Sic Molina *proximè citat.* estque communis sententia.

Difficultas verò est, vtrùm dicti hæredes, vel ipse pater, qui dotauit, possint 70 exigere, seu reuocare illum excessum à viro talis spuriæ constante matrimonio? Quidam enim simpliciter negant, vt Barthol. *in l. fin. §. Si à socero, ff. Quæ in fraudem credit.* & ibi Angel. & alij, eo quod maritus habeat dotem titulo onerosо. Alij simpliciter affirmant, vt Mattienso *in d. Glos. 5. num.* 36. Alij verò distinguunt, amplectendo partem negatiuam, si maritus quando nupsit ignorabat vxorem esse spuriam: affirmatiuam verò, si id sciebat. Ita post alios Couar. *d. §. 6. num.* 12. & Anton. Gomez, *in l. 9. Tauri, num.* 44.

71 Meliùs tamen distinguunt Molina, *sup.* & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 39. *numer.* 12. *& seqq.* qui asserunt, quòd vel pater, qui dotauit habet filios legitimos: & tunc siue maritus ignoraret, siue sciret vxorem esse spuriam, possunt tales filij exigere ab illo, etiam constante matrimonio, quidquid pater spuriæ dotauit vltra id de quo liberè poterat disponere, vt si quid dedit vltra tertium in Lusitania, vel vltra quintum in Castella; cùm talis excessus pertineat ad legitimam filiorum, quam pater eis minuere non poterat: vel non habet filios legitimos; & tunc si maritus ignorauit, vxorem esse spuriam, non potest ei auferri excessus dotis, matrimonio constante, ne maneat injustè deceptus in dote sibi promissa, quam deceptionem pater, qui dotauit, resarcire tenetur. Secus autem si sciebat vxorem esse spuriam; cùm in tali casu cesset dicta deceptio, nec alia sit ratio, qua se tueri possit. Addit præterea merito Molina, quod etiam post dissolutum matrimonium, non poterunt hæredes patris dotantis repetere dotis excessum è marito, qui spuriam duxit ex ignorantia, si filios ex illa habet. Quia cederet in injuriam ipsius mariti, quòd proles sua priuaretur bonis sibi cum tali vxore in dotem datis.

Illud denique hìc notandum, ex quibus causis parentes possunt filios exhæredare (de quibus infra suo loco) posse etiam eis denegare alimenta, ijs exceptis, quibus ad conseruandam vitam indiguerint, sicut ex ipsis etiam causis ob quas filij possunt exhæredare parentes, possunt quoque eis denegare alimenta, vt per *l. vltim. Cod. de Alen. liber. l. Si quis à liberis, §. Idem judex, ff. de Liber. agnosc.* & vtrobique Glos. quod etiam habetur in jure Castellæ *l. 6. tit.* 19. *p.* 4. vbi exprimitur, non esse eis deneganda, quę ad vitam conseruandam eis fuerint necessaria. Tradit hoc Molina *d. disp.* 168. *fine* vbi alios adducit. 72

Secunda quæstio: vtrum dicta obligatio præstandi alimenta filijs spurijs transeat ad hæredes patris? Respondetur affirmatiuè ex communi sententia, quam sequuntur Couar. *Epit. in* 4. *Decretal. p.* 2. *cap.* 8. *§. 6. num.* 15. Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num.* 38. Gama *decis.* 11. *numer.* 8. *&* 9. Molina *d. disp.* 168. *num.* 3. Rebel. *de Obligat. just. p.* 2. *lib.* 5 *q.* 8. *numer.* 7. & relatis alijs Emman. Barbos. *in Remissionib. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 99. *§.* 1. *num.* 8. Colligitur *ex l. Si quis à liberis, §. Item rescriptum, ff. de Liber. agnosc. & ex Auth. Licet, Cod. de Natural. liber.* & constat facilè ex generali regula, quod reales obligationes defuncti transeunt ad ejus hæredes. Addit Barbos. *loco cit.* cum Mattienso *in l.* 8. *Glos.* 1. *numer.* 20. *&* 21. *tit.* 8. *lib.* 5. *nouæ recopil.* hoc onus alimentādi transire etiam in donatarium omnium bonorum. Notat etiam ad hoc Molina *loco citat. num.* 4. quod in defectum parentum, tenetur auus alere filios spurios. Concinit Rebel. 73

vbi

vbi sup. vbi asserit quòd in defectum patris, & ejus hæredum, potest spurius cogere auum, ejusue hæredes, vt sibi præstent alimenta. Et ita in hoc regno Lusitano judicatum est, vt constat ex Gama *d. decis.* 11.

74 Tertia quæstio: vtrùm bona, quæ pro alimentis filijs spurijs relinquuntur, transeant ad eorum hæredes? Respondetur negatiuè; quia pater de jure communi solùm debet alimenta filijs spurijs: alimenta autem finiuntur morte ejus cui præstantur, *l. Cum hi, §. Si vni, ff. de Transaction. l. Dominus, §. fin. ff. de Vsufruc.* Vnde his filijs relictis, vt ex eis alantur, solùm pertinent ad illos quoad vsumfructum, durante eorum vita, quia finita redeunt ad eorum patrem, vel ejus hæredes. Sic Bald. *in l. Tanquam, num* 41. *Cod. de Fideicommiss.* Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.* 8. §. 6 *num* 15. Anton. Gom. *in l.* 10 *Tauri, num.* 42. Tello *ibidem, numer.* 96 Castillo *in l.* 9. *Tauri, verb. Como quisiere, & d. l.* 10. *num.* 39. Molina, *d. disp.* 168. *num* 3. & alij quos refert & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 35 *num.* 2 vbi *num seq.* tradit oppositum esse de jure Castellæ per *l.* 10. *Tauri.*

75 Quarta quæstio: vtrùm vterque parens æquiter tenetur præstare alimenta filio spurio? Affirmat Panorm. *in d. cap. Cum haberet, de Eo qui duxit in matrim. quam pol.* Quæ sententia est satis probabilis stando in jure communi: primò, quia *in d. cap. Cum haberet*, tam patri, quàm matri hoc onus injungitur. Secundò, quia in præstandis alimentis pro sustentatione filiorum jus naturale, seu naturæ instinctus attenditur, *l.* 1. *§. Ius naturale, ff. de Iust. & jure*; hoc autem jus æquè matrem, atque patrem impellit: vnde cùm jure positiuo non determinetur, quantum pater, vel mater debeat præstare pro his filijs alendis, par onus vtrique incumbit, sicut ipsi filij æquè patri, ac matri alimenta, & subsidium naturæ suppeditare debent, *l. Cum furiosæ, Cod. de Nuptijs.* Tertiò, quia si quid huic paritati obstaret, esset quia pater magis principaliter concurrit ad generationem filij: at hic maior concursus non videbitur considerabilis, saltem respectu filiorum illegitimorum, qui cùm patriæ potestati non subsint, *§. Aduersus, Instit. de Nupt.* non magis pertinent ad curam patris, quàm matris, præsertim cùm mater semper sit certa; non ita vero pater, qui ordinariè respectu illegitimorum est valde incertus.

Contraria tamen sententia nobis amplectenda tenet, matri incumbere onus alendi dictum filium vsque ad tertium ætatis ejus annum expletum: patri verò in reliquum tempus vitæ illius. Ita post alios Valasc. *consult.* 92. *fine*, vbi dicit, hanc opinionem esse in praxi receptam, & Molina, dicens esse communem *d. disp.* 168 *ante finem.* Fundamentum est, quia reuocato jure Cæsareo vetante dari à patribus alimenta filijs spurijs, cùm constet vtrumque parentem teneri ea præstare, non potest æquiùs determinari quantum quisque præstaturus sit, quàm quod pro alendis filijs legitimis, & naturalibus ab ipso jure Cæsareo, & Canonico determinatum est: id verò est, vt mater alat filium, quo ad vsque sit trimus: pater verò deinceps; vt constat per text. *in l. pen. Cod. de Patria potest*, & ibi Glos. *verb. Trimo, & text. in cap. fin. de Conuers. infidel.* & ibi Glos. *in §. Illud, Authent. vt lic. matri, & auiæ, collat.* 8. *& Glos. fin. in d. cap. Cum haberet, de Eo qui duxit in matrim.* docentque communiter DD. quos latè refert Valasc. *d. consult.* 92. & ita jure Lusitano *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 99. expressè constitutum est, vt siue filius sit legitimus, siue naturalis, siue spurius, mater teneatur eum lacte nutrire primis tribus annis; omnis autem alia expensa ad eum alendum necessaria, tam pro illis tribus annis, quàm pro reliquo tempore pertineat ad patrem; & si fortè mater illam fecerit, possit eam à patre exigere: de quo videndus Molin. *loc. citat.* vbi hoc magis explicat.

In defectum autem patris tenetur mater integra alimenta filio præstare si possit, 77 *l. Si quis à liberis, ff. de Liber. agnosc.* Consonat Ordinat. Lusitaniæ, *d. tit.* 99. §. 2. vbi habetur, quòd in omni casu, quo

pater

pater tenetur soluere educationem filij, si non habeat vnde soluat, soluetur ex bonis ipsius filij: si autem nec is habeat bona, tunc fiet expensis matris, quantum commodè poterit. Deinde §. 3. *& seqq.* quædam alia disponuntur circa expensas à matre factas in filio post mortem patris educando, ejusue bonis administrandis, quæ ibi videri possunt.

78 Quinta quæstio: vtrùm filio spurio possit pater in vita, vel in morte dare aliquid vltra alimenta propter benemerita? Respondetur affirmatiuè; quia licèt pater prohibeatur quidquam donare, aut relinquere filijs spurijs, vltra alimenta: at dare propter benemerita non censetur donatio simpliciter, sed remuneratio, quæ quidem non est prohibita inter eos, inter quos donatio prohibetur, vt inter patrem & filium, inter virum & vxorem, vt est communis & recepta sententia, quam agendo de donatione remuneratoria inter virum & vxorem tradit, & latè probat contra Pinel. Sanch. plures referens *lib. 6. de Matrim. disp. 6. num.* 11. Et ita resolutionem traditam tenent in specie Perez, Rojas & alij quos citat & sequitur idem Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 3. dub.* 38. *num.* 1.

79 Aduerte autem vt prædicta resolutio locum habeat, requiri primò vt constet de meritis, quia si de illis non apparet, habebitur pro simplici donatione, quæ prohibita est. Sanch. *d. disp. 6. num.* 3. *& d. dub.* 38 *num.* 2 Secundò, vt merita æquipolleant donationi: quia si hæc excedit, erit in eo excessu donatio simplex, *cap. Relatum*, 2. *de Testament.* ibi: *Iuxta seruitij meritum*; & ita idem Sanch. *loco cit.* qui *d. disp. 6. num.* 3. multis probat, satis esse, quòd merita præcedant: quia si de illis constet, licèt nulla eorum fiat mentio, præsumitur donatio facta contemplatione illorum, & de ea tanquam de remuneratoria judicandum est.

80 Cęterùm vt obsequia & seruitia donanti præstita rationem meriti habeant ad prædictum effectum, opus est vt non sint debita; nam quę ex debito, & necessitate fiunt, non sunt remuneratione digna, *l. Proximè, ff. de Ritu nuptiar. cum simil* apud Sanch. *loc proximè cit. num.* 4. Non oportet autem seruitia, & merita esse talia, vt de rigore justitiæ eis debeatur merces, sed satis est quòd sint talia, vt virum honestum deceat ea remunerare, obligentque lege gratitudinis ad antidora. Quod bene probat text. *in l. Aquilius regulus, ff. de Donat.* ibi; *Defendi, non meram donationem esse, verum officium magistri mercede remuneratum: & in l. Metum, §. Sed licet, ff. de Eo, quod met. cau.* cum alijs, quos in hanc sententiam adducit Sanchez *d. disp. 6. num.* 2. vbi eam cum multis alijs amplectitur.

Sexta quęstio: vtrùm habens filium, 81
aut filiam spuriam conjugatam possit instituere ejus conjugem, eiuè donare? Negant aliqui; cùm id sit per intermediam personam donare spurio, qui ex donatis conjugi non mediocre capiet emolumentum. Sic Hostiens. & Ioan. Andreas *in cap. 1. de Testament.* & Rojas *Epit. de Succession. cap. 20. num.* 38. Alij verò affirmant per *l. fin. ff. de His quib. vt indign.* vbi habetur, quòd habens vxorem aliqua de causa indignam, quæ instituatur, potest instituere socerum ipsius vxoris patrem; & redditur ratio, quia taciti fideicommissi suspicionem sola ratio paternæ affectionis non admittit: eadem autem est ratio, vt pater, cujus filia est incapax, possit instituere generum; cùm correlatiuorum, quales sunt socer & gener, eadem regulariter sit disciplina. Mouentur præterea, quia leges prohibentes spurium accipere à patre, sunt pœnales, & sic non extendendæ: proindeque extendi non debent ad conjugem spurij. Sic Anton. Gomez *in l. 9. Tauri, num.* 17. Mattienso *lib. 5. Ordinam. tit.* 8. *l. 6. Glos.* 8. *num.* 27. Parlad. *lib. 1. de Reb. quotidian. cap. 16. num.* 2. *&* 3. Dueñas *reg.* 366. *fine*, Perez *lib. 1. Ordin. tit. 3. l. 22. & lib. 5. tit. 2. l.* 1. & cum alijs Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 3. dub.* 42. *num.* 2.

Hæc secunda sententia est probabilior, 82
& tenenda; cum ea tamen moderatione, vt ex relictis genero, aut nurui, nihil acquiratur conjugi spurio: quam moderationem

onem adhibent tenendo prædictam sententiam Cald. *de Nominat. emphyt. q.* 19. *num.* 55. *& seqq.* & Molin. *disp.* 167. *post. 9. concluſ.* Vnde inferunt, quod vbi bona inter conjuges communicantur, vt fit in hoc Regno, quando aliud pacto non exprimitur, non licebit socero dare, aut relinquere aliquid genero, vel nerui, cui ejus filia, vel filius spurius matrimonio copulatus est.

83 Cæterùm ego non dubito, nec Caldas *loc. citat.* videtur negare, quòd etiam in hoc Regno, quando matrimonium est celebratum cum communicatione bonorum, si socer generum, vel nurum instituat, eiuè donet, talis disposition valeat in fauorem ipsius generi, vel nurûs; itaut totum ei acquiratur, etiam quoad vsumfructum, & nihil filiæ, vel filio spurio communicetur. Quia licèt matrimonium celebratum fuerit per chartam medietatis, seu communicationis bonorum, id non tollit, quominus conjux, cui donatur, sibi tantùm possit acquirere, quando res donata non potest communicari alteri conjugi; vt in casu quo donans expressè cauit, vt nihil alteri communicaretur, tradit & latè probat Phæb. 2. *p. decis.* 107. *numer.* 5. *& seqq.* Et constat facilè, nam quod alter conjux sibi nequeat acquirere, non reddit conditionem alterius deteriorem, sed potiùs meliorem, vt totum ipsi acquiratur. Quo pacto, licèt per legem patri competat vsusfructus in bonis filij, quem habet in potestate, tamen si tali filio donetur aliquid sub expressa conditione, vt etiam vsusfructus ad eum pertineat, & non ad patrem, valet conditio, & totum filio acquiritur; *Auth. Vt liceat matri, in principio, verſ. Res autem.* Mitto alia exempla, quibus idem probari posset.

84 Illud verò addo, quod licèt præfata resolutio maximè procedat, quando socer expressit, vt nihil filio, vel filiæ spuriæ acquiratur, sed tantùm nurui, vel genero; attamen etiam locum habere, licèt id non exprimat, sed simpliciter nurum, aut generum instituat, eiuè donet; quia tunc etiam intelligi debet velle, vt suus actus valeat meliori modo, quo potest; & sic, quod soli genero, vel nurui acquiratur; cum filio spurio acquiri nequeat. Neque obstabit præsumptio affectionis erga filium, ex qua socer intelligetur donasse, vel reliquisse nurui sperans fore, vt inde aliquod emolumentum filius capiat. Nam quod id speraverit, non tollit quominus nurus sibi omnino acquirat: & si aliquid inde largiatur, meritò id faciet sua sponte, & non ex obligatione aliqua à socero inducta: spurius autem non prohibetur capere de bonis patris, quando sibi sponte, ac liberè donantur ab alio, in quem transierunt, vt omnes fatentur. Quin etiam licèt socer expressè voluisset, & fidei nurûs commisisset, vt totum, vel partem restitueret marito spurio, adhuc illa totum sibi acquirit, & restituere posset marito, si vellet, juxta doctrinam à nobis traditam §. 2. *num.* 46 quanuis vt ibidem *num.* 48. notauimus, socer ita fideicommittens grauiter peccaret.

Ex his à fortiori colliges, contra Molinam *d. disp.* 167. *num.* 17. habentem filium spurium licitè posse relinquere, vel donare ejus socero, aut socrui, etiamsi talis filius nupserit per chartam medietatis, seu communicationis bonorum, vt in hoc Regno fieri solet. Nam si dare potest vxori talis filij, à fortiori potest dare parentibus illius, licèt ex illis ad ipsam vxorem bona sint peruentura; quæ non oportet vt communicentur marito, vt ex dictis constat. 85

Septima quæstio: vtrùm spurius saltem titulo oneroso, v.c. emptionis, possit aliquid à patre recipere, præter alimenta? Prima sententia negat, per text. *in l.* 1. *Cod. de Naturalib. liber.* ibi; *Quidquid talibus liberis pater donauerit*, & paulò infra, *vel emptione collatum*, & ita sentiunt Barth. Bald. Gabr. Paleot. Alex. Dec. & alij, quos referunt & sequuntur Duenas *reg.* 366. *ampliat.* 11. Rojas *Epit. succeſſ. cap.* 20. *num.* 59. & Plaza *de Delictis lib.* 1. *cap.* 41. *num.* 15. 86

Secunda tamen, & verior sententia affirmat, per text. *in l. Qui teſtamentum*, 27. *ff. de Probation.* vbi Iurisconsultus 87

ad-

admittit valere contractum mutui, vel alium onerosum celebratum cum incapaci capiendi vltra certam quantitatem, vt cum filio naturali, vel etiam cum eo qui nihil poterat capere, vt ibi declarat Glos. *verb. Modum*, intelligens de spurio. Et ratio est, quia dans titulo oneroso, non exercet liberalitatem in accipientem, nec vllum ei tribuit emolumentum, sed negotium, & commercium cum eo habet in propriam vtilitatem, quod nullibi parentibus respectu filiorum spuriorum prohibetur. Et ita hanc sententiam tenent Specular. Guilliel. Bened. Ioan. Gualdens. & plures alij, quos citant & sequuntur Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num.* 35. Mattienso *lib. 5. Ordinam. tit.* 8. *l.* 6 *Glos.* 7. *num.* 2 *&* 3 Perez *eod. lib. 5. Ordin. tit.* 3. *l.* 2. *§. Ni vendida*, & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 40. *num.* 2.

88 Ad text. adductum in contrarium *ex t.* 1. *Cod. de Natur. lib.* respondet cum alijs Sanch. *vbi sup.* quòd ibi pater non emebat à filio, nec illi vendidit, sed nomine spurij ab alio emebat in apertam fraudem legis. Ego tamen faciliùs dicerem, quòd ille textus, ubi agit de dotis titulo, & titulo emptionis, loquitur de datis concubinæ, non verò de datis filio spurio, respectu cujus solùm ibi prohibet donationem fieri: cæterùm etiam ipsi concubinæ non prohibetur vendi titulo vero, sed ficto, vt declaratur in summario illius legis. Aduerte autem licèt pater protestetur, se dare filio spurio titulo venditionis, vel mutui ab eo accepti, alioue simili, præsumi dare titulo ficto in fraudem legis, nisi probetur verè accepisse pretium, aut mutuum à filio, vt expressè habetur *in d. l.* 1. & notant communiter DD.

89 Octaua quæstio: vtrùm si pater in testamento præcipiat, bona sua distribui inter pauperes, vel sibi conjunctos, possit executor testamenti eligere filium spurium testatoris pauperem, & dare illi aliquid de bonis paternis vltra alimenta, ad quæ pater tenebatur? Respondetur negatiue ex communi sententia, quam tenent Barthol. *in l. fin. num.* 7. *ff. de His quib. vt indign.* Bald. *in l. Ab eo, Cod. de Fideicommiss.* Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, de Testament. verb. Et vxorem nomine Adelasiam decis.* 5. *num.* 122. *&* 127. Boer. *decis.* 127. *num.* 14. *&* 15. Peralta *in l. Vnum ex familia, num.* 28 & ibi Padilla *in §. Si de Falcidia, ff. de Legat.* 2. Cepola *cautela* 38. Emman Costa *in cap. Si pater, de Testament. in* 6. 2. *p. verb. Bona omnia, num.* 12. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 8. *tit.* 5. *num.* 12 *&* 13. & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 26. Ratio est, quia bona testatoris distributa per executorem testamentarium non capiuntur ab ipso executore, sed à testatore, *d. l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia*; spurius autem nihil potest capere à patre vltra alimenta, ad quæ pater tenetur, vt ex superioribus constat.

Hinc à contrario colligitur, posse ipsum executorem testamentarium dare filio suo spurio pauperi de bonis testatoris sibi ad distribuendum inter pauperes cõmissis; cùm non ipse censeatur dare, sed testator, qui eum executorem fecit, *d. §. Si de Falcidia.* Sic Peralta, Padilla, Emman. Costa, Mantica, Sanch. *loc. sup. cit.* & alij 90

Nona quæstio: vtrùm spurius possit præscribere sibi relicta, vel donata à patre? Respondetur, non posse præscribere præscriptione decem, vel viginti annorum, etiam si bona fide putaret se legitimum esse: quia ad præscribendum eo temporis spatio vltra bonam fidem requiritur titulus: is autem titulum non habet, nisi lege reprobatum. Sic relatis pluribus Plaza *lib.* 1. *de Delictis, cap.* 41. *numer.* 16. Mattienzo *lib.* 5. *Ordinam. tit.* 8. *l.* 6. *Glos.* 3. *num.* 4. Rojas *Epitom. succes. cap.* 20. *num.* 123. Dueñas *reg.* 366. *ampliat.* 5. Perez *lib.* 8. *Ordinam. tit.* 15. *l.* 2. *fol.* 304. *pag.* 1. Cifuentes *in l.* 9. *Tauri, num.* 16. & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 3. *dub.* 47. Bene autem præscribere poterit, si bonam fidem habeat, spatio 30. vel 40. annorum; quia ad præscribendum tempore longissimo, quale illud est, sufficit bona fides absque vllo titulo. Ita cũ 91

alijs

alijs Cisuentes, Perez, & Sanch. *vbi sup.*

92 Quæri tandem hic posset tam pro spurijs, quàm pro quibuscumque alijs incapacibus capiendi ex testamento, vtrùm possint instituí cum onere restituendi alteri hæreditatem, ita vt possint cogi adire, vt eam restituant? Cæterùm quia hæc quæstio propriè spectat ad materiam de fideicommissis, vbi fusè à DD disputari solet, non oportet circa eam hoc loco immorari: videatur Glos. *in l Eam quam, verb. Coguntur, C. de Fideicom.* vbi etiam Barth. *n.* 6. *&* 7 Comens *n* 43. *& seq.* Paul. de Castr Salic. Angel. Raphael Cuman. Padilla *à n* 121. & cæteri scribentes communiter, Peregr. *de Fideicom. art.* 2. *n* 79. *& seq.* & quæ circa hoc diximus *disp. præced. sect.* 8. *§.* 4. *n.* 1196. *& seq.*

SECTIO II.

De ijs, quibus testator potest relinquere, præsertim titulo institutionis, seu hæreditatis.

SVMMARIVM.

POssunt instituí hæredes amentes, surdi, muti, prodigi posthumi, etiam extranei, & quicumque non reperiuntur prohibiti; num. 93.

Assignantur personæ, de quibus aliqua est dubitatio, an, vel qua ratione possint instituí? ibid.

93 CVm superiori sectione in medium attulimus, qui vel simpliciter, vel solùm respectu alicujus certæ personæ sunt incapaces capiendi ex testamento, generaliter in præsenti constituendũ est, exceptis personis ibi commemoratis, cæteris omnibus posse in testamento relinqui, etiam titulo institutionis; cùm juxta regulam initio *ejusd. sect.* traditam, quilibet possit instituí hæres, & capere ex testamento, qui per leges non reperitur prohibitus, *ad Inst. de Hæred. Inst. in princ. & Inst. de Legatis, §. Legari.* Vnde rectè possunt instituí amentes, surdi, muti, & prodigi, vt cum Azone, & communi DD. notat Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 154. *n.* 2. quia nullo jure prohibentur. Similiter posthumi, etiam extranei, vt cum Pichar. notauimus *sect. præced. n.* 3. Item serui tũ proprij, tum alieni; necnon capti ab hostibus propter jus postliminij; Religiosi etiam, atq; eorum monasteria; & aliæ communitates, vt Ecclesia, ciuitas, collegium licitum, vt per *l.* 1. *C. de Sacros. Eccles.* & ibi DD. & per *l. Omnibus*, 26. *& l.* 1. *§. Si autem collegium, ff. Ad Trebel. & per l. Si hæres, §. Vicis, ff. de Leg.* 1. Cæterũ quia de seruis, captis, & Religiosis, eorũq; monasterijs, plura sunt notatu digna, & aliquæ etiam moderationes pro eis adhibendæ, speciatim de illis in sequentibus *§§.* agemus.

§. 1. *Qua ratione serui, & capti ab hostibus, possint hæredes instituí?*

SUMMARIUM.

SEruus, cui nec expressè nec tacitè libertas relicta est, non potest instituí hæres à proprio domino: bene tamen, si saltem tacitè libertas ei relinquatur; num. 94.

Si seruus purè à domino instituatur, libertate autem sub conditione donetur, differtur institutio in tempus, quo libertas data est. Et quid si conditio deficiat? num. 65.

Seruus communis potest à quolibet ex dominis instituí hæres; sicut à quolibet eorum, etiam modicam partem in eo habente manumitti potest; num. 96.

Seruus alienus potest à non domino instituí hæres; non ex sua, sed ex domini persona, si ipse dominus instituí possit; num. 97. *Quid, quando dominus fuerit incapax institutionis? num.* 98.

Capti ab hostibus, quorũm serui efficiuntur, hæredes possunt instituí, & quomodo id sit intelligendum? n 99. *& seq.*

Virum similiter dicendum sit de ijs, qui ab hostibus injustum bellum gerentibus capti sunt? num. 101. *& seq.*

PRo seruis sit prima conclusio. Seruus qua seruus, idest, cui nec expressè, nec tacitè libertas relicta sit, non 94

potest à proprio domino instituí hæres: bene autem si libertas tacitè saltem ei relinquatur. Est conclusio certa, & indubitata apud omnes. Prima ejus pars probatur, & declaratur facilè; quia seruus, vt sic, non potest à proprio domino hæreditatem capere ex propria persona, ideſt, vt sibi ipsi acquirat; cùm seruus nihil suum habere possit, §. *Item nobis, Inst. Per quas personas nobis acquir.* Neque etiam ex persona alterius (scilicet alicujus domini, cui acquirat) quia, mortuo domino testatore, hæreditas est domina, cui ipsammet hæreditatem acquirere perquam absurdum est, vt patet. Idem ex ipsa juris dispositione statim constabit. Alia pars, quòd scilicet possit instituí seruus à proprio domino, qui vel tacitè libertatem ei relinquat, constat per text. *Inst. de Hæred. inst in princ.* vbi Imperatur sublata quorumdam opinione, qui sentiebant, seruos nō aliter à proprijs dominis posse instituí, quàm cum libertate, constituit vt etiam absq; libertate, ideſt, absq; mentione libertatis (ut ibi declarat Glos.) instituí possint: quocirca satis est seruum simpliciter instituí, ad hoc vt cum libertate institutus censeatur; idq; ad valorem institutionis sufficit, vt expressè habetur *in l. penult. § Cũ igitur, & l. vlt. in princ. C. de Necessarijs seruis hæred. inst.*

95 Adhæc, si seruus purè à domino instituatur, libertate autem sub conditione donetur, differtur institutio in tempus, quo libertas data est, vt habetur *in l.* 3. §. 1. *ff. de Hæred. inst.* Quod ideo est, quia seruus antequam fiat liber, hæres esse non potest: vnde ex hoc text. fit euidens, quod in priori parte superioris conclusionis traditum est, non posse seruum, vt seruum, instituí hæredem; alioqui purè institutus statim fieret hæres, minimè expectato tẽpore libertatis. Hinc etiam est, vt deficiẽte dicta conditione adjecta, institutio extinguatur, vt est tex. *in l. Qui filio,* 38. §. *Si quis seruum, ff. de Hæred. inst.* Cæterùm si conditio illa sit casualis, ejus defectus non tollit quominus seruus libertatem nanciscatur, quod speciali fauore libertatis inductum est; non fiet autẽ hæres, nisi hæreditas non sit soluendo, quo casu erit hæres necessarius: prout hæc omnia habentur *in l. vlt. Cod. de Necess. ser. hæredib. instit.*

Illud etiam hìc notandum ex Donello *lib. 6. de Iure Ciuili, c.* 17. quòd etiam ser- 96
uus communis potest ab vno ex dominis instituí hæres; quia à quolibet eorum, etiam modicam in eo partem habente, manumitti potest, vt per *l.* 1. *C. de Communi seruo manumisso,* vbi disponitur, qua ratione talis manumissio perficiatur, satisfieriquè debeat alijs socijs pro partibus, quas in seruo habent, vt illum dimittant; non enim potest manere partim liber, & partim seruus: quò autem modo, & viâ, seruus ille libertatem assequetur; eâdem etiam, suppositâ institutione, hæreditatem obtinebit.

Secunda conclusio: seruus alienus po- 97
test à non domino instituí hæres, non ex sua, sed ex domini persona, si ipse dominus sit talis vt instituí posset. Habetur expressè *in l. Non minus,* 31. *ff. de Hæred. instit.* Cum enim seruus habere nequeat libertatem à non domino, & sine libertate hæreditatem acquirere non possit, fit vt non ex sua persona, sed solùm ex persona domini, qui hæreditatis sit capax, instituí possit, & tunc dominus statim hęreditatem acquirit, seruo jussu ejus adeunte, *l.* 1. §. 1. *ff. de Acquir. domin. l. Si solus,* §. 1. *ff. de Acquir. hæred.*

Cæterùm, quando dominus fuerit in- 98
capax, adhuc institutio seruí poterit esse vtilis, & effectum habere, si nimirum ante aditam hæreditatẽ seruus manumissus, vel alienatus sit, vt habetur *l. Si seruus ejus,* 81. *ff. de Acquir. hæred.* si enim sit alienatus, poterit jussu noui domini capacis hæreditatẽ adire, eiq; acquiret, vt per eundẽ textũ: si verò sit manumissus, acquiret sibi; cũ jam ipse sit capax, *l. In tẽpus,* 62. *ff. de Hæred. inst.* & seruus semper intelligatur institutus sub ea conditione, vt si capax reddatur ante aditã hæreditatẽ, sibi eã acquiret, *l. Si paterfamil.* 40. *ff. de Hæred. instit.* & notauimus *sect. præced.* §. 1. *n.* 25. 99

Pro captiuis, sit in ordine tertia, & vltima conclusio: capti ab hostibus, quorum

rum serui efficiuntur, rectè hæredes instituuntur; ita vt si ab hostibus reuersi fuerint, hæreditatem adire possint: si autem in ipsa captiuitate moriantur, institutio euanescit. Prima conclusionis pars habetur expressè *in l. Illa institutio, §. 1. ff. de Hæred. instit.* vbi etiam redditur ratio, ibi; *Is, qui apud hostes est, rectè hæres instituitur, quia jure postliminij omnia jura ciuitatis in personam ejus in suspenso retinentur, vel non obrumpuntur; itaque si reuersus fuerit ab hostibus, poterit adire hæreditatem.* Concinunt alij text. *vt in l. Postliminij, in princ. & in l. Retro, & in l. Ppostliminium, in princ. ff. de Capt. & postlimin. reuers. & in §. Sed & si ab hostibus, Inst. Quib. mod. patr. potest. solu.* quibus habetur, quòd jure postliminij restituuntur captiuis ab hostibus reuersis omnia jura, & pristinus status, perinde acsi nunquam fuissent capti, & semper permãsissent in ciuitate, seu liberi fuissẽt.

100 Alia pars conclusionis inde facilè constat. Nam sicut captiuus ab hostibus reuersus dicto jure postliminij fingitur semper extitisse in ciuitate; ita si in captiuitate moriatur, fingit lex Cornelia, eum fuisse mortuũ vltimâ horâ, quæ immediatè captiuitatem præcessit, vt *l. Lege Cornelia, ff. de Test. & l. Lex Cornelia, ff. de Vulg. & Pupil. & l. In omnibus, ff. de Capt. & postlimin. reuer.* Vnde si in captiuitate fuit institutus perinde habetur, acsi jam tunc esset mortuus, & sic non valet institutio tanquam de persona incapaci, & quæ jam è viuis excesit, vt rectè arguit Imol. *in d. l. Illa instit. §. 1.* & Simon de Præt. *de Interpr. vlt. vol. interpr. 1. dub. 3. fol. 3. n. 3.* & patet *ex l. Si seruo meo, §. 1. ff. de Leg. 1.* vbi probatur, nõ valere legatũ relictũ captiuo, qui apud hostes mortuus est.

101 Dubiæ autem quæstionis est, vtrum prædicta conclusio locum habeat in ijs, qui ab hostibus injustum bellum gerentibus capti sunt? Est enim dubium, an tales capti libertatem amittant, & verè fiant serui capientium, vt si sint Christiani, & capti sint à Sarracenis? Qua de re latè in vtranque partem disputaui *disp. 1. sect. 2. n. 30. & seq.* vbi partem negantem cum grauissimis DD. amplexus sum, quamobrem innitendo doctrinæ ibi traditæ, breuiter hìc dicendum, captos ab hujusmodi hostibus simpliciter, ac de jure ordinario, institui posse hæredes, ipsamque hæreditatem statim adire, & acquirere, nec perire institutionem, quanuis apud ipsos hostes moriantur. Quia per talem captiuitatem, nec libertatem, nec ciuitatẽ amiserunt, & sic perinde habent factionem testamenti, tam actiuam, quàm passiuam, acsi capti non fuissent.

Et idem dicendũ est de captis à latro- 102
nibus, seu prædonibus, qui non sunt propriè hostes, seu quibus publicè indictum bellum non est; nam tales etiam capti non fiunt serui capientium, vt est indubitatũ per text. *in l. Qui à latronibus, ff. de Test.* si tamen ab his latronibus deferantur, & tradantur veris hostibus, qui eos vt captiuos retineant, tunc verè fient serui ipsorum hostium, & habebit in eis locum prædicta conclusio vt latè probat Simon de Præt. *d. solut. 3. sub n. 4.* qui tamen in eo displicet, quòd putat, id habere locum in Christianis delatis ad Sarracenos; quasi etiam apud hostes injustè bellum gerẽtibus capti fiant verè serui, quod loco nuper citato impugnauimus.

§. 2. *Vtrum Religiosi, & eorum monasteria possint instituí hæredes?*

SUMMARIUM.

OMnia monasteria, & conuentus Religiosorum, etiam Mendicantiũ, capacia habendi dominium bonorum possunt hæredes instituí; n. 103.

Collegia, ac Domus Societatis Iesv, etiam professæ, possunt instituí hæredes; n. 104. Quid, si dictis Domibus professis, hæreditate, vel legato relinquantur bona stabilia, quæ habere non possunt? ib.

Qui in Societate profitentur, vel Coadjutores formantur, possunt relinquere sua bona Collegijs, et Domibus ejusdem Societatis; num. 105.

Monasteria Fratrum Minorum de Obseruantia, & Capucinorum, qui perfec-

tè eorum regulam obseruant, & si qua sunt similia bonorum dominium non habentia; atque ipsi horum Ordinum Fratres, neque ex testamento, neque ab intestato, hæredes esse possunt; num. 106. *Neque per fideicommissum vniuersale potest dictis monasterijs hæreditas relinqui; num.* 107. *Quid, si dicti Minores instituantur cum clausula Codicillari? ibidem.*

Si de facto instituatur monasterium Minorum, vel aliquis illorum, nullo substituto, vel cohærede illi dato, erit testamentum irritum, & succedent hæredes ab intestato; num. 108. *Vtrum tales hæredes, vel substitutus, aut cohæres, ad quos hæreditas peruenerit, teneantur in foro conscientiæ æstimationem illius soluere dictis Minoribus? n.* 109. *& seq. Volentibus dictis hæredibus soluere illam æstimationem, vt verè ipsis Minoribus debitam, non possunt illi eam capere; num.* 112.

Quid, si Fratres Minores instituantur cũ clausula, Vt hæreditas vẽdatur, & pretiũ cedat in eis necessaria? *n.* 113. *& seq.*

Vtrum Ecclesia Fratrum Minorum possit instituí hæres? num. 115. *& seqq.*

Vtrum, si Fratres Minores instituantur cum onere, vt hæreditatem restituant alicui tertio, cogantur, aut possint adire, vt eam restituant? num. 118.

Fratribus Minoribus, eorumque monasterijs possũt relinqui legata; n. 119. *Quãtum, & cum quibus moderationibus, & conditionibus eis legari possit? numer.* 120. *remissiuè.*

Nouitij cujuscumque Ordinis, etiam Minorum, possunt hæredes instituí; n. 121.

Quilibet particulares Religiosi, quorum Conuentus sunt capaces habendi dominium in communi, possunt instituí hæredes, exceptis Professis, & Coadjutoribus formatis Societatis Iesv; n. 122. *& seqq. Bene tamen dictis Professis, & Coadjutoribus formatis legari potest; num.* 125.

PRo Religiosis distinguendum ante omnia est inter Mendicantes, & non Mendicantes. Deinde Mẽdicantes vel tales sunt, ut possint habere bona in communi, quorũ dominiũ sit penes ipsã communitatẽ, seu monasteriũ: vel tales, vt ne in cõmuni quidẽ bonorũ dominium habere possint; cujusmodi sunt Minores de Obseruantia, & Capucini, qui perfectè eorum regulam obseruant. His positis sit;

Prima conclusio: omnia monasteria, & Conuentus Religiosorum, etiam Mendicantium, capacia habendi dominium bonorũ, possunt instituí hęredes. Hæc apud omnes est indubitata, & vbique in praxi recipitur. Ratio patet, quia hæ communitates sunt quædam Collegia licita, & capacia sibi ipsis acquirendi. Constat autẽ de jure, quòd talia Collegia rectè possunt instituí hæredes, vt per text. *in l.* 1. *§. Si autem Collegium, ff. Ad Trebel. & in l.* 1. *C. de Sacros. Eccles. cum similib.* Confirmatur, quia quælibet persona, quæ per leges non reperitur prohibita, potest hæres instituí, juxta generalem regulam initio hujus sect. traditam; quæ etiam in personis fictis procedit, vt per tex. *in l. Omnibus,* 26. *ff. Ad Trebel. & in l. Si hæres, § Vicis, ff. de Leg.* 1. & multis alijs, exceptis autem monasterijs, & communitatibus dominij incapacibus, cujusmodi sunt monasteria Minorum; nullæ sunt Religiosæ communitates quæ prohibeantur instituí hæredes, saltem per leges, vel sanctiones in corpore juris insertas. De peculiaribus enim Statutis, vel Constitutionibus singularũ Religionũ mihi non cõstat: fortasis enim erit aliqua, cui per sua Statuta interdictũ sit hæreditates acceptare. 103

Hinc colliges, etiam Collegia, & Domos Societatis Iesv posse instituí hæredes, licèt sint incapacia succedẽdi in bonis Religiosorũ, qui absq; præuia bonorũ suorũ dispositione professionẽ, aut vota Coadjutorum formatorum, in ipsa Societate emiserunt. De Collegijs, & Domibus Probationis res est manifesta; cùm ex primæua sua institutione acquirere, & possidere possint bona tam mobilia, quàm stabilia, & annuos reditus sibi in perpetuum relictos, vt constat ex multis 104

Bullis

Bullis Apostolicis, & ex Constitutionibus ipsius Societatis; vt notat Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 27. num. 1.* De Domibus professis, licèt non sit res adeò clara, siquidem neque reditus annuos, nec alia bona stabilia habere possunt, præter ea, quæ ad habitationem, & proprium vsum fuerint opportuna, vt habetur in Bulla Confirmationis Iul. 111. & in Constitutionibus ejusdem Societatis; attamen quòd etiam possint instituì hæredes, docent meritò Sanch. *cap. 27. num. 15.* Mol. *tom. 1. de Iust. disp. 195 num. 3* Castro-Palaus *p. 3. tract. 16 disp. 3. puncto 10. numer. 2.* & constat facilè ex dictis; cùm etiam hæ Domus capaces sint dominij, & nullibi, neque per jus commune, neque per Constitutiones Societatis prohibeantur esse hæredes fideiũ, qui eis voluerint relinquere bona sua. Si autem in hæreditate vel legato eis relicto cõtineãtur bona stabilia ipsis non permissa, non possunt ea acceptare, vt retineant, sed vt vendant; tenenturque ea quamprimùm vendere, vt aduertit Molin. *dict. numer 3.* & Sanch. *num. 16.* possunt tamen expectare opportunum tempus vendendi, ne cogantur viliori, quàm par est, pretio vendere, vt expressè habetur *in Constit. Societ. p. 6. §. 5. in declarat. lit. E.* Vtrũ autẽ, dũ non inuenitur opportunitas vendendi possint hæ Domus locare alicui illa bona stabilia, & reditus percipere? Respondetur, posse ad modicum tempus, nõ autem ad longũ, vt ad decenniũ, & vltra. Ita Sanch. *sup. n. 27. & seq.* juxta quoddam decretũ R. P. Generalis, quod refert.

105 Colliges præterea, quanuis prædicta Collegia, & Domus Societatis non succedant in bonis Religiosorũ absque præuia dispositione eorum, qui in Societate profitentur, aut Coadjutores formantur; attamen posse ipsos Religiosos eis relinquere bona sua, siue titulo institutionis, siue legati, siue donationis, prout ipsi ante professionem, vel formaturam disposuerint, vt optimè tradit Sanch. *d. cap. 27. n. 16.* Et constat facilè, quia quando Religio succedit in bonis Religiosi, qui ante professionem de illis non disposuit, succedit in eis ex persona ipsius Religiosi, eo quod ille per professionem intelligatur transire simul cum bonis in Religionem, eaque illi tradere in consequentiam suæ personæ, quæ principaliter Religioni traditur. Quando autem succedit ex dispositione ipsius Religiosi, qui testamẽto, vel alia ratione bona sua Religioni dedit, succedit ex persona propria, quam Religiosus voluit honorare. Ex eo autem, quòd Religio sit incapax succedẽdi ex persona alterius, non sequitur quòd etiam sit incapax succedendi ex persona propria, vt satis per se constat; cùm hi modi succedendi sint valde diuersi, & vnus sine alio stare possit.

Secunda conclusio: monasteria Fratrũ 106
Minorum de Obseruantia, & Capucinorum, qui perfectè eorum regulam obseruant, & siqua sunt similia bonorum dominium, etiam in communi, non habentia, atquè ipsi horum Ordinum Fratres, non possunt esse hæredes neque ex testamento, neque ab intestato: ita DD. omnes per text. *in Clemen. Exiui, §. Cum enim, de Verbor. signific.* ibi; *Quia igitur in successionibus transit non solùm vsus rei, sed etiam dominium suo tempore in hæredes; Fratres autem prædicti nihil sibi in speciali acquirere, vel eorum Ordini possunt, etiam in communi, declarando dicimus, quòd successionum hujusmodi, quæ etiam ex sua natura indifferenter ad pecuniam, & etiam ad alia mobilia, & immobilia se extendunt, considerata sui puritate voti, nullatenus sunt capaces.*

Vnde neque per fideicõmissum vniuer- 107
sale potest dictis monasterijs hæreditas relinqui, vt bene Barth. *in tract. Minoricarum, lib. 1. dist. 2. c. 1.* Bald. *in Auth. Ingressi, n 49. C. de Sacrosanct. Eccles.* Iason. *in l. 1. n. 99 ff. de Leg. 1.* Anchar. *in d. Clement. Exiui, n. 8.* Em. Roder. *QQ. regul. tom. 2 q. 78 art. 2.* & relatis alijs Sãch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. c. 25. n. 5.* Ratio patet, quia fideicõmissarius vniuersalis subit locũ hæredis, itaut hæreditate ipsi restituta, fiat hæres vtiliter, & in effectu, trãsẽũtibus in eũ defũcti juribus, & actionibus vtilibus, vt est notissimũ, & à nobis traditũ

disp. præced. sect. 8. §. 1. *num.* 1140. Fratres autem Minores, & eorum monasteria cùm dominium habere nequeant, talium jurium, & actionum sunt incapaces; & sic nec directè, nec indirectè, seu fideicommissariè, hæredes esse possunt. Credunt autem nonnulli post Barthol. *d. dist.* 2. *cap.* 3. *num.* 15. Si dicti Minores instituantur cum clausula, *Vt si non valeat jure testamenti, valeat jure codicilli, vel meliori modo quo possit*, talem institutionem esse validam, ex generali regula, quod quando testamentum est nullum ratione testamenti, illa clausula operatur, vt valeat jure fideicommissi; eoquod per illam censentur rogati hæredes ab intestato restituere hæredi scripto. At meritò id reprobant Iaſ. Emman. Rodrig. & Sanch. *vbi sup.* Quia illa clausula non operatur, vt testamentum aliàs nullum valeat vt fideicommissum particulare, sed vt fideicommissum vniuersale, si hæres scriptus illius sit capax; Minores autem sunt incapaces illius, vt probatum est.

108 Adhæc, si de facto institutum fuerit monasterium Minorum, vel aliquis eorum, nullo substituto, vel cohærede illi dato, erit testamentum irritum, ob incapacitatem hæredis scripti, & consequenter hæreditas pertinebit ad hæredes ab intestato, vt per *l. Si in metallum, ff. de His quæ pro non script. & l.* 1. *Cod. de Hæred. instit. & l. Nec enim, ff. de Re milit.* Si autem substitutus vel cohæres illi datus sit, valebit testamentum, substituto, vel cohærede adeunte; secùs autem his non adeuntibus, *l.* 1. *in princip. vers. His itaque, Cod. de Cadùc. tol.* & ita relatis pluris docet Sanchez *sup. numer.* 6. qui rectè addit, hoc procedere secundùm jus commmune; non autem secundùm jus Castellæ, hoc enim attento, solùm esse testamentum nullum quoad institutionem illius hæredis, quoad reliqua verò validum: quod etiam aduertit Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 154. *ad finem.*

109 Circa hoc tamen dubitatur primò: vtrùm dicti hæredes ab intestato, vel substitutus, aut cohæres, ad quos dicta hæreditas peruenerit, teneantur in foro conscientiæ æstimationem illius soluere dictis Minoribus nulliter institutis? Respondent aliqui affirmatiuè, nisi præmissâ diligentiâ constet testatorem voluisse, vt suum testamentum valeret jure directo, ideſt, vt testamentum, non autem jure codicilli, vel meliori modo, quo posset. Ita Barthol. *Tract. Minoricarum, lib.* 1. *dist.* 1. *cap.* 3. *num.* 7. & 8. & *dist.* 2. *c.* 3. *num.* 15. vbi dicit; ita sensisse multos DD. Theologos, Anchar. *in reg. Possessor malæ fidei, num.* 19. *de Reg. jur. in* 6. Silu. *verb. Testamentum,* 1. *q.* 6. Rosella *verb. Legare, num.* 23. & Emman. Rodrig. *QQ regular. tom.* 3. *q.* 46. *art.* 10. Mouentur per *l. Apud Iulianum, §. fin. & l. seq. ff. de Legat.* 1. vbi quando quis est incapax capiendi sibi relicta, non ex proprio delicto, sed ob personæ conditionem, obligatur illi hæres ad æstimationem. Quod fundatur in voluntate defuncti, qui nisi aliud declaret, præsumitur velle, vt sua dispositio valeat meliori modo quo possit. Cæterùm Barthol. *d. dist.* 1. *cap.* 3. *num.* 8. & Rosella *d. num.* 23. id limitant in substituto, vt scilicet non teneatur ad illam restitutionem; quòd voluntas testatoris dantis substitutum ea esse præsumatur, vt instituto non adeunte, eoquod non vult, aut non potest; ipse substitutus admittatur, vt per *l. Cum proponas, Cod. de Hæred. inst.*

110 Contrariam tamen sententiam, non solùm quoad substitutum, sed etiam quoad hæredes ab intestato, & cohæredem, quod non teneantur dictam æstimationē soluere Minoribus institutis, tenent meritò Baldus *in Auth. Ingressi, in noua edit. num.* 48. & 49. *Cod. de Sacros. Eccles.* Cardinal. *consil.* 101. *num.* 2. *lib.* 2. *& in Clem. Exiui, numer.* 11. *q.* 2. & ibi Anchar. *numer.* 8. *de Verb. signif.* Gualdens. *de Arte testan. tit.* 1. *cautela* 11. *num.* 1. Quesada *in QQ. juris cap.* 22. *num.* 16. Dueñas *reg.* 381. *ampliat.* 5. *numer.* 5. Spino *in Speculo testam. Glos.* 12. *principali, num.* 15. *& seq.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *num.* 79. Sorb. *in Compend. priuileg. mendic. verb. Hæreditas, in annotat. vers. Sed quibusdam,* &

& alij quos refert, & sequitur Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 25. numer.* 8. vbi cum Emman. Rodrig. addit, nec officio judicis posse peti hæreditatem Fratribus Minoribus relictam. Probatur primò, quia institutio horum Fratrum, & monasterij illorum, tam directa, quàm indirecta, & in ratione codicilli, est simpliciter nulla, vt constat ex dictis *num.* 107. quod autem est nullum, nullum producit effectum, etiam in foro conscientiæ. Secundò, quia *in d. Clem. Exiui*, dicitur, hos Fratres, & eorum Ordinem nullatenus esse capaces successionis hæreditariæ: vbi illa dictio, *Nullatenus*, excludit omnem modum perueniendi ad talem successionem: ea enim est vis illius dictionis, vt omnem tollat modum perueniendi ad rem prohibitam, vt bene Glos. *in Clem. 2. verb. Nullo modo, de Ætate, & qualit.* & ibi Imola *num.* 19. & 33. Abbas *in cap. Non magnopere, numer.* 5. *Ne clerici, vel monachi*, & Nauar. *in Summa cap.* 27. *num.* 201. Vnus autem modus percipiendi successionem, est recipere ejus æstimationem, argum. *l. Si domus, §. Confitetur, ff. de Leg.* 3. Tertiò denique quia hac in re non est aliud judicandum in foro conscientiæ, atque in externo, cùm hæc fora non discrepent interse in judicando, quando externum nulla falsa præsumptione nititur, vt probat Sanch. *tom.* 1. *in Decal. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 18. In præsenti autem forum externum judicabit non deberi dictam æstimationem, innitens veræ incapacitati illorum Fratrum inductæ per legem justam, & in vtroque foro validam. 111

Ad fundamentum prioris sententiæ respondetur, tunc hæredi incapaci, non ex proprio delicto, deberi æstimationem, quando ille non est omnino incapax, vt sunt Fratres Minores, & illorũ monasteria. Quod confirmari potest exemplo spuriorum, qui si à patre instituantur, nõ solùm ipsa hæreditas, sed nec ejus æstimatio illis reddi potest, eoquod sunt omnino incapaces succedendi in bonis paternis. 112

Hinc optimè deducit Sanch. *d. lib. 7. in Decal. cap. 25. num.* 9. cum Sorbo, & Emman. Rodrig. quod volentibus hæredibus prædictam æstimationem soluere, vt verè dictis Fratribus debitam, non possunt ipsi Fratres illam capere, cùm verè debita non sit, & consequenter solutio illa non sit voluntaria, vtpote ex errore circa causam finalem, & principalem procedens.

Dubitatur secundò: quid dicendum, si Fratres Minores instituantur hæredes, adjectâ clausulâ, *Vt hæreditas vendatur, & pretium cedat in eis necessaria?* Aliqui sentiunt hanc institutionem non valere quoad priorem partem, cùm sit personarum incapacium; valere autem quoad posteriorem, vt scilicet vendi debeat hæreditas, & pretium in Fratrum necessitates conuerti. Ita Barthol. *tract. Minoric. lib. 5. dist. 5. cap. 2. num.* 30. & 31. Imol. *in l. Lucius, vltim. num.* 4. *ff. de Hæred. instit.* Guido Pape *decis.* 327. *num.* 1. & 2. qui ait, se vidisse semper ita obseruari, & ita judicari in curia Parlamenti Delphin. Sorbus *in Compend. priuileg. mendic. verb. Hæreditas, in suis annot. vers. Quæritur enim num possint*, Emman. Rodrig. *QQ. regul. tom. 2. q. 78. art. 4.* Probatur, quia si testator omissa priori parte illius dispositionis solùm scripsisset posteriorem, ea esset valida, vt præter Sorbum, & Emman. Rodrig. docent etiam, & bene Cardin. *in d. Clem. Exiui, numer.* 11. *q.* 2. Anton. Gabr. *tom. 3. Commun. opin. concluf.* 1. *num.* 4. Cordub. *in Reg. D. Francisci, cap. 6. q.* 11. *puncto* 3. Lessius *lib. 2. de Iust. cap.* 19. *dub.* 5. *num.* 54. & Sanch. *lib. 7. in Decal. cap. 25. num.* 12. ex quo apparet concurrere in præfata dispositione duo testatoris præcepta mutuò separabilia, prius inutile, & posterius vtile: in tali autem concursu non vitiatur vtile per inutile, argum. *l. Hæc scriptura, ff. de Condit. & dem. & l. Quæ sub conditione quæ extrinsecus, ff. de Condit. instit.* 113

Nihilominus dispositionem illam, etiam quoad posteriorem partem esse nullam probabiliùs tenent Bald. *in Auth. Ingressi, in nou. edit, numer.* 50. *& seqq.* 114

Cod. de Sacros. Eccles. Cardin. *consil.* 102. *num.* 2. *dub.* 2. *& in d. Clem. Exiui, num.* 11. *q.* 2. & ibi Anchar. *num.* 4. *q.* 1 Felin. *cap. In præsentia, num.* 52. *de Probat.* & ibi Decius *in noua edit. num.* 269. Additionator ad Guidonem Pape *decis.* 327. *fine*, Gualdensis *de Arte testandi, tit.* 1. *cautela* 11. *num.* 1. Anton. Gabr. *d. conclus.* 1. *num.* 1. 3. *&* 4. Ducñas *reg.* 381. *ampliat.* 8. *num.* 8. Corduba *loc. sup. cit.* & alij, quos citat, & sequitur Sanch. *cap.* 25. *num.* 11. Probatur primo, quia illa clausula, quod *Hæreditas vendatur, & pretium expendatur in necessitates Fratrum*, est quoddam onus hæreditarium impositum ipsis Fratribus vt hæredibus, post aditam & acquisitam hæreditatem: vnde cùm hæredes esse non possint, vanum est ipsum onus; & consequenter nemo obligatur illud implere. Secundò quia licèt in illa dispositione sint duo præcepta, posterius adjicitur vt modus accessorius priori; sublato autem principali, corruit accessorium, argum. *l. Alimenta, §. Seia, ff. de Aliment. legat.* Tertiò denique quia ille vsus pius hæreditatis dictis Fratribus relictæ tacitè intelligitur, etiamsi non exprimatur, sed eo non expresso esset institutio prorsus irrita, ita vt nullam induceret obligationem vendendi illam, & conuertendi pretium in dictum vsum, vt probauimus *numer.* 110. Ergo similiter est irrita, quando talis vsus exprimitur; cùm expressio ejus quod tacitè inest, nihil operetur, *l.* 3. *ff. de Leg.* 1. *cap. Significasti, de Elect.* Ex quibus, ac præsertim ex secunda probatione corruit fundamentum contrariæ sententiæ.

115 Dubitatur tertiò: vtrùm Ecclesia Fratrum Minorum possit hæres institui? Affirmant Barthol. *d. tract. Minoric. lib.* 4. *dist.* 4. *cap.* 1. *num.* 20. *& in l. Ciuitatibus*, 125. *in princip. numer.* 1. *&* 3. *ff. de Leg.* 1. Abbas *consil.* 63. *numer.* 4. *lib.* 2. Anton. Cucus, *lib.* 3. *Instit. Maior. tit.* 1. *num.* 37. Emman. Rodrig. *QQ. regul. tom.* 2. *q.* 78. *art.* 5. & dicens esse satis probabile Sorbus *in Compend. priuileg. Mendic. verb. Hæreditas, in suis annot. vers. Sed cum fratres.* Mouentur, quia Ecclesia Minorum de jure est sub dominio, & proprietate Ecclesiæ Romanæ, vt habetur *in d. Clem. Exiui, de Verb. signif.* & sic perinde potest institui hæres, atque ipsa Romana Ecclesia, quæ nullo jure prohibetur acquirere hæreditatem sibi relictam, siue immediatè, siue mediante alia Ecclesia sibi subjecta, & immediatè instituta. Atque idem sentit Barthol. de institutione, qua institueretur altare Fratrum Minorum, vel Guardianus Ecclesiæ, vel altaris Fratrum Minorum; cùm perinde sit, atque si institueretur Ecclesia Minorum.

Verùm nec Ecclesiam illorum Fratrum 116
posse validè institui, probabiliùs tenent Barthol. se expressè retractans *in l. vnica, in fine, Cod. de Conductorib. lib.* 11. & ibi Platea *fine*, & Rebuf. *num.* 4. Baldus *in Auth. Ingressi, in noua edit. numer.* 35. *Cod. de Sacros. Eccles.* vbi dicit priorem sententiam esse falsam, Anchar. *in d. Clem. Exiui, numer.* 6. *&* 7. Quessada plures referens *in suis QQ. juris, cap* 22. *num.* 19. Angel. *in Auth. De Ecclesiast. tit. §. Siquis autem*, 2. *num.* 8. *& Auth. Vt determinatus sit numerus, in princip. numer.* 5. Anton. Gabr. *tom.* 3. *Commun. opin. tit. de Hæred. instit. concl.* 1. *num.* 2. Corduba *in regula D. Francisci, cap.* 16. *q.* 11. *puncto* 1. Sorbus *vbi sup.* & Sanch. plures referens *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 25. *num.* 14. Probatur, quia Ecclesia Fratrum Minorum est veluti pars monasterij ipsorum Fratrũ, cui illa adhæret, & cum quo simul quoad proprietatem ad Ecclesiam Romanam spectat, solo illius vsu ipsis Fratribus concesso. Ergo quemadmodum ipsum monasterium institui nequit, sic etiam illa institutionis est incapax: & idem ob eandem rationem dicendum de altari Minorum, & de Guardiano Ecclesię, vel altaris Minorum, vt bene Bald. Anchar. & Sanch. *loco citat.*

Nec obstat, quòd Romana Ecclesia 117
est capax acquirendi hæreditatem, tam immediatè, quàm mediante alio sibi relictam: nam cum hoc stat, quòd vt acquirat

rat mediante alio, opus est vt medium sit aptum, & capax; quale non est monasterium, nec Ecclesia Minorum. Quod inde rectè declaratur, & confirmatur: nam propterea Ecclesiæ Romanæ acquiritur legatum Fratribus Minoribus relictum, quia illi sunt capaces talis legati: vnde benè à contrario colligitur, non acquiri Ecclesiæ Romanæ hæreditatem Ecclesiæ Minorum relictam, si hæc talis hęreditatis est incapax. Atque ex his etiam constat nec per fideicommissum, vel aliam substitutionem, posse Ecclesiæ Minorũ validè relinqui hæreditatem, sicut de monasterio ipsorum Minorum *sup. n.* 107. dictum est, & notat Sorbus, & Sanch. *vbi sup.*

18 Dubitatur quartò; vtrùm si Fratres Minores instituantur cum onere, vt hæreditatem restituant cuidam tertio, cogantur, aut possint adire, ut illam restituant? Respondent negatiuè Bald. *in l. Eam quam, numer.* 18. Quesada *in suis QQ juris cap.* 22. *num.* 17. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *num.* 79. vbi plures refert, Corduba *in Reg. D. Francisci, c.* 6. *q.* 11. *puncto* 2. & Sanch. *d. cap.* 25. *numer.* 15. & meritò, quia Fratres Minores habentur pro mortuis plusquam ciuiliter, cùm etiam in communi sint incapaces dominij, & omnia, quæ in jure constituunt, sint illis interdicta. Vnde eorum institutio est ab initio pro non scripta, perinde acsi esset hominis mortui, *ad l. vnic. §. Et cum triplici, Cod. de Caduc. tol.* Quod si in contrarium opponas text. *in l. Cogi, §. Hi qui solidum, ff. Ad Trebel.* ibi; *Si qui solidum capere non possunt, ex asse hæredes instituti, & rogati solidum restituere, adire hæreditatem, & restituere cogentur; cùm nil sit oneris apud eos remansurum.* Respondetur facilè, hunc textum non procedere de omnino incapacibus, sed de incapacibus capiendi totam substantiam defuncti, vt de filijs naturalibus, quibus, si extant legitimi, solũ potest pater relinquere vnciam, *l* 2. *Cod. de Naturalib. liber.* Fratres autem Minores non solùm totius hæreditatis, sed etiam cujuscumque partis illius sunt incapaces.

Circa omnia verò prædicta pro secunda conclusione supra tradita aduerte, licèt prædicti Fratres, & eorum monasteria nequeant instituí hęredes, attamen bene posse eis legari, vt constat per text. expressum *in cap. Exijt, §. Adhæc, quia Fratribus, de Verb. signif. in 6.* Nec obstat text. *in §. Legari, Inst. de Legat.* vbi ei tantùm legari permittitur, qui hæres institui potest. Nam hic textus continet regulam, à qua meritò excipitur Religio illorum Fratrum, ob specialissimam suæ paupertatis perfectionem, à qua magis alienum visum fuit posse institui hæredes, qui succedere debent in omnia defuncti jura, quàm posse capere legatum, cùm id nihil aliud sit, quàm quędam donatio à defuncto relicta per hæredem prędstanda, *§. Legatum, Instit. de Legat.* à qua non oportuit dictos Fratres excludere, qui donationibus, & largitionibus fidelium alendi sunt. 119

Unde singulis etiam Fratribus potest legatum relinqui, vt optimè, relatis pluribus, docet, ac probat Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 26. *num.* 10. & constat satis *ex Extranag.* 1. *vers. Porro sepulturam, de Priuileg.* ibi; *De quibuscumque verò relictis præfatis Fratribus in communi, vel singulis, vltimis decedẽtium voluntatibus.* Quantum autem, & cum quibus moderationibus, & conditionibus legari possit his Fratribus, & eorum monasterijs, & quousque illi possint recipere', & retinere; multas continet quæstiones, & difficultates, quæ non sunt hujus loci, illas congerit ac latè post alios instar omnium pertractat Sanch. *d. cap.* 26. *per tot.* quem vbi occasio postulauerit, omnino consulas. 120

Tertia conclusio: Nouitij cujuscumque Ordinis, etiam Minorum, possunt hæredes instituí. Ita omnes: & patet, quia licèt Nouitij seruare incipiant institutum sui Ordinis; attamen in nullo Ordine etiam Minorum redditur quis incapax dominij, & hæreditatis adeundæ, ac sibi acquirendæ, nisi per solemnem professionem, qua strictam paupertatem profitetur. 121

tur. Et ita loquendo de Nouitijs Minorum tradunt Barth. *tract. Minoric. lib. 4. dist. 1. cap. 3. num. 3.* Corduba *in Reg. D. Francisci, cap. 6. q. 11. puncto 1.* & Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 25. num. 3.*

122 Quarta conclusio: quilibet particulares Religiosi, quorum Conuentus sunt capaces habendi dominium in communi, possunt institui hæredes, exceptis Professis, & Coadjutoribus formatis Societatis Iesv. Hæc conclusio quoad Religiosos, quorum bona simul cum eorum persona per professionem transeunt in Religionem, si de illis ante professionem non disposuerunt, apud omnes est indubitata: & constat facilè ex *l. fin. §. Hoc etiam, Cod. de Episcop. & cleric.* vbi decernitur hujusmodi Religiosos retinere jus succedendi suis parentibus ex testamento, vel ab intestato, neque ab eis ob ingressum in Religionem exhæredari posse. Unde colligitur etiam cujuscumque alterius successionis hæreditarię capaces esse, & à quocumque institui posse. Nam si eorum paupertati non repugnat successio parentum, nulla etiam alia repugnat; eadem enim est ratio de quocumque. Quod autem in præfato textu sermo sit de Religiosis, quorum bona per eorum ingressum, seu professionem, in Religionem transeunt, constat apertè ex *§. seq.* vbi id expressè declaratur.

123 Quoad Religiosos capaces habendi dominium in communi, quorum tamen bona absque præuia eorum ante professionem dispositione in Religionem non transeunt, licèt conclusio non sit adeo manifesta, inde tamen facilè constat; quia quilibet talium Religiosorum potest per se loquendo acquirere Religioni quæcumque bona, & jura, quorum illa est capax, si ipsi Religioso in particulari offerantur, vel donentur; licèt enim paupertati Religiosæ repugnet sibi acquirere, nō tamen acquirere Religioni, quæ illa habere potest, vt est notissimum. Atque Religio, seu communitas talium Religiosorum est capax successionis hæreditarię, & potest institui hæres, vt constat ex prima conclusione: ergo quilibet Religiosus talis communitatis illi potest talem successionem acquirere, atque adeo institui hæres, ex cujus persona hæreditas acquiratur. Atque ita planè sentiunt Doctores qui vniuersim dicunt posse quemlibet particularem Religiosum institui hæredem, nisi sit Ordinis Minorum, vel (vt aliqui addunt) Professus, aut Coadjutor formatus nostræ Societatis. Ita Iason *in Auth. Ingressi, num. 18. Cod. de Sacrosanct. Eccles.* Bertrand. *consil. 206. num. 5. & consil. 73. num. 2. fine, vol. 3. in posteriori parte* Nauar. *Commentar. 2. num. 43. de Regular.* Iul. Clar. dicens neminem de hoc dubitare, *lib. 3. Receptar. §. Testamentum, q. 29. fine,* Molina *disp. 140. vers. Non solum bona, & disp. 154. vers. Priuati,* Emman. Rodrig. *QQ. regular. tom. 2. q. 77. art. 1.* & Sanch. *tom. 2 in Decal. lib. 7. cap. 25. num. 1.* Quæ resolutio procedit spectato jure communi: de particularibus namque Statutis, vel Constitutionibus cujusque Religionis mihi nō constat.

Quòd autem excipiendi sint Professi, 124
& Coadjutores formati Societatis, vt scilicet nequeant hæredes instituí, tenent Molina *d. disp. 154. vers. Priuati,* Palaus *p. 3. tract. 16. disp. 5. punct. 10. num. 1.* & Sanch. *d. l. 7. cap. 27. num. 24.* qui notat hos Religiosos esse omnino incapaces hæreditariæ successionis tam ex testamento quàm ab intestato, quòd ea fuerit mens Pontificū, qui Societatis institutū confirmarunt, *quia,* inquit, *vtuntur ijsdem verbis, quibus in Clem. Exiui, vers. Cum enim, de Verb. signif. Fratres Minores incapaces reddūtur hæreditariæ successionis*: cęterùm ego nullibi talia verba in Bullis Pontificum reperio, nisi tantùm pro Coadjutoribus formatis in Bulla Gregorij XIII. quæ incipit *Ascendente domino,* vbi, qui formati fuerint, certum in Societate gradum habent, iuntque omnis hæreditariæ successionis incapaces: vnde solùm ex conjectura deducta à minùs perfecto ad magis perfectum intelligitur idem pro Professis à Pontifice constitui. Meliorem ergo textum pro

hac

hac re habemus in Constitutionibus ejusdem Societ. *p. 6. cap 2. num. 12.* ibi; *Non solùm particulares, vel Coadjutores formati hæreditariæ successionis non erunt capaces; verùm nec Domus, nec Ecclesiæ, nec Collegia eorum ratione.* Ubi planè tam Professi, quàm Coadjutores prædicti non minùs redduntur incapaces successionis hæreditariæ, quàm Fratres Minores. Quare sicut supra dictum est non valere institutionem Fratrum Minorum, nec deberi æstimationem in foro conscientiæ, etiam si institutio facta sit cum clausula, *Vt vendant hæreditatem*, & pertinere tunc hereditatem ad substitutum, vel cohæredem, vel ad hæredes ab intestato; ita pariter dicendum est, si Professus, vel Coadjutor formatus Societatis instituatur, vt bene aduertit Sanch. *vbi sup.* & satis à paritate rationis liquet.

115 Bene tamen dictis Professis, & Coadjutoribus formatis legari potest, sicut Domibus Professis ejusdem Societatis, vt apud omnes est indubitatum, & notat Sanch. *sup. numer. 25.* solùm enim illis interdicitur hæreditaria successio, quemadmodum Fratribus Minoribus, de quibus supra dictum est. Legatum autem illis relictum acquiritur Domo; vel Collegio vbi habitant, sicut alia ipsis data; ex illa generali regula, quòd monachus quidquid acquirit suo monasterio acquirit. Quousquè autem, & cum quibus conditionibus legari possit his Religiosis, vel Domibus Professis Societatis, & quod jus ipsis Domibus ex legatis acquiratur, videri potest apud Sanch. *d. cap. 27. num. 27.* & apud Suar. *tom. 4. de Relig. in tract. de Instituto Societ. lib. 4. cap. 9.*

SECTIO III.

De ijs qui necessariò instituendi sunt hæredes.

SUMMARIUM.

REcensentur varia personarum genera, quæ in præsentem considerationem veniunt; num. 126.

Aliud est debere necessariò institui hæredem, aliud esse hæredem necessarium. Et quis hæres necessarius dicatur? numer. 127.

SEquitur dicendum de tertio personarum genere initio disputationis propositio, ideſt, de ijs, quos testator instituere tenetur; sub quo genere continentur in primis filij legitimi: deinde nepotes, & alij descendentes, etiam legitimi, quando in primo gradu successionis reperiuntur: tertiò, filij legitimi: quartò, naturales, quando instar legitimorum ad successionem parentum admittuntur: quintò, filij legitimi non naturales, vt adoptiui, & arrogari: sextò, pater, & mater, & alij ascendentes: septimò, patronus respectu liberti. Hi enim omnes necessariò sunt instituendi, excepto casu legitimæ exhæredationis, & alijs quibusdam, de quibus infra, §. 5. alioquin erit testamentum nullum, vel per querelam inofficiosi annullandum. Quare de his omnibus in præsenti dicendum est: vbi etiam consequenter agemus de causis, ex quibus possunt exhæredari. 126

Hic autem aduerte, aliud esse debere aliquem necessariò instituí hæredem; aliud esse hæredem necessarium: nam hæres necessarius dicitur ille, qui velit, nolit, hęres efficitur; qualis hodie est solus seruus testatoris ab eo institutus: is enim mortuo testatore libertatem statim consequitur, & fit hæres necessariò, itaut ab hæreditate, & ejus oneribus liberari non possit, §. 1. *Instit. de Hæred. qualit.* Olim autem etiam liberi jus Suitatis habentes, fiebant hæredes necessariò vt habetur §. *Sui, Instit. eod. tit.* siue enim vellent siue nollent, tam ab intestato, quàm ex testamento hæredes fiebant, nec poterant liberari ab oneribus hæreditarijs: hodie verò licèt necessariò fiant hæredes, vbi pater moritur; tamen ex indulgentia juris Prætorij, possunt ab hereditate abstinere, & ab omnibus ejus oneribus liberari, §. *Vnde etiam, Inst. de Hæred. qualit.* 127

Ita-

Itaque præter seruos à dominis institutos nullus hodie est hæres omnino necessarius: multi autem sunt, quos testator necessario instituit hæredes, & de his tantùm nobis inpræsentiarum est sermo.

§. 1. *Quousque oporteat filios tempore testamenti jam natos hæredes à parentibus institui?*

SUMMARIUM.

TAm pater, quàm mater testamentũ condens tenetur regulariter instituere omnes suos filios legitimos jam natos in portione legitima illis debita, aut in aliqua saltem illius parte. Alioqui testamentum quoad institutionem hæredum erit nullum, vel annullandum; num. 128. & seqq.

Non est inualidum, nec annullandum testamentum in quo filius instituitur in aliqua parte legitimæ sibi debitæ, quãuis sit minima, vt in vno nummo: debetur tamen tali filio supplementũ, potestque ad illud agere; quæ actio ad ejus hæredes transmittitur. Ea tamen cessabit, si illi fuerint relicta legata, vel fideicommissa ad complendam legitimam sufficientia; num. 130.

Si filius in re aliqua institutus non sit, erit inutile testamentum quoad institutionem, etiamsi legato, vel alia ratione, integra legitima, imò plus quàm legitimâ ei relictum sit; num. 131.

Si pater filium hæredem Suum, seu in potestate, omnino prætereat, testamentum est ipso jure nullum, & filio competit jus dicendi nullum; num. 133. Si autem illum prætereat insertâ legitimâ causâ, cur eum non instituit; an tunc etiam testamentum sit nullum; vel solũ competat filio querela inofficiosi? num. 134 & seqq.

Si pater filium in potestate exhæredet, nõ insertâ causâ, est hodie testamentum ipso jure nullum: non ita verò de jure antiquo; num. 139.

Si filius exhæredatus sit à patre, insertâ legitimâ causâ, testamentum est valiadum, potest tamen filius agere contra illud, querelâ inofficiosi; numer. 140. Vtrum licitè possit hanc querelam intentare, & scriptum hæredem excludere, quando causa inserta est vera, & legitima, non potuit autem ab hærede scripto probari? num. 141.

Quæ dicta sunt circa filium hæredem Suum, seu in potestate, eodem ferè modo se habent in emancipato; quod in particuri declaratur; num. 142. & seqq.

Filius à matre præteritus, siue cum causa, siue sine illa, olim habebatur pro exhæredato, & solùm ei competebat remedium querelæ aduersus testamentum. Et similiter quando à matre exhæredatus erat, siue cum causa, siue sine causa. An hodie per jus nouum aliud in vtroque casu dicendum sit? numer. 145. & seq.

Plurimùm interest in prædictis casibus præteritionis, vel exhæredationis filiorum, testamentum esse nullum, vel anullandum; & quæ sit hujus inspectionis vtilitas? num. 147.

IAm ordiendo à filijs, quos testator jam natos habet tempore testamenti, capitalis assertio sit. Tam pater, quàm mater testamentum condens tenetur regulariter instituere omnes suos filios legitimos jam natos in portione legitima illis debita, aut in aliqua saltem illius parte; alioqui testamentum quoad institutionẽ hæredum erit nullum, vel annullandum. Est assertio certa, & apud omnes indubitata, tum ex alijs juribus, tum maximè *ex Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, ibi; *Sancimus, non licere penitus patri, vel matri suum filium, vel filiam præterire, vel exhæredes in suo facere testamento; nec, si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem, nisi fortè probabuntur ingrati*, & infra §. *Sive igitur omnes*, ib; *Si autem hæc observata non fuerint nullum exhæredatis liberis præjudicium generari, sed quantum ad* 128

ad hæredum institutionem pertinet, testamento euacuato, ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab intestato ex æqua parte peruenire.

129 Apposita verò est in præfata assertione particula, *regulariter*, quia nonnulli sunt casus, in quibus non oportet filios, neque alios descendentes instituí, quos casus *infra* §. 5. assignabimus, & explicabimus; maximè verò casum legitimæ exhæredationis, qua interueniente, rectè filius ab hæreditate excluditur, nec testamentum vlla ex parte vitiatur.

130 Dictum præterea est, debere filios institui in aliqua saltem parte legitimæ portionis illis debitâ. Quia vt testamentum valeat, nec annullari possit, non oportet filium institui in tota legitima, sed satis est, quòd instituatur in aliqua ejus parte, etiam minima, vt in vno numo, vt constat per text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Hæc autem, vers. Cæterùm*, ibi; *Testamentum quidem nullatenus solui præcipimus: quidquid autem minus ei, quàm legitima portio, relictum est, hoc secundùm nostras leges ab hæredibus impleri; sola enim est nostræ Serenitatis intentio, à parentibus, & liberis injuriam præteritionis, & exhæredationis auferre.* Et ita docent Rojas *in Epit. succession. cap. 8. num.* 16. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. resol. cap.* 11. *num.* 31. Molina *tom.* 1. *de Iustitia disp.* 175. *num.* 1. *& disp.* 177. *in princip.* Mantica *de Conject. vlt. vol. lib.* 4. *tit.* 3. *numer.* 26. *& seq.* & cæteri omnes. Additque bene cum multis alijs Mantica, hoc procedere, etiam si filius institutus in minori parte, quàm sit legitima, prohibitus fuerit à testatore plus petere. Adhuc enim valet institutio, & tali filio debetur legitimæ supplementum, potestque ad illud agere, vt per text. *in d. vers. Cæterùm*, & alios: quæ actio ad hæredes ipsius filij transmittitur, etiam extraneos, tametsi filius decesserit post quinquennium, neque vnquam agnouerit, vt cum Baldo Corn. & alijs tradit Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *numer.* 10. cessabit autem illa actio, si filio in minore parte instituto relinquantur legata, vel fideicommissa ad complendam legitimam sufficientia; nam quæ ad illum ex institutione, & alijs relictis peruenerint, in legitimam computantur, vt rectè aduertit Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 12. *paulò post princip.*

Cæterùm si filius in re aliqua institutus non sit, quamuis ei legato, donatione, vel fideicommisso integra legitima, imò plusquam legitimâ, relinquatur, testamentum quoad hæredis institutionem erit vitiosum, & inutile, *d. §. Aliud. quoque capitulum, Auth. Vt cum de appellat.* Cujus dispositionis ratio est, quia honorabilior, & vtilior est titulus institutionis quàm legati, vel fideicommissi, vt notant communiter DD. *per l. fin. §. Sed etiam si portio*, vbi Glos. *ff. de Legat. præstan.* & videri potest apud Menchac. *de Succeff. creat. lib.* 1. *§.* 10. *sub numer.* 194. & Rojas *dict. cap.* 8. *numer.* 18. *& seq.* qui plures vtilitates institutionis assignant. 131

Additum denique est, quod alioqui erit testamentum nullum, vel annullandum. Id verò vt explicetur, distinguendum est inter filios respectu patris, & respectu matris: deinde respectu patris, distinguendum vlteriùs inter filios hæredes Suos, seu qui erant in potestate patris; & emancipatos, vel aliàs à patria potestate egressos. Notandum præterea, quatuor modis posse de facto à patre vel matre omitti in testamento institutionem filij: primò, illum omnino prætereundo, idest neque instituendo, neque exhæredando, neque vllam de eo in institutione mentionem faciendo: secundò, prætereundo illum inserta causâ, cur eum non instituit: tertiò, exhæredando illum, nullâ inserta causâ, cur eum exhæredem facit: quartò, exhæredando illum causâ inserta. His præmissis. 132

Si pater filium hæredem Suum, seu in potestate, omnino prætereat in suo testamento, tale testamentum est ipso jure nullum, & filio competit jus dicendi nullum, vt per text. *in l. Inter cætera, ff. de Liber.* 133

& posth. ibi; *Inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessariò desiderantur, principale jus est de liberis hæredibus instituendis, vel exhæredandis; & in l. Gallus per totam, ff. eod. tit. & in l. 1. & per totum tit. ff. de Injusto rupto, &c. & in §. 1. Inst. de Exhæredat. liber.* plurague alia jura, cum quibus concordat Ordinat. Lusit. *lib. 4. tit. 82. §. 1.* Atque ita docent omnes; solùmque est controuersia, vtrùm tale testamentum sit nullum dependenter à voluntate filij præteriti; ita vt si ab eo approbetur, vel non impugnetur, sustineatur tanquam à principio validum? Quam quæstionem infra §. 4. commodiùs exeutiemus; quia est communis ad omnes casus, in quibus liberi possunt dicere testamentum nullum ex causa præteritionis, vel exhæredationis injustæ. Ratio verò fundamentalis prædictæ nullitatis in casu proposito est; quia filius in potestate ratione Suitatis censetur in vita patris esse simul cum eo dominus bonorum ipsius patris, & post ejus mortem immediatè ipsum dominium bonorum ex legis dispositione continuatur in filio, *l. In suis, ff. de Liber. & posth.* Vnde si pater in suo testamento illum prætereat, id non tollit quominus statim à morte patris sit verè dominus omnium bonorum paternorum; cùm per puram prætéritionem, secluſa positiua exhæredatione, nihil pater ei ademerit, sed solùm non dederit: & consequenter institutio, qua pater alium instituit, ipso filio præterito, euadit nulla; siquidem esset de bonis alienis, quod jus non permittit, *l. fin. Cod. de Hæred. instit. Auth. Ingressi, Cod. de Sacros. Eccles.*

134 Si verò pater prætereat filium in potestate, insertâ legitimâ causâ, cur eum non instituit, duplex est sententia. Prima tenet, tale testamentum esse ipso jure nullum. Ita Glos. *in Auth. de Hæred. & Falcid. §. Exhæredatos, collat. 1. verb. Noluit:* Barth. *in l. Filio præterito, n. 18. ff. de Injusto rupto, &c. & in l. 2. in fine, ff. Si à parente quis fuerit manumis.* Bald. *in Auth. In successione, C. de Suis, & legitimis, col. 1.* Couar. *in c. Raynutius, in princ. de Testam.* Mantic. *de Conject. vlt. vol. lib. 4. tit. 13 n. 15.* Rojas *Epit. succes. c. 4. n. 12.* & plures alij, estque communis sententia, teste Salic. *in Auth. Ex causa, C. de Liber. præter. col. 4.* Fundamentum est, quia insertio causæ, ob quam pater filium non instituit, non tollit quominus filius sit verè præteritus, id est, neque institutus, neque exhæredatus: ad valorem autem testamenti necessariò requiritur, quod filius in potestate vel instituatur, vel legitimè exhæredetur, vt per *d. l. Inter cætera, ff. de Liber. & posth. & alia jura supra citata:* atq; idem probat ratio pro superiori puncto *n. præced.* adducta.

Addunt tamen non pauci hujus sen- 135
tentiæ Authores, si hæres scriptus probet causam ingratitudiuis insertam in prætéritione filij, excludi filium vt ingratum à jure dicendi nullum, sicut exhæredatus excluderetur à querela inofficiosi testamenti. Sic Barth. *in d. Auth. Ex causa, col. 7. num. 12.* Angel. Perusin. *in Auth. Licet, Cod. de Liber. præter. in fine,* & alij apud Anton. Gom. *tom. 1. Var. cap. 11. num. 3.* In hoc tamen est difficultas; nam si testamentum est ipso jure nullum, non potest hæres scriptus virtute illius succedere, neque adire, atque adeo neque filium præteritum excludere, probando ejus ingratitudinem. Aliqui ergo ad hanc difficultatem vitandam dicunt, illud testamentum esse in pendenti, donec causa inserta ingratitudinis per hæredem probetur, aut pro non probata habeatur; & si quidem causa probetur, testamentum reddi validum, & hæredem scriptum admitti; si autem non probetur, euadere nullum, & competere filio dictum remedium dicendi nullum. Ita Curt. jun. *in d. Auth. Ex causa, col. 11. num. 39.* & hic est sensus Doctorum proximè cit. At hoc etiam est difficile, vt rectè ponderat Anton. Gom. *sub d. n. 3. [verf. Sed iste intellectus.*

Secunda sententia est, illud testamen- 136
tum esse validum, & consequenter filium ita præteritum non habere jus dicendi illud nullum, sed solùm ei competere querelam inofficiosi, ad hoc vt nó probatâ causâ præteritionis, admittatur ad

ad successionem contra tabulas, & testamentum annulletur: secus verò, si causa per hæredem scriptum probetur. Fundamentum est, quia præteritio, appositâ legitimâ causâ, habetur pro exhæredatione; siquidem testator apponens causam ob quam filium non instituit, nihil velle intelligitur, quàm eum ab hereditate excludere; quod ad exhæredationem inducendam sufficit, vt probat text. *in l.* 3. *Cod. de Liber.* Testamentum autem, quo filius cum insertione legitimæ causæ exhæredatur est validum, & solùm per querelam inofficiosi annullatur, si causa illa non probetur, vt est notissimum.

Confirmatur egregiè hæc sententia ex
137 text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Illud quoque capitulum*, vbi æquè admittitur præteritio, atque exhæredatio liberorum, quando legitima causa inserta est, vt patet ex illis verbis, ibi; *Sancimus non licere penitus liberos præterire, aut exhæredes in testamento facere, nisi fortè probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes in suo inseruerint testamento.* Et *in Auth. Non licet, Cod. de Liber. præter*, ibi; *Non licet parenti aliquem ex liberis exhæredare, aut præterire, nisi is probetur ingratus, & ingratitudinis causas nominatim inserat testamento.*

138 Idem apertissimè colligitur ex *dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Et hæ quidem exhæredationis*, vbi tam præteritionis, quàm exhæredationis pœna filio ingrato imponitur, si legitima causa ingratitudinis in testamento inserta probetur. Ex quo patet, non minùs validam esse in tali casu pœnam præteritionis, quàm exhæredationis, & consequenter, non minùs valere testamentum, quo filius præteritur, quàm quo exhæredatur, si dicta causa ingratitudinis inserta sit. Quare hanc sententiam longè veriorem censeo: & illam relatis pluribus tuetur Anton. Gom. *dict. cap.* 11. *numer.* 3. *post med.* & Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 175. *vers. Non*
139 *dubito, col.* 10.

Si autem pater filium in potestate exhęredet, non insertâ causâ, olim quidem tale testamentum erat validum, quia jus tantùm confidebat de patre, vt præsumeret, quod nisi justam causam haberet, filiũ minimè exhæredasset; cõstat hoc ex text. *in l. In suis, ff. de Liber. & posthum.* ibi; *Nec obstat, quod licet eos exhæredare, quos occidere licebat, & in l.* 1. *& per tot. tit. ff. de Inoffic. testam. maximè in l.* 9. *§. fin.* item ex text. *in l Haberi, Cod. eod. tit.* Postea de jure minùs antiquo requirebatur, vt pater filium exhæredans diceret in testamento illum fuisse ingratum, & hęredes scripti tenebantur ingratitudinem aliquam probare, vt constat ex text. *in dict. l. Omnimodo, Cod. de Inoffic. testament.* Hodie verò de jure nouo Authenticorum in *dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur*, omnino ad valorem testamenti, quoad institutionem, requiritur vt in eo inseratur aliqua saltem ingratitudinis causa ex 14. ibidem assignatis. Quod etiam est de jure Lusit. *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 82. *§.* 1. Atque ita docent omnes, & optimè Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. resol. cap.* 11. *numer.* 10. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 4. *titul. vltim. numer.* 37.

Quando autem filius in potestate à 140
patre fuerit exhæredatus, insertâ legitimâ causâ, validum est testamentum; potest tamen filius agere aduersus illud querelâ inofficiosi; & si causa non probetur, reddetur nullum, & filius ad successionem ab intestato admittetur, vt expressè habetur *in dict. §. Siue igitur, vers. Si autem hæc, Auth. Vt cum de appellat.* & constat etiam per *l. Omnimodo, vers. Nam si, Cod. de Inoffic. testam.* pluraque alia jura, ac per Ordin. Lusit. *d. tit.* 82. *§.* 2. & ita docent Ant. Gom. *vbi sup.* & veteres fere omnes, teste Mantica, *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 4. *tit. vltim. num.* 35.

Quæres tamen, vtrùm in foro consci- 141
entiæ possit filius dictam querelam intentare, & scriptum hæredem ab hæreditate excludere, quando causa, ob quam fuit exhęredatus, est vera & legitima, atque in testamento inserta, non tamen

potuit probari. Respondeo affirmatiuè cum Molina *d. disp. 175. §. Dubium est, col.* 12. quia *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur*, ad filium excludendū per viam exhæredationis, vel præteritionis, duo copulatiuè postulantur; & quòd causa legitima in testamento inserta sit, & quòd sit probata, vt apertè apparet in ipso textu, & notat etiam Mantica *d. tit. vltim. num. 57. vers. Secundo communis.* Illud autem aduerte, hoc procedere, nisi filius per vim, aut mendacia, vel falsos testes probationem causæ impediat; tunc enim manifestam committet injustitiam aduersus hæredem, qui jus habet ad tuendam institutionem sibi legitimè factam, ostendendo veram esse causam exhæredatione filij: qui autem per injustitiam jus alterius impedit, ad illud planè resarciendum ex justitia obligatur, vt est per se notum, & in confesso apud omnes. Quocirca solùm erit licitum filio in casu proposito impugnare probationem causæ, ostendēdo ex veris, aut probabilibus fundamentis, eam non esse sufficientem.

142 Quæ dicta sunt circa filium hæredem Suum, seu in potestate, eodem fere modo se habent in emancipato. Quia in primis, si emancipatus sit pręteritus à patre sine insertione causæ, testamentum est nullum ipso jure, ob defectum formæ requisitæ *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, licèt olim de jure antiquo tale testamentum mero jure valeret, nec tali filio cum causa, vel sine causa, præterito aliud remedium competeret, nisi bonorum possessio contra tabulas, *vt in l. 1. & per tot. tit. ff. & C. de Bon. possess. contr. tab.* Et ita relatis plurimis docent Rojas *in Epit. succeff. cap. 4. n. 9. & seqq.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. resol. cap. 11. numer. 34.* Pichar. *in §. Emancipatos, numer. 10. Instit. de Exhæred. liber.* & Molina *dict. disp. 175. vers. Vtrum verò hæc eadem.* Quanuis standum adhuc hodie esse dicto juri antiquo, sentiant Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 12.* & quidam alij, quos refert & sequitur Osuald. *in notis ad eundem Donel. enucleatum, lit. D.* quæ sententia est satis probabilis ex rationibus, quas idem Donellus adducit: in hoc tamen Regno Lusitan. nulla ratione admitti potest; nam *lib. 4. Ordin. tit. 82. §. 1.* expressè dicitur, testamentum, quo filius non insertâ causâ præteritur esse nullum, & nullius vigoris: vbi tam filius in potestate, quàm emancipatus comprehenditur, cùm lex non distinguat.

Similiter, si filius emancipatus ex- 143
hæredatus sit, causâ non insertâ, testamentum est nullum, ob eundem defectum formæ, quæ *in dict. §. Aliud quoque capitulum*, pari necessitate in exhæredatione, atque in præteritione filiorum postulatur, sublato quoad hoc omni inter emancipatos, & non emancipatos discrimine, vt DD. communiter aduertunt: & ita post alios docent Anton. Gom. *sub dict. numer. 34* & Molina *vbi supra*, habeturque expressè *dict. §. 1. Ordinat. Lusitan.* De jure verò antiquo, siue cum causa, siue absque causa exhæredatus esset filius emancipatus, testamentum erat validum, & solùm tali filio competebat bonorum possessio causâ litis agnoscendæ, per quam sibi pararetur via ad querelam inofficiosi intentandam, & rumpendum testamentum; sicut si esset filius in potestate, vt constat per text. *in l. 2. ff. de Inofficioso testamento*, & relatis alijs notant Rojas *dict. cap. 4. numer. 14.* & Anton. Gom. *d. num. 34.*

Si verò filius emancipatus causâ 144
insertâ præteritus, vel exhæredatus sit, conueniunt omnes, testamentum valere; dubitant verò, quale remedium ipsi filio competat? Qua in re plerique sentiunt solùm ei competere dictam bonorum possessionem causâ litis agnoscendæ, qua mediante fiat habilis ad intentandam querelam inofficiosi: prout de prædicto jure antiquo, quod credunt correctum hac in parte non esse. Alij tamen longè probabiliùs sentiunt, quòd hodie de jure nouo *in dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud*

quo-

quoque capitulum, & §. Siue igitur, filio emancipato in casu prædicto, competit rectâ viâ querela inofficiosi, sicut filio in potestate, quin teneatur priùs intentare dictam bonorum possessionem. Quia in dicto jure nouo nulla fit differentia inter hos filios, sed indiscriminatim pro filijs legitimis constituitur, vt si fuerint præteriti, vel exhæredati, causâ nominatim insertâ, si illa fuerit probata, à successione repellantur; si autem probata non sit, testamentum vacuetur, & illi ab intestato succedant. Vbi satis patet, quòd eâdem ratione succurritur filijs emancipatis, atque in potestate, vt possint agere ad vacuandum testamentum. Confirmatur, quia pro casu, quo filius est præteritus, vel exhæredatus sine causa, æqualiter in d. jure nouo comprehenditur filius emancipatus, & in potestate, vt testamentum non valeat, & illi succedant ab intestato, vt ex supradictis constat. Ergo similiter cùm ibidem indistinctè succurritur filio præterito, vel exhæredato cum causa, æqualiter pro vtroque id debet intelligi, & consequenter, sicut filio in potestate competit querela ad rumpendum testamentum, si causa probata non sit, ita pariter competit emancipato. Tenent hanc sententiam Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. sub num. 34. vers. Sed his non obstantibus*, & Molina *dict. disp. 175. prope finem*, vbi aduertit esse etiam conformem juri Lusitano, & Castellæ.

145 Hactenus dicta procedunt in filijs respectu patris, quando ab eo præteriti, vel exhæredati sunt: respectu verò matris, erga quam nunquam sunt in potestate, olim de jure antiquiori habebantur pro exhęredatis, *§. vltim. Inst. de Exhæredat. liber.* eisque propterea dabatur querela inofficiosi, vt constat ex text. *in l. Filiam, Cod. de Inoffic. testam.* & ibi DD. Quocirca illud matris testamentum validum habebatur, & solùm veniebat irritandum per dictam querelam. Atque ex illo jure antiquiore nihil quoad institutionem mutatum esse per jus nouum *in d. Auth. Vt cum de appellat.* sentit, & latè, probat Donel. *de Iure Ciuili, lib. 6. cap. 13.* quem sequitur Osuald. *in notis ad eundem Donel. enucleat. lit. D.* vbi alios pro eadem sententia adducit. Similiter de jure antiquo, filio à matre exhæredato, vel cum causa, vel sine causa, competebat dicta querela inofficiosi, vt est text. *in l. Si suspecta, §. 1. ff. de Inoffic. test.* vbi Glos. ordinaria, & DD. communiter, & sic testamentum non erat ipso jure nullũ, sed annullandum per dictum remedium. Quod jus etiam adhuc hodie vigere quoad institutionem, nihil obstante *d. Auth. Vt cum de appellat.* planè sentit Donel. *vbi supra*, vt rationes, quas pro casu præteritionis adducit, planissimè ostendunt, cùm pariter procedant in casu exhæredationis.

Cæterùm longè verius est, quòd hodie de jure nouo *in dict. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur omnes*, si filius est præteritus, vel exhęredatus à matre sine causa inserta, testamentum est ipso jure nullum, & filio competit jus dicendi nullum: si autem cum causa, testamentum valet mero jure, & filio competit remedium querelæ, quemadmodum circa filios præteritos, vel exhæredatos à patre dictum est: nam dictum jus nouum æqualiter loquitur respectu matris, atque respectu patris. Et ita cum communi DD. *in d. Auth. Vt cum de appellat.* docet Anton. Gom. *tom. 1. Variar. resolut. cap. 11 numer. 35. fine*, idemque tenet Molina *tom. 1. de Iust. disp. 175. col. 5. vers. Sunt vero*, & relatis alijs Pichar. *in §. vltim. numer. 5. Instit. de Exhæred. liber.* pro qua etiam parte stat Angel. de Gambellionibus *tract. de Testam. Glos. 74. numer. 7.* estque communis sententia. Atque ita etiam disponit jus Lusit. *lib. 4. Ordinat. tit. 82. §. 1. & 2.* 146

Si autem quæras quid interfit in dictis casibus esse testamentum nullum, vel annullandum, quamve vtilitatem hæc inspectio habeat? Respondetur interesse plurimùm. Primò, quia si testamentum est nullum, competit filio jus dicendi nullum per 30. annos: si autem valet, & venit annullandum per 147

querelam inofficiosi, competit ea querela per quinquennium, ejusque lapsu excluditur, & testamentum sustinetur, *l. Filio præterito, ff. de Injusto rupto*, & ibi DD. *l. Licet, Cod. de Iure deliber. l. Scimus, §. Illud, Cod. de Inoffic. testam.* & ita cum communi Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. sub num. 3. vers. Et si quæras.* Quod si per bonorum possessionem veniat infirmandum, competit petitio talis possessionis solùm per annum, cùm sit remedium Prætorium: Donel. *de Iure Ciuili lib. 3. cap. 13.* & omnes. Secundò, quia si testamentum sit nullum, etiamsi filius præteritus decedat, viuo patre, non redditur validum, *l. Si filius, qui est in potestate, ff. de Liber. & posthum.* & ibi Glos. Ordin. Barthol. Bald. Angel. & alij, *§. vers. Adeo equidem, Instit. de Exhæredat. liber.* & ibi etiam DD. communiter. Hoc verò intelligitur de jure Ciuili; nam de jure Prætorio, si filius viuo testatore moriatur, conualescit testamentum, si in eo sint instituti venientes ab intestato, quibus in hoc casu erit necessaria petitio possessionis bonorum secùndum tabulas, *l. Posthumus in fine, ff. de Injusto rupto*, & notant post Barthol. Bald. Castr. & alios Anton. Gom. *vbi sup. vers. Quartus effectus*, & Donel. *de Iure Ciuili lib. 6. cap. 13.*

§. 2. *Quousque opus sit instituì nepotes, & alios remotiores descendentes testatoris jam natos tempore testamenti?*

SUMMARIUM.

AVus, auia, & alij ascendentes tenentur in suo testamento instituere nepotes, & neptes, cæterosque descendentes legitimos jam natos, quãdo proximiores eorum progenitores non sunt in medio: alioqui testamentum erit nullum, vel annullandum: & competunt talibus descendentibus præteritis, vel injustè exhæredatis, eadem remedia, quæ filijs; num. 148. & seqq.

Vtrum filio legitimè exhæredato, oporteat instituì nepotem, ne postea excluso filio à querela, & successione, testamentũ rumpat, se præteritum reperiens? num. 150. & seqq.

POst filios jam natos sequitur dicendum de nepotibus, & alijs remotio- 148
ribus descendentibus testatoris similiter tempore testamenti jam natis: circa quos vnica etiam, & capitalis assertio sit. Auus, auia, & alij ascendentes tenentur in suo testamento instituere nepotes, & neptes, cæterosque descendentes legitimos jam natos, quando proximiores eorum progenitores non sunt in medio; vt quia sunt mortui, vel aliàs redditi incapaces successionis: alioquin testamentum erit nullum, vel annullandum; & cõpetunt talibus descendentibus præteritis, vel injustè exhæredatis eadem remedia, quæ filijs. Est assertio communis, quam sub his fere terminis tradit Rojas *in Epit. succession. cap. 5. num. 2. & 3.* In successione enim ascendentium nulla est differentia inter nepotes, & filios, *l. Posthumorum*, ibi; *Sicut ipsum filium, vel hæredem instituere, vel exhæredare nominatim debeo, ne non jure faciam testamentum; ita & nepotem, neptemue ex eo necesse est mihi vel hæredem instituere, vel exhæredare, ff. de Injusto rupto, cum similibus*, quę apud Rojas *vbi supra*, videri possunt: maximè verò dicta assertio probatur *ex d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, ibi; *Sancimus igitur non licere penitus patri, vel matri auo, vel auiæ, proauo, vel proauiæ, suum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento*, &c. vbi vides parem induci necessitatem instituendi filios, ac nepotes, & cæteros descendentes; quocirca pari jure est nullum, vel annullandum testamentũ, quo nepotes, vel alij inferiores injustè sunt præteriti, vel exhęredati; atque quo præteriti, vel exhęredati sunt filij: vnde

quæ

quæ supra circa filios diximus, nepotibus etiam, & cæteris descendentibus conueniunt, illisque applicanda sunt.

Dictum verò est, quando proximiores
149 eorum progenitores non sunt in medio. Nam qui habet filium, & ex eo nepotem, vel pronepotem, rectè, filio instituto, nepotem, & alios ejus liberos præterit; quia pro forma, & validitate testamenti solùm tenetur pater instituere liberos existentes in priori gradu, *l. Inter cætera, ff. de Liber. & posthum. l. Posthumorum, ff. de Injusto rupto, §. Ita demum, Inst. de Hæredit. quæ ab intest. defer. cum similib.* & ita DD. omnes.

150 Vtrùm vero, filio legitimè exhęredato, oporteat instituì nepotem ne postea excluso filio à querela, & successione, testamentum rumpat, se præteritum reperiens? Affirmant Barthol. Bald. Angel. & alij, *in l. Pater filium, ff. de Inoffic. testam.* Dinus *in l. 3. §. Si emancipatus filius, ff. de Bonorum possess. contra tabulas*, Barthol. *in l. Siquis posthumos, §. Si filium, ff. de Liber. & posthum.* & ibi Paul. de Castr. *col. pen.* Alex. *col. 3.* Jas. *col. pen. num. 48.* Joan. de Imol. *col. fin.* & Cuman. *col. 2.* Glos. Ordin. *in l. Si quis filium, Cod. de Inoffic. testam.* & ibi Cinus Barthol. Bald. Angel. Paul. de Castr. Fulgos. & alij, quos refert Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. numer. 21.* estque sententia communis. Probatur primò quia filius exhæredatus habetur pro mortuo, *l. 1. §. Sed & si patronus, ff. de Conjungendis cum emancipato liberis ejus:* constat autem, quòd mortuo filio debet instituì nepos, vt testamentum valeat. Secundò, quia excluso habente primum gradũ in successione paterna, succedunt ejus loco nepotes, & neptes ex eo nati, *l. 1. §. 1. vers. Si filius Suus, ff. de Suis, & legitimis hæred.* Ergo necessariò debent instituì, quando pater per viam exhæredationis excluditur, ne testamentum rumpãt; cùm hæreditate aui priuari nequeant. Tertiò idem probat text. *in l. Si is qui, ff. de Inoffic. testam.* ibi; *Si is qui admittitur ad accusationem* (ideſt ad querelam, eoquòd fuerit exhæredatus) *nolit, aut non possit accusare, an sequens admittatur? videndum est: & placuit posse, vt fiat successioni locus:* vbi vides, quòd patre exhæredato, & à querela excluso, admittitur nepos ex eo natus. Ad quod etiam est text. *in d. l. Pater filium, ff. eod.* vbi habetur, quod filijs à patre exhæredatis, & postea excluſis à querela, admittitur eorum auus, qui illis excluſis primũ locum habet in successione patris.

Contrariam nihilominus sententiam 151
tenent meritò Glos. *in l. Si quis posthumos, §. Si filium, verb. Testamentum, ff. de Liber. & posth.* Petr. de Bellapert. & Iacob. Butr. *in l. Siquis filium, Cod. de Inoffic. testam.* Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 11.* & Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. num. 21.* quæ sententia hoc potissimùm intendit, vt nepos se præteritum reperiens in testamento aui, qui filium, ex quo est nepos, legitimè exhæredauit, non possit vllo juris remedio illud testamentum rumpere, si pater post auũ decedens à querela fuit excluſus: vnde consequens est, vt exhæredans legitimè filium, ex quo habet nepotes, vel alios descendẽtes, possit ad libitum de suis bonis disponere, perinde acsi nullum descendentem ex tali filio haberet. Probatur, per text. expressum *in l. Si quis posthumum, 9. §. Si filium, ff. de Liber. & posthum.* ibi; *Si filium exhæredauero, nepotemque ex eo præteriero, & alium hæredem instituero, & superuixerit filius post mortem meam; licèt ante aditam hæreditatem decesserit; non tamen nepotem rupturum testamentum, Iulianus, Pomponius, & Marcellus aiunt.* Item per text. satis expressum *in l. Siquis filio, in princip. ff. de Injusto rupto.* Vbi est sermo, de nepote præterito, nato ex filio exhæredato, qui post mortem aui, viuente patre, natus est, cùm in vita ipsius aui cõceptus esset: & dicitur non rumpi ejus agnatione testamentum, licèt hæreditas nondum esset adita; quia agnascendo is rumpit, quem nemo præcedebat tempore mortis: hunc autem nepotem præcedebat pater exhæredatus, qui viuebat, quando auus decesit; qui quidem textus quo-

ad præsens institutum correcti non sunt, vt statim patebit.

152 Optimè verò dicta sententia probatur per text. *in l. Siquis filium, Cod. de Inoffic. testam.* vbi disponitur quod si quis decedat, filio exhæredato, & extraneo hærede instituto, & ex filio exhæredato relinquat nepotem jam natum, vel conceptum, & filius exhæredatus postea decedat, non intentatâ querelâ, nec præparatâ, amoto rigore jurium antiquiorum, ex quibus destitutus erat omni remedio ad succedendum, benignè virtute illius legis talis nepos admittatur ex persona patris exhæredati, vt possit agere querelâ, & per viam illius rumpere testamentum; secùs verò si pater exhæredatus fuit ingratus, & causa ingratitudinis probata per hęredem, vel si post hæreditatem aditam repudiauit querelam, aut quinquennio tacuit, vel si ipsi patri fuerit relicta certa quantitas minor legitimâ, quòd tunc satis sit nepoti, vt possit agere ad repletionem illius. Ex quo textu apertè concluditur pro casu nostræ quæstionis, quòd filio exhæredato, & penitus excluso à querela, vt quia expressè vel tacitè per lapsum quinquennij eam redudiauit post aditam hæreditatem, vel quia causa ingratitudinis, ex qua fuit exhęredatus, probata est, nullum omnino supereſt remedium ex quo nepos possit, vel ex sua, vel patris persona testamentum rumpere, aut impugnare.

153 Neque obstant fundamenta prioris sententiæ. Ad primum enim respondetur, exhæredatum haberi pro mortuo ad effectum excludendi eum à successione patris, non verò ad alium admittendum. Ad secundum respondetur, illud procedere in successione ab intestato, quando scilicet pater testatus non est, aut testamentum non valuit: non autem in successione ex testamento, vel contra testamentum. Nam cùm testamentum, quo filius est exhæredatus, & extraneus institutus, validum, ac legitimum fuerit, debet succedere institutus, excluso nepote præterito, nato ex filio exhęredato; si autem institutus hæreditatem omiserit, tunc nepos ille ab intestato succedet, vt habetur *d. l. Siquis filio, in princip. ff. de Injusto rupto.* Ad tertium respondetur *in d. l Siquis*, admitti nepotē ad querelandū ex persona patris jure transmissionis, quia fuit præparata querela, quæ patri exhæredato competebat.

Ad textum verò *in l. Pater filium*, res- 154
pondeo cum Glossa, ibi *verb. Ad querelam*, aliam esse rationem in auo præterito in testamento patris, cujus filij ab eo exhæredati excluſi sunt à querela, aliam verò in nepotibus præteritis in testamento aui à quo filius similiter exhæredatus à querela postea excluſus est. Nam respectu patris, est auus in eodem gradu, quo filij, licèt sint potiores; & ideo, sicut filius præteritus admittitur contra testamentum patris, ita debet admitti auus præteritus contra testamentum patris post filios exhæredatos à querela excluſos. At verò nepotes non sunt in eodem gradu cum filio; & ideo filio exhæredato, & excluſo à querela, non admittuntur cōtra testamentum aui, à quo sunt præteriti; cùm sint in secundo gradu respectu illius, qui solùm tenebatur instituere, vel exhæredare existentes in primo gradu. Ex quo fundamento concludit Glos. *vbi sup.* quòd exhæredatis filijs, & à querela excluſis, non admittitur proauus à patre illorum præteritus, eoquod non sit in eodem gradu, quo filius; sed in secundo, vt nepos.

Aduerte autem, prædictam secundam 155
sententiam locum non habere, quando filius, viuo patre testatore, mortuus est; nam tunc nepos ex eo relictus se præteritum reperiens in testamento aui, ipsum testamentum rumpet, vel dicet nullum, & succedet auo ab intestato per *l. Posthumorum*, 13. *ff. de Injusto rupt. & §. Posthumorum, Inst. de Exhæredat. liber. cum similibus.* Et ratio est, quia in eo casu nemo illum nepotem præcedit tempore mortis aui: ex liberis autem seu descēdentibus testatoris is, quem alius non præcedit tempore mortis ipsius testatoris, habet jus sui hæredis, *d l. Et d. §. Posthumorum*, & consequenter se præteritum repe-

reperiens testamentum rumpit, vel dicit nullum ipso jure Suitatis, ex quo, etiam viuo testatore, dominus bonorum illius censetur; quo dominio simplici præteritione non priuatur, vt latiùs declarauimus, §. *præced. sub num.* 133.

§. 3. *Quousque oporteat instituì filios, & alios descendentes testatoris nondum natos tempore testamenti?*

SUMMARIUM.

ETiam filij & nepotes nondum nati tempore testamenti instituì debẽt, ne agnatione testamentum rumpant; num. 156.

Posthumus natus post mortem patris rũpit ejus testamentum, si in eo sit præteritus. Quod procedit, dummodo perfectè natus sit viuus, nec ad monstrum, aut prodigium declinauerit: item opus est vt natus sit justo, seu maturo natiuitatis tempore: & quomodo hæc sint intelligenda? d. n. 156. *& seq.*

Virum nati mense octauo à conceptione, si viui nati sint, nec ad monstrum deflexerint, rumpant testamentum patris, in quo fuerint præteriti? num. 158. *& seqq.*

Filius natus post conditum patris testamentum, patre adhuc viuente, (qui filius etiam dicitur posthumus) rumpit patris testamentum, si in eo sit præteritus, dummodo nascatur viuus, & cum cæteris conditionibus in superiori casu requisitis; num. 156.

Filius qui nascitur post testamentum patris, viuente ipso patre, statim acquirit jus Suitatis, ratione cujus rumpit patris testamentum, si in eo sit præteritus. Natus autem post mortem patris solùm habuit potentiam vt esset hæres Suus: ea verò sufficit ad rumpendum patris testamentum, si præteritus sit; num. 166.

Si filius præteritus, qui post testamentũ natus est, viuo patre mortatur, reconualescit testamentum de jure Prætorio; num. 167.

Quando filius præteritus natus erat tempore testamenti, conualescit similiter testamentum, decedente ipso filio in vita patris, si hæredes in eo scripti hæreditatem ab intestato capere poterant. Et quid, si instituti sint extranei? numer. 168.

Quo tempore filius præteritus possit dicere testamentum nullum? num. 169.

Nepos natus, vel conceptus post testamentum aui, viuente ipso auo, rumpit ejus testamentum, si ab eo sit præteritus, & pater in medio non extet: secus autem, si pater extet, vel ille post aui mortem conceptus sit; num. 170. *& seqq.*

Qui fieri possit, vt nepos conceptus post mortem aui non rumpat ob hanc causam ejus testamentum; & non potius, quia ejus pater est in medio? n. 173.

Quod nepos sit conceptus post mortem aui, solùm tollit posse illi succedere ab intestato ex persona propria, non autem ex persona patris, per viam transmissionis, jure Suitatis, sanguinis, aut deliberandi. Et quid interest, vtrum ex persona propria, vel ex persona patris, succedat? num. 174.

Etiam nepotes viuo auo geniti, quos pater tempore testamenti præcessit, instituì debent, ad vitandum periculum testamenti rumpendi, si contingat patrem viuo mori. Et quæ sit forma instituendi hos nepotes, juxta consilium Galli? num. 174.

POstquam de filijs, & alijs descendentibus jam natis dictum est, consequens est vt de posthumis, seu nondum natis, dicamus. Pro his ergo generalis assertio sit. Etiam filij, & nepotes nondum nati tempore testamenti instituì debent, ne agnatione testamentum rumpant. Sub hac assertione nonnulli casus distinguendi sunt. Primus casus quoad filios est, quando filius natus est post mortem patris, qui filius proprijssimè dicitur 156

post-

posthumus, *l. Posthumi, 3. in princip. ff. de Injust. rupto, & irrit.* Et in hoc casu, si talis posthumus se præteritum reperiat in testamento patris, illud rumpit, *dict. l. Posthumus, in princip. l. 1. Cod. de Posthum. hæred. instit. cum concordant.* Hoc autem intelligitur, dummodo perfectè natus sit viuus, nec ad monstrum, aut prodigium declinarit, *l. 2. & 3. Cod. de Posthum. hæred. instit.* Non requiritur verò, quòd certo aliquo tempore post natiuitatem viuus permaneat, nam quamuis illico, postquam in terram cecidit, vel in manus obstetricis exceptus est, è vita decedat, testamentum rumpit, si ad monstrum, vel prodigium non deflexit, vt *d. l. 3.* statuitur. Et idem dicendum, licèt post mortem matris excisso illius ventre editus sit, vt habetur *in l. Quod dicitur, 12. ff. de Liber. & posth.* vbi etiam notatur, satis ad dictum effectum rumpendi testamentum ex causa præteritionis esse, quòd nascatur præditus spiritu, seu anima rationali, licèt integrum animal non sit, ideſt corporis, & membrorum integritate careat, vt est communis Iuristarum expositio.

157 Prædicta verò procedunt de ijs, qui justo, seu maturo natiuitatis tempore sunt editi; nam si ante tale tempus fœtus è matris visceribus ejiciatur, testamentum non rumpet, licèt viuus, & anima rationali præditus reperiatur, vt interdum contingit; præsertim si quintum, aut sextum mensem post conceptum attigerit: talis enim fœtus est aborsiuus ex omnium sententia: constat autem, quòd partus aborsiuus testamentum non rumpit, vt decidit *in l. 2. Cod. de Posthum. hæred. instit.* Et ratio est, quia talis fœtus non nascitur, nec paritur, sed abjicitur & ejicitur, & sic pro non nato habetur; & licèt viuus egrediatur, cùm ob intrinsecum debitæ perfectionis, ac maturitatis defectũ naturaliter viuere non possit, pro mortuo habetur; & procedit in eo *l. Qui mortui, 131. ff. de Verb. signif.* ibi; *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur.* Accedit præterea optimus text. *in l. 3. in fine, ff. de Suis, & legitim. hæred.* vbi is tantùm, qui natus est post 182. diem, ex quo fuit conceptus, ideſt, postquam vltra sex menses in vtero fuit gestus, ad legitimam successionem admittitur; eoquod ex sententia Hypocratis, qui tandiu fuit in vtero, justo tempore videatur natus: vnde à contrario sensu, qui tempus illud præuenit, injusto tempore censetur editus, & consequenter incapax successionis, & rumpendi testamentum, licèt viuus prodierit. Nec obstat *d. l. Quod dicitur*, nam quod ibi notatur, satis esse quod fœtus prodeat viuus, seu animatus spiritu, supponit habilitatem in cæteris, juxta regulam, *l. Qui testamento, 2 ff. de Testament. & cap. 1. de Ætate, & qualit. lib. 6. cum similib.* vt optimè aduertit Alciat. *tom. 3. responſ. lib. 9 responſo 25* & Federic. Bonauentura *in ſuo diffuſo tractatu de partu octomeſtri, lib. 9. cap. 11. in princip.* Atque in his DD. omnes conueniunt.

Grauis autem difficultas est, vtrùm post 158
sextum mensem ex justis nuptijs natus, quocumque edatur mense, testamentum rumpat ex præteritionis causa, si viuus natus sit, & ad monstrum vel prodigium non declinauerit? Quæ difficultas tota versatur circa eos, qui octauo mense nascuntur. Nam qui septimo, vel nono, aut decimo in lucem prodeunt, nullum est dubium, quin testamentum ex dicta causa præteritionis rumpant; cùm justo tempore à natura præscripto in hunc mundum exeant.

Quod igitur attinet ad natos mense 159
octauo, res est valde dubia, in qua duæ sunt principales sententiæ. Prima est, testamentum ab eis non rumpi. Hanc tenet Tiraquel. plures referens *in l. Si vnquam, verb. Susceperit liberos, numer. 206. Cod. de Reuoc. donat.* & Menoch. plures etiam adducens *tract. de Præſumpt. lib 4. præſumpt. 89. num. 111.* vbi posthumum natum octauo mense æquiparat aborsiuo, de quo *in d l. 2. Cod. de Posthum. hæredib. instit.* pronunciatur, quòd non rumpit testamentum. Vnde idem Menochius colligit, quòd talis posthumus non facit deficere conditionem,

nem, *Si absque liberis:* tenent etiam Paul. de Castr. *in d. l.* 2. Alciat. *d. responso* 25. Paris. *consil* 65. *num* 6. *& seq.* & Mascard. *vol.* 3. *de Probat. conclus.* 1146. dum omnes asserunt natum octauo mense, ita nasci, vt viuere non possit; & consequenter pro non nato haberi: item Socin. jun. *consil.* 36. *conclus.* 1. *vol.* 2. dum ob prædictam rationem docet, natum eo mense matri non succedere. Trahitur etiam in hanc opinionem non immeritò Barth. *in l. Gallus, in princip. ff. de Liber. & posthum.* vbi partum perfectum dicit esse, qui editur septimo, nono, aut decimo mense, prætermisso octauo, supponens octomestrem esse imperfectum, ac minimè vitalem; quam suppositionem plerique tum Medicorum, tum Iurisperitorum admittunt, teste Federico Bonauentura *d. tract. de Partu octomestri, varijs in locis, ac præsertim in ipso proæmio ad Lectorem:* maximè verò pro hac sententia stat Bald. *in l. Ea quidem, Cod. Si mancipium ita fuerit alien.* vbi affirmat esse impossibile per naturam, ac subinde notorium, natum octauo mense viuere non posse.

160 Et hinc sumitur fundamentum hujus sententiæ, quia qui editur adeo intempestiuè, vt ex lege naturæ viuere non possit, licèt nascatur viuus, perinde habetur, acsi nasceretur mortuus, imò acsi natus non esset; estque partus aborsiuus, qui non tam editur, quàm abjicitur, & projicitur non victurus, sicut de partu edito viuo ante septimum mensem dictum est: ergo testamentum ex causa præteritionis non rumpit, cùm pro nato non habeatur.

161 Secunda sententia oppositum affirmat, scilicet octomestri partu editos paternum testamentum rumpere, si viui nati sint, nec ad monstrum, vel prodigium deflexerint. Hanc tenet Sfortia Oddo *consil.* 28. dicens sibi videri verisimam de jure, atque juxta illam iudicatum fuisse in sua ciuitate per Joan. Paul. Lancellotum optimum Jurisconsultum: tenet etiam, ac prolixè tuetur Federicus Bonau. *toto ferme illo tract. de Partu octomestri, præsertim lib.* 9. vbi etiam *in cap.* 4. testatur judicatum fuisse per Prætorem Vrbinatem in fauorem partus octomestris contra eos, qui illum non vitalem esse affirmabant: tenent prætèrea non pauci apud Menoch. *d. præsumpt.* 89. *num.* 111. vbi pro hac parte adducit Bald. *consil.* 110. *fine, & consil.* 407. *fine, lib.* 3. Angel. *in d. l. Quod dicitur, ff. de Liber. & posth.* Felin. *in cap. Sicut, in fine. de Homicid.* Dec. *consil.* 623. *numer.* 3. Rolan. *consil.* 56. *num.* 11. *&* 12. *lib.* 3. Boer. *q.* 230. & alios.

Fundamentum hujus opinionis est, 162
quia jure Ciuili solus partus, qui editur antequam in vtero expleret 182. dies (idest, dies duos vltra sex menses) vel post decem menses à morte mariti, à legitima successione excluditur, vt constat *ex l.* 3. *in fine, ff. de Suis, & legit. hæred.* ergo qui medio tempore editur viuus, nec ad prodigium, aut monstrum declinauit, ad successionem admittendus est, & consequenter testamentum ex causa præteritionis rumpit, juxta *d. l.* 3. *Cod. de Posthum. hæred. instit.* vbi generaliter statuitur, si fœtus sit spiritu animatus, & totus in lucem prodeat viuus, testamentum rumpere: sub qua generalitate comprehenduntur omnes fœtus, qui aliàs in jure non reperiuntur excepti: nullibi autem excipitur, qui viuus octauo mense nascitur; imò dum leges generaliter, & indistinctè ad successionem admittunt, qui nascitur post sextum mensem, & ante vndecimum, satis clarè natum mense octauo admittere videntur.

Quòd si opponas, octomestrem fœtũ 163
satis excludi à successione, & rumpendo testamento, per *l. Vxoris aborsu, quæ est* 2. *Cod. de Posthum. hæred. instit.* vbi deciditur per partum aborsiuum non rumpi testamentum; siquidem vt *supra* pro prima sententia dictum est, partus octomestris aborsiuus censetur, cùm non sit vitalis, & magis sit ejectus, quàm editus, etiamsi prodeat viuus. Respondent Authores hujus sententiæ, negando partum octomestrem esse aborsiuum, ac minimè vitalem, quando infans prodit viuus, & suis membris omnibus præditus; eoquòd

inter-

interdum hujusmodi infantes diutius viuant, & adolescant; quod esse non posset, si per naturam partus ille non esset vitalis.

164 Ambæ hæ sententiæ sunt valde probabiles, quanuis prima sit receptior, vt aduertit Menoch. *loc. sup. citat.* [& sæpe fatetur Federic. Bonau. *d. tract. de Partu octom. præsertim lib. 9. à principio.* Ego verò mediam quandam libentiùs amplecterer, vt scilicet dicamus, quando fœtus octauo mense sponte ac proprijs viribus quasi jam natiuitati maturus in lucem editur, præuijs scilicet in matre consuetis maturi partus signis, & doloribus, tunc quidem ad successionem admitti debere, & testamentum ab eo rumpi; cùm in tali casu justo tempore videatur nasci, esseque partum illum vitalem, licèt paulò post moriatur: secus autem, quando non sponte sua, sed per vim aliquam externam vel ob morbum, aut debilitatem matris ab vtero extrahitur, vel projicitur: nam tunc licèt exeat viuus, non prodit maturus, & sic non est partus vitalis, nec legitimus, sed aborsiuus, atque adeo testamentum non rumpit, *d. l. Matris abortu, Cod. de Posthum. hæred. instit.*

165 Secundus casus est, quando filius nascitur post conditum testamentum, patre adhuc viuente (qui filius posthumus etiam dicitur, *l.* 1. *Cod. de Posthum. hæred. instit.* quanuis non ita propriè, sicut qui nascitur post mortem patris, *l.* 3. *in princip. ff. de Injusto rupt.* & in hoc etiam casu filius præteritus rumpit patris testamentum, *d. l.* 3. *in princip. ff. de Injust. rupt. & d. l.* 1. *Cod. de Posth. hæred. inst.* Oportet autem, vt nascatur viuus, & cum cæteris conditionibus, quæ in posthumo nato post mortem patris ad dictum effectum requiruntur, vt per textus in præcedenti casu allegatos, qui indiscriminatim de quouis posthumo præterito in testamento patris loquuntur.

166 Notandum verò, nonullas differentias de jure intercedere inter hunc casum, & præcedentem. Primò enim differunt, quia in hoc secundo casu, cùm filius nascatur viuente patre, manet in ejus potestate, & statim acquirit jus Suitatis, ratione cujus habetur tanquam dominus bonorum patris, vt post mortem patris dominium talium bonorum in eo continuetur ex ipsa juris dispositione, *l. In suis, ff. de Liber. & posthum.* & ideo vbi nascitur, ipso jure Suitatis, quam habet, rumpit testamentum patris, si in eo sit præteritus; cùm per præteritionem non priuetur dicto dominio bonorum, & jure Suitatis, quod ex tunc habet, vt statim à morte patris sit illius hæres. In primo autem casu, quo filius præteritus nascitur post mortem patris, nunquam talis filius fuit in potestate patris, & sic nunquam habuit Suitatem, sed solùm potentiam ad illam, quatenus potuit nasci viuente patre: vnde solùm ratione talis potentiæ jus illi cõcessit, vt gauderet priuilegio Suitatis, esseque hæres Suus, ac subinde testamentum rumperet, quemadmodum si viuo patre natus esset. Ita declarat Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 1. *num.* 6. & constat per text. expressum *in §. Ita demum, vers. Posthumi, Instit. de Hæredit. quæ ab intest.*

Differunt secundò, quia in secundo ca- 167
su, licèt posthumus præteritus testamentum ipsa agnatione rumpat, tamen si viuo patre moriatur, testamentum reconualescit de jure Prætorio, vt habetur *in l. Posthumus, 2. in princip. ff. de Injust. rupt.* & latè declarat, relatis alijs, Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *ante num.* 4. ubi rectè aduertit, hoc procedere, siue in testamento sint instituti venientes ab intestato siue extranei. In primo autem casu, cùm posthumus sit natus post mortem, id locum non habet. Cui differentiæ non obstat text. *in l. Quis vxorem, 15. ff. eod.* vbi habetur, quòd quando posthumus præteritus nascitur, patre apud hostes viuo, statim rumpitur testamentum ante captiuitatem factum, neque conualescit etiamsi talis posthumus priùs moriatur, quàm pater. Ad hoc enim facilè respondet Barthol. *in d. l. Posthum. numer.* 2. quod talis posthumus decessit post mortem fictam patris, qui cùm captus esset, pro mortuo habebatur; & sic eadem

dem de illo est ratio, atque de eo, qui decessit post mortem patris veram.

168 Utrum verò, quando filius præteritus natus erat tempore testamenti, conualescat similiter testamentum, decedente ipso filio in vita patris? Respondetur conualescere de jure Prætorio, si hæredes in eo scripti hæreditatem ab intestato capere poterant, vt habetur *in d. l. Posthumus, in fine princip.* estque communis sententia, quam cum Barthol. & alijs tradit Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. num. 4.* & Mol. *tom. 1. de Iust. disp. 175. longè post med. vers. de Iure Ciuili.* At si instituti sint extranei, non conualescit testamentum, nisi pater declarauerit, se velle cum eo mori, quo quidem casu valebit, vt notat Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 16.* juxta text. *in l. pen. §. vltim. ff. de Bonor. possess. contr. tab.* Si autem quæras, quid causæ fuerit, vt quando posthumus præteritus viuo patre testatore decedit, conualescat simpliciter testamentum, etiam si extranei in eo fuerint instituti; aliud verò sit, quando filius præteritus, qui tempore testamenti natus erat, decedit viuo patre? Respondetur, causam esse, quia testamentum in quo posthumus est præteritus, fuit à principio validum, vtpote quod illius natiuitate ruptum est; quælibet autem res facilè ad suam naturam, & primæuum statum reuertitur. At verò quando præteritus est filius jam natus, testamentū fuit ab initio nullū, & sic nō ita facilè potuit reddi validū. Sic Ant. Gom. *tom. 1. Var. cap. 11. ante num. 5.* & Mol. *disp. 175. vers. Posthumus præteritus.*

169 Differunt tertiò, quia in secundo casu, quanuis testamentum statim nato filio rumpatur, attamen cùm pater adhuc viuat, non potest statim à filio dici nullum, petive hæreditas ab intestato, cùm viuentis non sit hæreditas, sed expectari debet mors patris. At vero in primo casu, cùm filius præteritus natus sit post mortem patris, statim potest dici testamentū nullum, & auocari hæreditas ab hæredibus scriptis; cùm nihil tunc obstet, quominus

170 filius statim jus suum prosequi valeat.

Tertius casus quoad nepotes, & alios vlteriores descendentes, est, quando nepos natus post testamentum aui conceptus, vel natus est, viuente ipso auo. Et in hoc casu si præteritus sit ab auo, & pater in medio non extet, rumpit agnatione testamentum aui; secus autem si pater extet, vel ille post aui mortem conceptus sit. Tota resolutio est certa, & procedit tam in nepote, quàm in quouis alio vlteriore descendente, qui præteritus sit ab auo, vel atauo, &c. Quia in primis si talis posthumus nascatur, viuo ascendente, à quo præteritus est; testamentum ejus rumpit, sicut in superiore casu de filio dictum est, vt expressè habetur *in d. l. 3. in princ. ff. de Injust. rupt.* Conualescet autem tale testamentum, si ille viuente testatore moriatur; quia hic etiam procedit, quod *sup. n. 167.* de filio dictum est, & est text. expressus *in d. l. Posthumus, 12. in princip. ff. de Injust. rupt.*

Deinde, quòd etiam hujusmodi post- 171
humus præteritus rumpat testamentū aui, si natus sit post ejus mortem, expressè habetur *in d. l. 3.* Requiritur autem vt sit cōceptus viuente ipso auo; sic enim habetur *in l. Siquis filio exhæredato, in princip. ff. de Injust. rupt.* ibi; *Sed hæc ita, si aui mortis tempore in vtero nepos fuit*; cujus rei optimam rationem reddit Ant. Gom. *tom. 1. Var. resol. c. 1. n. 9.* quia cùm non entis nullæ sint qualitates, *l. Ejus qui in prouincia, vers. Quoniam, ff. Si cert. pet. l. Pomponius, § fin. ff. de Acquirenda pos. cum simil.* & iste posthumus nullo modo fuerit in rerum natura, quandiu auus vixit, sicq; fuerit non ens, non potest respectu ipsius aui habere qualitatem Suitatis, agnationis, vel cognationis, ex qua ei debeatur successio, qua denegata testamentum aui rumpere possit.

Tandem, quòd testamentum non rum- 172
pat, si pater sit in medio, vel ipse posthumus cōceptus sit post mortē aui, de cujus successione agitur, indubitatū etiam est: nam quando pater est in medio, rectè, eo instituto, præterit auus nepotes, & alios vlteriores ejus descēdentes, cùm pro forma, & valore testamenti satis sit instituī liberos existentes in priori gradu, *l.*

Posthumorum, ff. de Injusto, rupt. §. Ita demum. Inst. de Hæredit. quæ ab intest. defer. cum similib. Quare nullo jure potest nepos, patre existente in medio, rumpere testamentum aui, vt etiam habetur *d. l. Siquis filio exhæredato, in princip.* ibi; *Agnascendo quidem is rumpit, quem nemo præcedebat mortis tempore*, idest, tempore mortis testatoris, vt Glossa ibidem declarat. Item si conceptus sit post mortem aui, ex dictis *num. præced.* liquet, non posse etiam ex eo capite rumpere illius testamentum.

173 Dices, hoc videri superfluè additum; quia si nepos conceptus est post mortem aui, necessariò ejus pater viuus erat tempore mortis ipsius aui, vt patet. Sufficit autem patrem tunc temporis viuere, ad hoc vt nepos, & cæteri ejus liberi excludantur à successione aui, & consequenter, vt ejus testamentum rumpere nequeant, siue ante, siue post mortem illius cõcepti essent, vt ex dictis constat, & patet *ex d. l. Posthumorum, ff. de Injusto, rupt. & d. §. Ita demum, Inst. de Hæred. quæ ab intest.* Nihilominus tamen, id non est additum superfluè, inseruit enim, vt intelligamus, quòd etiam in casu, quo nepos conceptus post mortem aui natus sit jacente, vel vacante hæreditate aui, testamentum ejus non rumpit, nec ad ejus successionem ab intestato admittitur. Exemplum hujus casus esse potest, quando auus decessit relicto filio hærede ex testamento, vel ab intestato, qui dum deliberaret de acceptanda hæreditate, genuit nepotem, & postea repudiauit hæreditatem: tunc ille nepos non potest succedere auo ab intestato: ita exemplificat, & declarat Anton. Gom. *tom. 1. cap. 1. numer. 10.* post Ioan. Imol. *in d. l. Siquis filio exhæredato.* Aliud exemplum est, quando auus exhæredauit filium, & extraneum hæredem instituit; & mortuo auo, filius exhæredatus decessit, relicto filio nato, & concepto post mortem aui, & postea hæres scriptus repudiauit hæreditatem. Hoc etenim casu hæreditas aui defertur ejus successoribus ab intestato, non autem illi nepoti, eoquod post mortem aui cõceptus sit: ita expressè habetur *in d. l. Siquis filio exhæredato, ff. de Injust. rupt. & al. juribus*, notatq; Ant. Gom. *vbi sup.*

Aduerte autem, quod per hoc solùm 174
tollitur posse dictum nepotem succedere auo ab intestato ex persona propria, non autem ex persona patris per viam transmissionis jure Suitatis, sanguinis, aut deliberandi, vt probat text. *in l. Siquis filium, Cod. de Inoffic. testam. & in l. vnica, Cod. de His, qui ante aper. tab. & in l. Cum antiquioribus, Cod. de Iure deliber.* cæteraque jura, in quibus de transmissione agitur, & tradit Barthol. *in d. l. Siquis filio exhæredato, ff. de Injust. rupt.* Dinus *in l. Gallus, ff. de Liber. & posthum. in magna distinctione, quam facit in ea l. in fine*, multique alij, quos latè refert eos sequens Anton. Gom. *d. cap. 1. numer. 11.* vbi testatur de communi. Interest autem non parum, vtrum nepotes succedant auo ex persona propria, vel ex persona patris, seu jure paterno; nam præter alios effectus diuersos harum successionum, ille est satis notabilis, quòd succedens auo, ex jure paterno, tenetur ad debita paterna: secus autem si succedat ex persona propria, vt rectè aduertit Rojas *in Epit. succeff. cap. 6. num. 3.* estque indubitatum.

Illud denique pro nepotibus notan- 175
dum, quòd etiam nepotes viuo auo geniti, quos pater tempore testamenti præcessit, instituí debent ad vitandum periculũ testamenti rumpendi, si contingat eorum patrem viuo auo mori. Ita constitutum fuit per legem Velleiam, vt habetur *in l. Gallus, §. Nunc de lege, & seq. ff. de Liber. & posth. in l. Posthumi, in princip. ff. de Injusto, rupto, & §. 2. Instit. de Exhæredat. liber.* Estque celeberrimum Galli consilium, de quo *in d. l. Gallus*; cujus ratio patet; siquidem moriente patre, superstite auo, & nepotibus, incipiunt nepotes habere locum primum Suitatis respectu aui: hæredes autem Sui, quos nemo præcedit, si præteriti reperiantur, testamentum rumpunt, vt ex dictis constat, & patet ex *toto ferme tit. ff. de Liber. & posthum. & ff. de Injusto rupto.* Igitur, cùm contingere possit, & sæpe contingat,

patrem

patrem mori superstitibus auo, & nepotibus, optimum consilium est, vt auus instituto filio ei vulgariter substituat nepotes, quos ex eo habet, vel habiturus est; ne si filius se viuo moriatur, testamentum à nepotibus rumpatur: forma autem instituendi, seu substituendi nepotes, juxta dictum consilium Galli, hęc est; *Si filius me viuo moriatur, tunc siquis mihi ex eo nepos siue neptis post mortem meam [in decem mensibus proximis natus, nataue fuerit, hæredes sunto.* Sic habetur *in d. l. Gallus, in princip.* Cæterùm non oportet his formalibus verbis hanc substitutionem fieri, sed quibuscumque alijs idem significantibus fieri potest: nullo enim jure certa verba pro institutionibus, vel substitutionibus postulantur, vt suis locis notauimus.

§. 4. *Vtrum quando liberi possunt dicere testamentum nullum ex causa injustæ præteritionis, vel exhæredationis, sit testamentum simpliciter nullum, vel tantùm dependenter à voluntate, & declaratione ipsorũ liberorũ?*

SUMMARIUM.

PRima sententia in hac quæstione est, tale testamentum non esse simpliciter nullum; sed ita demum, si filius præteritus velit dicere nullum; numer. 176. Iuxta hanc sententiam potest iustitutus in tali testamento statim adire hæreditatem, eamque retinere, si filius præteritus non contradicat. Et quomodo id sit intelligendum? num. 177.

Secunda sententia est, testamentum esse simpliciter nullum, inspecto jure Ciuili; at valere jure Prætorio, & dari filio præterito remedium contra tabulas, vt possit illud rescindere; num. 178. Hæc sententia in effectu, nihil ferme discrepat à præcedenti. Et quid juxta illas dicendum sit, si filius sit præteritus in gradu institutionis, & exhæredatus in gradu substitutionis? num. 179.

Tertia sententia est, illud testamentum esse simpliciter nullum, tam spectato jure Ciuili, quàm Prætorio: si tamen à filio præterito post mortem patris approbetur, conualescere, & sustineri de jure Prætorio. Et hæc sententia cæteris præfertur; num. 180. & seq. Quid, si filius præteritus merè negatiue se habet, idest neque dicendo testamentum nullum, neque approbando, sed tacendo simpliciter? num. 182.

Quocumque modo filius præteritus approbet testamentum patris, talis approbatio non solùm facit valere testamentum pro tempore sequenti, sed etiam vetro videatur fuisse validum à principio; num. 183.

Si filius præteritus approbet testamentũ, in quo sunt instituti, qui aliàs successuri erant ab intestato, talis approbatio non reddit illud validum in eorum præjudicium: si autem esset præteritus, vel exhæredatus, insertâ causâ legitimâ, illudque approbasset, nullum remedium supereſt dictis institutis ad illud rumpendum; num. 184.

Vtrum conualescat testamentum, in quo filius est præteritus, si ab eo approbetur viuente patre? num. 185.

Vt ratione approbationis filij præteriti testamentum conualescat, opus est vt filius non fuerit præteritus ex ignorantia testatoris nescientis, se filiũ habere, nisi institutus esset alius filius; n. 186.

Soluuntur fundamenta priorum duarum sententiarum, num. 187. & seqq.

Bonorum possessio contra tabulas non solũ est remedium rescissorium, sed etiam declaratorium, quòd testamentum fuerit nullum; num 190. & seq.

IAm verò pro omnibus supradictis casibus, in quibus diximus, liberos injustè præteritos, vel exhæredatos posse ex ea causa dicere testamentum nullum, explicanda venit illa quæstio satis vtilis, an tale testamentũ sit simpliciter, & absolutè nullum, vel solùm dependenter à voluntate, & declaratione ipsorũ liberorũ? Qua in re tres reperio principales sententias. 176

Prima sententia est, tale testamentum non esse simpliciter nullum, sed ita demum si filius præteritus illud velit dicere nullum; atque adeo non nisi dependenter ab illius voluntate à jure irritari. Ita Glos. *in l. Filio præterito, 17. verb. Tuebitur, ff. de Injusto rupto*, Glos. *in l. Scimus, in princip. verb. Ipso jure, Cod. de Inoffic. testam.* Glos. *in l. Si duo, in princip. ff. de Legat. præst.* multæque aliæ Glossæ, quas refert, nec reprobat Tiraquel. *in l. Si unquam. verb. Reuertatur, num. 13. Cod. de Reuocand. donat.* vnde istam fuisse communem opinionem Glossarum sentit Ias. *in l. fin. num. 23. & seq. C. de Bonor. poss. contra tab.* & ita etiam tenent Bald. *in l. 2. Cod. de Hæred. instit. & in l. Si constat, post princip. Cod. de Compensat.* Angel. *in l. Ita tamen, §. Quoties, ff. Ad Trebel.* & multi alij, quos refert Tiraq. *vbi sup.* consentit Menchaca *de Succeff. creat. lib. 2. §. 20. n. 140. verf. Si vis tenere.* Probant per *d. l. Filio præterito, in fine, & per l. Maximum, §. Sancimus, Cod. de Liber. præter. pluraque alia jura*; quæ quidem non vrgent, vt infra constabit. Ratio verò hujus opinionis est, quia nullitas testamenti ex causa præteritionis, vel exhæredationis injustæ, inducta est in fauorem liberorum, ad propulsandam scilicet eorum injuriam, *Authent. Vt cum de appellatione, § Hæc autem, verf. Cæterùm*, ibi; *Injuriam præteritionis, & exhæredationis auferre.* Quando autem aliquid est inductum ipso jure in fauorem alicujus, intelligitur, si ille velit tali jure vti, vt plurimis exemplis illustrat Tiraq. *vbi supra, num. 14. & seqq.* Neque enim inuito beneficium confertur, *l. Inuito, ff. de Regul. jur.*

177 Ex hac sententia sequitur, institutum in testamento, in quo filius est præteritus, posse statim adire hæreditatem, eamque retinere, licèt filius testamentum non approbet, sed solùm taceat, etiam ex ignorantia; vt quia est absens, & ignorat, patrē ésse mortuum; siquidem tale testamentū quandiu à filio non impugnatur, non est nullū, & sic non desinit habere vim, vt ex illo possit adiri, & retineri hæreditas. Cæterùm si filius ex ignorantia taceat, tenebitur institutus illi restituere legitimam, quam pater ei auferre non poterat, vtpote ipso jure naturali, & positiuo illi debitam. Aliud verò erit, si scienter taceat; nam tunc tacitè videtur approbare suam præteritionem, & sic ipsam etiam legitimam instituto remittere. Quod in omni sententia procedit, per *d. l. Filio præterito, ff. de Injusto rupto*, & magis ex infra dicendis constabit. Item, si filius præteritus dicat testamentum nullum postquam institutus hæreditatem adiuit, non solùm tenebitur institutus illi reddere hæreditatem, sed etiam fructus, quos ex illa percepit, quia cùm testamentum fuerit nullum dependenter à voluntate filij præteriti, vt à conditione de futuro, statim vbi filius declarauerit, se velle illud esse nullum, retrotrahitur conditio, atque adeo, & ipsa nullitas, ad initium conditi testamenti, ex generali regula talium cōditionū, & sic perinde habetur, acsi semper fuerit nullum: vnde nihil ex vi illius retineri potest ab intestato; cùm id, quod nullum est, nullum producat effectum.

Secunda sententia est, dictum testamentum esse simpliciter nullum, inspecto jure Ciuili, vt per *l. 1. ff. de Injusto rupto*, ibi; *Nullius momenti*, & per *Auth. Vt cùm de appellat. §. Aliud quoque*, pluraque alia jura; et jure Prætorio valere: dari autem filio præterito remedium contra tabulas; per quod, si velit, potest ipsum testamentum rescindere, & hæreditatem ab intestato adipisci. Hanc sententiam latè, relatis alijs DD. tuetur Menchaca *vbi sup. verf. Quid dicendum?* vbi plurimos textus pro ea adducit, quorum duo vidētur præcipui, nempe text. *in d. l. Filio præterito, ff. de Injusto rupto*, ibi: *Licèt subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono, & æquo tuebitur*, ideſt, jure Prætoris rigorem juris Ciuilis moderante, & text. *in l. 2 in princ. ff. de Bon. poss. secundū tab.* vbi filius præteritus primo loco à Prætore admittitur ad bonorū possessionē contra tabulas: si verò nolit, aut non possit eam petere, sustinetur voluntas testatoris, & datur hæredibus scrip-

scriptis bonorum possessio secundùm tabulas. Arguitur præterea pro hac sententia, quia liberis præteritis datur remediũ possessionis contra tabulas, vt constat ex textu proximè allegato, & text. *in §. Eadem hæc, Instit. de Hæred. quæ ab intestato*, & alijs, quod remedium est rescissorium testamenti, *l. 1. in princip. ff. de Legat. præstan.* ibi; *Rescindunt*, *l. Vt liberis, in princip.* ibi; *Rescisso*, *Cod. de Collat. l. Quòd vulgo, ff. de Bon. poss. contra tabul.* Quod autem est nullum rescindi non potest, *l. Nam & si, ff. de Injust. rupto.* Ergo testamentum quo liberi sunt præteriti, non est nullum, vtique jure Prætorio; potest autem ab eis rescindi per dictũ remediũ contra tab. si eo vti velint.

179 Hęc sententia, licèt in modo dicendi multùm differat à præcedenti. Tamen in effectu nihil fermè ab ea discrepat; siquidem vtraque ponit dictum testamentum esse à principio validum, nec reddi nullum, nisi interueniente declaratione, vel petitione illius præteriti. Vnde juxta vtrumque prædictam opinionem, si filius sit præteritus in gradu institutionis, & exhæredatus in gradu substitutionis, non excludetur institutus à substituto, siue filius institutionem impugnet, siue non; quia si eam non impugnat, manet valida etiam à principio, & sic non impeditur institutus, quominus ex ea possit adire hæreditatem: qua adita excluditur substitutus, ipsaque substitutio extinguitur, *l. Post aditam, Cod. de Impuber. & alijs substit.* si autem illam impugnet, id facit ad suum tantùm commodum, ad propulsandam scilicet injuriam præteritionis, & hęreditatem ab intestato obtinendam; vnde tam institutus, quàm substitutus manet excluſus. Vide quæ de hac re diximus *disp. præced. sect. 1. §. 26. præsertim, num. 416. & seq.*

180 Tertia sententia, cui adhæreo, est illud testamentum esse simpliciter, & absolutè nullum, tam spectato jure Ciuili, quàm etiam Prætorio: attamen si à filio præterito post mortem patris approbetur, conualescere, & sustineri de jure Prætorio. Hanc sententiam quoad priorem partem, in qua tantùm est difficultas, tenent Glos. *in §. Sunt autem, verb. Contra tabul. Instit. de Bonor. possess.* Glos. *in l. fin. verb. Petita, Cod. de Bonor. possess. contr. tabul.* Glos. *in l. Si ita scriptum, §. fin. in Glos. finali, ff. de Liber. & posthum.* Glos. *in l. Et si pepercit, §. fin. verb. Filium, ff. eod.* Glos. *in l. Non putauit, §. Si quis emancipatum, verb. Iura, ff. de Bonor. possess. contr. tab.* & aliæ Glossæ, quas adducit Trentacinq. *tract. de Substitut. p. 1. cap. 19. num. 4. paulò ante finem*, vbi dicit hanc sententiam esse veriorem: eandem tenet dicens esse communem, tam vltramontanorum, quàm citramontanorum, Iason *in l. Filio præterito, C. de Bon. possess. contr. tab. n. 23 & 29 & in l. Si filius, qui in potestate, not. 1. ff. de Liber. & posth.* & ibi Paul. Castr. Alex. & alij, Cuman. *in l. Gallus, §. Itle casus, ff. de Liber. & posth.* Guilliel. Bened. *in c. Raynutius, verb. Eodem testamento, n. 84. & seqq. de Test.* Em. à Costa *in d. l. Gallus, §. Et quid si tantum, p. 3. num. 177.* Trentacinq. *de Substit. p. 1. cap. 19. num. 4. ad fin.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. num. 5.* & cæteri communiter, additque Trentacinq. *sup.* ab hac opinione in judicando, & consulendo nullo pacto esse recedendum. Fundamentum est, quia cùm apertissimè constet, dictum testamentum esse prorsus nullum de jure Ciuili, vt per LL. supra allegatas, non est ab hoc jure recedendum, nisi sufficienter appareat esse correctum per jus Prætorium, vel aliquod aliud: nullibi autem talis correctio reperitur, vt constabit ex infra dicendis ad fundamẽta aliarũ opinionum: ergo dictũ testamentũ simpliciter, & absolutè censẽdũ est nullũ, etiã spectato jure Prætorio.

Secunda pars prædictæ sententiæ, quòd 181
scilicet dictũ testamentũ conualescat de jure, vel æquitate Prætoria, si filius præteritus illud approbet, ab omnibus admittitur, per text. expressum, & capitalem *in d. l. Filio præterito, ff. de Injust. rupt.* ibi; *Ex bono & æquo iudicabitur.* Vnde in tali casu erit hæredi scripto necessaria bonorum possessio secundùm tabulas

agnoscenda intra tempus illi concessum, & cum ejus solemitate, neque aliter poterit succedere, vt bene aduertit Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 6. sufficiet autem ad dictum effectum, non solùm approbatio expressa (quod est citra dubium) sed etiam tacita, vt latè declarat Barthol. *in d. l. Filio præterito, num.* 28. & notat etiam Anton. Gom. *sup.* & Molina *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 175. *vers. Siquis post mortem.* Quare si talis filius peteret, vel acceptaret, aliquod legatum ex eo testamẽto, vel aliud quidpiam simile faceret, talis approbatio sufficiet; & multò magis sufficiet, si faciat aliquem actum, quo ostendat, se abstinere ab hæreditate paterna, vt exprimitur *in d. l. Filio præterito.*

182 Quod si merè negatiuè se habeat, idest, neque dicendo testamentum nullum, neque illud approbãdo expressè, vel tacitè, sed tacendo simpliciter; tunc quoque si per 30. annos taceat, præscriptione excludetur, perinde acsi repudiaret, vt notat Barthol. *proximè citat.* quia paria sunt, quem excludi repudiatione, vel tẽpore, *l.* 2. *§. Expectandi, ff. de Bonor. possess. secundùm tab.* Sufficere etiam videtur, si per annum taceat, vt aduertit idem Barthol. juxta quandam Glossam, quam refert; quia Prætor tacentem per annum habet pro omittente, & consequenter est locus edicto ipsius Prætoris, vt instituto in tali testamento detur bonorum possessio secundùm tabulas, juxta text. *in d. §. Spectandi.*

183 Quocumque autem modo filius præteritus approbet testamentum patris, tanta est vis talis approbationis, vt non solùm faciat valere testamentum pro tempore sequenti, sed etiam vt retro videatur fuisse validum à tempore quo fuit conditum, perinde acsi vitio præteritionis non laboraret, vt bene probat, & declarat Trentacinq. *d. cap.* 19. *num.* 7. qui rectè hinc infert, fructus hæreditatis in tali testamento relictæ pertinere ad hæredem scriptum, non solùm à tempore quo filius præteritus declarauit, se acquiescere testamento, sed etiam à tempore mortis testatoris. Porro, si hæredi scripto datus esset substitutus vulgaris, à quo filius esset exhæredatus, non sufficeret approbatio filij ad validandam institutionem, à qua esset præteritus; & admittetur substitutus, cui jus quæreretur statim post mortem testatoris, antequam filius institutionem approbaret, vt latè cum alijs tradidimus, & declarauimus *disp. præced. sect.* 3. §. 26.

Notandum hic etiam, si in dicto tes- 184
tamento sint instituti qui aliàs successuri essent ab intestato, non sufficere dictam approbationem filij præteriti ad reddendum illud validum in præjudicium talium institutorum; vt si essent instituti in minori portione, quàm quæ ab intestato eis esset obuentura. Nam tunc possunt dicere testamentum nullum, non obstante approbatione filij præteriti, vt probat text. *in l. Post mortem, §. fin. ff. de Bon. possess. contr. tab.* & traduntibi Glos. Barthol. & cæteri scribentes communiter. Quod etiam relatis alijs notat Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 6. & Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 175. *vers. Tertium est.* Quando autem filius esset præteritus, vel exhæredatus, insertâ cautâ legitimâ, si talis filius testamentum approbet, nullum remedium competit alijs filijs, vel successoribus legitimis ad illud rumpendum, vel annullandum; quia tale testamentum est à principio validum, & solùm per querelam inofficiosi à filio præterito intentandam impugnari potest: vnde si ab eo approbetur, non solùm ipse, sed etiam reliqui manent destituti remedio ad illud infirmandum. Sic Anton. Gom. & Molin. *vbi sup.* post Francisc. Curt. *in l. Posthumo nato, Cod. de Bonor. possess. contr. tab. col.* 6. *num.* 26.

Si quæras, vtrùm etiam reddatur vali- 185
dum testamentum, in quo filius est præteritus, si ab eo approbetur viuente testatore? Respondeo affirmatiuè cum Trentacinq. *de Substitut. p.* 1. *cap.* 19. *num.* 7. per *d. l. Filio præterito, in fine, ff. de Injust. rupto.* quæ licèt loquatur, quando filius approbat suam præteritionem post mortem patris, eadem tamen est ratio de approbatione in vita patris;

cùm

cùm injuria præteritionis pari modo, imò melius viuente ipso patre, à quo est irrogata, remittatur. Vnde licèt instituto in tali testamento datus sit substitutus vulgaris, à cujus gradu filius sit legitimè exhæredatus, approbante ipso filio gradum institutionis, in quo est præteritus, institutus ad successionem admittetur, excluso substituto; cùm is nullum jus acquisierit ante mortem testatoris, (hæc enim semper inspicitur circa acquisitionem hereditatis, *l. Si alienum, §. In extraneis, ff. de Hæred. instit.*) tempore autem mortis jam institutio fuerit valida ob antecedentem approbationem filij, & sit sufficiens vt institutus possit ex illa succedere, & excludere substitutum: sic Trentacinq. *vbi sup.* post Ripam *in l.* 1. *num.* 214. *ff de Vulgari*, quando autem filius institutionem approbaret post mortem patris, aliter dicendum est, vt jam supra notauimus.

186 Denique circa prædictam approbationem filij præteriti omnino aduertendum, quod vt ratione illius testamentum conualescat, & hæres scriptus possit ex eo capere hæreditatem, opus est vt filius non fuerit præteritus ex ignorantia testatoris nescientis se filium habere; quia si sciret non instituere alium: vnde institutio, quam fecit, fuit illi inuoluntaria, & consequenter non potest hæres scriptus ex vi illius hæreditatem capere; quia sine voluntate defuncti, non potest institutus illam habere, *l. fin. ff. de Hæred. instit.* sic Bald, *in l. Sicut certi, Cod. de Testam. milit.* & alij ibid. Nec obstat *d. l. Filio præterito, ff. de Injusto rupto*, imò id apertè confirmat; cùm solùm dicat, quòd approbante filio præterito testamentum sustinebitur voluntas testatoris: in præsenti autem casu talis voluntas deficit. Bene tamen hoc limitat Iason *in d. l. Sicut certi*, vt solùm procedat, quando institutus est extraneus: nam si esset institutus alius filius non censebitur institutio inuoluntaria.

187 Ad fundamenta priorum duarum sententiarum respondetur facilè. In primis ad text. *in d. l. Filio præterito*, qui pro vtraque adducitur, respondetur, ibi solũ dici, quòd abstinente filio præterito ab hæreditate, voluntas testatoris tuebitur: ex quo text. solùm probatur, quòd significante filio per abstentionem, vel alium actum, se acquiescere suæ præteritioni, testamentum sustinebitur, quemadmodũ in secunda parte nostræ sententiæ citra controuersiam admittitur; non autem quòd testamentum non fuerit à principio simpliciter nullum, etiam spectato jure Prætorio.

Deinde ad rationem pro prima opinione adductam respondetur, quando aliquid est inductum ipso jure in fauorem alicujus, non semper intelligi, si ille velit eo jure vti, sed tantùm vbi ipsum jus id admittit; veluti in caducitate emphyteusis ex causa commissi, quæ de jure intelligitur, si dominus velit emphyteutam excludere, *l. 2. Cod. de Iure emphyt, & in similibus.* In nostro autem casu id non admittitur in jure, imò satis apertè rejicitur, cùm expressum sit, nullius momenti esse testamentum, in quo filius præteritur, *l. 1. ff. de Injusto rupto*: & licèt de rigore istius juris aliquid remissum sit per jus Prætorium, attamen nullibi reperitur sublatus, nisi tantùm quoad hoc, vt testamentum conualescat, si à filio approbetur, prout nostra sententia admittit. Atque id sufficit, vt hic etiam locum habeat regula, *Inuito, ff. de Regul. jur.* 188

Ad text. *in l. 2. in princip. ff. de Bon. possess. secundum tab.* qui pro secunda sententia offertur, respondeo; nihil ibi dici de valore, vel nullitate testamenti, in quo filius est præteritus, sed solùm poni ordinem, qui de jure Prætorio seruari debet in petenda bonorum possessione, quando filio præterito competit contra tabulas, & hæredi scripto secundùm tabulas, vt nimirum primo loco audiatur, & admittatur filius: si autem is nolit, aut non possit illud jus prosequi, tunc demũ eo excluso admittatur hæres scriptus secundùm tabulas: sunt enim casus, in quibus, secundùm jus illorum temporum, non competit aliud remedium liberis præteritis ad excludendum hæredem 189

scriptum, nisi petitio possessionis contra tabulas, vt quando filius præteritus erat emancipatus, vel alia ratione extra potestatem patris; & in his casibus habet propriè locũ ille ordo à Prætore constitutus, quia tunc statim à principio valet testamentum mero jure, & ex illo competit hæredi scripto bonorum possessio secundùm tabulas: priùs autem quàm ad illam admittatur, datur locus filio præterito, vt possit testamentum expugnare per dictum remedium contra tabulas, & sic hæredem scriptum excludere. Cæterùm etiam quando est præteritus filius, qui erat in potestate, locum suo modo habet prædictus ordo; etiam stando in nostra, & communi sententia, quòd testamentum fuerit à principio nullum, non tantùm spectato jure ciuili, sed etiam Prætorio; quia tunc etiam primo loco admittitur filius, si velit dicere testamentũ nullum, vel petere possessionem bonorũ contra tabulas: deinde verò si ille abstineat, vel alia ratione testamentum approbet, fit locus hæredi scripto, vt possit petere possessionem secundùm tabulas; quia per illam approbationem filij conualescit testamentum de jure Prætorio, vt ex illo possit hæres scriptus dictam possessionẽ petere; quemadmodum in communi sententia admittitur. Unde nihil contra illam *ex d. l.* 2. efficaciter deducitur.

Denique ad argumentum, quod maiorem
190 rem videtur habere vim ex eo, quòd filio præterito detur remedium possessionis contra tabulas, missis alijs responsionibus, quas affert Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 5. communis, & optima responsio est, bonorum possessionem contra tabulas, non solùm esse remedium rescissorium, sed etiam declaratorium, quòd testamentum fuerit nullum; & ita non solùm dari ad rumpendum testamentum, vt in casu quo præteritus est filius emancipatus (quo casu testamentum est à principio validum, juxta antiqua jura, vt supra dictum est) sed etiam ad dicendum illud nullum, vt in nostro casu, quando præteritus est filius, qui erat in potestate. Nec est nouum idem remedium, quod principaliter inuentum est ad rescindendum, dari interdum ad declarandam nullitatem, vt videre est in exceptione, quæ licèt suâpte naturâ detur ad rescissionem, & exclusionem actus validi, tamen aliquando datur ad declarandam, nullam actionem competere, quo casu dicitur exceptio intentionis; Barthol. *in l.* 1. *ff. de Except.* & idem cum proportione visitur in remedio appellationis, vt communiter DD. admittunt.

Nec obstat si dicas, quod *in d. §. Eadem hæc, Instit. de Hæredit. quæ ab intestato* pariformiter dici filios, qui erant in potestate, & emancipatos à Prætore vocari ad bonorum possessionem, ac proinde pari modo intelligi debere illud remedium respectu vtrorumque, vt nimirum quemadmodum est rescissorium respectu emancipatorum, tale etiam sit respectu eorum, qui erant in potestate; siquidem vbi vna est verborum determinatio pariformiter debet determinare, *l. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Respondetur enim, non esse inconueniens eandem determinationem diuersimodè determinare, quando est diuersa ratio in determinabilibus, vt per text. *in l. Cohæredi, §. Qui discretos, ff. de Vulgari:* notat Anton. Gom. *sup.* In nostro autem casu satis constat, esse diuersam rationem in filijs præteritis, qui erant in potestate, & emancipatis; vt proinde remedium quod his datur ad rumpendum, intelligatur dari illis ad dicendum testamentum nullũ. 191

§. 5. *Traduntur, & explicantur varij casus, in quibus legitimè à parentibus condítur testamentum sine institutione liberorum.*

SUMMARIUM.

Si miles præterijt filium non ignorando, se illum habere, talis præteritio habetur pro exhæredatione, nec testa-

tamentum subjaceat querelæ inofficiosi, secundùm jus antiquum; num. 192. Vtrum id hodie procedat spectato jure nouo Authenticorum; numer. 193. & seqq,

Iuris correctio est odiosa, & omnino vitanda; num. 195.

Correctio juris non inducitur per clausulam, quæ potest operari alium effectum; imò licèt alioqui nihil operetur? num. 196. fine

An miles filiusfamilias testando de bonis Castrensibus, vel quasi Castrensibus, possit impune parentes præterire? numer. 198.

Licèt miles possit impune liberos præterire, & sine causa exhæredare, tamen ipsi liberi petere possunt portionem legitimam; num. 199.

Si clericus habens descendentes, vel ascendentes legitimos, eos prætereat, aut sine causa exhæredet, non potest ab eis testamentum dici nullum, nec rumpi per querelam inofficiosi; numer. 200. & seqq. Contraria tamen sententia est satis probabilis, & fortè probabilior; num. 204. cum seqq.

Filio consentiente, jurive suo renuntiante, potest pater illum impune præterire, & exhæredare: & quomodo id sit intelligendum? num. 207. & seqq.

Si filius consentiat se præteriri in ipso actu testandi, quando scilicet parens actu conficit testamentum, id sufficit vt testamentum absque ejus institutione sit inexpugnabiliter validum; numer. 208. Quomodo id stare possit, cùm pactum, quo filius futuræ successioni renuntiat, sit nullum? num 209. & seq.

Si filius ante confectum testamentum cõsentiat, se præteriri à parentibus, talis consensus non sufficit, vt testamentum, illo non instituto, sit validum; numer. 211. Si tamen tali consensui, seu renuntiationi accedat juramentum ipsius filij, ei non contraueniendi, firmũ & inexpugnabile euadet testamentum; num. 212. Vtrum id procedat in hoc Regno Lusitaniæ, & in alijs, vbi strictè cauetur, ne quis in contractibus tale juramentum interponat? num. 213. & seqq.

Vtrum leges vetantes interponi juramentum in contractibus procedant etiam in ijs, qui seclusotali juramento non valent, aut sunt infirmi? num. 214. cum seqq.

Vtrum, si filius post confectum testamentum paternum, in quo est præteritus ipsi præteritioni consentiat, talis consensus sufficiat, vt testamentum sit validum? num. 218. & seqq

Si filius suæ præteritioni, vel exhæredationi consentiat, paciscendo, non cum ipso testatore, sed cum alio tertio, cujus interest, eum non succedere, vt cum fratribus, tale pactum est validum simpliciter, dummodo fiat consentiente ipso testatore, & in tali consensu vsque ad mortem perseuerante; num. 221. Et in tali casu firmum euadet testamentum paternum absque illius filij institutione; num. 222.

Qui validè renuntiauit hæreditati paternæ, censetur extraneus respectu patris; ibidem.

Si pater instituat filium, qui renuntiauit ejus hæreditati per pactum de non succedendo, recuperat filius jus successionis, Suitatis, & transmissionis, quæ per illam renuntiationem amiserat; secus autem si renuntiatio est facta per pactum de succedendo; quale est, quod fit cum alio tertio, & non cum eo, cui succedendum est; num. 223.

Consensus filij præteriti nunquam erit sufficiens ad validandum patris testamentum, nisi pater filium scienter præterijsset; num. 224.

In quibus casibus consensus filij præteriti facit valere testamentum patris, & aliorum ascendentium, in quo est præteritus; in ijsdem etiam consensus ascendentium præteritorum facit valere testamentum descendentium, qui ascendentes præterierunt; num. 225.

Minùs probabilis censetur opinio Baldi existimantis valere pactum ascendentium de non succedendo descendentibus, quamuis juratum non sit; num. 226.

As-

Assignantur modi, quibus pater vel mater plures filios habens possit efficere, vt aliquis eorum habens testandi facultatem libere possit disponere de suis bonis in præjudicium aliorum filiorum; num. 227. & seqq.

Quando quis solùm consentit, se præteriri, vel exhæredari, non renuntiando simpliciter successioni, talis renuntiatio non trahitur ad successionem ab intestato; num. 230.

Quando filius datus est in adoptionem auo materno, vel alteri ascendenti in cujus potestate non erat, amittit respectu patris omne jus successionis, tam ex testamento, quàm ab intestato; & sic impune ab eo præteriri potest dummodo talis adoptio ante mortem patris dissoluta non sit. Et idem est quando filius à patre emancipatus se alteri in arrogationem dedit; num. 231.

Testamentum ad pias causas valet quamuis liberi in eo sint præteriti; sub d. numer. 231.

Quando liberi sunt indigni, qui ad parentum hæreditatem admittantur ob aliquam causam in jure approbatam, legitimè possunt exhæredari; num. 232.

QUamquam leges magnopere caueant, ne liberum sit parentibus liberos præterire, vel exhæredes facere, multi tamen sunt casus, in quibus id permittitur, & legitimè conditur testamentum absque liberorum institutione: idque non solùm, quando sunt incapaces capiendi ex testamento, sed etiam quando sunt capaces, & legitimè possent instituti. Hos ergo casus in præsenti trademus, & explicabimus.

192 Primus casus est, quando testator est miles priuilegijs militaribus gaudens, & non ignorat se habere filium, quem in testamento præterit. Tunc enim ea præteritio pro exhæredatione habetur, & censetur tacita exhęredatio; quæ licèt in testamento pagani non admittatur, nec sufficiat vt testamentum sit validum, secùs est in testamento talis militis, vt expressè habetur *in §. Si in expeditione, Inst. de Exhæredat. liber. & in l. Sicut certi, & l. seq. Cod. de Testam. milit.* & notant ibi omnes. Nec tale testamentum subjacet querelæ inofficiosi, *l. Papinianus, 8. §. Papinianus, fine*, & ibi Glos. *ff. de Inoffic. testam. l fin. Cod. eod. tit.* 193

Dubiæ autem quæstionis est, vtrùm id hodie procedat, spectato jure nouo *in Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & §. Sine igitur, verf. Sancimus*, vbi strictè cauetur, non licere liberos, vel parentes præterire, aut exhæredare, præterquam in certis casibus, & si id fiat testamentum esse nullum, aut querelæ inofficiosi subjacere. In hac igitur quæstione negantem partem tuetur Glos. *in d. l. fin. verb. Testamenta, Cod. de Inoffic. testam.* Couar. *in cap. Quia nos, numer. 7. de Testam.* vbi alios refert, qui dicunt hanc esse communem sententiam. Pichard. *in d. §. Sed si in expeditione, numer. 5.* qui alios etiam refert, & Molina *tom. 1. de Iust. disp. 231. ad finem*: adducitur etiam pro hac parte Barthol. *in l. Filio præterito, numer. 22. ff. de Injusto rupt. & in Auth. Ex causa, num. 13. Cod. de Liber. præter.* quatenus dicit testamentum filij de bonis Castrensibus, si patrem prætereat, esse nullum; & si injustè illum exhæredet, subjacere querelæ inofficiosi, per dictum jus nouum *in Auth. Vt cum de appellat.* quamquam aliud esset de jure antiquo.

Probatur hæc sententia primò, ex text. 194 *in d. § . Aliud quoque capitulum*, ibi; *Sancimus non licere penitus præterire, vel exhæredare*, vbi dictio, *Penitus*, omnem exceptionem, & jus contrarium excludit. Secundò, ex text. *in d. §. Sine igitur, verf. Sancimus*, vbi statuitur, si filij testando de bonis, in quibus habent facultatem, parentes prætereant, aut sine causa exhæredent, testamentũ esse nullum, aut subjacere querelæ inofficiosi. Vnde cùm filij solùm de bonis Castrensibus, aut quasi Castrensibus permittantur testari, idque maximè locum habeat in militibus, consequens est, quòd hodie, etiam testamẽtum militum erit nullum, aut subjacebit que-

querelæ, si parentes prætereant, aut exhæredent, contra formam *in d. Auth.* præscriptam. Idemque erit, si liberos prætereant, vel exhæredent, quia *in d. Auth.* non minùs, imo magis intenditur excludi præteritio, & exhæredatio descendentium, quàm ascendentium.

195 Contrariam tamen partem, quòd scilicet etiam hodie non possit dici nullum, nec subjiciatur querelæ inofficiosi, testamentum militis, qui scienter filium præterijt, sustinent meritò Panorm. *in d. cap. Quia nos, num.* 4. *de Testam.* Imola *in d. l. Filio præterito, num.* 35. *ff. de Injusto rupto.* Roman. & Ias. *in l. Sicut, col. pen. Cod. de Testam. milit.* & Viglius *in §. Sed si, Inst. de Exhæredat. liber.* Quia correctio juris antiqui non est admittenda, nisi apertè appareat, illud esse correctum per jus nouum, seu posterius, vt omnes facilè concedunt; cùm juris correctio sit odiosa, & omnino vitanda, *l. Præcipimus, Cod. de Appellat.* in d. autem jure nouo non apparet sufficienter correctum ibi esse jus antiquum, quo militibus specialiter conceditur, vt eorum testamenta non possint dici nulla, nec rumpi ex causa præteritionis, vel exhæredationis liberorum. Nam *in d. Auth.* juris noui, solum generaliter statuitur, non licere ascendentibus præterire, vel exhæredare descendentes, nec descendentibus ascendentes: per dispositionem autem generalem, non derogatur speciali, sed econtra, juxta regulam, quòd generi derogatur per speciem, *cap. Generi, de Regul. jur. num.* 6. quæ procedit, etiam quando lex specialis est antiquior generali, vt latè cum Barth. & alijs declarat Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 38. *num.* 17. *& seqq.* ferme in specie à nobis traditum est, *disp. præced. sect.* 6. §. 3. *num.* 1007. Ergo intelligi non debet, correctam fuisse per dictum jus nouum illam specialem concessionem juris antiqui militibus factam.

196 Neque obstant textus d juris noui, qui pro priori sententia inducuntur. Nam ad text. *in d. §. Aliud quoque capitulum,* respondetur, illam dictionem, *Penitus,* non oportere intelligi, vt etiam comprehendat milites: quia formalia verba illius tex. sunt. *Sancimus non licere penitus patri, vel matri, auo, vel auiæ, proauo, vel proauiæ, suum filium, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento.* vbi ex ipso dicendi modo satis apparet illam dictionem, *Penitus,* solùm poni ad augendam prohibitionem respectu personarum, quibus antea, non adeo strictè prohibitum erat liberos præterire, vel exhæredare, vt nimirum, non solùm pater, & alij ascendentes masculi lineę paternæ, sed etiam mater, & cæteri ascendentes materni omnino, & pari modo deinceps prohiberentur liberos prætefire, vel exhęredare contra formam in d. jure nouo præscriptam; non autem poni ad extendendam prohibitionem ad personas, quibus antea ratione specialis qualitatis peculiari priuilegio indultum erat, vt possent impune liberos præterire, vel exhęredare; cujusmodi sunt milites. Nam ad hoc vt tales etiam personæ comprehenderentur, oportebat fieri specialem eorum mentionem, vel saltem poni talia verba, ex quibus citra dubium appareret, ad illas etiam prohibitionem extendi, earumque priuilegium reuocari: quod certè ex verbis prædicti textus non apparet. Adde, quòd correctio juris non inducitur per clausulam, quæ potest operari alium effectum: cùm talis correctio sit valde odiosa, & sic numquam inducenda quando aliud potest intelligi: in præsenti autem satis ex prædictis liquet, dictionem, *Penitus,* aliquem effectum operari. Quin etiam vult Sanch. *lib.* 2. *de Matrim. disp.* 11. *num.* 23. cum Aymon *consil.* 159. *num.* 2. Guttier. *lib.* 3. *Practicar. q.* 15. *num.* 35. & alijs, correctionem inducendam non esse, quanuis clausula nihil operetur.

Ad alium text. *ex d. §. Siue igitur,* 197
vers. Sancimus, facilior est responsio. Quia ibi solùm agitur de filijsfamiliâs testantibus de bonis Castrensibus: nos autem loquimur de militibus habentibus simpliciter facultatem testandi, idest, tam de bonis acquisitis occasione militiæ,

quàm

quàm de quibusuis alijs; qui proinde non debent intelligi comprehensi in d. textu de solis filijs agente; maximè cùm juris correctio, quæ per talem comprehensionem induceretur, sit odiosa, & restringenda, vt ex dictis constat. Præterea quia in illo textu solùm excluditur priuilegiũ, quod antea concessum erat filijsfamiliâs ratione qualitatis illorum bonorum (eis enim concedebatur, vt absque metu querelæ testari possent de Castrensibus, & quasi Castrensibus *l. vltim. Cod. de Inoffic. testam. & l. vltim. Cod. Qui testam. facere poss.*) priuilegium verò, de quo hìc agimus, vt milites possint impune liberos præterire, & exhæredare, fuit illis concessum ratione qualitatis suarum personarũ (nempe militiæ) absque respectu ad qualitatem bonorum, quod essent, vel non essent Castrensia. Excluso autem priuilegio bonorum, non oportuit excludi etiam priuilegium personarum, vt per se liquet. Unde licèt Barth. in locis pro priori sententia allegatis meritò dicat, quòd hodie filijsfamiliâs testantes de Castrensi, aut quasi Castrensi peculio, si patrem prætereant aut injustè exhæredent, testamentum est nullum, aut subjacet querelæ per d. jus nouum, nihil per hoc contra hanc secundam sententiam dicit, nec quidquam pro prima facit; cùm solùm probet, reuocatum esse priuilegium filijsfamil. concessum ratione qualitatis illorum bonorum; quod in hac secunda sententia non negatur, neque illi obest.

198 Si autem filiusfamiliâs sit miles, cùm illud aliud priuilegium concessum militibus ratione qualitatis personarum, juxta dictam secundam sententiam reuocatum non sit; dubitari non immeritò potest, vtrùm talis filius testando de Castrensibus, aut quasi Castrensibus, possit ex eo priuilegio patrem impune præterire, & exhæredare, sicut miles, qui filiusfamiliâs non est. Ratio dubitandi pro parte affirmatiua est satis aperta; siquidem illud priuilegiũ est concessũ simpliciter militibus, qui testari possunt: ergo cũ ille filius sit miles, & testari possit de Castrensibus, & quasi Castrensibus, consequens est, vt testando de illis possit eo priuilegio vti, & sic impune patrem præterire, & exhæredare. Nihilominus tamen cõtrarium videtur dicendum, quia filiofamiliâs militi non est concessa facultas testandi ratione militiæ, & qualitatis suæ paternæ; nam militia non liberat à patria potestate, *l. Maritus, Cod. de Patr. potest.* dum autem est in potestate patris comprehenditur in illa generali regula, quòd filius in potestate, etiam patre consentiente, testari non potest, *l. Qui in potestate, ff. de Testament. l. Tam is, §. 1. ff. de Donat. causâ mort. l. 3. §. 1. Cod. Qui testament. fac. poss.* nullibi enim in jure ab ea regula milites reperiuntur excepti, nec ob militiam ab illa possumus recedere, vt bene Valasc. *tom. 2. consult. 108. sub num. 21.* Quod etiam tenet EnenKelius, quem refert, & sequitur Diana *tom. 7. tract. 6. resol. 60.* contra Hunnium, quem *ibidem citat.* Unde licèt de bonis Castrensibus, & quasi Castrensibus testari possit, eam facultatem habet ex solo priuilegio talium bonorum, quemadmodum quilibet alius filiusfamiliâs pubes; qui miles non est. Cùm igitur hoc priuilegium jam hodie per dictum jus nouum sit limitatum, vt filij, qui ex eo habent facultatem testandi in illis bonis, si parentes prætereant, aut exhæredent non seruatâ formâ dicti juris noui, eorum testamentum sit nullum, aut querelæ subjaceat, *d. §. Siue igitur*, consequens est, vt etiam in filijsfamiliâs militibus id locũ habeat, sicut in ijs, qui milites non sunt.

Illud etiam notandum, quod stando in 199
prædicta secunda sententia principali, quam potiorem judicamus, licèt testamentum militis, qui scienter liberos præterijt, aut sine causa exhæredauit, non possit dici nullum, nec rumpi per querelam inofficiosi; attamen ipsi liberi præteriti, vel iniquè exhæredati petere possunt portionem legitimam, vt bene cum alijs aduertit Couar. *in d. cap. Quia nos, num. 2. de Testament.* quia priuilegium, quo militibus indulgetur, vt eorum testamenta ex causa præteritionis, vel exhæredationis impugnari non possit, non pugnat.

cum

cum jure, quod liberi ex ipsa lege naturæ, atque ex jure positiuo habent ad legitimam, quæ loco alimentorum illis assignata est; rectè namque stare, & intelligi potest, quod illa testamenta sustineantur, &
404 nihilominus legitima filijs debeatur. Ergo per illud priuilegium non tollitur jus filiorum ad legitimam sibi ab hâs debitam; proindeque illam petere possunt, licèt testamentum, in quo sunt prætériti, vel iniquè exhæredati, fuerit validum, & immune à querela.

200 Secundus casus est, quando testator est clericus: licet enim habeat descendentes legitimos, eosque in testamento prætereat, aut sine causa exhæredet, non potest testamentum dici nullum, nec rumpi per querelam inofficiosi: Ita Panorm. *in cap. Quia nos, num. 4. de Testam.* Corn. *in Auth Ex causa, Cod. de Liber. præter. num. 33. & 46.* vbi hanc sententiam dicit communem, Bald. Angel. Paul. Castr. & alij quos refert Couar. *in d. cap. Quia nos, num. 7. de Testam.* vbi etiam testatur de communi, Iacobin. *in l. 1. numer. 7. ff. de Inoffic. testam.* dicens esse notandum; Valasc. *tom. 2. consult. 108. num. 11.* vbi loquitur de filijsfamiliâs clericis testantibus de suo peculio Castrensi, vel quasi, Augustin. Barbos. *in Collectan. ad d. cap. Quia nos,* & latè Marc. Anton. Genuensis, *in Pract. Ecclesiast. q. 361.* qui omnes loquuntur, non solùm secundùm jus antiquius, sed etiam spectato jure nouo, *in d. Auth. Vt cum de appellat.* de quo in superiori casu loquuti sumus, quod videbatur esse contra: atque eandem sententiam tenet Glos. Accurtij *in Authent. Presbyteros, 2. verb. Ferant, Cod. de Episc. & cleric.* esseque in praxi sequendum tradit nouissimè Fragos. *p. 3. lib. 5. disp. 8. de Testam. §. 2. num. 84. fine,* qui
201 alios pro hac sententia adducit.

Probari solet hæc sententia primò, quia *in d. c. Quia nos, de Test.* statuitur clericos posse liberè disponere de omnibus suis bonis, quæ ratione beneficij Ecclesiastici acquisita non sunt: dispositio autè, seu testamentum liberum intelligitur, quod querelam inofficiosi non admittit, vt ex *l. Filiam tuam Cod. de Inoffic. testam.* notat Bald. *ibidem.* Secundo, quia si hoc conceditur militibus sæcularis militiæ, vt in superiori casu vidimus, maiori jure intelligi debet concessum esse clericis, qui sunt milites Dei. Tertiò denique quia *in l. Cum lege, C. de Episc. & cleric.* sancitur, clericos habentes peculium quasi Castrense, non solùm posse in eo testari, sed etiam tale testamentum non subjacere querelæ de inofficioso: ex quo textu speciatim probatur, clericos, qui adhuc sub patria fuerint potestate, licèt alias testari non possint ex generali regula, quod ij, qui sunt in potestate, neque de consensu patris testari permittuntur, *l. Qui in potestate, ff. de Testam.* tamen si habeant peculium quasi Castrense, liberè seu absque metu querelæ in eo testari posse.

Quod si opponas, id non esse speciale 202
in clericis, sed omnibus, qui essent sub patria potestate, generaliter fuisse concessum, vt si haberent peculium quasi Castrense, in eo testari possent absque metu querelæ, *l. vlt. Cod. Qui testam. facere pos.* Verùm jam hodie id esse correctum in *d. Auth. Vt cum de appellat. §. Sive igitur, vers. Sancimus,* vbi generaliter statuitur, quòd filijs testantibus de bonis, in quibus habent licentiam (id est, de Castrensibus, vel quasi Castrensibus) si parentes prætereant, vel sine causa exhæredent, testamentum sit nullum, vel per querelam annullari possit: ex quo textu probauimus, *sup. num. 298* testamentum filijfamiliâs, etiam militis, testantis de Castrensi, vel quasi Castrensi peculio, subjacere dictæ querelæ, licèt per jura antiquiora, ob ea esset immune, & sic idem videri statuendum in testamento filijfamiliâs clerici, cui ex generali priuilegio illius peculij in eo testari permittitur, sicut cæteris, qui sunt in potestate.

Certè hoc argumentum magnam apud 203
me vim habet. Nihilominus tamen responderi potest, quòd facultas testandi in peculio quasi Castrensi absque metu querelæ, habet specialitatè in clericis, propter quam non debet intelligi sublata

per illam generalem sanctionem *d. Auth. Vt cum de appellat. in d. vers. Sancimus.* Specialitas est, quòd illa facultas est concessa clericis, non tam ratione qualitatis bonorum, eoquod essent Castrensia, quàm ratione clericatûs, & in fauorem illius, vt aperte colligitur ex *Auth. Presbyteros, C. Cod. de Episc. & cleric.* vbi omnibus clericis indulgetur, vt possint testari de omnibus suis bonis post clericatum acquisitis, ad similitudinem Castrensium peculiorum. In quo textu considero dicta bona clericorum non fieri quasi Castrensia ob aliquam eorum qualitatem ex modo, vel titulo quo fuerunt acquisita, vt quòd fuerint acquisita ex aliquo officio publico, vel ex donatione Regis, aut Principis, vt in cæteris contingit; sed solùm ex eo quòd fuerint acquisita per clericũ, & quòd id cedat in fauorem clericatûs: vnde, quod clericis indultum sit, vt in eis testari possint, licèt sint filijfamiliâs, ad peculiarem fauorem ipsorum clericorum spectat, cum nullis alijs filijsfamiliâs, etiam militibus, tale quid indultum sit; ad quod aduertens Roderic. Suar. *in quæst. maioratus, num.* 34 cum Paulo de Castro *in l. Sacrosanctæ. Cod. de Episc. & cleric.* firmat, clericos esse magis priuilegiatos, quàm milites, siquidem milites filijfamiliâs solùm possunt testari de acquisitis in castris, vel occasione militiæ *l. penult. & fin. Cod. Qui testament. facere poss.* clerici verò etiam de aliunde acquisitis, quàm intuitu clericatûs, vt de Aduentitij, & alijs. Cum autem facultas testandi in Castrensi, vel quasi Castrensi peculio annexam habuerit immunitatem à querela inofficiosi, vt per *d. l. Cum lege, Cod. de Episc. & cleric. l. fin. Cod. de Inoffic. testament. & d. l vltim. Cod. Qui testam. fac. poss.* inde est, vt dictus specialis fauor, quo clericis concessum est, posse testari de omnibus suis bonis post clericatũ acquisitis, quasi essent Castrensia, ad illam etiam immunitatem à querela extenderetur. Et sic illa quoque immunitas in clericis rationem specialis fauoris, & priuilegij participat, vt non debeat intelligi sublata per dictam generalem sanctionẽ, *d. Auth. Vt cum de appellat. in d. vers. Sancimus.* Adde clericorum priuilegia non debere de facili intelligi exclusa, vel correcta per jùs Ciuile, à quo clerici adeo sunt immunes.

Cæterum licèt prædicta resolutio sit communis, & ex adductis fundamentis sufficienter videatur constare, non est tamen adeo constans & certa, vt contraria non sit satis probabilis, & fortè probabilior, ac bonos etiam habeat patronos; qui tenent, etiam testamenta clericorum, quantumuis testati sint de bonis quasi Castrensibus, & post clericatum acquisitis, subjacere hodie querelæ inofficiosi, & posse dici nulla, ex causa præteritionis, vel exhæredationis injustæ per *dict. jus nouum in Authent. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & §. Sine igitur, dict. vers. Sancimus.* Cui sententiæ se non inuitum accedere, quanuis opposita creberrimè à DD. asseratur, fatetur Couar. *in d. c. Quia nos, n.* 7. *de Test.* vbi pro eadem refert Barbat. & Salic. Pro illa etiam stant Menchac. & Azeu. relati à Fragoso pro priori sententia allegato. 204

Eam etiam tenet acriter Molin. *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 231. *ad finem*, vbi facili negotio excludit duo priora fundamenta communis resolutionis *num.* 201. adducta: ac primum quidem petitum *ex d. cap. Quia nos*, nullius momenti esse affirmat; ait enim, sensum illius textus esse, clericum non prohiberi testamentum facere, nisi tantùm de bonis ex Ecclesia acquisitis. Ad secundum dicit, etiam testamentum militis subjacere hodie querelæ, & posse dici nullũ ex causa præteritionis; & ita cessare illud argumentum à militibus sæcularibus desumptum. Meliùs autem respondere posset, in materia testamentorum non valere argumentum à militibus ad clericos: nam milites multò plura & ampliora habent priuilegia circa sua testamenta, quàm clerici, vt est notissimum. Tertium quoque petitum ex *d. l. Cum lege*, facilè etiam excludi potest, dicendo eam legem, & alias similes, quibus immunitas à querela concedebatur testantibus in Castrensi, 205

vel

vel quasi Castrensi peculio, correctas esse per d. jus nouum *in dict. vers. Sancimus.*

106 Quocirca ego etiam huic sententiæ non inuitus accederem: verùm propter authoritatem DD. & quia non omnino juris fundamento destituitur, traditam communem resolutionem sustinendam censeo; eo tamen cum temperamento, quod illius Assertores communiter adhibent, vt scilicet parentes, vel descendentes à clericis injustè præteriti; vel exhæredari, suam portionem legitimam petere possint, vt *sup. numer.* 199. in simili de militibus dictum est, & notat Couar. *in d. cap. Quia nos, numer. 7. de Testament.* Id quod efficaciter firmatur ex *d. Auth. Presbyteros*, 2. ibi; *Sic tamen, vt horum filij, aut his non existentibus parentes, eorum legitimam ferant partem.* Ubi Glos. *verb. Ferant*, exponit hanc legitimam esse petendam per condictionem ex hac leg., non verò per querelam inofficiosi.

107 Tertius casus est, quando filius consentit se præteriri, vel exhæredari, renuntiando juri, quod habebat vt pater testamentum condens eum institueret. Tunc enim absque illius filij institutione potest valere testamentum, itaut non possit dici nullum, nec per querelam rumpi. Ita communiter DD. vt ex infra citandis constabit. Et probatur facilè resolutio, sic indistinctè, & in terminis de possibili accepta. Nam filius, qui legitimè, & efficaciter renuntiauit hæreditati paternæ, vel juri, quod habebat, vt à patre testamentum condente instituteretur, censetur extraneus respectu talis testatoris, cùm perinde careat jure, vt ab eo instituatur, & ad hæreditatem admittatur, acsi esset extraneus: atqui dicta renuntiatio legitimè, & efficaciter potest fieri, vt est indubitatum, & infra declarabitur: ergo, eo sic renuntiante, potest pater validè, & inexpugnabiliter testamentum condere, absque illius institutione, quemadmodum si esset extraneus. Ut autem explicemus, quando dicta renuntiatio, & consensus filij est efficax & sufficiens, vt præteriri, & exhæredari possit, distinctione opus est; nam vel filius consentit suæ præteritioni, aut exhæredationi in ipso actu testandi, quando pater, aut mater actu conficit testamentum; vel ante, vel post confectum testamentum: & in quolibet horum euentuum peculiaris consideratio habenda est. Quare juxta hanc distinctionem tres principales conclusiones statuemus.

Prima conclusio: si filius consentiat in 208
ipso actu testandi, talis consensus sufficit, vt possit præteriri, & testamentum absque ejus institutione sit inexpugnabiliter validum. Ita cum multis alijs Anton. Gom. *in l. 2. Tauri, numer. 5. ad fin. & tom. 1. Variar. cap. 11. numer. 14. ad fin. & numer. 31.* Molina *tom. 1. de Iust. tit. disput. 175. longè post med. vers. Dixi in euentibus*, Iul. Clar. *lib. 3. Sentent. §. Testamentum, quæstion. 43.* Guttier. *de Pactis, initio, numer. 39.* & Sanch. *lib. 6. de Matrimon. disput. 4. numer. 19. & lib. 4 Opusc. cap. 1. dub. 34. numer. 14.* Probatur primò per textum *in l. Non putauit, §. Siquis sua manu, ff. de Bonor. possess. contra tabulas*, vbi disponitur, quòd si patre dictante testamentum filius se scripserit exhæredem, habetur pro exhæredato: & sic testamentum valet, & nullo modo potest à filio infirmari, quemadmodum ibi ad hoc notant, & commendant Glos. Ordin. Din. Oldrad. Barthol. Alber. & alij communiter. Secundò, quia necessitas instituendi liberos fuit à jure inducta in eorum fauorem, ad auferendum ab eis præteritionis, & exhæredationis injuriam *dict. Authent. Vt cum de appellat. §. Hæc autem, vers. Cæterùm.* Quilibet autem potest renuntiare suo fauori; neque enim beneficium inuito confertur, *l. Inuito, ff. de Regul. jur.* Ergo cùm consentiens se præteriri, vel exhæredari, illi fauori renuntiet, & nulla ei irrogetur injuria, nulla tunc est necessitas illum instituendi; cessante enim causa, cessare etiam debet effectus, *cap. Cum cessante, de Appellat.* Confirmatur, nam si filius præteritus

consentiat suæ præteritioni post mortem patris, testamentum conualescit, vt §. *præcedenti, numer.* 181. ex omnium sententia tradidimus, per text. *in l. Filio præterito, ff. de Injusto rupto.* Ergo à fortiori, si in ipso testandi actu consentiat testamentum erit validũ, cùm facilius sit, actum fieri validè, quàm postquam nulliter factus est, valorem acquirere.

209 Oppones, in illo consensu contineri pactum, quo filius futuræ successioni renuntiat: tale autem pactum esse nullum, atque adeo nullius momenti ad testamentum validè conficiendum filio non instituto, *l. Pactum dotali, Cod. de Collat. l. Pactum, quod dotali, Cod. de Pactis, l. Qui superstitis, ff. de Acquir. hæred.* & DD. communiter. Propter hanc objectionem, multi DD. censent, præfatam conclusionem solùm posse, ac debere admitti, quando pater volebat filium instituere, ipse autem filius renuit in ipso testandi actu: secus autem quando vtriusque voluntas, & consensus concurrit; quod tunc sit pactum de non succedendo, & sic testamentum non possit subsistere, nisi interueniat juramentum, quo illud pactum firmetur. Ita docent Glos. *in l. Si quando, §. Et generaliter, verb. Iudicij, Cod. de Inoffic. testam.* Barthol. Cyn. Salicet. Paul. de Castr. Cuman. Fulgos. & alij, quos refert Rodericus Suar. *in l. Quoniam in prioribus, ampliat.* 10. *num.* 32. & sequitur, *num.* 37. *&* 38.

210 Nihilominus tamen conclusionem propositam indistinctè probant, ac sustinent DD. n. præcedenti allegati, atq; ad prædictam objectionem bene respondit Ant. Gom. *d. c.* 11. *sub n.* 14. *vers. Vel aliter,* Mol. *vbi sup.* & Sanch. *d. n.* 19 *vers. Intellige tamen,* quando filius in ipso actu testandi consentit se præteriri, talem consensum non reputari renuntiationem hęreditatis futuræ, sed juris de præsẽti, quod scilicet ei de præsenti competebat, vt tunc institueretur: pactum autem quod in dictis LL. reprobatur, esse tantùm, quo renuntiatur hæreditati futuræ, idest, post mortem patris deferendæ: neque obstare, quòd in consequentiam illius consensus veniat priuatio ipsius hæreditatis, cùm id fundetur in abdicatione juris de præsenti, quę prohibita non est. Cæterùm propter opinionum varietatem, & quia Bald. *in d. l. Si quando,* etiam in priori casu affirmat, necessarium esse juramentum, vt dicta renuntiatio valeat, aduertit bene Sanch. & Guttier. *loc. citat.* tutius & firmius esse, si juramentum accedat. Stando autem in prædicta sententia communi, notat optimè Ant. Gom. *d. num.* 14 non oportere, quòd in ipso testamento fiat mentio illius consensus, sed sufficere, quòd aliâ viâ de illo constet.

Secunda conclusio: si dictus consensus pręstetur ante confectum testamentum, insufficiens est, vt testamentum, filio non instituto, sit validum. Ita Glos. Odofred. Petr. Cynus, & cæteri DD. communiter *in l. fin. Cod. de Bonis libert.* Bald. *in l. Quanuis, quæst. vltim. Cod. de Fideicommiss.* Anton. Gom. alios referens *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *numer.* 14. *fine,* Molina, *dict. disp.* 175. *longè post medium, vers. Dixi in euentibus,* Sanch. *lib.* 6. *de Matrimon. disp.* 4. *numer.* 19. *& lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 34. *numer.* 14. alijque communiter, quibus vnus tantùm quem sciam refragatur Iulius Clar. *d. §. Testamentum, q.* 43. Probatur primò per text. *in l. Paulus, à* 2. *§. Patroni filius, ff. de Bon. libert.* vbi habetur, quòd si filius patroni per epistolam (& sic ex interuallo ante confectionem testamenti) consentit se præteriri à liberto, renuntiando titulo institutionis, & dando illi licentiam vt liberê possit testari, talis consensus & renuntiatio non valet, & testamentum, illo filio non instituto, est nullum. Probatur secundò ex text. *in dict. l. Si quando, §. Illud, Cod. de Inoffic. testament.* vbi deciditur, quòd si filius recepit partem legitimæ, & fecit pactum de non mouenda querela contra testamentum patris, tale pactum non valet, sed eo non obstante potest filius annullare testamentum patris, & successionem consequi.

211

Ter-

Tertiò denique, & principaliter probatur, quia dictus consensus continet pactum de non succedendo: omne autem hujusmodi pactum est nullum, & sic insufficiens vt testamentum validè fiat, non instituto eo, qui de jure instituendus erat, vt constat per *d l. Pactum dotali, Cod. de Collat. & l. Pactum, quod dotali, Cod de Pactis.*

212 Intelligitur autem præfata resolutio, nisi ex parte ejus, qui renuntiauit, interueniat juramentum, quo juret se tali renuntiationi, seu pacto non contrauenturum: interueniente namque hoc juramento confirmatur illud pactum, *cap. Quanuis pactum, de Pactis, in 6.* & consequenter firmum etiam euadit testamentum; itaut non possit impugnari, nec dici nullum ob præteritionem, vel exhæreditatem ejus qui renuntiauit. Ita declarant Ant Gom. *d. cap.* 11. *num.* 31. Sanch *vbi sup.* Cancerius *p.* 3 *Variar. resol. cap.* 15. *num.* 6. & 8. & alij, quos referunt, estque indubitata apud omnes sententia.

213 Dubitabis tamen non immeritò, vtrum id procedat in hoc Regno Lusitaniæ? & ratio dubitandi est, quia jure hujus Regni *lib.* 4. *Ordin. tit.* 73 strictè cauetur nequis in contractibus juramentum interponat, & si secùs fiat, contractus annullatur, & graues pænæ, tum contrahentibus, tum notario imponuntur. Quod similiter in alijs quibusdam Regnis per eorum leges sancitum est, ac speciatim in Castella, quanuis cum aliqua moderatione, *in nouæ Recop. lib.* 4. *tit.* 1. *l.* 11. & 12. Quæ leges licèt ab aliquibus damnentur, tanquam injustæ, & inualidæ, quòd videantur latę in fraudem jurisdictionis Ecclesiasticæ, ad quam contractus jurati pertinerent, *c. Nouit, de Iud. c. vlt. de For. compet. in* 6. & quia dum prohibent interponi juramentum, aliquo modo se intromittunt in rem spiritualẽ, & juris diuini, circa quod Princeps sæcularis nihil potest disponere, *c. Venerabilem, ad fin. de Elect.* tamen cõmuni optimorũ DD. caculo meritò approbantur, vt videre est apud Couar. relect. *in d. c. Quanuis pactum, p.* 1. § 3. *n.* 8. & *p.* 2. § 1. *n.* 8. Pinel. *in l.* 2. *C. de Rescind. vendit. p.* 3. *c.* 1. *à n.* 11. Valasc. *tom.* 2. *consult.* 99 *n.* 3. Petr. Barb. *in l.* 1. *p.* 1. *à n.* 73. *ff. Sol. matr.* Azeued. *à l.* 11. *nouæ Recop.* Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 149. *à §. Ex his colliges*, & Sanch. *lib.* 3. *in Dec. c.* 22. *n* 6. qui omnes cum multis alijs, quos referunt, has leges tuentur, & nos etiam *in tractatu de Contractibus in genere disp.* 8. *sect.* 4. hanc eandem sententiam satis firmis rationibus comprobauimus.

214 Dubium igitur non leue est, vtrùm in hoc Regno, & in alijs vbi similes leges vigent, dictum juramentum vim habeat ad illam renuntiationem confirmandam, & testamentum sustinendum? Quam quæstionem mouent DD. in terminis generalibus; an scilicet dicta lex regia, non solum habeat locum in contractibus, qui etiam secluso juramento, sunt de jure validi, & firmi (in quibus citra dubium est eam locum habere) sed etiam in ijs, qui juramento non adhibito non valent, aut sunt infirmi; cujusmodi est dicta renuntiatio, seu pactum de non succedendo, & multi alij. Partem affirmatiuam, quod etiam in istis locũ habeat, tuentur Pinel. *in d. l.* 2. *C. de Rescind vend.* 3. *p. c.* 1. *n.* 12. Valasc. *tom.* 1. *consult.* 16. *n.* 14. & *consult.* 99. *n.* 10. Petr. Barb. *d. l.* 1. *p.* 1. *n.* 79. *ff. Sol. matr.* & Mol. *à disp.* 149. *§. de Iure Lusitaniæ.* Primò, quia eadem est ratio in cõtractibus aliàs inualidis, atque in ijs, qui aliàs sunt validi. Secundò, quia lex ista loquitur generaliter & indistinctè, & potissimùm debet intelligi de contractibus inualidis & infirmis, in quibus desideratur juramentum vt firmentur. Tertiò denique, quia pro hac parte stat praxis hujus Regni, vt Valasc. & Mol. *loc. citat.* fatetur etiam Cald. Per. *infra citan.* Vnde testatur Molina, quod quando interponendũ est juramentũ contractui, aut renuntiationis quæ absq; juramento est de jure nulla, petitur priùs facultas à Rege: est autem praxis optima legum interpres.

215 Nihilominus tamen non procedere d. legem in contractibus, & renũtiationibus sine ope juramenti inualidis, aut infirmis, tenent in specie Cald. Pereira *in l.*

si curatorem, verb. Minoribus, num. 4. & Rebel. 2. *p. de Obligat. just. q.* 9. *initio* & in simili loquendo de lege Castellæ, prout habetur in antiquis Ordinationibus ejus Regni, *lib.* 3. *tit.* 1. *lib.* 6. vbi sub ijsdem terminis, & pœnis interpositio juramenti in contractibus prohibetur: tenent eandem sententiam Didacus Perez *in Commentario illius legis*, Couar. *Relect. in d. cap. Quanuis pactum, p.* 1. §. 3. *num.* 8. Didacus Segura *in l.* 1. §. *Si vir vxori, num.* 138. *ff. de Acquir. possess.* Anton. Gom. *tom.* 2. *Variar. cap.* 14. *numer.* 21 Azeued. *in l.* 11. *num.* 17. & *l.* 12. *num.* 1. *tit.* 1. *lib.* 4. *nouæ recopil.* & alij quos referunt. Quin etiam ipsi reges Catholici *in d. l.* 12. nouæ recopil. prędictam l. antiquam declarantes, dicunt, non esse mentis suę prohibere interponi juramentum in contractibus, qui eo indigent vt sint validi. Cujus declarationis eam rationem reddit Azeuedo ibi, quia alioqui lex illa esset contra immunitatem Ecclesiasticam. Quo fundamento alij etiam nituntur ad hanc sententiam tuendam. Et probatur, tum quia nisi hujusmodi leges cum dicta limitatione intelligerentur, directè tenderent ad abrogandam dispositionem juris Canonici *in d. cap. Quanuis pactum, de Pactis, in* 6. & similibus, vbi pacta aliàs irrita omnino seruari jubentur, si in eis interponatur juramentum: tum etiam quia in hujusmodi contractibus non præsumitur interponi juramentum in fraudem jurisdictionis regiæ, seu causâ declinandi fori sęcularis, sed tantùm causâ efficiendi contractum firmum. Vnde si nihilominus lex Ciuilis tale juramentum prohiberet, non tam ordinaretur ad tuendam authoritatem, & jurisdictionem regiam, quàm ad minuendam & fraudandam Ecclesiasticam; quod est iniquum, & contra Ecclesiæ libertatem.

Ex quibus hæc secunda sententia mihi etiam magis placet. Nec obstant fundamenta in contrarium adducta. Ad primum enim patet responsio ex dictis: est enim longè diuersa ratio in contractibus, qui juramento indigent vt sint firmi; cùm in eis cesset præsumptio, quòd juramentum interponatur ad fraudandam jurisdictionem regiam, ipsumque jus Canonicum illos tueatur, vt dictum est; non verò alios, qui juramento non indigent. Ad secundum respondetur, quanuis vna lex loquatur generaliter, & indistinctè, limitationem & distinctionem admittere, si lex alia, vel cogens ratio id postulet, & hoc euenire in præsẽti, vt ex dictis cõstat. Ad tertium dicendum, fortè non aliam esse praxim, quàm quòd peti soleat facultas à Rege, antequam juramentum interponatur in contractibus, qui eo indigent vt sint firmi; ex quo non colligitur, eam facultatem esse necessariam, nisi tantùm ad maiorem securitatem, & vitandas lites, ob varietatem opinionum; & certè mihi de alia praxi non constat.

Iuxta hanc sententiam, & si valde con- 217
sultum sit, ob dictam securitatem, peti licentiam à Rege antequam juramentũ in d. renuntiatione, seu pacto de non succedendo interponatur, tamen absque tali licentia dictum juramentum sufficiet, vt illud pactum reddatur firmum, & testamentum impugnari non possit ob prætéritionem, vel exhæredationem ejus, qui pactus est. Nota verò, quòd etiam standō in prima sententia d. lex regia, & similes, non habent locum, quando pacisscentes sunt clerici, vel aliàs exempti à jurisdictione laica; quia leges Ciuiles pœnales, quales illæ sunt, nullo modo ligant clericos, aliasue personas priuilegio fori gaudentes, vt est notissimum; ac præterea quia leges Ciuiles etiam merè dispositiuæ non obligant Ecclesiasticos, nisi quatenus canonizatæ, seu approbatæ ab Ecclesia: dictæ autem leges non possunt censeri canonizatæ, cùm ipsum jus Canonicum expressè permittat, confirmari cõtractus per juramentum, idque in maiorem authoritatem ipsius Ecclesiæ cedat, vt ex dictis constat. Quare si is, qui de non succedendo pactus est, fuerit Clericus, vel persona Ecclesiastica, in nulla sententia per prædictas leges prohibetur illud juramentum interponere. Notat etiam Reb. *d. p.* 2. *de Obligat. just. lib.* 16.

216

q.

q. 2. num. 2. irritationem contractus jurati, quam d. lex regia inducit, intelligendam esse post judicis sententiam; antea enim promissis standum esse, sub reatu perjurij. Enimvero lex pœnalis, qualis illa est, ante sententiam non obligat, vt omnes fatentur.

218 Tertia conclusio: si dictus consensus præstetur à filio post confectum testamẽtum, opinionibus est locus: Anton. Gom. *d. cap. 11. num. 32.* quem sequi videtur Sanch. *lib 6. de Matrimon. disp. 4. num. 19. post med.* sentit, illum consensum esse nullum, atque adeo insufficientem, si juramento non confirmetur, vt testamentum absque institutione talis filij valeat. Mouetur per text. *in d. l. Si quando, §. Illud, Cod. de Inoffic. testam.* quatenus habet, quòd si filius recepta parte suæ legitimæ fecit pactum cum patre de non impugnando ejus testamento, tale pactũ non valet. Accedit, quòd non interueniente juramento omne pactum de non succedendo est nullum, *l. Qui superstitis, ff. de Acquir. hæred. l. Pactum, Cod. de Collat. l. Pactum quod dotali, Cod. de Pactis:* in illo autem consensu contineri videtur hujusmodi pactum.

219 At longè veriùs videtur, talem consensum esse validum, & sufficere vt testamẽtum vires acquirat, & validum reddatur jure Prætorio, vt *§. præced. num.* 185. cum Trentacinquio dixi, & probaui ex ratione text. *in l. Filio præterito, ff. de Injust. rupto.* Pro qua sententia non obscurè etiam stat Iul. Clar. *§. Testamentum, q. 43. vers. Secundus casus,* vbi per *d. l. Filio præterito,* simpliciter & absolutè docet consensum præstitum post conditum testamentum ad prædictum effectum validandi testamentum sufficere. Neque obstat text. in contrarium adductus ex *d. l. Si quando, §. Illud;* nam vt bene ibi declarat Glos. Ordinaria in expositione casus, loquitur de pacto inito ante confectum testamentum. Ad id verò quod additur de interuentu pacti de non succedendo; negandum est interuenire ibi necessario illud pactum: nam si filius sciens se præteritum vel exhæredatum, sponte sua testamentum approbet, volens seruari patris voluntatem, siue ob reuerentiam ipsius patris, siue in gratiam hæredis scripti, ne hæreditate priuetur, vel aliâ simili de causa, nullum omnino ibi interuenit pactum; cùm nihil cum ipso patre agat, & perinde se in hoc habeat, acsi pater jam esset mortuus. Quo casu nihil profecto impedit, quominus consensus ille valeat, & testamentum de jure Prætorio conualescat, sicut conualescit, quando filius post mortem patris consentit, *d. l. Filio præterito, ff. de Injusto rupto.* Credo autem quod in hoc casu opus erit, vt filius in d. consensu perseueret, donec post mortem patris hæreditas scripto hæredi deferatur; nam cùm nullum interuenerit pactum de non succedendo, quo se alicui obligaret, vt supponimus, integrum ei erit consensum reuocare, quandiu res est integra, & jus hæredi scripto quæsitum non fuerit: consensu autem validè reuocato perinde reddetur testamentum nullum, acsi filius ei nunquam consensisset.

Addo tamen, quòd licèt cum d. consensu filij post testamentum præstito concurrat simul consensus patris, quo acceptet obsequium filij testamentum approbantis, verius videtur, id non obstare quominus ille consensus filij valeat, & testamentum ratione illius conualescat, ac reddatur firmum; sicut quando filius in ipso actu testandi suæ præteritioni consentit, prout *supra, num.* 208 *&* 210. dictum est. Quia in hoc etiam casu non agit filius de non succedendo; non enim renũtiat hæreditati sibi post mortem patris deferendæ, sed tantùm remittit injuriam sibi per præteritionem, vel exhęredationem illatam, quæ nondum sublata erat, & sic solùm renuntiat juri, quod de præsenti habebat, vt pater à tali injuria desisteret, & se institueret: consensus autem, quo filius renuntiat tali juri de præsenti non est prohibitus, sufficitque vt testamentum valeat, licèt in consequentiam illius veniat priuatio hęreditatis: quæ est ratio ob quam supra diximus, consensum præstitum in ipso actu testandi esse validum, licèt simul cum eo concurrat con- 220

sensus patris.

221 Addo præterea, quòd si filius suæ præteritioni, vel exhæredationi consentiat, paciscendo, non cum ipso testatore, sed cum alio tertio, cujus interest, eum non succedere, vt cum propriis fratribus, quibus illo à successione excluso maior hæreditas, vel portio ex bonis patris obueniret, tale pactũ indistinctè valet, siue consensus sit præstitus ante testamentum, siue post, siue in ipso actu testandi, neque adhibitum fuerit juramentum; dummodo tamen illud pactum fiat consentiente ipso testatore, & in tali consensu vsque ad mortem perseuerante. Sic Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 32. *vers. 2. præterquam*, per text. capitalem *in l. fin Cod de Pact.* idem, licèt non tam distinctè, docent cum alijs Roderic. Suar. *in l Quoniam in prioribus, limit.* 5. *ad leg. Regni num.* 3. Couar. *in cap. Quanuis pactum*, 3 *p. initio, num.* 8. *vers. Quartus casus*, Molin. Iurista *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 3. *numer.* 2. dicens ita tenere omnes, Gutter. *in d. cap. Quanuis pactum, initio, num.* 5. & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dubio* 34. *numer.* 57.

222 Non declarant autem citati DD. an ratione hujus pacti (quod appellari solet de succedendo, eoquod versetur circa hæreditatem, quæ deferetur ijs, cum quibus celebratur) legitimum ac firmum euadat testamentum paternum absque institutione filij, qui sic paternæ hæreditati, vel institutioni renuntiauit. At credo ita esse affirmandum, ex illa generali regula, & ratione, quam *supra, num.* 207. tradidimus, quod scilicet filius, qui validè, & efficaciter renuntiauit hæreditati, vel institutioni sibi debitæ, censetur extraneus, cùm perinde, ac si esset extraneus, jure succedendi careat: ergo quemadmodum non oportet instituere extraneos, vt testamentum sit legitimum, ac firmum, sic etiam vt patris testamentum teneat, necessarium non est instituere in eo filium, qui prædicto modo renuntiauit, cùm ea renuntiatio fuerit valida, & efficax, etiam absque juramento, vt dictum est. Et verò, quod is, qui validè renuntiauit hæreditati paternæ, censeatur extraneus, ad hoc vt in testamento paterno præteriri possit, notant loquendo de renuntiatione facta per pactum de non succedendo, (quale est quod celebratur cum eo, de cujus successione agitur) Barthol. *in l.* 1. §. *Qui habebat*; *num.* 6. *ff. de Bonor. poßeß. contr. tabul.* Cuman. *in l. Si filius, qui in potestate, num.* 18. & ibi Jas. *num.* 10. *ff. de Liber. & posthum.* Paul. de Castr. *in l. Qui superstitis, numer.* 4. *ff. de Acquir hæred* & cum multis alijs Cancer. *p.* 3. *Variar. resolut. cap.* 15. *num.* 6. dicens, id esse extra omnem aleam: patet autem eandem esse rationem, quando renuntiatio facta est per pactum de succedendo, vt in casu prædicto.

Interest verò inter vtramque renuntiationem; nam quando est facta per pactũ de non succedendo, si nihilominus pater instituat filium, qui renuntiauit, cessat effectus talis renuntiationis, vt scilicet jam filius non sit priuatus jure successionis, sed illud recuperet, & obtineat jus Suitatis, & transmissionis, quæ per illam renũtiationem amiserat, prout hæc omnia rectè docet Anton. Gom. *in l.* 29. *Tauri, numer.* 18. quem sequitur Cancer. *d. cap.* 15. *num.* 7. & cum multis alijs latè hanc rem declarans Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 34. *num.* 47. *& seqq.* Quando autem renuntiatio est facta per pactum de succedendo, non tollitur ejus effectus per institutionem renuntiantis, si modo ejus pater, seu ille de cujus successione agitur perseueret in consensu, quo illud pactum approbauit. Et ratio discriminis est; quia per pactum de non succedendo, solùm obligatur renuntians ipsi testatori, de cujus hæreditate tractatur; ei enim tantummodo spondet, quod non petet ejus hæreditatem, nec impugnabit testamentũ, eoquod in eo sit præteritus, vel exhæredatus; & ideo potest ipse testator talem obligationem remittere: remittit autem instituendo hæredem ipsum renuntiantem, & ita omnis effectus illius pacti cessat. At verò per pactum de succedendo obligatur renuntians alteri tertio, quanuis 223

uis de consensu testatoris, seu ejus de cujus hæreditate tractatur, obligatio autem alteri facta non remittitur, nec remitti potest à testatore; ac proinde licèt is renuntiationem instituat, non tollitur jus, & effectus illius pacti, si ipse testator non reuocet consensum, quo illud approbauit: si autem illum reuocet, vt potest dum viuit, tunc omnino dictum pactum corruit, vt constat per *d. l. fin. Cod. de Pactis*, & docent omnes; sæpe tamen is consensus non est necessarius, vt ejusmodi pactum, alijque contractus circa hæreditatem hominis viuentis valeant, & videre est apud Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 2. & in Opusc. lib. 4 cap. 1. dub. 34. num. 63. & seqq.*

114 Notandum hìc etiam est, quòd in nullo euentu consensus filij præteriti erit sufficiens, & efficax, vt sit validum testamentum patris, nisi pater filium scienter præterijsset; nam si eum prætereat ignorando se filium habere, testamentum non valet ex defectu voluntatis, quæ per illum filij consensum non suppletur, prout latiùs cum Baldo, & alijs tradidimus, & declarauimus, *§. præced. num. 186.* vbi in vno tantùm casu id limitauimus.

115 Notandum pręterea, quæ hactenus dicta sunt circa consensum filij renuntiantis juri successionis, vel institutionis sibi debitæ, non solùm habere locum in consensu præstito à filio respectu patris, vel matris, & aliorum ascendentium, à quibus in suis testamentis instituì deberet; sed etiam in consensu, & pacto, quo parentes, & alij ascendentes similiter renuntiauerint successioni liberorum; quia jus, quod liberi habent, vt à parentibus, vel alijs ascendentibus instituantur, & quod ècontra ipsi ascendentes habent, vt instituantur à liberis, à pari procedit in vtrisque: ergo etiam à pari debent procedere in vtrisque pacta, & renuntiationes, quibus tali institutioni, ac sibi debitæ successioni renuntiauerint; vt scilicet, quemadmodum pactum, & consensus, quo filius consentit se præteriri, vel exhæredari à patre, vel matre, non valet, si sit præstitus absque juramento ante confectum testamentum, secus autem si præstetur in in ipso actu testandi; vel etiam postea, juxta doctrinam supra traditam, ita pariter se res habeat in consensu quo parentes, & alij ascendentes consenserint, se præteriri, vel exhæredari à descendentibus testandi facultatem habentibus. Sic tenent Anton. Gom. plures referens *in l. 22. Tauri, num. 3.* Tello *in l. 6. Tauri, numer. 64.* Molin. Iurista *lib. 2. de Primog. cap. 3. num. 48.* & Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 34. num. 56. & lib. 6. de Matrimon. disp. 4. num. 19.* vbi alios refert. Idem tenet Glos. *in d. l. Pactum, quod dotali, Cod. de Collat. & d. l. Pactum, Cod. de Pact.* & vtrobique omnes, teste Molin. *loco citat.*

Quanuis autem hæc sit communis sen- 226
tentia, tamen in contrarium stat Bald. *in l. Quanuis, q. vltim. Cod. de Fideicommiss.* dicens, quòd licèt pactum filiorum de non succedendo ascendentibus non valet, absque juramento, attamen simile pactum, quo ascendentes renuntiauerint successioni descendentium: est validum, licèt non sit juratum: idemque vt probabile admittit, Glos. *in l. 1. verb. Repelletur, ff. Si à parente quis manumiss. sit, & in l. Si quando, §. Illud, verb. Pragrauari, Cod. de Inoffic. testam.* ea ratione, quòd non adeò strictè hæreditas filij debetur patri, sicut patris filio. Fauet Guttier. *3. Practic q. 75 num. 6.* tenens valere absque juramento licentiam, quam pater, vel mater filio dederit ad testandum liberè, licèt juramento non accedente, reuocabilis sit: nec omnino hanc opinionem improbat Sanch. *d. disp. 4. num. 19.* Nam solùm dicit oppositum esse verius, ac mihi etiam satis probabilis videtur, per *d. l. 1. §. Si parens, ff. Si à parente quis manumiss. sit*, vbi apertè admittitur pactum de non succedendo, quo pater accepta justa æstimatione legitimæ sibi debitæ pactus est cum filio emancipato, quòd se præterito ab ipso filio, ejus testamentum non impugnabit: nihilominus tamen à prædicta communi sententia, neque in consulendo, neque in judicando recedendum est: & ad text. *in d. §. Si parens*, dicendum

dum cum Glos. ibi *in d. verb. Repelletur*, illum textum procedere juxta antiquum jus, ex quo sicut olim pater succedebat filio emancipato ex pacto, quo eum certo quodam modo emancipabat; ita etiam ex pacto ab ejus successione repellebatur: hodie autem, cùm jam ex pacto succedere non permittatur, §. *fin. Inst. de Legit. agnat. succeſſ.* pacto etiam repelli non posse.

227 Ex his colliges, si pater, vel mater plures filios habens voluerit, vt aliquis eorum, qui testandi habuerit facultatem, disponat liberè de omnibus suis bonis in præjudicium aliorum filiorum, ita vt nihil ex ejus bonis post illius mortem obueniat ipsi parenti, quod inter alios filios diuidere teneatur, seu in quo eis portio legitima debeatur, rectè ac tuta conscientia id efficere posse, dando licentiam illi filio, vt liberè disponat de suis bonis, etiam de legitima, quæ ipsi parenti debetur. Valebit enim ea licentia, dummodo (si ex interuallo ante testamentum filij concedatur) juramentum parentis interueniat, se tali licentiæ non cõtrauenturũ, vt in specie tradit relatis alijs Sanch *loco proximè citat. & lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 34. num. 14.* constatque satis ex supra traditis. Quod autem id rectè fieri possit, non obstante præjudicio aliorum filiorũ, probant Guttier. *de Pactis, initio, à numer. 19. & lib. 3. Practicar q. 75. per tot.* Ceruantes *in l. 6. Tauri, à num. 74.* & alij, quos refert & sequitur Sanch. *locis proximè citat.* eo potissimùm fundamento, quòd parens repudiando eo modo hæreditatem filij, nihil alienat, sed tantùm non acquirit; nam debitum legitimæ, qua se priuat, non est verum ac proprium debitum, dum viuit is, cui succedendum est, sed improprium, vt idem Sanch. probat *lib. 4. de Matrim. disp. 25. num. 1.* Parentes autem rectè possunt præjudicare filijs in acquirendis, vt omnes fatentur: non enim tenentur acquirere quæcumq; possunt, vt eis plus relinquant, vt est manifestum: ergo per se, ac regulariter loquendo, rectè possunt parentes dictam licentiam filio concedere, eoque modo, alijs filijs præjudicare. Unde filius, qui eam licentiam liberè nactus fuerit, poterit de omnibus suis bonis disponere, & ex illis instituere maioratum cum grauaminibus, & conditionibus, quas voluerit, & vocare ad illum ipsos parentes, vel extraneos, atque etiam relinquere illa ipsis parentibus, faciendo illis potestatem, vt de illis liberè disponant inter liberos, vel extraneos. Sic Molina *lib. 2. de Primog. cap. 3. num. 49.* Ceuantes *lib. 6. Tauri, num. 68.* Guttier. & alij, quos citat, & sequitur Sanch. *lib. 6. de Matrim. disp. 4. num. 19. & lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 34. num. 14.*

228 Alio etiam modo licitè, ac legitimè, juxta supradicta, fieri potest, vt parens priuetur successione illius filij, cum d. præjudicio aliorum filiorum, & omnia bona talis filij obueniant immediatè alicui tertio, quem pater, & ipse filius voluerint. Hic modus est, si ille filius, qui facultatem habet testandi, instituat ordinario modo parentem in legitima ei debita, & in reliquis bonis illum tertium: tunc verò parens de consensu ipsius filij paciscatur cum illo tertio de non succedendo in hæreditate sibi à filio relicta, dicendo se renuntiare suæ legitimæ, & nolle succedere tali filio, vt integra hæreditas obueniat ipsi tertio, partim scilicet ex ejus institutione, & partim ex jure accrescendi: ex tali enim pacto manet parens priuatus jure succedendi ex testamento in legitima sibi relicta: quia hujusmodi pactum, licèt quoad formam sit de non succedendo, re ipsa tamen, & quoad effectum est de succedendo, vt bene post alios aduertit & declarat Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 2. num. 7.* pactum autem de succedendo celebratum cum consensu ejus de cujus successione agitur est validum, & legitimum etiam si non sit juratum, vt *supra, num. 222.* dictum est; nec ejus obligatio tollitur, aut impeditur per institutionem ejus, qui successioni renuntiauit, vt etiam constat ex supradictis, *num. 224.* Ergo hoc etiam modo legitimè proceditur: nec obstat aliorum filiorum præjudicium; quia in hoc etiam casu nihil parens

à se

à se alienat, sed tantùm non acquirit, vt ex proximè dictis pro præcedenti casu constat.

229 Omninò tamen cauere debet talis parens, ne paciscatur cum illo tertio per donationem, ideſt, donando illi ex consensu filij hæreditatem, seu legitimam, quam sperat: nam hujusmodi donatio inuoluit, ac præsupponit tacitam additionem, & acquisitionem hæreditatis, vt optimè aduertit Sanch. *lib. 4. de Matrimon disp. 4. num. 17.* Nemo enim potest donare, nisi quod jam aliquo modo habet. Unde si parens talem donationem faciat, verè à se alienat hæreditatem; quod cum præjudicio aliorum filiorum efficere non potest, non enim possunt parentes in acquisitis præjudicare filijs, alienando res per viam donationis, vt est notissimum. Quapropter, vt illud pactum per viam donationis factum non sit irritum, quando de consensu filij factum est, debet parens ad vitandum præjudicium aliorum filiorum, computare talem donationem in suam tertiam, seu partem, de qua potest liberè disponere, & si fortè donatio fuerit tanta, vt illam excedat, poterunt alij filij eam reuocare quoad excessum, seu quatenus sibi est inofficiosa, ex communi regula donationum excessiuarum, quibus legitima filijs debita minuitur. Et idem dicendum, si pactum fiat per cessionem hæreditatis, ideſt, si parens paciscatur, dicendo se illi tertio cedere hæreditatem, seu legitimam, in qua à filio est institutus. Nam talis cessio est re ipsa vera donatio, & alienatio, supponens tacitam acquisitionem, & additionem hæreditatis cessæ, vt latè probat, ac declarat Sanch. *lib. 4. de Matrim. disp. 4. num. 17.*

230 Illud denique in præsenti non omittendum, quando quis non renuntiat simpliciter successioni, & hereditati sibi debitæ, sed tantùm consentit se præteriri, vel exhæredari renuntiando successioni ex testamento, vt in casu de quo hic agimus, talem renuntiationem non trahi ad successionem ab intestato, vt bene ex Barthol. *in consil. 90. quod incipit, Dilecto Domino, num. 5.* notat Cancerius, *p. 3. Variar. resol. cap. 15. num. 236.* quia renuntiatio est stricti juris, & sic vltra causam, & casum expressum non extendenda, vt idem Cancerius cum multis alijs tradit *d. cap. 15. num. 242.* Plura circa materiam renuntiationis, qua successioni renuntiatur, tradunt DD. quæ hujus loci non sunt, & ideo illa omittimus.

231 Quartus casus principalis, in quo pater non tenetur filium instituere, nec ei quidquam relinquere in testamento, est, quando filius datus est in adoptionem auo materno, vel alteri ascendenti, in cujus potestate pater non sit. Nam tunc respectu patris omne jus debitæ successionis amittit, tam ex testamento, quàm ab intestato, perinde acsi filius ejus non esset, *l. pen. in princip. Cod. de Adopt. §. Sed hodie Inst. eod. tit.* Vnde si talis adoptio ante mortem patris dissoluta non sit, nullo modo potest impugnare ejus testamentum licèt in eo sit præteritus, nec aliquid ei relictũ sit, vt bene Molina, *tom. 1. de Iust. disp. 127. vers. Quando autem is.* Et idem est quando filius à patre emancipatus se alteri in arrogationem dedit. Nam tunc etiam à successione patris remouetur, si arrogatio ante patris mortem dissoluta non est *§. At ij, Inst. de Hæredit. quæ ab intestat. def.* & notat idem Molina *vers. Quando arrogatur, longè post med.* secùs dicendum, quando filius datus esset in adoptionem alicui extraneo, ideſt, qui ejus ascendens non sit: tunc enim nihil perdit respectu patris, *d. l. pen. & d. §. Sed hodie.* secùs etiam est respectu matris: nam perinde quoad illam omne jus retinet post quamlibet adoptionem, vel arrogationem, acsi adoptatus, vel arrogatus non esset, *d. l. pen. §. Neque enim,* Molin. *vers. Quando arrogatur.* Patri etiam ab intestato decedenti, succedere potest, vt cognatus proximior, agnatis deficientibus, *§. Admonendi, Inst. de Hæred. quæ ab intest. defer.* Molin. *vbi sup.*

Quintus casus est, quando testator hæredem instituerit causam piam; nam tunc, quanuis liberos prætereat, testamẽtum quoad talem institutionem valebit, saluâ tamen semper eorum legitimâ. Sic

Tira-

Tiraquel. *de Causa pia, privilegio* 14. Iul. Clar. §. *Testamentum, q.* 6. *vers. Sextò infertur*, vbi hanc sententiam dicit communem, Barthol. Fulgos. & alij quos citat & sequitur Diana *tom.* 7. *tract.* 6. *resolut.* 22. *vers. Sin verò*, vbi nonnullos etiam dissentientes refert. Fundamentum est, quia licèt parentes nequeant priuare liberos legitimâ eis debitâ, attamen quod teneantur eam relinquere titulo institutionis, & sic quod non possint in suis testamentis illos præterire, est quædam solemnitas, & obseruatio jure Ciuili introducta, quæ in testamentis ad pias causas necessaria non est, vt omnes fatentur, & *sup.* suo loco ostensum est.

232 Sextus casus est, quando liberi sunt indigni qui ad parentum hæreditatem admittantur ob aliquam causam jure approbatam. Hic casus est indubitabilis, cùm in eo legitimè possit exhæredari filius, & sic non institui in testamento ascendentis, qui legitimam causam aduersus eum habuerit, vt est notissimum. Qua verò ratione talis exhæredatio fieri debeat, & quæ sint legitimæ illius causæ, longam exigit explicationem *duobus sequentibus* §§. tradendam.

§. 6. *Qua ratione fieri debeat liberorum exhæredatio, vt sit valida.*

SUMMARIUM.

EXhæredatio quid sit? & quis propriè exhæredari possit? num. 233.

Exhæredatio altera est propria, quæ dicitur fieri mala mente; altera impropria, quæ fit bona mente. Et quæ vtriusque sit ratio? num. 234.

Ad exhæredationem, bona mente, non requiruntur causæ respicientes odium, sed potius fauorabiles; ibid.

Etiam impuberes doli incapaces, imò & posthumi, bona mente exhæredari possunt; num. 235.

Hæres grauatus restituere exhæredato bona mente, non solùm tenetur illi restituere hæreditatem sua tempore, absque detractione Trebellianica, sed etiam omnes fructus interim præceptos; ibid.

Exhæredatio potest accipi latissimè, late, & strictè. Et quæ sit harum acceptionum differentia? num. 336. *& seqq.*

Exhæredatio propriè ac strictè accepta, quinque requirit conditiones, vt sit valida & sufficiens, vt possit valere testamentum, in quo filius exhæredatur. Et quæ sint istæ conditiones? numer. 239. *& seqq.*

Prima conditio est, vt fiat nominatim, id est, nominando personam, quæ exhæredatur; & quomodo id sit intelligendum? num. 239. *& seq. Hæc conditio non erat olim necessaria in exhæredatione quorumcumque liberorum, hodie tamen, tam in exhæredatione liberorũ, quàm etiam parentum necessaria est, num.* 241.

Secunda conditio est, vt fiat purè, & requiritur hodie tam in exhæredatione filij in potestate, quàm aliorum liberorum, etiam respectu matris; num. 242.

Excluditur quædam obiectio in contrarium; num. 243.

Conditiones impossibiles, & turpes, quæ in institutione, & legatis habentur pro non adjectis, exhæredationem vitiant, & nullam reddunt, si ei adjiciantur; num. 244.

Quando filius esset institutus sub aliqua conditione casuali, vel mixta, bene tunc poterit exhæredari sub conditione contraria; num. 245.

Tertia conditio est, vt exhæredatio fiat à toto gradu, siue institutorum, siue substitutorum, non autem à persona certa; & quomodo id intelligatur? num. 246. *& seqq.*

Quarta conditio est, vt exhæredatio fiat ab hæreditate, seu jure vniuersali, non à re certa; potest autem fieri à parte hæreditatis, quanuis Molina contradicat; num. 249. *& seq.*

Quinta conditio est, vt fiat, assignatâ nominatim in ipso testamento causâ legit-

gitima, ob quam testator filium exhæredat; & quomodo id intelligendum sit? num. 251.

Exhæredatio solùm potest fieri in testamento; opusque est vt tale testamentũ sit à principio validum, nec postea infirmetur, alioqui illa etiam corruit; numer. 252.

Si testamentum vitietur ex causa præteritionis, vel exhæredationis injustæ vnius filij, an tũc corruat exhæredatio alterius filij, non obstante dispositione Authenticæ Ex causa, Cod. de Liber. præt. *vbi habetur, quod ex causa exhæredationis, vel præteritionis testamentum est irritum quoad institutiones, cætera verò firma manent? numer.* 253.

Non valet exhæredatio ejus, qui in eodem testamento institutus est; numer. 254.

NOn est animus omnia, quæ ad legitimam exhæredationem, ejusq; effectum pertinent, in præsenti tractare, sed ea tantùm quæ ad præsens institutum inseruiunt, quanuis & alia multa, quæ sponte se offerent, minimè omittenda censeamus.

233 In primis ergo sciendum, exhæredationem nihil aliud esse, quam exclusionem ab hæreditate, vt notat Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 4. *tit.* 13. *num.* 1. nam exhæredare, est priuare hæreditate: Barthol. *in l.* 3. *§. Filius, ff. de Liber. & posthum.* Iaf. *in l.* 1. *num.* 1. *ff. eod.* Vnde is, cui nullo titulo hęreditas debetur, non potest propriè exhæredari: esset enim inepta talis exhæredatio, vt quando exhæredaretur extraneus, *l. Quidam, cum filium,* & ibi Barthol. *num.* 6. *ff. de Verb. obligat.* vbi enim habitus non est, priuatio esse non potest, vt apud philosophos est tritum. Quare neque etiam in collaterales propria cadit exhæredatio; cùm nemo cogatur eos instituere. Quod tamen limita in fratribus quando persona turpis fuerit instituta; quia in eo casu fratri debetur legitima, *§.* 1. *Authent. de Hæred. & Falcid. §. Ingratitudinem, Authent. de Nuptijs.* Qua de re latiùs infra *§.* 16. *à num.* 97.

Sciendum præterea, duplicem esse exhæredationem: alteram propriam, quæ dicitur fieri mala mente, alteram impropriam, quæ bona mente fit. Exhæredatio mala mente est, cùm quis simpliciter excluditur ab hæreditate sibi debita: quòd cùm nullum fauoris colorem præ se ferat, sed tantùm odij, & auersionis, ideo mala mente fieri dicitur, etiam quando justè, ac legitimè fit. Exhæredatio bona mente est, cùm quis solùm quoad formam, seu figuram verborum ab hæreditate excluditur, non autem simpliciter, neque ex mẽte testatoris, vt priuatus remaneat, sed vt ei consulatur, vt bene declarat Paulus Leonius *in tract. de Substitut. tit. de Pupillari, num.* 187. & cum alijs Mant. *d. tit.* 13. *n.* 13. juxta text. *in l. Multi non notæ causa, ff. de Liber. & posth.* vnde ad hujusmodi exhęredationem non requiruntur causæ, quæ respiciant odium, sed sufficiunt causæ fauorabiles: Bald. *in Auth. Ex causa, n.* 23. *C. de Liber. præter.* Alex. *in Auth. Licèt, n* 2 *&* 3. *C. eod. tit.* Mantic. *vbi sup. n.* 14. Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, c.* 12. *fine,* neque contra illam admittitur querela, quia licèt habeat formã exhæredationis, non tamen habet effectum, *l. vlt. circa med. ff. de Iure furiosi.* 234

Quo vlteriùs fit, vt hujusmodi exhæredatio, etiam in impuberibus doli incapacibus, imò & in posthumis, locum habere possit; cùm non fiat ad punitionem alicujus criminis, sed ad fauorem ipsius exhæredati; veluti cùm testator meritò timens, ne instituto filio infanti bona ei relicta dissipentur ob malam administrationem ejus, in cujus potestatem, vel tutelam deueniet, illum non institueret, sed institueret alium extraneum, cum onere fideicommissi, vt omnia bona ei restitueret, vbi esset capax ea administrandi, & interim illi daret alimẽta; quod rectè fieri posse, nihil obstante nouo jure Authenticorũ strictè vetante filiorum exhæredationẽ, nisi ex certis causis in ipso testamẽto inferendis, latè probaui *disp. præced. sect.* 235

sect. 3. §. 7. *num.* 578. Atque hæres tali fideicommisso grauatus, cùm sit fiduciarius, non solùm tenetur suo tempore restituere totam hæreditatem fideicommissario absque detractione Trebellianica, sed etiam omnes fructus interim perceptos, quia non facit illos suos; & ipse fideicommissarius, quanuis ante diem decedat, fideicommissum transmittit ad suos hæredes, vt est casus *in l. Secus Saturninus. ff. Ad Trebel. & in l. Fideicommissi §. Cum Polydius, ff. de Vsuris*, constatque satis ex dictis *disput. præcedent. sect.* 8. §. 18. *numer.* 1445. vbi in generali de hærede fiduciario loquimur. De prædicta igitur exhæredatione impropria, seu bona mente facta, in præsenti non agimus; cùm reipsa vera exhæredatio non sit, sed tantùm vmbratilis, vt ex dictis liquet. Vnde etiam nomine exhæredationis simpliciter dictæ ea tantùm intelligitur, quæ sit mala mente, seu qua quis simpliciter ab hæreditate excluditur.

Sciendum tertiò, exhæredationem
236 posse tripliciter accipi; latissimè, latè, & strictè. Primo modo accipitur pro quacumque exclusione ab hæreditate, prout comprehendit etiam præteritionem factam ab ignorante, se filium habere; nam hæc præteritio etiam pro exhæredatione habetur, vt constat *ex l. Si instituta, in fin. cum l. sequent. ff. de Inoffic. testam. & §. vltim. Instit. de Exhæredat. liber.* vbi præteritio liberorum, siue scienter, siue ignoranter facta in testamento matris, vel aui materni pro legitima exhęredatione habetur ad valorem testamenti sufficiente; licèt hodie per jus nouum *in Authent. Vt cum de appellat.* id minimè admittatur, vt cum veriori sententia tradidimus § 1. *hujus sect. numer.* 146. In quam partem stat etiam jus Lusitanum *loc. ibid. cit.*

Secundo modo, nempe latè, acci-
237 pitur, vt comprehendit non solùm exclusionem formalem, & expressam, sed etiam tacitam ex voluntate testatoris; qualis est, quæ continetur in præteritione facta à testatore sciente se habere filium, quem præterijt. Nam eo ipso quod quis in suo testamento non instituit filium, quem se habere non ignorat, planè intelligitur velle eum ab hæreditate excludere, & sic talis præteritio non immerito pro tacita exhæredatione habetur, quæ tacita exhæredatio in testamento militis valet, vt per *l. Si patronus, in princip. ff. de Bonis libert. & l. Paulus, §. vltim. ff. eod. & l. Sicut certi, & l. Si cum vel in vtero, Cod. de Testament. milit.* & diximus *supra, §. præcedent. in princip.* etiam spectato jure nouo Authenticorum, juxta veriorem sententiam, licèt aliud sit in testamento pagani.

Tertiò modo, scilicet strictè, ac- 238
cipitur exhæredatio pro formali, & expressa exclusione, qua testator declarat, se repellere à sua hæreditate filium, vel alium, cui hæreditas alioqui debebatur. Et de exhæredatione in hac stricta significatione nobis in præsenti est sermo: sub qua etiam comprehendimus præteritionem factam à testatore cum expressione causæ, ob quam talem personam non instituit: hanc enim præteritionem pro expressa, & formali exhæredatione habendam esse probauimus *supra, §. 1. numer.* 136. *& sequent.* licèt contraria sententia sit communis, vt *ibidem numer.* 134. multis relatis DD. tradidimus. His positis, & loquendo, vt dixi, de expressa & formali exhæredatione, quæ sola hodie secundùm jus commune admittitur, & est sufficiens vt testamentum valere possit absque institutione filij, seu ejus, cui legitima ex bonis testatoris debetur, dicamus jam, qua ratione fieri debeat, vt sit valida, & prædictum effectum habere possit. Cui quæstioni satisfaciemus, assignando, & explicando conditiones, quæ de jure postulantur, vt præfata exhæredatio validè, ac legitimè fiat.

Dico ergo, quinque requiri conditi- 239
ones in exhæredatione liberorum, quas

assig-

assignat Glos. *in l. 3. §. 1. verb. Ante hæredis institutionem, ff. de Liber. & posthum.* Prima est, vt fiat nominatim, idest, nominando personam, quæ exhæredatur, *§. Sed hæc quidem, Instit. de Exhæredat. liber. l. 1. 2. & 3. ff. de Liber. & posthum.* Non oportet autem exprimi proprium illius nomen, sed satis est, quòd prænomine, seu cognomine officio, vel artificio, aliâue indubitabili nota, demonstretur, vt ex dictis textibus colligitur, & tradunt Donel. *lib. 6. de Iure ciuili, cap. 12.* Molin. *disp. 175. post med. vers. Exhæredatio vt valida;* Pichar. *in §. Nominatim, num. 4. Instit. de Exhæred. liber.* & cæteri omnes expositores, *ibid.* Cum enim nomina significandarum rerum causâ inuenta sint, nihil refert, quo vocabulo, aut quibus verbis testator in exhæredatione vtatur, dummodo exhæredati personam citra vllam ambiguitatem demonstrent.

240 Nec vitiabitur exhæredatio ex eo, quòd pater ignominioso, aut contumelioso signo designet filium, quem exhæredem esse vult, veluti si dicat; *Ille non nominandus*, vel, *non filius meus, ille latro, ille adulterinus*, & similia, vt expressè habetur, *d. l. 3. in princip. ff. de Liber. & posthum.* Quanquam aliud sit in institutione, quę non valebit, si institutus simili conuitio demonstretur, *l. Quoties, 9. §. Siquis nomen, ff. de Hæred. instit.* secus tamen erit, si conuitio proprium, vel appellatiuum instituti nomen adjungatur, vt bene probat Donel. *dict. lib. 6 de Iure Ciuili, cap. 19. per text. in l. His verbis, 48 §. 1. ff. de Hæred. instit.* & satis colligitur *ex dict. l. Quoties, §. Siquis nomen.* Tunc enim non cogitur institutus allegare suam turpitudinem ad probandum se esse institutum; cùm ad hoc sufficiat probare, se filium esse, quin vllo modo objectam turpitudinem agnoscat: quod secùs est, quando ex sola contumelioſa nota demonstratur. Ratio verò diuersa, cur nominatio contumelioſa in exhæredatione admittitur, non ita verò in institutione, multiplex à DD. reddi solet: ea verò communiter recipitur; quòd exhæredatio concernit odium, & auersionem, cui contumelia non incongruit; at verò institutio dicit beneuolentiam, & honorem, quo institutus honorari dicitur: honori autem, & amori nihil magis contrarium, quàm contumelia, & conuitium. Illa etiam est optima ratio, quam attingit Donel. *proximè citat.* quia exhæredatus non cogitur probare turpitudinem, ex qua nominatur, sed potiùs eam confutare, ac repellere, vt exhæredatio illi non noceat: institutus autem ignominioſè designatus turpitudinem propriam allegare, & probare teneretur, vt dictum est.

Olim soli filij masculi, qui in potestate patris essent, nominatim erant exhæredandi ab ipso patre; filiæ autem, & alij vtriusque sexus per virilem sexum descendentes, satis erat, quod exhæredarentur inter cæteros: cujus exhæredationis (teste Theophilo apud Pichar. *in dict. §. Nominatim, numer. 12.*) solemnis forma erat, *Cæteri exhæredes sunto:* quibus verbis non liberi tantùm, sed etiam parentes, consanguinei agnati, cognati, affines, & amici, exhæredari solebant, *l. Lucius, 53. ff. de Hæredib. instit.* Pichard. *vbi supra*, & alij quos refert. Emancipatos verò nec institui, nec exhæredari oportebat, vt patris testamentum valeret; illis tamen prætermitis de jure Prætorio competebat remedium possessionis contra tabulas. Mater etiam si filios præteriret, pro exhæredatis habebantur, valebatque ejus testamentum; dabatur tamen ipsis filijs querela. Et idem erat in auo materno, & alijs ascendentibus ejusdem lineæ, si nepotes, vel alios per sexum fœmineum pręterirent. Quæ omnia constant *ex Instit. de Exhæredat. liber.* & magnâ ex parte in superioribus declarata sunt. At hodie omnis prædicta differentia sublata est, vt constat ex *Authent. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum,* 241

vbi absque vllo discrimine, tam parentibus, quàm alijs ascendentibus præscribitur, ne liberos suos, siue fœminas, siue masculos exhæredes faciant, nisi seruatâ formâ ibidem præscriptâ; in qua dicta nominatio comprehenditur; & si aliter faciant, testamentum sit nullum. Idem quoad liberos tam masculos, quàm fœminas per sexum virilem descendentes, siue Suos siue emancipatos expressiùs habetur *in §. Sed hæc, Instit. de Exhæredat. liber.* ibi; *Simplex, ac simile jus, & in filijs, & in filiabus, & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis non solum jam natis, sed etiam posthumis, introduxit vt omnes, siue Sui, siue emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur; & eundem habeat effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda.* Atque ita per alios etiam textus sentit Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. num. 34. ad fin.* & relatis alijs Pichar. *in §. Emancipatus, num. 10. Instit. de Exhæredat. liber.*

Secunda conditio est, vt dicta
242 exhæredatio fiat purè, id est, sine conditione, vt expressè habetur *in dict. l. 3. in fine, principij, ff. de Liber. & posthum.* Atque ita per hanc legem docent omnes, quos videre potui. Et licèt *dict. l. 3.* solùm loquatur de exhæredatione filij in potestate, qui secundùm jura illorum temporum non aliter à patre exhæredari poterat, nisi nominatim; cùm aliud esset in cæteris liberis, vt supra vidimus; tamen idem hodie esse in alijs liberis, etiam emancipatis, & non tantùm respectu patris, sed etiam matris, & aliorum ascendentium, non videtur dubitandum, cùm omnes quoad modum exhæredationis Suis æquiparentur, omni prorsus differentiâ sublatâ, vt jura, *numer. præced.* allegata persuadent. Et quidem non tantùm filios, sed etiam filias, & nepotes hæredes Suos, non posse validè exhæredari sub conditione, etiam causa legitimâ insertâ, docet post longam hac de re disputationem Emman. à Costa *in §. Et quia si tantùm p. 3. numer. 101.* vbi addit, quòd etiam in casu, quo conditio exhæredationi adjecta viuo testatore deficiat, testamentum erit nullum, vtpote quod ab initio quasi præterito suo hærede non constiterit.

Quod si opponas, propterea de 243
jure antiquo filium in potestate non potuisse exhæredari sub conditione, quia etiam non poterat validè restitui sub conditione, quæ in ejus potestate non esset, *l. Suos quoque, 4. in princip. ff. de Hæreditib. instit. l. vltim. ff. de Condit. instit. & l. Si pater, 4. Cod. de Instit. & substit.* licèt aliud esset in cæteris liberis, etiam Suis hæredibus, vt expressè declaratur, *in d. l. Suus quoque*: at verò hodie jam ipsos etiam filios sub quauis conditione institui posse, sublata dispositione illius juris antiqui, vt constat, *ex l. Quoniam in prioribus, 32. & ex l. Scimus, 36. §. Cum autem, Cod. de Inoffic. testam.* docentque Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. numer. 24. & 29.* Mantic. *de Conjectur. vltim. vol. lib. 11. tit. 18. numer. 14.* & cæteri communiter, proindeque etiam in exhæredatione filij in potestate admitti hodie debere, quòd possit fieri sub conditione. Respondetur in primis non constare, quòd propterea olim non admittebatur exhæredari filium sub conditione, eoquod institui sub conditione non posset: nullibi enim in jure talis ratio redditur. Deinde, quidquid de hoc sit, non valet consequentia: quia quòd institutio etiam sub conditione admittatur, pertinet ad fauorem, & sic dum non apparet textus expressus, quo exhæredatio conditionalis admittatur ex nulla interpretatione, vel apparenti consequentia admittenda est; nam cùm exhæredatio concernat odium, adjuuari non debet interpretatione, sed magis restringi, *l. Cum quidam, ff. de Liber. & posth.* & benigna cēsetur interpretatio, quæ illam excludit, licèt vitiet testamētū, *l. 2.* & ibi Ias. *ad fin.* alijque DD. *ff. eod.* & Mant. *de Cōject. vlt. vol. lib. 4. tit. 13. n. 18.*

244 Vnde vlteriùs notandum, quòd etiam con-

conditiones impossibiles, & turpes, quæ in institutione, & legatis habentur pro non adjectis, exhæredationem vitiant, & nullam reddunt, si ei adjiciantur, vt loquendo de conditione impossibili tradit Socin. sen. *in d. l. 3. §. Pure, num. 3 ff. de Liber. & posth.* quem sequitur Mantica *d. tit. 13. num. 28. in nouissima edit.* ea ratione quòd exhęredatio non debet interpretatione adjuuari, *d. l. 2. & l. Cum quidam, ff. eod.*

245 Cæterùm, quando filius institutus esset sub aliqua conditione casuali, vel mista, bene tunc poterit exhæredari sub conditione contraria, vt sumitur *ex l. Si pater, 4. Cod. de Institutionibus*, & notat Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, cap. 12.* veluti si testator ita dixerit, *Instituo filium meum, si nauis ex India venerit; si autem non venerit, exhæredem facio*: talis enim conditio in exhæredatione admittitur, etiam spectato jure antiquo, secundùm quod institutio filij facta sub conditione casuali, vel mista, erat nulla, vt ex citatis LL. constat. Si quæras, vtrum etiam admittatur exhæredatio facta sub conditione contraria potestatiua, vt cum testator dixisset; *Instituo filium meum, si volet esse hæres; si autem nolit, exhæres esto?* Respondetur, talem exhæredationem censeri ineptam, & ridiculam, atque vt talem rejici, *l. Iam dubitari, 86. ff. de Hæred. institut.* ibi; *Si nolet esse hæres, exhæres esto, quàm sit rediculum nulli non patet.*

246 Tertia conditio est, vt ipsa exhæredatio fiat à toto gradu, siue institutorum, siue substitutorum, non autem à persona certa; vt si instituti sint Seius, & Sępronius, & testator filiũ exhæredet à solo Seio, vel Sempronio, veluti, si dicat; *Exhæredo filium meum respectu Sempronij*: talis exhæredatio est vitiosa, & nulla. Sic habetur *in dict. l. 3. §. 1. ff. de Liber. & posthum.* & tradunt ibi omnes. Intelligitur autem facta esse exhæredatio à toto gradu, non solùm si facta sit ante hæredis institutionem, sed etiam quando esset facta inter ipsas hæredum institutiones, vt etiam *in dict. §.* exprimitur, veluti si instituto Seio, testator simpliciter dicat; se filium exhæredare, & postea Sempronium etiam instituat.

Similiter, quando in testamento fuerint 247
duo, vel plures gradus, idest, vnus institutionis, & alter, vel plures substitutionis; si exhæredatio facta fuerit ante, vel in medio illorum, ab omnibus intelligetur filius exhæredatus, vt in *eod. §.* habetur. Bene autem exhæredari potest ab vno gradu, quin exhæredetur ab alio, *dict. l. 3. §. vlt. ff. de Liber. & posthum.* vt si ita dicatur; *Instituo Seium, & substituo Sempronium, à quo secundo gradu filius meus exhæres esto*: vbi aduerte cum Glos. *in dict. §. vltim. verb. Solo*, si testator ita dixisset; *Substituo Sempronium, à quo filium meum exhæredo*, nullam esse talem exhæredationem, eoquod fiat à persona certa, quod non admittitur. Aduerte præterea, quod quando filius est exhæredatus à secundo gradu, & præteritus à primo, vt in proposito exemplo, nullius momenti erit exhęredatio, nisi filius ipsam præteritionem in sui præjudicium approbet; nolendo dicere testamentum nullum quoad primum gradum; nam si illud dicat nullum ad suum comodum, vt ipse contra tabulas admittatur, eoquod ab illo primo gradu exclusus non sit: nihil refert, quod à secundo gradu sit exhæredatus; cùm jam ob nullitatem in primo gradu locum instituti occupauerit, & ad hæreditatem admissus sit. Si autem præteritionem approbet; tunc quidem, siue id faciat viuente patre, siue post ejus mortem, exhæredatio suum effectum habere poterit. Nam si approbet viuente patre, licèt tunc institutus statim post mortem testatoris jus habeat ad succedendum, & sic possit excludere substitutum, tamen si repudiet, vel ante aditam hæreditatem moriatur, admittetur substitutus, nec filius eum poterit excludere, cùm à gradu substitutionis rite fuerit exhæredatus. Si verò approbet præteritionem post mortem patris, nihil id proderit

institutio, cùm testamentum quoad institutionem reperiatur nullum tempore mortis ipsius patris, & statim, antequam à filio approbaretur, quæsitum fuerit jus substituto, ratione substitutionis; quæ, supposita legitima exhæredatione filij ab eo gradu, valida fuit à principio. Quæ omnia constant ex dictis *disput. præced. sect.* 2. §. 26. satisque per se aperta sunt.

Illud etiam nota, quod licèt exhæredatio posita in principio, vel inter ipsos gradus, ad omnes dicatur referri; id intelligitur, si in omnibus eadem est ratio: secùs autem, si diuersa, vt cum Salic. *in l.* 1. *C. de Liber. præter.* rectè aduertit Angel. de Gambelion. *tract. de Testament. Glos.* 74. *num.* 4. 248 Nota præterea, quòd non solùm, quando exhæredatio est posita in principio, vel in medio gradu, sed etiam quando post omnes posita est, ad omnes referri debet, vt aduertit Glos. *in d. l* 3. *verb. Ante hæredis, ff. de Liber. & posthum.* & habetur *in l.* 1. *Cod. de Liber. præter.*

249 Quarta conditio est, vt exhæredatio fiat ab hæreditate, seu jure vniuersali, non à re certa. Nam licèt institutio ex re certa admittatur, & trahatur ad totum, *l.* 1. §. *Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* Exhæredatio tamen à re certa non admittitur, vt constat *per l. Cum quidam*, 19. *ff. de Liberis, & posthum.* & tenent ibi omnes: credit autem Molin. *disp.* 175. *post med. vers. Exhæredatio vt valida*, postulari *in d. l.* vt exhæredatio fiat in totum, & non à parte hæreditatis: & reuerà ita sonant verba illius legis, prout in omnibus fermè editionibus reperiuntur: ibi; *In tertia parte.* At Glos. ibi, *& in d. l.* 3. *verb. Ante hæredes*, Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 12. & cæteri DD. communiter, solùm de exhæredatione in re certa d. legem intelligunt; nec obstant dicta verba (*in tertia parte*) nam videntur per errorem, vel incuriam librariorum ita fuisse scripta, cùm dicendum esset (*in cætera parte*) vt in Pandectis Florentinis legitur, & notat ibi Accursius *verb. In tertia.* Neque enim cum antecedentibus, & consequentibus talis lectio cohæret; nam casus illius legis est, quòd pater filiam ex asse hæredem scripsit, & filio, quem habebat in potestate, decem legauit, adjiciendo ejus exhæredationem, cui certè non congruebat, quòd diceret, *in tertia parte exhæres sit*; nam cùm filiam ex asse scripsisset hæredem, consequens erat, vt illum à tota hæreditate remoueret, & non à sola tertia parte; & cùm alioqui ipsi filio legasset quandam partem bonorum, congruebat, vt diceret se illum exhæredare à cætera parte, scilicet bonorum. Quæ exhæredatio, cùm sit à re certa, ibidem tanquam nulla rejicitur, quia etiam legitima non esset, si filius fundi exhæres esse juberetur, vt ibidem subditur.

Si ergo filius non à parte bonorum, vel 250 à re aliqua certa exhæredetur, sed ab aliqua parte, seu portione hæreditatis, nihil illi exhæredationi obstabit *d. lex Quidam*, quominus valida, & legitima haberi debeat, præsertim spectato posteriore jure Codicis *in l. Omnimodo*, 30. *Cod. de Inoffic. testam.* vbi si filius sit institutus in aliqua parte hæreditatis minori, quàm legitima ei debita, & rite exhæredatus à reliqua hæreditate, talis exhæredatio admittitur, & filius repellitur à petendo legitimæ supplemento.

Quinta, & vltima conditio est, vt ex- 251 hæredatio fiat assignatâ nominatim in ipso testamento causâ legitimâ, ob quam testator filium exhæredat. Hæc conditio est hodie omnino necessaria ex jure nouo, *in Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, ibi; *Et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Vnde non satis erit hodie dicere, *Exhæredo filium meum, quia mihi fuit ingratus*; sed opus est, vt in specie, ac nominatim exprimatur crimen, quo se ingratum ostendit; & quòd illa ingratitudo sit vna ex causis legitimis, ob quas jus permittit filium exhæredari. Non requiritur autem ad valorem testamenti, quòd talis causa reipsa subsistat: sed si postea ostendatur falsa, vel ab hærede non probetur, etiam si vera fuerit, cassatur ipsa exhæredatio, & effectum non habet; ipsumque testamentum per

que-

querelam rescinditur quoad institutionem hęredis; quoad cætera verò in eo relicta sustinetur, vt habetur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siue igitur omnes.* Aduertit autem Mantica, *lib. 4. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 13. numer. 36.* cum Alex. *in Auth. Ex causa, num. 2. fine, Cod. de Liber. præter.* si testator dolo fuit inductus ad exhæredandum filium, vel nepotem, licèt causa expressa sit, tamen nisi probetur, testamentum reddi nullum ipso iure, nec esse necessariam querelam. Quod mihi etiam probatur; siquidem tunc deficit voluntas testatoris, sine qua non potest valere testamentum. Quod si testator plures causas legitimas assignauit, satis erit probari postea ab hærede scripto vnam ex eis veram esse, vt testamentum maneat firmum, vt etiam *in d. §. Siue igitur*, decernitur.

Omnes prædictæ conditiones postu-
152 lantur in exhæredatione, non solùm ad ejus valorem, sed etiam ad valorem testamenti, vt dictum est. Ut autem ipsa exhæredatio sit valida, & vtilis, plura sunt necessaria; quia in primis opus est, vt fiat in testamento: in codicillis enim fieri non potest, cùm in eis non possit dari, nec adimi hæreditas, *l. 2. §. Hæreditas, l. Diui, 6. in princip. l. Quod per manus*, 10. *ff. de Iure Codicil. §. Codicillis autem, Instit. de Codicil. & alijs juribus.* Opus etiam est, quòd testamentum, in quo illa facta fuerit, sit à principio validum, nec postea aliquâ ex causa infirmetur; si enim fuerit irritum, vel ex postfacto irritetur, aut quia hæres scriptus hæreditatem non adiuit, vel aliâ de causa, ipsa etiam exhæredatio irritatur, & effectum non habet. Ita expressè Angel. de Gambelion. *tract. de Testament. Glos. 74. num. 1.* per text. *in l. Filium*, 20. *§. Sed cum exhæredatio, ff. de Bonor. possess. contr. tab.* vbi habetur, quod exhæredatio, non adita hæreditate ex testamento, nullius est momenti, vt idem, & meliùs probat text. *in l. Si patronus ex testamento*, 12. *§. Ex testamento autem, ff. de Bonis libert.* ibi; *Ex testamento autem, ex quo neque adita est hæreditas, neque petita bonorum possessio, liberis exhæredatio non nocet: absurdum est enim in hoc valere tantùm testamentum, vt exhæredatio vigeat, cùm aliàs non valeat.* Quæ vltima verba continent rationem vniuersalem, pro omni casu quo testamentum fuerit irritum, siue à principio, siue ex postfacto tale redditum fuerit.

Dubitari tamen non immeritò potest, 253
an id procedat etiam in casu, quo testamentum ex causa injustæ prætermissionis, vel alterius exhæredationis non rectè factæ, fuerit irritum, aut irritatum; vt quando testator plures habens filios vnum injustè prætermisit, & alium justè exhæredauit, vel vnum benè, alterum malè exhæredauit; & is qui fuit prætermissus, vel malè exhæredatus, testamentum expugnauit. Ratio dubitandi est, quia *in Auth. Ex causa, Cod de Liber. prætermissis*, expressè habetur, quod ex causa exhæredationis, vel prætermissionis, testamentum est irritū quoad institutiones: cætera verò in eo cōtenta firma manent. Unde consequens est, quod infirmato testamento ex causa prætermissionis, vel exhæredationis vnius filij, firma manet exhæredatio alterius filij rectè exhæredati. Nihilominus tamen dicendum censeo, quòd etiam in hoc casu illa exhæredatio alterius filij corruit. Quia *in Auth. Vt cum de appellat. § Siue igitur*, ex quo dicta *Auth. Ex causa*, desumpta est, solùm habetur, quòd præter hęredis institutionem, omnia alia relicta in tali testamento contenta impleantur, & dentur ijs, quibus relicta sunt, & tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum. Unde cùm per exhæredationem nihil relinquatur, aut dari jubeatur, sed potiùs adimatur, non potest intelligi cōprehensa in ijs, quæ dicuntur manere firma, testamento ex dicta causa euacuato: præsertim cùm exhæredatio sit odiosa, & interpretatione adjuuari non debeat, *l. Cum quidam, ff. de Liber. & posthum.*

Requiritur etiam ad valorem exhære- 254
dationis, vt is, qui exhæredatur non sit in eodem testamento institutus. Nam eo instituto, inutilis intelligitur exhæredatio, & prœualet institutio, vt aduertit

Mantica *lib. 4. de Conjectur. vltim. tit. 13. num. 31. per l. Si certarum, §. Si eodem, ff. de Milit. testam.* vbi Barthol. rationem reddit, quia cùm ex testamento, in quo quis exhæredatur, debeatur hæreditas hæredi scripto, sequeretur debere hæredem à semetipso hæreditatem adimere, quod fieri non potest, *l. Sed & si conditioni, §. vltim. ff. de Hæred. instit.* hoc autem fallit in milite, vt exprimitur *in d. §. Si eodem*: quia in testamentis militum sola eorum voluntas spectatur. Et hæc sufficiant pro ijs, quæ ad exhæredationem liberorum legitimè faciendam requiruntur. Dicamus modò, ex quibus causis ea fieri possit?

§. 7. *Quæ sint legitimæ causæ ex quibus liberi exhæredari possunt?*

SUMMARIUM.

CAusæ, ex quibus liberi possunt exhæredari à parentibus ad certum numerum hodie sunt redactæ, suntque omnino quatuordecim, secundùm jus commune; num. 255.

Prima causa est, si filius parentibus manus suas intulerit. Quæ etiam est de jure Lusitano; & quomodo intellegenda sit? num. 256.

Secunda, si grauem injuriam parentibus ingesserit. Et qui illius sit sensus? num. 257.

Tertia, si parentes criminaliter accusauerit in causis, quæ non fuerint aduersus Principem, seu Rempublicam. Hæc etiam est de jure Lusitano. Et quomodo intelligi debeat? num. 258. & seq.

Quarta, si cum maleficis hominibus, vt maleficus versatur. Et quomodo intelligenda sit? num. 260.

Quinta, si vitæ parentum insidiari tentauit. Et vtrùm excusetur, si ante detectum crimen pœnituerit, saltem de jure Lusitano; num. 262. & seq.

Sexta, si nouercæ suæ, aut concubinæ patris se immiscuerit. Quæ etiã habetur, & ampliatur de jure Lusitano. Et Quomodo intelligenda sit? num. 263.

Septima, si deferendo parentes, grauia dispendia eos fecerit sustinere, & quæ ista sint dispendia? num. 264.

Octaua, si noluit fidejubere pro aliquo ex parentibus à carcere liberando. Et quomodo id intelligatur? num. 265.

Nona, si prohibuerit parentes suos condere testamentum. Quod etiam est de jure Lusitano. Et quomodo id debet intelligi? num. 266.

Decima, si pretio exerceat officium arenariorum, vel mimorum, parentibus inuitis; num. 167.

Postea inuenies aliud summarium.

CUm liberis debeatur hæreditas parentum quoad portionem legitimã à jure præscriptam, non permittunt leges, vt eâ possint priuari à parentibus, nisi ex aliqua, vel aliquibus justis causis per ipsas leges approbatis? Olim tamen non satis de omnibus ejusmodi causis constabat; nam licèt constans semper fuerit, justam causam exhæredandi liberos esse ingratitudinem, seu offensam aliquam grauem, qua parentes læserint; attamen in particulari causæ talis ingratitudinis ad eam pœnam sufficientes, neq; simul omnes, neque satis clarè in antiquis legibus reperiebantur: & aliquæ etiam in ijsdem legibus assignatæ, postea visæ sunt minùs justæ. Igitur, vt omnis tolleretur ambiguitas, & facilè constare posset, quæ causæ essent justæ, ac legitimæ; Iustinianus Imperator in celebri illo Authentico, *Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & tribus seqq.* eas omnes clarè ac distinctè comprehendit, statuendo, vt deinceps nulli liceat ex alia lege (verba sunt illius textus) ingratitudinis causas opponere, nisi quę in illius Constitutionis serie continentur. Has ergo, quæ omnino quatuordecim numerari solent, eodem ordine in præsenti proponemus, & quoad opus fuerit, explicabimus; addendo simul ea, quæ jus Lusitanum circa eandem 255

dem materiam disponit, *lib. 4. Ordinat. tit. 88. per tot.*

256 Prima causa est, si parentibus manus suas intulerit: quod intelligendum est, de violenta injectione manuum, eâque graui, & mortaliter peccaminosâ, vt declarat Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 176. vers. Prima est.* Unde si filius in sui ipsius, vel alterius defensionem justam id fecerit, non poterit ex tali causa exhæredari; vt rectè infert idem Molina, qui etiam bene addit, sub hac causa comprehendi, si parentem ligno, vel lapide, aliâue re injuriosè attigerit; quemadmodum ad incurrendam excommunicationem ob violentam injectionem manuum in clericos, id sufficiens à DD. judicatur. Approbat hanc causam jus Lusit. *d. tit. 88. §. 4.* quod eodem modo circa illam intelligendum est.

257 Secunda est, si grauem, & inhonestam injuriam parentibus ingesserit; idest, si grauem, ac fædam contumeliam in eorũ faciem impegerit. Quod maximè procedit, si id faciat in loco publico, vbi meritò pater, vel mater rubore suffundatur, vt exprimit jus Lusit. hanc causam assignans *eodem tit. 88. §. 5.* Relinquitur autem arbitrio judicis, judicare, an contumelia fuerit grauis, aut leuis, vt idem jus Lusitanum declarat, & tradit Molina *vbi supra, vers. Secunda.*

258 Tertia est, si parentes accusauerit in criminalibus causis, quę non fuerint ob crimen aduersus Principem, seu Rempublicam. Ius Lusitanum hanc ipsam causam assignans *in d. tit. 88. §. 6.* solùm excipit accusationem, quæ sit ob crimen contra statum Regis, idest, ob crimen læsæ majestatis. Et in eodem sensu intelligo accipi *in d. Auth.* crimen aduersus Principem, seu Rempublicam. Vnde si filius patrem accuset de furto, vel alio damno dato in bonis Regis, vel Reipublicæ, vel de detractione, qua Principis mores carpserit, alioue simili facto, ex quo status Principis, vel Reipublicæ non periclitatur, minimè excusabitur, quominus propter talem accusationem à patre exhæredari possit. Addit verò Molina *d. disp. 176. vers. Tertia*, debere etiam intelligi exceptam accusationem de crimine hæresis, vt propter eam non possit exhæredari filius, cùm hoc crimen sit læsæ Majestatis diuinæ, & contra Rempublicam Ecclesiæ. Quod mihi etiam placet.

Vult etiam Couar. *in cap. Raynutius, in princip. num. 11. de Testament.* hanc tertiam causam solùm intelligendam esse de accusatione criminis, quo probato, pater esset dignus pœnâ mortis, exilij, vel infamiæ, aut mutilatione membri, aliâue pœna corporali. Id tamen solùm probat per aliquas leges Castellæ, & non videtur ita dici posse, juxta *d. Auth. Vt cum de appellat.* neque secundùm jus Lusitanum; cùm in his juribus solùm excipiatur accusatio de crimine contra Principem, vel Rempublicam, quæ exceptio firmat regulam, vt scilicet de quocumque alio crimine filius patrem, vel matrem accusauerit, possit ab eis exhæredari; siue pœna corporali, siue sola pecuniaria, probato crimine, multandi essent. Addit præterea Couar. *loc. citat.* cum Barthol. Ripa, & aliquibus Glossis, idem esse, si filius in illis criminibus sponte, & non coactus aduersus patrem dixerit testimonium, vel fuerit Aduocatus: quæ sententia mihi videtur satis probabilis, cũ eadem pene ingratitudo appareat in his, atque in accusatione. 259

Quarta est, si cum maleficis hominibus, vt maleficus versatur. Concordat jus Lusit. *d. tit. 88. §. 7.* cujus verba sunt; *Se vsar de feitiçaria, conuersando com feiticeiros?* Quare duo conjunctim ad hanc causam requiruntur, & quòd sit maleficus (idest veneficia, tanquam ex professione exercens,) & quòd cum maleficis, seu ejusdem professionis hominibus conuersetur. Carolus Molineus, quem refert Couar. statim citandus, putat in hac causa, nomine, *maleficorum*, intelligi tãtum, quos incantatores vocamus, idest, qui artem magicam perniciosè exercent. At quòd etiam quilibet alij venefici ibi comprehendantur, docet meritò Couar. *in d. cap. Raynutius, in princip. num. 12.* & Molin. *d. disp. 126. vers. Quarta*, nam 260

tex-

textus Græcus *in d. Auth. Vt cum de appellat.* habet ibi verbum quoslibet veneficium exercentes significans. Unde *in LL. Partit. Castell. l. 4. tit. 7. Part. 6.* expressè habetur, non solùm incantatores, sed etiam quoslibet alios venefi-cos exhæredari posse.

261 Quinta causa est, si vitæ parentum suorum per venenum, vel alio modo, insidiari tentauerit. Unde sola attentatio, seu machinatio occisionis ad hanc causam sufficit, licèt nullus alius sequatur effectus; vt quia pater re detecta, sibi consuluit, antequam ei præberetur venenum. Credit autem Couar. *vbi supra, num.* 13. quòd si filius antequam res detegeretur, pœnitentiâ ductus à parua illa machinatione destitit, exhæredari ob præcedentem culpam non posse; quòd in d. textu ejusmodi pœnitentia non videatur exclusa. Et ita etiam videtur sentire Molina *à. disp.* 176. *vers. Quinta.*

262 De jure autem Lusitano id omnino affirmandum est, vt idem Molina aduertit. Sic enim habetur *d. tit.* 88. §. 8. *Se der peçonha ao pay, ou mãy, ou tratar de lha dar; & não ficar por elle ser lhe dada.* Quæ vltima verba clarè ostendunt, excusari à dicta pœna filium, qui postquam egit de præbendo veneno, ductus pœnitentiâ à peragendo maleficio destitit, si modo ejus desistentia in causa fuit, vt venenum reipsa non præberetur: sic enim dicta sententia intelligenda est. Nam si res eò jam perducta fuit, vt effectus præcedentis machinationis per eam filij desistentiam non impediretur, veluti si venenatum potum, aut cibum patri miserat per nuntium, quem jam reuocare non potuit, antequam ad patrem perueniret, talis profectò desistentia illi non proderit; cùm reipsa per illum non steterit, quominus venenum patri porrigeretur, etiam si pater illud non sumpserit. Additur præterea in d. jure Lusit. satis esse ad dictam pœnam, præbere ansam, fauorem, consilium, aut consensum, vt alter consultò dictum venenum præbeat. Item §. 9. subditur, idem esse, si filius quocumque alio modo per se, vel per alium mortem patris, vel matris procurauerit.

Sexta est, si nouercæ suæ, aut concu- 263
biræ patris, filius se immiscuerit. Quod intelligendum est de concubina vnica, & in domo patris retentâ, vt declarat Couar. *vbi supra, num.* 14. quia leges ciuiles per concubinam intelligunt vnam in domo retentam. Et ita expressè disponit jus Lusit. *à. tit.* 88. §. 10. extendens hanc causam etiam ad inhonestam affectionẽ, seu amorem, ibi; *Se ouue affeição, ou ajuntamento carnal com a molher de seu pay, ou com sua manceba, que comsigo tinha em casa mantinda, & gouernada.* Disponit præterea idem jus Lusit. vt idem sit in filia, quæ rem habuerit cum marito matris suæ, vel cum viro, cujus concubina domi retenta esset ejus mater. Notat autem, & bene Couar. *sup.* & cum eo. Molin. *dict. disp.* 176. §. *Sexta*, hanc causam non habere locum, si filius rem haberet cum muliere, quam ignorabat esse matrem, vel concubinam patris; quia talis ignorantia illum excusat à culpa ingratitudinis erga patrem, propter quam pœna exhæredationis imponitur.

Septima est, si delator contra paren- 264
tes filius extiterit, & per suam delationẽ grauia eos dispendia fecerit sustinere. Ius Lusitan. *dict. tit.* 88. §. 11. eandem causam assignans, & magis declarans, sic habet; *Se deu informação famosa do pay, ou mãy à Iustiça, pella qual receberão algũa deshonra na pessoa, ou dano em seus bens, ou fazenda.* Qui profectò est legitimus sensus, in quo prædicta verba juris communis accipienda sunt, vt bene docet Molina *d. disp.* 176. §. *Septima*: quanuis Couar. vbi sup. aliquantò aliter interpretetur. Quam graue autem debeat esse dispendium ex illa delatione parentibus sequutum, judicis arbitrio relinquitur, vt citati DD. aduertunt.

Octaua est, si quemlibet de prædictis 265
parentibus inclusum esse contigerit, & liberi masculi, qui possunt ab intestato ad ejus successionem venire, petiti ab eo, vel vnus ex his, in sua eum noluerit fidejussione suscipere, vel pro persona, vel pro debito, in quantum esse, qui petitur, probatur

batur idoneus. Concordat jus Lusit. *d. tit.* 88. §. 12. Hoc tantùm excepto, quod solùm de fidejusione pro debito mentionem facit; tacitè, vt arbitror, hanc causam excludens quoad fidejusionem pro persona.

266 Nona est, si conuictus fuerit aliquis liberorum, ex eoquod prohibuerit parentes suos condere testamentum: tunc enim si postea testamentum facere potuerint, licentiam habent ex hac causa filiũ exhæredandi. Quod similiter disponitur in jure Lusit. *d. tit.* 88. §. 13. si autem postea testari non potuerint, atque adeo ob illam prohibitionem intestati decesserint, disponitur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, vt tunc circa hæreditatem defuncti secundùm alias leges super hoc positas negotia terminentur. Quæ autem hæ leges sint, & quid in tali casu disponant declarat Glos. *ibi, verb. Leges*, & ex ea tradit Molin. *d. disp.* 176. *vers. Nona.* Ius verò Lusit. *loc. citat.* simpliciter statuit, vt in tali casu ille filius, vel filia ab hæreditate defuncti excludatur. Vt autem quis censeatur prohibuisse alium testari, satis est quòd impedierit tabellionem, vel testes, ne ad testamentum rite conficiendum accederent, vt idem Molina aduertit.

267 Decima est, si præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos se se filius sociauerit, & in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes ejusdem professionis fuerint. Declarat Molin. vbi *sup. vers. Decima*, id esse intelligendum de ijs, qui pretio, atque ex officio mimi sunt, aut se ad gladiandum, vel pugnandum cum bestijs conducunt; quare vix hodie locum habere, propterea que hanc causam in jure Lusitan. prætermitti: nullam enim de illa mentionem facit.

SUMMARIUM.

VNdecima causa est, si filia, vel neptis luxuriosam vitam elegerit, cùm parentes eam vellent maritare, & dotare, nec illa ad vigintiquinque annorum ætatem peruenisset. Et quomodo id sit intelligendum? n. 268. cum seqq.

Vtrum tali filiæ prosit, vt non possit exhæredari, quòd ad honestam vitam redierit? num. 270. 625

Vtrum talis filia nubens absque consensu parentum, licèt luxuriosè non vixerit, possit exhæredari, secundùm d. jus cõmune? nnm. 271. & seq.

Si mater sit meretrix; vel luxuoriosè viuat, non potest ob dictam causam filiam exhæredare, nisi jam ipsa mater esset emendata: & an oporteat esse emendata tempore testamenti? numer. 274. Aliter verò se res habet in patre; ibidem.

Vtrum prædicta causa locum etiam habeat in filio luxuriosam vitam eligente? num. 275.

Quid jus Lusitanum circa prædictam causam statuat? num. 276.

Secundùm jus Lusitanum, satis est quòd filia minor vigintiquinque annis semel fornicata fuerit, ad hoc vt maneat exhæredata à bonis patris, vel matris; non ita verò, secundùm jus commune, quod actuum frequentiam requirit; numer. 277.

Secundùm idem jus Lusitanum, si dicta filia in suum corpus peccans, vel nubens absque consensu parentum, patrem tunc habebat, solùm exhæredatur à bonis patris: si autem solùm habebat matrem, ab ejus tantùm bonis, non verò à bonis patris exhæredatur; num 278. 260

Parens, inquem filia dicto modo errauit, potest secundùm jus Lusitanum illi parcere, eamque hæredem facere, si alios filios innoxios tempore mortis non habeat? num. 279. & seq.

Filia nubens absque consensu parentum non manet ipso facto exhæredata, secundùm jus Lusitanum, si pater tractabat illam dare in matrimonium viro indigno; num. 281.

Prædicta causa, secundùm jus Lusitanũ, locum etiam habet in filia emancipata, & vidua. Et vtrũm etiam procedat

dat in filia naturali hominis plebeij? num. 282.

Vtrùm prædicta pœna exhæredationis imposita filiæ nubenti absque consensu parentum incurratur ante matrimonium consummatum? num. 283.

Quid, si dicta filia nullùm matrimonium contraxit? num. 284. *Quid etiam, si matrimonium solùm fuit nullum quà tale, valuit autem vt sponsalia? numer.* 285.

Vtrum leges tam juris Cæsarei, quàm Lusitani, quibus filia legitimè aliàs nubens exhæredatur, si inuitis parentibus contrahat, jure Canonico sint correctæ? num. 286. *& seqq.*

Vtrum pœna exhæredationis consistat in lucro amittendo, quatenùs filium, vel filiam priuat legitimâ, quam ex bonis parentum sperabat, tanquam aliquo modo sibi debitam? num. 291. *& seq.*

Postea inuenies aliud summarium.

268 VNdecima causa est, si alicui ex prædictis parentibus volenti suæ filiæ, vel nepti maritum dare, & dotem secundùm vires substantiæ suæ pro ea præstare, illa non consenserit, sed luxuriosam vitam elegerit. Subditur autem in eodem textu; *Si verò vsque ad 25. annorum ætatem peruenerit filia, & parentes distulerint eam marito copulare, & forsitan, ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjungere; hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari quia non suâ culpâ, sed parentum, id commississe cognoscitur.* Quare vt filia, vel neptis ob hanc causam exhæredari possit, tres requiruntur conditiones, vt notat post alios Sanch. *lib.* 4. *de Matrim. disp.* 24. *num.* 4.

269 Prima conditio est, vt parentes vellent eam in matrimonio collocare, & dotem secundùm vires suæ substantiæ tradere. Semper autem præsumendum est, velle parentes id facere, quando contrarium non constiterit, vt bene probat idem Sanch. *num.* 5. post Molin. *d. disp.* 176. *vers. Circa hanc vndecimam.* Nec obstat, quòd per illa verba; *Volenti suæ filiæ, &c.* videatur in d. textu exigi, vt parens obtulerit se ad filiam, vel neptem maritandam, & dotandam, antequam ad ætatem 25. annorum peruenerit. Nam reverà id non exigitur, nec talis filia excusatur, quominus exhæredari possit, ex eoquod pater in hoc negligens fuerit, dum illa erat minor 25. annis, quia vsque ad illam ætatem non censetur pater fuisse culpabiliter negligens, vt colligitur ex vltimis verbis prædicti textus, vbi solùm tribuitur culpæ parentum, quod distulerint ad eam vsque ætatem filiam maritare, & dotare.

Altera conditio est, vt filia non acquiescens voluntati parentum volentium eam maritare, & dotare, vitam luxuriosam elegerit. Vnde non sufficit, quòd semel, aut bis furtim corporis sui copiam fecerit (quidquid in contrarium senserit. Costa statim citandus) sed quòd malè viuat meritricando, etiam si id non faciat in lupanari publico: Molina *vbi sup. vers. Obserua deinde*, Sanch. *d. disp.* 24. *num.* 6. & alij. Vtrùm verò ei prosit, ad hoc vt non possit exhæredari, si ad honestam vitam redierit. Negat communior DD. sententia, pro qua stat Costa *in §. Et quid si tantum, p.* 3. *num.* 92. Molin. *cit. vers. Dubium præterea est*, Petr. Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *num.* 45. *ff. Solut. matrim.* & alij, quos refert Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 88. *§.* 1. *num.* 7. Tertia conditio est, vt filia sit minor 25. annis, nam si sit maior, non ejus culpæ, sed parentum, qui ei de marito, & dote non prouiderunt, tribuitur quòd in suum corpus peccauerit, aut sine eorum consensu nupserit. Quod tamen limitatur, dummodo nupserit viro libero. Unde si nupserit, mancipio, non excusatur quominus exhæredari possit: vt planè constat ex d. textu, & docet ibi Glos. communiter recepta *verb. Vsque, & in Auth. Sed si post, in princip. Cod. de Inoffic. testam.* Sanch. *d. disp.* 24. *num.* 10. Molina, *d. disp.* 176. *vers. Obserua tertiò, & alij.* 270

Quæs-

271 Quæstio verò est, an filia minor 25. annis nubens absque consensu parentum, licèt luxuriosè non vixerit, possit juxta prædictum textum exhæredari? Et ratio dubitandi pro parte affirmatiua est, quia dum in prædicto textu de sola filia maiori 25. annis statuitur, vt si nupserit absque parentum consensu, non possit ob hanc causam exhæredari, dummodo nupserit libero, videtur à contrario sensu statui, vel supponi, quòd si filia sit minor, possit ob eam causam exhæredari. Et ita hanc partem ex alijs etiam fundamentis amplectuntur Goffred. Bald. Ancharan. & alij, quos refert Sanch. *d. disp.* 24. *num.* 2. Nihilominus contrarium tenent Molina alios referens *d. disp.* 176. *vers. Obserua tertiò*, & Sanch. *proximè citat. numer.* 3. vbi multò plures pro hac parte adducit. Eaque mihi etiam videtur præferenda: quia cùm text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. d. §. Aliud quoque*, loquendo de filia minore, solùm statuat vt exhæredari possit, si luxuriosam vitam elegerit; quòd postea contrarium statuat in filia maiori, addendo, vt etiam exhæredari nequeat, si nupserit absque parentum consensu; non bene inde arguitur, aliud esse in filia minore: tum quia, si lex id voluisset, expressisset; tum maximè quia exhæredatio cùm sit pœna, & valde odiosa, non debet interpretationibus adjuuari, vt sæpius dictum est, & DD. communiter admittunt. Siqui autem sunt textus contrariæ opinioni fauentes, ij omnes sunt correcti per *d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque*, vbi statuitur, vt deinceps ex solis causis ibi con-
272 tentis filios exhæredare liceat.

Si autem filia minor 25. annis nupserit mancipio absque parentum consensu, docet bene Molina *vbi sup.* & Sanch. *d. disp.* 24. *num.* 10. bene posse ob eam causam exhæredari, quanuis luxuriosè non vixerit. Nam si id statuitur in filia maio-
273 re, à fortiori habet locum in minore.

Dum verò in dicto textu ex *Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque*, requiritur, quòd filia sit minor 25. annis ad hoc vt possit exhæredari, si luxuriosam vitam elegerit, intelligendum id est de ætate completa 25. annorum completorum: tum quia ita colligitur ex *dict. Auth. Sed si post, Cod. de Inoffic. testament.* ibi; *Sed si post 25. annos:* tum etiam, quia in *dict. §. Aliud quoque*, ponitur illa ætas in plurali, & in genitiuo, & per verbum subjunctiui, cum præpositione, *per*, ibi; *Vsque ad 25 annorum ætatem peruenerit*, quæ omnia perfectionem, & complementum important, vt notant communiter DD. *in l. Si cui legetur, in princip. ff. de Legat.* 1. Et ita docent Sanch. *lib.* 4. *de Matrimon. disput.* 24. *numer.* 9. & Bened. Ægid. *in Repet. l. Titiæ, p.* 3. *sub numer.* 32. innuitque Molina *dict. disput.* 176. *vers. Couar. cap. Raynutius.*

Illud etiam notandum, si mater sit meretrix, seu luxuriosè viuat, non posse filiam similiter viuentem ob hanc causam 274
exhæredare, vt cum Barth. Baldo, & communi, *in l. In arenam, Cod. de Inoffic. testam.* & multis alijs, docet Sanch. *d. disp.* 24. *num.* 7. quod etiam tenet Molina *loco proximè citat.* & colligitur apertè ex Glos. *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque, verb. Professionis.* Id tamen intelligendum est nisi mater sit emendata, vt DD. communiter fatentur. Et quidem communis sententia, teste Menchaca *de Succession. creat. p.* 1. *lib.* 1. *§.* 10. *numer.* 611. docet, satis esse quòd sit emendata tempore mortis, quia vltima consuetudo inspicienda est, *l. Mela, §.* 1. *ff. de Adim. leg.* & ita docent Bald. *in l. Si filiam, Cod. de Inoffic. testam.* Angel. & Guillielm. Bened. quos refert, & sequitur Gregor. Lop. *in l.* 5. *verb. Desheredar, tit.* 7. *part.* 6. At melius idem Menchaca, & Sanch. *d. disput.* 24. *num.* 4. & tenent, opus esse vt emendata fuerit tempore, quo testamentum scribebat; quia alioquì videretur punire in filia turpitudinem in se ipsa admissam; quod à ratione abhorret, & *in d. l. In arenã*, reprobatur. Aliter autem se res habet in patre. Is enim, quanuis luxuriosè viuat, filiã minorẽ 25. annis similiter viuẽtẽ exheredare potest; quia luxuriosa vita non ità

vituperatur in viris, sicut in fœminis, vt multis citatis probat Tiraquel. *l.* 1. *connub. num.* 45. & ita docent idem Tiraq. *ibi*, Menchaca *vbi supra, num.* 610. Molina *dict. disp.* 176. *vers. Cohar.* Sanch. *dict. disp.* 24. *numer.* 7. & multi alij, quos referunt.

Si quæras, vtrùm prædicta causa locum etiam habeat in filio? Respondetur 275 negatiuè, quia *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque*, solùm fit mentio de filia, & cùm res sit odiosa, non debet extendi ad filium; præsertim, cùm in masculis non ita reprobetur incontinentia, sicut in fœminis, vt dictum est. Et ita docent Glos. *in cap. Quintauallis, de Iure jur. verb. Exhæredare*, Alex. de Neuo *in cap.* 1. *de Sponsal. impub.* Sylu. *verb. Hæreditas*, 2. *q.* 2. Sanch. *d. disp.* 24. *numer.* 10. Petr. Barbos. Caldas Per. & Bened. Ægid. quos citat & sequitur Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 88. *§.* 1 *num.* 3. licèt contrarium docuerit Menchaca *de Succeß. creat. p.* 1. *lib.* 1. *§.* 10. *num.* 634. dicens idem esse in filio ignominiosè vxorem ducente contra voluntatem parentum, & *num.* 635. vbi idem dicit, licèt filius irritum matrimonium contrahat. Quæ opinio est valde singularis, nec apparet probabilis.

Hactenus circa præfatam vndecimam 276 causam dicta procedunt, spectato jure Cæsareo *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, jure autem Lusitano *lib.* 4. *Ord. tit.* 88. *§.* 2. *&* 3. statuitur vt si aliqua filia ante 25. annorum ætatem dormierit cum aliquo viro, vel nupserit absque jussu patris sui, vel matris suæ patrem non habens, ipso facto sit exhæredata, & excluſa ab omnibus bonis, & substantiâ patris, vel matris, quanuis per illos non sit expressè exhæredata. Et si tempore mortis patris, vel matris, extiterint alij filij legitimi, non possit pater, vel mater illam hæredem facere in legitima, quæ de jure ad illam spectabat, absq; consensu filiorum, vel filiarum quæ talem errorem non commiserunt. Si autem tempore mortis, vel patris, vel matris, non extiterit alius filius, vel filia legitima, vel nepotes, aut descendentes legitimi vniuscujusq; ipsorũ, tunc possint ipsi, & quilibet eorum hæredem facere filiam, quæ contra eos errauit, quomodo, & in quantacumque parte bonorum ipsis placuerit; eoquod injuriam sibi tantùm illatam rectè condonare possint; cùm non extet alius filius, vel filia, aut nepos, cui in hoc præjudicetur. Veruntamen si filia nupsisset viro notoriè meliori, & honoratiori, quàm cui pater vel mater eam dare poterant in matrimonium, tunc non maneat exhæredata ab omnibus bonis, & substantiâ patris, vel matris, quemadmodum supra dictum est; sed tantummodo pater, vel mater possint, si velint, exhæredare illam à dimidia parte legitimæ, quæ per mortem cujusq; illorũ ad eam pertinebat. Si autem eam expressè à dicta parte non exhæredent, obtineat liberè integram legitimam, perinde acsi de consensu eorũ nupsisset. Et hoc siue tẽpore mortis extet alius filus, vel alia filia legitima, vel nepos, siue non extet. Huc vsq; d. Ord. Lusit.

Vbi obseruandũ est primò, juxta hanc 277 legem, satis esse, quòd filia minor 25. annis semel fornicata fuerit ad hoc vt maneat exhæredata à bonis patris, vel matris, vt optimè aduertit Petr. Barb. *in l.* 1 *p.* 4. *n.* 44. *ff. Sol. matr.* nam verba illa d Ord. *Si dormierit cum aliquo viro*, proprijssimè verificantur, etiamsi semel tantũ peccauerit. De jure autem cõmuni non sufficit, semel, aut bis peccasse, cum in *d. Auth. Vt cum de appellat.* requiratur, quòd vitam luxuriosam duxerit; ad cujus rei veritatem pluriũ actuũ frequentia necessaria est, vt jam *supra. n.* 270. cum Mol. Sanch. & alijs notauimus.

Obseruandũ secundò, dictam filiam in 278 suũ corpus peccantem, vel nubentẽ absq; consensu parentũ, si patrẽ habebat, quando id cõmisit, solũ exhæredari à bonis, & substantiâ patris, non verò matris: si autẽ jam non habebat patrẽ, habebat autẽ matrẽ; tunc exhæredari à bonis matris, non vero patris. Ita planè colligitur ex dicto textu Ordinat. & notat bene Molina *a. disp.* 176. *vers. De jure hujus Lusitaniæ*

Rebel.

Rebel. *de Obligat. just. p. 2. lib. 2. q. 14. num.* 30. & Fragos. *p. 3. lib. 2. disp. 5. §. 2. num.* 29.

279 Obseruandum tertiò, parentem, in quem filia dicto modo errauit, posse illi parcere, eamque hæredem facere, nisi tempore mortis habeat alios filios, vel filias innoxias, aliosuè descendentes legitimos, qui non consentiant, eam secum admitti ad hæreditatem. Ita planè constat ex ipso textu d. Ordinat. At si habeat alium, vel alios masculos similis culpæ reos, quòd scilicet carnaliter peccauerint, vel absque ejus consensu nupserint, dubitari meritò potest, an sit necessarius eorum consensus, ad hoc vt prætatam filiam hæredem facere possit? Et ratio dubitandi pro parte negatiua sumitur ex verbis d. Ordinat. quatenus dicit, quòd parens alios filios habens, non poterit facere hæredem illam filiam absque consensu filiorum, vel filiarum, quæ talem errorem non commiserunt. Unde à contrario sensu planè consequitur, non requiri consensum filiorum vel filiarum, quæ similem errorem seu culpam admiserunt. Et ita pro hac parte stat D. Petr. Barbosa *in l. 1. p. 4. num.* 47. *vers. Circa quam Ordinationem*, dicendo filium, qui similem ingratitudinem commisit, non posse impedire, quin si pater velit possit legitimam relinquere filiæ, quę nupsit sine patris consensu, ex ratione *l. In arenam. Cod. de Inoffic. testam.*

280 Cæterùm mihi distinguendum videtur, dicendumque si filius nupsit absque parentum consensu, non posse ob similem culpam filiæ impedire parentes, ne absque ejus consensu possint illam instituere hæredem in legitima; secus autem si culpa filij in eo tantùm constitit, quòd fornicatus sit: tunc enim bene poterit impedire patrem ne absque suo consensu hæredem faciat filiam, quæ in suum corpus peccauit, vel absque parentum consensu nupsit. Ratio diuersitatis est, quia filius nubendo absque consensu parentum committit reverà errorem, & ingratitudinem aduersus illos similem ei, quam committit filia similiter nubens; & ideo non potest ob eam causam impedire, quominus pater ei possit relinquere legitimam, ne videatur improbare, & velle puniri in sorore crimen, quod in se ipso admisit, contra *dict. l. In arenam.* Et quoad hoc bene valet argumentum à contrario sensu ex citatis verbis dict. Ordinat. vt scilicet non requiratur consensus filij, qui similem errorem commisit. At vero si filius solùm commisit peccatum fornicationis, dici non potest commisisse ingratitudinem, seu errorem similem ei, quem commisit filia fornicando, vel nubendo absque parentum consensu; nam fornicatio in filio non continet considerabilem injuriam, vel ingratitudinem aduersus parentes, vt est notissimum. In filia autem vel semel tantùm copiam sui corporis fecisse, parentes valde dehonestat, & injuriâ afficit: & idem est, si absque eorum consensu nubat: proindeque filius, qui fornicatus est dici non potest similem errorem commisisse. Et ita non procedit in eo ratio *dict. l. In arenam*, neque argumentum à contrario sensu ex dictis verbis Ordinat. ad hoc vt impedire nequeat parentes, ne dictam filiam possint instituere in legitima.

Obseruandum quartò, dict. Ordi- 281
nat. quatenus disponit; vt filia nubens absque parentum consensu maneat ipso facto exhæredata, non procedere, si pater tractabat dare illam in matrimonium viro indigno: tunc enim culpa vnius cum alterius culpa compensabitur, argum. *l. Cum mulier, ff. Solut. matrim.* Et ita cum alijs docet Caldas Pereira *lib. 1. QQ. forens. quæst.* 18. *num.* 8. Barbosa *in l. 1 p. 4. numer.* 43. *ff. eodem*, qui tamen rectè limitat dummodo talis filia nubat alteri digniori, vel saltem æquè digno, juxta *l. Viro atque vxore, ff. eod.*

Obseruandum quintò, dictam Ordi- 282
nat. habere locum etiam in filia emancipata, & vidua. Dum enim disponit, quòd etiam nubens absque consensu matris, quando patrem non habet,

dictam pœnam exhæredationis incurrat, planè ostendit non requiri illum consensum ratione patriæ potestatis, sed ratione honestatis juxta *cap. Honorantur*, 32. *q.* 1. quæ ratio æquè militat in filia emancipata, & vidua, atque in ea quæ adhuc est in potestate. Et ita sentiunt D. Petr. Barb. *proximè citat.* & Bened. Ægid. *tract. de Iure, & priuilegijs honest. art.* 7. *num.* 9. & 10. Utrum autem locum etiam habeat dicta Ordinatio in filia naturali hominis plebeij, quæ juxta legem hujus Regni *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 92. *in princip.* succedit patri simul cum filijs legitimis? Vide apud Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordinat. d. tit.* 92. *in princip. num.* 24.

283 Dubitabis verò, vtrùm dicta pœna exhæredationis imposita filiæ minori nubéti absque consensu parentum, incurratur ante matrimonium copulâ consummatũ? Respondet negatiuè Caldas Pereira *QQ. forens. lib.* 1 *q.* 18. *num.* 8. quia cùm hæc materia sit pœnalis, verbum, *Nupserit*, quo dicta Ordinatio vtitur, debet intelligi de matrimonio perfecto per copulam, argum. *cap. Statutum, in fine*, 27. *q.* 2. Unde addit idem Caldas, si pater ante copulam consentiat nuptijs filiæ, euitabitur dicta pœna exhæredationis. Nihilominus, satis esse matrimonium ratum ad illam pœnam incurrendam, tenent meritò Barbos. *in l.* 1. *p.* 4. *num.* 43. *ff. Solut. matr.* Rebel. *de Obligat. just. p.* 2. *lib.* 2. *q.* 14. *num.* 27. & Fragos. *p.* 3. *lib.* 2. *disp.* 5. §. 2. *num.* 36. quia dictum verbum, *Nupserit*, verificatur in matrimonio rato, *cap. fin. de Sponsa duorum:* & in materia etiam pœnali standum est proprietati verborum, *l. Cum lege, ff. de Testam.*

284 Dubitabis præterea; quid si dicta filia nulliter matrimonium contraxit, vt quia nupsit consanguineo, vel aliud dirimens impedimentum habenti? Sunt qui sentiant, etiam ob tales nuptias dictam pœnam exhæredationis incurrere, si absque consensu parentum contraxit: quia etiam per ejusmodi nuptias grauis injuria infertur parentibus; propter quam dicta pœna exhæredationis imposita est. Ita loquendo de exhæredatione, quæ per leges Castellæ imponitur tam filio, quàm filiæ nubenti clandestinè absque parentum consensu, docent nonnulli apud Sanch. infra citandum, existimantes eam pœnam incurri, licèt tale matrimonium fuerit nullum, vt si fuit contractum non præsente parocho, & testibus: sæpe enim leges actum aliquem punientes solum factum, & animum prauum facientis considerant, non verò effectum, & ita videtur contingere in præsenti.

Nihilominus probabilius videtur, dictam pœnam exhæredationis in hoc casu non incurri, vt agendo de contrahentibus nulliter matrimonium clandestinum latè probat Sanch. *lib.* 3. *de Matrimon. disp.* 2. *num.* 5. vbi pro eadem sententia refert, Ioan. Lup. Castill. Mattiensо, Azeuedo, & alios. Ratio prçcipua est, quia regulariter appellatione actús, solus actus validus comprehenditur, vt probat Tiraquel. *de Retractu lignag.* §. 1. *Glos.* 2. *num.* 5. *& in l. Boues*, §. *Hoc sermone, tota limit.* 1. *ff. de Verb. signif.* ergo cùm dicta pœna imponatur filiæ nubenti absque parentum consensu, intelligi debet de nubente validè, quia nihil apparet, vnde colligamus, mentem legis fuisse, vt etiam actus nullus contra prædictam regulam comprehenderetur. Licèt enim parentibus etiam per talem actum nullum fiat injuria; at reverà non est tanta, nec durabilis, sicut quæ illis irrogatur per matrimonium validum; & ideo cùm materia sit odiosa, & restringenda, non debet intelligi, quòd lex voluerit æqualiter punire illam minorem injuriam, & actum etiam nullum comprehendere.

Prædictam verò sententiam limitant Barbosa *in dict. l.* 1. *p.* 4. *num.* 39. Segura 2. *p. Director. cap.* 15. *numer.* 39. & Fragos. *p.* 3. *lib.* 2. *disp.* 5. §. 2. *num.* 24. nisi tale matrimonium irritum fuerit consummatum per copulam. Nam cùm illa copula fuerit illicita, & filia in suum corpus peccauerit, ratione talis peccati dictam pœnam exhæredationis incurret, cùm juxta *dict. Ordination. Lusitan.* vel semel ita peccasse, satis sit ad hanc pœnam incurrendam, vt

supra

supra, num. 277. dictum est, licèt de jure communi, & de jure etiam Castellæ luxuriosa vita requiratur, & non sufficiat semel, aut bis copiam sui fecisse, vt *supra* etiam aduertimus. Hæc limitatio mihi etiam probatur. Intelligenda tamen est, nisi filia bona fide contraxisset existimando, se validum matrimonium inire: nam copula, quæ durante ea bona fide interueniisset, non esset culpabilis, & sic non posset dictâ pœnâ exhæredationis, vel aliquâ aliâ puniri.

285 Sed quid, si matrimonium, quod dicta filia contraxit, solùm fuerit nullum qua tale, valuerit autem vt sponsalia, vt si erat impubes, vel nupserit impuberi? Respondetur, non incurrere tunc dictam exhæredationis pœnam, vt bene docet Barbosa *vbi supra, num.* 43. *ad fin.* & Rebel. *de Obligat. iust. p.* 2. *lib.* 2. *q.* 14. *numer.* 27. quia non incurrit illam pœnam ratione talis matrimonij vt sic, cùm fuerit nullum; nec ratione sponsalium, quæ per illud inducta sunt, quia lex puniendo nuptias, non extenditur ad sponsalia, cùm verba illis non conueniant, nec pœnæ extendendæ sint, sed potiùs restringendæ.

286 Tandem circa prædictas leges, tam juris Cæsarei, quàm Lusitani, quatenus filiam legitimè aliàs nubentem exhęredant, si inuitis parentibus contrahat; graue dubium est, vtrum tales leges jure Canonico corrigantur? Duplex est sententia. Prima affirmat, has leges esse correctas per jus Canonicum, atque adeo inualidas. Primò, quia tollunt libertatem matrimonij, quod jus Canonicum vult esse omnino liberum, vt constat *ex cap. Gemma, de Sponsal.* vbi annullatur pœna in sponsalibus appositа, ne contrahendi libertas minuatur. Secundò, quia *in cap. Tuam, de Ordin. cognit. & cap. Causam, & 2. Qui filij sint legitimi, & cap.* 1. *de Sponsalibus*, definitur, causas matrimoniales, & condere leges circa matrimonia, non spectare ad potestatem sæcularem. Tertiò, quia Concilium Tridentinum *sess.* 24. *cap.* 9. *de Reform.* dicit, maximè nefarium esse matrimonij libertatem violare; eaque de causa sub anathematis pœna ipso facto incurrenda præcipit omnibus temporalibus dominis, & magistratibus, ne quouis modo directè, aut indirectè subditos suos, vel quoscumque alios cogant, quominus liberè matrimonia contrahant. Et ita hanc sententiam tenent plurimi Iurisperiti, quos longo ordine refert, eos sequens Sanch. *lib.* 4. *de Matrimon. disp.* 25. *num.* 2. quibus ex Theologis accedunt Victoria *in Sum. de Matrim. num.* 169. Veracruz 3. *p. Speculi, art.* 20. *conclus.* 3. Ledes. 2. *p.* 4. *q.* 49. *art.* 6. Henriq. *lib.* 11. *de Matrimon. cap.* 6. *n.* 2. *fine*, Corduba *in Summa, q.* 171. & alij apud eundem Sanch. *vbi sup.*

Aliqui tamen hanc sententiam temperant, vt procedat, nisi filia nupserit indigno. At melius alij hanc limitationem reijciunt, quia eædem rationes sunt pro contrahente cum indigno, atque cum digno. Sic Henriq. *sup. n.* 3. Sanch. *n.* 3. Veracruz, & alij, quos idem Sanch. refert. 287

Secunda sententia, cui tanquam probabiliori adhæreo, negat has leges corrigi per jus Canonicum. Primò, quia libertas matrimonij, quam jus Canonicum tuetur, & ipsa rei natura postulat, intelligi debet cum debitis circunstantijs, & seclusis inordinationibus, quæ in vsu, seu abusu illius interuenire possunt: alioqui si filia nobilissima Dynastæ, vel etiam ipsius Regis nubere vellet mancipio, vel personæ turpi, malè & contra jus Canonicum ageret pater, si eam impediret, ne tam insignem maculam sibi, & toti familiæ inureret; quod certè à communi omnium sensu abhorret; nec cogitari potest, velle Ecclesiam tam fœdam inordinationem tueri. Dictæ autem leges, dum pœnam exhæredationis nubenti inuitis parentibus imponunt, non eò tendunt, vt libertatē matrimonij impediant, sed vt filios à tali ejus abusu coerceāt, ne effrænatâ licentiâ in re tanti momenti parentes contēnant, eisq; ac sibi ipsis ignominiā conquirant; & sic juri Canonico non aduersantur. 288

Secundo, quia filij nubendo absque parentum consensu peccant mortaliter, ex sententia grauissimorum DD. 289

quos latè refert Sanch. *lib. 4. de Matrimon. disp. 23. num. 9.* Quod in filiabus receptum esse affirmat Barbosa *in l. 1. p. 4. num. 136. fine, ff. Solut. matrimon.* & clarè sumitur ex ipso jure Pontificio *in cap. Aliter, 30. q. 5.* vbi Euaristus Papa statuit vt pro nupta non habeatur puella, quam pater non desponsat, & *in c. Qualis, eâd. q. 5.* vbi Leo Pontifex simile statuit, & licet nonnulli, quos idem Sanch. *n. 10.* refert & sequitur, teneant oppositũ; nemo tamen negat, neque negare potest, malè & contra honestatis debitum agere filios, & maximè fœminas, si absq; parentum consensu nubant, cùm id vbique vitio tribuatur, & non leue scandalum in republica generet, saltem regulariter. Ergo, qui id faciunt aliquam pœnam merentur, quæ per leges Ciuiles imponi potest; cùm tendat ad correctionem morum, quibus parentes, & respublica offenditur; quæ quidem correctio ad sæcularem, & Ciuilem potestatem maximè spectabat, neque per jus Canonicum impediri debet, nec fortè potest, vt in specie tradit Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 176. vers. Contrariam sententiam.*

290 Tertiò, quia filij nubentes absque cõsensu parentum officium eorum vsurpãt; ad parentes enim maximè spectat prouidere filijs, maximè verò filiabus, de conuenientibus nuptijs, vt ex multis locis sacræ Scripturæ ostendit Bellarm. *lib. 1. de matrimon. cap. 19.* & videtur esse de jure gentium, vniuersali omnium nationum vsu & consuetudine explicato: vnde filij, qui in re adeò graui parentes contemnũt, eos valde offendunt, & grauem illis faciunt injuriam, vt vel ipsimet filij intelligunt: hinc enim est vt qui inuitis parentibus nubunt, non audeant ante eos comparere, & plerumque veniam ab eis petant, adhibitis ad hoc viris grauibus, qui eos placent, vtpote grauiter offensos, ac justè sibi iratos: ergo vt filij à tali injuria & ingratitudine deterreantur, justissimè per jus Ciuile coerceri debuerunt, appositâ pœnâ accommodatâ, qualis est priuatio hæreditatis.

291 Quartò denique probari solet dicta sententia, quia pœna consistens in lucro non acquirendo, non aduersatur libertati matrimonij, vt tenent communiter DD. & latè probat Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 33. numer. 6. & seqq.* pœnæ autem exhæredationis, quam dictæ LL. imponunt, consistit in lucro non acquirendo, quia licèt legitima dicatur filijs debita, *l. fin. vers. pen. Cod. de Codicil. l. Cum in adoptiuis, vers. Omnia igitur,* ibi; *Naturalia debita percipere, Cod. de Adopt.* & ita filij, petendo legitimam videatur agere de damno vitando: at reuerà, legitima non est illis debita jure naturali, sed solùm ex dispositione juris Ciuilis, juxta *not. in l. Iura sanguinis, ff. de Reg. juris:* parentes enim de jure naturæ solùm tenentur præstare filijs alimenta, non verò tantam vel tantam portionem hæreditatis eis relinquere: id enim per solas leges Ciuiles constitutum fuit: vnde pro diuersa dispositione legum cujusque Regni, vel Prouinciæ, diuersa legitima debetur, vt est notissimum; & sic de illa quasi de lucro captando judicatur, vt bene docet Glos. *in l. Si emancipata, fine, Cod. de Iur. & facti ignorant.* & ibi Barthol. *numer. 3.* Bald. Salic. Fulgos. & Ias. quos refert, & sequitur Padilla *ibid. num. 32.* Aretin. Socin. Ioan. Lup. Segura, & Perez, quos citat Sanch. *lib. 4. de Matrim. disp. 25. num. 1.* Ergo leges talem pœnam imponentes, cùm sint de non acquirendo lucro, libertatem matrimonij non lædunt, & sic non sunt contrariæ juri Canonico, neque per illud corriguntur.

At hoc fundamentum, quanuis sit pro- 292
babile, & dictam sententiam valde emolliat, nobis necessarium non est. Nam quanuis dicamus, quòd dicta pœna exhæredationis aliquo etiam modo consistit in amittendo lucro, quatenus legitima, qua dicti filij priuantur, licèt non sit verè debita, tamen quasi debita censetur, vt cum Tiraquello, & alijs notat Sanch. *proximè citat.* nihil præfatæ secundę sententiæ officit. Nam vt superiores rationes ostendunt, & expressè declarat Molina statim citandus, in sæculari republica non deest potestas ad veras, & proprias pœnas

ea

eâ de causa statuendas. Et ita hanc secundam sententiam tenent grauissimi Iuristæ Calderin. *in cap. 1. de Clandestin. desponſ.* Felin. alios referens *in cap. Ecclesia, de Constitut.* Bald. *in cap. Tenor, in fine, de Sent. & re judic.* Paul Castr. *in Auth. Sed si post, Cod. de Inoffic. testam. testam.* Menchaca *de Succeſſ. creat. p. 1. lib. 1. §. 10. num. 228. & seq.* Petr. Barb. *in l. 1. p. 4. num. 36.* multique alij, quos refert Sanch. *d. disp. 25. numer. 2.* dicens esse probabilissimam, & ex Theologis Molina *tom. 1. de Iustit. disp. 176. verſ. Contrariam ſententiam* Sot. *in 4. dist. 29. q. 1. art. 4. ad 4.* Barthol. de Ledes. *de Matrim. dub. 24.* Salon. *2. 2. post q. 61. tract. de Dominio, q. 5. art. 5.* Rebel. *2. p. de Obl. iuſtit. lib. 2. q. 14. n. 29.* & alij quos refert Sanch. *vbi sup.* & pro hac etiam parte stat praxis.

293 Nec obstant fundamenta pro priori sententia adducta. Ad primum enim respondetur, per dictas leges non tolli libertatem matrimonij, quam jus Canonicum tuetur; sed tantùm corrigi, & puniri inordinationes, quę in abusu illius cernuntur, quando filij absque parentum consensu contrahunt. Contra quod non vrget *d. cap. Gemma*, nam ibi solùm excluditur coactio per pœnam conuentionalem ad matrimonium contrahendum: in nostro verò casu de tali coactione nõ agitur, sed ne filij, aut filiæ indecenter, & eum injuria parentum contrahant, quæ injuria pœnam meretur, quam respublica rectè potest infligere. Ad secundum respondetur, dictas leges nihil statuere circa causas matrimoniales, neque circa matrimonia, sed tantùm circa crimen, & ingratitudinem filiorum nubentium absque parentum consensu. Ad tertium respondetur, Concilium Trid. eo loco solùm procedere contra impedientes libertatem matrimonij, cogendo aliquem, vt nubat certæ personæ: leges autem de quibus loquimur, non cogunt filios vt nubant personæ à parentibus designatæ, sed ne nubant absque eorum consensu; quod est longè diuersum, nec libertatem matrimonij offendit; à qua omnem abusum, & inordinationem propulsari æquum est.

SUMMARIUM.

DVodecima causa est, si filius, parente in amentiam incidente, curam ejus non egerit; numer. 294. Et quid, si extraneus de eo curauerit? Item, quid de jure Lusitano? num. 295. Quid etiam, si neque extraneus curam illius egerit? num. 296.

In quibus hæredibus pœna hujus causæ locum habeat? num. 297.

Decima tertia est, si parens sit captiuus, & filius non festinauerit eum redimere. Et quid, si parens in captiuitate moriatur, non liberatus ob negligentiam liberorum, vel aliorum hæredum ab intestato, vel ex testamento, qui scirent, se scriptos esse hæredes? numer. 298. Quid circa hanc causam de jure Lusitano? num. 299.

Minor, qui 18. ætatis annum excesserit, perinde potest celebrare contractus ad parentem captiuum redimendum, ac si esset maior; ibidem.

Decima quarta est, si parentes sint Catholici, filius verò hæreticus; num. 300.

Omnes prædictæ causæ locum pariter habent in auo, auia, & alijs ascendentibus, vt descendentes exhæredare possint; num. 301.

DVodecima causa est, siquis de prædictis parentibus furiosus fuerit, & 294
ejus liberi, vel quidam ex his, aut liberis ei non existentibus, alij ejus cognati, qui ab intestato ad ejus hæreditatem vocantur, obsequium ei, & curam competentem non præbuerit. Tunc enim, si ille parens ad mentem redierit, fit ei potestas, vtrùm velit negligentem filium, vel filios, aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento; id est, instituere, vel exhæredare. Sic habetur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siquis de prædictis.* Et hoc ipsum statuitur jure Lusitano *lib. 4. Ordin. tit. 88. §. 4.*

295 Subditur præterea in eodem §. *Siquis de prædictis*, si aliquis extraneus videns dictum furiosum à suis neglectum liberis, vel cognatis, aut alijs ab eo scriptis hæredibus, & pro misericordia voluerit eum procurare, dari ei licentiam admonendi in scriptis eos, qui ab intestato, vel ex testamento antea facto ad ejus hæreditatem vocantur, vt ejus curam habeant: & si illi post hujusmodi attestationem factam neglexerint, & ille extraneus in suam domum eum susceperit, ac suis sumptibus vsque ad finem vitæ procurauerit, ejus successio ad ipsum extraneum deueniat, euacuata institutione eorum, qui furioso curam præbere neglexerunt; licet tamen, vt cætera testamenti capitula firma permaneant. Idem cum aliqua diuersitate disponit jus Lusitan. *d. tit.* 88. §. 15. Quia in primis ex parte illius extranei ad hoc vt hæreditatem furiosi consequatur, non exigit, quòd furiosum suscipiat in suam domum, & proprijs sumptibus procuret, sed quòd ei inseruiat, ejusque sanitatem procuret, quoad rationabiliter poterit. Deinde ita demum hæreditatem furiosi ei tribuit, si ille in amentia moriatur. Unde si recuperata sanitate mortuus fuerit, non deueniet ejus hæreditas ad illum extraneum. Quod etiam de jure communi in *d.* §. *Si quis de prædictis*, videtur dicendum, licèt illa conditio in eo textu non exprimatur; quia satis apertè ibi supponitur, dum ab illo extraneo exigitur, vt furiosum illum procuret vsque ad finem vitæ ejus, vtique ratione furoris ad mortem vsque durantis tali procuratione indigentem.

296 Quod si neque extraneus curam furiosi egerit, tunc ejus hæreditas auferenda est ab eis, ad quos de jure, vel ex testamento pertinebat, tanquam ab indignis; eoquod neglexerint curam illi præstare, & applicanda est Fisco, juxta *l.* 3. *ff. de Ijs, quibus vt indignis.* Sic Gregor Lop. *in l.* 5. *tit.* 7. *p.* 6. & Molina *d. disp.* 176. *vers. Duodecima est*, cum Glos. *in Auth. Liberi, verb. Capituli, Cod. de Episcopali audien. & in d.* §. *Si quis de prædictis, verb. Neglexerint, in* 1. *respon.* Iure autem Lusit. *in d. tit.* 88. §. 14. absolutè statuitur, vt in hoc casu dicti hæredes negligentes furiosi hæreditatem non cõsequantur; cùm præsumendum sit, quod ille si ad sanam mentem redijsset, hæreditatem suam eis non relinqueret, propter ingratitudinem aduersus eum admissam.

297 Cæterùm totam pœnam hujus causæ credit Molina *proximè citat.* solùm comprehendere hæredes ingratos, qui expleuerunt decimum octauum suæ ætatis annum, juxta id, quod in simili sequenti causa statuitur *in d. Auth. Vt cum de appellat.* §. *Si vnum de prædictis*, & in specie pro Regnò Castellæ decernitur *in l.* 6. *tit.* 7. *part.* 6. Illud etiam hìc notandum, dictam pœnam non habere locum in hæredibus scriptis, qui ignorabant, se scriptos esse hæredes in testamento à furioso ante furorem condito, & aliàs ab intestato ei successuri non erant; quia his non potest culpæ tribui, quod curam illius non egerint, & ita sumitur ex *d.* §. *Si vnum ex prædictis*, vbi in simili causa nõ imponitur hæc pœna hęredibus scriptis, nisi sciuissent se scriptos esse.

298 Decima tertia causa est, si vnus de parentibus in captiuitate detineatur, & ejus liberi, siue aliqui eorum, non festinauerit eum redimere. In hoc casu, si ille parens à captiuitate liberetur, datur ei licentia, vt filium, vel filios ita ingratos exhæredare possit. Quòd si in captiuitate moriatur non liberatus, per dictam negligentiam liberorum, vel aliorum hæredum ab intestato, vel ex testamento, qui scirent se scriptos esse hæredes, bona illius applicantur Ecclesiæ ciuitatis, in qua ortus fuit, ea lege, vt publicum eorum conficiatur inuentarium, & quidquid ex eis ad Ecclesiam peruenerit in redemptionem captiuorum expendatur, dictis hæredibus omnino exclusis: testamentum autem, quod ante captiuitatem confectum esset, solùm quoad institutionem hæredis ingrati annullatur; quoad cætera verò in eo contenta conseruatur, & impleri jubetur. Si tamen aliquis prædictorum liberorum, vel hæredem decimum octauum ætatis annum

num nondum expleuisset, omnino à præfata exhæredationis pœna excusatur. Sic habetur *in d. Auth Vt cum de appellat. §. Si vnum ex prædictis.*

299 Iure autem Lusit. *in d. tit.* 88. §. 16. solùm quoad prædictam causam statuitur, vt si pater vel mater à captiuitate fuerit liberatus, exhæredare possit filium, vel filiam, qui negligens fuit in eo redimendo: si verò in ipsa captiuitate moriatur, culpâ filij, vel filiæ, ipse talis filius, vel filia negligens ab ejus hæreditate ob eam culpam excludatur. At cætera omnia quæ *in d. §. Si vnum ex prædictis*, habentur, in hoc etiam Regno locum habent juxta *Ordinat. lib.* 3. *tit.* 64. cùm per d. jus Lusitan. non abrogentur, nec illi sint contraria. Additur tandem *in d. §. Si vnum ex prædictis*, vt ad redimendum hujusmodi captiuum liceat minori, qui decimum octauum ætatis annum excesserit, perinde acsi jam esset maior, contractus celebrare, etiam alienando bona ipsius captiui, vt redemptionis pretium inde habeatur; ipseque captiuus teneatur postea illis contractibus stare.

300 Decima quarta, & vltima causa est, si parentes sint Catholici, filij verò hæretici. Sic habetur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Siquis de prædictis*, 2. vbi multa circa hanc pœnam hæreticorum disponit Imperator. Et in jure Lusit. *lib.* 4. *Ordin. tit.* 88. §. 17.

301 Omnia, quæ de jure Lusitano circa prædictas causas, quoad patrem, vel matrem dicta sunt, locum pariter habent in auo, & in auia, & in alijs ascendentibus, tam ex parte patris, quàm matris, vt expressè declarat idem jus Lusit. *d. tit.* 88. §. *vltim.* Et idem est de ijs, quæ jure communi circa præfatas causas disponuntur *in dict. Authent. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum, & & seqq* nam omnia referuntur ad liberos, quorum appellatione non tantùm veniunt filij, sed etiam nepotes, & reliqui descendentes.

§. 8 *Expediuntur quædam dubitationes circa prædictas causas in generali.*

SUMMARIUM.

VTrùm pœna exhæredationis ob aliquam ex prædictis causis locum habeat ante judicis sententiam? num. 302. *& seqq.*

Vtrum ex alijs causis, vltra supradictas quatuordecim, possint filij à parentibus exhæredari? num. 305. *& seqq.*

Pœna exhæredationis imposita filijs reorum læsæ majestatis, vt nemini possint succedere ex testamento, vel ab intestato non extenditur ad filios hæreticorum; num. 309.

Pœna non extenditur ad casus non expressos, etiamsi in illis inueniatur par, & maior ratio, juxta veriorem sententiam; ibidem.

Vtrum si filius ingratus patri reconcilietur, exhæredationem, vel ejus effectũ, impediat? num. 312. *& seqq. Vbi duo casus, & variæ DD. sententiæ circa hoc apponuntur. Quid de jure Lusitano, quando filia, quæ nupsit absque consensu patris ei reconciliatur? num.* 313.

Vtrum si filius ingratus, patre viuente, agat pœnitentiam, & emendetur, ejus exhæredatio tollatur, vel saltem impediatur, ne pater illum exhæredare possit? num. 317. *& seq.*

Vtrum, filio ingrato religionem ingrediente, per professionem in illa impediatur, & tollatur exhæredatio? num. 319. *& seqq.*

Vtrum similiter impediatur dicta exhæredatio per vota simplicia in Societate Iesv post biennium emissa? num. 323.

Quid, si tales Religiosi post professionem, vel dicta vota simplicia, à Religione expellantur? ibid.

Vtrum, si filius post commissam ingratitudinem exhæredatione dignam incidat in amentiam, viuente patre, possit

ni-

nihilominus exhæredari? num. 324.
Vtrum filio exhæredato teneatur pater prouidere de alimentis, saltem ad vitæ sustentationem necessarijs? num. 325. *remissiuè.*

CIrca prædictas causas vniuersim, seu in generali acceptas, nonnullę supersunt dubitationes in prę̨senti expediendæ.

302 Prima dubitatio est, vtrùm pœna exhæredationis ob aliquam ex prædictis causis imposita locum habeat ante judicis sententiam; ita vt satis sit commisisse delictum, propter quod illa pœna constituta est, ad hoc vt filius vel filia, quæ illud commisit, maneat excluſa ab hæreditate, nec possit illam petere, vel recipere? Molina *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 176. *vers. Illud vniuersim*, docet, non teneri tales filios abstinere à bonis parentum, antequam vel ab eis exhæredentur, vel sententia exhæredationis in eos feratur, etiamsi per legem statutum sit, vt tale crimen committens ipso jure, vel ipso facto sit exhæredatus. Ducitur illa generali regula, quòd nemo tenetur subire pœnam ante sententiam, & multò minùs eam exequi aduersus semetipsum.

Dicendum nihilominus est, quòd in
303 casibus, quibus illa pœna ipso jure, vel ipso facto per legem imposita est, tenetur exhæredatus ab hæreditate abstinere, nullâ expectatâ sententiâ judicis: secus autem, quando non per legem, sed per testatorem, lege permittente, fuit imposita. Ratio prioris partis est, quia hujusmodi pœna non consistit in amittenda re, vel jure antea quæsito, sed solùm in non acquirendo, vt constat ex dictis §. *præced. num.* 291. vbi cum multis ostendimus, legitimam non esse verè debitam filijs, nisi ex dispositione legum Ciuilium, & de illa quasi de lucro captando judicari. Pœna autem consistens in non acquirendo ipso jure, vel ipso facto per legem imposita sententiam judicis non expectat, vt bene docent Ioan. Andr. Domin. Bald. & Berous, quos refert & sequitur Sanch. *lib.* 3. *de Matrimon. disp.* 53. *numer.* 8. *in fine.* Confirmatur, nam propterea pœna imposita Beneficiarijs non recitantibus diuinum officium, vt non faciant fructus suos, ante omnem sententiam incurritur, & Beneficiarius statim manet obligatus fructus illos restituere; vt tradit Suar. *tom.* 2. *de Religion. tract.* 3. *cap.* 30. *num.* 2. & Aragon. 2. 2 *q.* 83. *art.* 13. estque communis sententia; quia talis pœna est imposita ipso jure, & consistit in non acquirendo: talis autem est pœna exhæredationis imposita ipso facto per legem statuentem, vt filius ingratus non acquirat hæreditatem, seu legitimam, quæ quidem non est magis debita filio, quàm fructus beneficij ipsi Beneficiario.

Alia pars probatur, & declaratur, quia 304
quando pœna exhæredationis non imponitur ipso facto per legem, sed per ipsum testatorem, licèt testator criminis conscius illam possit imponere ante vllam sententiam, qua filius pronuntietur ingratus, & tali pœna dignus, vt bene docet, & probat Sanch. *d. disp.* 53. *num.* 4. attamen vt talis exhæredatio suum plenum consequatur effectum, tenetur testator, vel ejus hæredes, probare causam, seu crimen propter quod illa fuit imposita, vt constat *ex d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque capitulum*, ibi; *Nisi forsan probabuntur ingrati*: & latiùs à nobis declaratum est *supra*, §. 1. *num.* 141. vbi autem talis probatio requiritur, necessaria est sententia judicis declarantis justitiam causę, & sufficientiam probationis, vt in specie docet idem Sanch. *d. disp.* 53. *num.* 5. & Fragos. 3. *p. lib.* 2. §. 2. *num.* 33. atque adeo ante talem sententiam, non est filius omnino priuatus hæreditate, nec tenetur ab illa abstinere, etiam in foro conscientiæ, licèt reuerà crimen commisisset, & legitimè fuisset exhæredatus. Quod tamen intellige, nisi per vim, aut dolum, vel per falsos testes probationem causæ impediuisset; tunc enim non poterit in conscientia hæreditatem habere, vt *supra, d. numer.* 141. probatum est.

Secunda dubitatio est, vtrùm ex alijs 305
causis

causis, vltra illas quatuordecim supra cõmemoratas, possint filij à parentibus exhæredari? Duplex est sententia. Prima affirmat, quòd etiam propter alias grauiores, vel similes causas filius exhæredari potest. Hanc tenent Cassan. *in Consuet. Burgund. tit. de Successsion. rubr. non possunt exhæredari, §. 2. vers. Sed quæro.* Iul. Clar. *§. Testamentum, q.* 41. Guillel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Eodem testamento relinquens, 2. numer.* 19. Couar. *in cap. Raynutius, in princip. numer.* 16 *de Testament.* qui tamen limitat, dummodo causæ sint maiores, & grauiores. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *sub num.* 12. Molina Iurista *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 9. *num.* 33. *& seqq.* Emman. da Costa *in §. Et quid si tantum, p.* 3. *num.* 173. *& seqq.* Rojas *Epit. de Successsion. cap.* 4. *num.* 16. Menchaca *de Succeff. progreßu, lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 101. Villalob. *in Communi opin. lit. E. num.* 143. Perez *l.* 4. *tit.* 8. *lib.* 4. *Ordin.* Plaza *de Delictis, lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 15. Nauar. *Com.* 4. *num.* 48. *de Regular.* Ceruantes *in l.* 6. *Tauri, num.* 59. Fragos. 3. *p. lib.* 2. *disp.* 5. *§.* 2. *sub num.* 28. & multi alij, quos referunt, à qua sententia, quæ certè communissima est, in judicando, & consulendo recedendum non esse, nõnulli affirmant.

306 Mouentur primò, & principaliter à paritate, & maioritate rationis, existimantes, quòd etiam in pœnis fieri debet extensio ad casus non expressos, vbi eadem, vel maior ratio cernitur; quòd ea non tam sit extensio, quàm comprehensio. Secundò, quia Iustinianus *in d. Auth. Vt cum de appellat, §. Aliud quoque capitulum,* statuens prędictas 14. causas, non prohibet simpliciter exhæredari liberos ex alijs causis, sed solùm ex ijs, quæ in anterioribus legibus reperirentur, ibi; *Nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in hujus Constitutionis serie continentur.* Ergo ex causis, quæ in alijs legibus repertæ non fuerint, licitum erit filios exhæredare, si sint grauiores, vel æquè graues, atque illæ quæ in *d. Auth.* continentur. Quod si opponas, mirum esse, quod Imperator excluserit alias causas antiquis legibus approbatas, non verò quæ nulla lege approbatæ fuerint. Respondent propterea id fecisse, quia exceptis, quas ille etiam *in d. Auth.* approbauit, cæteræ, quæ in alijs legibus reperiebantur, visæ sunt minus dignæ, vt ipsemet declarauit *in d. §. Aliud quoque capitulum,* ibi; *Quarum aliquæ, nec dignæ nobis ad ingratitudinem visæ sunt.* Addit præterea Anton. Gom. *sup. vers. Sed his non obstantibus, in fine,* aliud fundamentum nouiter (vt ille ait) à se repertum, quia nulla est causa, quæ accidere possit, quæ non comprehendatur in secunda causa de prædictis 14. quæ est, *Si grauem, & inhonestam injuriam parentibus injecerit.*

Secunda sententia negat, posse de ju- 307
re communi exhæredari filios ex vlla alia causa, etiam grauiori. Hanc tenet Martinus Laudensis, quem refert Cassaneus *loc. sup. citat.* Curtius junior, apud Rojas *vbi sup* Hostiens. & Alex. quos refert illis fauendo Gregor. Lop. *in l.* 8. *tit.* 7. *p.* 6. Molina latè illam probans, & dicens, se non audere ab ea recedere, *tom.* 1. *de Iust. disp.* 176. *vers. Contrariam sententiam, & seqq.* & Sanch. *lib.* 4. *de Matr. disp.* 24. vbi *num.* 13. *&* 15. *fine,* semel atque iterum indubitanter repetit, *in d. Auth. Vt cum de appellat.* decidi propter nullas alias causas, quàm ibi expressas posse filium exhæredari. Probatur efficaciter hæc sententia, primo *ex d. Auth. Vt cum de appellat. in d. §. Aliud quoque capitulum,* quia ibi expressè profitetur Imperator, propterea sibi visum fuisse illas quatuordecim causas statuere, omissis aliquibus, quæ in antiquis legibus reperiebantur, & additis, quæ in ijsdem legibus fuerant prætermissæ; quia ex ijs causis, quæ in illis reperiebantur aliquæ, non videbantur dignæ, & aliquæ dignæ in eis erant prætermissæ: vbi planè duplex inconueniens vitare studuit; vnum, quòd ex causis indignis in prędictis legibus repertis filij exhæredari possent: alterum, quòd ex causis dignis in legibus prætermissis exhæredari non possent. Apertè

vti-

vtique supponens, quòd quanuis causę essent dignę, si per leges non essent approbatæ & confirmatæ, minimè poterant filij ratione illarum exhęredari. Et propterea, cùm ibidem statuit, vt ex nulla alia lege liceat causas ingratitudinis opponere, præter illas 14. non potest dici, quod solùm voluit excludere alias causas in legibus contentas, sed quòd etiam excluſit quaslibet alias in eis prætermissas; cùm intellexerit, solùm ex causis per legem approbatis filios exhæredari posse à parentibus.

308 Probatur secundò, quia cùm hæreditas, seu legitima sit debita filijs ex dispogtione legum statuentium, vt parentes teneantur eam illis relinquere: non possunt parentes absque permissione ipsorum legum eam illis denegare. Ergo nisi habeant causam, ex qua leges id permittant, non possunt exhæredare; & consequenter, cùm *in d. Auth. Vt cum de appellat.* constitutum sit, vt ex nulla lege possint causas opponere præter illas 14. ex eis tantùm exhæredare possunt. Confirmatur, & declaratur; quia quantumuis quis mereatur pænam priuationis bonorum, nemo absque publica authoritate potest eam illi imponere; nam punire crimina hujusmodi pænis gaauibus ad solam publicam potestatem spectat, nec parentum authoritas ad id extenditur: talis autem est pęna exhæredationis, vt per se constat: ergo quanuis filij graue crimen commiserint, ex quo reuerà illam mereantur, non possunt parentes illam imponere, nisi ob crimen, ex quo per publicam authoritatem Principis, seu legis, id fuerit concessum, atque adeo cùm hodie ex solis dictis 14. causis lex concedat vt possint filios exhæredare ex nullis alijs id efficere possunt.

309 Tertiò & vltimò probatur, excludendo fundamenta prioris sententiæ. Ad primum enim respondetur, negando pænam extendi ad casus non expressos, etiamsi in illis inueniatur par, vel maior ratio; contrarium enim est verius, vt latè citatis alijs probat Sanch. *lib.* 10. *de Matrimon. disp.* 4. *num.* 3. *ad med,* & fermè in specie *tom.* 1. *in Decal lib* 2 *cap.* 29 *num.* 13. vbi cum plurimis DD. tradit, pænam exhæredationis impositam filijs reorum læsæ majestatis, vt non possint succedere ex testamento, vel ab intestato, quibuscumque consanguineis, vel extraneis, non extendi ad filios hæreticorum, nihil obstante quòd crimen sit grauius crimine læsæ majestatis. Et vniuersim, quòd similitudo rationis non sufficiat ad extendendam pænam ad casus non expressos, tradit etiam & latè probat Suar. *lib.* 6. *de Legib. cap.* 3. *num.* 5. *&* 6. estque optima illa ratio, quam idem Suar. adducit, & valde etiam commendat Sanch. *d. disp.* 4. *num.* 3. quia lex pænalis quoad pænam, non pendet tantùm à ratione, quantum à legislatoris voluntate, & determinatione; nam quanuis ratio dictet, debere puniri crimen aliquâ pænâ proportionatâ, non tamen determinat talem vel talem speciem pęnæ, sed hoc ex sola voluntate legislatoris pendet; & ideo quando crimina sunt specie distincta, licèt aliàs sint similia, vel vnum alio grauius, pœna vni, etiam minùs graui, apposita non extenditur ad aliud ob paritatem, vel maioritatem rationis, nisi illi etiam determinatè fuerit à legislatore præscripta. Neque bene in præsenti casu ad comprehensionem recurritur, quasi mens Imperatoris fuerit comprehendere omnes alias causas, in quibus par, vel maior esset ratio. Nam vt optimè declarat Suar. *d. cap.* 3. *num.* 22. ex vi rationis non potest fieri extensio comprehensiua, nisi vel ex verbis ipsius legislatoris, vel ex necessitate vitandi aliquod absurdum, sufficienter colligatur mentem legislatoris fuisse casus etiam non expressos comprehendere; neutrum autem in præsenti reperitur. Addo præterea, quidquid sit de admittenda, vel non admittenda extensione pęnarum ad casus similes in alijs materijs, qua in re variè sentiunt DD. certè in præsenti locum nó habere, cùm ipse legislator expressè voluerit, illam pœnam exhæredationis ex vllis alijs causis, præter dictas 14. imponi, vt *sup. num.* 307. declaratum est.

Ad

310 Ad secundum patet responsio ex dictis *eod. num.* 307. vbi clarè ostendimus, non tantùm excludi ab Imperatore alias causas anterioribus legibus præscriptas, sed etiam in eis omissas. Ad tertium tandem quod Anton. Gom. nouiter addidit, negamus in illa secunda causa de prædictis 14. comprehendi omnes alias, quæ accidere possunt. Nam vt rectè declarat Molin. *d. disp.* 176. *vers. Quid si quis*, & Sanch. *lib.* 4. *de Matrim. disp.* 24. *num.* 13. illa secunda causa intelligitur de injuria per se, ac directè illata parentibus; qualis est contumelia grauis verborũ, aut in patris ignominiam cornua pro foribus illi appendere, vel alia similis; non autem de injuria per accidens, & indirectè, ac præter filij intentionem illatâ; qualis esset, si inuitis parentibus, ignominiosam vxorem duceret, vel aliud quidpiam similiter indecorum committeret; neque enim per hujusmodi probrosas actiones, quæ solùm indirectè, & præter intentionem cedunt in parentum dedecus, propriè dicetur injuriam parentibus ingerere, vt vim hujus verbi expendenti planũ erit.

311 Quare prædictam secundam sententiam omnino præferendam censeo, adeoq; veram existimo, vt contrariam quantumuis communem, ne probabilem quidem audeam dicere. Et idem censeo de jure Lusit. vt scilicet pręter causas *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 88. appositas, licitum non sit in hoc Regno propter vllas alias filios exhęredare. Nam licèt hæc exclusiua ibi non exprimatur, attamen sufficienter indicatur in principio illius tituli, ibi; *As causas porque os pays, ou mãys podem desherdar os filhos, saõ as seguintes.* Qui dicendi modus satis ostendit mentem Legislatoris esse, vt propter eas tantùm possent parentes filios exhæredare. Et ita intellexit Fragos. 3. *p. lib.* 2. *disp.* 5. §. 2. *n.* 28.

312 Tertia dubitatio est: vtrùm si filius ingratus patri reconcilietur, exhæredationem, vel ejus effectum impediat? Ubi duo casus distinguendi sunt. Primus est, quando reconciliatio est facta antequam pater filium exhæredaret; & in hoc casu communis, & vera resolutio est, per talem reconciliationem impediri omnino exhæredationem; itaut pater condens postea testamentum, jam non possit filium exhæredare ob ingratitudinem ante reconciliationem admissam: sic innumeris relatis DD. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 30. *num.* 8. Couar. alios etiam referens *in cap. Raynutius, in princ. n.* 7. *de Testam.* Mant. *de Conject. vlt. vol. lib.* 4 *tit. vlt. n.* 44. Cald. Per. *QQ. forens. lib.* 1. *q.* 18. *n.* 8. & Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 176. *vers. Dubium etiam est.* Ratio patet, quia per reconciliationem censetur tacitè saltem remissa præcedens ingratitudo, & sic sublata penitus causa, ex qua pater filium exhæredare posset. Et quidem si filius fuerit à patre receptus ad cõmunem victum, & mensam, satis id est, vt præsumatur reconciliatio, & consequẽter ingratitudo remissa, vt cum Barth. & alijs notat Mantic. *loc. cit.* juxt. text. *in l. In ipsius, C. Fam. ercisc. & in l.* 3. §. *vlt. cum l. seq. ff. de Adim. leg.*

Bene autem præfatam resolutionem li- 313
mitat Caldas Per. *vbi supra*, Barbos. *in l.* 1. *p.* 4. *num.* 46. *ad fin. ff. Sol. matr.* vt non procedat in hoc regno Lusitaniæ, quando filia minor 25. annis nupsit absq; consensu patris; quia tunc per ipsam legẽ Regiam *lib.* 4. *Ordin. tit.* 88. §. 1. ipso facto exhæredatur, & consequenter, licèt postea reconcilietur parentibus, jam ea reconciliatio exhæredationem impedire non possit. Hoc tamen intellige, præterquam in casibus ibidem expressis; in quibus permittitur parentibus, vt talem filiã possint hæredem facere, si velint, injuriam sibi illatam ei remittendo. Et idem est quando talis filia minor dormierit cũ aliquo viro. Nam tunc etiam ipso facto per illam legem exhæredatur, idemq; circa illam disponitur, atque circa eam, quæ nupsit absque parentum consensu.

Alter casus est quando reconciliatio 314
facta est post testamentum, in quo pater filium exhæredauit. Et in hoc casu variant DD. Multi enim sentiunt, per hanc reconciliationem reuocari, & tolli exhæredationem. Ita Barth. per illum tex.

in l. 3. *§. fin. num.* 5. *ff. de Adim. leg.* Ias. *in l. In arenam, n.* 7. *C. de Inoffi. test. & in Auth. Non licet, in fin. C. de Liber. & posth.* Paris. *consil.* 1. *n.* 139. *lib.* 1. Plot. *consil.* 6. *n.* 17. Simon de Præt. *de Interpr. vlt. vol. lib.* 3. *interpr.* 1. *dub.* 6. *fol.* 4. *n.* 17. & Mantic. alios referens *lib.* 4. *de Conject. vlt. vol. tit. vlt. sub n.* 44. Ducuntur primò, quia legata, cùm sint fauorabilia, tolluntur per superuenientem inimicitiam *d. l.* 3. *§. vlt. ff. de Adim. leg.* ergo ecótra per superuenientem amicitiã censebitur à fortiori tolli exhæredatio, quæ est ualde odiosa. Secundò, quia per superuenientem reconciliationem censetur remissa injuria, & ingratitudo à filio commissa; & ita sublata est causa exhæredationis: cessante autem causa cessat effectus, *c. Cum cessante, de Appellat.*

315 Contrarium verò tenent Baldus, Imol. Aretin. Alex. Ias. sibi contrarius *in l. Filio, quem pater, ff. de Liber. & posthum.* Couar. *in dict. cap. Raynutius, in princip. numer.* 17. vbi alios refert, Aldrob. apud Mantic. *dict. tit. vltim. in fine, in noua edit.* Menoch. plures referens *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 30. *numer.* 3. Barbos. *in l.* 1. *p.* 4. *numer.* 47. referens Bursatum, Curt. jun. Roder. Suar. & alios, Caldas Pereir. *QQ. forens. lib.* 1. *quæst.* 18. *numer.* 8. *ad fin.* Rebel. *de Obligat. just. p.* 2. *quæstion.* 14. *numer.* 27. Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordinat. lib.* 4. *tit.* 88. *§.* 1. *fine*, & alij. Probant primò per text. *in dict. l. Filio quem pater*, vbi habetur, quòd quanuis pater per arrogationem sibi reconciliet filium emancipatum, adhuc tali filio nocere exhæredationem antea scriptam. Secundò, quia si exhæredatio tollitur, reuocatur consequenter testamentum, & redditur nullum, vtpote in quo filius jam non est exhæredatus, neque institutus, sed præteritus: hoc autem non congruit voluntati testatoris, qui non præsumitur voluisse eligere viam, per quam ejus testamentum euerteretur, *l.* 3. *ff. de Milit. testament.* Neque sola voluntas tacita, quæ ex illa reconciliatione intelligeretur, est sufficiens ad reuocãdum testamentũ, sed requiritur expressa, & solemnis, *l.* 3. *si jure*, & ibi Barth. *ff. de Leg* 3. Vnde cessat primum argumentum contrariæ sententiæ desumptum ex ademptione legatorum; cùm hæc nudâ voluntate tollantur, *d. l.* 3. *§. vltim. ff. de Adim. leg.*

Mediâ quadam via incedunt Emman. 316
à Costa *in §. Et quid si tantùm, p.* 3. *n.* 180. & Mol. *d. disp.* 176. *vers. Mihi sanè*, qui tenent, non censeri statim abolitam exhęredationem, & reuocatum testamentũ ob dictam reconciliationem cum filio ingrato, & consequenter non posse ab eo dici nullum post mortem patris: at posse ab illo impugnari querelâ inofficiosi, opponendo, & probando, quod per illam reconciliationem fuerit remissa injuria ingratitudinis, atque adeo sublata causa, ob quam pater illum exhæredare poterat; & sic tandem annullandum fore tale testamentum, & filium ad hæreditatem patris ab intestato admittendum. Hæc vltima sententia mihi videtur præferenda; quia priores duas aliquo modo conciliat: neq; contra illam vim habent earum fundamenta, sed potiùs illam adjuuant vt consideranti patebit, & hæc creditur fuisse mẽs Barthol. pro prima sentẽtia allegati. Maximè verò procedit hæc sentẽtia, si pater 31
expresè remisit ingratitudinem filij.

Quarta duhitatio est: vtrùm si filius in- 31
gratus, patre viuente, agat pænitentiam, & emendetur, talis pænitentia exhæredationem tollat, vel saltem impediat, ne pater illum exhæredare possit? Partem affirmantem amplectuntur non pauci apud Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *n.* 44. *ad fin. ff. Sol. matr.* asserentes, si filia, quæ peccauit in corpus suum, pænituerit, & emendetur, reuocatã censeri exhæredationem: & quòd pænitentia impediat, ne postea ob præteritam ingratitudinẽ à patre exhæredari possit, multò plurium est sententia, quam nõnulli dicũt cõmunem, vt videre est apud Iul. Clar. *de Test. q.* 41. *vers. Præterea quæro*, vbi illam in his terminis amplectitur, & apud Couar. *in d. c. Raynutius, n.* 18. vbi plures pro ea refert: illam etiam admittit Cald. Per. *QQ. forens. lib.* 1. *q.* 18. *n.* 8. *ad fin.* referẽs esse cõmunem. Facit, & adduci solet

solet pro hac parte *l. Imperialis, Cod. de Nuptijs, & cap. Ferrum, 50. dist.*

318 Contraria tamen sententia, quod illa pœnitentia, & emendatio non tollat, neque impediat fieri exhæredationem est longè verior, & omnino tenenda. Eam relatis alijs tuentur Couar. *loc. cit.* Barb. *loc. etiam citat. num. 45. & 46.* Emman. à Costa *in §. Et quia si tantum, p. 3 numer. 192.* Molin *d. disp. 176. vers. Dubium præterea est*, & alij, quibus accedit Ioannes Dilectus *tract. de Arte testandi, cautela, 17. num. 2.* vbi ait, quòd in judicando non sequeretur oppositam opinionem, licèt eam probauerit Abbas, & Alex. quos ibidem refert. Fundamentũ est, quia pœnitentia non operatur, nisi quoad Deum, nec impedit jus alteri quæsitum, vt notat Glos. *in cap. Gaudemus, de Diuortio*, & latè prosequitur Couar. & Barbos. *loc. cit.* Nec obstat *d. l. Imperialis*, quia solũ probat, quòd filia emendata digna est veniâ & gratiâ, non verò quòd pater teneatur culpam, & pœnam ingratitudinis ei remittere. Non obstat etiam *d. cap. Ferrum*, quia solùm agit de pœnitentia peccati, vt est offensa Dei.

Quinta dubitatio est: vtrùm filio ingra-
319 to ingrediente Religionem, per professionẽ in illa impediatur, & tollatur exhæredatio? Negant absolutè Iaf. *in Auth. Non licet, n. 4. C. de Liber. præter.* & alij quos refert Emman. à Costa infra citan. argum. text. *in l. Deo nobis, 42. §. Hoc etiam, C. de Episc. & cleric.* quatenus ibi statuitur, vt filio ingrediente Religionem, parentibus inuitis, non possit ex ea sola ingratitudinis causa exhæredari; quo planè supponitur, posse exhæredari ex alijs. Neque in contrarium, vt dicti AA. credunt, extat priuilegium, quo hęc prærogatiua Professioni concedatur. Nam licèt in *c. fin. 19. q. 3.* expressè habeatur, quod assumens statum monachalem non possit exhęredari ob vllam ingratitudinẽ antea cõmissam; hic textus desumptus est ex quadam Nouella constitutione Cæsarea, de cujus auctoritate & veritate valde dubitatur; cùm non sit inserta in corpore juris Ciuilis, nec authoritas Gratiani, qui eam dicto loco apposuit, tanta sit vt illam tanquam veram legem, ac legitimè promulgatã recipere cogamur; quemadmodo post alios considerauit Alciat *in Parergon, lib 4. cap. 23.*

Cæterùm, cum dicta Nouella reperiatur 320
inserta in corpore juris Canonici, credunt aliqui, quòd de jure Canonico competit illud priuilegium Professioni religiosæ, licèt aliud sit de jure Ciuili. Ita Glos. *in Auth. De monachis, col. 1 in princ. ver. Maculam*, & Salic. *in d. l. Deo nobis, §. Hoc etiam, n. 1.* Id tamen meritò reprobat Sanch. *tom. 2. in Dec. lib. 5. c. 5. n. 32.* Quia leges insertæ Decreto per Gratianũ solũ gaudent authoritate juris Ciuilis, ex quo desumptæ sunt, vt cũ alijs probat idẽ Sanch. *lib. 9. de Matr. disp. 12 n. 3. & 5.* Vnde si illud priuilegiũ non subsistit de jure Ciuili, vigore dictæ Nouellæ, neque etiam de jure Canonico vim habet.

Alij verò distinguunt, asseruntq; si ingra- 321
titudo justam exhæredandi causam præbens erat ex vitio solũ filiũ directè cõcernenti, vt quia erat arenarius, hãc per Professionẽ aboleri, eoquod ad meliorẽ frugẽ se receperit: secus autẽ si ipsũ patrem directè offendit, vt si filius cũ graui injuriâ affecit, vel filiam ejus ignominiâ indigno absq; ejus consensu nupsit. Sic Bald. *in d. l. Deo nobis, §. Hoc etiã, n. 2.* & ibi Paul. *n. 1.* Aret. & Curt. jun. quos refert, & sequi videtur Couar. *in d. c. Raynutius, in princ. n. 20 de Test.* Atq; juxta hoc judicatũ fuisse in Regio Senatu Castellæ, filiam nubentẽ absq; patris consensu exhæredari potuisse, licèt nõ consũmato matrimonio Religionẽ professa sit, testatur Ioan. Lup. *in l. 49 Tauri, ad fin.*

Nihilominus receptior, ac verior sen- 322
tentia est, quaslibet ingratitudinis causas Professione aboleri, itaut propter nullam eorũ filius exhæredari possit. Ita in specie Panorm. *cõsil. 27. n. 2. lib. 2.* Em. à Cost. *in §. Et quia si tantum. p. 3 à n. 195.* Mol. *d. disp. 176 prope fin.* Sanch *tom. 2. in Dec. lib. 5. c. 5. n. 33.* Lazena, & Rodrig. quos citat, & sequitur Pellizarius *tom. 1. Manual. regular. tract. 3. cap. 4. numer. 41.* Stant etiam pro hac sententia Glos. *in d. l.*

Deo nobis, §. Hoc etiam, verb. Quasi, & in d. cap. fin. verb. Ingratitudinis, 19. *q.* 3. & ibi: Turrecrem. *num. vnic.* Cardinal. Felin. D. Antonin. Angel. & Sylu. quos refert Sanch. *proximè citat.* indistinctè asserentes, ingratitudinem aboleri professione. Probatur ex *d. Nouella Constitutione*, quæ in Religionis fauorem hoc priuilegium expressè, & indistinctè professioni concedit; & cùm contineat jus Cæsareum, illudque nouissimum, omnibus anterioribus juribus prævalet, neque argui potest falsitatis, non solùm quia Gratianus, qui eam Decreto inseruit, vir fuit integerrimus, & probatæ authoritatis, sed etiam quia in alijs quoque emendatis codicibus reperitur, teste Couar. *vbi sup. num.* 21. Nec obstat contrarium fuisse judicatum in Regio Senatu Castellæ, quia sententia à judicibus prolata non facit jus, vt contra nonnullos ostendimus, *disp.* 1. *sect.* 5. §. 4. *num.* 213. *& seq.* & Senatores, qui ita judicarunt, moueri potuerunt aliqua ex prædictis opinionibus contrarijs, quæ tunc adeo improbatæ non erant.

323 Hæc sententia locum etiam habet in ijs, qui in Societate Jesv per vota simplicia post biennium nouitiatûs fiunt Religiosi, vt bene aduertût Sanch. *d. c.* 5. *n.* 34. & Pellizarius *vbi sup.* Tum quia dictum priuilegium conceditur fauore professionis, eoquod per illã fit profitens verè Religiosus, & vitam notabiliter mutat in melius; quod vtrumque in dictis votis reperitur. Tum etiam, quia textus dictæ Nouellæ relatæ *in c. fin.* 19. *q.* 3. loquitur de eo, qui fit monachus, idest Religiosus. Addunt præterea citati DD. expulsum à Religione post professionem, vel dicta vota simplicia non reincurrere in pristinam ingratitudinem, seu pænam illius, cùm semel fuerit abolita. Quod intelligo, nisi in fraudem illius dicta vota emitteret, animo exeundi postea à Religione, & potiundi hæreditate, cùm fraus nemini patrocinari debeat.

Sexta dubitatio est: vtrùm si filius post
324 cõmissam ingratitudinem exhæredationis dignam incidat in amentiam, viuente patre, possit nihilominus exhæredari? Respondetur affirmatiuè, ex communi sententia, quam multis citatis DD. retuli, & sequutus sum *disp. præc. sect.* 4. §. 3. *n.* 795. licèt ab ea recedat Iul. Clar. vel potiùs illam temperet *tract. de Test. q.* 41. *vers. Sed pone*, dicens non posse talem furiosum exhæredari in ejus odium, idest, mala mente, sed solùm in ejus, vel ab eo descendentium, beneficium, atque adeo bona mente; & in hunc sensum accipi posse leges, quæ pro contraria communi opinione afferuntur, vt *l. fin.* §. *Sed cum antiquitas, C. de Curat. furios.* & aliæ similes. Atque hanc suam opinionem dicit apertè colligi ex *l. pen.* §. *Etmaximè, ff. de Curat. furios.* Quæ quidem sententia mihi satis æqua, & probabilis videtur.

Dubitari tandem hic potest, vtrùm filio 325
exhæredato teneatur pater prouidere de alimentis, saltem ad vitæ sustentationem necessarijs? At cùm hoc præsentis instituti non sit, decisionem hujus dubij apud alios remitto, & videri inter alios possunt Ant. Gom. *tom.* 1. *Var. c.* 11. *n.* 13. P. Barb. *in l.* 1. *p.* 4. *n.* 41. Cald. Per. *QQ. foren. q.* 18. *n.* 9. & Sanch. plurimos referens *lib.* 4. *de Matr. disp.* 26. *in princip.*

§. 9. *Vtrum filij legitimati necessariò sint instituendi hæredes in testamento paterno, sicut legitimè nati?*

SUMMARIUM.

Filij simpliciter legitimati necessariò debent instituí hæredes in testamẽto paterno, sicut legitimè nati; & si à patre prætereãtur, possunt dicere testamentum nullum; n. 326.

Quid, si non sint legitimati simpliciter, sed cum aliqua restrictione, vel tantùm sint dispensati? num. 327.

Tripliciter possunt, & solent filij legitimari: vel per subsequẽs matrimoniũ, vel per dispensationẽ in radice matrimonij, vel per rescriptũ, seu beneficiũ Principis. Quando, & qua ratione hi modi legi-

gitimandi locum habeant? num. 328.

Legitimatio facta per rescriptum Principis, solùm est, quoad ciuilia. Et facta per rescriptum Principis Ecclesiastici, ideſt Summi Pontificis, solùm regulariter est quoad Ecclesiastica, seu spiritualia, num. 329.

Legitimatio non solet concedi à Principe sæculari, præsertim in Hispania, & Lusitania, nisi cum aliquibus limitationibus. Et plerunque tales legitimationes sunt tantùm dispensationes, vt in Lusitania, in ipsa forma concessionis appellantur, num. 329.

Vnde dignoscatur, an legitimatio concessa per rescriptum sit propria, vel tantum dispensatio? num. 330.

In quo consistat propria ratio legitimationis veræ, & in quo à dispensatione differat? num. 331.

Quãdo legitimatio est tantũ dispensatio, interpretanda est strictè: quando verò est legitimatio propria, amplè, n. 332.

316 POst filios legitimos, seu legitimè natos, de quibus hactenus dictum est, sequitur vt dicamus de legitimatis, an similiter oporteat, eos hæredes institui à parentibus; cùm per ipsam legitimationem efficiantur legitimi? Hac igitur in re generalis, & vera resolutio est, filios simpliciter legitimatos necessariò instituí debere hæredes in testamento paterno, sicut legitimè natus. Ita relatis alijs Couar. *Epitome in* 4. *lib. Decret. p.* 2. *cap.* 8. §. 8. *num.* 2. Gama *decis.* 11. *num.* 4. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 173. *vers. Legitimatus Principis*, Cabedo, 2. *p. decis.* 69. *num.* 2. Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 9. *num.* 17. & cæteri DD. communiter, qui docent simpliciter legitimatos, si à patre prætereantur, posse dicere testamentum nullum, vt probat tex. *in* §. *Generaliter, Authent. Quibus mod. natural. effic. sui, iuncta l. Filius à patre,* §. 1. *ff. de Liber. & posth.* Ratio verò est, quia per legitimationem simpliciter, ita filius illegitimè natus restituitur natalibus, & sub patria potestate constituitur, vt nihil à legitimis, seu legitimè natis differat, §. *Illud tamen, d. Auth. Quib. mod. nat. effic. sui*, & sic comparat omnia legitimorum jura, tam quoad successionem ab intestato, quàm ex testamento, vt non minùs teneatur pater ei relinquere legitimam, & in ea illum instituere, quàm si legitimè natus esset: vnde consequens est, quòd si à patre prætereatur, vel indebitè exhæredetur, dicere possit testamentum nullum, vel per querelam inofficiosi illud impugnare, juxta omnia jura, quæ filijs legitimè natis id concedunt.

Dixi, *simpliciter legitimatos*, quia si 327
non legitimentur simpliciter, sed cum aliqua restrictione, vel solùm dispensentur in aliquibus inhabilitatibus illegitimorũ, vt sæpe fit; euenire ex hoc capite poterit, vt pater non teneatur eos instituere hæredes, nec illi possint impugnare testamẽtum, in quo ab eo fuerint prætériti. Quocirca non erit abs re explicare in præsenti, quando censeantur simpliciter, seu quoad omnia legitimari, & quando cum tali restrictione, vt pater non teneatur eos instituere?

In primis ergo sciendum, tripliciter so- 328
lere filios legitimari. Primo, per subsequens matrimonium: qua ratione legitimatur proles genita à parẽtibus habilibus ad contrahendum inter se matrimonium tempore conceptionis, aut natiuitatis ipsius prolis, *l. Cum quis, & l. Nuper, C. de Natur. liber. c. Tanta, Qui filij sint legitimi,* §. *Reliqui igitur, Auth. Quib. mod. nat. effic. sui.* Secundò per dispensationẽ in radice matrimonij irritè contracti, retrotrahendo dispensationem ad tempus quo fuit contractũ, ac subinde legitimando indirectè prolem ex eo natam, perinde acsi ex valido, & legitimo matrimonio fuisset suscepta: qui legitimandi modus, seu potestas ad illum, Sũmo Pontifici cõpetit vt est cõmunissima DD. sentẽtia, pro qua innumeros refert eos sequens Sanch. *lib.* 8. *de Matr, disp.* 7. *n.* 4. licèt nõnulli, quos citat *n.* 3. refragentur. Tertiò per rescriptũ, seu beneficiũ Principis directè legitimantis personã, tollẽdo ab ea inhabilitates, quibus jure positiuo ob natalium defectum afficitur, *d.* §. *Illud tamen,*

Auth. Quib. mod. nat. effic. sui. Hac ratione solus Princeps supremus potest legitimare suos subditos, quoad ea, in quibus illi subduntur: Molina *d. disp.* 173. *vers. Legitimare, & seq.* cæterique omnes. Olim etiam legitimabantur filij per oblationem curiæ, vt habetur *in §. Primus itaque modus, & seqq. Authent. Quib. mod. nat. effic sui.* Hic tamen legitimandi modus jam hodie non est in vsu, vt cum alijs affirmat Mantic. *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 10. *num.* 1. & ideo hic illum prætermittimus.

329 Sciendum prærerea, legitimationem tertio modo factam, id est, per rescriptum Principis vix, aut nunquam esse simpliciter, seu quoad omnia. Nam si facta sit per Principem sæcularem, solùm est quoad ciuilia, tollendo scilicet inhabilitates jure Ciuili inductas, non autem inductas jure Canonico, quę potestatibus laicis non subduntur. Si autem per Principem Ecclesiasticum, qualis in hac materia est solus Summus Pontifex, vel qui ab eo facultatem habuerint, solùm regulariter est quoad spiritualia, & Ecclesiastica, tollēdo inhabilitates inductas jure Canonico, vt ad Ordines, Beneficia, &c quia Pontificia potestas, non extenditur per se ad ciuilia, nisi tantùm in terris temporali dominio Ecclesiæ subjectis, vel in aliquo raro casu, in quo spirituale bonum animarum illius prouidentiam exigeret, nolente, aut negligente Principe sæculari, ad quem per se spectaret, suo muneri ea in re satisfacere: Couar. *Epit. in* 4. *Decret. p.* 2. *cap.* 8. §. 8. *num.* 16. Molina *d. disp.* 173. *in princip.* Sanch. *d. disp.* 7. *num.* 1. Deinde, etiam quoad ciuilia, non solet fieri legitimatio per rescriptum Principis, nisi cum aliquibus clausulis eam limitantibus, vt quòd legitimatus possit succedere in eo, quod pater ei relinquere voluerit, quæ clausula apponi solet in legitimationibus, quæ fiunt in regnis Hispaniarū, teste Roderico Suar. & Gregor Lop. apud Couar. *d.* § 8. *num* 2. *ante med.* & in ijs, quæ fiunt in Lusitania, vbi etiam additur, quòd ab intestato possit succedere patri tantummodo, vt videre est apud Gamam *d. decis.* 11. *num.* 2. & mihi etiam constat ex vsitata forma, quam apud me habeo, sub qua in hoc Regno rescriptum legitimationis à Rege conceditur. Item apponi in hoc Regno solet clausula, *Sine præjudicio legitimorum hæredū*, vt etiam habetur in d. forma, & tradunt Valasc. *de Partition. cap.* 12. *num.* 43. & Cabedo 2 *p. decis.* 69 *num* 4 qui etiam testatur de illa alia; *Quòd succedat in eo, quod pater voluerit.* Unde legitimationes, quæ in hoc Regno fieri solent, non veras legitimationes esse, sed potiùs dispensationes, censent plerique Lusitani scriptores, Gama *d decis.* 11. *num.* 4. & *decis.* 134. *num.* 1. Valasc *d. cap* 12. *numer.* 42 & *consult.* 165 *num.* 7 Cabed. *d. decis.* 69 *num* 3. Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib.* 2. *tit.* 26. §. 32 *sub numer.* 4. & alij. Et quidem in prædicta forma legitimatio, quæ in ejus terminis conceditur, dispensatio etiam semel atque iterum appellatur.

Cæterùm ad discernendum quando 330
habilitatio illegitimi per rescriptum concessa, est vera & propria legitimatio, quando solùm dispensatio, optima regula est, quam ex communi tradit Molina *d. disp.* 173. *vers. Hoc autem discrimen,* & probat etiam relatis alijs Gama *decis.* 383. *num.* 5. & Couar. *d.* §. 8 *numer.* 2. *ante med.* vt scilicet, quando Princeps illegitimum habilitat particulariter ad aliquod certum, vel ad aliqua tantùm, verè sit dispensatio, licèt vsus sit verbo legitimandi, vt dicendo, *legitimum efficio ad hoc, vel illud:* quando autem habilitat vniuersaliter, siue ad ea, quibus jure Ciuili, siue quibus Canonico redditus erat inhabilis, tunc sit propriè legitimatio, licèt id fiat per verbum dispensandi, quia potiùs attendi debet ad id quod fit, quā ad verba, quibus fieri significatur.

Ratio verò dicti discriminis est, quia 331
legitimatio vera & propria definitur; Restitutio, *qua illegitimè natus restituitur natalibus, quibus omnes homines per ipsam naturam ante vllum jus positiuum nascebantur habiles ad omnia, ad quæ postea illegitimè nati jure positiuo redditi*

sunt

sunt inhabiles, d. §. Illud tamen. Auth. Quib. mod. nat. effic. sui, vnde legitimatio propriè dicit quamdam habilitationē vniuersalem. Quando autem illegitimus particulariter habilitatur ad aliquid, vel aliqua tantùm, talis habilitatio non est vniuersalis, vt pater, & sic non est legitimatio, sed dispensatio: econtra verò, quando habilitatur vniuersaliter, vera legitimatio est, etiamsi fiat cum aliqua restrictione, vt si absolutè dicatur; *Legitimum eum facio*, vel, *Restituo eum naturæ, & legitimo juri, at non poterit succedere ab intestato, nisi tantùm patri*; vel quid simile; quia hæc restrictio non tollit, quominus habilitatus fuerit vniuersaliter, & sit verè legitimatus, sed solùm impedit aliquem legitimationis effectum, vt notabiliter declarat Socin. apud Gamam vbi sup. & tenet Couar. *d. §. 8. num. 2.* ac relatis etiam alijs Cabedo, *d. decis. 69 numer. 8.* & Molin. *d. disp. 173. vers. Dubitant Doctores*, id quod optimè confirmari potest exemplo institutionis hæredis, qui si instituatur cum aliqua declaratione tollente aliquem vel aliquos institutionis effectus, vt quod non possit liberè disponere de hæreditate, vel aliqua ejus parte, vel de tali, aut tali re, id non tollit quominus sit propria, & vera institutio vniuersalis, & institutus fiat propriè hæres, atque vniuersalis successor, vt est indubitatum.

332 Hinc fit, vt quando legitimatio est tantùm dispensatio, strictè sit interpretanda, quia dispensatio est stricti juris, ita ut non plus valeat, quàm verba strictè intellecta sonant; *cap. 1. §. Ille verò, de filijs præsbyt. in 6.* Sanch. latissimè id declarans *lib. 8. de Matrimon. disp. 1 num. 3. & multis seqq.* Unde nihil operatur vltra effectum, ad quem expressè conceditur. Quando autem est vera legitimatio ample intelligenda est, cùm personam generaliter habilitet, faciendo eam absolutè legitimam, & capacem omnium, quæ legitimis competunt, ijs tantùm exceptis, quæ tacitè, vel expressè excipiuntur. Ita Couar. *d. §. 8. num 2. ante med.* & Molin. *dict. disp. 173.* paulò post principium *vers. Illud antequam.*

§. 10. *De legitimatis per subsequens matrimonium.*

SUMMARIUM.

Legitimatus per sequens matrimonium euadit perfectè legitimus, nec minùs tenetur pater illum instituere hæredem, quàm si constante matrimonio natus esset; num. 333.

Quæ conditiones requirantur, vt prædicta legitimatio locum habeat? numer. 334.

Conditiones, quæ solùm de jure Ciuili requiruntur ad legitimationem per subsequens matrimonium, non sunt hodie necessariæ, etiam in foro sæculari, sed tantùm, quæ postulantur de jure Canonico; num. 335.

Vtrum ad legitimationem per sequens matrimonium requiratur, quòd filius legitimandus consentiat, vel non sit inuitus? num 336.

Vtrum etiam per sequens matrimonium clandestinum, si validè contractum sit, poles legitimetur? num. 337.

Vtrum per matrimonium celebratum tempore mortis proles antea suscepta legitimetur? num. 338.

Legitimati per sequens matrimonium habent plenum jus ad succedendum parentibus, etiam existentibus alijs filijs legitimis constante matrimonio natis; num. 339.

Legitimatus per sequens matrimonium præfertur cæteris omnibus filijs ex ipso matrimonio, vel alio posteriore genitis, in successione maioratûs, & similium bonorum, quæ maioribus natu deferuntur; num 340. Id verò intellige, nisi alteri filio juniori jam quæsitum esset jus ad talia bona; & quando id poterit contingere? num 341.

Per subsequens matrimonium legitimantur respectu contrahentium omnes eorum

rum descendentes naturales ante ipsum matrimonium geniti, licèt sint nepotes ex filio, qui ante tale matrimonium celebratum mortuus est, nec per illud fuit legitimatus; num. 342.

Vtrum filij naturales putatiui, verè autem spurij, eoquod sint geniti ex parentibus ignorantibus habere inter se impedimentum dirimens matrimonii, cùm illud haberent, legitimentur per matrimonium postea cum dispensatione in tali impedimento celebratum? numer. 343. *& seqq.*

Quæ legitimatio intelligatur concedi à Papa, cùm dando facultatem ad dispẽsandum in impedimento matrimonij eorum, qui declararunt habuisse inter se copulam, dicit; Authoritate nostra dispenses, prolem susceptam, si qua sit, & suscipiendam, legitimam decernendo? *num.* 344.

Filius conceptus, vel natus ex parentibus illegitimis postquam fuerunt dispensati in impedimento matrimonij, quo antea laborabant, est verè naturalis, & legitimatur per sequens matrimonium; num. 345.

Vtrum filius verè naturalis legitimetur per sequens matrimonium inualidum, bona tamen fide, & in facie Ecclesiæ celebratum, at validum existimatum; vt quando post talis filij natiuitatem parentes ignoranter contraxerunt impedimentum dirimens; num. 346.

333 His suppositis, triplici principali cõclusione præsenti instituto satisfaciemus. Prima conclusio sit. Legitimatus per subsequens matrimonium euadit plenè & perfectè legitimus, nec minùs tenetur pater illum instituere, quàm si constante matrimonio natus esset. Est certa, & indubitata apud omnes sententia, per *d. cap. Tanta, Qui filij sint legitimi*, ibi; *Tanta est vis matrimonij, vt qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*, & *d. Auth. Quib. mod. nat. effic. sui, cap.* 2. *vers. Siquis igitur dotalia*, ibi; *Legitimas esse nuptias, & filios, vel præcedentes* (scilicet nuptiarum celebrationem) *vel conceptos, legitimos ei esse sancimus.* Vbi cùm nulla prorsus limitatio tali legitimationi adhibeatur, fit planum taliter legitimatos perinde fieri legitimos, acsi legitimè concepti essent; & consequenter non minùs teneri parentes eos instituere hæredes in suis testamentis, quàm alios filios constante jam matrimonio natos. Cum enim hæc legitimatio inducta fuerit in fauorem, & honorem matrimonij propter magnam ejus dignitatem id quodammodo exigentem, est omnium fauorabilissima, vt ex Tiraquel. *de Iure primog. q.* 34. *num.* 28. aduertit Mantic. *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 12. *num.* 2. & sic extenditur ad omnes effectus plenissimæ legitimationis; ita vt taliter legitimatus nihil à legitimis differat, tam quoad successiones, quàm quoad quęuis alia, vt descendendo ad multa particularia latè prosequitur Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 24. *à num.* 1. Quod in hoc Lusitaniæ Regno adeò receptum est, vt etiam ad succedendum in bonis Coronæ hujusmodi filij admittantur *lib.* 2. *Ordinat. tit.* 35. *§.* 2.

Aduertendum tamen, quod vt hæc le- 334
gitimatio locum habeat nonnullæ conditiones, & solemnitates à jure Ciuili requiruntur, quas jus Canonicum non postulat. Nam de jure Canonico solùm requiritur, quòd filij sint nati ex parentibus, qui tempore conceptionis, vel natiuitatis ipsorum filiorum essent habiles ad matrimonium validè inter se contrahendum, vt constat ex *d. cap. Tanta*; vbi sola hæc conditio postulatur, & notant communiter DD quos latè refert eos sequens Mantica *d. tit.* 12. *num.* 5. *& seqq.* De jure autem Ciuili, vltra hanc conditionem, requiritur, quòd tales filij sint nati ex muliere, quæ esset viri concubina, eaque vnica in ejus domo loco vxoris detenta, vt sumitur ex *§. Tribus, Auth. Quib. mod. nat. effic. legit. & §. Siquis autem, Auth. Quib. mod. natural. efficiant. sui, & §. vltim. Instit. de Nuptijs*, estque communis sententia, quam tenet

Barth.

Barthol. *in l. vltim. ad fin. ff. de Concubin.* & plerique alij, quos citat & sequitur Mantica *d. num.* 5. & Caldas *de Nominat. q.* 21. *num.* 74. Et præterea, quod postea matrimonium cum ea celebretur confectis instrumentis dotalibus, vel saltem nuptialibus, juxta tex. *in d. Auth. Quibus mod. natural. effic. sui, cap.* 2. *§. Siquis igitur dotalia, & in d. §. vltim. Inst. de Nupt.* quæ etiam est communis sententia, quam sequuntur, & latè explicant Mantica, & Cald. *loc. cit.* Item juxta aliquos requiritur quòd mulier talis esset conditionis, vt honestè posset duci in vxorem, vt apud eundem Caldas videre licet.

Vnde non immeritò dubitari solet, an 335
deficientibus his conditionibus juris Ciuilis, vel aliqua earum, satis sit interuenire tantùm dictam conditionem juris Canonici, ad hoc vt filij per sequens matrimonium euadant perfectè legitimati, etiam quoad successiones, & reliqua temporalia in terris non subjectis temporali dominio Ecclesiæ, vbi jus Cæsareum seruatur. Qua in re partem negatiuam, saltem vt veriorem, nonnulli Iuristæ amplectuntur; eoquod in temporalibus juri Ciuili standum sit, non verò juri Canonico, cui temporalia extra terras Ecclesiæ non subduntur. Ita sentiunt Cynus *in l. Et si contra, Cod. de Nupt.* Bald. *in l. Neque, Cod. de Nupt.* Angel. Alex. Ruin. Curtius jun. Socin. jun. Alciat. & alij, quos refert Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 12. *num.* 6. At contrarium tenendum est, cum communissima, & longè veriori sententia; quia in jis, quæ spectant ad matrimonium, & ejus accessoria, standum omnino est juri Canonico, cui nulla ratione potest denegari, efficere potuisse vt vis matrimonij retrotraheretur, ipsius juris fictione, ad tempus conceptionis illorum filiorum, & sic efficere, vt perinde euaderent legitimi, acsi constante jam ipso matrimonio concepti essent, interueniente tantùm dicta conditione ejusdem juris Canonici. Ex quo planè consequitur, talem legitimationem esse plenissimam, & vbique gentium habere locum etiam quoad temporalia; cùm per illam retrotractionem matrimonij filius censeatur natus ex ipso matrimonio, & sic tam legitimus quoad omnia, quàm qui verè legitimi nascuntur. Et ita hanc sententiam tenent Couar. *Epit. in* 4. *lib. Decret. p.* 2. *q.* 8. *§.* 2. *num.* 8. Caldas *d. q.* 21. *de Nominat. numer.* 81. Peregr. *Fideicommiss. art.* 24. *num.* 53. *& seqq.* Mantic. *d. tit.* 12. *num.* 8. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 172. *vers. Per subsequens matrimonium*, affirmans esse in praxi receptam, etiam in foro sæculari, ac legibus Lusitaniæ, & Castellæ approbatam, Sanch. *lib.* 3. *de Matrimon. disp.* 43. *num.* 2. *ante med.* & alij permulti, quos referunt.

Dubitant præterea Doctores, an præ- 336
dicta legitimatio locum habeat, etiamsi filius, de quo legitimando agitur, sit inuitus, vel non consentiat? Negant multi, quos citat, & sequitur Peregrinus *de Fideicommiss. art.* 24. *num.* 57. per text. *in §. Generaliter, Auth. Quib. mod. nat. effic. sui*, vbi quocumque modo filius legitimandus sit, etiam per subsequens matrimonium, quod ibi significatur per celebrationem instrumentorum dotalium, consensus ipsius filij postulatur; idque ea ratione, quæ ibidem exprimitur, his verbis, *Nam si soluere jus patriæ potestatis inuitis filijs permissum non est patribus, multò magis sub potestate redigere filium inuitum, & nolentem.* Addit verò idem Peregrin. *num.* 58. satis esse consensum filij per subsequentem ratificationem; & quidem sufficere tacitum ejus consensum in eodem text. exprimitur. At nullum filij consensum necessarium esse de jure Canonico, cui in vtroque foro in præsenti materia standum est, vt supra statuimus, docet meritò Couar. *in Epit. ad* 4. *lib. Decret. cap.* 8. *§.* 2. *num.* 13. & Molin. *d. disp.* 172. *vers. Vt naturales filij*, quia *in d. cap. Tanta, Qui filij sint legitimi*, tribuitur jus efficiendi hanc legitimationem ipsi matrimonio subsequenti; ita vt non minùs efficiat legitimos filios antea natos, quàm qui constante jam ipso matrimonio nascuntur: vnde

sicut

sicut istorum legitimatio fit independenter ab illorum consensu, ex sola virtute matrimonij, ita etiam & illorum: non enim oportuit, nec decuit, vt jus & effectus matrimonij à filiorum voluntate dependeret.

337 Quæstionis etiam non leuis est, an dicta vis legitimandi prolem antea genitam, competat etiam matrimonio clandestino, validè tamen contracto? Negat Menoch. *de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. num.* 100. vbi pro eadem sententia refert Boer. & Cephal. idem etiam tenent alij apud Manticam, & Sanch. statim citandos. Mouentur argum. text. *in cap. fin. §. Siquis verò, de Clandest. desponſ.* vbi in odium clandestinitatis statuitur, non fieri legitimam prolem habitam ex matrimonio clandestino putatiuo, quamuis ejus nullitas lateret parentes; quod satis foret, si tale matrimonium clandestinum non esset, vt per text. *in cap. Ex tenore, Qui filij sint legitimi.* Facit etiã pro hac parte jus Ciuile, dum ad legitimationem per sequens matrimonium postulat, vt illud celebretur confectis dotalibus, vel nuptialibus instrumentis, vt supra vidimus, & sic quòd non sit clandestinum. Contrarium tamen tenent meritò relatis alijs Mantic. *ae Conjectur. vltim. volunt. lib. 11. tit. 12. num.* 13. & Sanch. *d disp.* 43. *num.* 2. quia *in d. cap. Tanta, Qui filij sint legitimi,* vniuersaliter decernitur, filios naturales legitimari per sequens matrimonium: & nullus reperitur textus, vbi id limitetur, vt non procedat in clandestino: juris autem correctio, vel limitatio, admittenda non est, vbi non apparet aliud jus contrarium, vel saltem aliqua cogens ratio; quæ certè in præsenti non datur. Et quidem argumentum in contrarium ex text. *in d. §. Siquis verò,* minimè cogit, cùm ibi agatur de matrimonio irrito, quod neque de se, neque ex juris priuilegio habet legitimare prolem, nisi tantùm ob bonam fidem contrahentium, quę in clandestino cessat: in nostro autem casu matrimonium est validum, & vt sic habet eam virtutem, de qua *in d. cap. Tanta,* dicitur esse tantam, vt prolem naturalem antea susceptam legitimam efficiat. Quod vero ex jure Ciuili additur, de necessitate instrumentorum dotalium, jam supra *num.* 335. exclusum est. Quare hanc sententiam omnino tenendam esse firmiter asseuerat Sanch. *cit.* nihil obstante, quod multi & graues DD. contrariam sequantur; quia vt dicitur *in l. 1. §. Sed neque, Cod. de Veteri jure enuclean.* non ex multitudine Authorum, sed quod melius, & æquius est judicari debet.

Dubitari etiam solet, vtrùm matrimo- 338
nium celebratum tempore mortis dictam vim habeat legitimandi sobolem naturalem antea habitam? At citra dubium pars affirmatiua tenenda est, pro qua innumeros DD. eos sequens adducit Sanch. *lib. 4. de Matrimon. disp.* 105. *num.* 5. contra Bald. qui singulariter contrarium docuit *in l. Eam quam, num.* 27. *Cod. de Fideicommiss.* Efficax, & concludens ratio sumitur ex generalitate *d. cap. Tanta,* vbi sine vlla limitatione ea vis matrimonio tribuitur. Vnde idem Baldus *in l. Nuper, statim, in principio, Cod. de Natural. liber.* sibi parum constans rectè adnotauit; non cohærere, quòd matrimonium sit validum, & non efficiat prolem naturalem antea habitam legitimam. Quòd si opponas *in d. l. Nuper,* declarari matrimonium habere vim legitimandæ prolis; quando spe sobolis initur; quæ spes in nostro casu non datur. Respondent communiter DD. teste Sanch. *sup.* illud matrimonium dici initum spe prolis, eoquod ineatur ad suscipiendam prolem legitimam ratione matrimonij, quę antea susceptа fuerat illegitima. Et quod dicimus de matrimonio tempore mortis inito, pari modo procedit, & intelligendum est de matrimonio inito à sene decrepito cum concubina; cùm eadem de illo sit ratio, vt optimè aduertit latè id declarans Couar. *Epit. in 4. lib. Decret. 2. p. cap. 8. §. 2. num. 11. & 12.* & tradit etiam relatis alijs Molina *d. disp. 172. vers. Dubium præterea,* & Sanch. *d. disp. 105. num 7.* Id vero intelligo, dummodo talis senex præ ætate non sit cocundi potentiã destitutus, vt Sanch. aduertit; quod tunc

tunc validum matrimonium inire nequeat, ob impedimentum impotentiæ

339 Redeundo autem ad effectum dictæ legitimationis per matrimonium sequēs, ex quo legitimati, tam quoad successiones, quàm quoad alia, nihil à legitimis differunt, vt dictum est; notandum principaliter est, taliter legitimatos non solū habere plenum jus legitimorum ad succedendum parentibus, quando non extiterint alij eorum descendentes legitimi, qui constante jam matrimonio nati sint, sed etiam illis existentibus, vt optimè aduertit Molin. *d. disp. 172. vers. Denique legitimi*, & constat facilè, tum ex supra dictis, quæ ostendunt hanc legitimationem esse plenissimam, & fauorabilissimā, atque adeo nullatenus restringendam; tum ex text. qui videtur expressus, *in l. Cum quis, §. vltim. Cod. de Natural. liber.* ibi; *Omnes liberos* (scilicet tam ante, quàm post matrimonium genitos) *vna eâdemque lance trutinari, & omnes filios suos in potestate suis existere parentibus, vt nec prior, nec junior, vllo habeatur discrimine, sed qui ex ijsdem matrimonijs* (seu vt aliàs legitur, *ex ijsdem maioribus*) *procreati sunt, simili perfruantur fortuna.* Vnde vtrosque oportet institui hæredes in testamento paterno, & quilibet eorum pari jure potest dicere illud nullū, si in eo sit prēteritus.

340 Quo etiam fit, vt is, qui per sequens matrimonium legitimatus est, cæteris omnibus ex ipso matrimonio, vel alio posteriore genitis præferatur in successione maioratūs, & similium bonorum, quę maioribus natu deferuntur, idque licèt talia bona relicta sint cum clausula, quòd soli legitimi, vel ex legitimo matrimonio nati in eis succedant: cùm taliter legitimati omnino fiant legitimi, & sic cum verè legitimis, & ex legitimo matrimonio natis computentur. Sic Iul. Clar. *§ Feudum, vers. vltim.* Couar. *d. §. 2. num. 25. & 30.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 24. num. 6.* Molin. Iurista *lib. 3. de Primogen. cap. 1. num. 10.* Molin. Theolog. *d. disp. 172. vers. Licet alij*, & cæteri DD. communiter, licèt nonnulli contradicant.

Aduerte autem, hanc præferentiam legitimati maioris natu in successione prædictorum bonorum, non habere locum quando alteri filio juniori jam esset acquisitum jus ad illa, antequam ille maior natu legitimaretur; vt continget, quando illo nato ex concubina pater ejus duceret aliam vxorem, ex qua filios susciperet, & postea mortua illa vxore, matrimonium cum ipsa concubina contraheret; nam licèt per hujusmodi etiam matrimonium filij naturales antea suscepti ex concubina legitimi euadant, vt bene contra aliquos docent Couar. *d. §. 2. num. 15.* Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 60.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 24. num. 60.* Mol. Theol. *d. disp. 172. vers. Meritò autem*, estque communis sententiā; tamen cùm hæc legitimatio fiat postquam filij juniores ex primo matrimonio suscepti jus acquisiuerunt ad illa bona pro solis legitimis relicta, æquum non est, vt eo jure priuentur per filios, qui per posterius matrimonium legitimantur, licèt maiores natu sint. Nam hìc habet locum illa regula; *Qui prior est tempore* (scilicet in jure sibi acquirendo) *potior est jure.* Ac præterea, quia contrarium cederet in fraudem primæ vxoris, quæ tali viro non nuberet, si sciret ejus maioratum non esse deuenturum ad filios ex ipsa genitos. Et ita cum communi docent Molin. Iurista *d. cap. 1. num. 7.* Anton. Gom. *loc. citat. num. 63. & 64.* & Mol. Theol. *vbi sup.* 341

Notandum præterea, quòd si filius naturalis jam sit mortuus, quando ejus pater matrimonium contrahit cum concubina, ex qua illum habuit, licèt talis filius non legitimetur, juxta communem sententiam, quam optimè probat Couar. statim citan: tamen si filios legitimos reliquit, tales filij per illud matrimonium euadunt legitimati respectu aui, vt relatis alijs docent Couar. *d. §. 2. num. 19.* Molin. Iurista *d. cap. 1. num. 9.* Anton. Gom. *ad l. 9. Tauri, num. 61. & 62.* & Molin. Theol. *d. disp. 172 vers. Dubium est*, licèt non pauci refragentur, quos 342

citat

citat eos sequens Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 24. *num.* 6. Probatur, quia matrimonium subsequens ipso jure legitimat omnes descendentes naturales ex ijsdem parentibus ante tale matrimonium genitos. Nam si Princeps potest per rescriptum legitimare immediatè nepotem respectu aui, patre antea defuncto, vt nemo negat, cùm id ex solo jure positiuo, & Principis voluntate pendeat, sanè ad id etiam extendi debet legitimatio per matrimonium sequens; cùm sit fauorabilissima, & ad omnes effectus plenissimæ legitimationis extendenda, vt *supra* notauimus; id quod mihi etiam probat *d. l. Cũ quis, §. vltim Cod. de Natural. liber.* vbi habetur omnes liberos, (ideſt descendentes) indiscriminatim per hujusmodi matrimonium sequens legitimari.

Quæres vtrùm etiam filij naturales putatiui, verè autem spurij, eoquod geniti
343 sint ex parentibus ignorantibus habere inter se impedimentum dirimens matrimonium, cùm tamen illud haberent, legitimentur per matrimonium postea cũ dispensatione in illo impedimento ab ipsis parentibus contractum? Pro affirmatiua parte, multos, graueſque Doctores allegat Couar. *in Epit. in* 4. *lib. Decret. p.* 2. *cap.* 8. §. 2. *sub numer.* 16. At ipse meritò tenet contrarium cum alijs, quos refert, *num.* 17. eumque sequuntur Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *num* 52. Molina Iurista *lib.* 3. *de Primogen. cap.* 1. *num.* 11. vbi alios etiam refert, & Molin. Theol. *tom* 1. *de Iust. disp.* 172. *vers. Dubium deinde est*, quæ sententia multò probabilior est, & mihi penè certa ex sequenti fundamento; quia legitimatio per subsequens matrimonium fit, retrotrahendo juris fictione ipsum matrimonium ad tempus conceptionis, vel natiuitatis filiorum, vt ex dictis constat: in præsenti autem non potest habere locum illa retrotractio, cùm tempore conceptionis, & natiuitatis ipsorum filiorum habuerint illorum parentes impedimentum dirimens, cum quo, vt validum matrimonium verè stare non poterat, ita etiam nec fingi, quòd tunc temporis interuenerit, seu quod ex tunc fuerit validè contractum.

Quod si opponas, in Bullis Pontificis, 344
quibus conceditur facultas disponendi in impedimento matrimonij cum ijs, qui explicarunt habuisse inter se copulam, apponi solere illam clausulam, *Vt non obstante impedimento, matrimonium inter se contrahere libere, & licitè valeant authoritate nostra dispenses, prolem susceptam, siqua sit, & suscipiendam, legitimam decernendo*; vbi cùm proles antea suscepta pari modo decernatur legitima, atque ea quæ post matrimonium suscipietur; consequens est vt quemadmodum per tale matrimonium plenè legitimatur proles post illud suscepta, ita etiam, quæ ante suscepta fuit. Respondet bene Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. disp.* 1. *num.* 16. negando consequentiam; quòd mens Pontificis non sit vtramque prolem æquiparari quoad omnia, sed tantùm quoad hoc, vt vtraque legitimetur, at diuerso modo: quia suscipienda legitimatur ob verum matrimonium, ex quo nascitur, & sic quoad omnia: at verò suscepta legitimatur ex vi solius illius dispensationis; atque adeo solùm ad spiritualia, ad quæ tantummodo potestas Pontificia per se loquendo extenditur, vt *supra, num* 329. cum eodem Sanch. & alijs diximus, estque communis sententia. Imò & in ipsis locis temporali dominio Ecclesiæ subjectis, vbi Pontifex etiam quoad ciuilia legitimare potest, credit idem Sanch. *supra, num.* 14. quod virtute illius clausulæ non intendit Pontifex, vt dicta proles ante matrimonium suscepta legitimetur quoad ciuilia; quia illa clausula communis est omnibus dispensationibus vbique gentium, & non debet censeri diuerso modo apponi erga quosdam, atque erga alios: neque Pontifex censetur tunc dispensare, & legitimare vt dominus temporalis illorum locorum, sed vt pastor totius Ecclesiæ. Accedit tandem quòd illa clausula apponitur in omnibus dispensationibus, quę petuntur ab ijs, qui explicant se habuisse copulam, siue eam habuerint ignorando, siue sciendo se habere

im-

impedimentum; imò ordinariè intelligitur scientiam de illo habuisse, quando cõtrarium non declarant. Unde si sensus dictæ clausulæ esset, vt proles, quæ ex illa copula nata est, decerneretur legitima quoad omnia, sequuto postea matrimonio, non tantùm filij putatiuè naturales, sed etiam indubitanter spurij antea susceptí per sequens matrimonium planè legitimarentur, quemadmodum verè naturales; quod est inauditum, & contra omnia jura superiùs adducta, quæ tantummodo admittunt filios naturales per sequens matrimonium legitimari.

345 Illud tamen admittendum, si filius sit conceptus, aut natus post dictam dispensationem jam à delegato expeditam, talem filium omnino legitimari per sequẽs matrimonium: quia cùm per eam dispensationem sublatum fuerit impedimentũ, & parentes redditi sint habiles ad matrimonium inter se contrahendum, filius qui tunc ab eis est conceptus, vel natus, verè naturalis est, & consequenter per sequens matrimonium plenè legitimatur, juxta text. *in d. cap. Tanta, Qui filij sint legit.* vt ex supradictis liquet; & ita relatis alijs docet Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. disp.* 7. *num.* 19. *& disput.* 34. *numer.* 47.

Quæres rursus, vtrum filius verè natu-
346 ralis legitimetur per sequens matrimonium putatiuum celebratum in facie Ecclesiæ, & bona fide; vt quando parentes post illius natiuitatem, vel conceptionem impedimentum ignoranter contraxerunt (vt sæpe fit) & cum illius ignorantia matrimonium inierunt? Affirmatiuam partem tuetur, relatis alijs Molina Iurista *lib.* 3. *de Primogen. cap.* 1. *num.* 11. ea ratione, quia proles susceptа ex matrimonio inualido, sed tamen celebrato in facie Ecclesię, & cum bona fide, saltem ex parte vnius contrahentis, qui impedimentum ignorasset, est legitima, *cap. Ex tenore, cap. Cum inter, cap. Peruenit, Qui filij sint legitimi.* Ergo per simile etiam matrimonium legitimabitur proles naturalis antea susceptа. Contrarium nihilominus tenet meritò Molin. Theolog. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 172. *vers. Mol. in calce,* cum Sarmiento *lib.* 1. *interpr. cap.* 6. Quia quòd soboles naturalis legitimetur, per matrimonium sequens, soli matrimonio valido datum est: neque priuilegium cõcessum matrimonio reipsâ inualido, vt filij ex eo geniti cum bona fide, & absque peccato, saltem ex parte vnius parentis, sint legitimi, intelligi debet extensum ad vllos filios cum peccato mortali vtriusque parentis antea genitos, vt optimè notauit Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 24. *num.* 52. cùm priuilegia ad casus diuersæ rationis extendi non debeant, nec possint, vt est notissimum.

§. 11. *De legitimatis per dispensationem in radice matrimonij.*

SUMMARIUM.

LEgitimati per dispensationem in radice matrimonij, ex quo propter ejus nullitatem illegitimi nati sunt, redduntur perfectè legitimi, & perinde sunt successibiles respectu parentum, ac si ex legitimo matrimonio nati essent; num. 347.

Summus Pontifex potest ad prædictum effectum dispensare in radice matrimonij; num. 348. *Vt autem licitè dispenset justa causa requiritur; n.* 349.

Si pater legitimandi dictam dispensationem petiuit, aut peti jussit, facilè potest à Pontifice concedi, non obstante præjudicio, quod filijs legitimè natis sequetur, taliter legitimato simul cum eis succedente; num. 350. *Quid, si parentes jam erant demortui, quando dicta dispensatio petita fuit: præsertim si dum viuerent, eam non petierunt, nec peti mandarunt? num.* 351. *& seq.*

Legitimatio per dispensationem in radice matrimonij, solùm habet locum quando matrimonium fuit irritum ob aliquod impedimentum de jure humano. Atque à solo Papa concedi potest; n. 352.

347 SEcunda conclusio: legitimati per dispensationem Pontificiam in radice matrimonij, ex quo propter ejus nullitatem, ratione alicujus impedimenti Ecclesiastici, illegitimi nati sunt, perfectè redduntur legitimi, non solùm quoad spiritualia, sed etiam quoad temporalia, & ciuilia; atque adeo vt possint succedere in hæreditate parentum, debeantque ab eis hæredes institui in suis testamentis, perinde acsi ex legitimo matrimonio nati essent. In hac conclusione conueniunt DD. omnes, apud quos tota difficultas est, an Summus Pontifex dispensare possit in radice illius matrimonij? Tali enim potestate admissa, nemo negat quòd ita dispensati perinde euadant legitimi quoad omnia, acsi ex legitimo matrimonio procreati essent, & consequenter quod tam ab intestato, quàm ex testamento succedant parentibus, possintque dicere nullum eorum testamentum, si in eo prætereantur, aut non legitimè exhæredentur.

348 Quod autem Summus Pontifex illam potestatem habeat, tenent penè omnes, vt videre est apud Sanch. qui innumeros pro hac sententia refert eos sequens *lib. 8. de Matrim. disp. 7. num. 4.* & probabatur facilè, quia radix, ex qua prouenit, vt filius in specie, de qua loquimur, euaderet illegitimus, & propterea incurreret damna, & inhabilitates illegitimorum, tam jure Canonico, quàm Ciuili inductas, est lex Pontificia, qua statutum fuit, vt matrimonium ex quo ille filius natus est, validum non esset, ratione defectus seu impedimenti cum quo celebratum est. Pontifex autem potest legem suam reuocare quoad omnes effectus jure humano ex illa prouenientes, non solùm quoad futuros, efficiendo vt non sequantur; sed etiam quoad jam sequutos, abolendo illos, acsi ea lex condita non fuisset, vt constat *ex Clementina vnica de Immunitate Ecclesiarum*, ibi; *Quidquid ex eis*, (scilicet Constitutionibus) *sequutum est, vel ob eas, penitus reuocamus, & eas haberi volumus pro infectis.* Unde colligitur tantam esse Summi Pontificis potestatem circa ea, quæ sunt juris positiui, vt possit ea reuocare, prout ex tunc præteriti temporis, quo constituta sunt; & sic omnes præteritos effectus abolere, acsi nunquam extitissent. Quare dispensante Pontifice in radice dicti matrimonij, irritando prout ex tunc impedimentum Ecclesiasticum, ex quo matrimonium fuit irritum, efficitur vt dispensatio retrotrahatur, ipsumque matrimonium censeatur validè celebratum, & sic filius ex eo genitus euadat legitimus quoad omnia, perinde acsi ex legitimo matrimonio natus esset. Destructâ enim prout ex tunc lege Ecclesiastica, cujus valori illegitimitas & cætera damna, tanquam fundamẽto innitebantur, omnia illa consequenter corruunt. Vnde non obstat, quòd aliqui objiciunt, Pontificem extra loca suæ jurisdictionis temporalis non posse dispensare in jure Ciuili quo illegitimè nati redduntur inhabiles ad successiones, & alia commoda temporalia. Nam per hoc, solùm concluditur, quòd non possit tollere directè illas inhabilitates; non autem quòd non possit indirectè, tollendo earum fundamentum, quando illud est de jure Canonico, vt in præsenti.

349 Cæterùm cùm hæc legitimatio fiat à Pontifice per dispensationem in lege Canonica, eâque magni momenti, necessaria est justa causa, non quidem vt fiat validè, cùm in propria lege quilibet Legislator sola sua voluntate validè dispensare possit, quemadmodum & illam omnino tollere, si velit; sed vt fiat licitè, quia dispensare in propria lege cum certa aliqua persona, vel personis, absque causa justa, est planè contra rationem boni communis, cujus intuitu lex fuit lata, & continet etiam vitiũ acceptionis personarũ; quod à culpa excusari non potest. Et quidem Sanch. *d. disp. 7. n. 5.* cũ Nauarro affirmat, grauem culpam fore, si Pontifex absq; legitima causa hanc dispensationem concederet: eò tamen id refert, quia talis dispẽ-

350 pensatio cedit in graue damnũ eorũ, qui successuri essent in hæreditatem, si proles non legitimaretur.

At si pater illius prolis eam dispensati-

sationem petiuit, aut peti jussit, credo illud aliorum successorum damnum non esse considerabile, non solùm quando illi solùm fuerint collaterales, quibus talis pater nihil relinquere tenebatur, sed etiam licèt sint ejus filij, vel descendentes legitimi, quibus legitima debetur; quia per hanc dispensationem non priuantur simpliciter alij filij legitimâ sibi debitâ, sed solùm erit minor, aduenientе postea illa prole legitima effecta ad petitionem ejusdem parentis; qua in re, nulla eis fit injuria: nam sicut nullum jus habent, vt pater abstineat à procreatione nouæ prolis ex secundis nuptijs, ne illorum legitima diminuatur; ita etiam illud non habent, vt abstineat ab impetranda illa dispensatione, ex qua ejus proles legitima augeatur; etiamsi per hoc illorum legitima diminuenda sit. Eadem enim vtrobique est ratio, & semper jus quod filij habent, ne eorum legitima diminuatur; intelligitur sub conditione, nisi augeatur proles legitima ejusdem parentis. Si autem pater illam dispensationem non petijt, nec peti jussit, maior potest esse difficultas: at tunc etiam credo idem fore dicendum, quia cùm pater illam prolem susceperit ex figura matrimonij (quæ multum operatur, *l. 3. ff. de Donat. int. vir. & vx. cap. Plerunque, eod. tit. cap. Nuper de Bigam.*) debet intelligi voluisse, quantum in se erat, vt esset legitima, atque vt talis sibi succederet: & ita dispensatio, perquam à Pontifice legitimaretur, præsumptam saltem voluntatem ipsius patris pro se haberet; quę voluntas præsumpta idem in præsenti operari potest, acsi esset expressa.

351 Quod si parentes illius prolis jam sint demortui, quando dicta legitimatio, & dispensatio petitur; etiam tunc à Pontifice concedi potest; quia hæc legitimatio solùm fundatur in reuocatione prout ex tunc legis Ecclesiasticæ, per quam irritũ fuit matrimonium; ex quo illa proles genita est, vt ex dictis constat: vt autem Pontifex illam reuocationem efficere possit, & sic dispensare in radice matrimonij, vt proles legitimetur, nihil refert quod parentes adhuc viuant, vel jam obierint. Et ita docent Ancharan. *consil. 409. num. 6.* Angel. *verb. Papa, n. 4.* Sylu. *eod. verb. fine*, Nauar. *lib. 4. consil. in 1. edit. tit. de Sponsal. consil. 3. num. pen. & in 2. edit. tit. Qui filij sint legitimi, consil. 2. à num. 10.* Molina Iurista *lib. 3. de Primogen. cap. 2. num. 12. fine.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 24. fine*, Sayrus *in Thesauro casuum conse. tom. 1. lib. 6. cap. 11. n. 6.* & alijs etiam relatis, Sanch. *lib. 8 de Matrim. disp. 7. num. 6.* Grauis autem difficultas est, an id habeat locum, quando cesserit in præjudicium tertij; eoquod legitimata prole illorum parentum, auferenda sit ex toto, vel ex parte eorum hæreditas agnatis, vel alijs filijs, qui jam in ea successerant, & possessionẽ ejus apprehẽderant? Angel. & Sylu. *loc. citat.* tenent, non posse Pontificem dictam legitimationem facere cum illorum præjudicio; quod non videatur posse retrofingi matrimonium, postquam est dissolutũ, & jus alteri quæsitum.

Contrarium tamen tenendum est; nam 352
vel parens, cui succedendum est, dum adhuc viueret dictam dispensationem petijt, aut peti jussit, & tunc illa voluntas parentis optantis legitimam prolem sibi dari, vel augeri, efficit, vt non sit considerabile illud præjudicium agnatorum, vel aliorum filiorum, etiamsi jam hæreditatem adijssent, & possedissent, vt satis conuincitur ex dictis *num. præced.* Atque ita pro hac parte stat doctrina Bartholi, & aliorum, *in l. Gallus, §. Et quid si tantum, ad fin. ff. de Liber. & posth.* tenentque cum alijs Peregrin. & Sanch. *loc. cit.* Vel parens de tali dispensatione nõ egit; & tunc licèt res sit magis dubia, idque neget Iacob de Puteo, *decis. 483. num. 2. lib. 2.* melius tamen idem concedunt Ancharan. Peregrin. & Sanch. *vbi sup.* quia cũ lex Ecclesiastica, ex qua matrimoniũ fuit irritum, causam dederit, vt hæreditas alijs deferretur, nihil obstat quominus Pontifex possit jus quæsitum illis auferre reuocãdo eam legem, prout ex tũc quoad effectus jam sequutos: tacitè namque ea conditio inerat, quando hęreditas illis

delata est, vt scilicet eam haberent, nisi Pontifex illam legem reuocasset, & prolem legitimam efficeret. Accedit, quòd etiam in hoc casu interuenit præsumpta voluntas ipsius parentis, vt *sup. num.* 360. considerauimus. Credit autem Sanch. *proximè citat.* mentem Pontificis non esse, juri quæsito aliorum derogare, nisi ex certa scientia illam dispensationem concedat; quia in dubio rescripta & gratiæ omnes à Papa, vel Principe concessę intelliguntur sine præjudicio tertij, *l.* 2. §. *Siquis à Principe, ff. Ne quid in loco publico, cap. Ex tuarum, de Authoritate, & vsu pallij.* Salic. *in l. Generaliter,* §. *Cum autem, num.* 7. *Cod. de Instit. & substit.* Riminal. *consil.* 46 *num* 32. *lib.* 1. Alciat. *reg.* 3. *præsumpt.* 77. *per tot.* & Valasc. *consult.* 164 *num.* 14.

Ex dictis colliges, dictam legitimationem 353 solùm habere locum quando proles habita fuit ex matrimonio irrito propter impedimentum lege humana inductum: siquidem hæc legitimatio non fit, nisi per dispensationem in lege, quę fuit causa & radix, vt matrimonium esset irritum, vt declaratum est: quando autem matrimonium ex alio capite fuit nullum, non habet radicem, in qua Pontifex dispensare valeat; vt si fuit irritum ob impedimentũ de jure Diuino naturali, vel ob defectum consensûs in vtroque, vel in altero contrahente, & à fortiori si nec fictus consensus interuenit, vt quando proles genita est absque vlla præuia matrimonij figura. In his enim euentibus, cùm non detur radix irriti matrimonij, in qua Pontifex dispensare valeat, planum est non posse dictam legitimationem ab eo fieri. Sic relatis multis Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. disp.* 7. *num.* 7. *& seqq.* estque res indubitata: pro qua etiam videri potest Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 24. *num.* 76. *& seq.* Colliges etiam, hanc legitimationem non posse fieri per Principem sæcularem; cùm hodie nulla sint impedimenta matrimonij dirimentia de jure humano, nisi ex lege Ecclesiastica, in qua solus Papa dispensare potest. Ita idem Sanch. & alij, quos refert, *num.* 11. Quando autem Pontifex censeatur dictam legitimationem facere dispensando in radice matrimonij, non est hujus loci disputare. Videatur Sanch. *d. disp.* 7. *à numer.* 14.

§. 12. *De legitimatis per rescriptum Principis.*

SVMMARIVM.

LEgitimatus simpliciter per rescriptũ sui Regis, seu Principis sæcularis, euadit legitimus quoad successiones tam ex testamento, quàm ab intestato, & quoad cætera commoda temporalia: ita vt perinde possit dicere nullum testamentum parentum, si in eo prætereatur, & agere querelâ de inofficioso, atque alij filij legitimi; numer. 354.

Legitimare directè per rescriptum ad ciuilia, seu temporalia, solùm spectat ad Principem sæcularem; num. 355.

Princeps sæcularis potest legitimare subditum etiam in alieno territorio existentem, si ibi non sit aliquis necessariò citandus. Et valet ea legitimatio etiam quoad bona intra territorium alterius Principis existentia; ibid.

Si Princeps non legitimet vniuersaliter, sed solùm habilitet ad aliqua, vt dicendo; Legitimum eum facio, vt possit succedere in bonis patris sui, & aliarum personarum, quæ testamento, vel alia ratione illi dederint; *talis legitimatio, est tantùm dispensatio: & ita solet concedi in Lusitania; num.* 356. *Qui ita legitimatur non succedit contra testamentum patris, nec potest illud dicere nullum: ibid. Si autem legitimetur vniuersaliter, erit propria legitimatio, licèt addatur aliqua clausula restrictiua, vt quod non possit succedere patri, nisi in eo, quod pater illi voluerit relinquere, vel alia similis. Et quid tales*

tales clausulæ operentur? num. 357.

Princeps sæcularis solùm potest legitimare quoad ciuilia, & temporalia. Et solus Papa legitimare potest quoad spiritualia, & Ecclesiastica; numer. 358. *Id verò non tollit, quominus legitimatio per Principem sæcularem concessa, sit propria & perfecta, & non tantùm dispensatio. Et talis etiam in suo genere est, quæ à Papa conceditur quoad spiritualia; num.* 359.

Filius rescripto Principis legitimatus constituitur sub patris potestate; numer. 360.

Postea inuenies aliud summarium.

354 TErtia conclusio: legitimatus per rescriptum sui Regis, seu Principis sæcularis, eum simpliciter & absolutè natalibus restituentis, euadit simpliciter legitimus quoad successiones, tam ex testamento, quàm ab intestato, & quoad cætera commoda temporalia, itaut perinde possit dicere nullum testamentum parentum, si in eo prætereatur, & agere querelâ de inofficioso, atque alij legitimi. Hæc conclusio ab omnibus admittitur, eamque exprimunt Couar. *in Epit. ad* 4. *lib. Decretal. p.* 2. *cap.* 8. §. 8. *num.* 2. *in princip.* Gama *decis.* 11. *num.* 4. *& decis.* 134. *num.* 1. Cabed. 2. *p. decis.* 79. *num.* 2. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 66. & Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 173. *vers. Legitimatus Principis*; & constat satis per text. *in Auth. Quib. mod. natural. effician. legit.* §. *Siquis sanè, &* §. *Sit igitur licentia, & in Auth. Quib. mod. natur. effician. sui,* §. *Illud tamen, vers. Sit igitur licentia*; vbi decernitur filios ita legitimatos, nihil à legitimis differre, reddit-que legitimos patris successores. Quia verò in hac conclusione multa tanguntur, vel innuuntur, quæ magnæ sunt considerationis, & vtilitatis, vt ea omnia probè intelligantur, tota conclusio particulatim enucleanda, & explicanda est.

355 In primis ergo ponitur illa particula; *per rescriptũ sui Regis, seu Principis sæcularis*; quia legitimare directè per rescriptum ad ciuilia, seu temporalia, solùm spectat ad Principem sæcularem, ut notauimus *num.* 329. estque communissima DD. sententia; & cùm sit actus jurisdictionis, solùm potest exerceri in subditum ipsius Principis, vt latè probat, & declarat Couar. *d.* §. 8. *num.* 14. Non oportet autem, quod subditus legitimandus existat in proprio territorio ipsius Principis: nam etiam existentem in territorio alieno, legitimare potest, si ibi non sit aliquis necessariò citandus; vel si is, quem citari oportebat, sine citatione legitimationi consentiat, vt rectè aduertit idem Couar. *num.* 17. quia actus jurisdictionis voluntariæ (qualis est hęc legitimatio) si strepitum judicialem non requirit, etiam in alieno territorio exerceri potest, *l.* 2. *ff. de Offic. Procõs.* & ibi omnes, *cap. Nouit de Offic. legati*, & optimè Couar. *lib.* 3. *Variar. cap.* 20. *numer.* 8. dicens esse omnium, & Sanch. *lib.* 3. *de Matrim. disp.* 19. *num.* 8. Addit præterea Couar. *d.* §. 8. *num.* 17. hanc legitimationem proprij subditi valere, etiam quoad bona intra territorium alterius Principis existentia; modò præjudicium aliquod non fiat subdito alterius Principis; quia hìc principaliter legitimatur persona, quam res ipsæ sequuntur quocumque loco existentes. Et ita etiam sentiunt Roman. Decius, & Ludouic. Gom. quos Couar. ibidem refert, idemque tenet Gama *decis.* 307. *num.* 5. & hæc sententia tenenda est, licèt contradicat, relatis alijs, Cabedo 2. *p. decis.* 69. *numer.* 19.

Additur: *eum simpliciter, & absolutè* 356
natalibus restituentis: quia si non restituat simpliciter, & vniuersaliter, sed solùm habilitet ad aliqua, vt dicendo; *Legitimum eum facio, & habilito, vt possit succedere in bonis patris sui, & aliarum personarum, quæ testamento, vel alio modo, illi dederint, & reliquerint; atque vt ab intestato succedere possit patri suo tantummodo* (quæ clausula apponi solet in legitimationibus hujus regni Lusitaniæ,) talis legitimatio, non erit propria, sed erit tantùm dispensatio,

quæ non reddit subditum legitimum, sed habilitatum tantummodo ad ea, quæ expresè illi conceduntur, vt constat ex supradictis *num.* 330. *& seqq.* & notat in specie cum alijs Cabedo *d. decis.* 79. *num.* 3. qui inde infert, taliter legitimatos non succedere contra testamentum patris, & consequenter non posse dicere illud nullum, nec vti querela inofficiosi.

357 Item, quando Princeps personam subditi vniuersaliter restituetet, legitimando illam quoad omnia, at cùm clausula, *vt non possit succedere patri, nisi in eo quod voluerit illi relinquere*, aliaue simili, tunc licèt ea legitimatio sit vera, & propria, vt *supra, num.* 331. cum DD. ibidem citatis dictum est; attamen sic legitimatus, non poterit dicere nullum testamentum patris, à quo fuerit præteritus, nec illud rũpere per querelam inofficiosi, vt bene cũ Couar. Gama, & alijs aduertit Molina *d. disp.* 173. *vers. Legitimatus Principis*, quia per illam clausulam permittitur patri, nihil ei relinquere. Succedet autem patri ab intestato, si pater nihil in contrarium declaret, vt aduertit Cabedo *vbi supra, num.* 14. Similiter, licèt vera legitimatio sit, quæ facta fuerit cum clausula, *Sine præjudicio legitimorum*, vel, *hæreredum legitimorum*, prout communiter apponi solet; tamen si pater habens filios legitimos eos tantummodo instituat, præterito filio ita legitimato, non poterit is dicere testamentum nullum; cùm ei in tali casu non debeatur legitima, & sic non teneatur pater eum instituere, qua de re latiùs *infra à num.* 386.

358 Subditur: *euadit simpliciter legitimus quoad successiones, & cætera commoda temporalia.* Quia Princeps secularis solùm quoad temporalia, seu ciuilia, legitimare potest, tollendo scilicet inhabilitates, & defectus, quibus per leges ciuiles, in quibus tantùm dispensare potest, illegitimi afficiuntur. Vnde quoad spiritualia, & Ecclesiastica solus Summus Pontifex potest legitimare; cùm is tantũ dispensare possit in legibus Ecclesiasticis, per quas illegitimi ad ea inhabilitantur. Qua de re, nemo est qui dubitet.

Neque hinc sequitur, legitimatum dic- 359
to modo per Principem non esse verè, & propriè legitimatum, sed solùm dispensatum, vt malè aliqui voluerunt, quos citat Couar. *d.* §. 8. *sub num.* 4. *vers. Tertio ex eadem, post med. in* 4. *edit.* existimantes eam tantùm veram, & propriam legitimationem esse, qua quis efficitur legitimus, tam quoad temporalia, quàm quoad spiritualia. Id enim non sequitur, neque dici potest, juxta *Auth. Quibus modis natural. efficiant. legit.* §. *Sit igitur*, vbi legitimati rescripto Imperatoris, & sic quoad temporalia tantùm, nihil differre à legitimis dicuntur. Ratio verò est, quia licèt legitimatio debeat esse totalis, eo quod monstrum reputetur eandem personam esse partim legitimam, & partim illegitimam, vt aduertit Gama, *decis.* 383. *num.* 5. *ex cap. Per Venerabilem*, §. *Præterea, Qui filij sint legit.* & tenent communiter DD. cum Glos. *in cap. Cum inhibitio, verb. Si ambo parentes, de clandest. desponsa.* cum hoc stat, quod persona legitima simpliciter quoad ciuilia totaliter efficitur legitima, quanuis non sit legitimata quoad spiritualia, seu Ecclesiastica. Quia sicut respublica ciuilis, & respublica Ecclesiastica sunt diuersæ, & in suo genere totales, ita quicumque ad illas pertinet, sustinet quodam modo duas personas diuersas, & totales, alteram quatenus est ciuis, seu membrum reipublicæ Ciuilis; alteram, quatenus est Christianus, baptisatus, & vt sic pertinens ad Ecclesiam, seu rempublicam Ecclesiasticam. Vnde cùm persona legitimata simpliciter à Principe quoad ciuilia; mancat integrè legitimata, quatenùs est ciuis, fit talem legitimationem esse totalem, & sic veram & propriam, non verò dispensationem. Et ita sentiunt communiter DD. traditque latè Couar. *loc. proximè citat.* Atque hinc etiam concluditur, legitimationem, quæ à Summo Pontifice conceditur quoad spiritualia tantummodo, dicendam similiter veram & propriam, & non dispensationem, vt contra Plumbinũ docet idem Couar. *d.* §. 8. *num.* 4. *vers. Primum. Romano Pontifice*; cùm hęc etiam

legi-

legitimatio sit totalis, & perfecta in suo genere, vt ex dictis patet.

360 Dicitur tandem: *ita vt perinde possit dicere nullum testamentum*, &c. quia filius, quem Princeps rescripto suo legitimat, constituitur sub potestate patris, vt expressè decernitur *in Auth. Quib. mod. natur. effician. sui, §. Illud tamen vers. Siquis ergo, & vers. Sit igitur licentia.* Patet autem filios, qui sunt in potestate habere jus dicendi nullum testamentum patris, si in eo sint præteriti, quo nihil tritius est in Iure, & apud DD. vt ex superioribus constat.

SUMMARIUM.

SIpetens à Principe legitimationem alicujus filij, vt sibi in bonis succedat, habeat alios filios legitimos, declarare debet, se illos habere: alioqui legitimatio erit surreptitia; num. 361.

Id verò intelligitur, nisi Princeps sufficienter alioqui declaret, quod etiam existentibus legitimis, & non obstante eorum præjudicio, eam concedit; vt si apposuit clausulã, De plenitudine potestatis, *vel* Ex certa scientia; *num.* 362.

Vt Princeps licitè concedat legitimationem cum præjudicio legitimorum, quorum legitima minuetur necessaria est justa causa: & maior causa requiritur ad legitimandum cum præjudicio descendentium, quàm ascendentium; ibidem.

Vtrum legitimatio, quam pater illegitimi simpliciter impetrauit, reuocata censeatur quoad hoc, ne ille possit succedere patri, si is postea habeat filios legitimos, quorum legitima minuetur, si ille simul succesſerit? num. 363. *& seq.*

Quantam bonorum partem possit pater relinquere filio per Principem legitimato, quando extant legitimi, cum quibus ex vi legitimationis simul potest succedere; num. 365. *& seqq.*

Postea inuenies aliud summarium.

PRæterea verò, non pauca circa præ- 361
fatam conclusionem supersunt explicanda. Primò igitur nota, si petens legitimationem alicujus filij, vt sibi in bonis succedat, habeat alios filios legitimos, opus esse vt Principi declaret, se illos habere: alioqui legitimatio pro eo filio obtenta, erit subreptitia, & non poterit talis filius succedere patri simul cum legitimis, vt bene docent Emman. à Costa *in §. Et quid si tantùm, p. 2. num.* 132. Molin. *d. disp.* 173. *vers. Item si legitimatio*, & cęteri communiter; quia secundùm jus commune non conceditur legitimatio per rescriptum, etiam patre illam petente, nisi deficientibus filijs legitimis, vt constat ex *d. Auth. Quibus modis natur. effician. sui, §. Illud tamen*, ibi; *Siquis ergo filios legitimos non habens*, & infra, *Legitimis, sicut prædiximus, non existentibus*: & iterum *Qui legitimos nõ habent filios*: & paulò infra; *Si verò is, qui solummodo naturalium filiorum est pater.* Cum enim per legitimationem filius illegitimus constituatur sub potestate patris, & consequenter debeat simul institui cũ filijs legitimis, eorumque legitimas minuere non præsumitur Princeps voluisse eam concedere cum tali legitimorum præjudicio, nisi ei declaratum fuisset, eos existere.

Id verò intellige, nisi ipse Princeps 362
sufficiẽter alioqui declarauerit, quod etiam existentibus legitimis, & non obstante illorum præjudicio, eam legitimationem concedit; nam tunc licèt extent filij legitimi, nec ei fuerit expositum, eos existere, legitimatio erit valida; cùm non patiatur defectum ex parte voluntatis concedentis, vt supponimus; nec etiam ex parte potestatis, quam non deesse in Principe ad præjudicandum eo modo filijs legitimis, tradunt relatis alijs Costa *in d. §. Et quid si tantùm, p. 2. num.* 95. *& num.* 133. *cum seqq.* Gama *decis.* 128. *num.* 2. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, numer.* 67. Couar. *in Epit. in lib.* 4. *Decretal. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 9. *num.* 7. *vers. Iterum si facta mentione*, Molin. Iurisa *lib.* 3. *de Primo-*

mogen. cap. 3. *num.* 2. *&* 10. & Molina Theol. *tom.* 1. *disp.* 174. *sub* 3. *concluſ.* vbi latè hanc reſolutionem probat, & confirmat. Oportet autem interuenire juſtam cauſam, vt talis legitimatio licitè à Principe concedatur; eſſet enim irrationabile tam notabile præjudicium abſq; graui cauſa legitimis filijs inferre: vnde etiam ad legitimandum licitè cum præjudicio aſcendentium, qui legitimâ ipſis aliàs debitâ priuabuntur, juſta cauſa neceſſaria eſt, licèt minor ad hoc ſufficiat, quàm ad legitimandum cum præjudicio deſcendentium; prout hæc omnia juxta communem DD. bene tradit, & declarat Molina *d. diſp.* 174. *ſub* 2. *&* 3. *concluſ.* Illud etiam rectè aduertit idem Molin. *verſ. Quanuis vt habet*, quòd quando pater in petitione legitimationis filij non declarauit ſe habere alios filios legitimos, ſi Princeps legitimationem conceſsit, appoſita clauſula, *De plenitudine poteſtatis*, vel, *Ex certa ſcientia*, id ſufficit vt intelligatur, eum voluiſſe illum filium legitimare, etiam extantibus alijs legitimis, & cũ eorum præjudicio, niſi aliquid addiderit, ex quo appareat eis præjudicare noluiſſe. Quia per illas clauſulas intelligitur Princeps velle facere, quantum poteſt; vnde cùm poſsit legitimare non obſtante dicto legitimorum præjudicio, valida, ac minimè ſurreptitia talis legitimatio euadit.

Quòd ſi, quando pater legitimationem
363 impetrauit, nondum legitimos filios habebat, poſtea verò illos habuit, dubium eſt, an legitimatio illa validè obtenta abſque mentione legitimorum, & abſque clauſula eam ſupplente, natis poſtea legitimis, reuocata cenſeatur, quoad effectum ſimul cum illis ſuccedendi? Affirmant nonnulli apud Anton. Gom. *ad l.* 9. *Tauri, num.* 68. quorum ſententiam æquiſsimam dicit Molina, magis in eam inclinans, *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 173. *verſ. Controuertunt DD.* eſtque ſancita in regno Caſtellæ per *l.* 12. *Tauri, quæ eſt*, 10. *tit.* 8. *lib.* 5. *nouæ collectionis.* Probatur, quia quando Princeps eam legitimationem conceſsit, non eſt præſumendum voluiſſe præjudicare legitimis filijs naſcituris: nam ſi erga jam natos id non præſumitur, quando illi exiſtunt, vt dictum eſt, neque etiam erga naſcituros præſumi debet; cùm eadem penè de vtriſque ſit ratio. Ergo licèt dicta legitimatio à principio fuerit valida, intelligenda eſt cum ea limitatione, vt legitimatus, exiſtentibus poſtea legitimis, ſimul cum eis non ſuccedat, ne eorum legitimas diminuat. Addit autem Molina non tolli per hoc, quod pater tali legitimato poſsit relinquere bona, de quibus liberè poteſt diſponere, vt in Luſitania tertiam partem bonorum; quia ſi hanc poteſt relinquere extraneis, à fortiori illi filio legitimato, cùm ſit perſona ſimpliciter legitima, cujus legitimatio ſolũ quoad hoc, vt ei non debeatur legitima, reuocata cenſetur.

Contraria nihilominus ſententia, quòd
364 ſcilicet ille legitimatus jus habeat ſuccedendi ſimul cum legitimis poſtea natis, eſt communior, ac longè probabilior. Eam tenent Barthol. & alij, quos Anton. Gom. refert, *loc. ſup. citat.* Sylu. *verb. Filij, q.* 14. Abbas *in cap. Per venerabilem, Qui filij ſint legit.* Alex. *in l. Ex facto, in princip. ff. de Vulgari*, & Cabed. 2. *p. deciſ.* 69. *num.* 15. Ratio eſt primò, quia ſimpliciter legitimatus ad petitionem patris legitimos filios non habentis, nihil differt à legitimis, vt expreſsè habetur *in d. Auth. Quib. mod. natur. effic. ſui, §. Illud tamen, verſ. Sit igitur licentia.* Ergo non minùs debet ſuccedere cum legitimis poſtea natis, quàm ſi ipſe verè legitimus etiam eſſet. Secundò, quia cùm illa legitimatio fuerit valida, & conceſſa abſque vlla reſtrictione, ſtatim ratione illius acquiſiuit filius jus Suitatis ad ſuccedendum ipſo jure in hæreditate patris: quo jure non debet intelligi priuatus per ſequentem natiuitatem legitimorum; cùm id nullibi in jure communi reperiatur. Neque verò cum ſufficienti fundamento id affirmari poteſt: nam quod ab Aduerſarijs dicitur, non præſumi Principem voluiſſe legitimare ſimpliciter illum filium, ſed cum dicta reſtrictione, vt exiſtentibus poſtea legitimis, ſimul cum illis non ſuccederet, valde liberè aſſeritur:

nam

nam potiùs præsumendum est, noluisse Principem, vt legitimatus priuaretur jure sibi per legitimationem jam quęsito, quàm legitimi postea nascituri aliquali jure per natiuitatem acquirendo. Unde etiam non rectè dicitur, eandem fere esse rationem non præjudicandi per legitimationem legitimis nascituris, atque jam natis; siquidem his præjudicaretur in jure ipsis aliquo modo jam quæsito, & propterea non præsumitur Princeps voluisse legitimare cum tali eorum præjudicio; legitimis autem nascituris solùm præjudicatur in jure acquirendo, de quo nulla ratio habetur in rescriptis, & in concessionibus Principum, quæ non dicuntur intelligi debere absque præjudicio tertij in jure quærendo, sed solùm in jure quæsito, vt est notissimum.

In dubium etiam vertitur, quantam
365 bonorum partem possit pater relinquere filio legitimato, quando extant legitimi, cum quibus ex vi legitimationis à Principe concessæ simul potest succedere? Multi sentiunt, solùm posse ei relinquere, quantum vni filiorum legitimorum, cui minimum reliquerit, argum. text. *in Auth. Quib. mod. natur. effic. sui, §. Et quoniam variè, & in l. vlt. §. fin. C. de Natur. liber.* vbi id statuitur in legitimatis per oblationem curiæ, quod locum etiam habet in legitimatis per rescriptum Principis, cùm eadem de illis sit ratio. Ita sentiunt Præpositus, & Philippus Decius, quos citat, & sequitur Costa *in d. §. Et quid si tantum, p. 2. num. 137.* referens ex Decio esse sententiam communem. Eandem sequitur vterque Molina, Iurista 2. *lib. de Primogen. cap. 11. num. 17.* & Theol. *tom. 1. de Iust. disp. 173. vers. Vtrum autem legitimatus*, qui inde infert non posse patrem in regno Castellæ meliorare illum filium in tertio, & quinto, neque in regno Lusitaniæ in tertio bonorum, & consequenter, neque ex hujusmodi bonis maioratum instituere, in quo eum legitimis præferat.

366 Contrariam tamen sententiam tenet meritò Anton. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 69.* & in eandem inclinat Xuares, cujus meminit Molina *proximè citatus.* Quia si pater distributis æqualiter inter omnes filios portionibus legitimis, quæ illis debentur, aliquid amplius det filio legitimato ex bonis, de quibus potest liberè disponere, vt in Lusitania de suo tertio, nullam in hoc injuriam facit filijs legitimis, cùm omnia illa bona dare posset extraneis: cur ergo id facere non poterit? Certè de natura legitimationis non est, vt id fieri non possit, cùm legitimatio sit de se fauorabilis, & latè interpretanda, vbi præjudicium legitimorum, vel alterius tertij, non obstat. Confirmatur, quia in casu, quo legitimatio restricta est, vt non possit legitimatus succedere simul cum legitimis, potest pater illi relinquere omnia bona, de quibus liberè potest disponere, vt in Lusitania integrum suum tertium, quemadmodum ipse Molina fatetur *d. disp. 173. vers. Illud admonuerim*, & à nobis probatum est *supra, num. 363.* sæpe autem contingit, vt illa bona excedant portionem legitimam, quæ vnicuique filiorum legitimorum relinquitur, vt quando legitimi sunt tres, vel quatuor. Ergo à fortiori quando legitimatio concessa est in forma magis fauorabili, vt legitimatus possit succedere simul cum legitimis, poterit pater illum præferre in bonis, de quibus liberè potest disponere.

Neque obstant jura, quibus oppositũ
367 decernitur in legitimatis per oblationem curiæ. Nam legitimatio per curiæ oblationem diuerso modo, & cum diuersis conditionibus concedebatur, atque legitimatio per rescriptum, vt patet *ex dict. Auth. Quib. mod. natural. effic. sui, §. Siquis igitur, 1. & 2. ac duobus sequentibus.* Vnde quemadmodam aliæ conditiones talis legitimationis ad legitimationem per rescriptum non extenduntur, vt quòd taliter legitimatus soli patri possit succedere, non verò alijs ascendentibus, neque collateralibus, vt ipse etiam Molina tradit *disp. 173. vers. Item legitimatus*, & est citra dubium; ita etiam non debet extendi illa, de qua in præsenti loquimur.

(:!:)

SVM-

SUMMARIUM.

PEr rescriptum Principis, *non solùm filij naturales, sed etiam spurij legitimari possunt, & non tantùm dispensari? num.* 368.

A Principe sæculari, etiam spurius filius clerici legitimari potest quoad ciuilia, & ad succedendum in bonis paternis; idque licèt ipse etiam filius sit clericus; & quid in hoc habeat praxis Lusitana? ibid.

Legitimatio spurij simpliciter, seu in ampla forma concessa, est vera legitimatio, & non tantùm dispensatio; numer. 369.

Vt legitimatio spurij validè impetretur, multa oportet declarari in ejus petitione, & quæ illa sint? numer. 370. *& seqq.*

Quando Princeps diceret, Se legitimationem spurio concedere, ex quocumque coitu genitus sit, *talis legitimatio valet, licèt in ejus petitione non fuerint declaratæ qualitates spureitatis? Et quomodo id intelligatur? num.* 373.

Quandò essent sufficientes conjecturæ, quòd Princeps legitimationem spurij concederet, etiam si aliqua qualitas spureitatis ei declarata non esset, valida censetur talis legitimatio sine expressione illius qualitatis obtenta. Et quid in dubio, an Princeps illam concederet, si qualitas illa ei fuisset expositа? ibid.

Non est vitiosa legitimatio obtenta absq; declaratione qualitatum, quæ non mutant speciem illegitimitatis, & sunt veluti peraccidens ad illam: vt quòd spurius filius sacerdotis sit genitus ex filia spirituali: vel quod ejus pater est nobilis, aut titularis, & similes. Neque etiam quãdo fuit tacita qualitas, quæ tunc temporis ignorabatur; numer. 374.

Ad legitimationem filij naturalis satis est declarari in ejus petitione, quòd genitus fuerit ex soluta, quin exprimatur, an ex virgine, viduа, nobili, aut serua, vel quòd pater esset constitutus in dignitate; num. 375.

Si filius naturalis commodè legitimari potest per subsequens matrimonium, surreptitia erit ejus legitimatio obtenta per rescriptum, nisi in ejus petitione id declaretur. Item si extent alij filij legitimi, id etiam declarandum est: & vtrùm oporteat declarare extare ascendentes? num. 376.

Clausula, Ex certa scientia, *apposita in concessione legitimationis supplet defectum, qui consurgeret ex taciturnitate existentiæ filiorum legitimorum, & qualitatum, quæ aliàs exprimi deberent; num.* 377. *Et quid de clausulis;* Ex plenitudine potestatis, Supplẽtes omnes defectus, & Nõ obstantibus Constitutionibus, & alijs contrarijs? *num.* 378.

Postea inuenies aliud summarium.

SEcundò principaliter nota cum Glossa *in Auth. Quib. mod. natur. effician. sui, §. vltim. verb. Participium,* per rescriptum Principis, non solùm filios naturales, sed etiam spurios legitimari posse, & non tantùm dispensari; vt contra nonnullos ex antiquioribus DD. tradit, & latè probat Couar. *Epit. in 4. lib. Decret. p. 2. cap. 8. §. 8. sub num. 4. vers. Ex eodem, in 4. edit.* retractans cõtrariam opinionem, quam antea docuerat, & tenent, vel supponunt communiter alij DD. inter quos Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 173. vers. Quamplurimi, & vers. Ad quem autem spectet,* vbi specialiter probat etiam filium clerici legitimari posse à Principe sæculari quoad ciuilia; atque adeo ad succedendum in bonis paternis. Quam sententiam tenent etiam alij, quos citat & sequitur Couar. *d. §. 8. num. 19.* dicens esse communem, atque idem esse, quanuis filius sit clericus: in quo etiam consentit Molina *vbi supra, vers. Quando filius:* tametsi maior in hoc sit difficultas, & solùm videatur posse admitti quoad effectum succedendi patri cleri- 368

clerico in bonis patrimonialibus, non autem in acquisitis intuitu Ecclesiæ, vt notauit, & sentit cum alijs Couar. *proximè cit.* Quod verò attinet ad filium clerici, quando ipse filius est laicus, praxis etiam hujus Lusitani regni habet, vt legitimatio quoad ciuilia petatur, & concedatur à Rege, vt constare potest ex Valasco *consult.* 80. & mihi etiam aliunde compertũ est.

369 Credunt tamen non pauci, legitimationem spurij etiam in ampla forma concessam, esse tantùm dispensationem; quã sententiam, aliquibus relatis, sequitur Cabedo 2. *p. decis.* 69. *num.* 5. Addit verò cum Alex. quod Princeps quoscumque spurios legitimat, si id faciat ex certa scientia; quasi solùm velit dispensare, quando eam clausulam non apponit. At tenendum omnino est, veram esse legitimationem, quando Princeps simpliciter, seu in ampla forma, spurium legitimat seu natalibus restituit; cùm legitimatio nihil aliud sit, quàm restitutio, qua quis simpliciter natalibus restituitur, vt satis ex dictis constat. Et ita cum Couar. & praxi, præsertim hujus Regni, docet Mol. *disp.* 173. *vers. Quamplurimi.*

370 Vt autem legitimatio spurij validè impetretur, plura oportet declarari in ejus petitione, quàm cùm petitur legitimatio filij naturalis. Quia in primis opus est declarare qualitatem spureitatis, quòd scilicet sit spurius. Est enim spureitas valde odiosa, ejusque legitimatio reprobata, & prohibita in jure, §. *vltim. Auth. Quib. mod. natur. effician. sui, l.* 1. *Cod. de Natur. liber.* & ideo nisi ea qualitas exprimatur, non censebitur Princeps velle talem legitimationem concedere. Atque ita sentiunt Couar. *Epit. in lib.* 4. *Decret. p.* 2. *cap.* 8. §. 9. *numer.* 1. & 2. Molin. *d. disp.* 173. *vers. Hinc colligitur*, Valasc. *consult.* 80. *sub num.* 1. & alij, videturque esse communis sententia. Quin etiam credit Molin. *vbi sup. vers. Occasione legitimationis, in fine*, cum Couar. Gom. & Gregor. Lop. requiri vlteriùs ad valorem talis legitimationis, vt in rescripto apponatur clausula, *Non obstante quouis jure in contrariũ*, eoquod jus tali legitimationi resistat. Notat autem Valasc. *d. consult.* 80. *num.* 8. *fine*, non solere in hoc Regno, hanc clausulam apponi.

Præterea, si spureitas est ratione duplicis criminis, vt quod filius sit natus ex sacerdote, & conjugata; vel ex conjugato, & consanguinea, vel affini in gradibus prohibitis; opus est vt in specie declaretur vtrumque vitium talis spureitatis: vt tenent communiter DD. quos longo ordine refert eos sequens Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. disp.* 24. *num.* 5. Valasc. *consult.* 80. *num.* 5. & Cabedo *loc. citat.* vt enim habens plura impedimenta matrimonium dirimentia etiam ejusdem rationis, vt quia ex parte vtriusque parentis est consanguineus intra quartum gradum mulieris, cui vult nubere, non manet dispensatus ad contrahendum cum illa, si dispensationem impetrauit, declarando tantùm se esse illius consanguineum in tali gradu, sed oportet quòd in specie declaret vtrumque impedimentum, juxta communissimam sententiam, quam contra Henriquez & paucos alios latè cum alijs probat Sanch. *lib.* 8. *de Matrim. disp.* 24. *num.* 5. ita pariter in præsenti: licèt contrarium sustineat Angel. *consil.* 204. *num.* 1. & Præpos. *in cap. Per venerabilem*, §. *Quod autem, num.* 24. *in fine. Qui filij sint legitimi.* 371

Si autem spureitas ex vno tantùm sit crimine, vt quia filius sit natus ex vxorato & soluta, vel incestu, nonnulli tenent, satis tunc esse declarare in genere, eum esse spurium, tacendo specialem qualitatem, & circunstantias spureitatis. Ita Cabed. *d. decis.* 69. *num.* 17. *in princip.* vbi pro eadem sententia allegat Anton. Ioan. Andr. Felinum, & Decium, Alex. Bald. & alios; addendo aliud esse in dispensatione, quæ est odiosa; aliquos etiam pro hac parte refert Valasc. *d. consult.* 80. *sub num.* 1. pro eadem etiam stat Aretin. *in cap. At si clerici*, §. *De adulterijs, numer.* 42. *de Iudic.* At receptior, & communior sententia est, quòd etiam in hoc casu opus est declarare speciem, & circunstantias spureitatis; vt quod sit natus 372

ex

ex incestu, vel ex vxorato; & hanc tenent Bald. Abbas, Alex. de Neuo, Francus, Iaſ. Ripa, Selua, Rebuffus, Gambara, Gregor. Villalob. & multi alij, quos citat, & ſequitur Sanch. *d. diſp.* 24. *num.* 3. tenent etiam, relatis alijs, Couar. *d. §.* 9. *num.* 2. Valaſc. *loc. proximè citat.* & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Hinc colligitur*, & hæc ſententia amplectenda eſt, niſi aliud obſeruetur in praxi. Et ratio eſt, quia qualitas ſpureitatis poteſt eſſe ex coitu magis vel minùs damnabili, eòque eſt fædior, quò coitus damnabilior; propterea que eò etiam magis poteſt Principem retrahere à legitimatione concedenda: Principi autem debent manifeſtari omnia, quæ poſſent eum à conceſsione retrahere, & inducere ad proſpiciendum, quomodo debeat conuenienter prouidere. Vnde infert Molin. *ſup.* cum Couar. & alijs, non ſolùm oportere declarari ſpeciem ſpureitatis, ſed etiam peculiarem illius fęditatem, vt ſi ſit ex inceſtu, an ex inceſtu cum matre, aut filia, vel ſorore, ac denique in quo gradu conſanguinitatis, vel affinitatis conjuncti erant parentes ipſius ſpurij.

373 At ſi in reſcripto legitimationis Princeps diceret, aliquoue modo ſignificaret, ſe illam concedere, ex quocumque coitu talis illegitimus eſſet conceptus, legitimatio erit valida, licèt prædictæ qualitates ſpureitatis expreſſæ non fuerint, vt bene cum alijs tradit Valaſc. *d. conſult.* 80. *numer.* 5. & aduertit etiam Molin. *vbi ſup.* qui rectè tamen addit, hoc procedere, niſi fortè adeo fœda interueniſſet qualitas, vt meritò præſumeretur, quòd ſi in particulari exprimeretur, Princeps legitimationem non concederet: quia in generali conceſsione non comprehenditur id, quod ſi in particulari exprimeretur, minimè concederetur, *reg. In generali, de Regul. jur. in* 6. Notat præterea Molin. quòd quando eſſent ſufficientes conjecturæ, ex quibus intelligeretur, quòd Princeps legitimationem concederet, licèt aliqua qualitas, quæ expreſſa non fuit, illi fuiſſet propoſita, valida cenſenda eſt legitimatio ſine expreſsione talis qualitatis obtenta: ſecus autem in dubio, an illam conceſſurus eſſet. Hoc tamen vltimum non facilè admitto, nec admittendum eſt juxta doctrinam Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. diſp.* 21. *num.* 25. vbi cum alijs docet, & probat, quòd in dubio an diſpenſatio valida ſit, vel potiùs ſurreptitia? vt quia dubium eſt, an aliqua cauſa tacita in precibus, ſit finalis, ſeu de neceſsitate exprimenda, talis diſpenſatio cenſenda eſt valida; quia re exiſtente dubia, judicandum eſt in fauorem actus, vt magis valeat, quàm pereat, *cap. Abbate, de Verb. ſign. l. Quoties, ff. de Reb. dub.* Quòd ſi hoc procedit in diſpenſatione, quæ eſt odioſa, & reſtringenda, multò magis locum habet in legitimatione, quæ eſt fauorabilis, & amplianda, vt non ſemel in ſuperioribus aduertimus.

Illud etiam non omittendum, ſi ſolùm taceatur qualitas, quæ non mutat ſpeciem illegitimitatis, ſed tantùm aggrauat vitium parentum; vt quòd filius ſacerdotis genitus fuerit ex filia ejus ſpirituali, vel quid ſimile, id non officere quominus legitimatio validè impetretur; cùm tale vitium habeat ſe valde per accidens ad illegitimitatem: ſic cum alijs Valaſc. *d. conſult.* 80. *numer.* 3. & Molin. *d. diſp.* 173. *verſ. Qualitates, quæ.* Unde à fortiori non eſt opus exprimi qualitatem nobilitatis patris, vt quòd ſit Comes, vel illuſtris, cum hoc parum, aut nihil aggrauet parentum crimen. Et ita cum Hoſtienſi Ioan. Andr. & Butrio docet Valaſc. *d. conſult.* 80. *ſub num.* 2. Aliud tamen, & meritò ijdem DD. ſentiunt de nobilitate matris, per *l. Siqua illuſtris, Cod. Ad Orfician.* vbi diſponitur, quòd ſpurius non ſuccedat matri illuſtri, extantibus legitimis. Non officiet etiam legitimationi, quòd impetrata ſit abſque mentione qualitatis, quæ tunc temporis ignorabatur, vt quòd filius genitus fuerit ex maritata, quæ communiter reputabatur vidua. Ita Molin. *proximè citat. verſ. Quando qualitas*, & Valaſc. *d. conſult.* 80. *in fine*, vbi teſtatur ita fuiſſe judicatum. 374

Ad legitimationem verò filij naturalis 375

ſatis

satis regulariter est, quòd pater declaret, se illum habuisse ex soluta, quin exprimat, an fuerit ex virgine, aut vidua, vel nobili, vel an ipse pater esset constitutus in aliqua dignitate: Molin. *d. disp.* 173. *vers. Qualitates quæ.* Consentit Valasc. *d. consult.* 80. *sub num.* 1. Docens generaliter cum Romano, quòd in legitimatione filij naturalis, opus non est exprimere, qualitatem illegitimitatis, vt quod ex serua, vel concubina, seu aliàs.

376 Dixi autem, *Regulariter*, quia si filius naturalis commodè legitimari potest per subsequens matrimonium, eoquod ejus parentes commodè, & sine alterius saltem dedecore, illud possunt contrahere, surreptitia & inualida erit legitimatio per rescriptum obtenta, nisi concedenti exprimatur talem filium commodè posse legitimari per matrimonium subsequens; cùm id Principem retrahere possit à legitimatione concedenda. Ita relatis alijs Couar. *Epit. in lib.* 4. *Decret. p.* 2. *cap.* 8. §. 9. *num.* 5. Costa *in d.* §. *Et quid si tantùm, p.* 2. *num.* 96. Molina Iurist. *lib.* 3. *de Primogen. cap.* 3. *num.* 39. & Theolog *d. disp.* 173. *vers. Item si is*, per text. *in d. Auth. Quib. mod. nat. effician. legitimi*, §. *Sit igitur licentia.* Præterea si extent alij filij legitimi, id etiam declarandum est, vt jam supra monuimus. Atque idem dicendum esse, si extent ascendentes, quibus præjudicaretur in portionibus ipsis debitis in bonis parentis ejus, qui legitimatur, tenent nonnulli, quos refert, & sequitur Costa *vbi sup. numer.* 146. & Molin. *d. disp.* 173. *vers. Item, si legitimatio.* Contrarium tamen tenent alij, & fortè probabiliùs, quia illud præjudicium ascendentium non est tam considerabile, sicut descendentium: vnde cùm de jure communi legitimatio filiorum naturalium non concedatur existentibus descendentibus legitimis, vt vidimus *supra, num.* 361. tamen de ascendentibus nihil tale in jure habetur, nec vlla de illis quoad hoc fit mentio, vt videre est in toto *Auth. Quib. mod. natur. effician. legitimi, & Auth. Quib. mod. nat. effician. sui.* Quod est valde notabile.

Omnia prædicta circa qualitates, & circunstantias illegitimitatis necessariò exprimendas, vt legitimatio non sit surreptitia & inualida, intelliguntur, nisi Princeps legitimationem concedat, *Ex certa scientia*, quia hæc clausula tollit defectũ in literis legitimationis, vt notat Valasc. *d. consult.* 80. *num.* 7. & sic tollit surreptionem, quæ aliàs ex taciturnitate illarũ qualitatum consurgeret. Confirmatur, quia hæc clausula supplet defectum legitimationis obtentæ absque filiorum legitimorum existentium mentione, vt cum Molina tradidimus *num.* 362. *fine.* Ergo à fortiori tollet defectum consurgentem ex taciturnitate illarum qualitatum, qui planè videtur esse minoris momenti, quàm qui consurgit ex taciturnitate illorum filiorum, quibus per legitimationem alterius filij non leue præjudicium infertur. 377

Secus dicendum de clausulis, *Ex plenitudine potestatis*, & *Supplentes omnes defectus*, quia hæ clausulæ tantummodo apponuntur ad supplendos defectus consurgentes ex jure positiuo: non autem cõsurgentes à natura, nisi specificentur, vt latè multis citatis DD. tradit Valasc. *sup. num.* 6. & 9. clausula etiam, *Non obstantibus constitutionibus, & alijs contrarijs*, &c. non supplet defectum legitimationis consurgentem ex taciturnitate prædictarum qualitatum, præsertim quando qui legitimatur, est valdè odiosus, vt ex sacrilegio, vel monacho, aut monjali, vt cum alijs notat Valasc. *d. consult.* 80. *num.* 8. quia hæc clausula in concessionibus gratiarum non supplet taciturnitatem qualitatum necessariò exprimendarum, sed tantùm reddit valida, & confirmat expressa, vt docent Bald. Alex. Decius Ruin. Aymon, Ripa Menoch. & alij, quos citat, & sequitur Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. disput.* 24. *num.* 6. 378

(.!.)

SVMMARIVM.

VT legitimatio filij per rescriptum obtenta sit efficax, & perfecta, requiritur consensus ipsius filij, & quomodo id sit intelligendum? numer. 379.

Vt filius legitimetur respectu patris ad succedendum in ejus bonis, necessarius est consensus ipsius patris; numer. 380.

Legitimatus respectu patris, talis etiam manet respectu agnatorum, ad hoc vt in eorum bonis possit succedere, acsi esset legitimus: nec ad hoc eorum consensus requiritur; ibid.

Legitimato patre, etiam filij ejus legitimi euadunt legitimati respectu aui, vt in ejus bonis succedant, debeantque ab eo instituí. Et quid si pater sit tantùm dispensatus? num. 381.

Etiam post mortem patris potest filius legitimari à Principe, vt in illius bonis succedat, si constet voluisse patrem eum legitimari. Idque licèt jam alij patris successores hæreditatem adiuissent: & licèt talis filius esset spurius; num. 382.

Filius, cui pater legitimationem nulliter impetrauit, potest post ejus mortem aliam validam impetrare ostendendo eam fuisse patris voluntatem: idque licèt talis filius sit spurius; num. 383.

Vtrum quando nulla patris voluntas, vel postulatio præcessit de legitimando filio, possit nihilominus Princeps eum legitimare, vt patri succedat cum præjudicio successorum, quibus patris hæreditas jam esset delata? num. 384.

Vt quis de consensu patris à Principe legitimetur ad succedendum ipsi patri, non oportet citari eos, in quorum præjudicium ea legitimatio cedit; numer. 385.

Clausula, Sine præjudicio hæredum legitimorum, *quæ in legitimationibus regni Lusitan. apponi solet, quid operetur; & quorumnam hæredum præjudicium excludat? numer.* 386. *& seqq. Filio cum hac clausula legitimato, semper pater potest relinquere, quantum voluerit ex bonis, de quibus libere potest disponere, vt de suo tertio in Lusitania & de quinto in Castella; num.* 390.

Quid operetur clausula, Sine prejudicio venientium ab intestato, *si in legitimatione apponatur? num.* 391.

Legitimatio per rescriptum obtenta reuocatur ob ingratitudinem filij aduersus patrem, qui eum legitimandum curauit. Et quomodo id sit entelligendum? num. 392.

Vtrum legitimati per rescriptum, vel alio modo, veniant nomine legitimorum, vel legitimè natorum, quando agitur de successione in fideicommissis, maioratibus, emphyteusibus, & similibus bonis, ad quæ soli legitimi sint vocati? num. 393.

TErtiò deinde nota, vt legitimatio 379
filij per rescriptum obtenta, sit efficax & perfecta, necessarium esse consensum ipsius filij, ut docent penè omnes, per text. expressum *in Auth. Quib. mod. nat. effician. sui, §. Generaliter,* ubi optima ratio redditur his verbis; *Nam si soluere jus patriæ potestatis inuitis filijs permissum non est patribus, multò magis sub potestate redigere filium inuitum, & nolentem,* scilicet per legitimationem, qua illegitimus sub patria potestate constituitur. Vnde licèt etiam ante vsum rationis filius possit legitimari, semper tamen ea legitimatio est dependens à futuro ejus consensu, seu ratihabitione. Emman. à Costa plures referens *in d. §. Et quid si tantùm, p. 2. conclus. 1. num.* 114. *& seqq.* Molin. *dict. disp.* 173. *vers. Vt legitimatio,* & alij communiter. Vtrum autem sufficiat filium scire, & non contradicere suæ legitimationi, ad hoc vt intelligatur consentire, seu ratam illam habere? Affirmant aliqui, alij; verò negant, vt videre est apud Emman. à Costa *dict. conclus. 1. numer.* 118. *& seqq.* qui negantibus adhæret, asserens ratihabitionem filij, quam Iustinianus 381
exigit

exigit *in d. §. Generaliter*, non induci ex eo quòd filius sciuerit legitimationem impetrari, vel impetratum esse, & non contradixit, nisi aut verbis illam exprimat, aut faciat aliquid, quod citra jus, & nomen legitimi efficere non poterat. Quæ sententia mihi etiam placet, & magis probari videtur à Molina, *vbi supra*. Addit verò idem Costa, *num.* 124. satis etiam fore, si filius sit præsens, & non cõtradicat, quòd tunc planè videatur consentire, arg. text. *in l. In adoptionibus, ff. de Adoption.*

380 Item, ut filius legitimetur respectu patris ad succedendum in ejus bonis, necessarius est consensus ipsius patris, vt notat Molina, *loco proximè citat. & disp.* 174. *vers. Illud etiam*, videturque ab omnibus supponi per text. *in d. Auth. Quib. mod. natural. effician. sui, §. Illud tamen*, vbi non nisi de consensu, & voluntate patris legitimatio per rescriptum inducitur. Vnde notat Cabedo 2. *p. decis.* 62. *numer.* 13. non posse filios à Principe legitimatos vti tali legitimatione contra voluntatem patris testatoris, argum. *l. Amicissimos, §. vltim. ff. de Excusat. tutor. & l. Post mortem, §. vltim. ff. de Bonor. possess. contr. tab.* ad quod etiam allegat Dec. *consil.* 268. quod etiam procedit in dispensatione, vt idem Cabedus cum alijs aduertit. Legitimatus autem respectu patris talis etiam manet respectu agnatorum, ad hoc vt possit in eorum bonis succedere, acsi esset legitimus; Gam. *decis.* 312. *num.* 4. & Cabed. *p.* 1. *decis.* 100. *num.* 12. cum alijs, nec ad hoc eorum consensus necessarius est, vt cum communiori DD. sententia docent Couar. *Epit. in* 4. *lib. Decretal. p.* 2. *cap.* 8. §. 10. *num.* 2. Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri, num.* 69, Gregor. Lop. *in l.* 7. *tit.* 15. *p.* 4. & Molina *d. disp.* 173. *vers. Item legitimatus*, per text. *in d. §. Illud tamen, vers. Siquis ergo*, vbi habetur, quòd legitimati per rescriptum nihil differunt à legitimis. Quanuis aliud sit in legitimatis per oblationem curiæ, vt habetur *in eod.*

381 *Auth. Quib. mod. nat. effic. sui, §. Filiũ.*

Vtrum verò legitimato patre, etiam filij ejus legitimi, euadant legitimati respectu aui, vt in ejus bonis succedant? Respondent affirmatiuè Couar. *d. §.* 10. *numer.* 5. Gam. *decis.* 312. *num.* 4. *& decis.* 317. *num.* 2. & Molin. *d. disp.* 173. *vers. Vtrum autem legitimato*, & quidem meritò, quia cùm pater legitimus effectus sit, perinde se habet legitimus ejus filius respectu aui ad succedendum ipsi auo, tam ab intestato, quàm ex testamento, acsi pater legitimus natus esset. Vnde jus etiam habet dicendi nullum testamentum aui, si in eo sit præteritus, juxta supradicta §. 2. & 3. Si autem pater non esset propriè legitimatus, sed tantùm dispensatus, vt in legitimationibus hujus Regni contingit, tunc filius ejus legitimus non succedit auo ab intestato, sed solùm ex testamento, non existente legitima sobole ipsius aui, vt bene docet Gama *decis.* 11. *num.* 4. & 5. per text. *in l. fin. Cod. de Natural. liber.*

Quartò nota, quòd etiam post mortem 382
patris, potest filius à Principe legitimari, vt in illius bonis succedat, si pater eum legitimari voluit, idque in testamento, vel aliàs per actum inter viuos declarauit. Ita communiter DD. per text. expressum *in Auth. Quib. mod. nat. effic. sui, §. Illud tamen, vers. Si verò is.* Quod procedit, etiamsi patris hæreditas jam esset adita, & obtenta à venientibus ab intestato, vt tradit relatis alijs, Cabed. 2. *p. decis.* 69. *n.* 21. Valasc. *consult.* 158. *n.* 11. & Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 174. *§. Illud etiam est obseruandum.* Quemadmodum enim viuente patre, posset Princeps ad illius petitionẽ filium legitimare, etiam cum prejudicio aliorum hæredum, ita etiam id efficere potest post illius mortem, nihil obstante, quòd alij successores jam hæreditatẽ adiuissent, ejusq; possessionem apprehendissent, quia censetur illis delata sub conditione, nisi ille filius legitimaretur, vt in simili de legitimatis per dispensationem in radice matrimonij dictũ est, *§. præced. n.* 352. Estq; hoc verũ, etiam si legitimatus, esset spurius, vt bene contra Molinam Iuristam notauit Molina Theologus, *loco proximè cit.* & tradit relatis alijs Costa *in*

à. §. Et quid si tantùm, 2.p. num. 167. *& seqq.* Valasc. *vbi sup.* eadem enim quoad hoc est ratio de spurio, atque [de naturali. Vnde quanuis pater non possit absolutè instituere hæredem filium spurium, attamen rectè, & vtiliter eum instituere potest sub conditione, *Si a Principe legitimetur*, vt relatis multis tradidimus *sect. 1. hujus disp. §. 2 num.* 4.

383 Quòd si pater, dum viueret, legitimationem filij nulliter impetrauit (vt quia tacuit se habere filios legitimos, vel aliâ de causa) credens tamen eam valere, illum hæredem instituit; dubitabis, an post mortem patris possit ille filius nouam legitimationem validè impetrare, ostenso patris testamento, ex quo constat, voluisse patrem eum fieri legitimum? Respondeo affirmatiuè, cum multis DD. quos refert Costa latiùs id explicans *in d. §. Et quid si tantùm, 2. p. numer.* 166. *& seqq.* vbi securè id admittit in filio naturali per tex. *in Auth. Item sine, Cod. de Nat. liber.* At idem etiam tenet in spurio cum Barth. & multis alijs, quos refert, & sequitur, *num.* 198. *& seq.* Et ratio est, quia si pater viuens potuit legitimationem spurij validè impetrare ex Principis gratia, non obstante lege, quæ omnem modum legitimationis ab spurijs remouet, *§. vltim. Auth. Quib. mod. nat. effician. sui*, cur post patris mortem non poterit filius eandem gratiam impetrare, ostenso testamento, & voluntate patris, qui eum legitimari voluit? Certè eadem in vtroque casu est ratio. Illud etiam hic aduerte nihil impedire, quominus semel validè legitimatus, secundam legitimationem pleniorem impetret, eâque se tueri possit, vt tradit relatis alijs, Cabed. *2.p. decis. 69. num.* 23. Utrum autem oporteat, quòd faciat mentionem de prima? Respondet negatiuè Cabed. *num.* 18. nisi prima esset tantùm dispensatio.

384 Si autem nulla patris voluntas, vel postulatio præcesserit, qua filium sibi legitimari expetierit; grauis difficultas est, vtrùm Princeps possit eum legitimare cum præjudicio successorum, quibus illius hæreditas jam esset delata; præsertim si jam eam adiuissent, ejusque possessionem apprehendissent? Qua in re varij admodum sunt DD. quidam namque existimant, quanuis hæreditas jam sit adita per illos successores, si eam nondum possident posse Principem illum filium legitimare, vt in ea succedat. Alij verò sentiunt minimè id fieri posse à Principe, quando hæreditas jam est adita, secus verò si solùm sit delata; & hanc esse communem sententiam Iurisperitorum, affirmat Molina *d. disp.* 174. *vers. Quando hæreditas.* Ipse tamen Molina cum paucis alijs tenet, neque etiam quando hæreditas est delata posse à Principe illum filium legitimari cum præjudicio eorum, quibus delata est; eoquod jam habeant jus quæsitũ ad talem hæreditatem obtinendã. Et hæc sententia mihi magis arridet. Eam tamen non firmo, neque in hac controuertia immorandum censeo, cùm filij non nisi ex consensu patrum Principis rescripto legitimari soleant. Qui autem scire velit quibus fundamentis prædictæ sententiæ innitantur, consulat Molinam *vbi sup.* & Costam *in d. §. Et quid tantùm, 2.p. concluſ. 5. & 6.*

385 Quintò nota, vt quis de consensu patris à Principe legitimetur ad succedendum ipsi patri, non oportere citari eos, in quorum præjudiciũ ea legitimatio cedit, etiamsi sint filij legitimi, quorum portiones legitimæ minuentur. Ita Emman. à Costa cum multis alijs *in d. §. Et quid si tantũ, p. 2. sub concl. 2. n.* 133. *& seqq.* & Mol. latè per plures conclusiones id explicans *disp.* 174. *à princ.* consentit, relatis alijs, Couar. *Epit. in 4. lib. Decr. p. 2. c.* 8. *§. 9. sub n. 7. vers. Ex quo infertur, post med. in 4. edit.* quanuis addat, malè facturũ Principem, si filijs legitimis non vocatis, dictã legitimationem faciat. In quo tamen credo à præfatis DD. nõ dissentit; nam debet intelligi, nisi justa causa interueniat, qua quidem deficiente, etiam alij DD. sentiunt, illicitam fore talem legitimationem, vt videre est apud Molinam *d. disp.* 174. *sub* 1. 2. *& 3. concluſ.* vbi rectè monet, maiorem causam requiri, vt sit licita legitimatio, cum præjudicio descendentium, quàm

quam alcendentium, & multò minorem sufficere ad legitimandum cum præjudicio collateralium. Ratio autem cur necessaria non est prædicta citatio filiorum legitimorum, vel aliorum, quibus legitimatio præjudicat, ea est: quia quòd illis debeatur legitima, vel alia successio in bonis patris, prouenit ex jure Ciuili; quod Principi omnino subest, vt possit illi derogare, quin ad hoc necessaria sit alicujus citatio, vt latiùs prosequitur, & declarat Costa, & Molina *loc. citat.* Ad quod etiam videri potest Mantica *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 11. *à num.* 5. vbi optima adducit fundamenta, quæ probant, nunquam requiri aliorum citationem ad legitimandum filium, patre consentiente. Vnde etiam post mortem patris, si ejus consensus præcesit, potest Princeps ejus filium legitimare, minimè requisitis ijs, quibus illius hæreditas est delata, juxta receptisimam sententiam Bartholi *in d. §. Et quid si tantum, in fine, ff. de Liber. & posth.* quam sequuntur Costa *ibid.* 2 *p. concluſ.* 4. Molina *d. disp.* 174. *vers. Quarta conclusio*, & Cabedo, 2. *p. decis.* 69. *num.* 21. constatque satis ex dictis *num.* 382.

386 Sextò nota, quòd quanuis legitimatio sit impetrata cum omnibus declarationibus, & clausulis ad ejus valorem, & plenitudinem requisitis, tamen filius taliter legitimatus, non succedit patri cum præjudicio hæredum legitimorum, si Princeps in rescripto legitimationis appoluit clausulam, *Sine præjudicio hæredum legitimorum*, aliamuè similem, qua declaret suam intentionem non esse illis præjudicare, vt fieri solet in legitimationibus, seu dispositionibus hujus Regni, vbi Rex sic ait; *Mas não he minha tenção por ella* (scilicet per legitimationem) *ser feito perjuizo a alguns herdeiros lidimos, se os ouuer, & a outras quaisquer pessoas, que algum direito hajão em os ditos bens, & cousas, que assi lhe forão dadas, ou deixadas*; cùm enim concessio, & quilibet actus, nihil operetur vltra intentionem agentis, planum est non posse legitimatum virtute talium legitimationum succedere patri cum præjudicio illorum hæredum.

Difficultas verò non leuis est, quomodo in hujusmodi legitimationibus, vel dispensationibus, dicta clausula, *Sine præjudicio hæredum legitimorum*, accipienda sit? Et ratio difficultatis est, quia hæredes legitimi sunt & dicuntur propriè omnes qui succedunt ab intestato, nimirum descendentes, & ascendentes defuncti, & collaterales omnes vsque ad decimum gradum, & his deficientibus, vxor ipsius defuncti, & tandem in defectum istius, Fiscus: vnde si legitimatus cum dicta clausula ab hujusmodi hæredibus excluditur in successione patris, nullius fermè momenti ejus legitimatio euadit, quod videtur esse contra mentem legitimantis. Aliunde autem cùm à verborum proprietate non sit facilè recedendum, videtur affirmandum, eum ab illis omnibus excludi, præsertim patre intestato decedente. Variæ igitur hac in re sunt opiniones quarum præcipuas attingam. Prima est: per illam clausulam omnes venientes ab intestato, etiam collaterales, præferri legitimato, eumque excludere. Ita sentiunt multi, quos refert Gama *decis.* 278. *numer.* 3. quorum aliqui hanc sententiam dicunt communem. Imò hanc videri magis communem testatur Cabedo 2. *p. decis.* 69. *num.* 4. Hanc eamdem opinionem latè tuetur Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 23. *sub num.* 80. asserens quòd virtute dictæ clausulæ, nec ab intestato, nec ex testamento, succedere possunt legitimati, nisi prout de jure sibi concederetur, si legitimati non fuissent, uidelicet naturalis pro vna vncia, & pro alimentis, spurius autem pro alimentis tantùm. 387

Secunda opinio ex oppositio asserit, exceptis descendentibus, cæteros hæredes legitimos à legitimato excludi, nihil obstante dicta clausula, *Sine præjudicio legitimorum*. Pro hac multò plures refert eos sequens idem Gama *d. decis.* 278 *sub n.* 4. Eandem tenet Valasc. *de Part. c.* 12. *n.* 44. referēs pro illa Cald. Sarmiēto, & Couar. *Epit. in* 2. *p. c.* 8. *§.* 10. *col.* 1. *&* 2. At reuerà Couar. eo loco mentē suā nō declarat, sed 388

totus fermè est in aliorum opinionibus referendis. Est autem hæc secunda sententia longè communior quàm prima, vt multi apud Gamam *loc. citat.* affirmant: pro qua etiam apertè stant Anchar. Crot. & Anton. Capitius apud Couar. *d.* §. 10. *in princip.* qui tenent, legitimatum cum d. clausula prę ferri in successione patris intestati omnibus successoribus ab intestato venientibus, exceptis tantùm filijs legitimis: & in successione ex testamento simul cum ipsis filijs legitimis admitti, dummodo eorum legitima non minuatur.

389 Tertia denique opinio, omissis alijs, (quas non satis distinctè refert Couar. vbi supra) est, quòd per illam clausulam solùm excluditur legitimatus à legitimis hæredibus in successione, & bonis ad quæ habent aliquod jus considerabile, quo à patre priuari non poterant: nam in bonis, quibus pater eos potest priuare, non censetur illis fieri prejudicium, si legitimato, vel etiam extraneo relinquantur. Itaque in hac sententia legitimatus omnino excludit tranuersales à successione patris, tam ex testamento, quàm ab intestato; quia non habent jus aliquod, vt pater legitimati eis aliquid relinquat: à legitimis autem descendentibus, & ascendentibus ipsius patris omnino quoad legitimam eis debitam excluditur; itaut siue pater decedat testatus, siue intestatus, nihil de eorum legitima minuatur; quia neque ex toto neque ex parte potest pater eos illâ priuare. Ex reliquis verò bonis, de quibus pater liberè potest disponere, relinquere potest legitimato quantum voluerit. Sic Molin. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 174. *vers. Quia tamen*, cui consonat Cabedo *d. decis.* 69. *num.* 4. vbi asserit dictam clausulam, *Sine præjudicio hæredum legitimorum*, intelligi de ascendentibus, vel descendentibus, non verò de transuersalibus, idque esse verius de jure, & æquius; atque ita etiam sentire Gamam. Hæc sententia mihi videtur omnino vera, & cæteris omnibus præferenda, stando in rigore verborum prædictæ clausulæ, *Sine præjudicio, &c.* vt satis ex ratione superiùs adducta constat. Si alicubi verò praxis aliud habuerit, vt quòd soli descendentes vitute dictæ clausulæ legitimatum excludant, id seruandum est.

Ex prædicta sententia infert bene 390
Molin. *vbi sup.* quòd in hoc regno Lusitaniæ, si pater legitimati cum dicta clausula habeat descendentes legitimos, poterit ei relinquere de suo tertio quod voluerit; in regno autem Castellæ solùm de quinto; si verò careat descendentibus, & habeat ascendentes, in vtroque Regno poterit ei relinquere de suo tertio quantum voluerit, & si decedat intestatus, ei succedet taliter legitimatus in toto tertio, & duæ reliquæ portiones ad ascendentes spectabunt.

Quando autem in legitimatione appo- 391
sita esset clausula, *Sine præjudicio venientium ab intestato*, maior forsan est difficultas, vt videri potest apud Peregrin. *d. art.* 23. *à num.* 21. vbi eam latè discutit, & sic tandem, rejectis alijs opinionibus, resoluit primò dicens, quòd virtute illius clausulæ excluditur legitimatus à venientibus ab intestato, si legitimatio facta est post hęreditatem illis delatam; & quòd in hoc conueniant omnes. Secundò, quòd in causa intestati, non tantùm excluditur à filijs legitimis, vt est recentior sententia, sed etiam ab ascendentibus, & transuersalibus; ita scilicet, vt perinde respectu illorum se habeat legitimatus cum dicta clausula, acsi legitimatus non fuisset; proindeque si talis legitimatus sit naturalis, ab intestato cum ascendentibus, & collateralibus capiat duas vncias, juxta *Auth. Licet, Cod. de Naturalib. liber.* si verò spurius, in nulla parte succedat. Tertiò, quòd in causa testati legitimatus excludit venientes ab intestato, præsertim si sit naturalis, nihil obstante dicta clausula. Cæterùm mihi omnino dicendum videtur, eundem esse hujus clausulæ effectum, atque clausulæ, *Sine præjudicio hæredum legitimorum*, cùm reuerà clausulæ sint synonimæ, vt plerique intelligunt. 392

Septimò tandem nota, legitimationem

nem per rescriptum obtentam reuocari ob ingratitudinem filij aduersus patrem, qui eum sibi legitimandum curauit. Sic cum Baldo Iason Ripa, Tiraquel. & alijs Couar. *Epit. in 4. lib. Decretal. p. 2. cap. 8. §. 2. num. 14.* ea ratione, quia libertas, quæ legitimationi æquiparatur, *Auth. Vt liberti de cætero, §. 1. & Authent. Quib. mod. natural effician. legit. §. Siquis ergo, & §. Liceat,* reuocatur ob ingratitudinem: ergo etiam legitimatio. Addit autem idem Couar. id procedere quoad ea, quæ ipsum patrem, ejusque bona respiciunt: nam in cæteris adhuc eum filium judicari legitimum, etiam si patri ingratus extiterit, juxta notata per Paul. de Castr. *in l. Ex facto, ff. de Vulg.* Addit præterea cum Romano, hujusmodi reuocationem ob ingratitudinem locum non habere in legitimatione facta per matrimonium subsequutum. Quod etiam tradit Molina, *disp. 172. vers. Vt naturales filij.* Id verò non tollit quominus etiam legitimati per subsequens matrimonium ob ingratitudinem aduersus parentes exhæredari possint; quemadmodum filij legitimè nati, juxta supra tradita circa causas ingratitudinis, ex quibus filij exhęredari possunt. Qualis verò, & quanta ingratitudo sufficiat ad prædictam legitimationem reuocandam, arbitrio judicis relinquitur.

393 Vtrum legitimati per rescriptum, vel alio modo, ita fiant legitimi, vt veniant nomine legitimorum, vel legitimè natorum, quando agitur de successione in fideicommissis, maioratibus, emphyteusibus, alijsve bonis vinculatis, ad quæ soli legitimi sint vocati, quęvè non nisi sub conditione deficientium legitimorum alijs deferuntur? Disputant latissimè Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 11. tit. 10. num. 11. & 12.* Peregrin. *de Fideicommiss. art. 23. per tot. & art. 24. num. 9. & multis seqq.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 79. & 81.* Molin. *d. disp. 174. à vers. Quod verò ad res attinet,* & multi alij; hanc tamen disceptationem in præsenti omittendam censeo, quia licèt sit valde vtilis, non spectat ad præsens institutum, & jam satis hac de re dixi *in tractatu de Censu, & emphyteusi, 2. p. disp. 5. sect. 5.*

§. 13. *Vtrum filij, & alij descendentes naturales possint, debeantuè instituì hæredes in testamento parentum?*

SUMMARIUM.

QVi propriè filij naturales dicantur, tum secundùm jus Cæsareum, tum secundùm Canonicum, & Lusitanum? num. 394.

Secundùm jus commune, non tenetur pater instituere hæredes filios naturales, nec aliquid eis relinquere. In varijs autem casibus potest eis relinquere, si velit, aut totam, aut partem substantiæ, & in ea illos instituere. Quod particulatim explicatur; numer. 395. & seqq.

Existentibus filijs legitimis, non potest pater relinquere naturalibus vltra vnam vnciam; num. 397. Id verò fallit primò, si legitimi essent justè exhæredati, num. 397. Secundò, si legitimi consentiant, vt naturales simul cum illis succedant? num. 398. Tertiò, si legitimi redditi sint incapaces succedendi, vt si facti sint monachi Ordinis Minorum; num. 399.

Si pater habeat vnum tantùm filium legitimum, eumque impuberem, & illi substituat pupillariter naturalem, ex tali substitutione, eueniente casu illius, succedet naturalis in omnibus bonis pupilli, tam aliunde, quàm ex patris hæreditate habitis: si autem extent alij filij legitimi, non poterit retinere ex bonis patris, nisi vnam vnciam, & reliqua restituet legitimis; num. 400.

Pater tenetur prouidere filio naturali, imò & spurio, de alimentis, si aliunde congrue sustentari non possit; numer. 401.

Naturalibus nepotibus non tenetur auus paternus quidquam relinquere, siue sint naturales ex filijs legitimis, siue legitimi ex filijs naturalibus, siue naturales ex filijs naturalibus: si tamen careat descendentibus legitimis, potest eis relinquere quantum voluerit; num. 402. Iuxta multos DD. nepos naturalis potest succedere auo in omnibus casibus, & eodem modo, quo filius naturalis potest succedere patri. Et quid circa hoc censeat Author? ibid.

Auus tenetur relinquere alimenta nepotibus naturalibus, si aliàs non habeant vnde congruè alantur; num. 403.

In quibus casibus possit auus relinquere nepotibus naturalibus, etiam si habeat descendentes legitimos? num. 404.

Secundùm jus commune tenetur mater testamentum condens instituere hæredes filios naturales simul cum legitimis si eos habeat, idque licèt sit illustris. Quòd si omittat, possunt tales filij agere de inofficioso contra illius testamentum; num. 405. Et idem est in nepotibus respectu auiæ, & aliorum per lineam fæmineam ascendentium; numer. 406.

Quomodo filij naturales de jure Lusitano sint successibiles respectu patris; num. 407. & seqq.

Vtrum filij naturales hominis plebeij ità de jure Lusitano sint successibiles respectu illius, vt si ab eo prætereantur, vel injustè exhæredèntur, possint testamentum rumpere, dicendo illud nullum, vel agendo querelâ inofficiosi? numer. 408. & seqq.

Filij naturales hominis plebeij in Lusitania sunt sub ejus potestate, licèt aliqui dissentiant; num. 409.

Filijs naturalibus hominis plebeij secundùm jus Lusitanum competit querela aduersus inofficiosas donationes factas à patre in fraudem, vel præjudicium suarum legitimarum; num. 411.

Filij naturales hominis equitis, seu non plebeij, quousque de jure Lusitano possint, aut non possint patri succedere; & quis ad hunc effectum censeatur eques, vel non plebeius; num. 412. & seqq.

Agricolæ non sunt mechanici, nec amittunt nobilitatem, licèt propriis manibus terram excolant. Si tamen non solent equo incedere, vel tractantur vt pedites, eorum filij naturales eis succedunt de jure Lusitano, sicut legitimi; num. 414.

Plebeius præsumitur, qui nõ probatur esse nobilis; num. 415.

Filius naturalis, qui natus est quando pater erat plebeius est illi successibilis de jure Lusitano, sicut legitimi, licèt pater postea fiat eques, vel maioris conditionis, num. 416. Et idem est licèt pater fuisset eques, quando filius conceptus est, si tempore natiuitatis jam erat plebeius; ibid.

De jure Lusitano non satis est, patrem esse clericum in minoribus, ad hoc vt censeatur eques, cui filius naturalis non sit necessariò successibilis; num. 417.

Nepotes naturales eodem modo successibiles sunt de jure Lusitano respectu aui paterni, si erat plebeius, quando nati sunt, atque filij naturales respectu patris similiter plebeij; numer. 418. & seqq.

Vtrum nepos naturalis ex filio legitimo, & plebeio, sit de jure Lusitano successibilis ex propria persona, vel saltem ex persona patris, auo paterno non plebeio? num. 421. & seq.

Filius naturalis viri equitis, habens auum plebeium, est successibilis de jure Lusitano ipsi auo, quemadmodum succederet patri, si is esset plebeius. Et quomodo id procedat? num. 423.

Nepos naturalis quousque de jure Lusitano possit, aut non possit, succedere auo paterno equiti? num. 424.

In Lusitania succedunt filij, & nepotes naturales matri, & alijs ascendentibus maternis, sicut in jure communi disponitur; num. 425.

Vt filij naturales hominis plebeij sint illi successibiles de jure Lusitano, opus est vt non sint geniti ex pluribus concubinis, quas pater eodem tempore apud se haberet; num. 426.

De

De successione ab inte stato filiorum naturalium; num. 427. remissiuè.

394 PRo resolutione recolendum est *ex sect. 1. hujus disp. §. 2. num.* 32. quòd secundùm jus Cæsareum, illi tantùm dicuntur filij naturales, quos quis suscepit ex vnica concubina domi retenta, inter quam & ipsum virum tempore conceptionis, vel natiuitatis eorum filiorum, nullum erat impedimentum ad matrimonium validè contrahendum: juxta Canonicum verò jus satis est ad hoc vt sint naturales, quòd quando sunt nati, vel concepti, possent eorum parentes validum inter se matrimonium contrahere, quanuis mulier in domo viri retenta non esset: idemque est de jure hujus regni Lusitani quoad effectum succedendi parentibus, vt constat ex *lib. 4. Ordinat. tit. 91. in princip.* atque etiam de jure Castellæ, vt habetur *in noua Recopilatione, l. 9. tit. 8. lib. 5.* notatque pro vtroque Regno Molin. *tom. 1. de Iust. disp. 165. vers. Illud verò.* Recolendum præterea, spurios dici quicumque ex illicito coitu geniti naturales non sunt, duplexque eorum esse genus; alterum eorum, qui sunt geniti ex coitu damnato, & punibili; alterum, qui ex non damnato, nec punibili prout latè *loc. sup. cit. num.* 33. *& seq.* à nobis traditum, & explicatum est.

His positis, quod ad filios naturales at-
395 tinet, prima conclusio sit. Secundùm jus commune non tenetur pater instituere hæredes filios naturales, nec aliquid eis relinquere: in varijs autem casibus potest, si velit, aut totam aut partem substantiæ (prout statim explicabitur) eis relinquere, & in ea illos hæredes instituere. Tota conclusio est certa; ac primam illius partem latè probat, & declarat Rojas *in Epit. successions. cap. 11. à num. 9.* nullibi enim in jure obligatio imponitur patri relinquendi aliquid filijs naturalibus, sed solùm ei ad hoc conceditur licentia, vt videre est *in l. Humanitatis, & in Auth. Licet, Cod. de Naturalib. liber. & in Auth. Quibus mod. natural. effician. sui, §. Discretis,* vbi nouissimè relatis, & magna ex parte correctis antiquioribus Constitutionibus, horum filiorum successio constituitur. Vnde Glossa communiter recepta *in l. 1. ff. de Bonor. possess. contr. verb. Naturales,* rectè ait, quod naturalis, cui pater nihil in testamento relinquit, non habet jus dicendi testamentum nullum, neque per querelam inofficiosi, aliudue juris remedium, illud impugnare potest. Quam Glossam sequitur Barthol. *ibidem, & in l. Gallus, §. Etiamsi parente, num. 2. ff. de Liber. & posthum.* Bald. Socin. Alber. Iason Alex. & alij, quos refert & sequitur Rojas *d. cap. 11. num. 13.*

Secunda pars conclusionis, facilè etiam probatur, & declaratur; quia in primis, si pater, qui habet filios naturales, careat descendentibus, & ascendentibus legitimis, potest omnium bonorum suorum illos facere hæredes, diuidendo ea inter illos, prout voluerit, vt habetur *in d. §. Discretis, vers. Si verò filios non habuerit; & in Auth. Licet, Cod. de Natur. liberis,* quanuis olim solùm potuerit illis, & eorum matri relinquere dimidium bonorum, vt per *l. Humanitatis, Cod. eod.* Si autem careat legitimis descendentibus, habeat verò ascendentes, potest relinquere duas tertias suorum bonorum filijs naturalibus, eosque hæredes in eis instituere, & solam reliquam tertiam relinquere ascendentibus, quibus pro legitima tertium tantùm bonorum debetur, quando non extant descendentes legitimi; *Sic in d. §. Discretis, vers. Si verò habuerint, & in d. Auth. Licet, Cod. de Natural. liber.* Existentibus verò descendentibus legitimis, solùm potest reliquere filijs naturalibus, atque eorum matri, vnam vnciam, idest, duodecimam bonorum partem, & si quid amplius eis dare tentauerit, ad legitimos descendentes pertinet, vt in præfatis juribus disponitur. Quòd si mater ipsorum naturalium jam non extet, credit Couar. *Epit. in 4. lib. Decretal. 2. p. cap. 8. §. 4. num. 11.* & Molina, *disp. 166. concluss. 2.* quòd potest pater illis relinquere integram vnciam, consen-
396

tanè

tancè ad prædicta jura. Optimè autem aduertit Rojas *d. cap.* 11. *num.* 7. quòd in casu, quo testator haberet duodecim filios legitimos, & vnum tantùm naturalem, non poterit dictam vnciam naturali relinquere, juxta *l. Communium, in fine, C. de Naturalib. liber. & Auth. de Nuptijs, §. Quoniam variæ, collat.* 4. ne scilicet inter naturales, & legitimos æqualitas detur in successione.

397 Cæterùm, quòd existentibus filijs legitimis, non possit pater relinquere naturalibus vltra vnam vnciam, in aliquibus casibus fallit. Primò equidem fallit, quando filij legitimi essent justè exhæredati. Tunc enim potest pater dare naturalibus quod voluerit, perinde acsi legitimi in rerum natura non extarent. Sic cum alijs Rojas *vbi sup. num.* 18. Et constat facilè; tum quia filius justè exhæredatus pro mortuo habetur, *l.* 1. *§. Si pater emancipatus, ff. de Conjungend. cum emancip. lib. ejus, l.* 1. *§. fin. ff. de Bonor. possess. contr. tab.* tum etiam quia paria sunt, filios non existere, & non succedere, *l.* 1. *§. Filium, ff. de Bonor. possess. contr. tab. l. Si necem, §. Si deportatus, & l. Etsi ex modica, §. Si filius, ff. de Bonis libert.* cum enim dicitur, si extant legitimi, intelligèdum est, ciuiliter, non naturaliter; quia nomen liberorum ad intellectum juris refertur, *d. l.* 1. *§. fin. ff. de Contr. tab.* & quæ suum non operantur effectum in consideratione juris non sunt, *l.* 3. *§. Condemnatum, ff. de Re judic. l. Non putabit, ff. de Bonor. possess. contra tab. & regula Non præstat, de Regul. jur. in* 6.

398 Secundò fallit, si filij legitimi consentiant, vt simul cum eis naturales succedãt. Quia quòd vna tantùm vncia his possit relinqui, introductum fuit in fauorem legitimorum, qui ei renuntiare possunt, *l. Siquis in conscribendo, Cod. de Pact. l. Si judex, ff. de Minor. l. fin. §. penult. ff. Ad Velleian cap. Gratum, de Offic. deleg. cap. Ad Apostolicam, de Regular.* Et ita relatis alijs tenent Couar. *Epit. in lib.* 4. *Decret.* 2. *p. cap.* 8. *§.* 4. *numer.* 11. & Rojas *d. cap.* 11. *num.* 24. qui inde infert, posse patrem de consensu legitimorum, omnia sua bona relinquere filijs naturalibus, vt etiam ex Romano aduertit Couar. *cit.*

Tertiò fallit, si filij legitimi redditi sint 399
incapaces succedendi; vt quia effecti sunt monachi Ordinis Minorum, vel Professi, aut Coadjutores formati Societatis, aliâuè ex causa. Quia tales habentur pro naturaliter mortuis, itavt neque ab intestato, neque ex testamento possint esse hæredes, vt latiùs tradidimus, *sect.* 3. *hujus disp.* & sic integrum est patri omnia sua bona naturalibus relinquere. Atque ita loquendo de monachis Ordinis Minorũ docent Bald. & Guido Pape, quos citat & sequitur Rojas *vbi sup. num.* 27. patetque ex fundamentis pro prima fallentia adductis.

Quartò fallit, quando pater habens 400
vnum tantùm filium legitimum, eumque impuberem, illi pupillariter substitueret naturalem. Tunc enim, decedente impubere intra ætatem pupillarem, ei succedet naturalis, non solùm in bonis, quæ talis pupillus aliunde habebat, sed etiam in ijs, quæ habebat ex hæreditate patris, vt latiùs tradidimus *disp. præced. sect.* 3. *§.* 11. *num.* 621. & notat relatis alijs Rojas *in Epit. succes. cap.* 11. *num.* 26. Si autem ultra illum impuberem existerent alij filij legitimi, tunc licèt naturalis pupillariter substitutus ei succedat in omnibus ejus bonis, etiam à patre habitis, attamen de bonis patris solùm poterit retinere vnam vnciam, & reliquum debet restitui filijs legitimis, vt etiam cum communi, & multis citatis DD. tradidimus *loco proximè citat. num.* 620. per text. *in l. Lucius, & in l. Si is qui ex bonis, ff. de Vulgari.*

Illud etiam, quod in prima parte præ- 401
dictæ conclusionis dictum est; non teneri patrem aliquid relinquere filijs naturalibus, fallit in alimentis: nam si filius naturalis (vel etiam spurius) non habeat, vnde competenter se alat, saltem exercèdo aliquod honestum officium, vel artem sibi congruentem, non solùm potest pater ei relinquere alimenta, sed ad id tenetur, vt optimè aduertit Barb. *in l.* 1. *p.* 4.

num.

num. 57. ff. Solut. matrim. & Rojas plures referens *d. cap. 11. num. 37. & seqq.* estque communis omnium sententia, in materia de alimentis; cùm etiam filijs spurijs ad id pater obligetur, & compelli possit, vt vidimus *sect. 1. hujus disp. §. 4. à num. 65.* vbi, quæ pro spurijs dicta sunt, à fortiori procedunt in naturalibus, quibus non solùm jus Naturale, & Canonicum, sed etiam Ciuile spurios respuens, alimenta concedit ex bonis patris, *Auth. Quib. mod. natur. effician. sui, §. Discretis, ad fin.* ibi; *Alimentum damus eis, & Auth. Licet, Cod. de Naturalib. liber.* ibi; *Hujusmodi enim naturales filios pasci boni viri arbitrio est necesse.*

402 Secunda conclusio. De jure communi naturalibus nepotibus, siue sint naturales ex filijs legitimis, siue legitimi ex filijs naturalibus, siue naturales ex filijs naturalibus, non tenetur auus paternus quidquam relinquere, si tamen descendentes legitimos non habeat, potest eis relinquere quantum voluerit. Ita expressè habetur *in l. vltim. Cod. de Naturalib. liber.* quæ lex non est hodie correcta, vt notat Alex. *in addition. ad Barthol. ibid.* sed potiùs seruari jubetur, *in d. Auth. Quib. mod. nat. effic. sui, §. Si verò effusa, vers. De nepotibus enim.* In contrarium tamen clarè stant, multi DD. quos referunt, & sequuntur Gam. *decis. 317. num. 1.* & Cabed. *1. p. decis. 100. numer. 8.* asserentes nepotem naturalem succedere auo in omnibus casibus, in quibus filius naturalis patri potest succedere: stat etiam Molina *tom. 1. de Iust. disp. 166. concluf. 5.* vbi docet illud ipsum, quod juxta *d. Auth. Quib. mod. natur. effic. sui, §. Discretis, & d. Auth. Licet, C. de Naturalib.* dictum à nobis est *supra, num. 396.* de filijs naturalibus respectu patris, locum pariter habere in dictis nepotibus naturalibus respectu aui; vt nimirum, si auus careat ascendentibus, & descendentibus legitimis, possit illis nepotibus relinquere omnia sua bona: si autem careat descendentibus legitimis; habeat verò ascendentes, teneatur relinquere ascendentibus portionem legitimam, idest tertiam partem bonorum, reliquas verò duas tertias dare possit illis nepotibus; si verò descendentes legitimos habeat, vnam tantùm vnciam dictis nepotibus relinquere possit. At cùm in citato jure Authenticorum, vbi hæc pro filijs naturalibus nouissimè sancita sunt, expressè constituatur, vt in nepotibus seruetur dispositio *d. l. vltim. Cod. de Natural. lib.* nullo pacto ab ea recedendum videtur, vt etiam multi DD. censent apud Gamam *ubi sup.* Vnde cùm *in d. l. vltim.* simpliciter habeatur, quòd deficientibus descendentibus legitimis, possit auus paternus relinquere dictis nepotibus quantum voluerit, consequenter dicendum videtur, quòd existentibus legitimis descendentibus, nihil potest auus talibus nepotibus relinquere, & quòd deficientibus descendentibus legitimis, potest illis relinquere omnia sua bona, etiamsi habeat ascendentes.

Præfata verò conclusio in eisdem casi- 403
bus fallit, in quibus primam fallere diximus. Nam quod in priori ejus parte dicitur, non teneri auum quidquam relinquere illis nepotibus; non procedit in alimentis, quando nepotes non habuerint aliàs, vnde congruè alantur: constat enim teneri tunc auum in defectum patris præstare eis alimenta, vt optimè probat Gama *decis. 11. num. 7.* per text. *in l. Si quis à liberis, §. Idem in liberis, ff. de Liber. agnosc.* nam cùm in præcedenti §. contineatur, vt non solùm pater, sed etiam liberi teneantur auum ac proauum, cæterosque ascendentes alere, subsequitur in textu, *idem in liberis quoque exhibendis à parentibus dicendum est.* Vbi Glos. *ver. A liberis*, notat sermonem esse tam de naturalibus, & legitimis, quàm de naturalibus tantùm; id quod planè ex ipso textu colligitur; cùm etiam de liberis vulgò à matre quæsitis expressè loquatur; ex quo apertè sequitur, quòd vt ejusmodi liberi auum, ita & auus eos alere tenetur. Atque ita judicatum fuisse in hoc Regno, affirmat idem Gama *loc. citat.* Et ita etiam cum Couar. Anton. Gom. & alijs tenet à fortiori Molina *tom. 1. de Iust. disput.*

put. 168. *vers. Non solùm parentes*, vbi probat, quòd hodie etiam nepotes spurij debent ali ab auo paterno in defectum patris; idemque tenet Gama *vbi sup.*

404 Deinde, quod in posteriori parte ejusdem conclusionis continetur, non posse auum paternum relinquere aliquid dictis nepotibus naturalibus, si habeat descendentes legitimos, planè fallit quando tales descendentes essent justè ab eo exhæredati; vel consentirent, vt auus illis nepotibus relinqueret, vel redditi essent incapaces succedendi; vel denique quando vnus tantùm esset descendens legitimus pupillarem ætatem non excedens, & in potestate aui constitutus, cui ipse auus naturalem nepotem pupillariter substitueret; vt constat ex fundamentis, quibus has ipsas fallentias in prima conclusione admisimus.

Tertia conclusio. Secundùm jus com-
405 mune, tenetur mater testamentum condens instituere hæredes filios naturales simul cum legitimis, si eos habeat. Hæc conclusio tanquam certa ab omnibus supponitur; quia filius naturalis succedit matri, tam ex testamento, quàm ab intestato, æquè cum legitimis, perinde acsi etiam esset legitimus, exclusis ascendentibus, atque agnatis, & cognatis, *l. Hac parte, & l. Modestinus, ff. Vnde cognati, l.* 1. *§. Sed & vulgò, & l.* 2. *in princip. ff. Ad Tertillian. l. Siqua illustris. juncta Glos.* ibi; *Cod. Ad Orfician. & §. Nouissimè, Instit. eod. tit.* & tradunt communiter DD. idque licèt mater sit illustris, vt tenent Glos. *in d. §. Nouissimè, verb. Hæreditatem*, Couar. dicens esse communem sententiam *Epit. in lib.* 4. *Decretal. p.* 2. *cap.* 8. *§.* 4. *num.* 15. Rojas *in Epit. succession. cap.* 14. *numer.* 3. referens Barthol. & Angel. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 166. *concluf.* 7. Pichard. *in Rubr. ad Instit. de Hæredit. quæ ab intestato, §.* 6. *num.* 27. & alij, nihil obstante *d. l. Si qua illustris*, quæ videtur esse contra; nam loquitur de filio spurio, & non de naturali tantùm. Ratio verò dictæ conclusionis est; quia cùm filij naturales habeant jus succedendi matri; acsi essent legitimi, pari necessitate debent instituì hæredes in ejus testamento, atque ipsi legitimi. Vnde contra testamentum matris possunt hujusmodi filij agere de inofficioso vt tradit Glos. *in d. l. Siqua illustris, verb. Cum legitimis.* Paul. Castr. ibi Couar. *d. §.* 4. *num.* 16. & Valasc. *consult* 94. *num.* 2. *&* 13. *argum. l. Si suspecta, §. In fine principij*, vbi etiam Glos. *ff. de Inoffic. testam.* Cur autem, ita se res habeat in matre, non verò in patre? Ratio reddi solita, & satis aperta est, quia tales filij sunt certi respectu matris, *l. Quia semper, ff. de In jus vocandi*, non verò respectu patris.

406 Quæ proximè dicta sunt de filijs naturalibus respectu matris similiter per prædicta jura procedunt in nepotibus respectu auiæ & aliorum per lineam fæmineam ascendentium, vt notant Rojas *d. cap.* 14. *num.* 1. Molina *d. concluf.* 7. & Pichar. *d. §.* 7. *num.* 26. quod intelligitur, siue tam ipsi, quàm eorum mater, sint filij naturales, siue ipsi naturales, mater verò legitima, vel econtra; nam in omnibus his casibus tales nepotes sunt naturales respectu auorum, *l. vltim. Cod. de Naturalib.* Quando autem eorum mater esset filia legitima, addit Molina *supra*, quòd non tantùm succedunt auiæ, sed etiam eodem modo auo materno, quia repræsentant matrem, ejusque locum obtinent; & consequenter, quemadmodum illa, si viua foret, vtrique parenti succederet, siquidem erat filia legitima, ita etiam illi eis succedunt, & excludunt omnes, quos illa excluderet. At hoc ad summum poterit habere locum in successione ab intestato, in qua tantùm datur repræsentatio, & nihil confert ad successionem ex testamento, de qua hìc agimus. Vnde ex testamento, non aliter dicti nepotes succedere possunt auo materno, quàm paterno, de quo in secunda conclusione dictū est.

Quarta conclusio. Spectato jure hujus 407
regni Lusitani filij naturales hominis plebeij, vulgò *Peão*, debent ab eo instituì hæredes perinde, acsi legitimi essent, idque siue habeat filios legitimos necessariò

etiam

etiam instituendos, siue non. Constat manifestè ex *Ord. hujus Regni, lib. 4. tit. 92. in princip.* ibi; *E se o pay for pião, succeder lheão, & viràõ à sua herança igualmente com os filhos legitimos, se os o pay tiuer; & não auendo filhos legitimos, herdaràõ os naturaes todos os bens, & herança de seu pay, saluo a Terça, se a o pay tomar, da qual poderà dispor como lhe parecer.* Vbi sermonem esse, non solùm de successione ab intestato, sed etiam ex testamento, nemo vnquam dubitauit. Et quidem verba illa: *Saluo a Terça se a o pay tomar, da qual poderà dispor*, planè respiciunt dispositionem testamentariam, ipsumque patrem obligant, vt si testamentum condat, omnia sua bona, excepto tertio, dictis filijs æqualiter relinquat, idest, tam naturalibus, quàm legitimis, si eos habeat, vel his non existentibus, solis naturalibus. Atque ita declarat Molina *tom. 1. de Iust. disp. 166. vers. De jure hujus Lusitaniæ regni*, & Emman. Barbos. *in Remiss. ad cit. loc. Ord. n. 18.* cum Valasc. *consult. 94. n. 2. juncto n. 11.* & sic etiam habet praxis. Proceditq; præfata Ordinatio etiam in filio naturali, quem plebeius genuit ex propria, vel aliena ancilla, dummodo per mortem patris maneat liber, vt expressè habetur *loc. cit. d. Ord.* vbi sublata est dubitatio, quæ olim versabatur circa filiũ ex aliena ancilla, eoquod in antiquis Ordinationibus solũ fieret mentio de genito ex ancilla propria. 408

Vtrùm verò dicti filij naturales possint rumpere testamentum patris plebeij, siue dicendo illud nullum, siue per querelam inofficiosi, si à patre prætereantur, vel injustè exhæredentur? Negatiuam partem magis probat Valasc. *d. cons. 94. sub n. 10.* eo præsertim fundamẽto, quòd dicta Ordin. Lusitana sit exorbitans à jure cõmuni, illiq; contraria, ac proinde nullatenus extendẽda vltra terminos in ipsa expressos: vnde cùm solũ disponat, quòd hi filij succedant patri, quemadmodũ legitimi non debet intelligi, quòd possit etiam ex causa prætermissionis, exhæredationisue injustæ, rumpere patris testamentum, sicut legitimi possunt; sed solùm quòd possint agere condictione ex dicta lege Regia ad auocandam portionem legitimam, quæ illis conceditur, idque cùm fructibus; ad eum scilicet modum, quo bonorũ possessio contra tab. datur patri contra testamẽtum filij emancipati; in qua non agitur de jure testamenti, vt in querela inofficiosi, sed solùm de jure patris, qui fraudatur suâ legitimâ, vt dicitur *in l. Filio, §. Contr. tab.* ibi; *Quia priore judicio de jure patris, non de jure testamenti quæsitum est, ff. de Inofficioso testamento*; & sic non agitur ad expugnandum testamentum in totum, sed solũ ad cõparandã legitimam, vt explicat Paul. de Castr. & videtur probare Alex. quos idem Valasc. refert *n. 11.* Et quemadmodum etiam patrono datur possessio contra tabulas aduersus testamentũ liberti, quæ tamen non rescindit illud in totũ, sed solù quoad legitimã patrono debitã, *l. 1. l. In seruitutẽ, § fin. l. Si ex patronis, in princ. l. Si libertus cũ duos, ff. de Bon. libert. §. Præterea, vers. Tunc, Inst. Quib. mod jus patron. soluat.*

Nihilominus contrariam sententiam longè veriorem censeo. Primò, quia *in d. Ordinat. Lusitana*, dicti filij naturales æquiparantur simpliciter legitimis quoad successionem in bonis patris: ergo pari necessitate debent institui hæredes in testamento patris, atque filij legitimi; & consequenter eadem actio, quæ legitimis datur aduersus testamentũ paternum, si in eo fuerint prætériti, vel injustè exhæredati, illis etiam competit. Est autem hæc actio, vt possint illud dicere nullum, vel querelare de inofficioso. Secundò, quia filijs naturalibus, imò & spurijs, competit querela inofficiosi aduersus testamentum matris, vt habetur *in l. Suspecta, in fine, princ. ff. de Inoffic. testam* non alia ratione, nisi quia habent jus succedendi matri, quemadmodũ legitimi. Ergo cùm dicti filij naturales hominis plebeij jure etiã habeãt ad succedẽdũ patri, sicut legitimi, illis etiã cõpetit querela inofficiosi. Tertiò, quia dicti filij naturales sunt in potestate patris, quemadmodũ legitimi, vt tenent Cald. Per. *in l. Si curatorem, ver. Sine curatore, n. 94. vers. Ex qua sententia* 409

tia,& Bened. Pinel. *Select. lib.* 1. *c.*8. *n.* 22. & Emman. Barbos. *in Remiss. ad cit. loc. Ordin. Regiæ, num.* 25. licèt contrarium teneant Valasc. *consult.* 131. *num.* 11. & Ferdinand. Paez *tract. de Excusan. parentib. num.* 53. *&* 54. Indubitatum est autem filijs in potestate competere jus dicendi nullum testamentum patris, vel illud impugnandi per querelam, si in eo sint præteriti, vel injustè exhæredati,vt ex superioribus constat.Et ita hãc sententiam clarè tenet Em. Barb *loc proximè cit.n.* 19. dicens absolutè, dictos filios à patre præteritos posse ejus testamẽtum impugnare.

410 Nec obstat fundamentum, quo Valascus in contrarium ducitur, eoquod dicta Ordinatio Lusitana sit contraria juri communi, & sic quasi correctoria, & odiosa non debeat extendi vltra id quod exprimit. Falsum est enim hanc Ordinationẽ esse correctoriam juris communis; nam in hoc Regno ipsa Ordinatio est jus commune, vt aduertit Gama *decis.* 317. *n.* 4. cum Palacio, quem ibi citat, Cabed. 1. *p. decis.* 100 *sub n.* 14. & Em. Barb. *ad loc. cit. Ord. n.* 25. neque jus Cæsareum in eo viget, nisi prout per legem Regiam admittitur, & approbatur, ob bonam rationem,qua nititur,vt habetur *lib.*3. *Ord. tit.* 64. *in princ.* Et sic non potest illa Ordinatio dici correctoria, & odiosa, sed fauorabilis,vt bene declarat idem Gam. *n.* 3. & Cab. *n.* 10. proindeq; cũ dictos filios naturales legitimis æquiparet in successione respectu patris, intelligi debet fauorabiliter,vt eadem actio illis competat aduersus testamentum patris, si in eo fuerint præteriti, vel injustè exhæredati, quæ legitimis competit.

Quod si petas, an etiam his filijs spec-
411 tato d.jure Lusit. competat querela aduersus inofficiosas donationes factas à patre in fraudem, vel læsionem suarũ legitimarum? Respondeo affirmatiuè, cũ Valasc. *d decis.* 94. *n.* 15. quia in d. Ord. Lusit. non permittitur patri disponere vltra tertiam suorũ bonorũ,nec est admittẽda via fraudandi legem Regiã, quæ duas tertias his filijs pro legitima assignauit, *l. Non dubium,C. de Legib. l. Seius, & Augerius, ff. Ad legem Falcid. l. Fraus legi, ff. de Leg.*

Quinta conclusio. De eodem jure Lusi- 412
tano, filij naturales, quorum pater fuerit, eques, vel similis conditionis, qui soleat equo incedere,& mechanicus officialis nõ sit, quando illi nati sunt,non est necesse, vt in ejus testamento hæredes instituantur,nec illi succedunt ab intestato,etiamsi nec ascendentes, nec descendentes legitimos habeat: in hoc tamen euentu, potest eis relinquere omnia sua bona, si velit: si autem solũ habeat ascendentes legitimos, potest illis filijs relinquere suũ tertiũ, vel partem illius.Sic habetur *in d. Ord. Lusit. lib.*4. *tit.*92. *§.*1. ibi; *Não auerão os tais filhos sua herança, nem entrarão à partilha com os filhos legitimos, nem cõ outros legitimos ascendentes: & não tenão o pay descendentes, nem ascendentes legitimos, poderà dispor de todos seus bens,como quizer, & falecendo sem testamento, herdaràm seus bens os parentes mais chegados, & não os filhos naturais.* Et infra, *§.* 3. *Porèm se o caualeiro não tiuer filhos alguns, nem outros descendentes legitimos, & tiuer pay,ou mãy,ou outros ascendentes legitimos, poderà em seu testamento deixar toda sua terça,ou parte della aos filhos naturaes,& não tendo descendentes, nem ascendentes legitimos poderà em seu testamento deixar toda sua fazenda aos filhos naturaes, se quizer.*

Quæres, an etiam in casu,quo eques ha- 413
beat descendentes legitimos,possit relinquere suum tertium, aut partem illius filijs naturalibus? Et ratio dubitandi pro parte affirmatiua est, quia in eo casu potest pater relinquere tertium extraneis; vnde videtur, quòd etiã filijs naturalibus illud poterit relinquere, si velit. Nihilominus cõtrariũ sæpe judicatũ fuisse in Senatu Lusitano, testatur Cabed. 1. *p. decis. Arest.*47. idẽq; tenet Em. Barb. *in Remis. ad cit. loc. Ord. §.*3. & Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.*166. *vers. De jure hujus Regni*, dicẽs,quòd pater in eo casu nihil potest relinquere filio naturali. Et sumitur ex illis verb d Ord. *Se não tiuer filhos alguns, nẽ outros descendentes legitimos*, &c. *poderà*

dei-

deixar toda sua terça, ou parte della aos filhos naturaes. Vbi à contrario sensu innuitur, quòd existentibus legitimis descẽdentibus nõ poterit relinquere tertiũ, nec partem illius filijs naturalibus. Per hoc tamen non tollitur, quòd possit, & teneatur eis relinquere alimenta; nam si hæc etiã spurijs præstari debẽt ex dispositione juris Canonici, contra expressũ jus Ciuile, vt vidimus *sup. sect. 1. hujus disp. §. 4.* à fortiori filijs naturalibus præstanda sũt.

414 Præterea verò pro his duabus proximis conclusionibus aduerte primò, quòd vt quis censeatur eques, ac nobilis ad effectum, vt ejus filius naturalis ei nequeat succedere, sicut plebeio, seu pediti, juxta d. Ord. non satis est quòd soleat equo incedere quando conficit iter, sed vlteriùs requiritur, vt non sit officialis mechanicus, nec habeatur, & tractetur vt pedes, seu plebeius. Ita expressè habetur *in d. Ordin. §. 1.* Unde infero, quòd licèt agricolæ non sint reuerà mechanici, etiamsi pro tempore, quod illis vacat ab agricultura, in qua maiori anni parte occupãtur, aliquam artem exerceant, vt resoluit Mexia *tract. taxæ panis, concl. 6. n. 27.* neque etiam, qui nobiles sunt, nobilitatem amittant, proprijs manibus agros suos excolẽdo, vt ex eodem Mexia, & Guido Pape, notat Emman. Barb. *in Remiss. ad Ordin. Regiam, d. lib. 4. tit. 92. in princ. n. 16.* tamen si non solent equo incedere, vel tractantur vt pedites, filij naturales eis succedunt tanquam plebeijs, de quibus *in 4. concluss.* dictum est.

415 Aduerte secundò, quòd vnusquisque præsumitur plebeius nisi nobilis probetur, vt Gam. tradit *decis. 86. in fin. & decis. 322. n. 2.* Mol. *d. disp. 166. vers. De jure hujus Regni*, & cum alijs Em. Barb. *proximè cit. n. 7.* Quod probatur, per *l. Non ignorat*, & ibi Bald. *C. Qui accusare non possunt*, idemq; tenet idem Bald. *in l. In actionibus, §. Planè, col. 1. ff. de In lit. juran.* Ripa *lib. 1. respons. 26. num. 2.* & Socin. *consil. 246. col. 1. volum. 2.*

416 Aduerte tertiò, quòd filius naturalis, cujus pater erat plebeius, seu pedes, quãdo ei natus est, non amittet ejus hæreditatem, quanuis pater postea fiat eques, vel alterius maioris conditionis, sed perinde illi succedet, vel in totum, vel in partem, acsi ille tempore mortis plebeius esset. Sic expressè habetur *in d. tit. 92. Ordin. Lusit. §. 2.* Unde argumento à contrario sensu colliges, contrarium esse dicendũ, si pater jam erat nobilis, seu eques, quando ille filius natus est, quanuis antea fuisset plebeius. etiam ipso filio jam concepto. Quo pacto etiam nihil tali filio officiet ad succedendũ patri, quòd pater fuisset eques, quando ipse filius cõceptus est, si tempore quo est natus, pater fuerit pedes, vel officialis mechanicus. Quia in hoc negotio solùm inspicitur tempus natiuitatis filiorum, satisque est quòd pater tũc sit officialis mechanicus ad hoc vt filius naturalis ei succedat, sicut legitimus, vt constat ex *d. tit. 92. §. 1.* Et quidem nobilis exercens officiũ mechanicum, nõ vtitur priuilegio nobilitatis, vt ex Tiraq. Thom. Valasc. & Guttier. notat Emman. Barb. *in Remiß ad Ord. Reg. d §. 1. n. 2.*

Aduertè quartò, non satis esse, quòd pater sit clericus in minoribus, ad hoc vt ad prædictũ effectũ censeatur eques, vt expressè habetur *in d. tit. 92. §. 1. in fine.* 417

Sexta conclusio. Quod supra in 4. conclusione dictũ est de filijs naturalibus hominis plebeij juxta Ordinat. Lusitanam, pari modo juxta eandem Ordinationem procedit in nepotibus naturalibus respectu auipaterni, si erat plebeius, quando illi nati sunt. Hanc conclusionem desumo ex Mol. *d. disp. 166. vers. Cũ verò Ordinationes*, vbi absolutè docet, quòd in hoc Regno tũc nepos, aut pronepos naturalis potest succedere auis, aut proauis ex parte patris, quando juxta *d. Ord.* succedere eisdem potest filius corũ naturalis. Item ex Gam. *decis. 312. n. 4 & decis. 317. n. 2. & seq.* vbi resoluit, & latè probat, d. Ordinat. Lusit. loquentem in filio, etiam in nepote intelligendam esse; testaturq; ita judicatũ fuisse in multis processibus, quos vtrobiq; singillatim refert. Idẽ omnino tradit Cab. *1. p. decis. 100. à n. 8.* qui etiã *n. 13. in fin.* testatur, pro hac parte fuisse judicatũ, in Senatu. Vnde non solùm pro hac par- 418

te habemus d. Ordinationem, sed etiam praxim, quæ est optima legum interpres, & quando in tribunalibus est vniformiter recepta, pro lege etiam habetur.

Fundamenta præcipua, quibus Gama,
419 & Cabedo præfatam suam resolutionem probant, sunt duo, quæ nostram etiam conclusionem confirmant. Primum est, quia filius naturalis hominis plebeij, eo ipso quòd per d. legem admittitur ad ei succedendum, vt legitimus, & simul cum legitimis, censetur legitimatus per ipsam legem, non minùs quàm si per rescriptum Principis legitimaretur: legitimatus autem per rescriptum, non solùm fit legitimus respectu patris, sed etiam respectu agnatorum, inter quos est auus, ad hoc vt eis succebilis sit; &, si habeat filios legitimos, etiam hi euadunt legitimati respectu aui, vt ei possint succedere, tanquam legitimi, vt tradidimus §. *præced. numer.* 380. & 381. Quare siue nepos sit naturalis ex filio legitimo, siue ex filio naturali, legitimus censetur respectu aui plebeij: quemadmodum respectu patris, & ita nõ minùs est illi successibilis, juxta prædictam legem, quàm ipsi patri.

420 Secundum est, quia prædicta Ordinatio, quatenus filios naturales hominis plebeij ad ejus successionem admittit acsi essent legitimi, est fauorabilis, vt bene declarat Gama *d. decis.* 317. *num.* 3. & à nobis *sup. n.* 410. *traditum est.* In fauorabilibus autem nomine filiorum veniunt etiã nepotes, *l. Iusta interpretatione, ff. de Verb. signif. l. Filij appellatione, & l. Liberorum,* vbi Barth. *eod. tit.* Ergo in d. Ordinat. nepotes etiam comprehenduntur, & sic quemadmodum ibi admittuntur filij naturales ad successionem patris, ita etiam admittuntur nepotes ad successionem aui; & consequenter, quemadmodum tales filij necessariò debent institui hæredes in testamento patris, vt in quarta conclusione traditum est, ita etiam debent institui nepotes in testamento aui. Quæ omnia procedũt, tam respectu aui, quàm auiæ paternæ, vt excitando quæstionem circa successionem ab intestato, quæ his filijs & nepotibus competit ex vi præfatæ Ordinationis, aduertit Cabedo *d. decis.* 100. *in princ.* & quidem eadem de vtroque auo, & reliquis ascendentibus ex parte patris est ratio, vt etiam intellexit Molina *vbi sup.*

Dixi in prædicta conclusione, *Si auus* 421
erat plebeius, quando nepotes nati sunt: quia si tunc erat nobilis non habet in eo locum præfata Ordin. Lusit. vt notat Gama *decis.* 312. *ad finem,* vbi testatur, ita fuisse judicatum; & patet, quia cùm nepotes in d. Ordin. veniant nomine filiorum, sanè vt in ea filij naturales non admittuntur ad successionem patris, nisi sit plebeius, quando illi nati sunt, ita pariter tenendum est in nepotibus respectu aui.

Hoc autem intelligo, ad hoc vt nepo- 422
tes jure proprio, & propriâ personâ succedant auo, nam ex persona patris, seu ex jure ab ipso patre ad eos transmisso, credo, quòd interdum etiam auo nobili succedere poterunt: nam si nepos sit naturalis ex filio legitimo, & plebeio, vel officiali mechanico, cujus pater sit eques, & ipse filius post patrem decedat, non adita ejus hæreditate, siue quia volebat circa eam deliberare, siue aliâ de causa, non est cur in tali casu illa hæreditas non transmittatur ad eum nepotem ex jure deliberandi, vel ex jure sanguinis; cùm ille sit hæres sui patris, eique maximè conjunctus sanguine; & hæreditas in talibus euentibus transmittatur ad hæredes, vel consanguineos ejus, qui ante eam aditam decessit, vt est notissimum. Vnde etiam, quando ille filius legitimus ante patrem decesserit, videri alicui potest, quòd nepoti naturali ab eo relicto, hoc ipso quòd per d. Ordinationem ei est successibilis, tanquam legitimus, cõpetit jus repræsentationis ad succedendũ auo, etiam nobili, quemadmodũ ejus pater si viuus esset, illi succederet, & ad excludendũ ab ejus hæreditate, quos ille excluderet; juxta text. *in §. Cum filius, Inst. de Hæred. quæ ab intestato defer. & in l. Si auus tuus, C. de Liber. præter.* Et quidem Gam. *decis.* 317. *n.* 2. & Cabed. 1. *p. decis.* 100. *n.* 13. spectata d. Ordinatione Lusitana, hujusmodi repræsentationem in filijs naturalibus ple-

plebeiorum ad succedendum auis agnoscunt. Verùm hoc nulla ratione admitto, quia nepos succedens auo per repræsentationem patris, non succedit ex persona ipsius patris, seu ex jure ab eo transmisso, cùm pater nullum proprium jus habuerit ad successionem aui, sed tantùm spem fragilem in casu quo fuisset illi superstes, sed succedit jure proprio, & propriâ personâ locum patris occupante: Barthol. *l. 1. §. Si sit nepos, ff. de Collat. dotis, & in l. 2. Cod. de Liber. præter.* Vbi etiam Baldus, & Iason, Cabed. *d. num. 13. ad fin.* Pichar. *Instit. de Hæredit. quæ ab inteſtato, §. Cum filios, num. 7.* In dicta verò Ordinatione non habilitatur persona filij, vel nepotis naturalis ad succedendum, tanquam legitimus, nisi respectu patris, vel aui, qui fuerit plebeius tempore natiuitatis illius: neque Gama, & Cabedus dictam repræsentationem admittunt, nisi respectu talis aui.

423 Dubitabis verò, vtrum filius naturalis viri nobilis, seu equitis habens tamen auum plebeium, vel mechanicum, succedat ipsi auo, juxta prædictam Ordinationem, quemadmodum succederet patri, si is esset plebeius? Respondeo affirmatiuè, quia quòd talis nepos non sit successibilis patri, solùm efficit vt non possit succedere auo ex persona patris, jurevè ab eo transmisso, non verò tollit quominus succedere illi possit ex propria persona, quemadmodum legitimi nepotes suis auis succedunt, patribus de medio subductis, vt proximè dictum est.

424 Quod attinet ad nepotes naturales, respectu auorum nobilium, seu equitum, spectatâ dict. Ordinatione Lusitana, dicendum similiter videtur, in eis etiam procedere, quæ in concluſ. 5. de filijs naturalibus respectu patrum nobilium dicta sunt; cùm dicta Ordinatio de illis filijs loquens nepotes etiam videatur comprehendere. Neque obstat, quòd de jure communi aliud pro filijs, & aliud pro nepotibus naturalibus constitutum sit, juxta opinionem, quam magis probauimus, *n.* 402. nam hoc ideo est, quia ipsum jus cõmune aliud expressè disponit in filijs, atque in nepotibus vt *d. num.* 402. ostensum est. At verò d. Ordinatio Lusitana nihil circa nepotes expressè disponit, & ideo cum de filijs loquitur, illos etiam censetur comprehendere, quemadmodũ vbi agit de filijs naturalibus hominis plebeij, de nepotibus etiam intelligitur, vt supra dictum est, & praxis ipsa interpretata est, nihil obstante, quòd d. jus commune diuerso modo circa illos disponit.

De successione autem horum filiorum, 42
& nepotum in bonis matris, & aliorum ascendentium ex linea materna, nihil jus Lusitanum disponit: & ideo quoad illam standum erit dispositioni juris communis *sup. in concluſ.* 3. explicatæ, vt aduertit Molina *d. disp.* 166. *verſ. Cum verò Ordinationes.*

Illud tandem circa dictum jus Lusita- 42
num notandum est, licèt, quod in eo statuitur, vt filij naturales hominis plebeij succedant patri, quemadmodum legitimi, intelligatur de filijs naturalibus, qui tales de jure Canonico reputantur, vt *sect. 1. hujus disp. §. 2. num.* 32. dictum est, attamen limitandum id videri, vt non procedat in ijs, qui geniti sunt ex pluribus cõcubinis, quas pater eodem tẽpore apud se haberet, vt *cit. loc.* aduertimus.

Circa successionem ab inteſtato horum 427
filiorum, licèt aliquid ex occasione tetigerimus, secundùm jus Lusitanum, non oportuit tamen hìc immorari; cùm præsentis instituti solùm sit, vtrum oporteat, vel permissum sit, hos filios instituí hæredes in testamento parentum, aliquidue eis relinqui? Agitur autem nouissimè de illa successione *in Auth. Quib. mod. nat. effician. sui, §. Discretis, & seq* ac de ea tractant communiter Institutarij *ad tit. de Hæreditatibus, quæ ab inteſt. defer.* ibi Pichar. *in Rubr. §. 6.* latè illam explicat, tum prout olim de jure antiquo admittebatur, tum prout hodie se habet, tam secundùm jus cõmune, quàm regni Castellæ. De quo etiam Couar. *Epit. in 4. lib. Decr. c. 8. §. 4.* Rojas *Epit. de Succeſ. c.* 13. Ant. Gom. & cęteri Tauristæ *ad l. 9. Tauri*, Molin. *d. disp.* 166. *concl. 4. & seqq.* alij passim.

Quod verò attinet ad spurios, an, quãdo, & quantum possint capere ex testamento parentum, vel auorum, jam satis longè opportunius dictum est *sect.* 1. *hujus disp.* §. 2. *& seqq.*

§. 14. *Vtrum filij adoptiui sint necessariò instituendi in testamento parentum legalium, à quibus adoptati sunt.*

SUMMARIUM.

ADoptio, latè sumpto vocabulo, quid sit? & quæ fuerit ratio eam introducendi? num. 428.

Adoptionis latè, seu in genere acceptæ, duplex est species: altera dicitur Arrogatio: altera Adoptio, presse sumpto vocabulo sui generis. Et quæ sit propria vtriusque ratio? num. 429.

Arrogatio, & adoptio presse in multis differunt: & quæ sint earum differentiæ? num. 429. *& multis seqq.*

Etiam impubes arrogari potest, si modò septimum ætatis annum excedat, multæque solemnitates ad talem arrogationem requiruntur. Et quæ illæ sint? num. 433.

Per arrogationem bona arrogati acquiruntur hodie arrogatori quoad vsumfructum. Bona verò adoptati nullo modo per adoptionem acquiruntur adoptanti, nisi is sit illius auus; numer. 434.

Arrogatus, & ejus liberi, si quos in potestate habeat, transeunt in potestatem arrogantis: secus verò in adoptato, nisi adoptans sit ejus ascendens, & quando id procedat? num. 435.

Vt arrogatio per emancipationem dissoluatur, requiritur justa causa, eaque priùs cognita, & approbata per judicem. Adoptio autem solâ liberâ voluntate adoptantis dissolui potest; numer. 436. *Explicatur prædicta differentia arrogationis; num.* 437. *Quæ censeatur causa justa, vt arrogatio dissolui possit per emancipationem, arrogato inuito? num.* 438. *Vtrum etiam quando adoptatus transit in potestatem adoptantis, possit adoptatio dissolui libera voluntate ipsius adoptantis? numer.* 439. *& seqq. Quanuis adoptio liberè dissolui possit ab adoptante, necessaria tamen est judicis authoritas; num.* 441. *Ad dissoluendam arrogationem, non requiritur authoritas Principis, satis est authoritas judicis; numer.* 442.

Vtrum ad dissoluendam adoptionem per emancipationem requiratur consensus filij adoptati? num. 443.

Quæ personæ possint, vel non possint arrogare, vel adoptare? numer. 445. *& seqq.*

Quæ personæ arrogari, vel adoptari possint? num. 446.

Postea inuenies aliud summarium.

POst filios naturales tantùm, sequitur vt dicamus de legitimis tantùm, quales sunt adoptiui (sub quibus etiam arrogatos comprehendimus) an oporteat eos institui hæredes in testamento parentum legalium, à quibus sunt adoptati?

Ante omnia igitur sciendum, adoptionem, latè sumpto vocabulo, definiri communiter à Iurisperitis; *Est actus legitimus, per quem fit filius, vel nepos, qui non est, penè naturam imitans.* Clarius autem à D. Thoma *in* 4. *dist.* 42. *q.* 2. *art.* 1. & TT. communiter; *Est extraneæ personæ in filium, vel nepotem, vel deinceps, legitima assumptio.* Dicitur, *Extraneæ personæ*, ideſt, quæ non sit in potestate adoptantis, siue sit consanguinea, siue nõ. Dicitur, *In filium, vel nepotem, vel deinceps*, quia non potest quis adoptari in fratrem, vel parentem, *l. Nec apud, Cod. de Hæred. instit.* Dicitur denique, *Legitima assumptio*, ideſt, electio, quæ fit secũdùm formam à legibus præscriptam: cùm enim per leges introducta fuerit, debet in ea seruari illarum forma: alioqui legales effec- 428

effectus non habebit. Ratio autem eam introducendi fuit, vt homines, quibus innata est propensio propagandi suam successionem, si naturales liberos non haberent, hujus voti compotes fieri possent, adoptando alios in liberos, arte naturam imitante, ejusque defectum supplente. Vnde notat bene Sanch. *lib. 7. de Matrimon. disp. 63. num. 1. in fine*, adoptionē esse quandam legalem, seu artificialem generationem.

429 Sciendum præterea, duas esse præfatæ adoptionis species: altera dicitur Arrogatio, accepto vocabulo ex modo, quo fieri debet; qui est, vt & is qui adoptat rogetur, (idest, interrogetur) an velit eum, quem adoptaturus est, legitimum sibi filium esse; & is qui adoptatur, rogetur, an id fieri patiatur, *l. 2. ff. de Adoption.* Altera dicitur simpliciter Adoptio, presse sumpto vocabulo sui generis; quod nouum non est. Inter quas species multiplex intercedit differentia. Primò enim differunt, quia arrogatio solùm competit ijs, qui sunt sui juris, (idest, qui non sunt in potestate alterius) adoptio autem est eorum, qui sunt in potestate parentum, siue in primo gradu, vt filius, vel filia, siue in alio vlteriore, vt nepos, neptis, pronepos, proneptis, §. *Adoptio, Institut. de Adoptionibus.*

430 Secundò differunt, quia per arrogationem transit arrogatus in potestatem arrogantis: per adoptionem verò filius, qui adoptatur, non transit in potestatem adoptantis, sed manet sub potestate parentis naturalis, nisi adoptans sit auus maternus, vel alius ascendens, sub cujus potestate pater non sit, *l. Si pater familiâs, l. Arrogato patre, ff. de Adoption. l. Cum in adoptiuis, §. Si verò pater naturalis, Cod. eod. tit. §. Illud proprium, & §. Sed hodie, Instit. eod. tit.*

431 Tertiò differunt, quia per adoptionem, non fit adoptatus hæres necessarius adoptantis ex testamento, sed tantùm ab intestato, §. *Sed hodie, Instit. de Adopt. §. Sed ea omnia, Instit. de Hæredit. quæ ab intest. defer.* per arrogationem verò, non solùm fit arrogatus hæres necessarius arrogatoris ab intestato, vnà cum filijs ejus legitimis & naturalibus, æquis portionibus, quemadmodum adoptiuus, *l. Si te parens, Cod. de Suis, & legitim. liber. cum similib.* sed etiam ex testamento habere debet quartam partem bonorum illius, *l. Si arrogator, ff. de Adoption. l. Papinianus, §. Si quis impubes, ff. de Inoffic. testam. d. l. 2. Cod. de Adoption. l. vltim. ff. Siquid in fraudem patr. d. l. Si te parens, & alijs juribus*; quæ quidem jura licèt tantummodo loquantur, & procedant in arrogato impubere; attamen etiam puberi, saltem illa quarta pro legitima relinqui debet, quemadmodum filijs legitimis, & naturalibus, vt infra explicabitur, & notat Osualdus *in not. ad Donel. enucleat. lib. 2. cap. 23. lit. K.* & Pichar. *in §. Mortuo; num. 31. Instit. de Acquisit. per arrogationem.* Intellige autem, hanc differentiam, vt non procedat in casu, quo filius est adoptatus ab auo, vel alio ascendente, in cujus potestatem transit; nam tunc, tam ab intestato, quàm ex testamento, sicut in arrogatione, auo adoptanti succedit; *d. §. Sed ea omnia, Instit. de Hæred. quæ ab intest. defer.*

Quartò differunt, quia arrogatio fit 432
authoritate solius Principis: adoptio verò fieri potest authoritate cujusuis judicis competentis; penès quem tamen sit jurisdictio meri, & misti imperij, *l. 1. Cod. de Adoptionib. §. Adoptio, Instit. eod. tit.*

Quintò differunt, quia ad arrogationem requiritur expressus consensus tam 433
arrogantis, quàm arrogati, vtpote qui expressè debent interrogari. & respondere, se velle eam fieri, *d. l. 2. ff. de Adoption.* in adoptione autem non requiritur consensus vtriusque expressus, sed sufficit presumptus ex parte adoptati, *l. In adoptionibus, l. Si pater naturalis, ff. de Adopt.* Vnde infans non potest arrogari, bene tamen adoptari, *d. l. In adoptionib. juncta Glossa, ibi & l. Etiam infanti, juncta Glos. ibi, ff. eod.* qui autem impubes est, si septimum ætatis annum excedat, arrogari potest; vt autem ejus arrogatio fiat, necessaria est causæ cognitio, in

qua multa sunt inuestiganda, & expendenda, quæ habentur *in l. Nec ei, ff. de Adoption. & § Cum autem impubes, Instit. eod. tit.* rectèque explicantur à Molina *tom. 1. de Iust. disp. 227. vers. Quia ergo*: ac præterea necessarium est, vt coram publico tabellione arrogator cautionem præstet de bonis arrogati impuberis, si se viuo ante pubertatem moriatur, restituendis ijs, ad quos ea bona peruentura erant, si arrogatio facta non fuisset, *l. 2. & l. Si pater, 15. § In arrogationibus, d. l. Nec ei, § Eorum, & l. Non aliter, 18. cum seq. ff. de Adoption. d § Cum autem impubes, Inst. eod. tit.* in arrogatione autem puberis hæc minimè requiruntur: sed satis est, de ejus, & arrogantis voluntate dicto modo eos interrogando cognoscere; quia pubes jam sibi prouidere poterit, cùm jam animi judicium habeat, *§. 1. Quibus non est permiss. facere testament.* & ita declarat Pichar. *in dict. §. Cum autem, sub num. 2.*

434 Sextò differunt, quia per arrogationem omnia bona arrogati olim acquirebantur arroganti, *l. Si paterfamiliâs, l. Arrogato patre, ff. de Adoption. l. Si adoptauero, ff. de Precario, l. In arrogatorem, ff. de Peculio*: hodie verò, solùm ei acquiruntur quoad vsumfructum, *Inst. de Acquisit. per arrogationem, in princip.* ad similitudinem, scilicet filiorum naturalium, in quibus similis correctio facta est, vt jam eorum bona, non quoad proprietatem, sed tantùm quoad vsumfructum pertineant ad patrem, *l. 2. l. Cum oportet, Cod. de Bonis, quæ liber. l. 1. l. Si viua matre, Cod. de Bon. mater. §. Igitur, § Hoc quoque, Instit. Per quas personas nob. acquir.* Per adoptionem autem nihil omnino de bonis adoptati in adoptantem transit, *§. Sed hodie, Instit. de Adoption. l. Cum in adoptiuis, in princip. Cod. eod. tit.* & notat Curuin. *in suo Enchiridio ad hunc tit. in quæst. Quæ sunt singularia in arrogatione!* Id verò intellige, nisi ab auo, aliouè vlteriore ascendente, esset adoptatus; nam tunc etiam adoptanti vsusfructus bonorum adoptati acquiritur, *d. l. Cum in adoptiuis, in princip.* & ibi Glos. *verb. Acquiri, Cod. de Adoption.*

Septimò differunt, quia per arrogationem etiam liberi, quos arrogatus in potestate habebat, transeunt in potestatem arrogantis, *§. Illud proprium, Instit. de Adoption.* Per adoptionem verò, vt persona adoptati, sic nec liberi illius in potestatem adoptantis transeunt, si is sit extraneus: si autem fuerit auus, vel alius ascendens, in cujus potestatem adoptatus transit, filij, qui ipsi adoptato nati fuerint post adoptionem, sub potestate adoptantis constituuntur: qui verò jam erant nati, vel concepti manent in potestate patris naturalis, sub qua ipse adoptatus, & ejus liberi antea erant, *§. pen. Inst. Quib. mod. patr. potest. sol.* 435

Octauò differunt, quia arrogatio non dissoluitur, nisi ex causa justa, & legitimè coram judice probatâ: Molina *d. disp. 227. vers. Arrogator extrahere*, & Donel. *lib. 2. de Iure Ciuili, cap. 23. ad finem*, per text. *in §. Item non aliter, Instit. de Adoption.* Consonat Rojas *in Epit. success. cap. 16. num. 18. differ. 8.* dicens absolutè per eundem textum, quòd arrogatio sine justa, & legitima causa non dissoluitur. Adoptio verò pro voluntate adoptantis absque alia causa dissolui potest, vt notant Molina *d. disp. 227. vers. Quando is, qui hoc pacto, statim post princip. & vers. seq. ad med.* Rojas *vbi sup.* Pichar. *in d. §. Item non aliter*, & alij per text. *in l. penult. Cod. de Adopt.* vbi dicitur tantam esse fragilitatem adoptionis, vt possit vno & eodem die, & filius fieri, & extraneus per emancipationem inueniri. Quòd procedit, etiam si adoptans sit auus in cujus potestatem adoptatus transit, cuique vsusfructus omnium bonorum adoptati acquiritur, vt planè colligitur ex *d. l. penult. in princip.* & notat in specie Molina *loc. proximè citat.* 436

Hæc tamen differentia magnâ explicatione indiget. Quia in primis, quòd requiratur cognitio causæ, vt arrogatio soluatur, non videtur habere locum, nisi in arrogatione, qua impubes arrogatus est. Nam de hac tantùm loquitur textus 437

in

in d. §. Item non aliter, idque ex speciali ratione, quam reddit Pichar. *ibi num.* 4. quia scilicet arrogatio impuberis fieri nõ potest, nisi præuia cognitione causæ, vt *num.* 433. dictum est: omnis autem res per quascumque causas nascitur per easdem dissoluitur, *cap. Omnis res, de Regul. jur. in 6.* Quæ ratio minimè procedit in arrogatione puberis; cùm hæc causæ cognitionem non requirat, vt *eodem, num.* 433. diximus. Alij etiam textus hanc solemnitatem postulantes ad emancipationem arrogati, determinatè loquuntur de arrogato ante pubertatem, vt text. *in l. vltim. ff. Si quid in fraudem patron. & in l. Nonnunquam, ff. de Adoption.* Vnde cùm non appareat aliud jus, nec par ratio, ex qua hæc dispositio ad quamlibet arrogationem extendatur, statuendum videtur, dictam cognitionem causæ solùm requiri ad emancipationem arrogati, qui erat impubes quando se in arrogationem dedit, vt declaratur *in d. l. Nonnunquam*, ibi; *Impubes, qui adoptatus est*, (scilicet per arrogationem, vt ibi notat, Acurs.) *audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret, idque causâ cognitâ per judicem statuendum erit.* Ex quo textu patet, etiam in pubere habere locum dictam solemnitatem, si ante pubertatẽ arrogatus est, cùm ejus arrogatio, non nisi causâ cognitâ fieri potuerit.

438 Quæ autem causa sit justa, vt arrogator possit arrogationem dissoluere, ejusque beneficio arrogatum priuare, attingit textus *in d. §. Item non aliter*, dicens debere esse talem, vt eâ cognitâ dignus emancipatione arrogatus judicetur, vbi Glos. *verb. Nisi causa*, declarat causam justam ad hunc effectum censeri, si arrogatus ita offendisset arrogatorem, vt ab eo exhæredari potuerit. Consonat Rojas *Epit. de Successi on. cap.* 17. *num.* 26. dicens arrogatum emancipari ab arrogatore ob easdem causas ingratitudinis, propter quas filius legitimus, & naturalis exhæredari potest: ego verò magis ad mentem dict. Glossæ dicerem, ad arrogatum ipso inuito emancipandum, requiri quidem, & sufficere causam, ex qua ipse arrogatus mala mente exhæredari potest ab arrogatore, quia ejusmodi emancipatio, & exhæredatio à pari procedunt, vt patet *ex l. Quidam cum filium.* 132. *§. Quid ergo, ff. de Verbor. obligat.* ibi; *Quid ergo dicemus, si & meruit exhæredari, vel emancipari? idem quippe nocumentum inferunt*; cæterùm minorem causam ingratitudinis sufficere ad exhæredandum ejusmodi filium adoptiuum, quàm legitimum & naturalem, vt ipse Rojas *loc. cit.* fatetur, ne eundem effectum veritas, & fictio operetur. Censeo itaque non tantùm celebres quatuordecim causas, ex quibus filij legitimi, & naturales exhæredari possunt, juxta *Auth. Vt cum de appellat. cognosc. §. Causas autem*, de quibus *supra*, §. 7. dictum est, sed etiam ex alijs similibus, & aliquantò etiam minoribus prudentis arbitrio relictis, & exhæredari, & emancipari posse ab arrogatore quemlibet arrogatum, quantumuis inuitum, idque siue ante, siue post pubertatem, se in arrogationem dederit: quia vt nullus arrogatus exhæredari potest ab arrogatore absque justa causa, ita nec emancipari, vt constat ex *d. l. Quidam cum filium*, estque communis sententia.

Deinde, quòd adoptio pressè sumpta 439
dissolui possit pro libito adoptantis, sic intelligendum est, vt ad id faciendum nõ sit necessaria justa aliqua causa, vel culpa ex parte adoptati. Quod quidem in adoptione facta ab extraneo, seu eo, qui non est auus, vel proauus adoptati, nullam habet difficultatem; quia cùm hodie per talem adoptionem non amittat adoptatus jus succedendi patri naturali, neque acquirat jus ad succedendum ex testamento in bonis, vllauè parte bonorũ patris adoptiui, sed solùm ad succedendũ illi ab intestato, vt ex supra dictis constat & habetur *in §. Sed hodie Instit. de Adoption.* nihil prorsus obstat, quominus pater adoptiuus pro sua voluntate, absque alia causa, possit eum emancipare, cùm per hoc eum tantummodo priuet sua successione ab intestato, quod liberè efficere potest, condendo testamentum, in quo nihil ei relinquat. Difficultas verò est in

adop-

adoptione, qua auus, vel proauus nepotem sibi adoptauit, quia per hanc amittit adoptatus jus succedendi patri naturali, si ea durante, illi superuiuat, vt diximus *sup. §. 5. num.* 231. & constat per text. *in l. penult. Cod. de Adoption. & d. §. Sed hodie, Instit. eod.* Vnde si adoptans liberè potest talem adoptionem dissoluere, contingere poterit, vt adoptatus absque vlla sua culpa maneat priuatus tam hæreditate patris naturalis, quàm adoptiui, si nimirum is adoptionem liberè dissoluat emancipando adoptatum post mortem patris naturalis, quod magnum est inconuenie ns, vt patet.

Nihilominus tamen hanc etiam
440 adoptionem pari facilitate dissolui posse, atque factam ab extraneo, constat per *d. l. penult.* Et ad prędictum inconueniens omissis alijs responsionibus, quas affert Glos. *in d. l. penult. verb. Reuerti*, respondetur, non esse verosimile, quòd auus, vel proauus adoptatum nepotem irrationabiliter emancipaturus sit: proindeque satis auitâ, vel preauita affectione eum manere protectum, ne illud inconueniens patiatur, vt in *eadem l. penult.* dicitur. Sic d. Glos. *in vltim. respons.* & Molina *d. disp.* 227. *vers. Quando autem auus.* Quod si nihilominus talis nepos ab auo, vel proauo emancipetur, tunc fatendum, ab vtraque hęreditate eum manere excluſum; si aliàs loco patris prædefuncti succeſſurus non esset ascendenti, qui eum adoptauerat; vt si fuisti adoptatus à proauo, qui te post mortem tui patris emancipauit, viuente adhuc auo ejus filio: in quo casu ei succedit ipse auus, & non tenetur tibi aliquid relinquere. Et sic tam patris naturalis, quàm adoptiui hęreditatem amittis: secus verò est, si vel emancipatus fuisti viuente adhuc patre tuo naturali; quo casu in ejus potestatem reincidis, & jus ei succedẽdi recuperas, *d. l. penult. in fine, princip. juncta Glos. ibi, verb. Reuerti.* vel emancipatus es post mortem tui patris, auo jam non existente; in quo casu succedis proauo loco tui patris, cùm nemo sit in medio, à quo ab illius successione excludaris: d. Glos. *vbi sup.*

Cæterùm, quanuis nulla justa causa, 441
vel culpa ex parte adoptati requiratur ad eum emancipandum, sed ex sola voluntate adoptantis id fieri possit; tamen vt adoptio reipsà maneat dissoluta, & extincta, necessaria est judicis authoritas, vt bene cum Hostiensi, Ioan. Andr. Alex. de Neuo, & Præpos. aduertit Sanch. *lib. 7. de Matrimon. disp. 63. num. 25.* quia cùm adoptio fieri nequeat absque judicis authoritate, non potest absque illa dissolui, juxta regulam, quòd omnis res per quascumque causas nascitur, per easdem dissoluitur, *cap. Omnis res, de Regul. jur. in 6.*

Hinc autem non inferas, ad soluendam 442
arrogationem, quæ solâ Principis authoritate fieri potest, §. 1. *Instit. de Adoption.* vltra prædictam causam justam, ejusque cognitionem, necessariam quoque esse authoritatem Principis. Nam prædicta regula, *Omnis res*, fallit in hoc casu, vt constat ex *l. Adoptatum, 9. & ibi Glos. Cod. de Adoption.* quo pacto etiam ad reuocandum testamentum Principis authoritate conditum, necessaria non est illius authoritas, *l. Siquis, Cod. Qui testament. facere pos. l. Omnium, Cod. de Testament.* semper autem vt arrogatio per emancipationem dissoluatur, necessaria est judicis authoritas, quemadmodum in adoptione; quia debet dissolui solemniter, vt indicatur *in d. l. Adoptatum*: quod non potest intelligi de alia solemnitate, nisi quòd fiat authoritate judicis, idque causâ cognitâ, si agatur de dissoluenda arrogatione facta impuberi, vt ex supradictis constat.

Præterea, non caret difficultate, vtrùm 443
ad soluendam adoptionem per emancipationem, requiratur etiam voluntas, seu consensus filij adoptati? Quam quæstionem controuertit Glossa *in d. l. penult. verb. Reuerti, Cod. de Adoption.* Omissâ verò controuersiâ, placet asserere, nõ requiri adoptati consensum. Quod desumo ex *d. l. penult.* quatenus dicit, tãtam esse fragilitatem adoptionis, *vt possit in ipso die, & filius fieri, & extraneus*

per

per emancipationem inueniri: vbi planè indicatur, potuisse adoptionem solui de voluntate solius adoptantis, ipso filio adoptato insscio, ac minimè consentiente; nam quod non potest solui, nisi ex consensu duorum, fragile non est; vt patet in contractibus, qui non dicuntur fragiles, sed potiùs firmi & stabiles, eoquod non nisi de consensu vtriusque contrahentis dissolui possunt. Præterea illud verbum, *Inueniri*, satis indicat actum, qui ipso filio adoptiuo incogitante factus reperitur. Deinde, si consensus filij esset necessarius ad soluendam adoptionem, non erat cur *in d. l. penult.* ob adoptionis fragilitatem statueret Imperator, vt adoptatus ab extraneo non amitteret jus succedendi patri naturali, ad vitandum periculum, ne si post mortem patris naturalis emanciparetur, tam ipsius patris naturalis, quàm adoptiui hæreditatem amitteret; quia si non posset emancipari, nisi ipse vellet, nullum tale erat periculum, vt patet. Et hanc sententiam planè tenent Rojas, Molin. & Pichar. *num.* 436. allegati, dum asserunt, adoptionem pro voluntate adoptantis dissolui posse.

444 Quasdam alias differentias inter arrogationem, & adoptionem assignat Rojas *sup. cap.* 16. in quibus, non oportet immorari, quia facilè ex dictis, ac ex dicendis intelligi possunt.

445 Sciendum vlteriùs, non cuilibet fas esse alium adoptare, vel arrogare. In primis enim ab hoc arcentur, qui ob naturalem defectum generare non possunt, non ita vero qui ex accidenti, §. *Sed & illud, Instit. de Adoption.* Vnde frigidi, seu impotentes per naturam, qui propriè dicuntur *Castrati*, minimè possunt adoptare; cùm enim adoptio introducta sit ad imitationem naturæ: inde est, vt qui secundùm naturam filios nequeunt procreare, adoptare etiam non possint. Non prohibentur autem adoptare spadones, idest, qui arte, vel ferro sunt castrati, neque qui maleficio, aut morbo impediti sunt, ne possint generare; cùm id ex accidenti, non per naturam contigerit; neque etiam clerici in sacris; vt bene cum alijs notat Molina *d. disp.* 227. *ad finem*, & Sanch. *lib.* 7. *de Matrimon. disp.* 63 *numer.* 3. quidquid in contrarium voluerit Pichar. §. *Minorem*, *num.* 7. *Instit. de Adoption.* cùm non per naturam, sed tantùm ratione voti generare prohibeantur. Arcentur etiam ob eandem rationem imitationis naturæ, qui ad adoptandum, vel arrogãdũ octodecim saltẽ annis ætate non præcedunt; cũ vir ante plenã pubertatẽ, quę decimo octauo anno perficitur, ordinariè generare non possit, §. *Minorem natu, Instit. de Adoption.* Fœminæ quoque neque adoptare, neque arrogare possunt, nisi ad solatium amissorum liberorum, id ei à Principe indulgeatur, §. *Fœminæ quoque, Inst. eod.* & talis arrogatio solùm proderit, vt arrogatus matri adoptiuæ succedere possit, non verò vt sub ejus potestate constituatur; quia si matri id non competit respectu filiorum naturalium, multo minus competit respectu adoptiuorum: sic Glossa *in d.* §. *Fœminæ*, Molina *sup. vers. Adoptari*, Donel. *lib.* 2. *de Iure Ciuili*, *cap.* 22. Item sexagenario minori regulariter adoptare non permittitur, *l. Si paterfam.* §. *vltim. ff. de Adoption.* interest enim publicè, vt qui nondum ad eam ætatem peruenerunt, liberis potiùs procreandis, quàm adoptandis alienis operam dent. Dicitur autem, *regulariter*, quia si subsit justa aliqua causa, vt si sit infirmus, vel persona conjuncta ei, quam vult arrogare, in quauis minori ætate id ei permittitur *in d.* §. *vltim.* dummodo tamen octodecim annis arrogandum præcedat, vt dictum est. Vult autem Sanch. *vbi supra*, cum Syluquem refert, arrogare non posse, qui 40. ætatis annos nactus non sit: cujus assertionis fundamentum ignoro. Tutores etiam & curatores arrogare non possunt eos, quorum tutelam vel curam habent antequàm sint maiores 25. annis, nisi priuilegio Principis id eis concedatur, *l. Nec ei, in princip. juncta, l. Nonnunquam, ff. de Adoption.* Excipe verò, nisi jam integrã rationem suæ administrationis reddidissent, & tutela, vel cura cessasset, vt cum Barth. & Gregor. Lop. aduertit Molina

dict.

d. disp. 227. fine, per d. l. Nec ei, ibi; *Ne forte ideo eum arroget, ne rationes reddat.* Exceptio quoque est in priuigno, *l. 32. §. 1. ff. de Adopt.* quia cessat fraudis suspicio ob affectionem. Requiritur etiam, vt quis possit adoptare, vel arrogare, quod sit sui juris, vt tradit Molin. & Sanch. *loc. citat.* Et quidem merito, nam qui sui juris non est, non potest habere alium in potestate: ob quam rationem fœminæ adoptare non possunt, vt dicitur *in d. §. Fœminæ quoque, Inst. de Adoption.*

446 Sciendum denique, non solùm masculos, sed etiam fœminas arrogari, & adoptari posse, *§. 1. Instit. de Adopt.* item qui est filius, adoptari posse in nepotem, & qui est nepos, in filium, *§. Licèt autem, & seq Instit. eod.* quod procedit siue sit filius, vel nepos naturalis, siue adoptiuus. Quia non solùm pater, vel auus naturalis dare potest filium, vel nepotem in adoptionem; sed etiam pater, vel auus adoptiuus filium, vel nepotem adoptiuum, si eum habet in potestate, vt quando adoptans est auus maternus, vel alius ascendēs, in cujus potestate naturalis pater non sit, *§. In primis, juncto, §. Sed hodie, Instit. eod.* Pichar. *in §. Minorem, num. 9. Inst. eod.* Cæterùm vt auus naturalis vel adoptiuus nepotem ex filio naturali, vel legitimo, seu adoptiuo, in adoptionem dare possit, requiritur consensus ipsius filij, *l. Cum nepos, 6. ff. de Adopt.* non quidem vt adoptatio consistat, *l. 11. ff. eodem*, Donel. *lib. 2. de Iure Ciuili, cap. 22.* sed ne illi filio inuito hæres Suus adnascatur, vt fiet, si viuente adhuc eo filio adoptio talis nepotis per emancipationem, vel mortem adoptantis dissoluatur, *§. Sed siquis, Instit. de Adoption.* & ibi Glossa *verb. Consentire.* Libertum etiam proprium bene quis potest adoptare, & arrogare, non ita verò alienum, *l. Si paterfam. §. vltim. in fine, juncta Glossa ibi, verb. Nec libertum, ff. de Adoption.* Molina *d. disp. 227. prope finem.* Seruus autem neque proprius neque alienus adoptari, vel arrogari potest; eo tamen ipso, quo proprius seruus à Domino adoptetur, vel apud acta filius nuncupetur, libertatem nanciscitur, *§. vltim. Instit. de Adoption. l. vnica, §. Similique modo, Cod. de Latina libert. tol.* Denique vt aliquis adoptari, vel adoptare possit, opus est vt sit præsens, nec per procuratorem id expediri potest, *l. Neque, & l. Post mortem, §. Neque, ff. de Adoption.* Summa Angelica, *verb. Adoptio, num. 4.* Sylvest. *ibid. q. 2. & 6.* Sanch. *lib. 7. de Matrim. disp. 63. num. 3. fine*, & omnes.

SUMMARIUM.

Adoptati, qui non transeunt in potestatem adoptantis (quales sunt, qui adoptantur ab extraneo) non sunt necessariò instituendi in ejus testamento: secus verò qui in potestatem illius transeunt, vt arrogati, & qui dantur in adoptionem alicui suo ascendenti; num. 447. & seq.

Arrogatum impuberem non oportere instituí hæredem in testamento arrogatoris; sed solùm ei deberi, vt creditori quartam bonorum ipsius arrogatoris, multi DD. sentiũt, & quibus fundamentis? num. 449. & seqq. Contraria tamen sententia magis probatur; numer. 452. Soluuntur fundamenta primæ sententiæ; num. 453. & seqq.

Licèt quarta pars bonorum arrogatoris sit debita arrogato impuberi, id non tollit quominus possit, & debeat in ea instituí; d. num. 453.

Vltra quartam bonorum arrogatoris ex constitutione D. Pij arrogatis impuberibus debitam, competit eis legitima ex bonis ejusdem arrogatoris, & in ea sunt necessariò instituendi hæredes, vel exhæredandi ab arrogatore; alioqui erit testamentum nullum; num. 454.

Si arrogator in suo testamento arrogatum prætereat, testamentum est nullum, si autem sine justa causa illum exhæredet, competit ipsi arrogato, (si sit pubes, querela de inofficioso. Et quid, si sit impubes? num. 56. & seq.

Vtrum quarta, quæ filijs arrogatis relinqui

qui jubetur per jura antiqua, sit hodie aucta ad trientem per jus nouum, in Auth. de Triente, & semis. num. 458. *& seqq.*

Virùm dicta quarta bonorum arrogatoris integrè relinquenda sit arrogato, etiam si arrogator plures filios naturales sibi successibiles habeat, quibus multò minor portio obtinget, diuisâ inter eos reliquâ patris substantiâ? n. 461. *& seqq*

Filij adoptiui per emancipationem legitimè factam desinunt omninò esse filij respectu patris adoptiui, itaut post illam non teneatur eos instituere, nec aliquid eis relinquere; num. 464.

HIs præmissis, deueniendo jam ad principalem quæstionem initio propositam, vtrum filij adoptiui sint necessariò instituendi hæredes in testamento parentum, adoptiuorum? Resolutio sit: Adoptati, qui non transeunt in potestatem adoptantis (quales sunt, qui dantur in adoptionem alicui extraneos) non sunt necessariò instituendi in testamento adoptantis: secùs autem qui in potestatem adoptantis transeunt; cujusmodi sunt arrogati, & qui dantur in adoptionem auo materno, vel alteri ascendenti, in cujus potestate pater naturalis talis adoptati non est. Prior pars hujus resolutionis constat ex dictis *numer.* 431. vnde sic adoptati perinde se habent, quoad successionem ex testamento, respectu patris adoptiui, acsi adoptati non essent: neque perdunt jus, quod habebant, succedendi, tam ex testamento, quàm ab intestato patri naturali, §. *Sed hodie, Instit. de Adopt. l. penult. in princip. Cod. eod. tit.* & ita docent omnes.

448 Alia pars, quòd secùs dicendum sit in alijs adoptatis, probatur, & declaratur. Primò per text. *in princip. Instit. Quib. mod. testam. infirm.* vbi habetur, quòd testamentum factum ab eo, qui postea aliquem sibi in filium arrogauit, vel ex suo descendenti natum adoptauit, quasi agnatione sui hæredis in eo præteriti rúpitur, & nullum redditur; si autem nullũ redditur testamentum ob præteritionem filij adoptiui postea nati, pari jure, imo à fortiori, erit nullum ob præteritionem jam nati: quemadmodum in filijs legitimis naturalibus contingit. Et sic, vt testamentum sit validum, opus est vt talis filius adoptiuus in eo instituatur, aut justè exhæredetur. Secundò per text. expressum *in §. Adoptiui, Instit. de Exhæredat. liber.* vbi habetur liberos adoptiuos, qui sunt in potestate adoptãtis, esse ab eo instituendos, vel exhæredandos eâdem juris necessitate, qua liberi naturales justis nuptijs quæsiti instituendi, vel exhæredandi sunt à parentibus naturalibus. Tertiò, quia hujusmodi liberi adoptiui possunt exhæredari ex justa causa, vt patet ex text. *proximè cit. & in l. Quidam cum filium,* 132. *§. Quid ergo, ff. de Verb. oblig.* & ex alijs juribus: constat autem eos tantùm propriè exhæredari posse, quibus aliàs debetur institutio, vt vidimus *sup. §. 6. in princ.* etenim exhæredare, est priuare hæreditate: vbi autem non est habitus, priuatio esse non potest, vt Philosophi aiunt. Quartò denique & à priori, quia hi liberi adoptiui sunt hæredes Sui respectu parentum adoptiuorum, *d. prin. Inst. Quib mod. testam. infirm. l.* 1. *§.* 1. *vers. Suos hæredes, ff. de Suis, & legit. hæred.* ibi; *Suos hæredes accipere debemus filios, filias, siue naturales, siue adoptiuos,* & alijs juribus: Suus autem hæres præteriri non potest in testamẽto, sed vel instituendus, vel legitimè exhæredandus est, alioqui testamentũ rumpit, & potest dicere illud nullum, vt est tritum in jure, & à nobis declaratum *sup. §.* 1. *hujus sect. n.* 133. Atq; ita resoluũt Tiraq. plures referens *in l. Si vnquã, verb. Liberos susceperit, n.* 20. *C. de Reuoc. don.* Rojas *Epit. de Suc. c.* 17. *n.* 10. Peregr. *de Fideicom. art.* 36. *n.* 24. Pich. *Rubr. ad Inst. de Adopt. n.* 13. *& §. Mortuo, n.* 31. *Inst. de Acquis. per arrogationem* cæteriq; communiter.

Hanc tamen sententiam limitant non pauci, vt non procedat in impubere, quẽ 449
dicunt non oportere instituí, vel exhæredari ab arrogatore, ad hoc vt ejus testamentum valeat, sed satis esse quòd alio titulo ei relinquatur quarta pars

bonorum arrogatoris, quam Diuus Pius ei dari jussit, si durante arrogatione arrogator decedat, eo adhuc impubere relicto, *l. vltim. ff. Siquid in fraudem patron. fact. sit*, §. *Item non aliter*, *Instit. de Adoption.* Ita sentiunt Peregrin. *vbi sup.* & multi alij, quos refert Pichar. *in d. rubr. ad Instit. de Adoption. num.* 12. & probatur primò, quia si oporteret eum institui, vel exhæredari, esset vtique in d. quarta: non enim apparet aliud quod arrogator ei teneatur de proprijs bonis relinquere: in illa autem quarta id admitti non potest. Quia hæc quarta est illi debita ex constitutione Diui Pij, quasi æs alienum, *l. Papinianus*, §. *Siquis impubes*, *fine*, *ff. de Inofficioso testam.* & sic non capit illam, vt hæres, vel successor vniuersalis, sed vt creditor; nec ex judicio testatoris, sed ex dispositione legis, *l. Si arrogator*, *prope finem*, *ff. de Adoptionib.* Rojas latè id declarans *Epit. de Succession. cap.* 17. *numer.* 17. & Pichar. *in Rubr. ad Instit. de Adoption. numer.* 36. *& seq.* Quare non titulo institutionis, sed alio particulari illi relinquenda est, vt cum Cyno, & Salicet. notat Rojas *sup. num.* 18. & hinc etiam non potest ab ea exhæredari: quia exhæredatio, cùm sit priuatio hæreditatis aliàs debita, solùm habet locum in ijs, qui aliàs debebant iustitui hæredes.

450 Quod vlteriùs confirmo, nam quanuis impubes arrogatus, exhæredatus fuerit ab arrogatore, tamen illa quarta ei dari jubetur, *d.* §. *Item non aliter*, *Instit. de Adoptionib.* ibi; *Sed & si decedens pater* (scilicet adoptiuus) *eum exhæredauerit, vel viuus sine justa causa emancipauerit, jubetur quartam partem bonorum ei relinquere.* Et sic talis quarta non pertinet ad hæreditatem, in qua talis impubes aliàs fuerat instituendus, cùm per exhæredationem ab hæreditate arrogatoris simpliciter fuerit exclusus. Nec dicas, prædictum textum intelligi tantùm de exhæredatione sine justa causa facta, per quam arrogatus non potuit excludi ab hæreditate. Nam clausula, *Sine justa causa*, quæ in illo textu ponitur, non refertur ad exhæredationem, sed potiùs veluti datâ operâ ab ea remouetur, & soli emancipationi affigitur, vt ipsum contextum expendenti patebit. Et ita, quòd per exhæredationem, etiam legitimam & validam, non priuetur impubes arrogatus dictâ quartâ, sentit Pichar. *loc. proximè citat. num.* 15.

Probatur secundò ex *dict. l. Arrogator*, *in princip. ff. de Adoptionib.* vbi deciditur, si arrogator decedat, impubere relicto filio adoptiuo, & mox ipse impubes decedat, teneri hæredes arrogatoris restituere hęredibus arrogati bona ipsius arrogati, & præterea quartam partem bonorum arrogatoris. Qui textus juxta Glossam Accursij, ibi; *verb. Adoptiuo*, & magis communem intellectum, loquitur in casu, quo arrogator decessit cum testamento, in quo arrogatum præteriuit; cùm is neque institutus, neque exhæredatus ibi ponatur, & tota hæreditas arrogatoris delata sit ad alios hæredes, non ab intestato, sed ex testamento, in quo ille non fuit institutus; quia alioqui ille foret hæres, vel solus, vel simul cum alijs, cùm sit hæres necessarius ab intestato, vt ex supradictis constat, & si fuisset institutus, ex testamento succederet. Posito autem quòd fuerit præteritus, planè ex d. lege colligitur, non oportere impuberem arrogatum instituí hęredem in testamento arrogatoris, ad hoc vt testamentum valeat; cùm in specie illius legis testamentum fuerit validum, vtpote ex quo hæreditas validè delata est ad hęredes scriptos, qui dictam partem restituere jubentur. 451

Nihilominus tamen magis placet contraria sententia, quòd scilicet etiam impubes arrogatus, vel ab ascendenti adoptatus, non potest impunè præteriri in testamento patris adoptiui, sed quòd necessariò debet instituí, vel legitimè exhæredari, ad hoc vt testamentum sit validum, vt tenet & latè probat Pichar. *in Rubr. ad Instit. de Adoptionib. numer.* 13. & videntur tenere Tiraquel. & Rojas alle-

allegati *numer.* 448. *fine*, dum absolutè, asserunt posse arrogatum venire contra testamentum arrogatoris, si in eo prætereatur. Quam sententiam clarè probant textus, & fundamenta pro secunda parte prafatæ resolutionis principalis, *num.* 448. adducta; siquidem illi textus simpliciter, & absolutè loquuntur in filijs adoptiuis; qui in potestatem adoptantis transeunt, nulla facta distinctione inter puberes, & impuberes; quam distinctionem proculdubio facerent, si aliter se res haberet in impuberibus, cùm frequentissimè impuberes adoptari consueuerint, & jura ipsa multa circa illos specialiter alibi statuant, vt ex dictis cõstat: ac præterea, quia ratio Suitatis respectu patrum adoptiuorum, qua illi textus nituntur, eadem prorsus est in puberibus, & impuberibus; cùm hi etiam per illam adoptionem fiant Sui hæredes patrum adoptiuorum. Accedit, quòd si non oporteret institui, vel exhæredari arrogatum impuberem, sed solùm puberem, eoquod quarta ad impuberem spectans, illi est debita ex dicta Constitutione Diui Pij, & sic non tanquam hæredi, sed tanquam credirori, vt Aduersarij arguunt, deterioris conditionis redderetur arrogatus impubes; siquidem careret honore, & commodis, quæ hæredes Suos sequuntur: vnde jam constitutio illa, quæ fauore impuberũ edita est, in illorũ odiũ retorqueretur, contra regulam *in cap. Quod ob gratiam, 6. de Regul. jur. in 6.*

453 Neq; obstant argumenta in contrariũ adducta. Ad primũ enim responderi potest dupliciter. Primò, quod quanuis illa quarta sit debita arrogato impuberi ex d. Constitutione Pij, id non tollit quominus possit in ea institui hæres, vt notat Glos. *in d §. Item nõ aliter, verb. Iubetur, Inst. de Adopt.* quòd si potest institui: ergo debet; ne careat honorabili titulo institutionis, & commodis hæredis Sui; quibus etiam respectu illius quartæ eum gaudere affirmant Barth. Ias. & alij, quos citat, & sequitur Rojas *Epit. de Succes. c.* 17. *n.* 18. asserentes, quòd licèt non sit agnita, transmittit illam ad hæredes ex potentia Suitatis; quòd non stat, si tantũ sit creditor, & non hæres Suus respectu illius. Id quod fit planum exemplo legitimæ filijs naturalibus, & legitimis debitæ; quæ licèt eis relinqui jubeatur, & consequenter sint veluti creditores respectu illius, tamen possunt, & debent in ea institui, vt est notissimum, & supra suo loco à nobis traditum. Vnde consequenter negandũ est, non posse dictum impuberem priuari illâ quartâ per exhæredationem ex justa causa. Cui non obstat, quod in contrarium attulimus *num.* 450. ex textu *in d. §. Item non aliter.* Nam quod ibi dicitur, si impubes arrogatus exhæredatus sit, juberi arrogatorem ei relinquere dictam quartam, intelligendum est, si sit exhæredatus sine justa causa, vt declarat Glos. *in l.* 1. *§. Si impuberi, verb. Debeatur, ff. de Collat. bonor.* Et quidem clausula, *Sine justa causa*, de qua *in d §. Item non aliter*, fit mentio, licèt immediatè affigatur emancipationi, tamen etiam ad exhæredationem referri debet, juxta optimam regulam, quòd clausula posita in vna parte dispositionis, siue apponatur in principio, siue in medio, siue in fine, refertur ad omnia in ea contenta, quando in eis non apparet diuersa ratio, quam regulam cum Menoch. & alijs tradit Sanch. *lib. 6. de Matrim. disp. 22. num. 19. & lib. 8. disp. 17. prope finem, & lib. 10. disp. 17. fine*, juxta text. *in cap. Secundò requiris, de Appellat.* vbi DD.

Responderi potest secundò, quòd 454
vltra dictam quartam à Pio specialiter concessam, competit impuberibus arrogatis legitima in bonis patris adoptiui, ex regula generali, quòd omnibus liberis, quamdiu sunt in potestate suorum patrũ, siue sint naturales, siue adoptiui, debetur legitima ex bonis patris, & in ea debent institui, si legitimè non exhęredentur, juxta text. *in §. Adoptiui, Inst. de Exhæredat. liber.* ibi; *Adoptiui liberi, quandiu sunt in potestate patris adoptiui ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptijs quæsiti: itaque hæredes instituendi, vel exhæredandi, secundùm ea, quæ de naturalibus expo-*

sumus. Quare sicut liberi naturales hoc jure gaudent, siue sint pubes, siue impubes, ita etiam gaudent adoptiui. Et ita hanc sententiam, quod scilicet impuberibus arrogatis vltra dictam quartam, debetur legitima, in qua instituendi, vel exhæredandi sunt, quemadmodum puberes; tenet Pichard. *in Rubr. ad Inst. de Adopt. num.* 13. *fine, & post princip. tit. Instit. de Hæredit. quæ ab intest. defer. §.* 4. *num.* 7. Unde quod dicta quarta relinqui debeat impuberi arrogato, quasi æs alienum, & sic non tanquam hæredi, sed vt creditori, nihil id obstat quominus talis impubes instituí debeat in legitima, quemadmodum pubes: ad eum scilicet modum, quo pater naturalis grauatus restituere aliqua bona; v.c. maioratum, vel fideicommissum filio naturali, quem habet in potestate, licèt in illis bonis non possit eum hæredem instituere, vel exhæredare, Molina Iurist. *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 8. *num.* 2. *& c.* 9 *n.* 2. tamen illum instituere, vel exhæredare debet in legitima, quę vltra illa bona ei debetur, & nisi id faciat testamentum est nullum, vt est notissimum.

455 Ad secundum, missis alijs responsionibus, quæ juxta diuersas interpretationes *d. l. Si arrogator*, aptari possent, respondeo, cùm ea lex indistinctè asserat, quòd decedente impubere adoptiuo statim post arrogatorem, debent hæredes arrogatoris restituere dictam quartam hæredibus ipsius arrogati, sensum & mentem illius esse, quòd talis impubes dictã quartam transmittit ad suos hæredes, nihil obstante, quòd statim post arrogatorem, eâ non agnitâ, decesserit; & propterea si arrogator etiam alios hæredes reliquit, qui hæreditatem agnouerunt, & occuparunt, teneri eam restituere hæredibus arrogati, præter bona ipsius arrogati; de quo forsan tempore illius legis aliqua erat controuersia; cumq; ea transmissio locũ haberet, siue arrogator decessisset testatus, siue intestatus, meritò circa hoc nihil in ea lege distinguitur. Quare non bene ex ea colligunt Aduersarij, testamentũ, in quo impubes arrogatus fuerit præteritus, nullum non esse; cùm ea lex de hoc non agat, & præfata expositio rectè stet, quanuis arrogator decessisset cum testamento irrito, siquidem etiam in eo casu dicta quarta pertineret ad impuberem, eamq; ad suos hæredes transmitteret, & alij hęredes arrogatoris ab intestato, qui simul cum arrogato concurrerent, eam restituere tenerentur, vt in d. lege deciditur, idq; licèt agnita non fuerit ab impubere, vt dictum est, & cũ Barth. & alijs tradit Rojas *Epit. de Succeß. cap.* 17. *num.* 18. *per d. l. Arrogator, & alia jura.*

Itaq; si arrogator testamentũ condens, arrogatũ, siue puberem, siue impuberem, 456
prætereat, testamentũ non valet, & potest dici nullũ. Si autem sine justa causa exhæredet, tunc si arrogatus sit pubes, competit ei querela de inofficioso contra testamentũ, *l. Quidam cum filium, §. Sed videamus, ff. de Verb. oblig. §. Tam autem, Inst. de Inoffic. test.* Rojas *Epit. de Succes. c.* 17. *n.* 8. & omnes. Si autem sit impubes, distinctione opus est. Nam vel possumus loqui juxta sententiam traditam *n.* 454. quòd tali impuberi debetur legitima, præter quartam, quam Pius ei relinqui jusit: & tunc si injustè exhæredetur, agere similiter potest querelâ inofficiosi ad consequendam hæreditatem sibi injustè denegatam, quemadmodum si esset pubes: nam textus proximè allegati asserentes querelam inofficiosi competere arrogatis contra testamentũ arrogatoris, nullã faciunt distinctionem inter puberes, & impuberes: & suppositâ prædictâ sententiâ, eadem prorsus est ratio in vtrisq; respectu hæreditatis patris adoptiui, vltra quã dicta quarta quasi æs alienum impuberibus debetur, vt dictum est.

Vel loqui possumus in sententia, quam 457
DD. cõmuniter vidẽtur supponere, quòd impuberibus arrogatis nõ cõpetit alia legitima, præter dictam quartã, juxta quàm sententiã diximus *n.* 453. debere talẽ impuberẽ in ea quarta instituí, vel exhæredari, vt testamentum arrogatoris sit validum. Et in hac sententia, si talis impubes exhæredetur ab arrogatore, non admittetur ad querelam inofficiosi, etiam si absque

que justa causa exhæredatus sit; quia habet aliud remedium, quo illam quartam obtinere possit, nempe remedium ex d. Constitutione Pij, quod facit cessare querelam, quæ est remedium subsidiarium, quod cum ordinario non concurrit, §. 1. *Inst. de Inoffic. testam.* Et ita habetur in *d. l. Papinianus, §. Siquis impubes, ff. de Inoffic.* sicque intelligendus est text. *in d. §. Cum autem, Inst. eod. tit.* ibi; *Tam autem naturales liberi quàm secundùm nostræ Constitutionis diuisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possint, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint.* Atque ita docent Rojas *d. num.* 8. Pichard. *in rubr. ad Inst. de Adoption. num.* 25. & omnes.

458 Duplex adhuc superest dubitatio. Prima est, vtrùm quarta, quæ filijs adoptiuis relinqui jubetur in juribus supra citatis, aucta hodie sit ad trientem, per jus nouum in *Auth. de Triente, & semisse, §.* 1. vbi correcto jure antiquo, quo olim portio legitima liberis debita solùm erat quarta pars bonorum testatoris inter illos æqualiter diuidenda, portio illa fuit aucta ad trientem, & semissem, ideſt, vt si testator quatuor, vel pauciores liberos haberet, tertia pars bonorum illius inter eos diuideretur: si verò haberet plures, quàm quatuor, dimidium bonorum eis relinqueretur, inter eos similiter diuidendum. In proposita igitur quæstione communior sententia est negatiua, quam tenent Glossa *in d. §. 1. Auth. de Triente, & semiss. verb. Hoc obseruando*, Angel. *ibid.* Barthol. & Bald. *in d. l. Si arrogator, ff. de Adoption.* Bened. Capra, Iacob de Butr. & alij, quos citant, & sequuntur Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Suscepe-rit liberos, num.* 5. *Cod. de Reuoc. donat.* & Rojas *Epit. de Successiou. cap.* 17. *numer.* 22. Fundamentum est, quia nomine filiorum, & liberorum non veniunt adoptiui, sed tantùm naturales, vt latè probat Tiraq. *cit.* Vnde cùm dicta auctio legitimæ facta sit pro liberis, de solis naturalibus intelligenda est.

459 Contrariam tamen sententiam graues etiã tenent DD. Cynus *in l. 2. C. de Adoption.* Alberic. *in d. l. Si arrogator*, Barbat. Fab. Gioch. & Iason, quos refert Tiraq. *d. n.* 5. Probatur, quia dicti liberi adoptiui gaudent eodem jure ad succedendum patri, quo naturales, & pari modo sunt instituendi, vel exhæredandi, vt constat ex *d. §. Adoptiui, Inst. de Exhæred. liber.* Ergo cùm in dicto jure nouo portio legitima, in qua oportet instituí liberos, aucta fuerit ad trientem, non solùm in naturalibus, sed etiam in adoptiuis, cùm eodem jure gaudeant, id debet intelligi.

Mihi tamen hac in re distinguendum 460
videtur, vt nimirum quarta competens arrogato, vt portio legitima, qua denegata posset agere per querelam inofficiosi contra testamentum arrogatoris, juxta supradicta *n.* 456. aucta censeatur ad trientem per dictum jus nouum: secus autè quarta competens speciali jure arrogato impuberi, qui ad eam obtinendam non habet querelam inofficiosi, vt per sup. dicta *n.* 457. Moueor per ipsummet textum *in d. Auth. de Triente, & semiss. §.* 1. *fine*, vbi expressè habetur, vt illa auctio ad trientem obseruetur in omnibus personis, quibus de jure veteri querela inofficiosi dabatur ad obtinendam quartam ipsis decretam: vnde cùm hęc querela per jus antiquum fuerit arrogatis concessa respectu quartæ ipsis pro legitima cõstitutæ, & solùm fuerit denegata respectu quartæ debitæ impuberi ex Constitutione Pij, vt *n.* 456. *& seq.* ostensum est, fit planum priorem illam quartam comprehensam fuisse in dicta auctione ad trientem, & solam posteriorem ab ea excludi.

Secunda dubitatio est, vtrũ dicta quarta bonorũ arrogatoris integrè relinquenda 461
sit arrogato, etiamsi arrogator habeat plures filios naturales, quibus multò minor portio obtinget, diuisâ inter eos reliquâ patris substantiâ? Hæc dubitatio solũ habet locũ in quarta, quæ ex dicta cõstitutione D. Pij ad impuberem arrogatũ spectat. Nam si loquamur de quarta, quæ pro legitima arrogatis debetur, citra omnem cõtrouersiã dicendũ est, si arrogator plures alios habet filios, siue naturales, siue arrogatos, siue partim naturales, & partim

tim arrogatos, cã bonorũ partẽ testatoris, quæ pro filiorũ legitima constituta est, diuidẽdã esse æqualiter inter omnes, perinde acsi omnes essent naturales: quia quoad legitimam, in qua tam naturales, quàm arrogati necessario sunt instituendi, vel exhæredandi, *d. §. Adoptiui, Instit. de Exhæredat. liber.* nulla inter eos est differentia, sed idem jus & ratio est in omnibus, vt ex dictis constat, & planè sentiunt relatis alijs Rojas *Epit. de Succes c. 17. num 27.* & Molina *tom. 1. de Iust. disp. 227. Quando arrogator*, licèt non ita rem declaret.

Tota difficultas, & controuersia est
462 circa quartam, quæ speciali jure ex d. Cõstitutione Pij ad impuberẽ arrogatũ spectat. In hac igitur communis sententia est, eam quartam esse solam quartam partem illius portionis, quam arrogatus habiturus esset, si arrogator intestatus decederet, ne dictum inconueniens sequatur, quando arrogator habuerit quatuor vel plures filios naturales; cùm absurdum sit, filium arrogatum maiorem habere portionem, quàm naturalem, contra *l. 3. ff. de Tutel.* Tenent hanc sententiam Glossa Accurtij *in d. l. Si arrogator, verb. Quartam partem, ff. de Adopt. & in d. §. Item non aliter, verb. Quartam partem, Instit. eod. tit.* Barth. & Bald. *in d. l. Si arrogator*, vbi etiam Ias. *num. 5.* dicens esse sententiam communem, Rojas *Epit. de Succession. cap. 17. num. 26.* & alij.

Nihilominus quartam illam esse quar-
463 tam partem omnium bonorum, quæ arrogator tempore mortis habebat, eamque integram relinquendam impuberi arrogato, tenet idem Accurtius sibi contrarius *in §. 1. verb. Hoc obseruando, Auth. de Triente, & semis.* Costa *in l. Qui duos, §. Cum in bello, verb. Postea mortui, ff. de Reb. dub.* & Pichar. *in rubr. num. 40. Instit. de Adoption.* Vbi inter alios refert Iasonem asserentem, hanc sententiam esse communem, & Caldeiram dicentem eam obseruari in Castella, & Lusitania. Et quidem stando in jure communi mihi etiam videtur planè vera: quia ita expressè habetur *in l. vltim. ff. Siquid in fraud. patr. fact.* ibi; *Vt ex bonis, quæ mortis tempore illius, qui adoptauit, fuerunt, quarta pars ad eum pertineat, qui adoptatus est, & in l. 2. Cod. de Adopt.* ibi; *Ita vt bonorum tuorum quarta pars.* Neque obstat prædictum inconueniens: nam illud declinare spectat ad Principem, qui propterea non nisi causâ cognitâ concedit impuberem arrogari; & inter alia, quæ in tali cognitione versantur, vnum est, ne is, qui filios naturales habet, alios possit arrogare, nevè, qui jam adoptauit, alium adoptet, *l. Nec ei, §. 1. ff. de Adoption.* Quod si nihilominus habenti alios filios Princeps sciens, & prudens concedat, vt arrogare alium possit, valebit concessio, & arrogatio, vt aduertit Molina *d. disp. 227. vers. Quando arrogator*; neque quòd arrogatus plus sit habiturus ex bonis arrogatoris, quàm filij naturales, absurdum reputabitur, cùm habiturus sit dictam quartam, vt æs alienum sibi ab arrogatore debitum, *l. Papinianus, §. Siquis impubes, ff. de Inoffic. testam.* idque in compensationem vsusfructûs suorum bonorum, quem in arrogatorem transtulit.

Omnia prædicta circa necessitatem 464
instituendi, vel exhæredandi filios adoptiuos, eisque aliquid relinquendi intelliguntur, nisi tales filij sint à patre adoptiuo emancipati, quia per emancipationem desinunt esse filij respectu illius, *§. Adoptiui, Instit. de Exhæredat. liber.* id verò intellige, dummodo sint emancipati legitimè, seu ex justa causa, juxta supradicta, *num. 436. & seqq.* Alioqui non perdunt dictam quartam, nec adoptio dissoluitur, *§. Item non aliter, Instit. de Adoption. l. vltim. ff. Siquid in fraudem patron.* Molin. *dict. disp. 227. vers. Arrogator extrahere.*

(:!:)

§. 15. *Vtrum oporteat parentes, aliosuè ascendentes instituì hæredes in testamento liberorum: & ex quibus causis possint à liberis exhæredari?*

SUMMARIUM.

QVid circa necessitatem instituendi ascendentes disponatur per jus nouum in Auth. Vt cum de appellat. cognosc. *num.* 465.

Liberi descendentibus carentes, si testamentum condant, tenentur instituere parentes, aliosue ascendentes, si illos habeant in legitima illis debita, si autem eos prætereant, vel injustè exhæredent, testamentum est nullum, vel annullandum. Et quomodo hæc omnia intelligenda sint? num. 466. *& seqq.*

Ascendentes non succedunt in bonis liberorum, si hi habeant descendentes successibiles; d. num. 466.

Vtrum, si descendens fiat Religiosus habeatur monasterium loco filij, à quo ascendentes à successione talis Religiosi excludantur? ibid.

Ascendentibus debetur legitima ex bonis liberorum descendentibus carentium. Quæ olim erat quarta pars, & hodie aucta est ad trientem. De jure autem Lusitano sunt duæ tertiæ bonorum; numer. 468.

Solis ascendentibus, qui proximiores in gradu extiterint, dicta legitima debetur. Et quomodo id procedat? n. 469.

Explicatur, quando & quo jure sit nullũ, quandoque annullandum testamentũ, in quo parens, vel alius ascendens testatoris est prætеritus, vel exhæredatus; num. 670.

Non satis est ad valorem testamenti relinqui legitimam ascendenti testatoris titulo legati, vel alio particulari; sed necesse est, vt in ea, vel in aliqua ejus parte hæres instituatur; num. 471.

Vtrum, quando filius est legitimus ex matrimonio putatiuo contracto bona fide ex parte vnius tantùm parentis, alter parens, qui mala fide contraxit, habeat jus succedendi tali filio? num. 472.

Testamentum clerici habentis ascendentes, vel descendentes legitimos, non potest dici nullum, nec rumpi per querelam inofficiosi ob illorum prætеritionẽ, vel exhæredationem injustam; sed solum eis competit jus ad petendam legitimam, juxta probabilem sententiam; num. 473.

Valet testamentum, quo filius parentes de eorum licentia prætеriuit, vel exhæredauit. Et quomodo id sit intelligendum? num. 474.

Filius emancipatus, qui se in arrogationem dedit, si habeat bona, in quibus testari possit, non tenetur instituere patrem naturalem. Et idem est in adoptato, qui in potestatem adoptantis transiuit, vt cùm ab auo materno adoptatus est; num. 475.

Ex quibus causis possint liberi parentes aliosue ascendentes exhæredare tam secundùm jus commune, quàm Lusitanum? num. 477. *& seqq.*

EX ijs, quæ in superioribus constituta sunt circa liberos necessariò hæredes 465
instituendos in testamentis parentum; quid in præsenti materia tenendum sit facillimo negotio expedietur; nam nouissimè in celebri, *Auth. Vt cum de appellat. cognosc.* circa necessitatem instituendi liberos sancita sunt, ea ipsa cum modica distinctione seruari præcipiuntur circa parentes hæredes instituendos in testamentis liberorum, vt constat ex *eod. Auth cap.* 3. *in princip.* ibi; *Iustum autem perspeximus, & è contrario de liberorum testamentis, hæc eadem cum aliqua distinctione disponere: sancimus itaque non licere liberis parentes suos prætеrire, aut quolibet modo à rebus proprijs, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumerauimus, in suis testamentis specialiter nominauerint.* Hic autem solùm est sermo de libe-

ris naturalibus, & legitimis, ideſt, ex legitimo matrimonio procreatis: de alijs enim, quid obſeruandum ſit, *ſeq.* §. exponemus.

664 Iam ergo quod attinet ad primam quæſtionem in titulo propoſitam, generalis, & vera reſolutio eſt: Liberi deſcendentibus carentes, ſi teſtamentum condant, inſtituere tenentur parentes, alioſuè aſcendentes, ſi eos habeant, in portione legitima illis debita: ſi autem eos præteream, vel injuſtè exhæredent, teſtamẽtum eſt nullum, vel per querelam inofficioſi annullandum; etiamſi aliàs per donationem, vel legatum, aliumuè modum legitimam portionem eis dederint. Tota hæc reſolutio conſtat, & eſt indubitata, per text. *in d. Auth. Vt cum de appellat. loc. proximè cit. juncto* §. *Aliud quoque capitulum*: vt autem probè intelligatur, particulatim explicanda, & enucleanda eſt. Dicitur in primis, *Liberi deſcendentibus carentes:* quia aſcendentes non ſuccedunt neceſſariò in bonis liberorum, niſi hi decedant abſque deſcendentibus. *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul. Ordin. Luſit. lib.* 4. *tit.* 82. §. 4. & communis omnium ſententia. Id verò intellige, dũmodo ſint deſcendentes parentibus ſucceſsibiles, quales ſunt legitimi, & aliqui etiam illegitimi, prout ſupra ſuis locis explicatum eſt. Nam ſi ſint deſcendentes, quibus ſucceſsio non debetur, hi aſcendentes non excludunt, nec illis prejudicant, vt eſt notiſsimum. Vtrum autem, deſcendente monaſterium ingrediente, ipſum monaſterium habeatur loco filij, à quo illius aſcendentes excludantur? Reſpondeo negatiuè, cum communi ſententia, quam relatis multis tradunt Rojas *Epit. ſucceſſ. cap.* 29. *num.* 40. & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 19. aſſerentes, Religionis ingreſſum nihil obſtare, quominus ex bonis talis deſcentis legitima debeatur ejus aſcendentibus, neque monaſterium in tali caſu loco filij haberi: quidquid nonnulli in contrarium ſenſerint.

467 Dicitur deinde, *Si teſtamentum condant*; tum quia ſæpe liberi teſtari non poſſunt, vt ſi ſint ſub patria poteſtate, & non habeant bona Caſtrenſia, vel quaſi Caſtrenſia: tum etiam, quia licèt habeant facultatem teſtandi, vt ſi ſint emancipati, vel habeant bona Caſtrenſia, aut quaſi Caſtrenſia, ſimulque competentem ætatem ad teſtandum, non tenentur abſolutè inſtituere parentes, imò neque deſcendentes, niſi ita demum, ſi teſtamentum condant, quod vtique omittere poſſunt, ſi velint: nullo enim jure teſtari coguntur. Illis autem abſque teſtamento decedentibus, ſi deſcendentibus careant, ſuccedunt aſcendentes ab inteſtato, quemadmodum diſponitur *in d. Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul. Auth. de Hæred. ab inteſt. ven.* §. *Conſequens autem & ſeq.*

Subditur: *Inſtituere tenentur parentes,* 468
alioſue aſcendentes in portione legitima illis debita. Quemadmodum enim aſcendentes in ſuis teſtamentis inſtituere tenentur liberos in portione legibus præſcripta, §. *Aliud quoque, Auth. Vt cum de appellat.* ita pariter juxta diſpoſitionem ejuſdem *Auth. num.* 465. relatam, liberi prole ſucceſsibili carentes, inſtituere tenentur aſcendentes, ſi eos habeant, in portione legitima illis debita. Quòd enim certa bonorum portio parentibus debeatur ex bonis liberorum deſcendentibus carentium, quemadmodum ipſis liberis debetur ex bonis parentum, citra dubium eſt, tum ex *d. Auth. Vt cum de appellat.* §. *Hæc autem diſpoſuimus,* ibi; *Quidquid autem minus ei legitima portione relictum eſt,* & ex *Auth. Preſbyteros,* ibi; *Parentes eorum legitimam ferant partem, Cod. de Epiſcop. & cleric.* & alijs textibus: tum ex generali regula, quòd prout liberi parentibus ſuccedunt, ita pariter ſuccedunt parentes liberis, vt æqualitas inter eos ſeruetur, *d. Auth. Vt cum de appellat. cap.* 3. *in princip. Auth. Licet, Cod. de Naturalibus liberis, Auth. Quib. mod. nat. effician. ſui,* §. *Si verò effuſa, verſ. De nepotibus enim.* Vnde ſicut legitima portio liberis debita, quæ olim erat quarta pars bonorum, aucta fuit ad trientem, ideſt, ad tertiam bonorum partem,

partem, *Auth. de Triente, & semis. §.* 1. ita etiam fuit aucta legitima debita parentibus; vt quæ olim erat quarta, jam hodie sit tertia pars bonorum, vt tradit Glos. *in d. §.* 1. *verb. Hoc obseruando*, per generalitatem ipsius textus, ibi; *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est*, & docent etiam Iacob de Bel. pert. & Angel. *in Auth. de Hæred. & Falcid. in princip.* & relatis alijs Molin. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 159. *vers. De jure communi*, dicens esse communem sententiam. In hoc autem Lusitaniæ regno legitima portio, tam liberis, quàm parentibus debita, sunt duæ tertiæ bonorum, ita vt solùm de vna tertia possit testator liberè disponere, si descendentes, vel ascendentes habeat, vt constat ex *lib.* 4. *Ordin. tit.* 82. *in princip. & §.* 4. *& tit.* 91. *§.* 1. Si ergo testator descendentibus carens ascendentes habeat, in tota dicta portione illis debita eos instituere tenetur. Si autem in aliqua bonorum parte minori eos instituat, non propterea testamentum est nullum, vel annullandum tanquam inofficiosum, sed solùm competit illis actio ad supplementum legitimæ portionis, vt expressè decernitur in *d. Auth. Vt cum de appellat. §. Hæc autem disposuimus.*

469 Nota verò, non quibuscumque ascendentibus legitimam deberi, competereuè jus, vt à liberis instituantur, aliquidue eis relinquatur, sed eis tantùm, qui testatori proximiores fuerint in gradu, vt constat ex *d. Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* vbi non nisi saluâ gradus prærogatiuâ parentes admittuntur ad liberorum successionem. Quare si testator habeat patrem, & matrem, ij tantùm sunt necessariò instituendi: & si alter eorum defunctus sit, solus superstes instituendus est: vtroque autem deficiente, instituendi sunt aui, tam ex parte patris, quàm matris. Quod si ex parte alterius tantùm parentis existant aui, illi tantùm in portione legitima instituendi sunt; in defectum autem omnium auorum, instituendi sunt proaui; & ita ascendendo, qui proximiores fuerint in gradu cæteris sunt præferendi: quando autem ex parte vnius parentis proximiores fuerint duo aui, vel duo proaui: & vnus tantùm ex parte alterius, portio legitima diuidenda est in duas partes æquales, & vna earum partienda est inter illos duos auos, vel proauos: altera verò tota spectat ad eum, qui solus supereſt ex parte alterius parentis. Ita sumitur ex *d. Auth. Defuncto, & Auth. de Hæred. ab intest. ven. §. Consequens autem, & seq.* traditque Molin. *d. disp.* 159. *vers. Ij soli ascendentes.* Et ita etiam disponunt Ordinat. Lusitan. *lib.* 4. *tit.* 91. *§.* 1. Cæterùm de jure communi, si simul cum ascendentibus extent fratres, aut sorores vtrinque defuncto conjuncti, succedunt ei ab intestato cum ascendentibus ipsis proximioribus secundùm portiones viriles, seu in capita, vt expressè habetur in dictis Authenticis proximè citatis. Nec tantùm dicti fratres, & sorores superstites, sed etiam filij fratrum, vel sororum prædefunctorum ad successionem illius patris defuncti admittuntur, non quidem in capita, sed in stirpes loco parentum, quos repræsentãt, vt bene aduertit Glos. *in d. Auth. Defuncto, verb. Vocantur, per Auth. Vt fratrum filij, §.* 1. vbi prædicta Auth. *Defuncto*, corrigitur, vel ampliatur. De jure autem Lusitano *d. tit* 91. *in princip.* defuncto filio absque descendentibus, soli ascendentes juxta sui gradus prærogatiuam illi succedunt ab intestato in omnibus bonis, exclusis omnino fratribus, & sororibus illius: idemque esse de jure Castellæ affirmat Molina, *d. disp.* 159. *vers. Est verò circa.* Et Rojas *Epit. Success. cap.* 29. *num.* 35. *& seq.*

Subditur præterea; *Si autem eos præ-* 470
tereant, vel injustè exhæredent, testamentum est nullum, vel annullandum. Quia in primis, si pater, vel eo deficiente, alius ascendens proximior ejusdem lineæ, sit præteritus à filio, qui erat in potestate, tam secundùm jus antiquum, quàm secundùm jus nouum *in d. Auth. Vt cum de appellat.* testamentum est nullum, sicut è conuerso, quando filius in potestate

à pro-

à proximiore ascendente lineæ paternæ præteritur. Nam quo jure descendentes gaudent, vt instituantur ab ascendentibus, eodem gaudent ascendentes, vt instituantur à descendentibus, vt ex dictis constat. Et ita docent Rojas *in Epit. succes. cap.* 29. *num.* 18. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 36. & omnes. Si autem sit præteritus à filio emancipato, olim de jure antiquo valebat testamentum, dabatur autem ascendenti præterito bonorum possessio contra tabulas, *l.* 1. *& toto tit. ff. Si à parente quis fuerit manumissus*, & ibi Glos. Barthol. & cæteri scribentes: hodie tamen per d. jus nouũ, *in d. Auth. Vt cum de appellat.* testamentum est ipso jure nullum, & ipsi ascendenti præterito competit jus dicendi nullum, vt tradit Anton. Gom. *d. num.* 36. Constatque satis ex ijs, quæ *supra*, §. 1. *&* 2. à nobis dicta sunt circa testamentum, in quo filius emancipatus præteritus est à patre, vel alio ascendente: quidquid in contrarium doceat cum alijs Valasc. *consult.* 94. *num.* 1. Similiter, si mater (& idem est de quouis ascendente ejusdem lineæ) præterita sit à filio, testamentum de jure antiquo valebat, matri tamen cõpetebat querela inofficiosi, quia ejus præteritio pro exhæredatione habebatur, *l. Cum filium, Cod. de Inoffic. testam.* & ibi Glos. Barth. Bald. & cæteri communiter. Hodie autem per d. jus nouum testamentum est nullum, vt idem Ant. Gom. *loc. citat.* aduertit: nam testamentum, quo filius præteritus est à matre, ipso jure est nullum juxta idem jus nouum *in d. Auth. Vt cum de appellat.* vt cum multis DD. tradidimus §. 1. *hujus sect. numer.* 146. Constat autem ex *eod. Auth. cap.* 3. *in princip.* idem esse in testamento, quo mater à filio est præterita. Denique si pater vel mater, aliusue ascendens de jure instituendus, injuste exhæredetur in testamento filij: vel talis exhæredatio est facta, non seruatâ legitimâ formâ, de qua *supra*, §. 6. dictum est: & tunc etiam testamentum est nullum, juxta *d. Auth. Vt cum de appellat.* vel seruatâ formâ, & tunc si causa in ipsa exhæredatione inserta re-ipsâ nõ subsistit, aut ab hærede scripto nõ probetur, testamentum quidem valet, at parenti exhæredato competit querela inofficiosi ad illud annullandum, vt constat ex superioribus *loc. citat.* & tradit bene Anton. Gom. *d. num.* 36. Cæterùm siue ex causa præteritionis, siue exhæredationis injustæ, testamentum sit vitiosum, solùm redditur nullum quoad institutiones, quoad cætera verò capitula in eo contenta valet, & firmum manet, ut expressè decernitur *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Si autem hæc omnia.*

Dicitur tandem; *etiamsi aliàs per donationem, vel legatum, aliumue modum legitimam portionem eis dederint.* Constat hoc per text. expressum *in d. Auth. Vt cum de appellat. §. Aliud quoque, juncto, §. Sive igitur, vers. Iustum autem perspeximus, & §. Hæc autem dispositimus*, ibi; *Est nostræ Serenitatis intentio à parentibus, & liberis injuriam præteritionis, & exhæredationis auferre*; fulciturque optima ratione. Nam sicut parentes non possunt negare filijs honorem tituli institutionis, etiam attento jure antiquo Digestorum, *l. Inter cætera*, vbi Alex. & omnes, *ff. de Liber. & posthum.* multò minùs permitti debuit, vt eum honorem possent filij denegare parentibus, cùm filius magis teneatur parentes honorare: enimverò titulus institutionis honorabilis est, *l. Filium, ff. de Legat. præstan.* Et ita requisiti titulum institutionis erga parentes tenet Bald. *in l.* 1. *Cod. de Bonor. poss. contra tab.* Imola *in l.* 1. *§. Si ex fundo, num.* 58. *ff. de Hæred. instit.* Guil. Bened. *in cap. Raynutius, verb. In eod. testamento relinquens*, 1. *num.* 249. *vers. Sed contrariam*, Rojas plures referens *in Epit. succes. cap.* 29. *num.* 42. *& cap.* 31. *num.* 9. Valasc. *consult.* 61. *num.* 3. & cæteri communiter, contra Barth. *in Auth. Ex causa, num.* 24. *Cod. de Liber. præter.* 471

In aliquibus tamen casibus prædicta resolutio fallit. Primò fallit in filio nato ex matrimonio putatiuo contracto cum bona fide vnius tantùm parentis: qui quidem filius, licèt sit legitimus respectu vtriusque 471

vtriusque

vtriusque parentis, *cap. Ex tenore, cap. Cum inter, cap. Peruenit, Qui filij sint legitimi*, Costa *in cap. Si pater, 1. p. verb. Vxorem, num. 2. de Testam. in 6.* Sanch. *lib. 8. de Matrimon. disp. 34. numer. 46.* & communis sententia, & vt sic gaudeat pleno jure succedendi vtrique parenti, tam ex testamento, quàm ab intestato; attamen non tenetur instituere parentem, qui mala fide contraxit, neque talis parens ei succedit, nisi eo solo modo, quo parens spurius potest proli succedere; vtpote qui ineundo culpabiliter matrimonium, jus legitimi parentis adeptus non sit, ne ex suo delicto commodum reportet, contra tradita *in l. Siue hæreditaria, ff. de Negot. gest.* Et ita docet, relatis alijs Sanch. *loc. citat.* Vnde in hoc casu fallit regula supra tradita, quòd vt filij succedunt parentibus, ita parentes filijs. Cæterùm vtrumque parentem in casu proposito censeri legitimum, & vt talem filio succedere, satis probabile censet Sanch. *vbi sup.* & docent Rojas *Epit. succes. cap. 30. num. 38.* Auendaño *in l. 6. Tauri, tota Gloss. 1.* Guttier. *lib. 3. Pract. q. 74.* & Ceuallos *QQ. pract. q. 697. à numer. 16.*

Fallit secundò in filio clerico, juxta
473 probabilem opinionem, quam supra §. 5. *à num. 200.* tradidimus, asserentem, quòd quando testator est clericus habens ascendentes, vel descendentes legitimos, licèt eos in suo testamento prætereat, vel sine causa exhæredet, non potest tale testamentum dici nullum, nec rumpi per querelam inofficiosi: possunt tamen ipsi præteriti, vel exhæredati petere portionem legitimam sibi debitam, juxta *Auth. Presbyteros*, & ibi Glos. *verb. Ferant, Cod. de Episc. & cleric.*

Fallit tertiò, quando parens, vel ascen-
474 dens, qui instituí deberet, consensit se præteriri, vel exhæredari à filio, dando ei licentiam, vt liberè de suis bonis testetur, si modo eum consensum, vel licentiam præstet in ipso actu testandi, idest, quando filius testamentum condit: tunc enim validum, ac firmum euadit testamentum filij absque illius ascendentis institutione, vt *supra*, §. 5. *num. 225.* cum communi sententia, & multis relatis DD. tradidimus. Atque idem erit juxta probabilem sententiam ibidem traditam, si talis ascendens post conditum testamentum, in quo est præteritus, suæ præteritioni consentiat. Si autem dictum consensum, vel licentiam præstet ex interuallo ante testamentum conditum, opus tunc erit, vt juramentum adhibeat, se tali testamento non contrauenturum: alioqui erit inefficax ille consensus, & testamentum euadet irritum, juxta magis probabilem opinionem *d. num. 225. & seqq.* traditam. Ex quibus colligitur, si parentes habeant alios filios, licitè posse illis præjudicare, abdicando à se aliquo ex prædictis modis legitimam portionem, quam haberet ex bonis filij testandi facultatem habentis, vt etiam latè declaratum est, *d. §. 5. numer. 227.* vbi vide.

Fallit quartò in filio emancipato, qui 475
se alteri in arrogationem dedit, imò & in eo, qui cùm esset in potestate patris naturalis, datus est in adoptionem alicui ascendenti, in cujus potestatem transiuit. Nam si habeant bona, in quibus testari possint, idest, Castrensia, vel quasi Castrensia, & in eis testentur, durante arrogatione, vel adoptione, non tenentur instituere patrem naturalem, sed loco illius instituere debent adoptiuum, in cujus potestatem transierunt; prout infra, *§. seq. num. 495.* explicabimus. Et ratio est, quia per ipsam arrogationem, vel adoptionem transierunt in familiam patris adoptiui, & manent tanquam extranei respectu patris naturalis; itaut neque ab intestato, neque ex testamento ei succedant vt *sup. §. 5. num. 231.* traditum est. Ergo ipse etiam pater ab eorum successione remotus est, & consequenter non tenentur illum instituere, juxta receptissimam regulam, quòd vt liberi succedunt, vel non succedunt parentibus, ita pariter ipsi parentes liberis; qua de re vide infra *§. seq concl. 1.*

Vltimò fallit, quando parens ob ali-
476 quam culpam, seu causam de jure sufficientem, à filio exhæredari meretur. Tunc enim

enim filius testamentum condens non tenetur illum instituere, sed potest illum exhęredare, vt est notissimum, & habetur expressè *in d. Auth. Vt cum de appellat. cap.* 3. *in princip.* opus est autem, vt in ipso testamento exprimat causam, ob quam illum ab hæreditate excludit, seruetque reliquas conditiones ad legitimam exhæredationem requisitas, quas latè §. 6. explicuimus.

Quod verò attinet ad illam aliam quæs-
477 tionem in tit. propositam; quæ nimirum sint legitimæ causæ, ex quibus parentes possunt exhæredari à liberis? Dico breuiter, has causas esse, quæ decernuntur, *in d. Auth. Vt cum de appellat. cap.* 3. *post initium.* Prima earum est, si parentes ad interitum vitæ liberos suos tradiderint; idest (vt explicat Glos.) eos accusando de crimine, propter quod pœnâ mortis sint puniendi: quocirca legitimè poterit quis exhęredare ascendentem, à quo de tali crimine fuerit accusatus, vel denuntiatus, etiamsi crimen non probetur. Excipitur autem *in d. Auth.* nisi accusatio sit de crimine læsæ majestatis. Et idem erit de crimine hęresis, seu læsæ majestatis diuinæ, ut tenet Molina *tom.* 1. *de Iust. disput.* 176. *vers. Ex sequentibus*, & in simili agendo de causis, propter quas filius exhæredari potest à parentibus, dictum est, *sup. §.* 6. *num.* 258.

478 Secunda est, si venenis, aut maleficijs, aut alio modo parentes filiorum vitæ insidiari probentur. Quæ causa etiam est de jure Lusitano *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 89. §. 1.

Tertia est, si pater nurui suæ (idest
479 vxori filij,) aut concubinæ filij sui se immiscuerit. Quod etiam est de jure Lusit. *d. tit.* 89. §. 2. vbi additur exhæredari similiter posse matrem à filia, cum cujus marito, vel amasio, in cujus domo per aliquod tempus ipsa filia detenta esset, carnalem actum habuisset.

Quarta est, si parentes filios suos testa-
480 mentum condere prohibuerint, in rebus, in quibus habent testandi licentiam. Idem habetur in jure Lusitan. *vbi sup.* §. 3. intelligendumque est cum ea distinctione, qua id ipsum statuitur, quando filius ob ejusmodi causam potest exhæredari à parentibus. Quam distinctionem tradidimus §. 7. *hujus sect. num.* 266.

Quinta est, si pater propriæ vxori, vel 481
ipsa vxor marito, venenum præbuerit, vt eum interficiat, vel à mente alienet, aliouue modo vnus eorum alterius vitæ insidiatus fuerit. Nam tunc etiam possunt eorum liberi exhæredare parentem, qui tale crimen commiserit. Quod etiam statuitur in d. jure Lusit. §. 4.

Sexta est, si parentes curam filij, qui in 482
amentiam incidit, habere neglexerint. In quo casu idem seruari prœcipitur, quod in casu, quo filius similem habuerit negligentiam in curando parente, qui amens effectus est: & quid illud sit, tam de jure communi, quàm Lusitano, habes *supra in d.* §. 7. *num.* 294. *& seqq.*

Septima est, si filius, aut filia in capti- 483
uitate detineatur, & parentes eum redimere neglexerint. In quo casu ea omnia seruari jubentur, quæ in simili decernuntur, quando parens in captiuitate detinetur, & per negligentiam liberorum redemptus non est. Atque idem fermè decernitur in jure Lusitano *d. tit.* 89. §. 6. vbi etiam in præsenti causa seruari præcipitur, quod eodem jure decernitur pro casu, quo filius parentem captiuum redimere neglexit. Quæ omnia tradita sunt à nobis §. 7. *num.* 298. *& seq.* vbi vide.

Octaua est, si filius est Catholicus, pa- 484
rens verò hæreticus. Quod etiam decernitur in jure Lusitano *vbi sup.* §. 7.

Additur denique in jure Lusitano *d. tit.* 89. §. 8. omnes prædictas causas, ex quibus pater vel mater juxta idem jus Lusitan. potest exhæredari à filio, vel filia, locum etiam habere in auo, & auia, quæ simile maleficium commisisset aduersus nepotem, vel neptem. Et idem est de jure communi, juxta *d. Auth. Vt cum de appellat.* vbi omnes prædictæ causæ decernuntur pro liberis aduersus parentes: constat autem nomine, liberorum, non tantùm filios, sed etiam nepotes, & reliquos, etiam per fœmineum sexum descendentes comprehendi, *l. Cognoscere, §. Liberorum, ff. de Verb. signif.*

Cæ-

Cætera, quæ circa exhæredationem parentum, ejusque causas dici possent, colliges ex ijs, quæ pro exhæredatione liberorum dicta sunt §. 6. & 8.

§. 16. *Vtrum parentes illegitimi, vel legitimi, qui naturales non sunt, sint necessariò instituendi in testamentis liberorum? Et quid de consanguineis collateralibus testatoris?*

SUMMARIUM.

Filij legitimati, qui jus habent, vt in testamento parentum hæredes instituantur, pari necessitate, si descēdētibus careant, tenentur in suis testamentis ipsos parentes instituere; numer. 485. & seq.

Quemadmodum liberi succedunt parentibus, & alijs ascendentibus, etiam contra eorum testamentum, si in eo sint præteriti, vel injustè exhæredati: ita pariter ipsi parentes succedunt liberis; d. num. 485.

Filij naturales, non tenentur de jure communi instituere in suis testamentis patrem, nec alios ascendentes lineæ paternæ: secus verò matrem, & ascendentes ex parte matris, si ipsi prole successibili careant. De jure autem Lusitano etiam patres, & alios ascendentes paternos, si sint plebeij, instituere tenentur; num. 487.

Spurij non tenentur, nec possunt, in suo testamento instituere patrem, nec aliquid præter alimenta ei relinquere: possunt autem instituere auum, nisi prolem successibilem habeant. Matrem verò instituere tenentur, si non sit illustris, nec ex coitu punibili geniti sint, nisi prolem successibilem habeant; num. 488. cum seqq.

Filij adoptiui, qui transeunt in potestatem adoptantis (quales sunt arrogati, & qui dati sunt in adoptionem alicui ascendenti, in cujus potestate eorum pater non est) si habeant bona, in quibus testari possint, & in eis, durante adoptione, testentur, tenentur patrem adoptiuum instituere. Secus verò, qui in adoptantis potestatem non transeunt; num. 492. & seqq.

Nullum consanguineum transuersalem tenetur testator hæredem instituere; numer. 497.

Frater præteritus, vel absque legitima causa exhæredatus in testamento alterius fratris, potest agere querelâ inofficioſi aduersus tale testamentum ad hæreditatem sibi obtinendam, si defunctus in eo testamento personam turpem instituit; sub d. num. 494. Id vero intelligitur primò, nisi frater esset tantùm vterinus; neque id conceditur consobrino ob repræsentationem patris; num. 498. Secundò, nisi frater esset ingratus testatori. Et quomodo id sit intelligendum? num. 499. Tertiò, nisi persona turpis instituta jam esset emendata tempore mortis testatoris; num. 500. Quartò, nisi frater præteritus, vel exhæredatus, simili turpitudine laboraret; num. 501. Quintò, nisi persona turpis instituta, esset aliàs fratri defuncto ab intestato successura; num. 502. Sextò, nisi testator esset miles, vel clericus; num. 503.

Vtrum annullato fratris testamento per supradictam querelam, annullentur etiam legata, & fideicommissa in eo relicta? num. 504. & seq.

Vtrum per prædictam querelam rumpatur testamentum fratris in totum, vel solùm quoad legitimam? num. 506.

Vtrum, si frater sit institutus in legitima, adhuc possit rumpere testamentum fratris, si persona turpis in eo sit instituta? Et quanta bonorum pars sit hodie ea legitima? num. 507.

Vtrum testamentum fratris ruptum per prædictam querelam sustineatur in vim fideicommissi, si in eo apposita sit clausula Codicillaris? numer. 508. remissiuè.

PArentes illegitimos in triplici differentia hìc accipimus: primò pro ijs, qui liberos habent legitimatos, siue naturales, siue spurios: secundò, pro ijs, qui habent liberos naturales, non legitimatos: tertiò pro illis, qui habent liberos spurios, etiam non legitimatos: per parentes verò legitimos non naturales intelligimus adoptiuos. Ac de his omnibus præsens quæstio principalis procedit; quam breuissimè per aliquot conclusiones juxta doctrinam supra traditam expediemus, tandemque de consanguineis collateralibus testatoris dicemus.

485 Prima ergo conclusio sit. Liberi legitimati, qui juxta supra tradita §. 10. *num.* 333. *&* §. 11. *num.* 347. *&* §. 12. *num.* 354. jus habent, vt in testamentis parentum hæredes instituantur, pari necessitate vicissim tenentur in suis testamentis, si prole successibili careant, ipsos parentes instituere. Hæc conclusio constat per generalem regulam sæpius in superioribus inculcatam; quòd sicut liberi succedunt parentibus, & alijs ascendentibus, tam ex testamento, quàm ab intestato, & contra eorum testamentum; ita pariter ipsi parentes, & ascendentes succedunt liberis prole successibili carẽtibus. Quam regulam tradunt Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 11. *num.* 36. *& in l.* 9. *Tauri, num.* 45. & ibi Tello *num.* 24. *& l.* 6. *num.* 19. Couar. *Epit. in* 4. *Decretal.* 2. *p.* §. 8. *cap.* 5. *num.* 17. Perez *in l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *Ordin. verb. Mandas,* Mattienzo *lib.* 5. *Recopil. tit.* 3. *l.* 6. *Glos.* 4. *num.* 11. *& l.* 8. *Glos.* 1. *num.* 30. Rojas *Epit. Successsion. cap.* 30. *num.* 27. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 175. *vers. Quæ hactenus, cum duobus seqq. alijsque in locis* Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. disp.* 34. *num.* 46. *& tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 9. *num.* 18. *& seq.* Pichar. *in Rubr. ad Instit. de Adoption. num.* 22. & alij passim, inter quas Ias. *in Rubr. ff. de Acquir. possess. n.* 1. affirmat hanc regulam, tam affirmatiuè, quàm negatiuè esse veram, præterquam in casibus jure expressis, idque vt in successione seruetur æqualitas, *l. fin. C. Cõmunia vtri-usq; judic. l. Inter filios, Cod. Famil. ercisc.* quod etiam probatur argum. text. *in l.* 1. *& in l. Nam & si parentibus, ff. de Inoffic. test. & in Auth. Quib. mod. nat. effician. sui, c.* 5. §. *De nepotibus, & in* §. *Licet, Inst. Ad Tertul. & alijs juribus.* Bene autem aduertit Ant. Gom. *d. n.* 36. *fin.* non eodem prorsus modo ascendentes succedere descentibus, sicut econtra; sed vtrosque ad inuicem succedere secundùm suam qualitatem, atque adeo ascendentes, cùm non sint in potestate respectu descendentium solùm succedere sicut descendentes, qui in potestate non sunt, ipsis ascendentibus succedunt, & non aliter. Quæ distinctio in prædicta etiam cõclusione locum habet.

Confirmatur, & declaratur magis in particulari eadem conclusio; quia si liberi sint legitimati per subsequens matrimonium, perinde sunt legitimi, acsi constante jam matrimonio nati essent; cùm hæc legitimatio fiat virtute ipsius matrimonij, quasi jam esset contractum, quando illi sunt nati, vel concepti, vt constat ex dictis §. 10. *num.* 333. Et ideo quemadmodum parentes necessariò sunt instituendi in testamentis liberorum, qui constante jam matrimonio nati sunt, vt §. *præced.* dictum est, ita pariter instituí debent in testamentis taliter legitimatorũ, cùm eadem in eis sit ratio. Atque idem est in legitimatis per dispensationem in radice matrimonij: quia hi etiam perinde quoad omnia legitimi euadunt, acsi ex legitimo matrimonio essent procreati, vt ex communi sententia tradidimus §. 11. *n.* 347. Si autem sint legitimati per rescriptum Principis, hi etiam si verè, ac sine restrictione legitimati sint, & non tantùm dispensati, nihil à legitimis differunt, vt decernitur *in d. Auth. Quib. mod. natur. effician. legit.* §. *Sit igitur licentia, & in Auth. Quib. mod. nat. effician. sui,* §. *Sit igitur licentia.* Ergo his etiam succedũt patres, quibus legitimati sunt, sicut alijs filijs legitimis, & similiter in eorum etiam testamentis instituí debent. 486

Secunda conclusio. De jure cõmuni filij naturales nõ tenentur instituere in suis testa- 487

testamentis patrem naturalem, neque alios ascendentes per lineam paternam: secus verò matrem, & ascendentes ex parte matris. Vtraque hujus conclusionis pars constat facilè ex dictis §. 13. *concl.* 1. 2. & 3. vbi cum communi ostendimus patrem, & alios ascendentes per viam paternam non teneri de jure communi instituere filios, vel nepotes naturales, neque aliquid eis relinquere, præter alimenta; matrem verò, & ascendentes ex parte matris teneri instituere. Ex qua resolutione juxta regulam supra traditam *num.* 485. planè deducitur, quòd etiam econtra filij naturales non tenentur patrem, & ascendentes paternos instituere: secus verò matrem, & ascendentes maternos, vt parem deuotionem erga illos seruent, juxta *Auth. Quib. mod. nat. effician. sui, §. De nepotibus, & Auth. Licet, Cod. de Natural. lib.* Et hęc est communis DD. sententia, dum vniuersim asserunt, teste Molin. *tom.* 1. *disp.* 166. *conclus.* 8. quod de jure communi, in qua portione, & quomodo filij naturales, & nepotes succedunt matribus, & alijs ascendentibus maternis; in eadem matres, & dicti ascendentes illis succedunt. Quod intellige, nisi ipsi descendentes prolem successibilem habeant; cùm hæc quoslibet ascendentes excludat, *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* De jure autem Lusitano, etiam patres & alios ascendentes paternos, si sint plebeij, tenentur liberi naturales instituere, quia ipsi patres, & ascendentes plebeij de jure hujus Regni *lib.* 4. *Ord. tit.* 92. *in princ.* naturales liberos instituere tenẽtur in suis testamentis, vt tradidimus, & latè declarauimus *d.* §. 13. *à n.* 407.

488 Tertia conclusio. Spurij non tenentur, nec possunt in suo testamento instituere patrem, nec aliquid ei relinquere; possunt autem instituere auum, nisi habeant prolem legitimam, seu successibilem: matrem verò instituere tenentur, si non sit illustris, neque ex coitu damnato, & punibili geniti sint. Quòd non teneantur instituere patrem, certissimum est; quia respectu patris omnino reputantur extranei, adeo vt ne naturales quidem respectu illius nominentur, §. *vlt. Auth. Quib. mod. nat. effician. sui.* Vnde etiam constat, nó teneri aliquid ei relinquere. Quod tamen intelligendum est, exceptis alimentis, si pater aliunde non habeat, vnde sustentetur: nam quemadmodum pater de jure Canonico potest, & debet filio spurio prouidere de alimentis, vt cum cõmuni tradidimus *sect.* 1. *hujus disput.* §. 4. *quæst.* 1. ita pariter ipse indigenti patri succurrere tenetur, vt par pietas inter illos seruetur.

Deinde, quòd nec possint patrem instituere, nec aliquid præter alimenta, ei relinquere, satis ex eo constat, quia pater omnino prohibetur hæreditatem, aliquidue aliud præter alimenta ipsi relinquere, vel donare, vt latè probatum, & declaratum est, *d. sect.* 1. §. 2 *num* 35 *& seqq.* Vnde juxta regulam supra traditam *num.* 485. rectè deducitur, eos similiter prohiberi respectu patris; nam regula illa, non solùm est vera affirmatiuè, (id est, vt quemadmodum liberi possunt capere à parentibus, ita parentes à liberis) sed etiam negatiuè, (id est, vt si liberi à parentibus capere non possunt, etiam econtra parentes non possint ab illis capere.) Sic enim eam intellexit Ias. quem citat, & sequitur Rojas *Epit. Succes. cap.* 30 *num.* 27. vbi ex illa probat, quod sicut spurij non succedunt in bonis patris, ita neque pater in bonis illorum; pro qua resolutione plurimos DD refert; credo tamen non esse improbabile dictam regulam in præsenti fallere, facilèque sustineri posse, quòd spurij prole successibili carẽtes patrem instituere possint. Moueor ex doctrina ejusdem Rojas *d. Epit. Succes. cap.* 31. *n.* 37. vbi cum Pet. Rubio tenet, quòd licèt filius illegitimus non possit obtinere beneficiũ patris absque dispensatione, *cap. Præsertim, cap. Ex transmissa, c. Michael, de Filijs præsbyt.* tamen pater absq; dispensatione beneficium filij habere potest; cùm id non reperiatur expressè prohibitũ; & cũ materia sit odiosa extendi non debeat. Quæ ratio etiam in nostro casu militat; quia nullo jure cautum inuenio ne spurius patri possit relinquere.

489

490 Quòd verò possint instituere auum paternum, si prole carent legitima, citra dubium est, ex prædicta regula mutuæ successionis inter ascendentes, & descendentes. Nam, vt *sect. 1. hujus disp. §. 3. num. 51. & seqq.* ex communi omnium sententia tradidimus, auus paternus carens prole successibili spurium nepotem instituere potest. Et ita in vniuersum docent bene Molina *disp. 167. conclus. 2. ad finem, & conclus. 11. & 12. vers. In regno Castellæ* Ducñas, Peregr. Sanch Emman. Barbosa, & multi alij à nobis relati, *d. §. 3. num 64.* Quòd vt spurius potest, aut non potest succedere aliquibus personis; ita vicissim personæ illæ possunt, aut non possunt ipsi spurio succedere.

491 Quod denique teneantur instituere matrem, si non sit illustris, neque ipsi ex coitu damnato, & punibili geniti sint, constat similiter per dictam regulam mutuæ successionis; quia tales spurij successibiles sunt respectu matris non illustris, vt sumitur ex *l. Si suspecta, §. 1. ff. de Inoffic. testam.* ibi; *De inofficioso testamento matris spurij quoque dicere possunt:* quod intelligitur, si mater non sit illustris, vt per *l. Si qua illustris, Cod. Ad Orfic.* & nisi coitus sit punibilis, vt ibidem exponit Glos. Quam sententiam latè, & multis relatis DD. explicuimus, multisque exemplis illustrauimus *dicta sect. 1. §. 2. num. 39. & seqq.* tam spectato jure communi, quàm Lusitano. Intelligitur etiam, nisi ipsi prolem successibilem habeant, vt per supra dicta.

492 Quarta conclusio. Filij adoptiui, qui in adoptantis potestatem transeunt (idest arrogati, & qui dati sunt in adoptionem alicui ascendenti, in cujus potestate eorum pater non est, vt probatum est *supra, §. 14. num. 430.*) si habeant bona, in quibus testandi habeant facultatem (idest Castrensia, vel quasi Castrensia) & in eis durante adoptione testentur, instituere tenentur patrem adoptiuum, sicut filij naturales in potestate, patrem naturalem: secus verò filij adoptiui, qui in adoptantis potestatem non transeunt. Hæc vltima conclusionis pars omni prorsus caret difficultate: nam adoptati, qui non transeunt in potestatem adoptantis, sunt filijfamilias, qui sub patris naturalis potestate manent; & nihil per eorum adoptionem in patrem adoptiuum transit, neque vlla jura patris naturalis soluuntur, *§. Sed hodie, Instit. de Adoption. l. Cum in adoptiuis in princip. Cod. eodem tit.* Ergo quanuis talis filius habeat bona in quibus testari possit, & in eis testetur, nullum jus habet pater adoptiuus, vt ab eo instituatur, aliquidue sibi relinquatur, sed totum jus ei succedendi, etiam ab intestato, spectat ad ejus parentes naturales, vel alios hæredes, perinde acsi adoptatus non esset.

Prior verò pars maiori explicatione 493
indiget, vt probè intelligatur, & probetur. Et in primis distinguendum est inter arrogatum puberem, & impuberem. Nam si sit impubes, nullo in casu testari potest, etiamsi habeat bona Castrensia; quia impubes est prorsus inhabilis ad testandum, ob ætatis defectum, *l. Quia ætate, ff. de Testam. §. Præterea, Instit. Quibus non est permiß. facere testament.* & sic locum in eo non habet præfata conclusio, cùm nemo possit, aut debeat hæres institui, nisi ab eo qui testamenti habet factionem. Accedit, quòd impuberi arrogato, neque ab intestato succedit arrogator, nisi cum obligatione restituendi omnia ejus bona ijs personis, quæ illi ab intestato succederent, si arrogatus non esset, vt constat ex *§. Cum autem, Instit. de Adoption.* & declarat bene Pichar. *in §. Mortuo, num. 34. Instit. de Acquisit. per arrogationem.*

Si autem arrogatus sit pubes, tunc etiam, cùm sit sub potestate patris adoptiui, ejusque juri subjectus, testabilis non est, nisi de bonis Castrensibus, aut quasi Castrensibus, si ea habeat; *Instit. Quibus non est permißum facere testam. in princ.* & sic in hoc etiam casu si bona illa non habeat, vel in eis non testetur, locum in eo non habet prædicta conclusio, sed ei absque liberis decedenti, non dissolutâ priùs arrogatione, succedit ab intes- 494

tato

tato pater adoptiuus, vnà cum fratribus, & sororibus vtrinque ipsi defuncto conjunctis, vt tenet Acurs. *in d. §. Mortuo, verb. Aliæ personæ*, argum. text. *in Auth. de Hæredib. ab intest. §. Consequens, & Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.* vbi ad successionem ab intestato filij naturalis, & legitimi absque liberis decedentis, fratres & sorores illius ei vtrinque conjuncti simul cum ejus parentibus vocantur. Quod argumentum mihi videtur optimum, cùm arrogatio ad imitationem naturalis generationis inducta sit, & arrogator locum, & jura patris naturalis obtineat. Non desunt autem, qui aliter sentiant, vt videre est apud Pichar. *in d. §. Mortuo, num.* 21. sed in hac re non contendo; quemadmodum nec in ea quæstione, quam Pichar. ibidem agitat, vtrùm arrogator in casu proposito matrem arrogati excludat, vel simul cum ea concurrat? Cum hæ controuersiæ spectent ad successionem ab intestato, de qua hìc non agimus.

495 Si verò dictus pubes arrogatus habeat bona Castrensia, & in eis durante adoptione testetur, (qui est proprius casus traditæ conclusionis) tunc si liberos non habeat, dicimus, debere instituere patrem adoptiuum in portione legitima, quemadmodum filius naturalis in potestate instituere tenetur patrem naturalem. Fundamentum est, quia respectu arrogati habet pater adoptiuus locum & jura, quæ pater naturalis habet respectu filij in potestate, vt constat ex dictis, & bene probat Pichar. *in dict. §. Mortuo, num.* 5. *Instit. de Acquisit. per arrogat.* Filius autem in potestate patris naturalis, si habeat bona in quibus testandi facultate potiatur (ideſt Castrensia, vel quasi Castrensia) & in eis testetur, tenetur de jure patrem naturalem instituere in portione legitima, & si eum prætereat, vel injustè exhæredet, potest pater testamentum impugnare, vt expressè habetur *in Authent. Vt cum de appellat. cap.* 3. *in princip.* ergo similiter dicendum in patre adoptiuo respectu arrogati. Confirmatur, quia arrogator testamentum condens tenetur instituere arrogatum, nisi ex justa causa illum exhæredet, vt latè probauimus §. 14. *numer.* 448. Ergo etiam econtra, arrogatus testamentum faciens debet similiter instituere arrogatorem, juxta regulam supra traditam *numer.* 489. Quod intelligendum est, nisi arrogatus prolem successibilem habeat; cùm hæc etiam parentibus naturalibus in liberorum successione præferatur, *Auth. Defuncto, Cod. Ad Tertul.*

Denique quæ hìc dicta sunt de arro- 496
gatis respectu arrogatoris, pari modo procedunt in adoptatis respectu adoptantis, in cujus potestatem transeunt. Nam jura, quæ de illis sunt, in his etiam seruantur, §. *Sed ea omnia, Instit. de Hæreditat. quæ ab intestat. defer.*

Vltima conclusio. Nullum transuer- 497
salem consanguineum etiam conjunctissimum tenetur testator hæredem instituere. Est conclusio certa, & apud omnes recepta; quia nullo jure cauetur, vt quis vllum consanguineum, præter descendentes, vel ascendentes, instituere teneatur. In vno tamen casu conceditur fratri præterito, vel exhæredato absque legitima causa, vt possit per querelam inofficiosi agere ad rescindendum testamentum fratris, & obtinendam hæreditatem alteri relictam: quando scilicet frater defunctus sibi hæredem instituit personam infamem, aut turpem: sic habetur *in l. Fratres, C. de Inof. test. & Instit. eod. tit. in princ. & Ord. Lusit. lib.* 4. *tit.* 90. §. 1. vbi persona turpis ad hūc effectū dicitur, quæ de jure, vel de facto est infamis, vt si institutus inter probos viros reputaretur vilis, & malè moratus, eoquod esset ebriosus, vel ludo, similiuè turpitudini deditus. Quæ autem similis turpitudo cēsēda sit, arbitrio prudētis judicis relinquitur. Et videri circa hoc possūt Emman. Barb. *in Remiss. ad cit. loc. Ord.* Ant. Gom. *tom.* 1. *Var. c.* 11. *n.* 38. Menchac. *lib.* 1. *de Success. creat. §.* 10. *n.* 608. & Cald. Pereir. *in Coment. ad Instit. de Inoffic. testam. §. Soror, à n.* 42. vbi latè per plura exempla declarant, quæ personæ ad dictum effectum sint turpes.

Intellige verò hunc casum primò,
498 quando frater præteritus, vel exhæredatus, esset vtrinque, vel saltem ex parte patris, defuncto conjunctus; non verò si solùm sit vterinus, idest, conjunctus ex parte matris, *d. l. Fratres, Cod. de Inoffic. testam.* Utrum autem idem jus concedatur consobrino defuncti ob repręlentationem patris? Negant meritò Anton. Gom. *d. cap.* 11. *num.* 37. *limit.* 2. Menchaca *de Succeff. creat. lib.* 1. §. 10. *num.* 597. & Molin. *tom.* 1 *de Iust. disp.* 159. *fine*, quia nullis collateralibus præteritis, sed solis fratribus illa actio conceditur; neque repræsentatio datur in successione ex testamento, vel contra testamentum, vt cum communi tradit Menchaca *loc. citat.*

499 Intellige secundò, quando dictus frater non esset ingratus testatori, ob aliquâ ex tribus causis alsignatis in *Auth. De nuptijs*, §. *Ingratitudinem*; quòd scilicet machinatus fuerit illius mortem, aut illum criminaliter accusauerit, aut jacturam in bonis ei inferre conatus fuerit. Ingratus enim ex qualibet harum causarum à successione fratris excluditur, etiamsi persona turpis ab illo fuerit instituta: Glos. *in d.* §. *Ingratitudinem, verb. Lucrum*, & communis DD. quam refert, & sequitur Anton. Gom. *vbi sup. limit.* 3. Idemque statuitur in jure Lusitano *d. tit.* 90. §. *vltim.* vbi alia causa additur, nempe, si talis frater cum vxore testatoris rem habuit. Neq; ad fratrem excludendum ob aliquam ex dictis causis necessarium est, vt causa exprimatur in testamento, sed satis est quòd postea probetur, vt colligitur ex *ex d.* §. *Ingratitudinem*, & docet cum Barthol. Bald. Paul. Castr. & multis alijs Anton. Gom. *loc. citat. limit.* 4. estque penè expressum in jure Lusit. *d.* §. *vltim.* ibi; *Se se contra elle prouar.* Et ita etiam docet Emman. Barbos. *in Remiss. ad eum locum.*

Intellige tertiò, quando persona tur-
500 pis instituta, non esset jam emendata; si enim jam sit redacta in meliorem frugem tempore mortis testatoris, non habet locum dicta querela fratribus præteritis concessa; cùm defunctus dignum reliquerit hæredem. Et ita relatis alijs docent Menchaca *d.* §. 10. *num.* 600. & Cald. Pereir. *Comment. in tit. Instit. de Inoffic. testam.* §. *Soror, num.* 38. & consentiunt alij, quos citat, & sequitur Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib.* 4. *tit.* 90. §. 1. *num.* 4.

Intellige quartò, quando frater præte- 501
ritus, vel exhæredatus simili turpitudine non laborat. Nam si fuerit tam vilis, turpis, aut infamis vt hæres institutus, impugnare testamentum non poterit, vt expressè habetur in d. jure Lusitan. §. 1. & bene de jure communi probat cum Barthol. Bald. Ias. Fulgos. & alijs Cald. Per. *in d.* §. *Soror, num.* 30. & Menchac. *d.* §. 10. *num.* 603. Nam quo quis laborat vitio, alteri objicere non potest, neque turpitudinem in se admissam in altero punire debet, *l. In arenam, Cod. de Inoffic. testament.* Idem tradit Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 15. *per l.* 45. *ff. Solut. Matrimon.*

Intellige quintò, quando turpis perso- 502
na instituta, non esset aliàs fratri defuncto ab intestato successura. Ita relatis multis antiquioribus Anton. Gom *d. cap.* 11. *num.* 37. *fine*, Menoch. *d.* §. 10. *numer.* 604. & Cald. Pereir. *in d.* § *Soror, num.* 33. Et ratio est, quia turpitudo non excludit cognatos succedentes ab intestato, *l. Cognatis, ff. Vnde cognati, d. l. In arenam, Cod. de Inoffic. testam.* Ergo multò minùs debet excludere ex testamento, cùm præter approbationem legis, ex qua admittuntur ad hæreditatem ab intestato, habeant expressam voluntatem ipsius testatoris, qui eos hæredes instituit. 503

Intellige sextò, nisi testator esset miles, vel clericus; cùm eorum testamenta non subjaceant querelæ, etiamsi descendentes, vel ascendentes prætereant, juxta probabiliorem sententiam, quam supra, re plenè discussa, tradidimus §. 5. *à princip.* consentiunt Menchaca *d.* §. 10. *num.* 606. & Cald. *supra, num.* 39. quando miles, vel clericus testaretur de Castrensibus, aut quasi Castrensibus: credo autem idem esse, quando de alijs bonis testamen-

mentum conderent.

504 Præterea, circa prædictum casum inquires primò. Vtrum rescisso per dictam querelam fratris testamento, annullentur etiam legata, & fideicommissa in eo relicta? Affirmat communis sententia, quam multis citatis DD. refert, & sequitur Menchaca *lib. 1. de Succeß. creat. §. 10. num. 508. & seqq.* Eo fundamento, quia licèt hodie ex causa præteritionis, vel exhæredationis injustæ solùm quoad institutiones testamenta infirmentur, vt dicitur *in Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* id fuit introductum contra jus antiquum pro solis testamentis, in quibus descendentes, vel ascendentes injustè fuissent præteriti, vel exhæredati, vt constat ex *Auth. Vt cum de appellat.* ex quo *d. Auth. Ex causa,* desumpta est. Vnde cùm juris correctio sit odiosa, non debet id extendi ad casum, quo testamentum rescinditur ex causa præteritionis, vel exhæredationis fratris, sed seruandum est jus antiquum, quo talia testamenta, etiam quoad legata, & fideicommissa infirmantur.

Nihilominus contraria sententia videtur verior, pro qua multos etiam DD. adducit Menchaca *supra, num. 582.* & Tiraquel. eam sequens *in l. Si vnquam, verb. Libertis, num. 37. Cod. de Reuoc. donat.* Nam si rescisso testamento ex causa præteritionis, vel exhæredationis parentum, qui omnino debebant instituì, legata, & fideicommissa conseruantur aduersus ipsos parentes, multò magis conseruari debent aduersus fratrem, quæ relicta sunt in testamento rescisso ob personam turpem, fratre præterito, institutam; cùm nullo jure ipsi fratri debitum sit, quòd instituatur, sed tantùm quòd eo omisso non instituatur persona turpis: quod quidem debitum non est adeo rigorosum, sicut quo descendentes, & ascendentes instituì debent. Neque obstat argumentum Aduersariorum: quia casus omissus, vbi est eadem, vel maior ratio, censetur comprehensus sub expresso, argum. *l. His solis, Cod. de Reuocan. donat.* præsertim quando vsus casûs expressi est valde frequens, omissi verò rarus, vt in præsenti: nam tunc censetur poni expressus gratiâ frequentioris vsus, & omissus habetur pro expresso, juxta receptas juris regulas. Et sic in præsenti non datur extensio, sed comprehensio casus omissi sub expresso, cui comprehensioni nihil obstat juris correctio, quam Aduersarij considerant.

Inquires secundò, vtrum dictus frater præteritus, vel exhæredatus rumpat testamentum in totum, vel solùm quoad legitimam? 506 Rumpere in totum, docent Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 11. numer. 37. limit. 5.* Menchaca, *d. §. 10. numer. 586.* & alij, quos referunt. Fundantur *in l. Pantonius, ff. Si à parente quis manumiss. sit,* vbi pater præteritus à filio emancipato, licèt solùm rumpat testamentum in partem, si sit instituta persona honesta; at rumpit in totum, si est instituta persona turpis. Hoc tamen argumentum mihi potiùs contrarium probat. Nam pater præteritus, instituta persona turpi, duplicem recipit injuriam: alteram, eo quod sit præteritus, cùm absolutè deberet instituì: alteram, quòd turpis persona ei prælata sit; at verò fratri vna tantùm fit injuria, quòd scilicet persona turpis ei præferatur, quia non habet absolutè jus, vt instituatur, sed solùm, vt eo præterito non instituatur persona turpis. Vnde sicut pater, quando vnam tantùm recipit injuriam, solùm pro parte rumpit testamentum: ita etiam frater solùm pro parte rumpere poterit. Quando autem simul cum persona turpi instituta esset alia honesta, tunc sine controuersia solùm pro parte turpis personæ poterit frater testamentum rumpere, vt cum Barthol. Bald. & alijs *in d. l. Fratres,* notat Ant. Gom. *vbi supra, limit. 1. argum. l. Cum duobus, Cod. de Inoffic. & in l. Circa, ff. eod. tit.* At si illa persona turpis repudiet, accrescet illius pars alteri instituto, & frater præteritus omnino excludetur, vt ijdem DD. notant.

Inquires tertiò, vtrum si frater sit institutus in legitima, (quæ olim erat quarta pars bonorum, nec hodie videtur aucta ad trientem, vt sentit Gom. *sup. limit. 6.* 507

licet contradicat Menchaca *d. §. 10. sub num. 582.*) aliquatè parte illius, adhuc nihilominus posit testamentum rumpere, eoquod persona turpis in eo etiam instituta sit? Affirmat Anton. Gom. *loc. citat.* cum Gulliel. de Cunio, & Paul. de Castr. At contrarium merito docent, relatis alijs, Menchaca *d. §. 10. numer. 589.* dicens esse magis communem DD. licèt eam non firmet, Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordinat. Reg. lib. 4. tit. 90. §. 1. num. 3.* & Stephan. Gratian. *Discept. forens. cap. 135. num. 23.* quia non debet frater esse melioris conditionis, quàm liberi, & parentes; qui si in aliqua parte bonorum instituti sint, testamentum non rumpunt, sed si ea pars sit minor, quàm legitima, solùm agunt ad supplementum, & querelam mouere non possunt, *l. Omnimodo, Cod. de Inoffic. testam. Auth. Vt cum de appellat. §. Hæc autem disposuimus.*

508 Inquires quartò, vtrùm testamentum ruptum à fratre ob personam turpem in eo institutam, sustineatur in vim fideicõmissi, si in eo sit apposita clausula Codicillaris? Huic quæstioni plenè satisfactum est *sup. disp. 2. sect. 10. §. 14. num. 605. & multis seqq.*

Plura circa prædictum casum congerit Menchaca *d. §. 10. à num. 552.* sed quia non sunt magni momenti, & ne in casu raro contingenti infinitus sim, satius duco ea omittere, cùm facilè apud illum videri possint.

§. 17. *Vtrum in testamento liberti oporteat institui ejus patronum?*

SUMMARIUM.

QVis dicatur patronus liberti, & quam ob causam? num. 509.

Libertus liberis carens, & plusquam centum aureos in bonis habens, si testamentum condat, tenetur instituere patronum in tertia parte bonorũ; & si illum prætereat, competit patrono bonorum possessio contra tabulas ad illam tertiam consequendam: secus verò si liberos habeat, vel tota ejus substantia centum aureos non excedat; numer. 510.

Patronus non rumpit in totum testamentum liberti ex d. causa præteritionis, sed solùm quoad tertiam sibi pro legitima debitam; num. 511.

AD complementum præsentis disputationis, hæc vna superest quæstio pro cujus resolutione notandũ, liberti patronum dici, tum eum qui liberaliter, idest, absque pretio, & recompensatione libertatem illi concessit, etiamsi aliquod grauamen imposuerit: tum etiam eum qui in ipso jure patronatus illi primo concedenti, successit. Quare si vir, & vxor communem seruum manumiserint, ambo sunt patroni respectu illius manumissi, & per eorum mortem transit jus talis patronatus ad eorum liberos: poterunt autem ipsum libertum assignare vni liberorum, quos in potestate habuerint, vt is solus post ipsorum parentum mortẽ patronus habeatur, *Instit. de Assignat. libert.* Molina *tom. 1. de Iust. disp. 160. fine*, & omnes. 509

His præmissis, ad propositam quæstionem dico breuiter. Si libertus liberis careat, vel eos exhæredauerit, & plusquam centum aureos in bonis habens testamentum faciat, tenetur instituere patronum in tertia parte bonorum; & si illum prætereat, competit ipsi patrono bonorum possessio contra tabulas ad illam tertiam consequendam: secus verò si liberos habeat, vel tota ejus substantia centum aureos non excedat. Ita correctis antiquioribus juribus expressè decernitur, *§. Sed nostra Constitutio, Instit. de Successione libertorum.* Quomodo autem intelligendi, seu computandi sint illi centum aurei? Explicat Molina *d. disp. 160. vers. Obserua*, aureum hoc loco non esse, vt accipitur in Castella, vbi vnus aureus 510

reus continet vnd ecim regales argenteos; neque vt in Lusitania, vbi continet quadringentos regales æreos; sed esse valoris quatuordecim regalium, & nouem marauedinorum. Probat ex traditis per Couar. *Opusc. de Monetis, cap.* 3. §. 1. & 2. *num.* 6. fides sit penes authorem. Ego dicerem standum esse consuetudini locorum.

511 Illud præterea notandum, licèt patronus præteritus posit in dicto casu venire contra testamentum per contta tabulas; attamen non rescindere illud in totum, sed solùm quoad legitimam, seu tertiam illi debitam, vt colligitur ex *d.* §. *Sed nostra*, ibi; *Ex nostra Constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, tertiam bonorum liberti consequetur*; & probat etiam text. *in l.* 1. *Cod. de Bonor. possess. contra tab. liber. & in l. In seruitutem,* §. *fin. & in l. Si ex patronis, in princip. & in l. Si libertus cum duos, & in l. Si libertus sub conditione,* §. *Si libertus, ff. de Bon. libert.* Quæ jura in hanc sententiam allegat eam probans Valasc. *consult.* 94. *num.* 11. Qua ratione autem patronus, & alij succedant liberto ab intestato, vide *in eod.* §. *Sed nostra*, vbi DD. de qua re etiam Molina *d. disp.* 160. Et hæc satis pro materia hujus disput.

DISPUTATIO VI.

De reuocatione testamenti.

HActenus dicta spectant ad confectionem testamenti, quibus seruatis, uim habet nisi postea infirmetur, seu reuocetur. Dicendum igitur nunc est de illius reuocatione, quæ duobus modis contingit: vno ex voluntate testatoris, altero ex dispositione juris, propter aliquod vitium, vel factum postea eueniens, ratione cujus propriè dicitur testamentum infirmari: & vterq; hic modus ad præsentem disputationem pertinet; præcipuè tamen agendum est de primo, nam de secundo multa in superioribus jam dicta sunt, vbi occasio postulabat. Primò igitur, quoad priorem modum, dicemus de facultate, quam testator habet ad testamentum reuocandum. Secundò, quibus modis hac facultate vti posit? Tertiò, vtrùm aliqua ratione eam facultatem sibi adimere, vel impedire posit? Et tandem, quæ ad secundum modum pertinent, quambreuissimè expediemus, vel perstringemus.

SECTIO I.

De facultate, quam testator habet ad reuocandum testamentum.

SUMMARIUM.

TEstamentum, & quælibet vltima voluntas est reuocabilis ex voluntate testatoris, quamdiu ille vixerit; nec nisi per ejus mortem confirmatur; num. 1.

Neque promissione, neque alio pacto, potest quis se obligare ad non reuocandũ, vel mutandum testamentum. Et omnis promissio, vel pactũ tollens, aut minuens libertatem testandi, est ipso jure nullum; num. 2.

Testamentum non potest reuocari nuda, & simplici voluntate, sed necessarium est, vt præter voluntatem accedat aliquid aliud sequenti sect. explicandum; num. 3. *Et vtrùm id procedat etiam pro foro interno? num* 4.

Cer-

1 CErtissimum est, testamentum & quamlibet vltimam voluntatem reuocabilem esse ex voluntate testatoris, quoad ille vixerit, nec nisi per ejus mortem confirmari. Est enim testantis voluntas deambulatoria vsque ad vltimũ vitæ ejus spiritum, *l. 3. aliàs, 4. §. vltim. ff. de Adim. legat. l. Cum hic status, 33. in princip. vers. Pœnitentiam, ff. de Donat. inter vir. & vxor.* & sic semper est quodammodo in fieri, atque adeo dependens ab ipso testatore, vt possit eam mutare & reuocare, quandiu in viuis fuerit, neque vllam vim habeat, donec per illius mortem efficiatur vltima, vltra quã alia contraria non datur, *l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. l. 3. Cod. de Codicil. l. Si quis Imperatorem, 6. Cod. Qui testam. facere pos. l. Omnium, 19. vers. Voluntates etenim, Cod. de Testam. cap. Cum Marthæ, in princip. vers. Nouissimum,* (vbi testimonio Apostoli Pauli id confirmatur) *de Celebrat. missar. cum concordantib.*

2 Quod adeo est verum, vt neque promissione, neque alio pacto possit quis se obligare ad non reuocandum, vel mutandum testamentum: nemo enim in hac materia sibi potest legem imponere, à qua recedere non possit, *l. Si quis in princip. 22. ff. de Legat. 3.* & omnis promissio, vel pactum testandi libertatem tollens, aut minuens, est ipso jure nullum, *l. Si fratres, 53. §. Idem respondit societatem, ff. Pro socio,* ibi; *Nec libertatem de supremis judicijs constringere quis poterit; l. Stipulatio hoc modo, 61. ff. de Verb. obligat.* ibi; *Stipulatio hoc modo concepta, si hæredem me non feceris, tantùm dare spondes? Inutilis est, quia contra bonos mores est hæc stipulatio; l. 3. ff. de Testament.* ibi; *Testamenti factio non priuati, sed publici juris est, ideoque forma ejus priuatorum pactis non læditur; l. Pactum quod dotali, 15. Cod. de Pact.* ibi; *Neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Facit *l. Pacta, 6. Cod. eod.* ibi; *Pacta quæ contra leges, cõstitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.* Et ita promissionem non reuocandi, vel non mutandi testamentum esse prorsus irritam, & nullam, docent non solùm Iuristæ sed etiam Theologi; Molina *tom. 1. de Iust. disp. 151. vers. Ad primum argumentum,* Rebellus *de Obligat. just. p. 2. lib. 1. q. 9.* Suar. *tom. 2. de Religione tract. de Iuramento, lib. 2. cap. 29. numer. 21. & 23.* & cæteri communiter.

Si quæras, vtrùm saltem valeat pœna, quam testator promittens se non reuocaturum testamentum sibi imponeret, si illud reuocaret, vt si dixit; *Si contingat me reuocare hoc testamentum, ex nunc dono talia bona inter viuos hæredi scripto?* Respondetur negatiuè, quia etiam per hujusmodi pactum minuitur libertas testamenti, & inducitur stipulatio contra bonos mores, vt constat ex *d. l. Stipulatio hoc modo,* & alijs juribus citatis. Et ita relatis multis docet Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 18. numer. 2.* Aliqui hoc limitant, vt non procedat quando pœna adjiceretur reuocationi alicujus legati, vel in fauorem causæ piæ. At verius esse, neque tunc valere appositionem pœnæ, etiam fauore causæ piæ, docet cũ alijs idem Sanch. *num. 3.*

3 Cæterùm, quanuis semper integrum sit testatori testamentum reuocare, tamen de jure id efficere nequit, nuda & simplici voluntate, vt dicendo se nolle, vt testamentum valeat, *§. Ex eo autem sole, Instit. Quib. mod. testam infirm.* Sed vltra voluntatem necesse est, vt aliquid aliud de jure requisitum interueniat; quod, quid sit, *sect. seq.* explicabitur. Ratio verò est, quia actus legitimi, quale est testamentum, non euertuntur, nisi iisdem modis, quibus gesti sunt, *l. Nihil tam naturale, 35. ff. de Regul. jur.* testamentum autem nuda voluntate non fit, sed justâ, legitimâ, & solemni, vt constat ex ejus definitione, & ex dictis tota ferme *disp. 2.*

4 Vtrum id procedat, non solùm in foro externo, sed etiam in interno; ita vt hæres scriptus licitè possit adire, & obtinere hære-

hæreditatem ex testamento dicta nuda voluntate reuocato? Respondetur affirmatiuè, juxta sententiam, quam tradidimus, & magis probauimus *disp. 2. sect. 2.* asserentem testamentum factum nuda voluntate, (ideſt, absque solemnitatibus jure Ciuili requisitis) esse nullum tam in foro externo, quàm interno; ita vt in nullo foro liceat hęredi scripto ex tali testamento hæreditatem habere. Eâdem quippe ratione, & necesitate, qua jus Ciuile voluit, vt testamentum non posset nuda voluntate fieri, voluit etiam, vt semel legitimè factum non posset nuda voluntate reuocari: nec dubium quin parem ad vtrumque potestatem habeat. Ergo si vnum tam pro externo, quàm interno foro constitutum est, etiam alterum. Unde econtra, stando in sententia asserente, valere in foro conscientiæ testamentum non solemne, & nuda voluntate factum, quam etiam *d. sect. 2.* tradidimus, & probabilem judicauimus, tenendum consequenter est, nudam etiam voluntatem sufficere ad testamentum pro eo foro reuocandum. Et ita in specie docet Molina *tom. 1. de Iust. disp. 153. vers. Interuentib.* vbi incongruentiæ arguit Ant. Gom. dum *ad l. 3. Tauri, numer. 103.* tenet nudam voluntatem sufficere ad reuocandum testamentum pro foro interno, cùm aliàs docuerit, factum minùs solemni voluntate, neque pro eo foro vim habere.

SECTIO II.

Quibus modis testamentum reuocetur ex testatoris voluntate?

SVMMARIVM.

TRes sunt modi legitimi, quibus testator potest testamentum reuocare. Et quinam illi sint? num. 5.

5 TRes omnino sunt modi legitimi, quibus testator potest reuocare testamentum. Primus est, si facto aliquo ipsas tabulas testamenti quoad aliquid substantiale corrumpat, *l. 1. §. Sed consulto, l. Cancellauerat, ff. de His quæ in testam. delen. l. pen. Cod. de Testament. cum similibus.* Secundus, si aliud testamentum legitimè condat, *§. Posteriore quoque, Instit. Quib. mod. testam. infirm.* Tertius denique si coram tribus talitem testibus, vel apud acta judicis declarauerit, se nolle vt testamentum valeat: opus verò tunc est, vt tempus decem annorum effluxerit vsque ad mortem ipsius testatoris, *l. Sancimus, 27. Cod. de Testament.* omnes autem hi modi suâ indigent explicatione, quare de illis singillatim *in legg. §§.* agendum.

§. 1. *De reuocatione testamenti facto testatoris tabulas corrumpente.*

SVMMARIVM.

TEstamentum reuocatur triplicitèr facto testatoris tabulas testamentarias corrumpente, vendendo, rescindendo, resignatione, vel obliteratione tabularum testamenti, ab ipso testatore, vel de ejus voluntate facta. Et quæ actiones sub his tribus modis comprehendantur? num. 6.

In dubio, an prædictæ corruptiones testamenti fuerint factæ consulò, & de voluntate testatoris, vel potius casu, aut per errorem, ipsomet testatore nihilo, quid præsumendum? ibidem.

Si testator confectis duobus testamentis ejusdem tenoris, vnum illorum rupserit, vel in parte substantiali cancellauerit, non censetur valuisse alterum reuocare, nisi aliunde id constet, num. 7.

Vtrum censeatur reuocatum testamentum, quando factum est nuncupatiue, & manente originali apud tabellionem, testator rupit authenticum ejus transumptum, quod apud se habebat; numer. 8.

Fac-

6 FActum testatoris inducens legitimã reuocationem testamenti ob corruptionem tabularum, varium & multiplex est: doctrinæ tamen gratiæ ad tres veluti species reduci potest; nimirum ad rescissionem, resignationem, & obliterationem tabularum. Nam si testator ipsas tabulas, seu chartam, vel membranam, in qua scriptum est testamentum, consultò discindat, testamentum eneruatur, & vim amittit *l. 1. §. Sed consulto, ff. de Ijs quæ in testam. delentur.* Satisque est, quòd rumpat aliquam ejus partem, si contineat substantiam, vel aliquid substantiale totum testamentum concernens; Molina *disp. 153. vers. Censetur præterea.* Item si ipsas tabulas resignauit, tollendo, vel incidendo linum, seu chordulam, qua testamentum in scriptis erat clausum, seu consutum, id sufficit vt testamentum non valeat, *l. 1. §. 1. vers. Si linum, ff. de Bonor. possess. secundum tabulas*, & id. m est si auferat, vel incidat testium signacula, vel linum, quo erant appensa, *l pen. Cod. de Testament.* Denique si aliquid in ipsis tabulis obliterauit, seu deleuit, aut cancellauit, pertinens ad substantiam, vel necessariam solemnitatem testamenti, hoc ipso totum testamentum vitiatur, & nullum redditur, si constet consultò id fecisse. Ita sumitur ex *d. l. 1. §. Sed consulto, ff. de Ijs quæ in testam. delen. & ex l. Cancellauerat, ff. eod. & alijs iuris.* sicque docent Ant. Gom. *in l. 9. Tauri, num. 90.* Trentacinq. *lib. 2. Variar. resol. tit. de Fide instrum. resol. 11.* Donel. *lib. 6. de Iure Ciuili, c. 26.* & ibi referens alios Osuald. *in not. lit. C.* Mantica *de Conject. vltim. vol. tit. 1. num. 29.* Molina, *vbi sup.* & cæteri communiter. In dubio autem, an consulto, vel casu, aut per errorem, vel inuito ipso testatore dicta obliteratio, vel cancellatio facta fuerit, quid tunc tenendum, vel præsumendum sit, explicuimus late *disp. 2. sect. 4. §. 2. à num. 49.* & ibi etiam plura ad hunc tertium reuocationis modum spectantia reperies.

7 Illud vero hic addendum, si testator, duobus confectis testamentis ejusdem tenoris, ac temporis, & æquè principalibus, seu originalibus, vnum ruperit, vel in parte substantiali obliteraverit, aut cancellauerit, non propterea alterum infirmari, aut reuocatum censeri, nisi aliunde constet, illud etiam reuocare voluisse. Sic habetur *in l. vltim. ff. de Ijs quæ in testam. delen.* Solum enim præsumitur contempsisse vnum, tanquam superfluũ, & illud tantùm facto illo infirmasse, ne vsui esse posset.

Si autem confecto testamento nuncupatiuo, originale illius sit apud tabellionem, & authenticum ejus transũptum manens apud testatorem ab ipso testatore rumpatur, vel cancelletur, Ant. Gom. *in l. 3. Tauri, num. 91.* cum Paulo Castr. tenet, satis id esse, vt reuocatum censeatur testamentum. At contrarium tenent merito Iul. Clar. *de Testam. q. 93.* referens in eandum sententiam Angelum, & Alexandrum Gregor. Lop. *in l. 24. tit. 1. p. 6.* & Molina *d. disp. 153. vers. Dubium verò est:* quia cùm principale instrumentum maneat integrum, potiùs attendendum est ad illud, vt testamentum nõ censeatur reuocatum, quàm ad transumptum, vt reuocatum existimetur. Bene tamen addit Molina, id procedere nisi aliunde sint probabiles conjecturæ, quòd intentio testatoris fuerit testamentum penitus reuocare. 8

§. 2. *De reuocatione testamenti per aliud postea confectum.*

SUMMARIUM.

TEstamentum, posteriore alio testamento legitimè, seu validè facto, ipso jure reuocatur, etiamsi posterius testamentum non fuerit solemne, vt si fuerit inter liberos, vel jure militari conditum, vel ad pias causas: secùs verò si posterius testamentum nulliter factum sit; num. 9.

Tes-

Testamentum, quod posteriore valide facto sublatum est, non conualescit, quamuis posterius testamentum postea irritetur, vt quia nemo ex illo hæreditatem adiuit; num. 10.

Testamentum non irritatur posteriore facto sub conditione de præterito, vel præsenti, quæ non subsistit: secùs verò si posterius testamentum sit factum sub conditione possibili de futuro, quamuis conditio deficiat. Et quid, si sit factum sub conditione de futuro, jure, aut facto, impossibili? num. 11.

Si posterius testamentum incidatur à testatore, vt antea factum permaneat, tunc testamentum antea factum conualescit. Et idem dicendum, quoties posterius testamentum facto testatoris fuerit reuocatum, ea intentione, vt priùs factum maneat; num. 12.

Quod dictum est, prius testamentum reuocari posteriore legitimè facto, intelligitur, nisi testator sit miles, & velit decedere cum pluribus testamentis, juxta suum priuilegium. Et quid in dubio, an talis testator faciendo secundum testamentum voluerit recedere à primo? num. 13.

Quamuis secundum testamentum sit imperfectum, & nullum, tamen si institutus in primo sit extraneus, & in secundo sint instituti venientes ab intestato cum quinque testibus, primum testamentum reuocatur, & succedunt instituti in secundo, quasi ab intestato, licèt instituti sint in portionibus inæqualibus; num. 14.

Primum testamentum in quo fuerit institutus extraneus, reuocatur, si testator coram quinque testibus dicat se illud reuocare, & velle decedere intestatum: secùs verò, si solùm dicat, se illud reuocare, non addendo, velle decedere intestatum. Et quomodo id sit intelligendum? num. 15.

Si producantur duo testamenta ejusdem testatoris eodem die confecta, & non constet aliunde, vtrum fuerit posteriùs confectum, neutrum valet in foro externo: in foro autem conscientiæ, debet hæreditas diuidi inter hæredes in vtroque scriptos. Et quid si alterum ex testamẽtis sit ad pias causas? n. 16.

Postea inuenies aliud summarium.

PRius testamentum posteriore legitimè facto statim reuocari, atque ipso jure tolli, indubitati juris est, *l. Si quis priore, ff. Ad Treb. l. Sancimus, C. de Test. §. Posteriore quoque, Inst. Quib. mod. test. infir. cum cõcord.* Intelligitur autẽ testamentum legitimè factum, quoties habet omnia requisita vt sit validum in ratione testamenti, etiamsi careat solemnitatibus juris, vel sit minùs solemne: satis enim est, quòd sit validum ad hoc vt prius testamentum, quanuis magis solemne, imò quanuis solemnissimum, & perfectissimum, per illud tollatur, juxta communem sententiam, quam refert, & sequitur Molina *tom.* 1. *disp.* 153. *in princip.* Vnde si secundum testamentum sit inter liberos, vel jure militari conditũ, vel ad pias causas, nihil obstabit esse imperfectum, vel minùs solemne, quominus per illud tollatur primum testamentum, quanuis perfectissimum; cùm tale secundum testamentum etiam absque juris solemnitatibus valeat. Ita loquendo de testamento inter liberos, latè cum multis DD. contra Bened. Ægyd. probauimus *disp.* 2. *sect.* 7. §. 5. *numer.* 203. *& seqq.* & notat etiam Donel. *lib.* 6. *de Iure Ciuili, cap.* 16. vbi idem tradit de testamento militis, per *l.* 2. *& l.* 34. §. *vltim. ff. de Testament. milit.* Idemque esse de testamento ad pias causas, aduertit Molina *vbi supra*, estque sententia indubitata; quam idem Molina, & multi alij ampliant, vt procedat, licèt primum testamentum solemne fuerit etiam ad pias causas, vt videre est apud Dianam *tom.* 7. *tract.* 6. *resol.* 26. vbi plures pro hac ampliatione refert, & sequitur; licèt nonnulli, quos ibidẽ adducit, cõtrariũ teneãt. Et ita etiã sẽtit Mant. *lib.* 6. *de Cõject. vlt. vol. lib.* 6. *tit.* 3. *n.* 54. vbi alios refert. Si verò posterius testamentũ non sit factũ legitimè, ideſt, cũ omnibus de jure requisitis, vt validũ sit, nõ reuocatur prius testa- 9

mètu *l. 2. & l. Sibinæ*, 11. *ff. de Injust. rupt.* §. *Ex eo autem, Instit. Quib. mod. testament. infirm. l. Si jure*, 18. *ff. de Legat. 3. l. Militis*, 36. §. *Veteranus, ff. de Milit. testam. l. Hac consultissima*, 21. §. *Siquis autem, Cod. de Testam.* Ratiò est, tum quia, quod nullum est, nullum producit effectum: tum etiam, quia vt dicitur *in d. l. Si jure*, tunc demum testator à priore testamento videtur recedere voluisse, si posterius valiturum sit: ex quo fundamento, neque quoad legata, & fideicommissa, quæ aliàs nuda voluntate infirmantur, prius testamentum reuocatur, si posterius est nullum, vt in eodem textu deciditur.

10 Quando autem posterius testamentũ legitimè factum est, statim prius testamẽtum tollitur, neque conualescit, licèt postea ipsum testamentum posterius irritum fiat, *l. Militis codicillis*, §. *vltim.* & ibi Bald. not. *ff. de Milit. testament.* simili quippe modo quando priores litteræ per posteriores reuocantur ipso jure, non reuiuiscunt, licèt posteriores postea infirmentur, vt post alios docent Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Reuertatur, numer.* 307. *Cod. de Reuocan. donat.* & Mantic. *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 12. *tit.* 1. *in fine.* Unde, licèt ex posteriore testamento nullus existat hęres, siue quia hæres scriptus mortuus est, viuente testatore, siue quia post illius mortem noluit, aut non potuit hæreditatem adire, non propterea prius testamentum conualescit, sed vtrumque manet nullum, & succedunt venientes ab intestato, vt expressè habetur *in d.* §. *Posteriore quoque, Instit. Quib. modis testament. infirm.* & idem est, quando ex posteriore testamento hæres est institutus sub conditione, eaque defecta est, vt *in eodem* §. exprimitur.

Circa hoc tamen distingue. Nam, vel 11 institutio hæredis facta est sub conditione de præterito, vel præsenti, quę non subsistit; & tunc tale testamentum est nullum à principio, & sic non reuocat prius testamentum: vel facta est sub conditione de futuro possibili; & tunc reuocat, licèt ipsa conditio deficiat; quia fuit testamentum validum; sic distinguitur *in l. Cum in secundo*, 16. *ff. de Injusto rupto.* Intellige autem hanc distinctionem, quando conditiones, tam per naturam, quàm de jure sunt possibiles. Nam si sint impossibiles, vel sunt tales, vt habeantur pro non adjectis, & tunc siue, sint de præterito, aut præsenti, siue de futuro, & siue reipsa subsistant, siue non, non tollunt quominus testamentum valeat, & sic antea factum, reuocet: vel habentur pro adjectis, & tunc procedit superior distinctio, perinde acsi essent possibiles, vt sumitur ex *d. l. In secundo*, satisque ex ipsis terminis liquet. Quando autem hæ conditiones habeantur, vel non habeantur pro adjectis, dictum est *disputat.* 3. *sect.* 8. §. 2.

Cæterùm, si posterius testamentum 11 incidatur, seu rumpatur à testatore, vt antea factum permaneat, in tali casu prius testamentum conualescit, vt habetur *in l. Qui ex liberis*, 11. §. *Testamento, vers. Planè, ff. de Bonor. possess. secund. tabul.* & ibi declarat Barthol. *numer.* 3. Unde colligo, idem vniuersim dicendum, quoties posterius testamentum facto testatoris fuerit reuocatum, priore reseruato, vt cum eo decedat, quia siue resignatione, siue obliteratione, aut cancellatione, secundùm testamentum reuocatum sit à testatore, eadem prorsus est ratio vt primum debeat conualescere, atque quando incisione reuocatum est: vnde solùm gratiâ exempli censendus est casus incisionis exprimi *in dict. l. Qui ex liberis*, ad hoc vt etiam illi alij modi comprehenderentur, vt reuerà comprehenduntur.

Illud etiam circa principalem resoluti- 13 onem notandum, eam procedere nisi testator sit miles, & velit decedere cum pluribus testamentis, juxta priuilegium sibi à jure concessum, *in l. Quærebatur, ff. de Milit. testament.* Nam tunc certum est, quòd per secundum ejus testamentum, non tollitur primum, sed vtrumque est validum. In dubio autem, an ille voluerit vti eo priuilegio,

gio, & decedere cum vtroque testamento, quæstio est, an præsumendum sit, quòd per secundum voluerit recedere à primo, & sic quòd primum sublatum sit? Glossa *in d. l. Quærebatur*, negantem partem amplectitur, dicens, quòd in hoc dubio vtrumque testamentum valet. Pro qua sententia facit text. *in l. Militis codicillis, in princip. juncto* §. 1. *ff. de Milit. testam.* In contrarium tamen stat text. *in d. l. Quærebatur*, vt notat Barth. *in d. l. Militis codicillis*, §. *vltim.* Quare vt repugnantia jura concilientur, distinguendum putat idem Barthol. dicendumque, quòd aut miles secundum testamentum fecit de omnibus bonis, & tunc in prædicto dubio intelligitur, primum testamentum reuocare, vt *in d. l. Militis codicillis*, §. *vltim. & in d. l. Quærebatur*; aut fecit secundum testamentum de parte tantùm bonorum, & tunc videtur voluisse, vt vtrumque testamentum suum haberet effectum, vt in *d. l. Militis codicillis, in priucip. cum* §. 1. Quam distinctionem approbat etiam Baldus *in d. l. Quærebatur, numer.* 1. & Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 1. *num.* 21. dicens non esse ab ea recedendum; licèt Aretin. quem ibidem refert, simpliciter asserat, quòd etiam ille, qui potest decedere cum duobus testamentis, faciendo secundum videtur tollere primum. Et mihi etiam prædicta distinctio magis placet.

14 Notandum præterea, licèt vniuersim primum testamentum non reuocetur per secundum, quod non sit perfectũ, & validum; tamen si in primo hæres institutus sit extraneus, & in secundo instituti sint venientes ab intestato, cum quinque tantùm testibus, qui de jure communi debebant esse septem, per tale secundum testamentum imperfectũ reuocatur primũ, & succedunt instituti in secundo testamento, non tanquam ex testamento, cùm fuerit imperfectum, sed quasi testator intestatus decessisset, cujus voluntas vltima in tali casu defenditur: sic habetur *in l. Hac consultissima*, 21. §. *Siquis autem*, C. *de Testam.* & docent Ant. Gom. *in l.* 3. *Tauri, numer.* 97. *alias* 99. Molina *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 153. *vers. Excipitur quando*, Gregor. Lop. *in l.* 22. *tit.* 1. *part.* 6. *Glos. fin. in princip.* Pichar. plures referens *in dict.* §. *Posteriore quoque, numer.* 50. *& sequent.* & omnes, notatque Ant. Gom. *d. n.* 59. habere id locum, quanuis hæredes ab intestato instituti essent in portionibus inæqualibus, atq; in ijsdem portionibus esse successuros & Greg. Lop. ait, impleri debere legata in tali secundo testamento relicta. Prædicta verò juris communis dispositio solum habebit locum in hoc regno Lusitaniæ, quando quis voce tenus in mortis articulo testaretur, quia extra hunc casum, quinque testes sufficiunt de jure hujus Regni, vt testamentum sit perfectum, & validum, vt suo loco vidimus: & ita docet Molina *dict. disput.* 150. *vers. Hæc tamen.*

Hinc colliges, reuocari similiter primum testamentum, in quo extraneus est institutus, quando testator coram quinque testibus diceret, se illud reuocare, & velle decedere intestatum, vt bene docent Anton. Gom. *in dict. l.* 3 *Tauri, numer.* 103. Gregor. Lop. *in l.* 8. *tit.* 1. *p.* 6. & Molina *vbi sup. vers. Couar. p.* 2. quia eo ipso, quòd testator dicit se velle decedere intestatum, censetur instituere venientes ab intestato. Quæ virtualis institutio habet vim expressæ, & formalis; vt cum Barthol. & alijs tenet Iul. Clar. §. *Testamentum, quæst.* 92. & Couar. *in rubr. de Testament.* 2. *p. numer. vltim. conclus.* 8. & ita habet locum in præsenti casu præfata dispositio juris communis *num. præced.* tradita; satisque est quòd testator voce tenus illam reuocationem, & virtualem institutionem faciat, vt ijdem DD. notant; quia de jure communi validum est testamentum Nuncupatiuum voce tenus factum. Vnde id etiam locum habebit in hoc regno Lusitaniæ, quando testator in mortis articulo voce tenus coram quinque testibus similem reuocationem, & virtualem institutionem fecerit; cùm de jure etiam hujus Regni testamentum Nuncupatiuum voce tenus 15

fieri posſit in articulo mortis. Sic Molina *vbi sup.* Si autem testator solùm dicat se reuocare primum testamentum, non addendo, velle se decedere intestatum, valida non erit illa reuocatio; quia tunc nec virtualis institutio datur hæredum ab intestato: & ita cum communi docent Anton. Gom. Molina & alij sup. citati, consentitque Iul. Clar. *d. §. Testamentum, q. 92. vers. Sed quæro.* Id verò intellige, nisi cum hujusmodi reuocatione, saltem coram tribus testibus facta, concurrat perseuerantia longi temporis, nempe decennij, quia tũc reuocatum censebitur primum testamentum, vt est text. *in d. l. Sancimus, Cod. de Testament. & §. seq.* explicabitur.

16 Quòd si duo ejusdem testatoris producantur testamenta eodem die confecta, nec ex illorum tenore, vel aliter appareat, quodnam illorum posteriori loco fuerit conditum, vt prævalere debeat, neutrum illorum valet propter incertitudinem, vt tradit Glossa communiter recepta *in l. fin. verb. Missus est, Cod. de Edicto D. Adrian tol.* & docent relatis alijs Iul. Clar. *§. Testamentum, q. vltim.* Anton. Gom. *in l. 45. Tauri, numer.* 148. & Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 22. num.* 3. Credo autem quòd in foro conscientiæ debet in hoc casu diuidi hæreditas inter hæredes scriptos in vtroque testamento; quia cùm certum sit, vnum ex illis testamentis fuisse posteriùs conditum, & esse validum, solùmque dubitetur, quodnam sit, & ad quem ex hæredibus in vtroque scriptis hæreditas pertineat; in tali dubio debet hæreditas inter eos diuidi juxta communes regulas, prout latiùs à nobis declaratum est *disp. 3. sect. 6.* ubi etiam tradidimus, quid tenendum, quando alter eorum suo juri renuntiasset in fauorem alterius, vel quando cæpisset possidere. Illud etiam hic notandum, si alterum ex testamentis sit ad pias causas, præsumi in dubio posterius fauore piæ causæ, vt multis relatis DD. docet Mantica *lib. 6. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 3. numer. 49. & duobus sequentib.* vbi id ampliat, licèt in altero testamento sint instituti venientes ab intestato, dummodo non sint filij testatoris; & licèt jam sint in possessione. Volunt etiam cum alijs Anton. Gom. *vbi supra, numer.* 149. & Sanch. *dict. dub. 22. numer. 4.* satis esse quòd in vno ex dictis testamentis reperiatur legatum ad piam causam, vt tale testamentum præferatur, & valeat. Notant præterea hi DD. quando in altero testamento essent instituti extranei, in altero verò venientes ab intestato, hoc secundum in prædicto dubio præferri.

SUMMARIUM.

Si testator in primo testamento apposuerit clausulam derogatoriam cujuscumque posterioris testamenti, si fortè illud conficiat, non reuocatur tale primum testamentum per vllum aliud posterius! neque ipsum posterius valet, nisi testator sufficienter in eo declaret se velle, vt valeat, non obstante dicta clausula in primo apposita; numer. 17.

Si in primo testamento apponatur clausula, qua testator significet velle sibi adimere potestatem illud reuocandi, talis clausula est nullius momenti, nec tollit quominus tale testamentum quolibet posteriore reuocetur; num. 18.

Causula derogatoria posterioris testamenti apponi potest, vel per verba generalia, vel per specialia; & quomodo hoc, aut illo modo se habeat? numer. 19.

Quibus modis considerari possit, quòd testator prædictam clausulam derogatoriam reuocare intendit in posteriore testamento? ibid.

Reuocatio generalis reperta in posteriore testamento, vt quando testator diceret; Reuoco quodcumq; aliud testamentũ à me factũ, non sufficit, vt intelligatur tolli prius testamentũ, in quo est apposita prædicta clausula derogatoria, etiã-

si

si hæc tantùm esset posita verbis generalibus, & simplicibus; sed requiritur reuocatio specialis; num. 20. Limitat hoc Barth. vt procedat, quando testator vnum tantùm testamentum antea confecerat; num. 21. Rejicitur tamen hæc limitatio; num. 22. & seq.

Vt testamentum, in quo est apposita clausula derogatoria per verba specialia, & certis limitibus circunscripta, reuocatum censeatur per posterius testamentum, non est necessarium vt talis clausula in eo reuocetur individualiter, sed sufficit reuocatio specialis, quæ tamen æquipolleat individuali, & illam involuat; & quomodo id sit intelligendũ? num. 24. & seq.

Etiamsi in posteriore testamento non reperiatur expressa reuocatio clausulæ derogatoriæ in priore testamento positæ, tamen si ex conjecturis, vel ex verbis testamenti sufficienter appareat, testatorem voluisse recedere à priore testamento, censendum est reuocatum, non obstante qualibet clausula derogatoria in eo apposita; num. 26.

Si in posteriore testamento sit appositum juramentum, quo testator juret, se velle vt illud testamentum valeat, id satis est, vt primum testamentum tollatur, non obstante quauis clausula derogatoria in eo apposita; num. 27.

Vtrum ad tollendum prius testamentum habens clausulam derogatoriam, satis sit quòd testator in posteriore dicat, se velle, vt illud posterius testamentum valeat omni meliori modo? num. 28.

Si secundum testamentum factum sit post decem annos à tempore, quo primum est conditum cum clausula derogatoria, tollitur primum, etiam si in secundo non sit facta specialis reuocatio illius. Quod intelligitur nisi secundum testamentum factum fuisset ad suasionem alicujus; num. 29.

Si post factum primum testamentum cum clausula derogatoria, ortæ fuerint inimicitiæ inter testatorem, & hæredem scriptum, aliaue similis causa interueniat, ex qua præsumatur testatorem à prima voluntate recessisse, tale testamentum censebitur reuocatum per secundũ, licèt in hoc specialis reuocatio illius clausulæ non exprimatur; n. 30.

Si in primo testamento habente clausulam derogatoriam instituti sint extranei, & liberi excluſi, tale testamentum tollitur per secundum, in quo liberi fuerint instituti, quanuis illa clausula in eo specialiter non reuocetur; numer. 31.

Primum testamentum habens clausulam derogatoriam tollitur per secundum conditum ad pias causas, etiamsi nulla in eo fiat mentio illius clausulæ. Et quid, quando in secundo instituta esset persona valde testatori dilecta? numer. 32.

Clausula derogatoria posita in priore testamento potest reuocari in codicillis, idque sufficit vt, ea non obstante, posterius testamentum valeat; num. 33.

Testamentum inter liberos censetur ex priuilegio habere tacitam clausulam derogatoriam cujuscumque alterius posterioris testamenti, in quo testator illud specialiter non reuocauerit, nisi posterius sit etiam inter liberos. Et quomodo id intelligatur? num. 35.

Vt testamentum inter liberos reuocetur per posterius conditum inter extraneos, quàm specialis reuocatio requiratur? Et quid, si in ipso primo testamento inter liberos apposita sit expressè clausula derogatoria? num. 36.

Testamentum factum cum juramento non renocandi illud, non intelligitur reuocatum per aliud posterius, nisi testator sufficienter declaret, se velle ab illo recedere, non obstante juramento. Secus àicendum, si testator solùm assertiuè in primo testamento juraret, se velle vt illud valeret; num. 37.

Testamentum ad pias causas eandem videtur habere prærogatiuam, vt non cẽseatur reuocatũ per posterius, nisi specialiter reuocetur; n. 38. Hoc verò nõ procedit, quando posterius testamentũ fuerit etiam ad pias causas; ibid.

Verba, quibus testator reuocauerit clausulam derogatoriam positam in priore

testamento, possunt probari per testes, si in testamento posteriore scripta non fuerint; num. 39.

Si clausula derogatoria posita in priore testamento non fuerit reuocata in posteriore, ipsum autem posterius testamentum habuerit clausulam Codicillarem, valet vt codicillus, & legata in eo relicta præstari debent ab hærede scripto in priore testamento; num. 40. *Imò & ipsa hæreditas videtur restituenda hæredi scripto in secũdo, detractâ tantùm Trebellianicâ; ibid. Sed hoc Authori non probatur; num.* 41.

17 DEnique pro præsenti materia principaliter notandum est, si testator in primo testamento apposuerit clausulam derogatoriam cujuscumque posterioris testamenti, si forlan ab eo cõficiatur, non reuocari tale primum testamentum per vllum aliud posterius; neque ipsum posterius testamentum valere, nisi testator sufficienter in eo declaret, se reuocare primum, non obstante clausula derogatoria in eo apposita. Ita DD. communiter per text. *in l. Si mihi & tibi*, 12. *§. vltim, ff. de Legat.* 1. *& l. Siquis in principio testamenti*, 22. *in princip. ff. de Legat.* 3. *& alia jura*; idque optima ratione, quia sæpe meritò timent testatores, ne postea importunis suasionibus propinquorum inuiti compellantur facere aliud testamentum; & ideo vt sibi consulant, & primum testamentum vigeat, non obstante quouis alio posteriore, prudenter in ipso primo testamento dictam clausulam apponunt; per quam antecedenter declarant se nolle, vt posteriora testamenta valeant, nisi sufficienter manifestent se recedere à prima volinntate, in qua dicta clausula est apposita. Neque id pugnat cum natura, & libertate testamenti, sed potiùs eam fouet, siquidem per talem clausulam non sibi adimit testator, facultatem recedendi à primo testamento, & faciendi aliud validum, cùm semper ei maneat integrum facere secundum testamentum cum derogatione illius clausulæ, *d. l. Siquis in princip. testam.* & aliunde per appositionem talis clausulæ occurrit periculo coactionis, quæ libertatem testandi, & decedendi cum primo testamento impedire posset.

Cujusmodi autem sit, aut esse debeat 18
clausula primi testamenti, ad hoc vt sequentibus testamentis deroget, & quando in posteriore testamento reuocari censeatur? Non modica explicatione indiget. In primis ergo sciendum, dupliciter intelligi posse, quòd testator per clausulam expressam vult derogare posterioribus testamentis. Vno modo si apponat talia verba, quibus significet, velle sibi adimere potestatem condendi postea validum testamentum, vt si dicat; *Nolo me posse condere aliud testamentum*, vel, *Abdico à me facultatem reuocandi hoc testamentum*, aut quid simile. Et hæc clausula est prorsus inutilis, nec indiget reuocatione, vt posterius testamentum valeat, primumque per illud reuocetur. Ita cum communi DD. Couar. *in Rubr. de Testam. p.* 2. *num.* 19. *concl.* 2. Iul. Clar. *§. Testamentum, q.* 99. Molina Iurista *lib.* 4. *de Primogen. cap.* 3. *num.* 33. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 166. *num.* 4. & Molina Theolog. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 153. *vers. Vt ad reuocationem testamenti*, Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 23. *num.* 3. Ratio est, quia talis clausula est de jure impossibilis; siquidem vt habetur *in d. l. Si in principio testamenti*, 22. *in fine princip. ff. de Legat.* 3. nemo sibi legem potest dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat; & sic habetur pro non apposita. Alio modo, si tantùm significet, velle se vt validum non sit, quodcumque aliud testamentum postea condiderit; ita vt sit tantùm protestatio quædam voluntatis, quam habet circa posteriora testamenta. Et talis clausula est valida, & legitima vt ex dictis *numer.* 17. constat; ac de illa tantùm intelligenda sunt, quæ inferiùs dicemus.

Sciendum vlteriùs, dictam clausulam 19
apponi posse, vel per verba generalia, & simplicia, vt cùm testator diceret, *Nolo valere vllum aliud testamentum, si à me*

pos-

postea conficiatur, aliquidue simile: vel per specialia, & certis limitibus circunscripta, vt si diceret; *Nolo valere aliud quodpiam meum testamentum, nisi in ejus principio, aut fine, scripta sit salutatio Angelica*, vel quid simile. Sciendum denique tripliciter considerari posse prædictas clausulas in posteriore testamento reuocari. Primò generaliter, vt si dicatur; *Reuoco quodcumque aliud testamentum à me factum*: vel, *Volo, vt hoc meum testamentum valeat, non obstante quocumque alio à me antea facto*. Secundò specialiter, vt dicendo, *Volo hoc testamentum valere*, vel, *Reuoco quodcumque aliud præcedens testamentum, etiamsi habeat clnusulam derogatoriam sequentium*. Tertiò in indiuiduo; vt cùm diceretur; *Reuoco quoduis aliud meum testamentum, etiamsi in eo dictum sit, quòd nunquam censeatur reuocatum per aliud, in quo non sit descripta salutatio Angelica, vel in quo non sit tale, aut tale signum.*

20 His positis, prima conclusio in hac re sit. Reuocatio generalis reperta in posteriore testamento, sufficiens non est, vt per eam intelligatur tolli prius testamentum, in quo apposita est dicta clausula derogatoria, etiam quando hæc apposita esset per verba generalia, & simplicia; sed requiritur reuocatio specialis. Sic Couar. *in rubr. de Testam. 2. p. num. 19. concluf. 1.* Iul. Clar. §. *Testamentum, q. 99.* Gregor. Lop. *in l. 22. tit. 1. part. 6.* Molina *d. disp. 153. vers. Porro hæc clausula*, Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 12. tit. 8. num. 7.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 166. numer. 10. & 12.* Sanch. *d. dub. 23. num. 5.* & plures alij, quos referunt. Probatur per *d. l. Siquis in princip. testamenti, ff. de Leg. 3.* in illis verbis, *Si specialiter dixerit prioris voluntatis se pænituisse*, vt ibi declarat, & tenet Barth. *num. 8.* Accedit præterea ratio, quia reuocatio generalis prioris testamenti tacitè continetur in quolibet testamento posteriore: vnde si illa sufficeret, frustranea redderetur dicta clausula derogatoria, saltem verbis generalibus in priore testamento apposita, & valeret sequens testamentum contra expressam voluntatem testatoris; quod est absurdum.

Limitat autem hanc conclusionem Barth. *in d. l. Siquis in principio testamenti, num. 9.* vt tunc generalis reuocatio non sufficiat, quando plura testamenta sunt facta: secus autem quando vnum tantùm factum est testamentum, & clausula derogatoria in eo continetur. Quia genus, quod ad vnam tantùm speciem, vel indiuiduum referri potest, necessariò est intelligendum, *l. 2. ff. de Liber. & posth.* quam sententiam nonnulli alij sequuntur apud Manticam *vbi sup. numer. 8* & pro ea plura jura concordantia affert Tiraq. *tract. de Legib. connubial. Glos. 5. num. 127.* qui in eam videtur inclinare *numer. 130. in fine.* 21

Meritò tamen hanc limitationem plerique rejiciunt, quos longo ordine refert eos sequens Mantica *loc. citat.* & Menoch. *vbi sup. num. 25.* Primò, quia clausula derogatoria intelligitur posita in primo testamento ad eludendam suggestionem, & importunitatem alicujus, vel aliquorum; qua testator timebat se cogendũ esse aliud testamentum condere. Quæ ratio æquè militat, & persuadet, eum noluisse vt posterius testamentum valeret, siue vnum, siue plura testamenta antea condidisset. Secundò, quia alioqui nunquam esset necessarium specialem mentionem facere clausulæ derogatoriæ positæ in priori testamento facto à pagano. Nam, cùm de pagano loquimur, nunquam præcedit nisi vnum testamentum validum; cùm prius semper ipso jure tollatur per posterius, vt supra vidimus. Tertiò denique quia quando in principio testamenti facta est aliqua dispositio cum clausula derogatoria contrariæ dispositionis factæ in eodem testamento, non reuocatur prior dispositio per sequentem contrariam nisi illa clausula specialiter reuocetur, vt expressè habetur *in d. l. Siquis in principio testamenti*: ergo similiter (imò à fortiori) licèt vnum tantùm præcedat testamentum, si habeat clausulam derogatoriam, non censebitur 22

reuocata per posterius testa mentum, nisi reuocatio in eo facta sit specialis. Et ita sentit etiam Sanch. *vbi sup.*

23 Nec fundamentum contrariæ sententiæ vrget. Respondetur enim, tunc genus intelligi de specie, vel indiuiduo, ad quod tantum referri potest, quando non stat præsumptio in contrarium, vt in præsenti; nam testator apponens clausulam derogatoriam in priore testamento, id facere intelligitur, ne per reuocationem generalem, quæ in quolibet posteriore testamento virtualiter continetur, & ab ipsis tabellionibus apponi consueuit, reuocatum censeretur; idque ad eludendam importunitatem propinquorum, vel aliorum, si forte precibus, & suasionibus eum adegerint aliud testamentum condere: quod certè non assequeretur, si dicta reuocatio generalis sufficeret; cùm ea ordinariè apponatur, & illi importuni suasores eam non omitti curarent, aut etiam cogerent.

24 Secunda conclusio. Vt testamentum in quo est apposita clausula derogatoria per verba specialia, & certis limitibus circunscripta, reuocatum censeatur per posterius testamentum, non est necessarium vt talis clausula in eo reuocetur in indiuiduo, sed sufficit reuocatio specialis, quæ tamen æquipolleat indiuiduali, & illam inuoluat. Quod non sit necessaria reuocatio in indiuiduo, docent Barthol. *in d. l. Siquis in principio testamenti, num.* 8. *ff. de Legat.* 3. Salic. *in l. Sancimus, numer.* 6. *Cod. de Testam.* Paul. Castr. *consil.* 206. *num.* 1. *vol.* 1. *& in Auth. Hoc inter liberos, num.* 5. *Cod. de Testament.* Couar. *in rubr. de Testam.* 2. *p. num.* 19. *concl.* 3. Iul. Clar. *§. Testamentum, q.* 99. Anton. Gom. *ad l.* 3. *Tauri, numer.* 94. Molina *d. disp.* 153. Mantica plures alios referens *lib.* 12. *de Conject. vltim. vol. tit.* 8. *num.* 7. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 23. *n.* 7. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 166. *num.* 13. & cæteri communiter. Ratio est, tum quia reuocatio specialis æquiualere potest cuilibet indiuiduali, ad hoc vt ex ea sufficienter deprehendatur, voluisse testatorem reuocare prius testamentum, non obstante quacumque clausula derogatoria, etiam strictissimis verbis in eo appositâ, vt statim videbimus: tum etiam quia contingere potest, vt testator non recordetur in indiuiduo clausulæ derogatoriæ in priori testamento appositæ; vnde si ad ejus reuocationem necessarium esset illam indiuidualiter reuocare, sibi pro tali casu adimeret potestatem reuocandi prius testamentum, quod admitti non potest; cùm nemo sibi possit legem imponere, à qua recedere nequeat, *d. l. Siquis in princip. testamenti, ff. de Leg.* 3.

Quod autem sufficiat reuocatio specialis æquippollens indiuiduali; tenent etiam communiter DD. vt apud citatos videre licet: & patet, quia æquipollens indiuiduali habet totam illius vim; ac proinde quemadmodum indiuidualis procul dubio sufficeret, ita etiam illa specialis. Quando autem reuocatio specialis æquipolleat indiuiduali? certâ regulâ definiri non potest, cùm ad hoc discernendum oporteat inspici verba, & terminos particulares clausulæ derogatoriæ in priori testamento positæ; quæ magnam varietatem subire potest, & interdum esse magis, interdum minùs stricta & rigorosa. Communiter autem sentire videntur DD. satis esse, quòd testator in posteriore testamento dicat, velle se vt illud testamentum valeat, non obstante quocumque alio priore testamento, cum quibusuis clausulis derogatorijs à se facto: cùm sub his terminis satis apertè declaret, se comprehendere, & reuocare velle quamcumque clausulam derogatoriam positam in priore testamento, perinde acsi eam indiuidualiter exprimeret. Nihilominus tamen Couar. *vbi sup. concl* 4. *vers. Quartò constat*, cum Paulo Castr. & Anton. Rub. docet, si testator in primo testamento diceret, velle se vt illud testamentum non censeatur reuocatum per secundum, etiam si in ipso secundo ei specialiter derogetur, nisi vltra hanc reuocationem in eo sit descripta salutatio Angelica, vel quid simile: non satis tunc esse ad illius reuocationem dicere in secundo

25

cundo testamento, *non obstante quocumque alio testamento per me facto, quæcumque verba derogatoria habente*: nisi vlterius addatur: *quacumque verborum forma concepta*. Idem tenet Mantica *d. tit.* 8. *num.* 10. & approbare videtur Molina *d. disp.* 153. *vers. Alio modo.* Atque ad hunc modum tales possunt excogitari, & adhiberi clausulæ derogatoriæ sequentium testamentorum, vt ad earum reuocationem non satis sit dicere: *Non obstantibus quibuscumque clausulis in quouis alio priore testamento appositis*: sed aliquid aliud addere oporteat, ad hoc vt reuocatio æquipolleat indiuiduali, & sit efficax ad tollendum prius testamentum. Quare ad tollendas ambiguitates, monet bene Molina *vbi sup.* tutum esse in similibus euentibus addere verba illa in clausulis derogatoriarum derogatorijs apponi consueta; *Etiamsi de verbis illis specifica mentio esset facienda*, vel, *Etiamsi hic forent transcribenda*. Reuocatio enim sic facta omnem prorsus clausulam derogatoriam comprehendit, quibuscumque verbis, etiam exquisitissimis, fuerit apposita.

26 Tertia conclusio. Etiamsi in posteriore testamento non reperiatur expressa reuocatio clausulæ derogatoriæ in priori testamento positæ, tamen si alia ratione, vt ex conjecturis, aut ex verbis testamenti posterioris, sufficienter appareat, testatorem voluisse recedere à priore testamento, censendum est reuocatum, non obstante qualibet clausula derogatoria in eo apposita. Ita communis DD. quam referunt, & sequuntur Couar. *in Rubr. de Testam. p.* 2. *num.* 19. *concl.* 4. Iul. Clar. *§. Testamentum, q.* 99 Gregor. Lop. *in l.* 22. *tit.* 1. *p.* 6. Mantica plures alios referens *lib.* 12. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 8. *num.* 12. *&* 13. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 23. *num.* 8. Menoch. plures etiam referens *d. præsumpt.* 166. *numer.* 34. & Molina *d. disp.* 153. *vers. Illud verò est obseruandum.* estque sententia apud omnes indubitata, vt ex Corn. & alijs tradit Mantica *d. num.* 12. Et ratio est, quia tota hæc materia spectat ad quęstionem voluntatis, an scilicet testator voluerit per posterius testamentum recedere à priore, illudque reuocare? Ergo quacumque ratione appareat, eum id voluisse, tali voluntati standum est, & prius testamentum censendum est reuocatum per posterius, quanuis nulla expressa reuocatio in eo reperiatur.

Hinc deducitur primò, si in posteriore 27
re testamento appositum sit juramentū, quo testator juret, se velle vt illud testamentum valeat, vel sit suum vltimum testamentum, satis id esse, vt primum testamentum tollatur, non obstante qualibet clausula derogatoria in eo apposita. Sic Natta *in Auth. Hoc inter liberos, num.* 41. *& seq. Cod. de Testament.* Iul. Clar. *§. Testamentum, q.* 99. *vers. Item scias*, Couar. *vbi sup. vers. Prima est conjectura*, Molina *d. disp.* 153. *vers. Hinc primo* Mantica plurimos referens *d. tit.* 8. *num.* 20. Menoch. *de Præsumption. lib.* 4 *præsumpt.* 166. *num.* 35. Sanch. *d. dub.* 23. *num.* 10. Estque communis sententia, vt citati DD. affirmant, licèt nonnulli apud Manticam refragentur, existimantes oportere, vt præter dictum juramentum addat testator, se velle vt tale testamentum cæteris antea factis prævaleat. At solum prædictum juramentum sufficere, vt communis sententia affirmat, mihi videtur omnino verum; quia non est præsumendum testatorem pejerasse; cùm nemo præsumatur malus, nisi probetur.

Aliqui hanc sententiam ex eo probant, 28
quia juramentum habet vim, vt actus valeat omni meliori modo, quo potest, *l. Cum pater §. Filius matrem, ff. de Leg.* 2. Quando autem testator in posteriore testamento dixisset se velle vt valeat omni meliori modo, affirmat Mantica *vbi sup. num.* 19. receptius videri, vt talis clausula fungatur vice specialis reuocationis aduersus præcedens testamentum, in quo est clausula derogatoria sequentium; & pro hac opinione non paucos DD. refert, eamque dicit communem, nec videri ab ea recedendum. Cæterùm nonnulli ab ea recedunt, quos idem Mantica refert. Et quidem mihi longè verius videtur

detur eam clausulam non sufficere, præsertim hisce temporibus; quia est hodie valde vsitata, & ab ipsis etiam notarijs apponi consueuit: vnde quantumuis testator non intendat reuocare primum testamentum, in quo est clausula derogatoria, suasores, qui eum compulerint ad condendum secundum testamentum, facilè obtinebunt, vt in eo apponatur dicta clausula, quod vult vt valeat omni meliori modo; & sic facilè judicium, & voluntas testatoris subuerti poterit, quod non est admittendum.

29 Secundò deducitur, si secundum testamentum factum sit post decem annos, à tempore, quo primum testamentum cum clausula derogatoria conditum est, tolli primum testamentum, etiamsi in secundo non sit facta specialis reuocatio illius. Ita Baldus communiter receptus *in l. Sancimus, num. 6. in fine, Cod. de Testament.* pro qua sententia plurimos refert, eam sequens, & dicens communem, Mantica *lib. 12. de Conjectur. vltim. vol. tit. 8. num. 16.* & Menoch. *d. præsumpt. 166. num. 44.* Et ratio est, quia ex cursu tam longi temporis præsumitur testator obliuisci clausulæ derogatoriæ positæ in primo testamento, juxta *l. Peregrè, in princip. ff. de Acquir. possess. cum concordant.* Vnde si in tali casu primum testamentum non tollatur, nisi dicta ejus clausula specialiter à testatore reuocetur in secundo, inducitur quædam impossibilitas reuocandi illud, & censebitur testator sibi imposuisse legem, à qua recedere non posset, quod jus non permittit, *d. l. Siquis in principio testamenti, in princip. ff. de Legat. 3.* Ego verò hanc resolutionem limitarem, vt solùm procedat, quando testator absque alterius inductione secundum testamentum condidit. Nam si illud fecit ad suasionem, vel preces alterius, cujus aliquo modo interesset, crederem præsumendum potiùs, eum omisisse reuocare specialiter dictam clausulam derogatoriam ad evitandam importunitem precum, suasoresque deludendos, quam ex illius obliuione. Quare si constet, quòd ex suasione alicujus secundum testamentum condidit, non satis erit ille cursus decennij, vt primum intelligatur reuocatum, nisi specialis ejus reuocatio in secũdo reperiatur.

Tertiò deducitur, si post factum primum testamentum cum clausula derogatoria, superuenerit aliqua causa, ex qua verosimiliter præsumatur, testatorem pœnituisse prioris voluntatis, satis id esse, vt tale testamentum censeatur reuocatum per secundum, licèt specialis reuocatio illius clausulæ in secundo non exprimatur; vt si inter testatorem, & hæredem scriptum ortæ fuerint inimicitiæ, vel testator ab eo fuerit læsus, similisue ratio intercesserit. Ita colligitur ex *l. 3. §. Non solum, & l. Ex parte, ff. de Adimend. leg. & ex l. Si cum Cornelius, ff. de Solution. & l. Vtilitatem, ff. de Confirm. tut.* & tenent Bald. Fulgosius Paul. Castrens. Ias. Couar. & alij, quos citat, & sequitur Mantica *d. tit. 8. num. 17.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 166. numer. 37.* & Molina *d. disp. 153. prope finem.* Ratio est aperta, quia illa noua causa mutandi primum testamentum, sufficientem inducit præsumptionem, quòd testator illud voluit reuocare per secundum, non obstante clausula derogatoria in primo apposita. 30

Quartò deducitur, si in primo testamento habente clausulam derogatoriam instituti sint hæredes extranei, & liberi exclusi, tale testamentum tolli per secundum, in quo liberi fuerint instituti, licèt clausula derogatoria in eo specialiter, non reuocetur. Ita cum Couar. Gregor. Lop. & communi DD. Molina *d. disp. 153. vers. Ex eadem doctrina*, quod etiam tenet, & latiùs probat Mantica *d. tit. 8. numer. 27.* & Menoch. *d. præsumpt. 166. num. 39.* Pietas enim, & naturalis erga liberos amor efficacem inducit conjecturam, quòd pater voluerit à primo testamento recedere, etiamsi in secundo non reuocauerit specialiter clausulam derogatoriam. Ampliat hanc resolutionem cum Baldo, & multis alijs Mantica *vbi sup. numer. 28. & seq.* vt procedat, etiamsi in primo testamento instituta esset causa 31

pia.

pia. Quia pietas erga filios, cùm sit maximè naturalis, & ipsi diuinæ legi valde conformis, efficacior esse solet, quàm pietas erga Ecclesiam, vel pauperes. Vnde celebre est illud S. Augustini, quod refertur *in cap. Quicumque, 17. q. 4. Quicumque voluerit filijs exhæredatis, facere hæredem, etiam Ecclesiam, alterum quærat, qui suscipiat, non Augustinum, imò Deo propitio, neminem inuenies.* Prædicta verò intellige, nisi sint conjecturæ, quòd testator reuerà noluit à priori testamento recedere, vt si condidit secundum testamentum ad sedandos filios, eorumque importunitates, & querimonias vitandas. Quod judicis arbitrio dijudicandum est, vt rectè aduertit Molina citatus.

32 Quintò deducitur primum testamentum habens clausulam derogatoriam tolli per secundum conditum ad pias causas, etiamsi nulla in eo fiat mentio clausulæ derogatoriæ. Ita relatis alijs Couar. *in rubr. de Testament. 2. p. numer. 19. vers. Septimò.* Mantica *lib. 12. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 8. num. 30.* & Menoch. *sup. num. 40.* Si enim hoc admittitur in testamento inter liberos, vt *num. præced.* dictum est; par fauoris ratio persuadet, vt idem sit in testamento ad pias causas; summa namque est ratio, quæ fauet religioni, & saluti animarum, *l. Sunt personæ, in fine, ff. de Religios. & sumpt. funer. l. Sancimus, in fine, Cod. de Sacros. Eccles.* Atque in dubio pro pia causa judicandum est, *cap. vltim de Rejudic.* Idem volunt non pauci, quos citat & sequitur Menoch. *loco citat. num. 42.* locum habere quando in secundo testamento instituta est persona valde dilecta testatori. Hoc tamen valde dubium est, vt videri potest apud Mantic. *d. tit. 8 numer. 6.* & illa testatoris dilectio solùm videtur posse inseruire, vt judex dispiciat, & arbitretur, an sufficientem præbeat cõjecturam, quòd testator à primo testamento recedere voluerit, non obstante clausula derogatoria in eo appositа. Ita sentit Couar. *vbi sup. vers. Octauò,* & Molina *d. disp. 153. fine.*

33 Sextò deducitur, si clausula derogatoria posita in primo testamento specialiter reuocetur in codicillis, satis id esse vt posterius testamentum valeat, licèt nulla in eo fiat commemoratio prioris testamenti, clausulæue derogatoriæ in eo adhibitæ. Ita cum Salicet. Alex. Iaf. Natta, & multis alijs Mantica *d. tit. 8. num. 25.* Quia satis per hoc constat testatorem voluisse à primo testamento recedere. Neque inde sequitur dari, vel adimi hæreditatem in codicillis; quia reuerà tunc non adimitur, nec datur, nisi per posterius testamentum; & codicilli tantummodo ostendunt, testatorem voluisse illud sibi esse vltimum; quod ad ejus valorem, & derogationem clausulæ derogatoriæ satis est; cùm ad hanc tollendam sola voluntas testatoris, etiam conjecturata, & præsumpta sufficiat, vt ex dictis constat.

Multos alios casus ex diuersis Authoribus congerit Mantica *d. tit. 8.* & Menoch. *à præsumpt. 166.* in quibus ex præsumpta voluntate testatoris primum testamentum habens clausulam derogatoriam tollitur per secundum, in quo illa clausula specialiter non reuocatur. Eos verò omittendos censui, quia sunt valde singulares, qui vix, aut nunquam euenient, pendentque à particularibus circunstantijs, quæ sub doctrina non cadunt. 34

Quarta conclusio. Aliqua sunt testamenta, quæ licèt non habeant expressè clausulam derogatoriam sequentium testamentorum, tacitè tamen illam continent, & consequenter non censentur reuocata per posterius testamentum simpliciter factum. Tale in primis est testamentum inter liberos, cui præter alia priuilegia, illud etiam concessum est, vt non censeatur reuocatum per posterius testamentum, in quo testator illud specialiter non reuocauerit. Sic habetur *in Auth. Hoc iuter liberos, Cod. de Testament. & in Auth. de Testament. imperf. §. Etsi quidem, collat. 8.* Id verò intellige, nisi posterius testamentum sit etiam inter liberos: nam tunc prius testamentum reuocarum censebitur, licèt in posteriore specialiter non reuocetur, vt notat Glos. communiter recepta *in d. §. Etsi quidem,* 35

verb.

verb. Perfecta, & tradit relatis alijs Molina *tom. 1. de Iust. disp. 153. vers. Meritò autem.* Et ratio est, quia cùm vtrumque testamentum sit æqualis fauoris, cessat inter illa prędictum priuilegium, & consequenter in eis habet locum generalis regula, quòd prius testamentum posteriore reuocatur. Estque hoc verum, etiamsi primum testamentem esset solemnissimum, & secundum minùs solemne, dummodo sit validū vt notat idem Molina, & latè à nobis traditum & probatum est *disp. 2. sect. 7. §. 5. numer. 203. & seqq.* contra Bened. Ægyd. ibidem relatum. Vult autem Iul. Clar. *§. Testamentum, q. 98.* id procedere quando secundum testamentum esset filijs magis fauorabile, non verò si minùs. Alij verò, vt Gregor. Lop. *in l. 8. tit. 1. part. 6.* & multi alij, quos citat & sequitur Menoch. *lib. 4. præsumpt. 166. sub num. 62.* vniuersim tenent, quòd vt primum testamentum tollatur per secundum, etiam æquè, aut magis solemne, opus est vt secundum sit magis fauorabile filijs. Quæ vtraque sententia mihi non displicet, licèt eam improbet Molina citatus.

36 Illud præterea notandum, vt testamentum inter liberos censeatur reuocatū per posterius testamentum inter extraneos, non satis esse, quòd in secundo generaliter dicatur à testatore, *Volo vt valeat, non obstante quouis alio testamento à me condito*, sed oportere vt uel specialis fiat mētio de eo quod fuit conditum inter liberos, vel illi generali reuocationi addatur; *Etiam condito inter liberos*: sic declarat Molina *d. disp. 153. vers. Tale etiam est*, & patet satis ex supradictis *numer. 20.* Quòd si in ipso testamento inter liberos apposita sit expressa clausula derogatoria; tunc vt intelligatur reuocatum per posterius testamentum, non satis erit quòd testator in posteriore testamento, dicat, velle se, vt valeat, non obstante priore testamento inter liberos, nisi simul specialiter reuocetur clausula derogatoria in illo appositа, juxta supra tradita in superioribus conclusionibus. Cùm enim ex lege vnam habeat clausulam derogatoriam tacitam, & aliam expressam à testatore, quæ aliquid debet operari, fit vt quod sufficit ad illam priorem reuocandam non sufficiat ad vtramque. Et ita docent relatis alijs Iul. Clar. *§. Testamentum, q. 99. vers. Hæc autem conclusio*, Couar. *in rubr. de Testam. 2. p. num. 19. concluſ. 4. corol. 4. in fine, & corol. 6. etiàm in fine*, & Molina *d. disp. 153. vers. Couar. loco citat.* Vnde etiam colligo, tale testamentum non debere censeri reuocatum per posterius conditum inter liberos, nisi in ipso posteriore fiat specialis reuocatio clausulæ derogatoriæ in priori expressæ; nam quòd posterius testamentum sit etiam inter liberos, solùm facit cessare priuilegium tacitæ derogationis in priori contentæ, vt constat ex dictis *num. præced.* & ideo ad tollendam etiam derogationem expressam, specialis reuocatio necessaria est.

Tale etiam est testamentum factum 37
cum juramento non reuocandi illud: hujusmodi namque juramentum habet vim clausulæ derogatoriæ, vt tale testamentum non intelligatur reuocatum per aliud posterius, nisi testator sufficienter declaret, se velle ab eo recedere, illo juramento non obstante. Ita cum Barthol & multis alijs Couar. *d. concl. 4. corol. 2.* Anton. Gom. *in l. 3. Tauri, num. 95. & seq.* Iul. Clar. *§. Testamentum, q. 94. vers. Vnum tamen*, Molina *d. disp. 153. vers. Idem est quando*, Menoch. *d. præsumpt. 166. numer. 63.* & Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 17. numer. 4.* estque communis sententia; quæ maximè procedit, stando in opinione infra tractanda, quòd illud juramentum est validum, & saltem in foro conscientiæ obligatorium. Nam cùm juxta hanc opinionem non possit testator absque perjurij reatu reuocare illud testamentum, præsumi non debet, voluisse cum tam graui jactura spirituali reuocare illud in posteriore testamento, nisi satis declaret, quòd vult ab eo recedere, non obstante juramento. Cæterùm etiam stando in alia opinione, quòd illud juramentum non obligat, idē tenendum est; nam testator id tali juramen-

mento intendit, vt testamentum facilè mutari non posset, saltem ob reuerentiam juramenti, quantumuis nulliter adhibiti. Et ita sentiunt Barthol. *in l. Siquis in princip. testamenti, numer.* 14. *ff. de Legat.* 3. Anton. Gom. *dict. numer.* 95. & alij, qui tenent illud juramentum non obligare, & nihilominus habere vim clausulæ derogatoriæ. De juramento autem assertorio, quo testator solùm juraret, se velle vt illud testamentum valeret, vel eam esse suam vltimam voluntatem, aut quid simile, contrarium tenendum est; scilicet per illud non induci clausulam derogatoriam, vt bene docent Couar. *loco citat. in* 4. *edit.* & Molin. *vbi supra.*

38 Testamentum quoque ad pias causas eandem videtur habere prærogatiuam, vt non intelligatur reuocatum per aliud posterius, nisi specialiter reuocetur, vt tradit Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 3. *sub numer.* 50. & sentire etiam videtur Gregor. Lop. *in l.* 8. *tit.* 1. *part.* 6. cum alijs, quos ibid. refert. Ratio est primò, quia hoc conceditur testamento inter liberos, cui conditum ad pias causas in Iure æquiparatur, *cap. Relatum,* 1. *de Testament. juncta l. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, Cod. eod.* Secundò, quia testamentum ad pias causas includit tacitam reuocationem speciem prioris testamenti habentis clausulam derogatoriam, vt *supra, numer.* 32. dictum est. Ergo includit etiam tacitam clausulam derogatoriam sequentium testamentorum: eadem namque est ratio ad vnum atque aliud, vt satis per se videtur constare. Hanc verò resolutionem limita, nisi posterius testamentum sit etiam ad pias causas; nam tunc non censebitur ei derogari per primum; quemadmodum in simili de testamento inter liberos, dictum est, *sup. num.* 35.

39 Vltima conclusio. Si verba, quibus reuocatur clausula derogatoria, non sint scripta in testamento, quo testator voluit tollere primum testamentum eam clausulam habens, satis est quòd probentur per testes, ad hoc vt prius testamentum pro reuocato habeatur. Sic Roman. *consil.* 385. *numer.* 7. *fine,* quem sequitur Mantica *lib.* 12. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 8. *numer.* 31. Nam quod à notario fuit omissum per errorem, vel obliuionem, suppleri potest per testes *l. Quoties, §. Sed si non in corpore, ff. de Hæred. instit.*

Illud tamen hìc notandum, si clausula 40
derogatoria contenta in priore testamento non fuerit reuocata, vt oportet, & posterius testamentum habuerit clausulam Codicillarem, legata in eo relicta præstari debere ab hærede scripto in priore testamento, vt cum Barbat. & Socin. jun. tradit Mantic. *dict. tit.* 8. *in fine.* Illa enim clausula habet vim codicillorum, in quibus legata, & fideicommissa relinqui possunt: primum autem testamentum habens clausulam derogatoriam sequentium testamentorum, solùm derogat testamentis, non verò codicillis postea conficiendis: & sic nec dictæ clausulæ Codicillari sequentis testamenti; ex qua proinde legata, & fideicommissa in eo relicta præstari debent ab hærede scripto in priore testamento, quod incorruptum manet. Quin etiam videtur ab eodem hærede restitui debere hæreditatem hæredi instituto in posteriore testamento, detractâ tantùm Trebellianicâ. Nam clausula Codicillaris facit valere testamentum in vim fideicommissi vniuersalis, ex quo hæres testatoris tenetur hæreditatem restituere instituto in tali testamento, vt est notissimum, & supra latè probatum, & declaratum *disp.* 2. *sect.* 10. §. 10.

Nihilominus tamen non credo, debere in præsenti casu restitui hæreditatem 41
instituto in posteriore testamento, nam mens testatoris apponentis clausulam derogatoriam in priore testamento est, vt hæreditas non auferatur per aliam voluntatem hæredi in eo scripto; & consequenter quòd nò teneatur eam restituere: quare non tantùm intendit derogare sequentibus testamentis, qua talibus, sed etiam qua fideicommissis vniuersalibus virtute clausulę Codicillaris; & sic ex defectu voluntatis dicta clausula

Codicillaris posterioris testamenti non operatur in præsenti, vt testamentum valeat in vim fideicommissi vniuersalis, ex quo hæres in priore testamento scriptus teneatur hæreditatem restituere. Quam sententiam in durioribus terminis tenet Curt. jun. *consil.* 196. *num.* 12. dicens, quòd per clausulam derogatoriam positam in priore testamento, etiam clausula Codicillaris posterioris testamenti redditur nulla, ita vt nec legata debeantur. Hoc tamen solùm videtur posse admitti, quando clausula derogatoria fuerit ita concepta, vt deroget cuilibet posteriori voluntati; quo casu etiam codicillis, & legatis derogabit, vt notat Mantica *loc. citat.* nam codicillis posterioribus sine dubio derogari potest, *l. Diuus, §. Licet, ff. de Iure codicil.*

§. 3. De reuocatione testamenti ex voluntate testatoris declarantis coram tribus testibus, vel in actis, se nolle illud valere.

SUMMARIUM.

VT reuocatio hoc modo facta valeat, requiritur quòd facta sit post decennium à die conditi testamenti: licèt aliqui hunc decennij effluxum requiri putent, post ipsam reuocationem factam; num. 42.

42 HIc est vltimus modus, quo testator potest reuocare testamentum: opus tamen est, vt illi declarationi testatoris accedat decursus decem annorum, vt initio huius sectionis dictum est, & habetur *in l. Sancimus, 27. Cod. de Testam.* Quæstio verò est; vtrùm illud decennium, debeat præcedere, vel subsequi dictam declarationem testatoris. Nam *in d. l.* id non explicatur. Anton. Gom. *ad l. 3. Tauri, num.* 102. *&* 103. & quidam alij, quos refert, sentiunt requiri, vt decennium effluat post illam declarationem, seu reuocationem à testatore factam. At longè verius est, *in d. l. Sancimus*, postulari, vt decennium sit emensum à die conditi testamenti, vsque ad illam reuocationem. Ita Glos. *in d. l. Sancimus, verb. Fuerit*, Jul. Clar. *§. Testamentum, q.* 91. dicens hanc esse communem sententiam, quam etiam innuit eam sequens Sylu. *verb. Testamentum*, 1. *q.* 12. *pronuntiato* 3. & Molina *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 153. *vers. Illud verò animaduertendum*, qui eam rationem reddit, quoniam irrationabile videtur exigere decursum decennij post talem reuocationem, vt valeat, præsertim cùm testes faciliùs possint testificari falsum de tempore tam diuturno. Propria verò ratio videtur esse, quia ille tam longi temporis decursus quodammodo infirmat, & debelius reddit testamentum antea factum; cùm ea sit vis, & potentia temporis, vt omnia paulatim minuat, & corrumpat, vnde Martial. lib. 9. Epigr. *Quid non longa dies, quid non consumitis anni?* & Ouid. lib. 5. Metamorph. *Tempus edax rerum, tuque inuidiosa vetustas, Omnia destruitis.* Et ideo ad tale testamentum dicta reuocatione tollendum conueniens, & quasi necessarium fuit, vt eam præcederet illud decennium, quo testamentum debilius redditum per eam tolleretur; cùm aliàs id operari non posset. Accedit, quòd in tam longo tempore possunt, & solent occurrere multæ causæ mutandi testamentum, & ideo meritò concessum intelligitur, vt post illud tempus elapsum dicta reuocatio posset fieri.

(:?:)

SEC-

SECTIO III.

Vtrum aliqua ratione possit testator sibi adimere vel impedire facultatem reuocandi testamentum?

SVMMARIVM.

RECENSENTVR *casus, in quibus hæc quæstio agitari solet, & in præsenti excutienda est; num.* 43.

43 QVamquam certissima regula juris sit, testatorem sibi adimere non posse facultatem reuocandi testamentum, vt vidimus *sect.* 1. *hujus disp.* & habetur expressè *in l. Siquis in princ. testamenti, ff. de Legat.* 3. aliqui tamen sunt casus, in quibus controuertitur, an ea regula fallat, saltem quoad hoc vt testator nequeat licitè testamentum reuocare. Primus est, quando testator jurauit, se non reuocaturum testamentum. Secundus, quando testator factus est Religiosus post testamentum conditum. Tertius, quando duo simul testati sunt, & de communi consensu hæredem instituerunt, vel aliquid aliud statuerunt; in quo casu dubitatur, an post mortem vnius possit alter testamentum reuocare quoad suam partem, præsertim, si se mutuò instituerunt, & grauarunt, vt quòd alter, si superuiueret, testamentum non reuocaret, ne alia communia relicta perirent, vel minuerentur? Explicandum hìc ergo est, quid in his casibus tenendum sit. Atque ex ijs, quæ circa illos dicemus facilè intelligetur, quid in similibus, & si qui fortè occurrerint censeri debeat.

(:!:)

§. 1. Vtrum testator possit reuocare testamentum, quod se non reuocaturum jurauit?

SUMMARIUM.

PRoponitur *prima sententia tenens, per tale juramentum reddi testamentum irreuocabile; num.* 44.

Prædicta sententia reprobatur, & falsa esse ostenditur; num. 45. *& seq.*

Quando actus alioqui infirmus, aut reuocabilis, confirmari censeatur per juramentum? num. 46.

Secunda sententia tenet, non obstante illo juramento, posse à testatore reuocari testamentum, citra metum perjurij; numer. 47. *Probatur, & confirmatur hæc sententia; num.* 48. *& seq.*

Votum non reuocandi testamentum factum ad causas pias valet; num. 50.

Tertia sententia est, fore perjurum testatorem, si testamentum dicto modo juratum reuocauerit; num. 50. *Proponuntur, & soluuntur fundamenta hujus sententiæ; ibid. & num.* 51.

Prædicta secunda sententia præfertur: tertia tamen valde probabilis judicatur; eâque retentâ, vt testator absque culpa perjurij testamentum reuocare possit necessaria est juramenti relaxatio, quam Episcopus concedere potest; num. 52.

Vtrum si Princeps approbet juramentum, vel promissionem non reuocandi testamentum, adhuc nihilominus testamentum reuocari possit? num. 53.

TRes hac in re sunt principales sen- 44
tentiæ. Prima tenet, juramentum non reuocandi testamentum reddere illud irreuocabile; ita vt si testator condat aliud testamentum, quo dicat, se illud primum reuocare, velleque vt non valeat, non obstante juramento &c. non solùm sit perjurus,

sed etiam reuocatio illa sit inutilis, & consequenter priori testamento standum sit. Hujus sententiæ sunt Hostiensis *in Sum. tit. de Sepulturis, §. An licitum, verſ. Quid ſiquis eligat*, Speculator *tit. de Inſtrum. editione, §. Compendioſe, verſ. Quid, ſi quis jurauerit, num.* 15. & Ioannes Coralius *in Prælud. ad l. Admonendi, num.* 31. *ff. de Iurejurando*, prout eos refert Couar. *in Rubr. de Teſtam. 2. p. num.* 9. Mouentur quia juramentum additum actui alioqui mutabili illum reddit firmum, & irreuocabilem, *cap. Cum contingat, de Iurejur.* Eandem sententiam tenet, saltem quoad effectum, Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſp.* 151. *verſ. Saluo autem meliori judicio*, vbi docet testamentum dicto modo juratum impleri debere, tam in conscientiæ, quàm in exteriori foro quantumuis testator illud reuocare intenderit in posteriore testamento, peccareque ipsum testatorem illud reuocando, non solùm peccato perjurij, sed etiam injustitiæ aduersus hæredes in eo institutos, proindeque competere ijs actionem, non solùm aduersus ipsum testatorem, vt hæreditatem eis relictam in primo testamento non auferat, sed etiam aduersus hæredes illius, ad quos illa actio passiua transit, vt ipsis restituant, quantum suâ intererat, non esse reuocatum testamentum. Et hanc ipsam sententiam clarè approbat Sanch. *lib.* 3. *Decal. cap.* 12. *numer.* 22. *juncto numer.* 63.

Prædicta nihilominus sententia com-
45 muniter ab alijs DD. reprobatur, vt apud citandos videri potest. Et quidem meritò, nam licèt fateamur, & verisimum sit, multos actus alioqui infirmos, & reuocabiles, imò & inualidos, juramento confirmari, & reddi irreuocabiles, vt per *d. cap. Cum contingat, de Iurejurando, & cap.* 2. *eod. tit. in* 6. *& cap. Quanuis pactum, de Pactis in* 6. *& Auth. Sacramenta puberum, Cod. Si aduerſus venditionem*, tenet communissima DD. sententia, quam latè probauimus, & declarauimus *in tract. de Contractibus in genere, diſp.* 8. *ſect.* 1. tamen plurimi etiam sunt actus, qui juramento non confirmantur, nec confirmari possunt, ita vt validè saltem reuocari nequeant, perinde acsi jurati non essent; atque hujus generis sunt omnes, quorum confirmationi jus humanum resistit, vt *eadem diſp.* declaratum est: jus verò maximè resistit confirmationi testamenti, vt reuocari nequeat, dum testator viuit, vt constat ex traditis *ſect.* 1. *hujus diſp.* Ergo non potest ita firmari juramento, vt reuocari nequeat à testatore.

Cõfirmo, & declaro hoc amplius ex ipsa 46
intrinseca ratione confirmationis per juramentum: quia tunc actus alioqui reuocabilis censetur confirmari, & fieri irreuocabilis per juramentum, quando ita firmatur, vt agens nequeat ab eo resilire citra perjurium contra Deum, & injustitiam contra hominem, in cujus fauorem gestus est: debet enim tale juramentum esse promissorium, & ita validum, vt quatenus Deum in testem veritatis adducit, obliget ex religione ad faciendum verum, id quod juratum est; & quatenus includit promissionem homini factam, obliget ex justitia ad implendum id, quod promissum est. In his quippe duobus effectibus simul sumptis; maximè verò in secundo, consistit confirmatio per juramentum. Vnde si careat secundo, (vt sæpe fit) eoquod promissio, quam inuoluit est inualida, habeat verò primum; dicitur juramentum per se stans, quod facilè relaxari potest; etiam inuito eo, in cujus fauorem fuit præstitum; prout hæc omnia ex communi DD. à nobis tradita sunt *dict. diſput.* 8. *de Contractibus in genere, præſertim ſect.* 1. *& ſect.* 4. *regula* 3. Promissio autem inclusa in juramento, quo quis alteri jurat, se non reuocaturum testamentum est inualida, & à jure reprobata, vt probauimus *ſect.* 1. *hujus diſputation. numer.* 2. tenentque communiter DD. & sic tale juramentum non valet, quatenus promissorium; proindeque non ita firmat testamentum, vt testator nequeat

queat ab eo recedere, illudque reuocare citra injustitiam aduersus promissarium. Vtrùm verò sit validum, quatenus adducit Deum in testem veritatis, ita vt sit perjurus testator illud non seruans? sequentes aperient sententiæ.

47 Secunda ergo sententia in præsenti est, non obstante illo juramento, posse à testatore reuocari testamentum citra metum perjurij. Hanc tenent Barth. *in d.l. Siquis in principio testamenti, numer.* 14. *ff. de Legat.* 3. Angel. *in l. Siquis pro eo, ff. de Fidejussor.* Bald. *consil.* 22. & 148. *volum.* 1. Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.* 95. Molina Iurista *lib.* 4. *de Primogen. cap.* 2. *num.* 4. Guttier. *de Iuram. confirmat.* 2. *p. cap.* 1. Pichar. *in §. Posteriore quoque, numer.* 70. *Instit. Quib. mod. testam. infirm.* esseque hanc sententiam communem testantur multi, quos refert Couar. *in rubr. de Testam.* 2. *p. numer.* 15. *vers. Secunda opinio*, qui etiam ibidem fatetur hanc opinionem à juris Ciuilis professoribus crebrò recipi. Eandem tenet Glos. *in cap.* 1. *de Pace tenenda, §. Item sacramenta, verb. Super contractibus*; & videtur etiam tenere Glos. Accursij *in d. Auth. Sacramenta puberum, verb. Ex tota*: pro illa etiam stat apertè Ordinatio Lusitana *lib.* 4. *tit.* 70. §. 3. vbi expressè inter alios contractus illicitos, & in jure reprobatos, qui non possunt confirmari juramento, numerat promissionem, qua quis alteri sub certa pœna promitteret, se eum relicturum hæredem in totum, vel in partem: idem in similibus terminis tradit Emman. Barbosa, relatis alijs, *in Remiss. ad cit. locum Ordinat. numer.* 2. dicens, quòd pacto instituendi aliquem heredem, non potest accedere juramentum, nec tanquam per se stans, nec tanquam confirmatorium.

48 Fundamentum hujus sententiæ est, quia leges omnimodam volunt esse libertatem testamentorum, itaut quantum in ipsis est, eam tueantur auferendo, & irritando quidquid eam tollere, aut minuere potest, vt constat ex dictis *sect.* 1. *numer.* 2. idque in commune bonum, cùm testamenti factio non priuati, sed publici juris sit, *l.* 3. *ff. de Testament.* Unde generaliter statuunt, neminem in hac materia sibi posse legem imponere, à qua ei recedere non liceat, *l. Siquis in princip. testamenti, ff. de Legat.* 3. Ergo impediunt etiam, & irritum omnino reddunt juramentum, quo testator se vellet obligare ad non reuocandum testamentum. Neque hoc excedit potestatem legum Ciuilium; nam juramentum in fauorem hominis præstitum, quale hoc est, sicut ab ipso homine relaxari, & irritari potest; ita etiam propter commune bonum irritari potest ab ejus Superiore, seu per leges Superioris, vt bene docet Molina *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 149. *vers. Deinde.*

Confirmatur primò; quia promissio soluendi pœnam sponsalibus adjectam, eo quod à jure reprobatur, quia impediret libertatem matrimonij, *cap. Gemma, de Sponsalibus*, non solùm non confirmatur juramento, sed nec ipsum juramentum valet, vt cum alijs docet Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. disp.* 32. *numer.* 21. *& sequent.* Ergo similiter in nostro casu; cùm promissio non reuocandi testamentum à jure improbetur, & sit nulla eo quòd impediret libertatem testamenti vt *sect.* 1. *numer.* 2. visum est. Confirmatur secundò; quia obligari testatorem ad non reuocandum testamentum, est contra bonos mores, *l. Stipulatio hoc modo*, 61. *ff. de Verbor. obligation.* juramentum autem contra bonos mores non obligat; cùm vinculum iniquitatis esse non possit, *cap. Quando, de Iure jur.* 49

Tertia nihilominus sententia est, fore perjurum testatorem, si testamentum dicto modo juratum reuocauerit. Ita Ioan. Andr. *in Regula, Quod semel, de Regul. jur. in* 6. Archidiac. *in cap. Vltima voluntas*, 1. *quæst.* 2. Anchar. *in cap. Cum esses, col. penult. de Testament.* Ioan. de Imola *in cap. Dilecto, col.* 2. *de Præben.* Salicet. *in l. Sancimus, col. vltim. Cod. de Testament.* Franeus *in cap.* 50

1. *de Sepulturis, in 6. col.* 1. Bald. *in l.* 1. *in Repet. col vltim. Coà. de Sacrof. Eccleſ.* Felin. *in cap. In præſentia, num. 6. de Probat.* Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 17. *fine*, & multi alij, quos citat & ſequitur Couar. *in rubr. de Teſtament. p.* 2. *num.* 16. Idem tenet, dicens eſſe verius Iulius Clar. §. *Teſtamentum, q.* 94. *verſ. Sed numquid.* Vbi pro eadem ſententia refert Alex. Alciat. & Nattam, eſtque communis DD. ſententia. Potiſsimum ejus fundamentum eſt, quia teſtator poteſt licitè non reuocare teſtamentum, quod ſe non reuocaturum jurauit, (ſupponimus enim, nihil illicitum in eo diſponi) vt autem juramentum homini præſtitum obliget; ſatis eſt, quòd ſit de re, quæ licitè fieri poteſt, vt conſtat ex *d. cap. Debitores, de Iure jur.* vbi deciditur, juramentum ſoluendi vſuras ex mutuo eſſe validum, & obligare; quia quanuis recipere tales vſuras ſit illicitum, attamen eas ſoluere illicitum non eſt. Hoc tamen fundamentum facilè excludi poteſt, dicendo, quanuis non ſit illicitum conſeruare ſponte illud teſtamentum, non reuocando illud; attamen eſſe prohibitum, & contra bonos mores, conſeruare illud ex neceſsitate, & obligatione; cùm leges tali obligationi contradicant: ac proinde tale juramentum eſſe de re mala, & ſic non obligare. Qua ratione probat Sanch. *lib.* 1. *de Matrim diſp.* 32. *num.* 21. *& lib.* 3. *in Decal. cap.* 9. *num.* 14. juramentum ſoluendæ pœnæ in ſponſalibus appoſitæ, non obligare, tanquam rei malæ; quia etſi ſponte ſoluere eam pœnam non ſit malum, at eam ſoluere virtute prioris promiſsionis malæ, eſt malum.

51 Secundò igitur arguit pro hac ſententia Molina *d. diſp.* 151. *verſ. Secundò poſſumus*; quia ſi quis juraret, ſe non reuocaturum teſtamentum conditum ad pias cauſas foret perjurus, ſi illud reuocaret; ſiquidem tale juramentum haberet vim voti Deo facti; quod cùm eſſet de re Deo grata, & non impeditiua maioris boni, proculdubio ex Religione obligaret: ergo jam habemus, poſſe teſtatorem obligari ex juramento ad non reuocandum teſtamentum. Vnde quanuis non ſit ad pias cauſas, ſi tamen licitam diſpoſitionem contineat, minimè repugnabit, quòd ex juramento teneatur teſtator illud non reuocare ſub reatu perjurij, & ſacrilegij, quemadmodum quando eſſet conditum ad pias cauſas. At hoc etiam argumentum non conuincit: eſt enim longè diuerſa ratio in teſtamento ad pias cauſas, atque ad non pias. Nam juramentum non reuocandi teſtamentum ad pias cauſas inuoluit promiſsionem factam Deo in bonum ſpirituale animæ teſtatoris; quæ promiſsio non cadit ſub poteſtatem legum Ciuilium, vt eam prohibeat, & reddat inualidam, quemadmodum prohibet, & annullat promiſsionem factam homini: ac proinde juramentum eam implendi non cadit ſuper rem malam, & prohibitam, ſed potiùs ſuper rem ſanctam, & Deo gratam, & ſic eſt validum: ſecùs verò juramentum non reuocandi teſtamentum ad non pia; cùm cadat ſuper promiſsionem à jure reprobatam, & annullatam, quam implere ex neceſsitate, & obligatione eſt malum, vt proximè *num præced.* declaratum eſt.

Ex his ergo ſententijs mihi ſecunda magis placet, licèt tertia etiam ſit valde probabilis. Iuxta quam, vt teſtator licitè poſsit reuocare teſtamentum dicto modo juratum, opus eſt vt priùs diſpenſationem, ſeu relaxationem juramenti obtineat: quam quidem poteſt Epiſcopus concedere; nam cùm prædictum juramentũ non confirmet teſtamentum, vel promiſsionem non reuocandi teſtamentum, vt etiam probant Suar. *tom.* 2. *de Religione tract. de Iuramento lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 21. *junctò num.* 23. & Rebellus *de Iuſt. p.* 2. *lib.* 1. *q.* 9. *num.* 2. *fine*, habet in eo locum communis DD. ſententia, quòd quando juramentum non eſt confirmatorium contractus, vel promiſsionis, ſed per ſe ſtans (quale juxta dictam tertiam ſententiam eſt hoc, de quo loquimur) poteſt Epiſcopus illud relaxare; cujus ſententiæ plurimos DD. refert Sanch. *lib.* 3. *in Decal. cap.* 12. *num.* 17. *&* 63. quos ſequi-

sequitur tum ibidem, tum *num.* 22. vbi in specie loquitur de juramento non reuocandi testamentum, & instituendi aliquem hæredem, supposito quòd non sit confirmatorium, sed per se stans; quod dicit esse probabile. Neque ad talem relaxationem obtinendam necessaria est alia causa, quàm quæ semper quasi intrinsecè inest, quoties juramentum non confirmat, vt tanquam probabilius tradit idem Sanch. *d. cap.* 12. *num.* 65. rejecta quadam distinctione, quam Suar. hac in re adhibet. Et ratio est, quia eadem ratio, quæ justas efficit leges irritantes illam promissionem, justamque præbuit causam arctandæ voluntatis contrahentium, ne validè se, & res suas pacto possent obligare; justam quoque præbet causam relaxandi juramentum, quo tale pactum juratunt. Quod si testator, non obtenta relaxatione juramenti testamentum reuocet; licèt grauiter peccet, vt dicta tertia sententia affirmat, attamen nulla obligatio ex eo juramento ad illius hæredes trâsit: quia juramentum homini præstitum est ita personale ex parte jurantis, vt ejus obligatio ad hæredes non transeat, vt docet D. Thomas 2.2. *q.* 98. *art.* 2. *ad* 4. Caiet. *ibid.* & cum alijs Sanch. *d. lib.* 3. *in Decal. cap.* 13. *num.* 1.

53 Quæres, vtrùm si dicto juramento vel etiam soli promissioni, non reuocandi testamentum accedat approbatio Principis talem promissionem confirmantis, adhuc nihilominus testamentum reuocari possit à testatore? Affirmant aliqui, quos citat, & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 19. *num.* 2. meliùs verò negant cum alijs Couar. *in rubr. de Testam. p.* 2. *num.* 3. & Molina *d. disp.* 151. *fine.* Quia illa promissio non est irrita de jure naturali (non enim est intrinsecè mala) sed solùm de jure Ciuili, in quo Princeps ex rationabili causa, non solùm validè, sed etiam licitè dispensare potest, vt latiùs prosequitur magis hanc resolutionem explicans Molina *cit.* Confirmatur præterea hæc resolutio ex dictis *disp.* 1. *sect.* 5. §. 3. *num.* 175. vbi tradidimus, posse à Summo Pontifice ita confirmari testamentum à monacho factum, vt maneat irreuocabile ab ipso testatore.

§. 2. *Vtrum Religiosus testamentum à se ante professionem factum reuocare possit?*

SVMMARIVM.

TEstamentum ingredientis Religionem non irritatur, secuta professione, licèt variè hac de re senserint DD. num. 54.

Religiosus professus in Ordine succedendi incapaci, non potest reuocare testamentum à se ante professionem factũ, num. 55.

Si autem sit professus in Ordine succedendi capaci, prima sententia tenet, posse ab eo reuocari testamentum, numer. 56. *Secunda asserit integrum illi esse reuocare, disponendo aliquid in fauorem filiorum, vel monasterij: non autem in fauorem extranei, numer.* 57. *Tertia verò simpliciter negat posse ab eo testamentum reuocari, numer.* 58. *Et hæc cæteris præfertur, licèt aliæ ob auctoritatem DD. probabiles dicantur, numer.* 59. *Respondetur ad earum fundamenta, ibid. & num.* 60. *& seq.*

Donatio cvvsâ mortis, & donatio inter conjuges, confirmantur, & reddantur irreuocabiles per professionem Religiosam donatoris. Et quomodo id intelligatur? num. 62.

Monasterium nequit reuocare testamentum, neque donationem causâ mortis, vel inter conjuges, similesue dispositiones reuocabiles, à Religioso ante professionem factas, num. 63.

Neque Summus Pontifex concedere potest facultatem Religioso professo ad reuocandum testamentum ante professionem factum, num. 64.

Religiosus declarare potest testamentum à se ante professionem factum, numer. 65. *& seq. & quomodo id sit intelligendum? num.* 67.

Iudex post quam sententiam tulit, potest illam declarare, non verò mutare, dict.

num. 65. & num. 66.

Religiosus, qui ante professionem legauit aliqua bona, vt distribuerentur in opera pia à se postea declaranda, potest post professionem ea declarare: & si etiam reseruauit electionem talium operum, potest ea eligere. Et vtrùm id procedat, si sit professus Ordinis Minorum? num. 68.

54 SVppono, testamentum ingredientis Religionem non irritari, sequuta professione; nam licèt variè hac in re senserint DD. tamen sententia tenens, tale testamentum manere firmum, est longè verior, & receptior; pro qua plurimos DD. refert eos sequens Sanch. *tom. 2. in Decal. cap. 3. num. 34.* et probatur facilè primò, quia jus liberam testandi facultatem concedit ante ingressum Religionis, *Auth. Nunc autem, Cod. de Episc. & Cleric. & §. Illud, Auth. de Monachis:* frustranea autem esset ea licentia, si sequuta professione, testamentum rumperetur, aut reuocatum censeretur. Secundò, quia contrariæ opiniones nullo sufficienti nituntur fundamento. Nam quidam asserunt, tale testamentum rumpi capitis minutione, quasi testator per professionem capite minutus sit: id verò falsum esse probat optimè Cujacius *in expositione Nouellæ, 5.* & Sanch. *vbi sup.* nam quanuis professus in Religione approbata statum mutet, libertatemque amittat; at mutat in melius; neque efficitur seruus, sed Deo per obedientiæ votũ se dedicans, sponte se priuat sua libertate. Item alij opinantur, monasterium succedendi capax haberi loco filij; & ita quasi agnatione posthumi testamentum rumpi, vbi testator in eo professus est. Et hoc etiam est falsum: nam longè verius est, monasterium non haberi loco filij, vt optimè relatis pluribus tradit, & probat idẽ Sanch. *lib. 7. in Decal. cap. 16. numer. 4.* & licèt admittamus in aliquo casu monasterium loco filij haberi, vt ad excludendum fideicommissarium sub conditione, si grauatus absque liberis decesserit, juxta *cap. In præsentia, de Probation.* id non debet extendi ad alios casus in jure non expressos, quia cùm sit filius fictus, & hoc sit à jure exorbitans, non est protrahendum ad alios casus, sed intra proprios terminos coercendum: Sanch. & multi alij, quos refert *d. cap. 16. num. 5.* Tandem alij distinguunt asserentes, reuocari illud testamentum ex præsumpta voluntate testatoris, qui Religionem succedendi capacem ingressus est, si quando illud condidit, non cogitabat de ingressu talis Religionis: secùs verò si cogitabat. At hæc etiam distinctio facilè excluditur: tũ quia illa præsumptio fundatur ab his DD. in eo, quòd professus in Religione censetur se, & sua bona monasterio dedicare, juxta *Auth. Ingressi, Cod. de Sacros. Eccles.* hæc autem tacita bonorum dedicatio solùm habet locum, quando professus testatus non fuerat, *Auth. Nunc autem, Cod. de Episc. & cleric.* ibi; *Si priùs testatus non fuit:* neque in hoc textu, alijsuè juribus de hoc loquentibus distinguitur, an tempore testamenti testator cogitauerit de ingrediendo Religionem, nec ne? Tum quia præsumptio hæreditatis tacitè ademptæ non admittitur, vbi alia conjectura capi potest, *l. fin. ff. de His, quæ in testament. delen.* In præsenti autem potest, & debet capi alia conjectura, scilicet, propterea professum, non disposuisse de suis bonis tempore professionis, quia jam antea de illis disposuerat. Tum denique, quia etiam admissa illa præsumptione, quòd testator voluerit reuocare testamentum, vt monasterium ei succederet, sola illa voluntas etiam expressa, non sufficit ad testamenti reuocationem, *§. Ex eo autem solo, Instit. Quib. mod. testam. infirm. l. Sancimus, Cod. de Testam.* & sup. *sect. 1. num. 3.* declaratum & Stat ergo præfata suppositio, quòd testamentum non rumpitur professione, & licèt in aliquo casu censeatur reuocatum, vt quando testator Religionem ingrediens, omnia sua bona ei contulisset, vt probat, & latè declarat Sanch. *d. lib. 3. in Decal. cap. 3. num. 31. & 32.* nobis satis est, quòd testamentum manere pos-

sit

sit post professionem, etiam in Religione succedendi capaci.

55 Hoc igitur supposito, insurgit proposita quæstio, quæ est grauissima, vtrùm integrum sit professo testamentum à se ante professionem factum reuocare? Qua in re ante omnia distinguendum est inter professum in Religione succedendi incapi, qualis est Ordo Minorum, & Religio Societatis Iesv, & in Religione succedendi capaci, quales sunt cæteræ fermè omnes Religiones. Si ergo professus sit in Religione incapaci succedendi, citra dubium est, non posse reuocare testamentũ antea factum; quia professio in tali Religione æquiparatur morti naturali, & sic confirmat omnino testamentum; ita vt deinceps maneat prorsus irreuocabile. Ita Barth. *in tract. Minoricarum, lib. 4. dist. 2. c. 3. fine, & in Auth. Siqua mulier, num.* 11. *& seqq. Cod. de Sacros. Eccles.* & ibi Paul. *num.* 5. Bald. *num.* 21. Salic. *in fine* & alij, Gregor. Lop. *in l.* 17. *tit.* 1. *part.* 6. *verb. Puede*, Guilliel. Bened. *in c. Raynutius, ver. Mortuo itaque testatore*, 1. *num.* 302. & omnes, teste Sanch. idem tenente *tom. 2. in Decal. lib. 7. c.* 11. *n.* 1.

Si autem sit professus in Religione ca- 56
paci succedẽdi, tres sunt principales sententiæ. Prima tenet, integrum esse tali Religioso testamentum reuocare. Hanc tenent Barth. *in l.* 1. *num.* 7. *de Testam.* & ibi Cuman. *num.* 5. & Aretin. *num.* 5. Idem Barth. *in l. Sed si mors, num.* 2. *ff. de Donat. inter uir. & vxor; & in Auth. Siqua mulier, num.* 14. *Cod. de Sacros. Eccles.* Caldas Pereira *de Reuocat. nominat. Emphyt. c.* 3. *num.* 17. Menchaca *de Succes. progres. lib.* 1. *§.* 2. *numer.* 52. *& seq.* multique alij, quos refert Sanch. *d. c.* 11. *num.* 2. Probatur primò *ex d. l. Sed si mors, & ex l. Res vxoris*, 22. *C. de Don. inter vir. & vxor.* vbi, cùm dicatur donationem inter conjuges confirmari morte ciuili, vt deportatione, tanquam si mortuo marito rata habeatur, subditur: *Ita tamen, vt non adimatur marito licentia eam reuocandi; quia & mors ejus expectanda est, vt tunc plenissimam habeat, firmitatem.* Ergo similiter, non ita confirmatur testamentum morte ciuili per professionem inducta, vt non possit ab ipso professo reuocari. Secundò, quia ex tali testamento non debetur hæreditas, neque legata nisi post mortem naturalem ipsius professi, vt tenet communissima penè omnium sententia, quam relatis plurimis tradit Sanch. *d. lib. 7. in Decal. c.* 3. *num.* 55. *&* 56. vbi ex hoc infert, si institutus, vel legatarij priùs obeant, quàm ille testator naturaliter moriatur, non transmissuros hæreditatem; neque legata ad suos hæredes. Ergo ante mortem naturalem illius, non est testamentum firmum, & irreuocabile: alioqui, cur statim post professionem non defertur ex eo hæreditas; quemadmodum quando testator profitetur in Religione incapaci succedendi?

Secunda sententia est, integrum esse 57
illi professo reuocare, disponendo aliter in fauorem filiorum, aut monasterij, non autem in fauorem extranei. Ita Cynus *in d. Auth. Siqua mulier, num.* 4. *C. de Sacros. Eccles.* & ibi Paul. *num.* 5. Bald. *num.* 22. Ias. *num.* 33 Salic. *num.* 6. *fine & seq.* Butrigar. 9. *vlt.* & Bellapert. *col. penult.* & alij non pauci, quos refert Sanch. *d. lib. 7. in Decal. c.* 11. *num.* 3 Fundantur *in d. Auth. Siqua mulier*, vbi conceditur professo testari in fauorem filiorum, & monasterij: quare à fortiori licebit in eorum fauorem prius testamentum reuocare.

Tertia sententia simpliciter negat, in- 58
tegrum esse tali Religioso testamentum reuocare. Hanc tenent Abbas *in c. In præsentia, num.* 61. *de Probat.* Francus *in rubr. de Testam. in* 6. *num.* 71. Imola *in l.* 1. *num.* 13. *ff. de Testam.* vbi declarat, quòd nec verbis, nec incidendo, nec cancellando testamentum, potest illud reuocare; Decius *in Auth. Ingressi, numer.* 13. *C. de Sacros. Eccles.* Couar. *c.* 2. *num.* 9. *de Testam.* Nauar. cõment. 2. de Regular. *num.* 53. Valasc. *de Partition. c.* 16. *num* 18. Guttier. *QQ. Canon. lib.* 2. *c.* 1. *n.* 57. *& seqq.* Bened. Ægyd. *in l.* 1. *p.* 4. *§.* 2. *num.* 6. *fine C. de Sacros. Eccles.* Molina

tom.

tom. 1. de Iust. disp. 140. vers. Virum verò Religiosus. Azor tom. 1. Instit. moral. lib. 12. cap. 6. q. 5. Emman. Rodrig. QQ. Regular. tom. 3. q. 16. art. 2. & q. 69. art. 3. & in Summa tom. 2. cap. 32. num. 2. Sanch. plurimos referens d. cap. 11. num 5. Fundamentum est primò, quia professus non potest secluso priuilegio testari, vt est notissimum, & sup. disp. 1. à nobis traditum. Ergo etiam reuocare nequit testamentum antea factum; nam quæ potestas necessaria est ad actum cóstituendum, eadem ad dissoluendum requiritur, l. Si vt proponis, 7. fine, Cod. de Nuptijs. Secundò, & à priori, quia ingrediens Religionem, ita per professionem moritur mundo, vt deinceps proprium habere non possit, nec de bonis antea habitis disponere, Auth. Ingressi, Cod. de Sacrof. Eccles. reuocans autem suum testamentum, verè de bonis ad se adhuc spectantibus jure proprio disponit.

59 Hanc vltimam sententiam ita veram censeo, vt duas priores propter solam DD. authoritatem dici possint probabiles, vt etiam censet Sanch. loc. proximè citat. Ad primum itaque argumentum pro prima seutentia adductum respondetur, non valere argumentum à mortuo ciuiliter per deportationem ad mortuum per professionem. Nam deportatus potest restitui, & sic non amittit omnino pristina jura, donec naturaliter non restitutus moriatur; quia si restituatur, ita illis gaudet & vti potest, acsi deportatus non fuisset, vt etiam ex multis alijs textibus constat: at verò mortuus per professionem nequit in pristinum statum redire; & ideo statim omnino amittit jus reuocandi testamentum, & de bonis suis disponendi.

60 Ad secundum respondetur, sententiam illam communissimam procedere, quando non constat testatorem voluisse, vt statim post suam professionem hæreditas, & legata darentur hæredi & legatario; nam si de hoc constet, tali voluntati standum est, statimque post professionem testamentum sortitur effectum, vt etiam est communissima DD. sententia, quam relatis pluribus tradit Sanch. d. lib. 7. in Decal. cap. 3. num. 54. Quod quidem non posset admitti, si adhuc post professionem tale testamentum esset reuocabile vsque ad mortem naturalem testatoris, non sufficiente Ciuili per professionem inductâ ad illud confirmandum: quia ex testamento nondum morte confirmato non est, neque potest esse hæres. Quando autem non constat de tali voluntate testatoris, tunc procedit illa communis sententia, de qua in argumento; quia cùm monasterium sit capax succedendi, & de jure succedat in bonis professorum, vt saltem illa retineat ex eorum persona pro tempore quo illi ea retinere poterant, si professi non essent, fit vt dum talis testator naturaliter viuit, nó pertineant ejus bona ad vocatos in testamento, sed ad monasterium; ad eum modum, quo in l. Cum pater, §. Hæreditatem, 1. ff. de Legat. 2. & in l. Statius, 48. §. Cornelio, ff. de Iure Fisci, decidit fideicommissum relictum in diem mortis, non cedere fideicommissario per deportationem grauati, sed à die mortis naturalis, & interim pertinere ad Fiscum: ex quo textu dictam communem sententiam probat Sanch. supra, num. 55.

Ad fundamentum secundæ sententiæ 61 respondetur, concessionem illius Auth. solùm fieri professo, qui antea testatus nó fuerit, vt constat ex ipso textu, ibi; Antequam de rebus suis inter eos disponat, monasterium iniret. Unde non bene inde colligitur concedi professo, vt possit mutare testamentum antea factum, disponendo aliter in fauorem liberorum. Imò argumento à contrario sensu, & ab speciali, oppositum infertur, vt optimè ponderat Sanch. d. lib. 7. in Decal. cap. 11. num. 5.

Ex dictis colliges primò, donationem 62 causâ mortis, & donationem inter conjuges, quæ morte naturali confirmantur, & vsque ad illam reuocari possunt, confirmari, & irreuocabiles reddi morte ciuili per professionem inducta, vt contra Roderic. Suar. & contra id, quod alibi docuerat, tenet re meliùs considerata Sanch.

ch. *d. cap.* 11. *num.* 10. vbi tamen rectè addit, si donator profiteatur in Religione succedendi capaci, non confirmari eas donationes, quoad hoc vt statim sint bona tradenda donatario, sed vt tradantur post naturalem mortem professi; & interim illis potiturum monasterium.

63 Colliges secundò, neque ipsi monasterio integrum esse reuocare testamentum, aut donationem causâ mortis, vel inter conjuges, similesve dispositiones reuocabiles, quæ à Religioso ante professionem factæ sunt, vt cum Angulo docet Sanch. *vbi supra, num.* 12. Quia hæ omnes dispositiones irreuocabiliter confirmantur per professionem disponentis, vt ex dictis constat; & sic per illam jus reuocandi, quod disponens habebat, extinctum est: jus autem professione extinctum, transire nequit in monasterium. Accedit, quod jus reuocandi has donationes est personale, nec transit ad hæredes donantis, neque ad Fiscum, vt cum alijs probat Angulo *de Meliorationibus, lib.* 1. *Glos.* 9. *à num.* 27. *& ex eo tradit Sanch. cit.*

64 Colliges tertiò, neque Summum Pontificem concedere posse monacho, vt reuocare possit testamentum ante professionem factum; idque non solùm quando est professus in Religione succedendi incapaci, quo casu id tradit, allegatis alijs, Surdus, *consil.* 90. *num.* 8. *volum.* 1. eoquod per professionem in tali Religione statim jus plenè acquisitum sit institutis in illo testamento: sed etiam quando est professus in Religione capaci succedendi; in quo idem dicunt Gozadin. *cons.* 41. *num.* 12. & Rubeus *consil.* 155. *fine*, si testator disposuit, vt statim à die professionis testamentum sortiretur suum plenum effectum; quod tunc etiam statim plenum jus institutis acquisitum sit: si autem testator id non disposuit, asserit Rubeus *sup.* fortè Papam concedere posse facultatem reuocandi, quia non est acquisitum plenum jus hæredibus, sed conditionale, si testatori superuiuant. At etiam in hoc casu non posse à Pontifice eam facultatem concedi, nisi ex vrgentissima causa, docet meritò Sanch. *d. lib. 7. in Decal. cap.* 11. *num.* 14. quia neque hoc jus imperfectum auferri potest absque vrgentissima causa.

Quæres, vtrum saltem possit monachus declarare testamentum à se ante professionem factum? 65 Respondeo affirmatiuè cum Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 69. *art.* 3. *& in Sum. tom.* 2. *cap.* 32. *num.* 2. & Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 16. Probatur primò, quia declarans suam dispositionem, & quæ sua fuerit voluntas, nihil tunc dat, sed quod datú est, significat, *l. Hæredes palam*, 21. *§. Siquid post, C. de Test.* neque aliquid de nouo facit, sed jam factum aperit, *l. Ideo, §. Cum quis, in fine, ff. de Acquir. rer. domin.* ergo quanuis monachus post professionem nequeat disponere de bonis antea habitis, neque mutare, aut reuocare testamentum, bene tamen illud potest declarare. Probatur secundò, quia licèt judex, postquam sententiam tulit, non possit eam immutare; eoquod officio suo functus sit, & jam quoad illam non sit judex, sed persona priuata, *l. Iudex postea, ff. de Rejudicata*; attamen, vt DD. ibidem tradunt, potest illam declarare; quia id non est nouum actum jurisdictionis exercere, sed exercitum declarare: ergo similiter in nostro casu.

Quod si opponas, illius esse interpretari, cujus est condere: *l. vltim. Cod. de Legib.* Ergo cùm professus jam nequeat testamentum condere, non posse etiam illud interpretari, neque declarare; 66 præsertim cùm talis declaratio non fiat quasi à teste deponente, sed tanquam ab habente auctoritatem, qui obligat ad eam interpretationem amplectendam; quam auctoritatem professus non habet. Respondeo ad veritatem illius proloquij non requiri, vt tempore, quo fit interpretatio habeat interpretans auctoritatem condèdi legem, sed satis esse quòd eam habuerit, quando legem condidit, sicut ad declarandam sententiam sufficit, quòd judex auctoritatem habuerit, quando eam tulit, & ita se rem habere in declaratione testamenti, de qua agimus.

Nota verò, dictam facultatem declaran- 67

randi, quam in professo admittimus, solùm habere locum respectu dispositionis obscuræ, & incertæ; nam quando esset clara, & de jure certa, si testator vellet eam aliter declarare, id non esset veterem dispositionem declarare, sed nouam inducere, quod professo interdictum est. Ita Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 17. qui etiam *num.* 18 rectè docet, oportere vt declaratio verbis conueniat, eisque commodè aptari possit, nam quando alicujus est declarare suam mentem, vt judicis, de quo *sup. num.* 65. declaratio debet conuenire verbis, quia alioqui non erit declaratio, sed noua dispositio, vt relatis pluribus tradit Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Libertis, in noua edit. num.* 13. *& seqq.* & probat text. *in cap.* 1. *de Testam. in* 6. *ibi, Dummodo eorum verbis conueniat.*

68 Ex his deducitur, si ingressurus Religionem legasset aliqua bona, vt destribuerentur in pia opera à se postea declaranda, posse eam declarationem facere post professionem, vt notat Sanch. *sup. num.* 19. quia id non esset de nouo disponere, sed tantùm declarare. Si autem simul reseruasset electionem talium operum, eo quod nondum ea haberet in mente: etiam tunc citra dubium est, posse talem electionem, & declarationem post professionem facere; quia talis electio est quid facti potiùs, quam juris, vt constat ex *l. Cum pater*, 79. §. *Hæreditatem*, 1. *ff. de Legat.* 2. vbi habetur, jus eligendi non tolli per deportationem, cùm tamen deportatus incapax sit eorum, quæ juris Ciuilis sunt, vt constat ex eadem *l.* §. *Pater*; nihil enim per talem electionem dat, vel disponit, sed tantùm apponit conditionem necessariam, vt antiqua dispositio effectum sortiatur. Utrum autem id procedat, quanuis talis professus sit Ordinis Minorum, nihil obstante speciali prohibitione, qua illis interdictum est, ne possint esse exequutores testamentorum? In vtramque partem sunt opiniones: sed probabilior videtur affirmatiua, quam magis probat Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 11. *num.* 32. *& lib.* 7. *cap.* 11. *numer.* 19. quem vide.

§. 3. *Vtrum testamentum factum à duobus, in quo de communi consensu hæredem instituerunt, aliquidvè aliud statuerunt, possit à quolibet eorum post alterius mortem pro sua parte reuocari?*

SUMMARIUM.

PRoponitur occasio hujus quæstionis, ac difficultatum sub illa expediendarum; num. 69.

Vtrum quando conjuges præfato modo testati sunt, possit v.c. vxor post mariti mortem reuocare pro sua parte testamentum, non obstante, quòd se mutuò hæredes instituerunt, & post vtriusque mortem bona sua de communi consensu alicui tertio reliquerunt? Et respondetur, quòd non solùm validè, sed etiam licitè reuocare potest; num. 70. *& seqq. Id verò intelligitur, nisi prædefunctũ conjugem decepisset, inducendo illum ad mutuam institutionem, animo eam reuocandi pro sua parte, si ille priùs obiret, vel si mors sibi immineret, ante quam ille decederet; quo casu restituere tenebitur illius hæreditatem, & quibus? num.* 73.

Vtrum quando præfati testatores supra dicto modo disposuerunt, & insuper se mutuò grauarunt, vt qui alteri superesset, eique succederet, testamentum non reuocaret, possit nihilominus superstes illud reuocare, licèt hæreditatem prædefuncti adiuerit, eaque potiùs sit? Respond. affirmatiuè; numer. 74. *An si superstes in tali casu reuocet, teneatur restituere bona prædefuncti, quæ sub illo onere non reuocandi ad ipsum peruenerunt? Prima sententia negat: ibid. Secunda affirmat; numer.* 74. *Ejus fundamentum reprobatur, & excluditur; numer.* 76. *Sententia Authoris; num.* 77.

Maior libertas de jure requiritur in testamentis, quàm in matrimonio;

nu-

num. 76.

Testator potest grauare hæredem non solùm vt restituat hæreditatem, sed etiam æstimationem fructuum, quos ex illa percepit, vel cùm percipere posset, dolo non percepit; num. 78.

Quãdo hæres fuerit rogatus præstare aliquid supra vires hæreditatis, debet excessus præstari ex fructibus ipsius hæreditatis, iudicio testatoris perceptis; ibid.

Traditur, & latè explicatur modus, quo ij, qui de communi consensu testantur, & bona sua post mortem vtriusque alicui tertio relinquunt, efficere possint, vt qui alteri superuixerit, nequeat mutare, aut infirmare notabiliter dispositionem, qua bona illi tertio relinquuntur; num. 79. & seqq.

Si aliquis in suo testamento disponat de bonis alterius ex illius consensu, tale testamentum confirmatur morte disponentis, etiam inuito eo, qui consensit; ita vt nullâ ex parte ab eo reuocari possit; d. num. 79. Ad hoc verò requiritur, vt testator disponat suo nomine de bonis alterius, iuxta licentiam ab eo obtentam, & non sufficit, quòd disponat nomine illius; num. 80.

Dans licentiam alteri ad testandum de omnibus suis bonis tam præsentibus, quàm futuris, debet sibi aliquid reseruare de quo possit testari: alioqui erit ea inutilis nulla, quemadmodum est nulla donatio omnium bonorum præsentium, & futurorum iuxta communem sententiam; num. 81.

Vtrum tam per viam legati, quàm institutionis, possit quis disponere in suo testamento de bonis alterius ex consensu illius? num. 82. & multis seqq.

Non repugnat, quòd duo simul testantes, & se mutuò instituentes sibi ad inuicẽ concedant dictã licentiam, vt alter de alterius bonis testetur. Et quomodo id aptè fieri possit? n. 90. & seqq.

Etiam in viro, & vxore locum habet prædictus modus testandi de bonis alterius ex ejus licentia; num. 94.

Quando vnus conjux alteri donat, non vt apud donatarium res donata permaneat, sed vt is alteri donet, talis donatio valet; ibid.

SÆpe qui arcta necessitudine inter se conjuncti sunt, maximè verò conjuges, testamentum de communi consensu condunt, quo se mutuò instituunt hæredes, & post vtriusque mortem bona sua relinquunt alicui tertio, eum vinculo maioratûs, alioue simili, aut etiam sine illo, & interdum etiam se mutuò grauant, vt qui vltimus decesserit non possit testamentum reuocare ne communia relicta pereant, vel minuantur. At postquam alter eorum decedit, plerumque fit vt superstes agat de reuocando, vel mutãndo tali testamento pro sua parte, vt bona ad se spectantia alijs relinquat. Qua in re non leues inuoluuntur difficultates hujus loci propriæ, & sic necessariò sub præsenti quæstione à nobis expediendæ. Vbi ex iam traditis *disp. 2. sect. 4. §. 5.* suppono, testamentum legitimè fieri posse à duobus, (imò & à pluribus) per modum vnius, de communi consensu, & sub eadem communi scriptura, tale verò testamentum reverà non esse vnum, sed plura; possèque sic testantes se mutuò hæredes instituere. Quæ omnia citato loco probata, & declarata sunt.

Hoc posito. Prima difficultas in præsenti est, vtrùm mortuo vno ex dictis testatoribus, v.c. marito, possit vxor quæ simul testata est, reuocare pro sua parte testamentum, non obstante quòd se mutuò hæredes instituerunt, & post vtriusque mortem bona sua de communi consensu alicui tertio reliquerunt? Ratio difficultatis est, quia fortè maritus eam non institueret, si intelligeret, quòd illa mutatura esset voluntatem, & alteri personę, quàm ab vtroque designatæ, sua bona relictura: vnde videtur cõmitti fraus, & deludi injustè maritus, si illa, post adeptam ejus hæreditatem, testamentum quoad suam partẽ reuocet. Nihilominus tamen cõmunis, & vera resolutio est, validè, ac licitè reuocari posse tale testamentum à conjuge superstite. Ita relatis alijs Valasc. *consult. 7. numer. 7.* Molina

tom. 1. *de Iust. disp.* 152. *vers. Dicendum tamen*, Sanch. *lib* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 21. *n.* 6. & Cardinal Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *sect.* 2. *num.* 45. Et inprimis, quod possit reuocari validè, constat facilè ex ipsa natura vltimæ voluntatis, quæ talis est, vt semper vsque ad mortem disponentis reuocari possit; adeo vt nemo testandi, vel mutandi testamentum liberam facultatem sibi possit auferre, vt est text. *in l. Siquis in princ. testamenti, ff. de Leg.* 3. & ex alijs etiam juribus demonstratum est *sect.* 1. *hujus disp. n.* 2. Confirmatur ex *l. Licet inter priuatos, Cod. de Pactis*, adjuncta communi Interpretum sententia; quia in eo textu conceditur, vt inter milites ad bellum euntes valeat pactum de mutua successione; & conueniunt DD. tale pactum valere in vim vltimæ voluntatis, sic esse reuocabil, quandiu quilibet eorum viuit: quod ob paritatem rationis, etiam in nostro casu locum habet

71 Deinde, quod etiam possit reuocari licitè, probatur excludendo rationem difficultatis in contrarium adductam. Nam cùm conjux prædefunctus, scire deberet quamlibet vltimam voluntatem esse reuocabilem vsque ad mortem, ipsi imputandum est, quòd se deceperit, instituendo superstitem, si fortè credebat, eum manere obligatum ad non reuocandum, & propterea illum instituit, aliàs non instituturus. Vnde nullam injuriam illi facit superstes reuocando testamentum quoad suam partem; cùm in hoc, jure suo vtatur, nec prædefuncti deceptio ei possit imputari. Quæ ratio approbatur *in l. Cum donationis*, vbi DD. *Cod. de Transactionibus*, & inseruit ad multa.

72 Confirmatur præterea hæc resolutio primò, quia mutua conjugum, & similium personarum valde conjunctarum institutio, potiùs videtur facta ob mutuum amorem, quàm ob spem, quòd neuter, altero vitâ defuncto, testamentum mutabit, vt patet ex *l.* 1. *ff. de Donat. inter vir. & vxor.* & ex notat. per Imolam *in cap. Officijs, de Testam.* Secundò, quia prædefunctus censendus est alium instituisse, quia alius ipsum quoque instituit, & tandem tribuit, *l.* 1. *§. Quæ onerandæ, ff. Quarum rerum actio non detur. & l. Si ventri, §. fin. & ibi Gloss. ff. de Priuileg. credit.* cum multis alijs adductis à Tiraq. *in l. Si vnquam, verb. Donatione largitus, à num.* 105. Tertiò, quia in hoc par vtriusque est conditio; siquidem superuiuens poterat priùs mori, & tunc alter ejus hæreditate potiretur, posset que similiter testamentum mutare. Vnde, quod contra euenerit, non injuriæ prædefuncto illatæ, sed meliori alterius fortunæ tribuendum est.

Aduertit autem bene Molina *dict.* 73
disput. 152. & ex eo Sanch. *dict. cap.* 1. *dubit.* 36. *numer.* 3. si dolo superstitis inductus fuit prædefunctus, vt se mutuò instituerent, animo reuocandi quoad suam partem, si alter priùs obiret, vel, si mors sibi immineret, antequam alter è vita decederet, teneri tunc superstitem juxta prudentis arbitrium restituere hæredibus, qui probabiliter crederentur à prædefuncto instituendi, aut successuri ei essent ab intestato, si non fuisset ita injustè deceptus. Quia tantundem damni censetur injustè dedisse illis futuris alioqui successoribus; consonat Valasc. *d. consult.* 7. *in fine*, vbi proponens casum, quo inter virum, & vxorem conuenit de instituendo consobrino, quem reipsâ instituerunt, vnusquisque pro sua parte; vno autem eorum mortuo, alter testamentum reuocauit, inquirit, an maneat firma institutio, quam fecit præmortuus, licèt superstes promissis non steterit? Et respondet affirmatiuè, addendo hanc limitationem, vt si probetur, quòd dolo conjugis superstitis alter fuit inductus ad illam institutionem faciendam, auocanda sit hæreditas à venientibus ab intestato, vtpote quę ad illos tunc spectet; pro qua limitatione plures DD. adducit. Ea verò intelligenda est pro foro externo. Nam in interno debet restitutio fieri ijs, quibus creditur, quòd testator ea bona esset relicturus, si deceptus non fuisset, prout in simili distinctiùs tradidimus *disputat.* 2. *sect.* 1. *numer.* 10.

Se-

Secunda difficultas est, vtrùm quando
74 præfati testatores dicto modo disposuerunt, & insuper se mutuò grauarũt, vt qui alteri supereſſet, eique succederet, testamentum non reuocaret; possit nihilominus superstes illud reuocare, licèt hereditatem prædefuncti adiuerit, eâque potitus sit? Respondetur, etiam in hoc casu reuocari posse à testatore superstite; quia leges nullo in casu permittunt obligari testatorem, ad non reuocandum testamentum, vt constat ex traditis *sect. 1. hujus disp. num. 2.* & ita docet Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 21. num. 7.* Vtrùm verò, si superstes in tali casu reuocet, teneatur restituere bona prædefuncti, quæ sub illo onere non reuocandi ad ipsum peruenerunt? dubio non caret; eòque præsens difficultas potissimùm spectat. Ubi pro negatiua parte stat satis vrgens ratio; quia illud onus continet modum de jure impossibilem; cùm per illud lædatur testamenti libertas, quod jus non permittit, vt ex dictis constat: modus autem, siue de facto, siue de jure impossibilis, habetur pro non adjecto, tam in vltimis voluntatibus, quàm in contractibus, vt cum Accursio, & communi DD. tradunt Molin. Iurista *lib. 2. de Primogen. cap. 12. num. 41.* Mol. Theol. *tom. 1. de Iust. disp. 208. num. 11.* Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. vlt. num. 7.* & Rebel. *2. p. lib. 18. q. 15. fine.* Ergo ex illo onere nulla inducitur obligatio; cùm id, quod nullum est, nullum producat effectum.

Contrariũ tamen tenet Cardinalis Lu-
75 go *tom. 2 de Iust. disp. 24. sect. 2. sub n. 46.* & mouetur ea ratione; quia illud onus, seu vt ille appellat, conditio non reuocandi, potest licitè impleri, vt satis liquet; & sic nec de facto, nec de jure est impossibile; ac proinde non debet haberi pro non adjecto: ergo si non impleatur, corruet dispositio, & titulus, ex quo superuiuens illa bona retinere possit. Quod si opponas, per tale onus impediri testamenti libertatem, quod jus non permittit, & tanquam contrariũ bonis moribus reprobat, *l. Stipulatio hoc modo, ff. de Verb. oblig. cũ concord.* & sic debere rejici tanquam turpe, & impossibile de jure: respondet non esse inconueniens, neq; contra bonos mores, quòd per tale onus minuatur libertas testandi, & reuocandi prius testamentũ; quia per ejusmodi onus solùm inducitur conditio, vel pœna de lucro non habẽdo, quæ non debet rejici, neq; haberi tanquã turpis, argum. *l. Titio centũ, §. 1. ff. de Cõdit. & dem.* vbi conditio nubendi certæ personæ adjecta institutioni, vel legato approbatur, nihil obstante, quòd per illã minuatur libertas matrimonij, quã jus etiam maximè tuetur; & idem est de modo, quo hæres, vel legatarius grauatur certam personam ducere, nam illũ etiam valere, docet cũ alijs Sanch. *lib. 1. de Matr. disp. 33. n. 8.* Unde cùm non minor, imo verò maior debeat esse libertas matrimonij, quã testamenti, profectò si talis conditio, vel modus nõ rejicitur respectu matrimonij, cur respectu testamẽti rejicienda erit?

Cæterùm, hæc ratio seu ratiocinatio cõ-
76 cludens non est, & multa inuoluit falsa, vel improbabilia. Quia in primis falsum est dictum onus non reuocandi, esse conditionem, sub qua hæreditas in proposito casu relinquatur superuiuenti; nam illud onus intelligitur impositũ à testatore, sicut cætera onera hæreditaria, quæ contrahuntur ab hærede post aditam hæreditatem; antea enim nondum existit hæres, & sic nullis hæreditarijs oneribus grauatur: si autem esset conditio, & validè apponeretur, impleri deberet ante aditionẽ hæreditatis; siquidem hæres sub conditione institutus hæres non est, neq; esse potest, ante conditionem impletam. Illud igitur onus reuerà non est conditio, sed modus institutioni adjectus. Vnde falsò etiam dicitur esse pœna de lucro non habendo; nã si apponitur vt modus, & sic contrahendũ post aditã hæreditatẽ eo non seruato auferendã, nõ potest dici pœna de lucro nõ habendo, sed de lucro amittendo; quæ est propria pœna tollẽs libertatem testamẽti; & sic nullla, & à jure reprobata, vt ex dictis cõstat. Deinde dato quòd sit cõditio, vt planè erit, si testator id declaret, veluti si dicat; *Instituo hæredem vxorem meam, si illa non reuocet testamentum, quo mihi,*

& post mortem vtriusque nostrum sua bona reliquit Seio consobrino nostro: etiam talis conditio est nulla, ipsamque dispositionem vitiat,& nullam reddit: est enim apertè captiosa: qualis est, quoties quis aliquem hæredem instituit, si vicissim ipse, vel aliquis tertius, hæres ab eo scribatur, aut scriptus esse ostendatur, *l. Illæ institutiones*, 71. *ff. de Hæred. instit. cum concord.* & traditum est *supra, disp.* 3 *sect.* 3. §. 1. *num.* 163. patet autem ejusdem rationis, & vitij esse conditionem; *Si non reuocauerit testamentum, quo me, vel Seium hæredem scripsit*; atque *Si me, vel Seium hæredem scripserit, vel reliquerit*; & similes, quæ non solùm sunt vitiosæ, sed ipsam etiam dispositionem vitiant, vt *citat. loco* traditum est. Denique licèt hujusmodi conditiones,& onera legitimè apponantur, & valeant respectu matrimonij, nihil obstante quòd ejus libertatem aliquo modo minuunt: non sequitur idem posse dici respectu testamenti; nam de jure multò maior requiritur libertas in condendo, & conseruando testamento, quàm in matrimonio contrahendo. Nam, vt alia omittam, jus non abstulit, imò verò induxit, & probauit, vt contracturus matrimonium posset per promissionem, & pactum se obligare certam personam ducere, vt est notissimum: omnino autem interdixit, & irritauit promissionem & pactum instituendi aliquem hæredem, vel non reuocandi testamentum, vt *sect.* 1. *hujus disp.* visum est, nec in dubium verti potest. Quare nihil illa doctissimi Cardinalis ratiocinatio concludit.

77 Quid igitur dicendum? Credo legitimam decisionem hujus casus petendam esse ex benigna interpretatione voluntatis testatoris, quam leges in similibus admittunt; vt nimirum dicamus, testatoris mentem in casu proposito esse grauare superuiuentem meliori modo, quo posit; & hunc modum esse, vt quando suam hæreditatem ei pro toto vitæ ejus tempore relinquit restituendam post ejus mortem certæ alteri personæ, teneatur talis superuiuens vltra ipsam hæreditatem, dare, seu restituere illi tertiæ personæ omnia sua bona, si tanti vel pluris æstimentur fructus, quos ex hæreditate ipsius testatoris percipiet, aut cùm percipere posset, dolo non perceperit: si autem minoris æstimentur, tantùm de suis bonis restituat, quantum illi æstimationis habuerint; ita vt in tantum ille superuiuens grauetur, in quantum à prædefuncto honoratur. In primis enim, quòd intelligendum sit, mentem testatoris fuisse grauare superuiuentem meliori modo, quo posset; ita vt cùm non posset eum grauare formaliter ad non reuocandum testamentum, intelligatur grauare simili onere à jure permisso, juxta id, in quo eum honorat; constat apertè ex *l. Filiusfamilias miles*, 117. §. *Vt quis hæredem, ff. de Legat.* 1. *& ex l. Ex facto*, 17. *in princip. ff. Ad Trebel.* vbi habetur non posse hæredem rogari, vt aliquem hæredem instituat; quare, si testator id rogauerit, perinde habendum, ac si rogasset suam hæreditatem restitui; quòd est onus simile, & in jure approbatum.

Deinde, quòd modus, & grauamen as- 78
signatum sit legitimum & admittendum suppositâ voluntate testatoris volentis sic grauare, probatur facilè; quia testator potest de jure grauare hæredem, non solùm habita ratione hæreditatis, quam ei relinquit, sed etiam habita ratione fructuum, quos hæres ex hæreditate percipiet, vel cùm percipere posset, dolo non percepit, vt scilicet tantùm de proprijs bonis dare teneatur, quanti illi fructus æstimantur, vt patet ex *l. Imperator*, 72. §. *Cum quidam, ff. de Leg.* 2. *& ex l. Cum pater*, 79. §. *Titio fratri, ff. eod.* quod etiam clarè sumitur ex *eadem l. Imperator, in princip.* Ergo cùm in nostro casu testator grauans hæredem non reuocare testamentum, quo tertiam quandam personam hæredem scripserat, intelligatur, eum grauare, vt præter hæreditatem ipsius testatoris, propria etiam bona illi personæ restituat, planè consequitur in tantùm ipsum hæredem grauari de proprijs bonis dare illi tertiæ personæ, in quantum dicti fructus æstimantur. Confirmatur præterea, nam quoties hæres

fuerit

fuerit grauatus supra vires hæreditatis ei relictæ, debet excessus suppleri ex fructibus judicio testatoris perceptis, *l. Ita tamen, §. Hæres ex asse,* & ibi Barthol. *ff. Ad Trebel.* Angel, Alex. & Ripa, quos refert, & sequitur Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 7. tit.* 10. *numer.* 20. Atque ex ijs patet responsio ad rationem in contrarium *numer.* 14. adductam. Cæterùm hanc resolutionem non ita firmo, vt contrarium non censeam valde probabile, quod alijs meliùs cogitandum relinquo.

79 Tertia difficultas est, an suppetat aliquod remedium, quo præfati testatores sibi possint consulere aduersus superuiuentis inconstantiam, & testamenti reuocabilitatem, ne relicta post vtriusque mortem pro parte superuiuentis pereant, vel minuantur? Respondeo bonum, & fortè vnicum remedium, seu cautelam esse, quòd vnus det alteri licentiam, ut de suis etiam bonis disponat, & tunc, qui eam licentiam obtinuit, disponat in suo testamento, tam de bonis proprijs, quàm de bonis alterius, prout ille consensit. Sic enim fiet vt etiam altero inuito tale testamentum confirmetur per mortem disponentis, itaut alter nulla ex parte illud reuocare possit. Vnde si maritus ex legitimo consensu vxoris maioratum instituat ex bonis vtriusque, talis institutio morte mariti confirmatur, nec vxor pœnitere potest. Ita Molina Jurista *lib.* 4. *de Primogen. cap.* 2. *sub numer.* 84. Molina Theolog. *tom.* 1. *de Iustit. disputat.* 152. *numer.* 5. Couar. *in Rubric. de Testament. p.* 2. *numer.* 8. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Condidit,* 2. *numer.* 2. Gonçal. Mendez de Vasconcellos *Diuersor. jur. argument. lib.* 1. *cap.* 11. *numer.* 4. *cum sequentib.* Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 21. *numer.* 3. Cardinal. Lugo *tom.* 2. *de Iustit. disputat.* 24. *sect.* 2. & plures alij, quos referunt. Ratio est, quia dispositio in tali testamento facta, non est communis, sed ejus tantùm, qui ex alterius licentia de illius etiam bonis testatus est, & ideo sola ipsius testatoris morte confirmatur, nec per alium vlla ex parte reuocari potest. Idem probant aliqui ex citatis DD. argum. *l. Nec fratres, Cod. de Donation. caus. mort. & l. Sicut, §. Venditionis, ff. Quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* Quinetiam addit bene Sanch. *sup.* cum alijs, & Cardinal. Lugo *dict. disputat.* 24. *numer.* 44. Quod neque viuente testatore potest, qui licentiam ei dedit, reuocare; quia concessio talis licentiæ, non est testamentum, sed quoddam pactum irreuocabile, quod proinde etiam viuente illo testatore, non potest eo inuito reuocari.

Vt autem prædictum remedium maneat expeditum, & securè eo vti possis, nonnulla aduertere oportet. Primò itaque notandum, hoc remedium procedere, quando quis proprio nomine de bonis alterius testatur, cum licentia illius: non autem si testetur nomine alterius, seu vt commissarius illius, quòd scilicet alter ei commiserit, vt suo nomine testaretur. (Qui testandi modus cum certis quibusdam limitationibus in Castella permittitur, vt constat ex *l.* 31. *Tauri, cum seqq. & ex tit.* 4 *lib.* 5. *nouæ recopil*) tunc enim testamentum est committentis, & solùm post ejus mortem confirmatur: isque illud potest reuocare, quandocumque voluerit, non autem commissarius. Ita cum alijs Sanch. *dict. dub.* 21. *numer.* 4. 80

Notandum secundò, supposita communi sententia, quòd donatio omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum regulariter non valet, vt etiam declarat Ordinat. Lusitana *lib.* 4 *tit.* 70. §. 3. non valituram similiter licentiam, quam quis alteri dederit ad testandum de omnibus suis bonis, tam præsentibus quàm futuris; quia per talem licentiam sibi adimeret facultatem testandi; quæ est ratio ob quam prædicta donatio non valet. Quapropter debet, qui talem licentiam dat, reseruare sibi aliqua bona, de quibus testari possit. Ita Vasconcel. *dict. cap.* 11. *sub num.* 4. *vers. Primò nec*; indicant Sanch. *sup. num.* 5. & Lugo *dict. num.* 44. 81

Notandum tertiò, non satis constare,
82 an tam per viam legati, quàm institutionis, vel fideicommissi vniuersalis, possit quis testari de bonis alterius, cum ejus licentia. Vasconcel. *d. cap.* 11. *num.* 6. *cum seqq.* tenet, posse disponere per viam legati, non verò institutionis, neque fideicommissi vniuersalis. Primum, quod scilicet possit legare, probat per text. *in d. l. Sicut, §. Venditionis, ff. Quib. mod. pign. vel hypot. solu.* quatenus ibi habetur, quòd si creditor permisit legari rem, quæ sibi erat hypothecata, transit ea res in legatarium absque onere hypothecæ, quasi ipsa etiam rei libertas fuerit legata, ac legitimè potuerit legari ex consensu creditoris.

83 Idem probatur, & fortè meliùs, argum. *l. Filiusfamil.* 1. *ff. de Donation. & l. Tamis*, 25. §. 1. *ff. de Mortis cau. donat.* vbi dicitur quòd filiusfamilias potest donare causâ mortis ex consensu patris: quod intelligitur de bonis ipsius patris. Nam quando hæ leges conditæ fuerunt, nihil proprium filijfamilias habebant, sed quidquid acquirebant patri acquirebant, vt constat ex *l. Placet*, 78. *ff. de Acquirend. hæredit.* & solùm excipiebatur peculium Castrense, vel quasi Castrense, de quo vt filius donare posset, necessarius nõ erat consensus patris, vt patet ex *d. l. Filiusfamil.* Quare bonum hinc sumitur argumentum ad præsens institutum: cùm donatio causâ mortis magnam cum legato habeat affinitatem, adeo vt quando donatore viuente acceptata non fuit, proprium censeatur, vt bene aduertit Molina *tom.* 2. *de Iust. disp.* 288. *col. antepen. vers. Dubium est.* Neque obstat, quòd licèt filius ita donare possit ex consensu patris, non tamen potest legare, vt probat Glos. *in d. l. Tamis, §.* 1. *verb. Patris*, estque communis sententia. Nam hoc non ideo est, quia magis repugnat naturæ legati, quod fiat ex bonis alterius, illo consentiente, quàm naturę donationis causâ mortis; cùm vtrobique eadem appareat ratio quoad hoc, sed quia filijfamilias sunt ipso jure incapaces disponendi per vltimam voluntatem, etiam de bonis proprijs, præterquam de Castrensibus, & quasi Castrensibus. Vnde neque ex patris consensu possunt de alijs bonis testari, aut legare, sed tantùm donare causâ mortis, eoquod talis donatio magis accedit ad naturam contractus. In nostro autem casu est sermo de jis, qui habent simpliciter facultatem testandi, & legandi, & solùm vt possint testari de bonis alterius indigent ejus consensu, ex quo non tam accipiunt facultatem testandi, quàm materiam, in qua ea facultate vtantur.

Magis videtur obstare text. *in l. Aliud* 84
est vendere, 121. *vers. Absurdum, ff. de Regul. jur.* vbi deciditur, absurdum esse plus juris habere eum, cui legatus sit fundus, quàm ipsum testatorem, si viueret. Vnde non videtur posse legari res aliena de consensu domini; quia jam plus juris in ea haberet legatarius, quàm ipse testator habuerit. Ad hoc tamen facilè respondetur ex eodem Vasconcel. *cit.* illum text. procedere in legatis ordinarijs, quæ fiunt ex sola voluntate testatoris, non verò in extraordinarijs, de quibus loquimur; in quibus vltra testatoris voluntatem concurrit consensus domini, ad quem res legatæ spectabant; qui consensus supplet in testatore defectum dominij, ad hoc vt possit eas legare tanquam proprias, & consequenter conferre legatario earum dominium, quo ipse testator carebat.

Secundum, quòd scilicet id fieri ne- 85
queat per viam institutionis probat citatus Doctor primò, quia instituere est dare hæreditatem: hæreditas autem est jus, quod defunctus habuit tempore mortis, *l. Hæreditas*, 63. *& l. Hæredem*, 60. *ff. de Regul. jur.* In præsenti autem casu nullum jus habet testator in bonis alterius, sed tantùm licentiam disponendi de illis: ergo non potest ex illis instituere hæredem. Confirmatur, quia alioqui plus commodi relinqueret talis testator hæredi suo, quàm ipse haberet contra, *l. Nemo plus*, 163. *ff. de Regul. jur.* Secundò, quia quando quis validè disponit de re alterius cum illius consensu, talis res

de-

debetur, & peti potest actione mandati; quatenus scilicet, qui alteri mandauit, vt de re sua disponeret, tenetur stare dispositioni, quam alter juxta illius mandatum fecit: hæreditas autem solùm potest deberi, & peti ex testamento, vt est notissimum per *l. Hæreditas, Cod. de Pact. conuent. cum simil.* Ergo de bonis alterius ex illius consensu non potest hæreditas dari; atque adeo neque institui hæres. Tertiò quia alioqui immeritò reprobaretur donatio omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum, ex eoquod per eam priuaretur donator facultate testandi; siquidem adhuc posset impetrare ab alio facultatem testandi de bonis illius, & sic decedere cum testamento.

86 Dicendum nihilominus est, quod etiam per viam institutionis potest quis disponere de bonis alienis ex consensu domini. Ita planè fateri debent, qui absolutè docent posse Religiosum professum testari cum licentia Summi Pontificis, quin ad hoc sit necessarium, vt Pontifex cum eo dispenset in voto solemni paupertatis, quo redditus est incapax habendi proprium. Quam sententiam tradidimus *disp. 1. sect. 5 §. 3. num. 166.* & tenent grauissimi DD. ibidem relati; juxta quam planum est, instituí posse hæredem ex bonis non proprijs testatoris, accedente consensu ejus, ad quem talia bona, siue quoad dominium, siue quoad solam administrationem pertinent. Et ratio generalis est; quia per se loquendo, qui habet facultatem domini ad vtendum certo aliquo modo illius bonis, ita potest eo modo illis vti, acsi esset ejus dominus, vt satis per se constat: ergo qui à domino habet facultatem ad testandum de ejus bonis, ita potest de illis testari, sicut si esset eorum dominus: atqui si esset dominus, posset ex illis hæredem instituere: ergo hoc ipsum potest cum facultate domini.

87 Neque obstant in contrarium adducta. Ad primum enim respondetur, quòd in illis legibus dicitur, hæreditatem esse jus, quod defunctus habuit tempore mortis, debere intelligi de jure, quod vel formaliter, & in re ipsa, vel virtualiter in sola potestate ad illud conferendum, penes defunctum erat tempore obitûs. Qui autem testator de bonis alienis ex licentia domini, licèt reipsâ non habeat eorum dominium, habet tamen potestatem ab ipso domino ad illud conferendum, & hoc est habere illud virtualiter, & in potentia, quod satis est vt in illis bonis possit hæredem instituere. Ad confirmationem respondetur regulam, *Nemo plus*, intelligi ordinariè, id est, de ijs, qui solùm de bonis proprijs testantur, prout ordinariè contingit, non verò de ijs, qui testantur de alienis ex domini consensu: hoc enim accedente, non repugnat, quòd plus juris, & commodi relinquat, quam ipse haberet, vt constat ex dictis *num. 84.* & patet ex *d. l. Sicut, §. Venditionis, ff. Quib. mod. pign. vel hypoth. solu.* vbi quando res hypothecata legatur de consensu creditoris, plus commodi ex ea relinquitur legatario, quàm ipse testator haberet. Siquidem legatario relinquitur libera ab onere hypothecæ, cum quo testator illam possidebat.

Ad secundum respondetur, quòd tunc 88
bona, de quibus aliquis disponit ex consensu domini, possunt peti actione mandati, quando dispositio facta est nomine ipsius domini; vtpote ex mandato, & commissione illius: at quando aliquis testatur de bonis alterius cum ejus licentia, non disponit nomine illius, neque vt commissarius, sed nomine proprio, vt *sup. num. 80.* notauimus: ad eum scilicet modum, quo quis aliena bona de consensu domini in proprios vsus consumit, quod non alieno, sed proprio nomine facit: vnde siue per viam legati, siue per viam institutionis illa bona relinquantur ex consensu domini, petenda non sunt actione mandati, sed ex testamento: neque quando relicta sunt per viam institutionis, petenda sunt, vt hæreditas domini consentientis, sed vt contenta in hæreditate ejus, qui de illis testatus est; quia eo ipso, quòd poterat de illis testari, & reipsâ testatus est, in ejus hæreditate continentur; vtpote qui tempore mortis habe-

bat eorum dominium virtualiter, vt *sup. num.* 87. explicatum est.

89 Ad tertium denique respondetur, vt donatio omnium bonorum, tam præsentium, quàm futurorum, reprobetur tanquam priuans donatorem facultate testandi, non oportere quòd talis donator maneat omnino incapax testandi in quouis euentu, sed sufficere quòd secluso aliquo casu extraordinario, maneat destitutus facultate testandi. Nam casus extraordinarij, & rarò contingentes, non veniunt in considerationem: & talis est casus, quo tali donatori daretur licentia testandi de bonis alienis, cùm id rarissimè contingat. Alioqui, etiam secluſa facultate testandi de bonis alienis ex consensu domini immeritò illa donatio ob eam rationem reprobaretur, quia semper euenire posset, vt donatarius eam remitteret, saltem quoad aliquam partem, in quo euentu posset donator testari. At cùm ejusmodi euentus non sit ordinarius, nec in potestate donatoris, fit vt non obstante ejus posibilitate, censeatur donator se priuare facultate testandi. Eadem autem, 88 imò fortior est ratio de euentu, quo ei daretur licentia testandi de bonis alienis, cùm talis euentus rarior, & magis extraordinarius sit, quàm remissio donationis, saltem quoad aliquam partem.

90 Vltimò notandum, non repugnare quòd duo simul testantes, & se mutuò hæredes instituentes, sibi adinuicem concedant dictam licentiam, vt alter de alterius bonis testetur; vt loquendo de viro, & vxore simul in eadem charta testantibus tradit, allegando alios, Vasconcel. *d. cap.* 11. *num.* 4. Quod in hunc modum videtur faciendum: nimirum, vt in publico instrumento, & coram idoneis testibus dicat maritus; Si contingat meam vxorem priùs è vita decedere, ei pro tali casu concedo facultatem, vt possit testari, & disponere de meis bonis tam præsentibus, quàm futuris in eum vsum, & in fauorem earum personarum, de quibus in nostro communi testamento fiet mentio, exceptis tantùm centum aureis, quos mihi reseruo, vt de illis testari possim. Deinde vxor similiter dicat; Si contingat meum maritũ priùs decedere, ei pro tali casu, &c. Facta enim hac mutua concessione, optimè stare potest, quòd vnusquisque legitimè testetur de omnibus bonis alterius, pro euentu quo alter superuiuat, exceptis tantùm illis centum aureis, quos alter in eundem euentum sibi ad testandum reseruauit. Nulla enim in hoc apparet repugnantia; vt ex sequenti exemplo facilè intelligetur.

Nam si ponamus, maritum ita dicere 91 in testamento. Si Berta vxor mea, mihi superuixerit, volo eam mihi hæredem esse; & quia pro eodem casu, quo illa superuiuat, facultatem ab illa habeo testandi simul de omnibus ejus bonis, exceptis centum aureis, quos sibi reseruauit; volo, & mando, vt post ejus mortem tam bona, quę illi relinquo, quàm quæ illa nunc habet, & quæ tempore mortis ejus apud eum reperientur, exceptis dictis centum aureis, deueniant ad Titium consobrinum nostrum, cum vinculo maioratûs, vt in nostra familia perpetuò conseruentur, &c. Si autem (quod Deus auertat) dicta mea vxor priùs decesserit, in tali euentu facio meum hæredem dictum Titium: declaro autem me pro eo euentu concessisse dictæ vxori meæ facultatem testandi de omnibus meis bonis, tam præsentibus, quàm futuris, exceptis tantùm centum aureis: & ita dictus meus hæres, solùm ex meo testamento habebit illos centum aureos, eosque illi relinquo cum onere, & vinculo supra dicti maioratûs, &c. Si ponamus, inquam, maritum ita testari, nulla in tali testamento est conditio, aut clausula, quæ non sit legitima, aut compatibilis cum simili testamento vxoris: quo videlicet illa similiter dicat; si Seius maritus meus mihi superuixerit: volo eum mihi hæredem esse: & quia pro eodem casu, quo ille superuiuat, &c. vt facilè vtrumque testamentum vnum cum altero conferenti constabit.

Ergo non repugnat etiam, quod vir, & 92 vxor simul testentur, dicendo promiscuè, quòd volunt vt qui ex eis superuixerit sit hæres prædefuncti; & quia inter se cõstitu-

tituerunt, vt qui priùs moreretur posset etiam disponere de bonis alterius, exceptis centum aureis; vnusquisque eorum pro casu, quo priùs moriatur, vult & mandat vt tam bona sua, quàm ejus, qui superuixerit post ipsius superuiuentis mortem deueniant ad Titium cum vinculo maioratûs, vel alio modo, exceptis illis centum aureis; & pro casu quo alteri superuiuat, instituit hæredem dictum Titium, qui tamen solùm ex ejus testamento habere poterit dictos centum aureos, quos solos pro tali casu sibi ad testandum reseruauit, vultque vt dictus Titius eos habeat cum prædicto vinculo maioratûs, &c.

93 Ex quibus, ni fallor, manet satis expeditum, & probatum remedium, quo simul de communi consensu testantes possint se mutuò tueri, & securos reddere aduersus superuiuentis inconstantiam, ne is principalem testamenti dispositionem infringere valeat, licèt semper possit reuocare suum testamentum, & mutare dispositionem quoad illam exiguam bonorum partem, quam sibi ad testandum reseruauit, & de qua sola testatus est. Quæ omnia communiter videntur recepta, licèt non ita explicatè à DD. tradantur.

94 Nec dicas saltem in viro, & vxore simul testantibus, non videri dictum remedium securum; quòd illa concessio, qua vnus alteri permittit, vt possit disponere de ejus bonis, videatur esse quædam donatio: donationes autem inter virum, & vxorem nullius sint momenti, antequam per mortem donantis confirmentur, *l. 3. §. Sciendum autem, ff. de Donat. inter virum & vxorem, cum simil.* Respondetur enim in primis dictam concessionem non esse donationem, cùm nihil ex bonis concedentis alteri conjugi detur. Deinde esto, illa concessio haberet rationem donationis, adhuc nihilominus valere; quia quando vnus conjux alteri donat, non vt apud donatarium res donata permaneat, sed vt is alteri donet, talis donatio valet; quia conjux recipiens non fit inde locupletior, vt est casus *in l. Profectitia, §. antepen. ff. de Iure dot.* & docet cum Barthol. Tiraq. & alijs Sanch. *lib. 6. de Matrimon. disp. 3. num. 6.* quod etiam sumitur ex *l. Si Sponsus, fine, ff. de Donat. inter vir. & vxor.* ibi; *Vbicumque non diminuit de facultatibus suis, qui donauit, vel etiamsi diminuat, locupletior tamen non fit, qui accepit, donatio valet.* Accedit quòd quando conjuges sibi mutuò concedunt, vt alter de alterius bonis testari possit, modo supra explicato, talis mutua concessio est instar donationis mutuæ, vel remuneratoriæ; quæ inter conjuges valet, vt ex jure, & DD. latè probat Sanch. *d. lib. 6. de Matrimon. disp. 6. num. 11.*

SECTIO IV.

De infirmatione testamenti ex alijs causis citra testatoris voluntatem.

SUMMARIUM.

EX triplici capite potest infirmari testamentum citra voluntatem testatoris: & quæ illa sint? numer. 95.

Testamentum rumpitur quoad institutiones agnatione posthumi filij, aut nepotis in eo præteriti. Item per querelam inofficiosi ratione injustæ exhæredationis eorum, qui instituendi erant; num. 96.

Testamentum infirmatur, si testator damnetur morte naturali, vel si ipse sibi mortem conscisuit, quia morte naturali, vel Ciuili, damnandus erat. Item si damnetur morte Ciuili, ex cujus damnatione ciuitatem, & libertatem, vel saltem ciuitatem amittat. Et quinam hanc damnationem subeant? Item si se alteri in arrogationem dedit; numer. 97.

Si prædicti morte ciuili damnati restituti sint tempore mortis naturalis, conualescit eorum testamentum. Et idem est in testamento arrogati, si tempore mortis sit sui juris, & declarauerit se velle cum eo testamento decedere; numer. 98.

Tes-

Testamentum ejus, qui postea fit vsurarius manifestus, irritatur; & in quo casu conualescat? num. 99.

Testamentum redditur irritum, si ex eo non adeatur hæreditas. Et quomodo id procedat, quando hæres scriptus erat Suus? num. 100.

95 QVæad hanc infirmationem spectant, fermè omnia profligata sunt in superioribus, tum alijs in locis, tum præsertim *disp.* 1. *sect.* 2. vbi latè agitur de iis, qui ob aliquod crimen vel damnationem redduntur intestabiles: horum enim testamenta antea facta, statim sequuto eo crimine, vel damnatione, infirmantur, & irrita fiunt, vt ibid. notatur, & *disp.* 2 *sect.* 10 §. 7. vbi agimus de infirmatione Codicillorum, atque ferè omnia, quæ ad testamenti infirmationem pertinent, satis explicantur. Et ideo quam breuissimè hoc loco rem hanc expediemus, idque vt aptè fiat, ante omnia aduerto, omnes causas, ex quibus testamenta validè confecta citra testatoris voluntatem infirmantur, aut rumpuntur, ad tria capita reduci: primum est, vitium internum ipsius testamenti: secundum, vitium externum superueniens, non incurrens immediatè in ipsum testamentum, sed in personam testatoris: tertium, defectus hæredis in testamento scripti.

96 Ex primo capite, scilicet ratione vitij interni, rumpitur testamentum primò, agnatione posthumi filij, vel nepotis in eo præteriti: qua de re latè à nobis dictum est *disp. præced. sect* 3. §. 3. Secundò, per querelam inofficiosi, ratione injustæ exhæredationis, qua descendentes, vel ascendentes, alijuè necessariò instituendi, absque legitima causa ab hæreditate sunt excluſi: de quo etiam *disp. præced. tota fermè sect.* 3. plenè dictum est. Ex his verò duabus causis, solùm quoad hæredis iustitutionem testamentum rumpitur: cætera enim in eo disposita firma manent vt expressè habetur *in Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.*

97 Ex secundo capite, nempe ex vitio superuenienti personæ testatoris, infirmatur testamentum: primò, si testator damnetur morte naturali, vt ex communi sententia tradidimus *disp.* 1. *sect.* 2. §. 6. *num.* 66. & habetur expressè *lib.* 4. *Ordinat. Lusit. tit.* 81. §. *vltim.* Quod intelligendum est cum limitationibus, & ampliationibus *d.* §. 6. adhibitis. Et idem est, si reus postulatus, aut deprehensus in crimine morte naturali, vel ciuili plectendo mortem sibi conscisciuit, *l. Siquis filio, 6. §. Ejus qui, ff. de Injusto rupto, & irrito fac. testam.* Secundò si damnetur morte ciuili, ex cujus damnatione ciuitatem, & libertatem, vel solam ciuitatem amittit, seu (quod idem est) si maximam, vel mediam capitis diminutionem patiatur, *l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Test. tament. §. Alio autem modo, cum seq. & ibi DD. Inst. Quib. mod. testam infirm.* Hanc pænam sustinebant, olim damnati ad bestias, & in metallum, qui & ciuitatem, & libertatem amittebant, fiebantque serui pænæ, quemadmodum damnati morte naturali: item deportati, & interdicti igne & aqua, qui ciuitatem tantùm amittebant; prout hæc omnia latè, & cum multis declarationibus tradita sunt *disp.* 2. *sect.* 10. §. 7. *dubit.* 1. *& disp.* 1. *sect.* 2. §. 6. *ex num.* 80. vbi *num.* 85. *& seq.* cum aliquibus DD. aduertimus, damnatos ad triremes, & ad perpetuum carcerem æquiparari damnatis in metallum, & propterea factionem testamenti non habere: quod etiam de damnato ad munus carnificis perpetuò exercendum, tradit, relatis alijs Peregrin. *lib.* 3. *de Iure Fisci, tit.* 4. *num.* 5. *& seqq.* Tertiò si se alteri in arrogationem dedit: is enim cùm statum mutet, transeundo cum suis bonis in jus & familiam arrogatoris, capite etiã minuitur, minima scilicet diminutione; & ita fit intestabilis, vt etiam testamentum, quod antea feciſlet, infirmetur, *l. Cõficiuntur,* 8. §. *Si post factum, ff. de Iure codicil. l. penult.* §. *Testamento, ff. de Bonor. possess. secundum tab.* & traditum etiam, latèque explicatum est *sup. d. disp.* 2. *sect.* 10. §. 7. *dub.* 1.

Nota verò, si prædicti, qui post testa- 98
men-

mentum factum capite minuti, sunt in pristinum statum mortis tempore restituti sint, convalescere jure Prætorio eorum testamentum, §. *Non tamen, Instit. Quib. mod. testam. infirm. d. l. Conficiuntur, §. Si post factum, & d. l. penult. §. Testamento*: cum hoc tamen discrimine, quòd vt convalescat testamentum ejus, qui postea se in arrogationem præbuit, opus est vt postquam sui juris effectus fuerit, declaret, se velle cum eo testamento decedere: vt autem convalescat testamentum ejus, qui postea civitatem, vel etiam libertatem ex damnatione amisit, & tempore mortis restitutus est, nulla nova voluntas, vel declaratio necessaria est, cujus discriminis fundamentum ex jure, & DD. tradidimus *disp. 2. sect. 10. §. 7. num. 497.*

Quartò ex eodem 2. capite infirmatur
99 testamentum, si testator postea fiat vsurarius manifestus, vt cum Couar. & alijs tradidimus *disp. 1. sect. 2. §. 3. numer. 47.* Vtrum verò tale testamentum convalescat, si testator postea resipiscat, satisfaciendo pro vsuris acceptis, vel idoneè cauendo pro illis restituendis? Respondetur affirmatiuè, cum eodem Couar. & multis alijs, quos retuli, & sequutus sum *loco cit. num. 49.* vbi rationem etiam reddo.

Ex tertio capite corruit, & irritum fit 100
testamentum, si ex eo non adeatur hæreditas, *l. 1. in fine, ff. de Injusto rupto, l. Si nemo, ff. de Testamentar. tut. Instit. de Hæredit. quæ ab intest. defer. in princip.* Quare si hæres scriptus viuo testatore moriatur, vel mortuo testatore nolit, aut non possit hæreditatem ex testamento adire, irritum redditur testamentum, & hæreditas deuoluitur ad hæredes ab intestato. Quod etiam suo modo procedit, quando scriptus erat Suus hæres, idest, filius, aut nepos in potestate; nam licèt is, mortuo patre, statim ipso jure Suitatis existat hæres, & per hoc testamentum confimetur, tamen si nolit esse hęres, perinde corruit testamentum, & succedunt hæredes ab intestato, ac si ille non extitisset hæres, solo nudo & vacuo hæredis nomine penes illum manente; prout latè declaratum est *disp. 2. sect. 10. §. 7. dub. 3.* Et hæc satis pro præsenti tractatu.

LAVS DEO VIRGINIQVE MATRI, IN CVIVS SOLEMNI Visitationis die hoc opus absoluo, 2. Iulij, anno 1658.



APPEN-

APPENDIX
AD TRACTATVM DE TESTAMENTIS.

DISPUTATIO VNICA.

De Executione testamenti.

CVm executio testamenti, sit quid extrinsecum, ac minimè pertinens ad substantiam, & integritatem propriamque perfectionem ipsius testamenti; cùm non modo perfectum, sed & morte testatoris jam confirmatum illud supponat; hæsi aliquantulùm dubius, num de ea mihi in præsenti agendum foret? Præsertim cùm hic tractatus satis jam excreuisse, & suâ laborare mole, videretur. Nihilominus tamen cùm testamenti executio sit quodammodo illius effectus, & in ipso testamento soleant à testatore nominari, & creari executores illius, non abs re me facturum existimaui, si de illa etiam hìc agerem, & præsentem disputationem, quasi appendicem tractationi de testamentis annecterem. In primis ergo agemus de ijs, ad quos executio testamenti spectat; & quinam ad id muneris eligi possunt? Deinde de potestate, quam tales executores habent ad dispensanda bona testatoris, ejusque voluntatem implendam. Et tandem de obligationibus, & oneribus, quæ illis ratione talis muneris incumbunt.

(:?:)

SECTIO I.

Quinam de jure sint, aut possint esse executores testamenti?

SUMMARIUM.

QVinam, vniuersim loquendo, executores testamentorum dicantur: & quotuplices sint? num. 1. & 2.

Executores testamentarij à testatore nominati, quidam sunt vniuersales, quidam particulares; & quæ inter eos sit differentia? num. 2.

Executores testamentarij possunt esse, quicumque ad id munus naturale impedimentum non habent, nec per legem, aut statutum reperiuntur prohibiti; numer. 3.

Fœminæ possunt esse executrices testamenti; num. 4.

Quando testator diceret, se relinquere suis fratribus executionem testamenti, an nomine fratrum comprehendantur etiam ejus sorores? ibidem.

Mulier transiens ad secundas nuptias non amittit eâ de causa munus executricis sibi à conjuge relictum; num. 5.

Clerici sæculares etiam Cardinales, & Episcopi, possunt esse executores testamentorum, etiam ad causas non pias; numer. 6.

Spu-

Spurius potest esse executor testamenti paterni: & quomodo id sit intelligendum? num. 7.

Neque impuberes, neque surdus, aut mutus, neque prodigus, cui datus est tutor, potest assumi ad munus executoris testamentarij; num. 8.

1 EXecutores testamentorum vniuersim loquendo dicuntur, qui tenentur adimplere voluntatem defuncti. Ex ijs autem quidam sunt constituti per legem: quidam verò per ipsum testatorem: constituti per legem sunt judices laici, vel Ecclesiastici, quibus à jure commissum est, vt deficientibus, vel negligentibus executoribus à testatore datis, defuncti voluntatem executioni mandent. Constituti per testatorem sunt, quos testator expresè nominauit, vt disposita in suo testamento exequerentur, & impleri curarent. Interdum autem ipsimet hæredes, vel aliquis, aut aliqui eorum, à testatore nominantur, vt id munus subeant: interdum verò vnà cum ipsis hæredibus nominatur aliquis extraneus, qui simul cum illis disposita in testamento exequatur. Interdum etiam solummodo vnus, vel plures extranei ad id muneris nominantur; soletque illis aliquid à testatore relinqui in præmium laboris in eo munere subeundi; licèt aliquando nullum præmium eis proponatur.

2 Ex præfatis verò executoribus à testatore nominatis (qui propriè executores testamentarij appellantur) quidam sunt vniuersales: quidam particulares. Vniuersales dicuntur, qui à testatore sunt nominati ad executionem testamenti, in quo nullus hæres in particulari, præter animam ipsius defuncti, institutus est. Vt quando aliquis testatur ad pias causas, & vel propriam animam, vel pauperes, aut captiuos, similesue personas miserabiles, nullâ in particulari designatâ, hæredes instituit, nominatque aliquem, vel aliquos qui tale testamentum exequantur: hi dicuntur executores vniuersales; quòd ad eos pertineat non solùm legata, & relicta particularia, siqua in eo testamento sint scripta, sed etiam ipsam hæreditatem, ac vniuersam defuncti substantiam juxta ejus voluntatem & institutionem dispensare. Particulares dicuntur, qui nominati sunt ad exequendum testamentum, in quo aliquis, vel aliqui hæredes in particulari sunt instituti, qui defuncti voluntatem implere possunt. Quòd tunc ipsi hæredes propria authoritate possint capere vniuersam hæreditatem defuncti, & ad executores nominatos solùm spectet vrgere executionem aliorum relictorum, quibus hæredes sunt grauati.

Qui autem possint, aut non possint, 3 esse executores testamentarij, siue vniuersales, siue particulares? Quæstio est satis grauis, & vna ex præcipuis hujus materiæ: in qua illud ante omnia generaliter statuendum: executores testamentarios esse posse, quicumque ad id munus naturale impedimentum non habent, nec per legem, aut statutum reperiuntur prohibiti: ita Capra, quem refert, & sequitur Simon de Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 28.* idemque cæteri omnes supponunt: & constat facilè, quia munus hujusmodi executorum non est officium publicum, vt notat Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dubit. 42. numer. 1.* sed priuatum, & ad nudum ministerium facti, quod per quemlibet expediri potest, qui naturaliter, vel per legem impeditus non sit.

Unde infertur primò, fæminas 4 posse esse executrices testamenti, vt contra Glos. *in l. Tutela, verb. Ad liberos, ff. de Tutel.* tenet Glos. *in cap. 2. de Testament. in 6.* vbi Franc. *§. 1. numer. 6.* & cæteri communiter, Simon de Præt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 26.* Couar. *in cap. Tua, de Testament. numer. 3.* Molina *tom. 1. disput. 247. numer. 14.* & alij quos citant, & sequuntur Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dubit. 40. numer. 5.* Fragos. *part. 3. lib. 5. disputation. 8. §. 16. sub numer. 485.* &

Antonin. Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resolut.* 4. Quia nullibi in jure fœminæ prohibentur hoc munus exercere. Et præterea, quia id planè colligitur ex *l. A filio, in princ. ff. de Alimentis*, vt ibi notauit Barthol. qui eum textum ita summauit: *Mulier potest esse executrix in testamento.* Vnde Philip. Decius *consil.* 91. *num.* 1. absolutè dicit non esse dubium, quod mulier officium executoris suscipere potest. Notat autem Couar. & Molina *vbi sup.* & cum alijs Sanch. *d. dub.* 40. *num.* 7. quando testator habens simul fratres, & sorores diceret, *Se relinquere suis fratribus executionem testamenti*, non censeri eam executionem sororibus delegatam, ob imperfectũ fœminarum consilium. Si autem testator solùm haberet vnum fratrem, tunc nomine, *Fratrũ*, in plurali etiam sorores comprehenderentur, vt bene aduertit Molina *loc. citat.* & post eam Cardinalis Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *numer.* 324. Cæterùm Carpius apud Dianam *dict. tract.* 5. *resolut.* 5. tenet, & latè contendit probare, quod absolutè nomine, *fratrum executorum*, etiam sorores comprehenduntur. Quę sententia non videtur improbabilis.

5 Infertur secundò, mulierem transeuntem ad secundas nuptias non amittere hac de causa munus executricis sibi à priore conjuge relictum, licèt amittat tutelam filiorum, vt cum Barthol. Couar. & multis alijs docent Mol. *vbi sup.* & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 40. *num.* 6. Quia licèt jus talem mulierem priuet tutelâ filiorum, nullibi tamen eam priuat munere executricis: & cùm illud jus sit pœnale, non debet ad diuersum casum extendi.

6 Infertur tertio, non solùm laicos, sed etiam clericos sæculares posse esse executores testamentarios. Quia nullo jure id prohibetur, imò est conforme ipsi juri Canonico, vt patet ex *cap. Tua, de Testam. cum ibi notatis.* Licèt enim clerici curam rerum sæcularium suscipere non debeant, *cap. Te quidem*, 11 *q.* 1. id tamen fallit in executione testamentorum, etiam ad causas non pias, vt notatur *in c.* 2. *de Testam. in* 6. Et ita docent Couar. *in d. cap. Tua, num.* 1. Sylvest. *verb. Testamentum*, 2. *q.* 1. Angel. *verb. Executor, num.* 2. Molin. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 247. *num.* 8. & alij, quos refert, & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 40. *num.* 1. vbi asserit, sic tenere omnes, ipsoque vsu approbari. Idem contra nonnullos asserentes, solùm ad pias causas id clericis permitti, tenet dicens eorum sententiam esse prorsus refellendam, Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 7. vbi nominatim statuit, etiam Cardinales, Archiepiscopos, & Episcopos, testamentarios executores esse posse, etiam ad causas profanas. Quia executio testamenti, etiam ad causas non pias, est officium pietatis, *§. Si verò expressim designauerit, Auth. de Hæredib. & Falcid.* ibi; *Iustè, & piè*, & ibid. *Piè agendo. collat.* 1.

7 Infertur quartò, spurium posse esse executorem testamenti paterni, vt cum Baldo notat Simon de Prętis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 27. Qui tamen rectè limitat, dummodo sit merus executor, & nullum commodum contra jura possit sentire ex testamento, absitque fraudis suspicio. Id verò non tollit, quominus pater ei possit relinquere præmium seu salarium labori executionis proportionatum: quia spurius non est incapax accipiendi à patre conuenientem remunerationem seruitij, aut laboris in gratiam ipsius patris suscepti, vt latè probatum, & declaratum est *disputat.* 5. *sect.* 1. *§.* 4. *numer.* 78. *& seqq.*

8 Infertur quintò, impuberes non posse esse executores testamenti, vt contra nonnullos tenent Sylvest. *verb. Testamentum*, 2. *quæst.* 1. Angel. *verb. Executor, numer.* 2. & alij quos refert & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dubit.* 40. *numer.* 8. quia ob judicij imbecillitatem non sunt apti ad hujusmodi ministerium, quod maturum judicium requirit. Et similiter nec surdum, nec mutum, nec prodigum, cui datus est tutor, posse ad dictum munus assumi. Quia laborant naturali impedimento, & inhabilitate ad illud obeundum. Et ita

cum

cum Sylvest. & Angelo *loc. citat.* docet Sanch. *vbi supr. numer.* 12.

Quædam aliæ sunt personæ, de quibus non ita liquidò constat, an possint, vel non possint esse testamenti executores. Et ideo de illis aliquanto fusiùs sub peculiaribus titulis in seqq. §§. agendum.

§. 1. *Vtrum excommunicatus possit esse executor testamenti?*

SVMMARIVM.

EXcommunicatus validè, ac licitè potest à testatore eligi ad munus executoris testamentarij: & validè etiam ac licitè illud potest acceptare, atque extrajudicialiter exercere; num. 9. cum seqq.

Electio excommunicati ad officia sæcularia habentia jurisdictionem annexam in jure reprobatur; non est tamen irrita, sed irritanda; num. 10.

Testator eligendo excommunicatum in executorem sui testamenti, non censetur communicare cum illo, saltem illicitè; num. 11.

Excommunicatus non repellitur ab actibus extrajudicialibus, sed tantùm à judicialibus; num. 12.

Si executor testamenti sit excommunicatus vitandus, non potest agere in judicio pro vrgenda executione, statimque repellendus est à judice. Et quid si sit toleratus? num. 13.

9 AFfirmat absolutè Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 40. dum. 11.* cum Spino, quem refert. Et probat, quia excommunicatus, licèt non possit esse in judicio: at potest extrajudicialia tractare; & sic extrajudicialiter munus executoris testamentarij obire; cùm pleraque ad hoc munus spectantia extra judicium peragantur. Et ita etiam docet Fragos. *p. 3. lib. 5. disp.* 8. §. 16. *sub num.* 484. *vers. Quid de excommunicato.* Diana verò *p.* 8. *tract. 5. resol.* 2. sequutus Carpium, quem citat, multa circa hoc dicit, & inuoluit contra Sanchez: tandem verò admittit, quòd si executor excommunicatus de facto testatoris voluntatem adimpleuerit, valida erit executio; dummodo exceptio excommunicationis aduersus eum objecta, & probata non fuerit, & ille expulsus.

Cæterùm vt planiùs, ac pleniùs intelligas, quid hac in re tenendum sit. Statuendum in primis est, validè, ac licitè posse excommunicatum, etiam vitandum, eligi à testatore in executorem testamenti. Quod possit validè, constat facilè, quia nullibi in jure irritatur electio ad tale munus. Licèt enim electio excommunicati ad officia, & dignitates sæculares, quæ annexam habent jurisdictionem, in jure reprobetur, vt colligitur ex *cap. Venerabilem, §. Sunt enim, de Electione*, vbi Pontifex reprobat electionem cujusdam in Ducem, eoquod esset publicè excommunicatus. Nusquam tamen in jure reprobatur electio excommunicati ad officia priuata nullam habentia jurisdictionem annexam, quale est officium executoris testamenti. Quin etiam credunt grauissimi DD. vt Soar. *tom. 5. in 3. p. disp.* 16. *sect. 2.* Ægyd. *de Sacram. disp.* 14. *dub.* 11. *numer.* 106. & Filliuc. *tract.* 12. *cap. 7. numer.* 173. etiam electionem ad officia habentia jurisdictionem annexam, si sæcularia sint, non esse ipso jure irritam, sed solùm irritandam; neque aliud probari per *dict. cap. Venerabilem*, licèt alij contrariè opinentur? Vnde à fortiori non debet censeri irrita electio de qua loquimur, cùm sit ad officium merè priuatum, ac nullius jurisdictionis. 10

Deinde quòd etiam possit eligi licitè, probatur, quia ea electio non est prohibita per excommunicationem, quatenus per hanc prohibetur communicatio cum ipso excommunicato. Quia testator nominando in suo testamento executorem, non communicat cum illo, cùm sit absens, nec ad illum feratur qua ratione nominãs hæredem, vel legatarium excõmunicatũ nõ cẽsetur cõmunicare cũ illo. Adde, quod licèt admittamus ibi interuenire 11

aliquam ciuilem communicationem, ea non esset prohibita; siquidem esset testatori necessaria, aut saltem valde vtilis, cùm magni illius interest fidelem executorem relinquere: per excommunicationem autem non prohibetur ciuilis communicatio, quando est necessaria, aut vtilis, vt habetur in illo celebri versiculo, *Vtile lex humile, &c.* Neque etiam est prohibita illa electio, per aliquam legem, qua illa specialiter vetetur, aut reprobetur; quia nullibi talis lex apparet: ergo nullo modo est prohibita; atque adeo licitè fieri potest. Unde etiam licitè ab ipso excommunicato acceptari potest, neque venit irritanda per judicem.

12 Statuendum deinde, executorem excommunicatum validè, ac licitè posse exequi voluntatem defuncti expediendo, ac gerendo extrajudicialiter omnia negotia, ad quæ ratione talis muneris tenetur: neque à talibus actibus repelli potest. Prior pars, quòd scilicet possit exequi validè, constat facilè, quia illa executio cùm sit extrajudicialis, non impeditur per excommunicationem: neque enim excommunicatus ab actibus extrajudicialibus repellitur, sed tantùm à judicialibus, vt probat text. *in cap. Solet, vers. fin. de Sent. excommun. in 6. & in cap. Si verè, eod. tit.* Alia pars, quòd etiam possit licitè, probatur; tum quia executio testamenti est opus pietatis, vt ex jure traditum est *sup. num. 6. fine*: per excommunicationem autem non prohibentur opera pietatis: alioqui prohiberetur excommunicatus dare eleemosynam, inseruire infirmis, &c. quod nemo admittet. Tum etiam, quia executor testamenti tenetur in conscientia implere voluntatem defuncti, quamprimum poterit; ita vt absque justa causa non possit licitè eam executionem differre, vt docent omnes, & *infra sect.* 3. ostendetur: excommunicatio autem non tollit quominus excommunicatus possit, ac debeat suis obligationibus satisfacere: præsertim quando respiciunt alterum, cui aliquid ab eo soluendum, aut expendendum debetur, vt in præsenti materia contingit: cùm executio testamenti tota consistat in soluendis legatis, & similibus actibus à testatore injunctis: alioqui commodum aliquod reportaret excommunicatus ex sua iniquitate, quod est absurdum.

Statuendum tertiò, & vltimò. Si executor testamenti sit excommunicatus vitandus, qualis hodie est solus denunciatus, vel notorius clerici percussor, non posse agere in judicio pro vrgenda executione testamenti, statimque debere repelli à judice, vt sumitur ex *cap. Ad probandum, de Sentent. & re judic.* vbi statuitur, quòd judex teneatur repellere excommunicatos ab agendo, patrocinando, & testificando. Quòd post Concilium Constantiense solùm habet locum in excommunicatis denunciatis, vel notorijs clerici percussoribus, vt docent omnes. Si autem sit toleratus, ideſt, non denunciatus, nec notorius percussor clerici; tunc quidem potest judex illum repellere, non tamen tenetur, nisi pars contra illum excipiat, vt potest: quandiu verò non repellitur nec contra illum excipitur, omnia ejus acta sunt valida; prout hæc omnia constant ex *cap. Pia, de Exception. in 6.* vbi in generali de actore excommunicato id traditur, latiùsque ibi declarant Glos. & DD. Nec solùm validè, sed etiam licitè aget dum non repellitur: siquidem id facit ad vtilitatem, & instantiam alterius, saltem ipsius testatoris: excommunicatus autem toleratus omnes actus, à quibus specialiter non repellitur, licitè exercere potest ad instantiam alicujus, vt est notissimum. 13

§. 2. *Vtrum seruus testamenti executor esse possit?*

PRo affirmatiua parte stat absolutè Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 40. numer. 13.* vbi pro eadem refert Spinum *in Specul. testament. Glos. 28. numer. 33. & seq.* & quosdam alios apud Syl-

Sylueſtr. *verb. Teſtamentum*, 2. *q.* 1. *dicto* 5. Quam etiam tenet Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *numer.* 324. & Iacob à Canibus *de Execut. vlt. volunt. p.* 1. *num.* 47. Ducuntur, quia executio teſtamenti eſt quid facti conſiſtens in nudo miniſterio: quæ autem ſunt hujuſmodi per ſeruum impleri poſſunt. Et prętereà, quia opera pietatis, quale eſt hoc, in ſeruum etiam cadunt. Negatiuam tamen partem ſequuntur abſolutè Sylueſter *vbi ſup.* Bald. Anchar. & Ioan. de Imola relati à Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſolut.* 3. Qui neutram prædictam ſententiam abſolutè approbat, ſed mediam quandam aſſerentem, ſeruum poſſe quidem eſſe executorem teſtamenti, quoad ea quæ ſunt nudi miniſterij & facti: ſecùs verò quoad ea, quæ ad arbitrium, judicium, & jus pertinent; cùm ſerui quoad ea, quæ ſunt juris Ciuilis, pro nullis habeantur, *l. Quod attinet*, 33. *ff. de Regul. jur.* Quæ quidem ſententia vera eſt, & illam rectè docet Carpius *de Execut. teſtament. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 29.

15 Non propterea tamen improbanda, ſed ſimpliciter aſſerenda eſt prima ſententia abſolutè affirmans, poſſe ſeruum eſſe executorem teſtamenti: quia ad veritatem affirmationis ſimpliciter prolatæ ſatis eſt, quòd in aliquo verificetur, maximè ſi verificetur in eo quod eſt principale, & ordinariè contingens, vt in præſenti: cùm regulariter defunctorum voluntates per nudum miniſterium facti impleantur. Quod ſecùs eſt in negatione, ad cujus veritatem requiritur vt nullà ex parte contrarium ſubſiſtat: eſt enim malignantis naturæ tollens quidquid poſt ſe inuenit, vt Philoſophi loquuntur.

(:?:)

§. 3. *Vtrum Minor* 25. *annis poſſit eſſe executor teſtamenti?*

REſpondetur Minorem 25. annis teſtamenti executorem eſſe poſſe, dùmodo 17. ætatis annum excedat. Ita Couar. *in cap. Tua nos, de Teſtam. num.* 4. Sylu. *verb. Teſtamentum*, 2. *q.* 1. *dicto* 2. Gloſ. communiter recepta *in cap.* 2. *de Teſtament. in* 6. *verb. Religioſus*, & ibi Francus §. 1. *num.* 6. Gregor. Lop. *in l.* 2. *tit.* 10. *part.* 6. *verb. Frailes*, Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 247. *fine*, Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 40. *num.* 9. Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iuſt. diſp.* 24. *ſect.* 16. *numer.* 324. Vading. *de Contract. lib. diſp.* 4. *dub.* 13. §. 1. *num.* 1. & cæteri communiter, argum. text. *in cap. Qui generaliter*, §. *vltim. de Procurat. in* 6. vbi habetur, Minorem, qui 17. ætatis annum expleuit, poſſe eſſe procuratorem ad negotia, licèt ad procurandum in judicio ætas 25. annorum neceſſaria ſit. Vnde cùm præfati DD. dicunt, poſſe Minorem poſt 17. ætatis annum eſſe executorem teſtamenti, intelligendi ſunt quoad negotia, non verò quoad judicia. Et ita expreſsè docet Diana *p.* 8. *tract.* 5. *reſol.* 6.

§. 4. *Vtrum Religioſi poſsint eſſe executores teſtamentorum?*

SUMMARIUM.

OMnes Religioſi, exceptis Franciſcanis de Obſeruantia, poſſunt, ſpectato jure communi, eſſe executores teſtamentorum de licentia Superiorum ſuæ Religionis: ſecùs verò abſque tali licentia; num. 17. *quod latè per tot.* §. *declaratur.*

Dicta licentia tam ad executionem teſtamenti, quàm codicilli, & cujuſcumque alterius vltimæ voluntatis, Religioſis neceſſaria eſt; num. 18.

Vtrum ſufficiat licentia tacita? num. 19.

Vtrum dicta licentia etiam ad valorem actûs ſit neceſſaria, vel ſolùm vt licitè fiat? num. 20. *&* 21.

Verbum Non potest, *non semper importat carentiam potentiæ simpliciter, & quando illam importet? num.* 22.

Quomodo intelligatur, quòd Religiosus non habet velle, *neque* nolle? *ibid.*

Si aduersus Religiosum in judicio excipiatur, quòd non habet licentiam à suo Superiore ad acceptandum, vel exequendum munus executoris, gesta post talem exceptionem non valent; num. 33.

Si Superior Religioso acceptanti, vel exequenti munus executoris resistat, irritando ejus voluntatem, erit nulla talis acceptatio, vel executio; ibid.

Vtrum sola licentia præsumpta, & ratihabitio Superioris de futuro sufficiat, vt Religiosus legitimè possit obire munus executoris? num. 24.

Religiosus exemptus ab obedientia suæ Religionis, non indiget licentiâ Superioris vt possit acceptare & obire munus executoris, Et idem est de eo, qui in sua Religione est Prælatus, siue mediatus, siue immediatus, nisi aliud per statutum ipsius Religionis, vel præceptum alterius maioris Superioris cautum sit; num. 25.

Omnes Religiosi, Franciscanis exceptis, possunt secundùm jus commune esse executores testamentorum, de licentia Superioris, etiam ad causas profanas; num. 26. *& seq.*

Quilibet Superior Religionis, etiam immediatus, potest dare licentiam Religioso sibi subdito, vt munus executoris testamentarij suscipere possit: nisi aliud in ipsa Religione cautum sit; num. 28. *Quid circa hoc habeatur in Religione Societatis Iesv? num.* 29. *& seq.*

Licentia Religioso per Superiorem concessa, vt munus executoris obire possit, potest ad libitum reuocari per ipsum Superiorem, dum res est integra. Et quid si res jam non sit integra? num. 31. *& 32.*

Religiosi Franciscani de Obseruantia neque de licentia suorum Superiorum possunt esse executores testamentorum; num. 33. *Id verò intelligitur, nisi sint exempti à regulis sui Ordinis, & si fiant Episcopi; num.* 34. *Quid si bonorum distributio facienda sit inter ipsos Fratres, vel moniales Sanctæ Claræ illis subjectas? num.* 35.

Vtrum si de facto hoc munus exerceant, valida sit executio? num. 36.

Non prohibentur dicti Franciscani dare consilium in ijs, quæ ad executionem testamentorum spectant; numer. 37. *Vtrum hoc procedat, licèt persona tale consilium petens eorum Ordinem ingressura sit? num.* 38. *Ad tale consilium dandum non indigent licentiâ Superioris; num.* 39.

Executor testamentarius jussus à testatore, vt testamentum exequatur cum consilio Fratrum Minorum, si omittat illud petere, irrita erit talis executio, licèt non teneatur illud sequi; num. 40. *Si testator jusserit, vt executor petat, & sequatur illorum consilium, an in tali casu possint consilium dare? num.* 41. *& seq.*

Vtrum fratribus Minoribus committi possit à testatore electio pauperum, inter quos jubet aliqua bona distribui per suos executores? num. 43. *Vtrum dicti Fratres indigeant licentiâ Superioris ad talem electionem faciendam? num.* 44.

Vtrum Fratres Minores possint eligere executores ex commissione testatoris? num. 45.

Vt nominatio executoris fiat validè ex commissione testatoris, opus est vt testator commiserit nominare incertum de certis; num. 46. *Id verò non placet ibid.*

GEneralis resolutio hac in re est, Religiosos omnes, exceptis Franciscanis de Obseruantia, posse spectato communi jure, esse executores testamentorum de licentia Superiorum suæ Religionis: secùs verò absque tali licentia. Est resolutio communiter recepta, cujus omnes partes singillatim probabimus, & explicabimus. 17

In primis ergo, quòd Religiosi absque licen-

licentia suorum Superiorum, nequeant esse executores testamentorum, constat per text. expressum *in cap. 2. de Testament. in 6.* ibi; *Religiosus executor ab aliquo in sua vltima voluntate deputatus, non potest, cùm* velle, *&* nolle *non habeat, hujusmodi officium suscipere, vel exequi, nisi à Superiore suo petitâ super hoc licentiâ, & obtentâ.* Quod etiam expressè habetur *in Clem. vnica, de Testament.* Vbi ante omnia notanda sunt illa verba, *suscipere, vel exequi*: quibus planè indicatur non solùm interdici Religioso acceptare illud munus absque licentia Superioris, sed etiam illud exequi, si fortè absque dicta licentia ab eo fuit acceptatum, vt optimè aduertit Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 6. cap. 11. num. 2.* Qui etiam rectè notat tam ad executionem testamenti, quàm codicilli, & cujuscumque alterius vltimæ voluntatis eam licentiam requiri: cùm vterque textus indistinctè de vltima voluntate loquatur.

19 Notanda etiam sunt verba illa prædicti textus, *Petitâ super hoc licentiâ, & obtentâ.* Ex quibus multi DD. censent, non sufficere licentiam tacitam, sed requiri expressam, ad hoc vt Religiosus dictum munus acceptare possit. Ita Glos. *in d. Clem. vnica, verb. Obtenta, de Testam.* & ibi Abbas *num. 6.* Cardin. *num. 9. oppos. 3.* & Imola *num. 7.* Domin. *in d. cap. 2 in princip. num. 4. de Testam. in 6.* & ibi Franc. *num. 3.* & alij, quos citat & sequitur Diana, *p. 8. tract. 5. resol. 16.* Quorum fundamentum est, quia quando ad aliquem actum exigitur licentia alicujus, ea debet esse expressa, vt tradunt multi DD. apud Sanch. statim citandum, & cum pluribus alijs Tiraquel. *ad l. Connubial. 16. Glos. 7. num. 8.* Nihilominus tamen sufficere licentiam tacitam, vt quando Superior potens contradicere videt, & tacet, tenet meritò Sylu. *verb. Testamentum, 2. q. 2. dicto 3.* Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 6. cap. 11. numer. 11.* & Fagund. *lib. 6. de Contract. cap. 5. num. 4.* Quia Pontifex eâ tantùm de causa exigit dictam licentiam, quia Religiosus non habet *velle*, & *nolle* independenter à voluntate Superioris: qui autem ex tacita licentia Superioris dictum munus acceptat, illudè exequitur, jam pro se habet Superioris voluntatem; & juxta illam sufficiens velle, ac nolle, vt illud munus obire possit. Neque fundamentum Aduersariorum subsistit: falsum est enim, quoties exigitur licentia ad aliquem actum, eam debere esse expressam, vt latè cum alijs probat Sanch. *vbi supra, & lib. 3. de Matrimon. disp. 35. num. 17. & 20.* Vtrum verò sufficiat licentia præsumpta, & rati-habitio de futuro, vt quando non potest adiri Superior, & probabiliter creditur, quòd si adesset, eam licentiam concederet? Pendet ex resolutione sequentis dubij, & post illud dicetur.

Dubium est, vtrùm dicta Superioris li- 20
centia ita sit necessaria, vt absque illa non solùm illicita, sed etiam inualida sit acceptatio, & executio dicti muneris Religioso relicti? Respondent affirmatiuè Couar. *in cap. Tua nos, de Testam. num. 2. fine*, Sylu. *verb. Testamentum, 2. q. 2. dicto 3.* Molina *tom. 1. de Iustit. disput. 247. vers. Religiosus tamen*, Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom. 3 q. 70. art. 1.* Fragos. *p. 3. lib. 5. disp. 8. §. 1. sub num. 485. vers. Cæterùm* Fagund. *lib. 6. de Contract. cap. 5. num. 4.* & alij non pauci, quos refert Sanch. & Diana *infra cit.* Ducuntur primò, quia *in d. cap 2 de Testam. in 6.* dicitur, quòd absque Superioris licentia, non potest Religiosus hujusmodi officium suscipere, vel exequi. Verbum autem, *Non potest*, importat carentiam potentiæ, & sic tollit valorem actûs; qui absque potentia non datur. Secundò, quia Religiosus non habet velle, nisi ex consensu Superioris, vt constat ex *eodem cap. 2.* ibi; *Cum velle, & nolle non habeat*: ergo si absque consensu Superioris illud munus accepter, talis acceptatio censetur simpliciter inuoluntaria: & sic est nulla. Tertiò denique, quia vt dicitur *in l. Non dubium, Cod. de Legib.* nullum est, quod jure prohibente, vel resistente fit.

Contrarium nihilominus, quòd scilicet illa licentia non sit necessaria ad valo-

rem a & ûs, probabiliùs sustinent Menoch. *de Præsumpt. lib. 2. præsumpt. 46. num.* 14. Simon de Pręt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpr. 1. dub. 2. numer. 25. per cap. fin. de Testam. in 6.* Ceuall. *tom. 1. Communium, q. 88. num. 1. & q. 404. fine*, Azor *p. 1. lib. 12. cap. 11. q. 1.* Layman. *tib. 3. Theolog. moral. tract. 5. cap. 11. num. 5.* Castrus Palaus *tom. 3. tract. 16. disp. 4. puncto 13. §. 1. num. 8.* & alij permulti, quos citat, & sequitur Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 6. cap. 11. numer. 44.* videtur magis probare Diana *p. 8. tract. 5. resol. 22. §. vltim.* Fundamentum est, quia tota ratio ob quam in *d. cap. 2. de Testam. in 6.* dicitur quòd absque licentia non potest Religiosus dictum officium suscipere, vel exequi, est, quia non habet velle, neque nolle, independenter à voluntate Superioris: hæc autem ratio solùm probat, quòd non potest rectè id facere, non quòd non possit validè. Quia quòd Religiosus careat velle, & nolle, intelligitur de licito, & firmo, non autem de valido, & reuocabili; vt patet in voto, promissione, & similibus actibus factis à Religioso absque licentia Superioris, qui ex omnium fere sententia sunt validi, & inducunt obligationem naturalem, licèt reuocabilem per Superiorem.

22 Unde non obstant in contrarium adducta. Ad primum enim respondetur, verbum, *Non potest*, non semper importare carentiam potentiæ simpliciter, sed tantùm in casu, quo potestas ad actum, solùm competit ex concessione legis vel Superioris cum aliqua conditione, qua deficiente, dicit talem actum fieri non posse, vt optimè declarat Soar. *lib. 5. de de Legib. cap. 31. num. 14.* & cum alijs etiam tradidimus *tract. de Contractibus in genere, disp. 3. sect. 7. §. His igitur de causis.* Potestas autem obeundi munus executoris non conceditur per legem vel Superiorem, sed à testatore, & solùm interdicitur Religioso eam acceptare vel exequi absque licentia Superioris, eo quod absque tali licentia non habeat velle, neque nolle; quæ ratio non tollit quominus validè illam potestatem acceptare, & exequi possit absque Superioris licentia, vt probatum est. Ex quo etiam patet responsio ad secundum, cùm deficiente consensu Superioris, Religiosus non careat simpliciter velle, & nolle valido, sed tantùm recto, & firmo. Ad tertium denique respondetur, quòd *d. l. Non dubium*, quatenus absolutè statuit, nullum esse quod fit lege prohibente, vel resistente, præterquamquod multas patitur explicationes, quarum vna est, eam solùm habere locum in prohibitione per leges Imperiales, in terris Imperij, vbi illæ obligant, vt declarat Soar. *lib. 5. de Legib. cap. 30.* minimè in præsenti casu procedit: cùm Pontifex *in d. cap. 2. de Testam. in 6. & in d. Clem. vnica, de Testament.* non prohibeat directè suscipi, & exerceri à Religioso munus executoris, sed solùm declaret, id non posse ab eo fieri absque licentia Superioris, eoquod tali licentia secluſa, non habeat velle, neque nolle: quod, vt diximus, intelligitur de velle, & nolle recto, non autem de valido.

Limitatur autem hæc sententia primò, 23
nisi in judicio exciperetur contra Religiosum, quòd careret licentiâ Prælati ad tale munus acceptandum, vel exequendũ. Tunc enim gesta post talem exceptionem non valerent, vt cum Menoch. *vbi sup.* & alijs tradit Sanch. *d. cap. 11. num. 46.* Limitatur secundò, nisi Superior expressè contradiceret, irritando voluntatem monachi acceptantis, vel exequentis illud munus, vt bene declarat idem Sanch. *num. 45.* quia voluntas Religiosi, ita pendet à voluntate Prælati vt per eam irritari possit, non solùm post actum gestum, sed etiam antecedenter. Vt patet in votis, quæ sunt inualida, si fiant à Religioso contra voluntatem Superioris nolentis ea valere; licèt aliud sit, quando essent facta absque consensu Superioris, vel solùm contra ejus prohibitionem absque clausula irritante.

Ex his deducitur, quid dicendum sit 24
in quæstione supra tacta *num. 19. in fine*, an licentia præsumpta ibi explicata sufficiat,

ciat, ad hoc vt Religiosus legitimè possit dictum munus suscipere, & exequi? Si enim teneamus, Superioris licentiam esse simpliciter necessariam ad valorem acceptationis, & executionis illius muneris, juxta sententiam *num.* 20. traditam, dicendum consequenter erit, non sufficere talem licentiam præsumptam. Quia sola præsumptio, quod Superior licentiam daret si adesset, & quòd postea ratum habebit actum gestum, non dat potestatem ad talem actum, cùm hæc non nisi per voluntatem reipsà existentem conferatur. Vt optimè declarat Soar. *lib. 5. de Legib. cap. 23. num. 3. & 7.* & tradit in simili Sanch. *lib. 3. de Matrim. disp. 35. num.* 17. Standoautem in sententia, quam sequimur, quod Superioris licentia non est necessaria ad valorem illius acceptationis, & executionis, sed solùm vt rectè fiat, dicendum est, sufficere dictam licentiam præsumptam, & ratihabitionem de futuro, vt in specie tenet Sanch. *d. lib. 6. in Decal. cap.* 11. *num.* 11. *fine.* Quia quando voluntas Superioris solùm requiritur vt actus licitè fiat, satis est quòd probabiliter præsumatur eum voliturum, si adesset, cùm id sufficiat, vt talis actus non censeatur simpliciter inuoluntarius respectu illius. Qua ratione admittunt communiter DD. satis esse præsumptam voluntatem Superioris, vt Religiosus possit aliquid dare, vel accipere absque peccato contra votum paupertatis, præsertim quando non potest facilè peti licentia expressa.

25 Illud denique notandum, aliquos esse casus, in quibus Religiosus potest dictum munus obire absque licentia alicujus Superioris. Vnus est, si sit exemptus ab obedientia sui Abbatis, vt si viuat extra monasterium, præsidendo alicui beneficio perpetuo. Quia in tali Religioso cessat ratio prohibitionis tradita *in d. cap. 2. de Testament. in 6.* nempe, quòd non habeat velle, & nolle. Et ita cum Glos. *in d. cap. 2. verb. Religiosus, & in d. Clem. vnica, de Testament. verb. Quod vtique*, multisque alijs DD. docet Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 4. Alter casus est, si Religiosus sit Superior, siue mediatus, siue immediatus, seu conuentualis. Quia cùm talis Superior possit suis subditis facultatem concedere ad illud munus obeundũ, eâdem etiam vti potest, ex illa generali regula, quam latè probat Sanch. *lib. 8. de matrim. disp. 3. num.* 1. Quòd Superiori integrum est, vti omnibus facultatibus, quas alijs concedere potest. Atque ita docent Iacob de Canibus *tract. de Executorib. vltimæ volunt. partic.* 1. *num.* 35. & 36. Molina *d. disp.* 247. §. *Religiosus tamen*, Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 70. *num.* 1. & alij, quos citant & sequuntur Sanch. *vbi sup. num.* 5. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 10. Id verò intelligitur, nisi aliud in Religione talis Superioris cautum sit, vel alterius maioris Superioris præcepto interdictum, vt bene aduertunt Molina, Rodrig. Sanch. & Diana *loc. citat.* Atque in hoc casu, si Superior immediatus absque licentia mediati, qui eam dare possit, dictum munus suscipiat, vel exequatur, non solùm peccabit contra Constitutiones Religionis, vel contra præceptum sibi impositum à Prælato, sed etiam contra ipsum jus commune, quo Religiosis illud munus interdicitur absque Superioris licentia: cùm respectu talis muneris à se exequendi perinde indigeat Superioris licentiâ, acsi ipse Superior non esset.

Deinde quòd Religiosi omnes possint 26
secundùm jus commune esse executores testamentorum de licentia Prelatorum suæ Religionis, exceptis Franciscanis de Obseruantia, constat satis ex prædicto *c. 2. de Testament. in 6 & ex d. Clem. vnicâ, eod tit.* Siquidem in his textibus solùm interdicitur ne possint obire hoc munus absque licentia sui Superioris, & nulli Religiosi ibi excipiuntur; neque vllo alio jure aliqua fit exceptio, nisi tantùm Franciscanorum de Obseruantia, de quibus infra. Vnde cùm hi tantùm excipiantur, planè conuincitur cæteros omnes posse admitti, si licentiam habeant suorum Superiorum, & ita sentiunt DD. omnes.

Quod procedit, etiam quoad exe- 27
cuti-

cutione testamenti ad causas profanas, vt contra nonnullos, quos citato nomine refert Cardin. *in d. Clem. vnica, num.* 10. *q.* 2. tenent idem Cardin. *ibi*, & multi alij, quos citat, & sequitur Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 11. *num.* 8. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 9. Quia in prædictis textibus, solùm interdicitur Religiosis executio vltimarum voluntatum absque licentia Superioris, & nulla adhibetur limitatio, quoad has, vel ad illas causas. Neque vlla est ratio cur facienda sit restrictio ad solas causas pias. Quia etiam executio relictorum profanorum est suo modo pia, vt omnes fatentur, per text. *in Authent. de Hæredib. & Falcid. §. Si verò expressim*, ibi; *Iustè, & piè.* Vnde Religiosus illa exequens non censetur se immiscere negotijs sæcularibus, sed pijs, & suo statui conuenientibus. Et hinc etiam excludenda est quorundam aliorum limitatio existimantium, non permitti Religiosis executionem vllius testamenti etiam de licentia Superioris, nisi cedat in vtilitatem monasterij; id enim falsum esse, satis ex proximè dictis conuincitur. Et ita hanc limitationem meritò rejicit Sanch. *vbi supra, num.* 9. Bonifac. quem refert.

28 Præterea, cum *in d. cap.* 2. *de Testam. in* 6. *& in d. Clem. vnica, eod. tit.* simpliciter exigatur licentia Superioris, vt Religiosus possit obire dictum munus, conueniunt DD. quemlibet Superiorem Religionis, etiam immediatum, seu conuentualem, eam licentiam dare posse: cùm etiam immediatus verè sit Superior; nec res ipsa tam ardua sit, vt alicujus maioris Superioris, vel ipsius Conuentus authoritas ad id necessaria censenda sit. Atque ita relatis multis docet Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 15. & tradit etiam Diana *vbi sup. resol.* 10.

29 Id verò intelligendum est, nisi consuetudine, aut statuto Religionis cautum esset, vt solus Prælatus mediatus, vel non nisi absque consensu Conuentus immediatus Superior eam licentiam dare posset. Et similiter nisi Superior mediatus eam licentiam sibi reseruasset, vt bene idem Sanch. *num.* 16. aduertit. Vnde in nostra Societate solus P. Generalis hanc facultatem concedere potest, quia in Constitutionibus ejusdem Societatis *p.* 6. *cap.* 3. *§.* 7. habetur, vt nostri, quoad fieri possit, ab executione testamentorum, & similibus negotijs sæcularibus abstineant. Et in declaratione hujus Constitutionis *lit. D.* additur, vt hoc obseruetur quoad ejus fieri poterit: in casu autem necessitatis, vel maioris momenti dispensare in in hoc valeat Præpositus Generalis, vel qui ab eo facultatem acceperit. Ex quo infert Sanch. *lib.* 6. *in Decal. cap.* 11. *numer.* 18. peccaturum mortaliter Religiosum Societatis, qui cum sola licentia alicujus Superioris, præter Generalem, dictum munus susciperet, non ob violationem dictæ Constitutionis, cùm Constitutiones Societatis ex se non obligent ad culpam, sed ob violationem legis Canonicæ, qua Religiosis prohibetur, ne absque licentia Superioris illud munus suscipiant: nam suscipiens illud cum sola licentia Superioris, qui eam dare non poterat, perinde est acsi nullius Superioris licentiam haberet; cùm talis Superior quoad talem licentiam concedendam verè Superior non sit. Et ita etiam sentit Dicastillus *de Iustitia lib.* 2. *tract.* 19. *disput.* 3. *dub.* 10. *num.* 17.

Cæterùm mihi verius videtur quod 30 tradit Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *sect.* 16. *num.* 326. talem Religiosum non peccaturum grauiter, vel quia vt idem Lugo arguit, reuerà non violat legem Canonicam; cùm habeat licentiam Superioris, cui per dictam Constitutionem Societatis non aufertur potestas dandi eam licentiam, sed solùm potestas dispensandi in ipsa Constitutione. Vel quia, vt ego existimo, illa lex Canonica non est propriè præceptiua inducens directè aliquam obligationem ad culpam, sed solùm declaratiua, quod Religiosus, eo quod careat velle, & nolle, non potest absque Superioris licentia illud munus suscipere: vnde solùm per se colligitur, illum actum sine licentia Superioris, esse imperfectum, & infirmum ob defectum

inte-

integræ potentiæ ex parte agentis, quemadmodum votum, promissio homini facta, & similes actus facti à Religioso absque Superioris licentia, qui licèt fiant à non habente velle, & nolle, non proinde sunt grauiter culpabiles, sed imperfecti, & infirmi, & facilè à Superiore irritabiles.

31 Conueniunt etiam DD. postquam Superior dictam licentiam concesit, posse pro libito eam reuocare, dum res est integra, propter omnimodam subjectionem, & dependentiam, quam Religiosi in agibilibus habent à voluntate Superioris, à qua sine authoritate alterius maioris Prælati nunquam possunt manere exempti; neque cum minori dependentia, quàm à principio haberent. Controuersia verò est, vtrùm etiam postquam res non est integra, possit Superior liberè illam facultatem reuocare? Et ratio pro parte negatiua est; quia vbi Religiosus cum legitima Superioris licentia munus executoris acceptauit, statim quæsitum fuit jus legatarijs, & alijs quorum interest, vt illud munus exequatur, & bona inter eos, juxta testatoris voluntatem distribuat: cùm per talem acceptationem quasi cum illis contrahat; sicut per aditionem hæreditatis, quasi contrahit hæres cum legatarijs, *l. Apud Iulianum, §. fin. in fine, ff. Quibus ex causis in possessionem.* Vnde cùm Superior juri illis quæsito derogare non possit, consequens est vt etiam dictam licentiam postquam res non est integra, reuocare nequeat. Et ita pro hac parte stant aliqui DD. inter quos Dicastillus *lib. 2. de Iust. tract. 19. disp. 3. dub. 10. num. 128.* censet, non solùm fore illicitam eam reuocationem, sed etiam inualidam.

32 Communis tamen, & vera sententia est, talem reuocationem fore validam, at Superiorem reuocando absque justa causa peccare. Ita relatis alijs Molina *tom. 1. de Iustit. disp. 247. col. pen.* Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 11. num. 12.* & Diana *p. 8. tract. 5. resol. 18.* Quòd sit valida ea reuocatio, probatur facilè ex dictis; quia cùm Religiosus non habeat velle, & nolle, nisi dependenter à voluntate Superioris: siue res sit integra, siue non, vbi Superior noluerit eum posse vti dictà licentiâ, illamuè reuocauerit, continuò manet impotens ad dictum munus exercendum, perinde acsi nunquam licentiam habuisset. Quod verò Superior peccet illam reuocando absque justa causa, patet ex proximè dictis *num. præced.* cùm offendat jus quæsitum legatarijs, & alijs, quorum interest. Vnde notat Sanch. *loc. cit.* illud peccatum esse contra justitiam, & posse Superiorem cogi non reuocare.

Denique quod Religiosi Franciscani de Obseruantia excipiantur, vt neque de 33
licentia Superiorum Religionis possint esse executores testamentorum, constat per text. *in Clem. Exiui, §. Proinde cum vir sanctus, vers. Verum etiam, de Verb. signif.* ibi, *Prædictis Fratribus non licet, nec competit, quin potius considerata sui puritate statûs debent scire, sibi interdictum, quòd hujusmodi executionibus, & dispositionibus se exponant.* Cujus decisionis duplex fundamentum in eodem textu assignatur: primum est, quia hi Religiosi non solùm à pecuniâ, sed etiam à qualibet ejus contrectatione sunt penitus alieni. Secundum, quia pro nulla re temporali possunt in judicio experiri. Vnde liquet eos non esse idoneos ad dictum munus obeundum; cùm sæpe absque litigio, & contrectatione, vel administratione pecuniæ obiri non possit. Atque ita omnes indubitanter sentiunt; vno excepto Fulvio Paciano, *consil. 162. num. 170.* vbi ait, forsan dici posse, quod Guardianus valet dispensare, vt Frater minor sit executor testamenti; & præfatum textum intelligendum esse, juxta alia jura, quibus solùm veratur, ne Religiosi sint executores testamentorum absque Superioris licentia; quæ opinio tanquam improbabilis à cæteris contemnitur.

Intelligenda verò est præfata resolu- 34
tio, dum prædicti Fratres subjecti extiterint regulis sui Ordinis: nam si alicui Ecclesiæ sæculari præficerentur, executores esse possent, vt bene aduertit Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 11. num. 26.* & de facto

to Episcopo docent Cardinal. *in Clem. vnica, num. 5. notab. 7. de Testam.* & ibi Bonifac. *num. 64.* Quia hi possunt esse in judicio, & pecunias contrectare, & administrare; & ita cessat in eis ratio prædictæ decisionis.

35 Aliqui etiam eandem resolutionem limitant, nisi bonorum distributio facienda sit inter ipsos Fratres, vel moniales Sanctæ Claræ illis subjectas. Ita Barthol. *in tract. Minoricarum, lib. 3. dist. 1. cap. 2. & 3.* Emman. Rodrig. *QQ. Regular. tom. 3. q. 70. art. 2. ad fin.* & clariùs *art. 3. fine*, & alij apud Sanch. *vbi sup. num. 27.* At contrarium tenent meritò Sanch. Diana *p. 8. tract. 5. resol. 12.* & Castr. Palaus *tom. 3. tract. 16. disp. 4. punct. 13. §. 1. num. 17.* Quia in hoc casu minimè cessat ratio prohibitionis assignata *in d. Clem. Exiui*: cùm etiam in tali distributione, & executione sæpe interuenire debeant litigia, & contrectatio pecuniæ his Religiosis prohibita.

36 Si tamen prædicti Fratres absque legitima licentia dictum munus exerceant, probabiliùs videtur, eam executionem valere, vt multis relatis DD. tradit Sanch. *d. cap. 11. num. 44.* Quia in illis etiam procedit ratio, ob quam *num. 21.* cum eod. Sanch. & multis alijs probabilius esse diximus, non esse necessariam licentiam Superioris, vt alij Religiosi validè suscipiant, & exerceant illud munus: grauiùs tamen in hoc peccabunt dicti Fratres; cùm eis non tantùm obstet ratio prohibitionis cæteris Religiosis communis, quòd scilicet nō habeant velle, & nolle; sed etiam specialis obligatio sui status non contrectandi pecuniam, neque litigandi pro rebus temporalibus; ob quam specialiter prohibentur dictum munus obire, etiam cum licentia suorum Superiorum.

37 Non prohibentur autem hi Fratres dare consilium in ijs, quæ ad executionem testamentariam spectant, vt expresè declaratur *in d. Clem. Exiui, §. Proinde cum vir sanctus, in fine, de Verb. signif.* ibi; *Verùntamen in his exequendis dare consilium ipsorum statui non obsistit: cùm ex hoc ipsis circa bona temporalia nulla jurisdictio, siue actio in judicio, siue dispensatio tribuatur.* Vnde si testator executoribus à se nominatis injungat, vt in rebus exequendis, & distribuendis consilium petant ab his Religiosis, illud petere tenentur, quanuis non teneantur illud sequi, vt latè cum communi DD. tradit, & declarat Sanch. *lib. 1. de Matrimon. disp. 34. num. 24. & d. cap. 11. num. 28.* vbi cum Barth. addit, tale consilium dari posse ab his Fratribus, siue determinatè, siue indeterminatè petatur, siue de personis, siue de quantitate; quia textus *in d. Clem.* loquitur generaliter.

Hoc tamen præfati DD. limitant, nisi 38
persona consilium petens ab his Fratribus, eorum Ordinem ingressura esset. Quod colligunt ex *d. Clem. Exiui, §. Dubitauerunt*, ibi; *Dubitauerunt, & dubitant Fratrum multi, an liceat eis de rebus ingredientium quidquam recipere, si donetur; & si ad dandum personis, & Conuentui, eos possent inducere sine culpa, & sic etiam ad disponendum de distributione talium rerum, debeant ipsi Ministri, vel Fratres dare consilium? Dicimus de cætero debere tam Ministros, quàm Fratres cæteros à dictis inductionibus ad sibi dandum, & suasionibus, nec non à dandis circa distributionem consilijs abstinere.* Vbi notant, licèt hic textus solùm videatur referri ad bona propria ingredientium; attamen idem dicendum esse circa bona aliena, si eorum distributio illis esset commissa: quia in his etiam militat ratio, quæ in eodem textu assignatur; ibi; *Vt quantum est ex parte Fratrum ipsorum, receptio ad Ordinem sancta, & purissima appareret, & ne aliquo modo oculum viderentur habere ad bona eorum temporalia, sed ad ipsos tantùm diuino seruitio mancipandos.* Cæterùm hęc limitatio non videtur admittenda, si agatur de consilio circa distributionem bonorum testatoris inter personas, vel pauperes, extra ipsum Ordinem. Quia in his saltem prædicta ratio non militat, vt consideranti patebit.

Notat etiam Sanch. *d. cap. 11. num. 9.* 39
cum Paulo Castr. & Azor, non requiri

Su-

Superioris licentiam ad illud consilium præstandum. Quia nullibi cauetur, vt Fratres Minores, alijuè Religiosi illud dare nequeant absque licentia Superioris, imò id conceditur, vt supra visum est. Atque ita etiam docet Palaus *tom. 3. tract. 16. disp. 4. puncto 13. §. 1. num. 13.* & Diana *p. 8. tract. 5. resolut. 18.*

40 Notandum vlteriùs, si executor testamentarius jussus sit à testatore vt testamentum exequatur cum consilio Fratrum Minorum, irritam fore talem executionem, si omittat consilium ab eis petere; quanuis (vt dictum est) non teneatur illud sequi. Ita Sanch. *lib. 6. in Decal. c. 11. num. 36.* Mattienzo *lib. 5. Recopil. tit. 4. l. 14. Glos. 1. num. 61.* Vuading. *de Contract. disp. 4. dub. 13. §. 2. num. 4.* & Dicastil. *de Iust. lib. 2. tract. 19. disp. 3. dub. 10. num. 100.* Est enim generalis regula, quoties dispositio exigit consilium alicujus peti, irritum reddi executionis actum, si petitio consilij omittatur, tanquam non seruata forma, vt docent Glos. *fin. in cap. Non est, de Consuetud. in 6.* Barth. *in l. 1. §. Si plures, num. 12. ff. de Exercit. actione,* & multi alij apud citat. DD. nec talis petitio censenda est inutilis, aut parui momenti ex eoquod petens non teneatur consilium sequi; quia potest dari tale consilium, vt eo audito, consulens mutet in melius dispositionem à se antea decretam; quod quanti sit momenti, nemo non videt. Aduerte autem dictam necessitatem petendi hujusmodi consilium cessare, si monachus, à quo petendum erat, sit absens, & detur periculum in mora; vt ex generali doctrina, quando aliquid dispónitur cum obligatione petendi consilium, bene tradit Diana *p. 8. tract. 5. resol. 19.* & constat ex traditis per Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 34. n. 26.* Atque idem dicendum si talis monachus sit mortuus, vt idè Diana aduertit.

41 Quòd si testator non solùm jubeat vt executor à se nominatus petat consilium à Fratre Minore, sed etiam vt illud sequatur, dubium est, an in tali casu possit Minor consilium dare? Respondet negatiuè Sanch. *d. cap. 11. num. 38.* ea ratione; quia quando executor à testatore nominatus non posset exequi testamentum, nisi juxta consilium monachi, ipse monachus esset verè executor testamenti, scilicet per alium, qui ei parere teneretur: Fratres autem Minores non possunt esse testamentorum executores, vt ostensum est. Vnde infert cum alijs idem Sanch. in casu proposito non esse petendum illud consilium, nisi ex sola vrbanitate, ac proinde eo etiam non petito, valere executionem, non obstante regula supra tradita, quod actus non valet, omissa consilij requirendi petitione; quia ea regula intelligitur quando consulendus est capax dandi consilium. Addit verò *n. 39.* cum Baldo Felino, & alijs, quando testator præciperet sequi consilium Minoris, cũ clausula irritante executionem aliter factam, euanescere tunc nominationem executoris testamenti, & perinde esse acsi facta nõ fuisset: cùm non possit seruari forma executionis à testatore præscripta, ob incapacitatẽ præstaturi tale cõsiliũ, seu cõsensũ.

Nihilominus tamen magis placet quod 42
docet Castr. Palaus *tom. 3. tract. 16 disp. 4. p. 13. §. 1. n. 14.* & videtur magis probare Diana *p. 8. tract. 5. resol. 14.* scilicet, dictum consilium dari posse à Fratre Minore, idq; absq; Superioris licentia, & executorem teneri illud petere, & sequi; vt etiam docet relatis alijs Mattienzo *lib. 5. Recop. tit. 4. l. 14. Glos. 1. n. 62. fine.* Ratio est, quia quod executor obligetur, vel nõ obligetur sequi consiliũ, non variat ipsam rationem consilij: nam ea obligatio tota prouenit ex dispositione testatoris; & nullo modo pendet à monacho; qui etiamsi nollet executorem obligari sequi suũ cõsiliũ, adhuc nihilominus obligabitur: ergo cùm simpliciter tali monacho permissum sit dare consiliũ executoribus testamentarijs, non minùs potest illud præstare, quãdo executor obligatur illud sequi, quàm cùm non obligatur. Confirmatur, quia quod executor teneatur sequi consilium monachi, nulla ex hoc ipsi monacho tribuitur jurisdictio, siue actio in judicio, siue dispensatio circa temporalia bona; quæ est tota ratio, ob quam in *d. Clem.*

Exiui, §. Proinde cum vir sanctus, in fine, declaratur, quod dare consilium dictis executoribus statui monachorum non obsistit, vt vidimus *num.* 37. & sic non est cur id restringendum sit ad casum, quo executor non obligatur consilium sequi. Neque verum est, sequi ex hoc, quòd jam tales monachi essent verè executores testamenti, mediante eo cui consilium darent. Nam vt quis censeatur exequi per alium, opus est vt ille alius exequatur ex commissione illius: quod in præsenti non visitur, cùm executor consilium sequens non exequatur ex commissione monachi, sed solius testatoris, vt ex dictis constat.

43 Maior difficultas est, vtrùm Fratribus Minoribus committi possit à testatore electio pauperum, inter quos jubet distribui aliqua sua bona per executores à se nominatos? Negant multi DD. quos refert Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 31. quia ea pauperum electio est quædam pars executionis testamenti; & sic dictis Minoribus prohibita; cùm executores testamentorum esse non possint, vt ostensum est. Contrarium nihilominus probabiliùs tenent quamplures: quos idem Sanch. refert, & sequitur *d. cap.* 11. *num.* 32. estque opinio Bartholi *lib.* 3. *Minoricarum, dist.* 1. *cap.* 4. *& in l. Cum pater, §. Hæreditatem,* 1. *ff. de Legat.* 2. Quam nouissimè cum Carpio, & alijs sequitur, & latè probat Diana, *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 13. dicens esse longè veriorem, & sequendam. Fundamentum est, quia in ea pauperum electione cessant omnes rationes prohibitionis. Nulla enim in illa est contrectatio, vel administratio pecuniæ; nam hæc per solos executores distribuenda est ex mandato testatoris; neque vllum litigium cum ipsis electoribus esse potest, sed siqua lis inde suboriatur, tota cum ipsis executoribus peragenda est; nec denique aliqua indecentia, vel sæculare negotium à religioso statu alienum ibi permiscetur: cùm talis electio sit valde pia, atque in mero facto, eoque penè momentaneo consistat, & sic minimè à rebus spiritualibus Religiosum auocet.

Credit verò Sanch. *vbi sup. n.* 34. cum 44
Emman. Rodrig. *tom.* 2. *Sum. cap.* 70. *n.* 13. ad eam electionem faciendam requiri licentiam Superioris; quia licèt non sit totum executoris officiũ, est tamen quædam illius pars. Vnde addit idem Sanch. quòd etiam in alijs Religiosis ea licentia est necessaria, vt pauperum electores esse possint: cùm vniuersim nulli Regulares possint esse executores vltimarum voluntatum ablque Superioris licentia, vt supra vidimus. Verior tamen videtur contraria sententia; quam tenent Lambertin. *de Iure patron. lib.* 2. *part.* 1. *q.* 2. *art.* 11. *n. vlt.* Castr. Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *q.* 4. *p.* 13. §. 1. *n.* 12. & Diana *d. resol.* 13. *ad fin.* Quia per hanc electionem nihil monachus dat, aut distribuit, etiam nomine testatoris; id enim solus testator, & executor ab eo nominatus facit: sed tantummodo ponit de facto conditionem requisitam, vt certæ personæ pauperum jus acquirant ad bona, quæ pauperibus relicta sunt; & vt voluntas testatoris, quæ non nisi in personis certis impleri potest, executioni mandetur: vnde illa electio non est propriè testamenti executio, etiam partialis, sed tantùm quoddam requisitum ad ipsam executionem faciendam: ergo licèt Religiosi non possint esse executores testamentarij absque Superioris licentia, id non obstat quominus dictam electionem absque tali licentia efficere possint. Qua ratione, quando testator juberet, vt executor à se designatus nihil faceret, nisi de consilio monachi, potest monachus etiam Franciscanus illud consilium dare absque Superioris licentia, vt *sup. n.* 42. probauimus; nihil obstãte, quòd tale consilium est necessarium, vt testamentum possit executioni mandari.

Quæri tandem hìc solet, vtrùm dicti 45
Minores possint nominare, seu eligere executores ex commissione testatoris? Negant aliqui apud infra citandos, quòd id etiam videatur repugnare perfectioni Seraphici Ordinis ab omnibus hujusmodi functionibus tẽporalium administrationem concernentibus alieni. Contrariũ tamen est verius; quia his Religiosis,

prop-

propter specialem perfectionem sui status, non interdicuntur quælibet functiones circa temporalia, sed illæ tantùm, quę contrectationem, & administrationem pecuniæ, litigiaque afferre solent: cujusmodi non est functio nominandi executores, vt patet. Et ita sentiunt Couar. *in cap. Tua nos, num. 1. fine, de Testament.* Mattiens. *lib. 5. Recopil. tit. 4. l. 14. Glos. 1. num. 3.* Rodrig. *QQ. Regular. tom. 3. q. 70. art. 2. & tom. 2. Sum. cap. 70. num. vltim.* Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 11. num. 41.* Dicastil. *lib. 2. de Iust. tract. 19. disp. 3. dub. 10. num. 106.* Diana *p. 8. tract. 5. resol. 8.* & cum Barthol. & alijs Simon de Præt. *lib. 5. de Interpr. vltim. volunt. interpr. 1. dubit. 2. num. 25.* Cæterùm cum Religiosus non habeat velle, neque nolle independenter à voluntate Superioris, addit Sanch. & Diana *loc. citat.* exigi licentiam Superioris, vt dicta nominatio fieri possit à Religioso. Quod non tantùm in Franciscanis, sed in alijs etiam Religiosis locum habet. Contrarium tamen sentit Palaus *tom. 3. tract. 16. disp. 4. puncto 13. §. 1. numer. 11.* quem sequitur Diana sibi contrarius *d. tract. 5. resol. 25.* ob rationem qua *numer. præced.* admittimus, non esse necessariam Superioris licentiam, vt Religiosi possint eligere pauperes, inter quos bona testatoris distribuantur. Sed reuerà in præsenti est diuersa ratio, quia maioris authoritatis, & momenti est, eligere executores, quàm nominare pauperes inter quos distribuantur eleemosynæ relictæ à testatore, neque est negotium tam pium, & religioso statui conueniens.

46 Addit præterea Sanch. *numer. 42.* ex Mattinezo, *vbi supra*, quem etiam sequitur Dicastil. & Diana *loc. citat.* vt nominatio executoris fiat validè ex commissione testatoris, opus esse vt testator commiserit nominare incertum de certis, vt v.g. vnum de tali Collegio, itavt si commissarius neminem nominauerit, omnes possent exequi, proindeque non valere nominationem factam ex commissione generali nominandi vnum, vel plures de toto mundo, vel de toto aliquo Regno, aut ciuitate sed tantùm ex commissione limitata ad certum, & competentem aliquem numerum, vel Conuentum. Ego vero sufficiens fundamentum hujus limitationis non video: nam licèt executor debeat esse certus, attamen illius certitudo bene in alterius voluntatem conferri potest, vt cum Baldo & alijs aduertit Sanch. *num. 41.* nec vlla apparet repugnantia in eo quòd testator totam suam potestatem alteri committat, vt possit nominare vnum de toto mundo, sicut ipse testator nominare posset.

§. 5. *Ad quem spectet exequi testamentum, quando testator neminem ad id muneris nominauit; vel si aliquem nominauit, is est negligens, vel non vult munus acceptare?*

SVMMARIVM.

Quando testator nullum executorem nominauit, competit hæredi executio testamenti, etiam quoad relicta pia; num. 47. Id verò limita, nisi sint relicta ad redemptionem captiuorum, vel ad eleemosynas & alimenta pauperum: quo vtroque casu executio spectat ad Episcopum; num. 48. & seq.

Quando hæres vel executor à testatore nominatus est negligens, tum ad Episcopum, tum ad judicem sæcularem spectat eum compellere, & efficere vt testamentum executioni mandetur. Estque hoc negotium mixti fori: & potest judex sæcularis etiam de relictis pijs cognoscere; num. 50.

Vtrum data negligentia hæredum vel executorum, non solùm deuoluatur ad Episcopum executio piarum dispositionum, sed etiam profanorum? num. 50. & seqq.

Quinam veniant nomine, Episcopi, *ad prædictum effectum? num. 53.*

Ad quem pertineat executio testamenti, quando executores à testatore nominati officium non acceptarunt? num. 54.

Officium executoris non transit ad hæredem; num. 55.

47 PRima conclusio sit. Quando testator nullum executorem nominauit, competit hæredi executio testamenti, etiam quoad relicta pia. Ita sumitur ex *cap. 3. de Testam.* & tenent communiter DD. Couar. *in d. cap. 3. num. 8.* Panorm. *ibid. num. 4.* Sanch. alios referens *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 43. num. 1.* Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib. 3. tit. 1. num. 23.* Molina *tom. 1. de Iust. disp. 247. post princip.* Simon de Prætis plures referens *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpr. 1. dub. 2. num. 5. & seqq.* Vuading. *tract. de Contract. disp. 4. dub. 13. §. 5. num. 3.* & Diana *p. 8. tract. 5. resol. 41. fine.* Ratio est quia eo ipso, quòd testator non constituit alios executores, tacitè voluit, ut hæres esset executor; cùm de jure ad ipsum hæredem principaliter spectet implere voluntatem defuncti: vtpote in quem transeunt omnia defuncti bona, jura, & actiones, cum omnibus obligationibus, & oneribus, tum aliàs, tum ab ipso defuncto impositis.

48 Id verò limitatur primò, in relictis ad redemptionem captiuorum. Nam si testator non designauit executorem, non ad hæredes, sed ad Episcopum pertinet illa implere, etiamsi testator præceperit, vt Episcopus eâ in re se non intromitteret. Sic disponitur in *Authent. de Eccles. tit. §. Siquis autem pro redemptione, & in l. Nulli, juncta Authent. Licèt testator, & in l. Siquis ad declinandam, Cod. de Episcop. & cleric.* & ita docent Molina *d. disp. 247. num. 3.* Sanch. *d. dub. 43. num. 3.* Mantica *vbi supra*, & Diana *d. resolut. 41. §. Dicendum est igitur*, estque indubitatum, quidquid in contrarium dixerit Vuadingus *loco supra citat.* Cui autem Episcopo hujusmodi executio competat; an scilicet Episcopo loci, in quo testator natus est, vel vbi habebat domicilium, aut vbi obijt, aut in quo sunt bona? Vide apud Molinam *vbi supra.*

Limitatur secundò in relictis ad eleemosynas, & alimenta pauperum. Nam hæc etiam non per hæredem, sed per Episcopum sunt implenda, quando testator executorem non designauit. Sic cum alijs Molina *d. disp. 247. num. 4.* & Diana *dict. resolut. 41. §. Idem dicendum*, per text. *in dict. Authent. de Eccles. tit. §. Siquis autem pro redemptione*, vbi disponitur, vt quando testator non disposuit, quis ea relicta exequi deberet, & in quos paupetes essent distribuenda, tradantur Episcopo loci, vbi testator habuit domicilium, Episcopusque ea distribuat in pauperes ciuitatis, aut loci vbi testator habuit domicilium. 49

Secunda conclusio. Quando hæres vel executor à testatore nominatus est negligens in adimplenda voluntate defuncti tempore debito, tum ad Episcopum, tum ad sæcularem judicem spectat eum compellere; & efficere vt testamentum executioni mandetur: daturque locus præuentioni, ita vt ad eum judicem causæ cognitio pertineat, qui priùs de ea cognoscere inceperit. Ita D. Petr. Barbosa *in l. Hæres absens, in princip. numer. 191. ff. de Iudicijs*, Fagund. *lib. 6. de Contract. cap. 4. numer. 2.* Molina *tom. 1. de Iustit. disput. 250. in princip.* Emman. Barbos. *in Remission. ad Ordinat. Reg. lib. 1. tit. 62. §. 4.* vbi hoc ipsum secundùm jus commune asseritur, Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dubit. 54. numer. 1. & 4.* Dicastillus *de Iustit. lib. 2. tract. 19. disput. 3. dubit. 15. numer. 182.* Vuading. *tract. de Contract. disput. 4. dub. 13. §. 5. numer. 21.* Guttier. *QQ. practic. lib. 1. quæst. 44. numer. 3.* Carpius *de Execut. testament. lib. 1. cap. 21. numer. 3.* & Ioseph. Vela, quem refert, nec refellit Diana *p. 8. tract. 5. resolut. 55.* Quod talis executio, & compulsio spectet ad Episcopum, saltem quando dispositiones testatoris sunt ad pias causas, constat apertè 50

ex

ex *cap.* 3. *cap. Si hæredes*, 6. *cap. Tua nobis*, 17. *& cap. Ioannes*, 19. *de Testamentis*, & ex Concil. Trid. *sess.* 22. *cap.* 8. *de Reform.* vbi hoc ipsum conceditur Episcopis, etiam vt Sedis Apostolicæ delegatis. Fauet etiam jus Ciuile in *Auth. de Eccleſiast. tit. §. Siquis ad ædificationem.* Quòd id etiam spectet ad judices laicos, etiam quando dispositiones sunt factæ ad pias causas causas, constat ex *l. Hæreditas, ff. de Petit. hæredit. & ex d. Auth. de Eccleſiast. tit. §. Siquis ad ædificationem.* Vnde cùm id promiscuè tum Ecclesiasticis, tum sæcularibus judicibus cómittatur, fit rem hanc esse mixti fori, & sic dari locum præuentioni.

51 Aduerte autem non satis constare inter DD. vtrùm suppositâ dictâ negligentiâ hæredum, & aliorum executorum, possint Episcopi se intromittere, & cogere vt dispositiones testatorum ad causas non pias executioni mandentur? Solùm enim ad eos deuolui executionem piarũ dispositionum, tenent Glos. *in dict. cap. Tua nobis, verb. Pijs voluntatibus, de Testam.* Anchar. *in d. cap. Si hæredes, eod. tit.* Baldus, quem refert & sequitur, Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 40. Carpius *de Execut. testament. lib.* 1. *cap.* 22. *numer.* 42. *& sequent.* Vuading. *tract. de Contract. disp.* 4. *dubit.* 13. §. 5. *numer.* 2. & alij, quos tacito nomine refert idem Vuading. & Molin. infra cit. Cujus sententiæ duplex est fundamentum. Primum, quia omnia fere jura, quæ subsidiariè Episcopis tribuunt authoritatem exequendi dispositiones defunctorum, loquuntur in specie de dispositionibus pijs, nullusque est textus, qui expressè illis submittat dispositiones profanas. Vnde quanuis *in dict. cap. Si hæredes, de Testam.* absolutè dicatur; quòd hæredibus negligentibus, pertinet ad Episcopum exequi voluntatem defuncti: id debet accipi & restringi ad sensum aliorum textuum, de pijs tantùm dispositionibus loquentium, vt Glossa ibidem exponit. maximè cùm illud capitulum non sit Pontificis, sed Concilij Prouincialis Moguntini, & sic intelligendum juxta responsa Pontificum, qui in solis pijs dispositionibus id statuunt. Secundum, quia si is, cui aliquid relictum est, agere velit aduersus executores, vel hæredes negligentes id exequi, debet actio intentari coram judice laico, si executor, vel hæres sit laicus; cùm actor debeat sequi forum rei, *cap. Si clericus laicum, & cap. Cum sit generale, de Foro compet. l. Iurisdictionem, Cod. eod. tit.* Ergo non ad Episcopum, sed ad judicem laicum spectat cognitio illius causæ, saltem quando per viam actionis hæres, aut executor laicus compellendus est implere dispositiones profanas. Vnde juxta hanc sententiam intelligenda est superior conclusio quoad solas dispositiones pias, ita vt in his tantùm sit executio mixti fori & solus judex laicus possit etiam cognoscere de profanis.

Nihilominus, quòd etiam Episcopus 52
in casu prædictæ conclusionis efficere & compellere possit, vt dispositiones profanæ executioni mandentur, tenet Glos. *in d. cap. Si hæredes, de Testam.* Panorm. *ibid. num.* 7. *& in relect. cap. Cum esses, de Testam. num.* 32. Couar. *in d. cap. Si hæredes, num.* 5. Sylu. *verb. Testamentum*, 2. *q.* 8. Molina, *tom.* 1. *de Iust. d.* 250. *num.* 5. Sanch. *d. dub.* 54. *num.* 3. Layman. *lib.* 3. *Resolut. moral. tract.* 5. *cap.* 10 *num.* 1. Dominus Rodericus à Cunh., 1. *p. Decreti, dist.* 88. *cap.* 5. *numer.* 2. Fagund. *de Contract. lib.* 6. *cap.* 4. *num.* 8. & multi alij, quos citant & sequuntur Augustin. Barbos. *de Offic. Episc. p.* 3. *allegat.* 82. *numer.* 15. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 40. Fundantur primò *in d. cap. Si hæredes*, cùm indistinctè asserat, spectare ad Episcopum exequi voluntatem defuncti, si hæredes sint negligentes in ea implenda. Secundò, quia defunctus quoad executionem suarum dispositionum est miserabilissima persona, cùm jam per se nihil efficere possit, omnique auxilio sit destitutus: ad Episcopum autem maximè spectat talibus personis subuenire, *cap. Super quibusdam, de Verb. signif.* Tertiò, quia executor negligens implere voluntatem

defuncti peccat mortaliter, secundùm negligentię qualitatem: & ratione peccati efficitur laicus de jurisdictione Episcopi, vt possit ab eo corrigi, & compelli facere id ad quod tenetur.

Hæc sententia mihi etiam placet: ejus tamen fundamenta solùm probant, posse Episcopum ex officio efficere vt defuncti voluntas executioni mandetur, compellendo hæredes vel executores, ut illam impleant, prout tenentur. Per viam autem actionis intentatæ ab eo, cujus interest, aduersus hæredes vel executores laicos, verius videtur id solùm spectare ad judicem laicum, vt probat secundum fundamentum superioris sententiæ, licèt contrarium doceat expressè Molin. *loco citat.* cum alijs quos refert. Hoc verò intellige, spectato solo jure communi Nam si alicubi praxis, vel jus particulare loci aliud teneat, id planè obseruandum est. Et quidem secundùm jus Lusitanum *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. §. 4. simpliciter asserendum videtur, æquè Episcopos, & judices laicos cognoscere posse de hujusmodi causis tam ex officio, quàm per viam actionis: cùm ibi simpliciter dicatur, quod secundùm jus commune, tam ad Ecclesiasticos Prælatos, quàm ad ipsum Regem spectat efficere, vt defunctorum voluntates impleantur: ac juxta hoc nonnulla ibi constituuntur, ex quadam Concordata cum Prælatis hujus Regni, ad vitandas perturbationes, & controuersias circa hoc cum ipsis Prælatis.

Aduertendum hic etiam, nomine,
53 *Episcopi*, in præsenti materia, intelligi etiam eos, qui jurisdictionem quasi Episcopalem habent, in aliquo territorio, & veluti diœcesi ipsis subjecta. Nam hi etiam possunt cogere executores, vt exequantur voluntatem defuncti, & si illi tempore debito id non præstent, eam exequi possunt, sicut Episcopi, vt optimè relatis alijs probat Sanchez *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 54. *num.* 18. Vnde etiam nomine Episcopi à fortiori quoad hoc intelligitur Capitulum Sede Vacante; cùm plenè succedat in Episcopali jurisdictione: sic idem Sanch. *num.* 20. & omnes. Quod autem dicimus de ijs, qui habent jurisdictionem quasi Episcopalem, intellige, dummodo sint omnino exempti ab Episcopo, cum ijs, in quos jurisdictionem habent. Nam si non sint omnino exempti, sed ab eis detur appellatio ad Episcopum, tunc licèt possint cogere executores vt exequantur voluntatem defuncti, fortè non poterunt eam exequi, ipsis executoribus negligentibus, sed ad Episcopum id spectabit, vt notat Sanch. *vbi sup. num.* 19. Quæ autem negligentia executoris sufficiat, vt executio deuoluatur ad Episcopum, vel ad judicem sæcularem, dicemus *sect.* 3.

Tertia conclusio. Quando executores à testatore nominati non acceptarunt, 54
siue quia noluerunt, nec compulsi sunt acceptare, siue aliâ de causa,, idem videtur dicendum, atque quando nullus executor nominatus est, scilicet spectare tunc executionem testamenti ad hæredes, etiam quoad dispositiones pias, quemadmodum in prima conclusione dictum est, & cum limitationibus illius. Ducor, quia perinde est non esse acceptatum officium executoris à nominatis per testatorem, atque non dari executorem nominatum, eoquod testator neminem ad tale munus designauit. Igitur quemadmodum nemine nominato, executio testamenti competit hæredi, sic etiam competit, non acceptantibus, qui nominati sunt: cùm in vtroque casu nullus reipsâ sit executor. Cui resolutioni planè adhæret Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 248. §. *Executor, in fine*, vbi ait, teneri tunc hæredes exequi testamentum. Atque idem dicendum est quando executor nominatus fuerit inhabilis, vel mortuus; cùm sit eadem ratio. Si autem nec ipsi hæredes voluerint exequi testamentum, vel in eo exequendo negligentes fuerint, tunc tam ad judicem Ecclesiasticum; quàm sæcularem spectat efficere, vt voluntas testatoris impleatur, sicut in secunda conclusione dictum est. Unde quod nonnulli DD. quos refert & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 43. *num.* 7. expressè videntur tenere, scilicet, quando

exe-

executores nominati per testatorem acceptare nolunt officium, tunc Episcopum esse executorem, intelligendum est, si hæres etiam nolit exequi voluntatem defuncti, & Episcopus non sit prævenius à judice sæculari, juxta superiùs dicta in secunda conclusione.

55 Vbi tandem nota, quòd mortuo executore designato per testatorem antequam testamentum exequeretur, munus illius non transit ad ejus hæredem; cùm ad illud censeatur electa industriâ persona. Sic Molina *d. disp.* 248. §. *Observa autem*, & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 41. *num.* 3. Qua de re latiùs dicemus *sect. seq.* §. 13. *numer.* 159.

§. 6. *Vtrum executor à testatore nominatus teneatur, vel compelli possit acceptare officium?*

SVMMARIVM.

EXecutor à testatore nominatus non tenetur, nec compelli potest acceptare officium; num. 56. *In aliquo tamen casu ob particulares circunstantias tenebitur ex charitate illud acceptare; num.* 57.

Si executor à testatore nominatus aliquid egisset, ex quo videatur tacitè acceptasse illud munus, potest compelli illud suscipere, & exequi. Et quando censeatur tacitè acceptasse? num. 58. *Qui est præsens & tacet, quando nominatur executor, non censetur per hoc tacitè acceptare, nisi sit conjunctus, vel amicus testatoris; num.* 59.

Executor nominatus, cui testator reliquit aliquod legatum, vel emolumentum, compellitur acceptare illud munus causatiuè; ideſt, ex suppositione, quòd velit habere tale emolumentum; num. 61. *Nolens acceptare munus executoris sibi delatum amittit bona sibi relicta à testatore, exceptâ legitimâ, quæ aliàs ei debita sit. Et quomodo id sit intelligendum? num.* 62. *& seq.*

Cui cedat emolumentum, quod non acceptans munus executoris amittit? numer. 64.

Iudex potest compellere executorem designatum à testatore vt munus acceptet, cogendo illum, non vt executorem nominatum à testatore, sed tanquam vnum de populo; licèt aliqui contradicant, & quomodo id sit intelligendum? num. 65. *& seq.*

Vtrum Religiosus possit compelli à suo Prælato, vt acceptet munus executoris? num. 67.

Si Religiosus petiuit, & obtinuit licentiam ad acceptandum munus executoris, id sufficit, vt possit compelli illud acceptare, & exequi; num. 68.

Vtrum si Religiosus absque licentia Superioris tacitè, vel expressè acceptet munus executoris, satis id sit vt possit compelli illud munus obire? num. 69.

CVm proximè dictum sit, ad quem pertineat exequi testamentum, 56 quando executor à testatore nominatus non vult, nec compellitur, acceptare officium, satis opportunè explicanda hoc loco venit celebris quæstio, vtrum executor à testatore nominatus teneatur officium acceptare, & ad id compelli possit? Communis, & vera resolutio, vniuersim loquendo, est negatiua. Colligitur ex *cap. Ioannes, de Testam.* & nititur ea ratione, quia officium executoris electi à persona priuata, qualis est testator, non est publicum, sed priuatum; atque adeo voluntarium, quod nemo cogitur, nec tenetur acceptare. Quemadmodum de officio arbitri, & arbitratoris à partibus electi, eoquod publicum non sit, tradit Barthol. *in l.* 1. *ff. de Leg* 2. estque communis sententia, atque ita docent Sylu. *verb. Testamentum*, 2. *q.* 3 *dicto* 1. Armilla *verb. Executor, num.* 5. Couar. *in d. cap. Ioannes, num.* 3. vbi Panorm. Ioan. Andr. & communis, Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 248. *num.* 3. Sanch. plurimos referens *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.*

42. *num.* 1. Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 27. & cæteri communiter.

57 Credit tamen Spino *in Speculo testament. Glos.* 28. *num.* 18. quòd in foro conscientiæ peccabit mortaliter executor à testatore nominatus, si sine causa non acceptet. Et mouetur ex doctrina Glossæ *in cap. Sicut*, 11 *q.* 1. *verb. Vsum*, asserentis peccare non acceptantem officium arbitri. Quam Glos. sequuti Imola *in cap. Pastoralis, de Offic. deleg. in princip.* & Felinus *ibidem num.* 6. dicunt peccare mortaliter, qui non acceptat officium arbitri, quando spes est quòd partes ad concordiam reducet. Sed hanc sententiam meritò rejiciunt Sanch. *vbi supr.* Diana *d. tract.* 5. *resol.* 28. & Cardin. Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *sect.* 16. *num.* 329. quia illud officium est simpliciter voluntarium, vt constat ex dictis, & sic etiam obligationem fori conscientiæ respuit. Atque idem est de officio arbitri. Non negamus autem quòd in aliquo casu ob particulares circunstantias tenebitur quis acceptare hoc munus; vt quando alij essent passuri aliquod graue damnum, & ille absque magno suo incommodo illis posset consulere, testamentum exequendo; nam tunc charitas obligaret munus illud acceptare, vt bene aduertit Lugo *vbi supra.*

58 Intelligenda verò est prædicta resolutio principalis cum aliquibus limitationibus, seu declarationibus. Prima est, nisi nominatus executor aliquid egisset, ex quo videatur tacitè jam illud munus acceptasse: nam tunc compelli potest illud acceptare, & executionem prosequi. Constat apertè ex *d. cap. Ioannes, de Testament.* vbi id tradunt Abbas *num.* 3. & Couar. *num.* 3. idemque relatis alijs docent Molina *d. disp.* 248. *num.* 3. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 5. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 27. Censetur autem tacitè acceptasse ratione actus à se gesti, qui recepit instrumentum, quo jest designatus executor, illudque legit, & tacuit. Sic relatis multis Sanch. *vbi supra, num.* 7. Item qui aliquid fecit ad ipsam executionem pertinens, vt si soluit legatum, vel satisfecit alicui creditori defuncti: sic idem Sanch. cum Sylvest. Tabien. & alijs. Item qui sciens se esse nominatum executorem acceptauit legatum sibi relictum. Idem Sanch. *supr.* cum Sarmento, & Peralta, quos refert.

Nota verò, quod vt nominatus executor, qui semel tacitè, vel expressè officium acceptauit cogi possit ipsum munus obire, opus est vt acceptauerit officium postquam sibi delatum est, ideſt, post mortem testatoris: nisi fortè ipsi testatori antea promisisset, se illud exequuturum: vel nisi in testamento volens, & acceptans descriptus esset; nam tunc ea etiam acceptatio officij deferendi sufficeret, vt mortuo testatore compelli posset illud acceptare, & exequi. Sic ex jure, & DD. Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 10. 59

Nota præterea, quòd is, qui est præsens & tacet, quando nominatur executor, non censetur officium acceptare: sicut etiam non videtur acceptare arbitrium, qui tacet, quando in eum præsentem fit compromissum. Ita communiter DD. *in d. cap. Ioannes, de Testament.* vbi Barbat *numer.* 11. & Couar. *num.* 4. Emman Barbos. *in Remiss. ad Ordinat. Reg. lib.* 1. *tit.* 62. *in princip. num.* 2. Molin. *d. disp.* 248. *num.* 3. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 8. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 27. qui plures referunt. Id verò intelligitur, nisi sit conjunctus, vel amicus testatoris; nam præsentia & taciturnitas talis personæ sufficientem prælumptionem acceptationis inducit. Sic cum alijs, Emman. Barbos. Sanch. Molina *locis citat.* & Diana *d. resolut.* 27. qui bene id probat ex *l. Si filius famil. absente*, 28. *ff. Ad Macedon.* ibi; *Debet pater si actum improbat, continuò testationem interponere contrariæ voluntatis.* 60

Secunda limitatio, seu declaratio est, quòd designatus executor, quanuis simpliciter, & absolutè non compellatur acceptare officium, attamen compellitur causatiuè, seu ex suppositione, quòd velit habere legatum, vel emolumentum sibi relictum à testatore; illud enim amittit, si officium non acceptet. Est resolutio com- 61

mu-

munis: & quidem si testator executori designato aliquid reliquit in præmium laboris in eo munere subeundo; patet illud amittere, qui officium acceptare non vult. Si autem reliquit aliud legatum, vel hæreditatem, non declarans se illud relinquere in præmium dicti laboris, non est res adeo clara, & diuersimodè sentiunt DD. Quidam namque tenent, si per cõjecturas, vel alia ratione constet, quòd testator ei erat legaturus, etiamsi ei non relinqueret illud officium; quod tunc non amittet legatum, etiamsi officium repudiet. Ita cum alijs sentit Peralta *in l.* 1. *ff. de Legat.* 2. *num.* 57. At hoc meritò rejiciunt Sarmiento, & Spino, quos citat, & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 12. Quia fieri posset, vt testator illi esset legaturus, etiamsi eum non nominaret executorem; & tamen, supposito quòd eum nominauit velle vt legatum amittat, si non acceptet, quasi in hoc ab illo offensus, & contempus. Vnde tunc solùm admittunt eum legatum non amittere, quando euidenter constaret, quòd etiam onus executionis respuenti testator legare vellet. Et ita etiam docet Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 27. *§. Et tandem.*

62 Alij verò DD. absolutè asserunt, nolentem acceptare munus executionis sibi delatum, non solùm amittere, quod sibi relictum est in præmium laboris, sed etiam legatum, hæreditatem, & quodlibet aliud emolumentum, quod ex testamento ei proueniret, exceptâ tantùm legitimâ, quæ aliàs ei esset debita ex bonis testatoris. Ita Couar. *in d. cap. Ioannes, numer.* 3. *de Testament.* vbi alios refert, & Molina *d. disp.* 248. *vers. Executor si munus*, vbi plures textus in hanc sententiam adducit; maximè verò probatur ex *Auth. de Hæredib, & Falcid. §. Siquis autem non implens*, vbi habetur, quòd honoratus in testamento non implens, quod sibi injunctum est à testatore, si monitus à judice per integrum annum id agere omittat, omne emolumentum sibi relictum amittat, exceptâ tantùm legitimâ, quæ aliàs ei debita sit. Est autem intelligenda hæc sententia, ex mente omnium, nisi constet, aut meritò præsumatur, quòd testator illi esset relicturus tale emolumentum, etiamsi sciret eum non esse acceptaturum illud officium. Vnde Couar. *d. num.* 3. & alij, quos refert, dicunt, quòd si executor officium non acceptans sit conjunctus testatori, in dubio non amittet legatum. Alij verò vt Mattienzo *lib.* 5. *Recopil. tit.* 4. *l.* 14. *Glos.* 1. *num.* 30. id tantummodo admittunt in filio testatoris, cùm ob tam leuem offensam non videatur, quòd eum priuare vellet illo emolumento. Cæterùm nec in filio id admittit Spino apud Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 3. *fine.*

Illud etiam non immeritò admonet cum 63
alijs Molina *vbi supra*, quod testator executori relinquit in præmium, statim ab eo amitti, si officium recusat; quod verò relinquit absolutè, & vt legatum, vel fideicommissum, aut hæreditatem, non amitti, nisi post sententiam; quia amissio horum emolumentorum inducta est in pœnam honorati, ob non impletam voluntatem defunct: pœna autem non habet effectum ante sententiam, saltem declaratoriam, vt est notissimum. Ex quo etiam deducitur, si executor designatus non acceptet officium, quia est de jure impeditus, vt quia est monachus Ordinis Minorum, vel aliâ de causa, non amittere legatum, quod absolutè, non in præmium laboris ei relictum fuerit, vt cum Barthol. notat Padilla *in l.* 1. *ff. de Leg.* 2. *numer.* 22. & Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 14. Quia cùm amissio talium legatorum inducta fuerit in pœnam non acceptantis, solùm incurritur ab eo, qui culpabiliter non acceptauit; cùm pœna non habeat locum, vbi culpa non est: patet autem omni vacare culpâ, qui non acceptat, quando de jure acceptare non potest.

Si quæras, cuinam cedat emolumen- 64
tum, quod executor officium non acceptans amittit? Respondetur, emolumentum relictum absolutè, non in præmium executionis, amitti substituto, si illi datus sit; sin minus, alijs hæredibus testatoris pro rata, vt habetur *in d. Auth. de Hæred.*

red. & Falcid. §. Siquis autem non implens, & in Auth. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiss. & tradit Molina *d. disput.* 248. *vers. Quod non.* relictum autem in præmium, si plures sint nominati executores, & vnus tantùm, vel aliqui eorum munus recusarunt, vel mortui sunt, cedet ijs, qui illud acceptarunt. Sic cum alijs Valasc. *consult.* 46. Emman. Rodrig. alios referens *in Sum. tom.* 2. *cap.* 156. *numer.* 3. & Molina *vbi supra, vers. Quod verò*; argum. text. *in l. vnica, §. Vbi autem, Cod. de Caduc. toll.* Et præterea, quia sicut diminuto onere minuitur portio, juxta varia jura, ita crescente onere exequendi testamentum propter defectum vnius, vel aliquorum executorum, debet alijs accrescere præmium. Si autem nullus executor munus acceptaret, tunc quid in præmium executionis relictum fuerit, cedet hæredibus, ijque tenebuntur exequi testamentum, vt bene Molina *d. §. Quod non.*

65 Tertia limitatio est, vt quanuis judex nequeat compellere executorem designatum à testatore, eoquod designatus sit, seu, vt executorem designatum, attamen possit illum compellere tanquam vnum de populo. Nam judex ordinarius quando ad eum deuoluitur executio testamenti juxta superiùs dicta *in §. præced.* committere potest illud munus cuilibet suo subdito, si sit idoneus; eumque ad illud acceptandum, & exequendum compellere, vt loquendo de Episcopo, seu Ordinario, cum multis DD. tradit Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 16. & Molina *d. disp.* 248. *num.* 4. Quia judex ordinarius potest alteri delegare quamlibet functionem sui muneris, & ad eam exequendam cogere. Ergo poterit etiam cogere executorem designatum à testatore, si non vt talem, certè vt vnum de populo suæ jurisdictioni subjectum. Tenent hanc sententiam Barth. *in l. In arbitrium, ff. de Leg.* 2. & Cuman. *ibid.* dicens esse communem: in eam etiam magis inclinat Padilla *ibid.* dicens videri tenendam, quanuis lege non probetur. At contrariam sequuntur Ioan. Andr. & Alex. quos idem Padilla refert, eisque accedunt Sarmiento *lib.* 8. *Selectar. in d. l. In arbitrium, num.* 12. & Sanch. *d. dub.* 42. *num.* 17. asserentes, quòd regulariter non potest judex hanc compulsionem facere: posse tamen in casu, in quo pietas versetur, & non sit alius, qui id exercere possit. Ego verò priori sententiæ adhæreo, censeoque quòd ex eadem causa, & cum eadem facilitate, qua judex compellere potest alium, vt illud munus exequatur, potest etiam compellere eum, qui à testatore nominatus est, nam ex eo quòd fuerit nominatus, non redditur magis exemptus, vt compelli non possit, quàm si nominatus non esset: & alioqui hoc ipso, quòd testator eum elegit, est magis aptus, cæteris paribus, ad illam executionem faciendam, vt patet.

Optimè autem aduertit Sanch. *num.* 66 18. Quod judex sæcularis debet compellere sæcularem, & Episcopus clericum. Quia licèt Episcopus possit compellere executores laicos, vt munus exequantur quando ad id tenentur, vt quia munus à testatore delatum acceptarunt, vel sunt hæredes, qui ex testamento obligantur; attamen non potest compellere alios, qui obligati non sunt. Et ideo eorum compulsio ad solum judicem sæcularem spectat; quemadmodum compulsio clerici ad solum Episcopum, seu judicem Ecclesiasticum.

Quarta limitatio est, vt si executor sit 67 Religiosus, possit ejus Prælatus eum cogere, vt acceptet, & exequatur illud munus. Sic cum alijs Molina *d. disp.* 248. *numer.* 4. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 42. *num.* 15. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 28. *in fine.* Reddit rationem Molina, quia Religiosus tenetur parere suo Prælato in licitis, & honestis, quale est hoc, nisi circunstantia aliqua id illicitum, aut nociuum Religioso reddat. Hæc tamen ratio, si loquamur de stricta obligatione parendi, sustineri non potest, quia Prælatus Religionis non potest præcipere subditis omnia licita, & honesta, sed ea tantùm quæ sunt, secundùm regulam directè, vel indirectè, vt est communissima fere om-

omnium DD. sententia, quam relatis innumeris tradit, & latè declarat Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 6. cap. 2. num. 15. & seq.* Vnde cùm vix, ac ne vix quidem, vlla videatur esse Religio, ad cujus regulæ obseruationem vllo modo pertineat obire munus executoris testamentarij, nisi fortè in aliquo raro casu, in quo charitas, & commune ipsius Religionis bonum id omnino exigat, fit vt extra talem casum non possit Prælatus Religiosum obligare, vt illud munus suscipiat & exequatur, quanuis ei sit licitum, nec vllâ extrinsecâ circunstantiâ vitiatur. Si tamen Prælatus id injungat, ad perfectionem obedientiæ spectabit ei parere: nam vt optimè ex Sanctorum doctrina tradit idem Sanch. *d. cap. 2. num. 3.* ad perfectam obedientiam spectat obtemperare Prælatis in omnibus licitis, etiamsi ea præcipere non possint, nec strictam obligationem inducere.

68 Hæc vero procedunt, quando res adhuc est integra: idest, quando Religiosus sciens se nominatum esse executorem à testatore, nihil adhuc circa tale munus acceptandum, vel exequendum egerat. Nam si aliquid jam egisset, quo tacitè saltem munus acceptasse videretur, non solùm à Prælato Religionis, sed etiam ab eo ad quem ex officio pertineret cogere executores, qui munus acceptarunt, vt testamentum exequerentur, compelli posset illud exequi; juxta doctrinam supra traditam *num. 58.* Nonnulla tamen circa hoc est differentia inter executores sæculares, & Religiosos, ex eoquod Religiosi indigeant licentiâ Superioris, vt possint acceptare illud munus, sæculares verò minimè. Hinc enim fit, vt si Religiosus petat, & obtineat licentiam à suo Prælato ad acceptandum illud munus, id sufficiat, vt compelli possit illud acceptare, & exequi, vt cum Cardin, Imola, & Bonifac. tradit Sanch. *d. lib. 6. in Decal. cap. 11. num. 13. argum. cap. Quidam, de Renunciat.* vbi qui petiuit licentiam renunciandi, cogitur renunciare: & est ratio, quia per hoc jam aliquo modo videtur munus acceptasse. Hic verò modus acceptandi locum non habet in sæcularibus, cùm simili licentiâ non indigeant.

Item si Religiosus, non obtentâ dictâ 69
licentiâ Superioris, illud munus acceptet, siue expressè, siue implicitè, vt recipiendo, & soluendo aliquod legatum relictum in testamento, non caret dubio, an talis acceptatio sufficiat, vt compelli possit illud munus obire, sicut sufficeret in executore sæculari, qui tali licentia non indiget. Nam cùm probabile sit, acceptationem Religiosi absque licentia Superioris esse nullam, vt vidimus §. 4. *num. 20.* profectò stando in ea sententia, talis acceptatio non sufficit, vt Religiosus cõpelli possit licentiam petere, & sic ipsum munus obire, vt bene aduertit Sanch *d. c. 11. num. 14.* quia cùm acceptatio non fuerit valida, perinde est acsi nihil actum esset: proindeque non potest ratione illius obligari Religiosus petere exequendi licentiam: imò nec si Superior eam licentiam non petenti concedat, compelli potest eam acceptare, vt optimè idem Sanch. addit. Stando autem in opinione quam magis probauimus *d. §. 4. numer. 21.* quòd scilicet illa acceptatio est aliquo modo valida, non obstante licentiæ defectu, tunc consequenter dicendum, quòd ratione talis acceptationis compelli potest Religiosus licentiam petere, eâque obtentâ ipsum munus executoris exequi, quemadmodum compelli potest executor sæcularis, qui vel expressè, vel implicitè munus acceptauit, juxta supra tradita *num. 58.* & ita docet Sanch. *d. numer. 14.*

SECTIO II.

De potestate executorum ad dispensanda bona testatoris, ejusque voluntatem implendam.

OFficium executoris testamentarij in sua intrinseca ratione includit potestatem exequendi voluntatem

tem defuncti, adeo vt ea potestate sublata, nec esse, nec intelligi tale officium posit; vt ex ipsis terminis patet. Quare eo ipso, quòd aliquis legitimè constitutus est executor alicujus testamenti, ipsumque officium acceptauit, potestatem habet testamentum exequendi. Quousque autem hæc potestas extendatur, multas inuoluit quæstiones, & difficultates, quæ in hac sect. sub distinctis titulis, & §§. expediendæ sunt.

§. 1. *Vtrum quando plures sunt executores nominati alicujus testamenti, possit vnus sine alio exequi?*

SUMMARIUM.

QVando plures sunt nominati executores in solidum, quilibet eorum potest exequi sine alio. Et quomodo id sit intelligendum, si distributio facienda fuerit incerta, seu non determinata per testatorem? numer. 70. & seq.

Quando plures executores simpliciter nominati sunt, non potest vnus sine alio exequi; num. 72. Id verò fallit primò, quando distributio facienda est certa; nnm. 73. Secundò, quando aliquis, vel aliqui ipsorum executorum essent demortui, vel in remotis agerent, vel nollent concurrere ad executionem. Et quid quando aliquis eorum non longè abesset? num. 74. Quando aliquis illorum non vult concurrere, possunt alij exequi, siue ille nolit ante, siue post acceptatum officium; num. 75.

Quando executores nominati sunt tres, vel plures, & maior eorum pars consentit: tunc licèt alius, vel alij non vocentur, valet executio; num. 76.

Quando plures executores sunt nominati cum limitatione, vt vnus sine alio non exequatur, tunc etiam in casu quo aliquis eorum sit mortuus, vel absens, aut nolit concurrere, non possunt alij exequi; num. 77.

PRo resolutione notandum, quòd interdum nominatis pluribus executoribus, addit testator, se cuilibet eorum committere in solidum potestatem exequendi: interdum verò nihil tale addit, sed simpliciter nominat plures ad suum testamentum exequendum. Hoc posito.

Prima conclusio sit. Quando plures 70
executores sunt nominati primo modo, nempe vnusquisque in solidum, quilibet eorum potest exequi sine alio. Patet ex ipsis terminis, cùm nihil aliud sit, esse vnumquemque executorem in solidum, quàm habere potestatem exequendi testamentum independenter à concursu alterius. Docet verò Sanch. *lib. 4. Opuse. cap. 1. dub. 44. in fine.* cum Franco, & Baldo, quos refert, id esse intelligendum cum hac distinctione: vt si distributio facienda sit certa, idest, si certa summa danda sit certæ personæ; tunc possit quilibet talium executorum eam exequi, licèt alter contradicat: si verò distributio sit incerta, licèt possit eam exequi, altero non contradicente, non tamen si contradicat. quo casu asserit, recurrendum esse ad regulas, quas subdit, & nos §. *seq.* trademus, quibus statuitur quid faciendum sit, quãdo executores dissentiunt.

Cæterùm ego indistinctè asserendum 71
puto, quòd siue distributio sit certa, siue incerta, quilibet illorum executorum eam potest facere independenter ab vlla sequenti aliorum approbatione, vel reprobatione; ita vt licèt alij postea contradicant, illa nihilominus rata, & firma maneat. Nam eo ipso quòd cuilibet eorum data est in solidum potestas exequendi testamentum, datur inter illos jus præuentionis, quoad singulas dispositiones testatoris, ita vt qui primus aliquam sibi exequendam assumpserit, alios prorsus ab ejus executione excludat. Vnde nihil refert, quòd illi postea assentiant, vel dissentiant: cujus oppositum, quando distribu-

butio facienda incerta esset, liberè dictum videtur.

72 Secunda conclusio. Quando plures sunt nominati executores secundo modo, idest, simpliciter, non potest regulariter vnus exequi sine alio. Est resolutio communis; quia tunc non censentur singuli dati in solidum, sed simul cum alijs: & ita colligitur ex *cap. Religiosus, de Testament. in 6 §. Sane*, vbi sic tenet Francus, *num. 5.* cum Speculatore, quem refert, tenent etiam relatis alijs Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 44. num. 1.* Simon de Præt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. num. 81.* & Carpius, quem refert, & transcribit Diana *p. 8. tract. 5. resol. 29.* Dixi, *regulariter*, quia in aliquibus casibus prædicta conclusio fallit.

73 Primò fallit, quando distributio facienda, est certa, vt si testator certam rem, vel certam quantitatem jussit dari certæ personę. Quia cùm in tali distributione nullum requiratur arbitrium, sed sit mera executio facti, non refert per quem fiat: ita Sanch. *dict. dub. 44.* cum Baldo, Butricar. Gregor. Lop. & Franco, qui ait, hoc procedere, etiamsi alter executor prohiberet.

74 Secundò fallit, quando aliquis, vel aliqui prædictorum executorum essent demortui, vel in remotis agerent, vel nollent concurrere ad executionem: tunc enim cæteri, etiamsi vnus tantùm sit, procedere possunt ad executionem testamenti, nisi testator contrarium expressisset. Ita expressè habetur *in dict. cap. Religiosus, §. Sanè, de Testament. in 6.* & tradunt Molina *tom. 1. de Iustit. disput. 248. vers. Quando multi*, Simon de Præt. *lib. 5 de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 55. & 83.* & cum multis alijs Sanch. *d. dub. 44. num. 3.* Qui rectè *num. 5.* cum alijs addit, quòd in casu magnæ distantiæ alicujus ex dictis executoribus non oportet illum citare: si verò non multùm distaret, tunc vocandum esse, & si nihilominus intra præfixum terminum non adueniat, reliquos procedere posse ad executionem, vt tradit Glos. *in dict. cap. Religiosus, verb. In remotis*, & docet etiam Molina *vbi sup.* Notat præterea idem Sanch. *numer. 6.* cum Sylu. & alijs, quod si in dicto casu magnæ distantiæ seu absentiæ executoris non superest alius executor, nec testator aliud prouidit, exequetur Episcopus, nec instabitur ad compellendum absentem.

Illud etiam hic notandum, cùm dicitur, quòd nolente aliquo ex dictis executoribus concurrere, possunt alij exequi; intelligitur, siue nolit ante acceptatum officium, siue post acceptatum, vt colligitur ex *dict. §. Sane*, & notat Sanch. *dict. dub. 44. numer. 7.* Unde licèt officium executoris postquam est acceptatum non maneat simpliciter voluntarium; cùm executor possit tunc cogi illud exercere; attamen adhuc manet voluntarium quoad hoc, quòd nolente vno coexecutore concurrere, potest alius exequi absque illius requisitione, vel consensu, vt cum Franco, & Archidiacono colligit idem Sanch. ex text. *in dict. §. Sanè*, quatenus ibi dicitur, quòd alter possit liberè exequi. 75

Tertiò fallit, quando hujusmodi executores sunt tres aut plures, & maior eorum pars consentit in executione, seu distributione facienda. Nam tunc licèt alij non sint vocati, nec cum illis congregentur, valet nihilominus executio facta à maiori parte. Ita Carpius, quem refert, & sequitur Diana *dict. resolut. 29. fine.* Ratio est, quia quando sunt plures executores potestas exequendi illis commissa, non residet in illis vniuersaliter, seu in communi, tanquam in vno corpore, & persona ficta, adinstar Capituli, sed singulariter idest, in singulis vt in singulis, licèt non in vnoquoque in solidum; quo fit, vt non oporteat eos simul conuenire, & congregatos esse ad negotium expediendum, sed satis sit quod separatim diuerso loco & tempore suum consensum præstent: quando autem res gerenda est per plures habentes potestatem hoc modo, & in tali re non 76

versatur illorum præjudicium, non oportet quòd omnes admoneantur, & consentiant, sed sufficit maiorem partem consentire, alijs minimè vocatis, & admonitis: licèt aliud sit, quando res spectat ad plures vniuersaliter, quatenus efficiunt vnum corpus: in quo casu licèt sufficiat maiorem partem consentire, vt negotium expediatur, tamen oportet vt conueniant, vel saltem sint vocati omnes, qui habent jus suffragij; cum alioqui non sint alij legitimè congregati, nec integrum corpus efficiant ad negotium plena authoritate expediendum.

77 Tertia conclusio. Quando plures executores nó sunt nominati simpliciter, sed cum limitatione, vt vnus sine alio non exequatur; tunc etiam in prædictis casibus, scilicet, quando alter obijt, vel non vult &c. non potest alius exequi, sed seruanda est ordinatio testatoris. Constat apertè ex *d. cap. Religiosus, §. Sanè,* & tradit ibi Glos. *verb. Expresserit,* & cum alijs Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 44. numer.* 10. Qui inde *numer.* 11. cum eadem Glossa infert quòd tunc, si testator non prouidit, ex quo cæteri impediuntur, exequetur Episcopus. At hoc intelligo, si nec hæres possit, aut velit exequi, & nisi judex sæcularis Episcopum præueniat, in casu quo ad vtrumque ea executio deuoluitur, juxta doctrinam traditam *sect. præced. §. 5. num. 54.*

§. 2. *Quid, quando sunt plures executores, & inter se discordant?*

SUMMARIUM.

QVando executores discordantes sunt impares numero, prævalet maior eorum pars; num. 78.

Si executores sint pares numero, impares verò in qualitate, prævalet vox partis dignioris. Et quinam censeantur digniores? num. 79.

Quid, quando executores inter se discordantes tam numero, quàm qualitate sunt pares? num. 80. *& seq.*

HÆc quæstio maximè procedit, 78
quando executores inter se discordantes sunt pares. Nam si sint impares numero, jam supra *numer.* 76. diximus, standum esse consensui maioris partis. Et ita præter DD. ibid. citatos docet cum alijs Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 45. num.* 1. estque omnium sententia, vt idem Sanch. affirmat. Et ratio est, quia teste Mattienzo *ad lib. 5. Recopil. tit. 4. l. 22. Glos. 3. numer.* 1. fere in omnibus causis per plures expediendis prævalet maior pars, ad quod est text. *in l. Quod maior, ff. Ad muncip. & cap. 1. de His quæ fiunt à maiori parte Capituli* Vnde notat cum alijs Peralta *in l. Vnum ex familia, §. Rogo, num.* 10. *ff. de Leg. 2.* & Sanch. *vbi sup. num. 2.* esse hoc adeo verum, vt si sint quinque executores ad eligendos pauperes, & duo eligant vnum ex ipsis executoribus, alij duo vnum extraneum, & executor electus consentiat suę electioni, præferatur extraneo, quia jam pro se habet maiorem partem.

Item, si executores sint pares nu- 79
mero, impares verò in qualitate, vox dignioris partis prævalet, vt si sint duo, alter clericus, alter verò laicus, præfertur clericus: vel si alter sit masculus, & alter fæmina, præfertur masculus. Sic relatis pluribus Sanch. *dict. dub. 45. numer.* 4. Carpius *de Execut. testament. lib. 3. cap. 2. numer.* 30. & ex eo Diana *p. 8. tract. 5. resol.* 30. Addit etiam idem Carpius & Diana *loc. citat.* cum Baldo, Palacio, Rub. Gomez, Arias, Spino, Rolando, & Lara, quòd cæteris paribus, præferendi sunt executores consanguinei testatoris. Idem relatis alijs tradit Simon de Præt. *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer.* 84. vbi rectè etiam aduertit, si ex duobus executoribus vnus elegerit pauperes consanguineos testatoris, alter verò extraneos, præferendus est, qui cõsanguineos elegit.

Quan-

80 Quando autem executores inter se discordantes tam numero, quàm qualitate sunt pares, itaut pro neutra parte appareat sufficiens ratio, ob quam præferri debeat: credit Spino *in Speculo testam. Glos.* 28. *num.* 19. quòd tunc potest Episcopus præferre, quem voluerit. Sanch. verò *d. dub.* 45. *numer.* 3. cum Gregor. Lop. & Franco asserit, quòd si sit in rebus pijs potest Episcopus præferre, quem voluerit: si verò in rebus profanis, id potest judex sæcularis.

81 Ego verò rem magis explicando, dico in primis, quod in hac executorum discordia, neque Episcopus, neque judex sæcularis potest recedere ab vtroque executore, sed debet ad alterum illorum accedere, & cum eo executionem expedire, vt planè sentiunt Spino, & alij DD. proximè citati; cùm solùm admittant posse Episcopum, vel judicem sæcularem præferre quem voluerint ex illis executoribus discordantibus. Et ratio est, quia in hoc casu non recurritur ad judicem ad excludendum vtrumque executorem, sed solùm vt determinet quinam præferendus sit: & cùm non appareat maior ratio pro vno, quàm pro altero, manet liberum ipsi judici præferre ex illis, quem voluerit. Dico deinde, quòd si extet hæres expeditus & capax exequendi voluntatem defuncti, ad eum, & non ad judicem spectat illam determinationem facere, accedendo ad alterum ex illis executoribus, quem maluerit. Quia in defectum executorum succedit primo loco hæres: & si hic etiam deficiat, tunc succedit judex, præterquam in quibusdam legatis, prout latè dictum est *sect. præced.* §. 5. Vnde in hoc etiam casu priùs recurrendum est ad hæredem, vt illam determinationem faciat, quàm ad judicem; siquidem illa determinatio ad executionem testamenti spectat, & cùm ab executoribus fieri non possit, ad hæredem devoluitur. Dico tandem, quòd hærede nolente, aut non valente illam determinationem facere, spectat eam facere ad judicem, ad quem tota executio devolueretur, quando tam executores, quàm hæredes deficerent, juxta doctrinam *dict.* §. 5. traditam, quam non oportet hìc repeti.

§. 3. *Vtrum executores possint authoritate propria vendere bona defuncti, ad implendum ejus testamentum?*

SUMMARIUM.

EXecutores vniuersales possũt vẽdere bona defuncti ad ejus voluntatem implendam, perinde acsi essent hæredes; num. 82.

Executores particulares non possunt vendere bona defuncti, nisi ille ad hoc eis specialiter facultatem concesserit; numer. 83.

Quando testator executoribus concessit facultatem vendendi bona, interest, an eam concesserit per verba importantia liberam eorum voluntatem, vel solùm arbitrium boni viri. Et quid in vtroque casu agere possint? num. 84.

Etiam quando testator liberam facultatem vendendi executori concessit, potest hæres venditionem impedire: & quomodo id possit facere? num. 85.

Executor habens facultatem vendendi bona defuncti, potest etiam ea permutare, obligare, & in solutum dare; numer. 86.

Quæ dicta sunt circa potestatem executoris ad vendenda bona defuncti, intelliguntur post aditam hæreditatem; numer. 87.

Vt executor possit vendere bona defuncti, debet priùs requirere hæredem. Et quomodo id sit intelligendum? ibid.

Quamuis executori concessa sit libera facultas vendendi, nihil tamen sibi potest emere, vel comparare ex bonis testatoris, etiam per interpositam personam. Quòd tamen ali-

qui variè limitant; numer. 89. *Quid circa hoc jus Lusitanum disponat? num.* 90.

82 REspondetur, si executores sint vniuersales, quales sunt, qui nominantur ad executionem testamenti, in quo nullus hæres certus, præter animam ipsius testatoris, institutus est, vt *sect. præced. num.* 2. explicatum est, vendere posse testatoris bona ad implendam ejus voluntatem, tanquam si ipsi hæredes essent: quia reputantur quasi hæredes, *l. Siquis ad declinandam, Cod. de Episcop. & cleric.* & ita docent Barthol. *in l. Alio ff. de Alim. & cibar. leg.* Couar. *in cap. Ioannes, de Testament. numer.* 6. Panorm. *ibid. numer. etiam* 6. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 12. *numer.* 12. Molina *tom.* 1. *de Iustit. disput.* 248. *prope finem*, & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 46. *numer.* 2. & Carpius *de Execut. testam. lib.* 3. *cap.* 3. *concluf.* 1.

83 Si autem executores sint particulares, quales sunt, qui nominantur ad exequenda particularia relicta in testamento; in quo certus hæres, & non tota anima defuncti, institutus est, vendere non possunt bona testatoris, nisi ab eo specialiter illis concessa sit vendendi potestas. Ita Barthol. Couar. & Molina *loc. proximè citatis*, Simon de Prætis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 100. Sanch. *dict. dub.* 46. *numer.* 3. & Carpius *dict. cap.* 3. *concluf.* 3. qui plures referunt, estque communis sententia. Cujus ratio est, quia vbi est institutus hæres certus viuens in hoc mundo, illi acquiritur hæreditas cum omnibus ejus honoribus, & oneribus, fitque verus dominus omnium bonorum defuncti: ac proinde ad illum tantummodo spectat disponere de illis, eaque administrare, præterquam in casu quo testator aliud statuerit, & ideo nisi testator specialiter executori concesserit, vt illa possit vendere, vel aliter de illis disponere, solùm habet potestatem ad cõpellẽdũ hæredem vt impleat onera, quæ illi à testatore injuncta sunt.

Solent verò testatores dare facultatem 84
executoribus vt possint vendere quantum sufficiat ad prædicta onera implenda. Et in tali casu considerandа sunt verba, quibus testator illam facultatem concedit: an scilicet importent facultatem vendendi, vt voluerit; vel solùm vendendi, vt ei videbitur, seu arbitrio boni viri: si enim simpliciter dicatur, *Concedimus potestatem*, vel, *damus licentiam vendendi:* tantummodo intelligitur concessum arbitrium, vt scilicet possit vendere arbitrio prudentis. Et tunc non potest vendere pro libito, sed tenetur seruare Ordinem, quem jus disponit in *l. A Diuo, §. In venditione, ff. de Rejudicata*, vt nimirum priùs vendantur mobilia, deinde jura, & actiones, postea immobilia. Si verò dicatur, *damus liberam facultatem*, vel, *plenam potestatem*, seu, *licentiam vendendi*, intelligitur concessa libera voluntas, vt scilicet possit vendere prout libuerit. Et tunc quanuis prædictus ordo non seruetur, valet venditio: restringitur tamen illa libera voluntas, vt rem agat bona fide, ideſt, vt rem magni pretij non vendat pro minimo: alioqui nulla erit venditio. Ita Sanch. *dict. dubio* 46. *numer.* 7. cum Tello, Azebedo, Barthol. & alijs. Qui præterea addunt, quòd etiam quando est concessa libera facultas vendendi, debet venditio fieri cum banimentis, ideſt, in publica subhastatione, quia tutores habent liberam potestatem vendendi, *l. Mandato, ff. de Procurat.* & tamen tenentur vendere res pupilli in publica subhastatione. Id verò intellige, nisi testator, expressè concesserit, vt etiam absque publica subhastatione posset executor vendere, vt cum Barth. & Mattienzo aduertit Sanch. *loc. cit.*

Addendum vlteriùs, quòd non obst- 85
ante libera illa facultate vendendi executori concessâ, potest hæres venditionẽ impedire, idq; varijs modis, nempe, vel offerendo pecuniam necessariam pro soluendis legatis, & alijs oneribus implendis: vel offerendo se ad vendendum, & ex pretio satisfaciendum intra competentem terminum legatarijs, & alijs, qui-

quibus executores volebant satisfacere, datis ad hoc idoneis fidejussoribus; in quo casu hæres præfertur executori in vendendo: vel offerendo aliam rem vendendam loco ejus, quam executor vult vendere: vel denique si rem, quam executor vult vendere, insinuet vendendam maiori pretio, ostendens plus pro ea offerentem. Sic Barthol. *in d. l. Alio, num.* 19. *ff. de Aliment. & cib. leg.* & cum alijs Sanch. *dict. dubio* 46. *numer.* 9.

86 Executor autem, cui testator concessit facultatem vendendi, non solùm potest vendere, sed etiam permutare, obligare, & in solutum dare; vt cum eodem Barthol. & alijs id de jure probantibus, notat Sanch. *vbi sup. numer.* 10. & tradit etiam Carpius *de Execut. testam. lib.* 3. *cap.* 3. *concluf.* 12.

87 Item executor vendens jure executoris, non tenetur de euictione, licèt ex ejus promissione teneatur hæres, vel hæreditas: nam quoties quis vendit ex officio sibi injuncto, de euictione non tenetur, *l. Qui erat hæres, l. Si pignori, ff. Famil. erciscund.* Sic Barthol. *in dict. l. Alio, numer.* 21. *ff. de Alim. & cibar. leg.* Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dubio* 46. *numer.* 8. Carpius *dict. cap.* 3. *concl.* 11. & multi alij, quos referunt.

88 Omnia prædicta circa potestatem vendendi, & exequendi contenta in testamento executori concessam, intelliguntur post aditam hæreditatem: quia sine aditione hæreditatis nihil valent contenta in testamento, *l. Si nemo, ff. de Testamentar. tutel. l. Si nemo, ff. de Regul. jur. & l.* 2. *ff. de Fideicommiss. libert.* Arque ita docent Barthol. *in dict. l. Alio, numer.* 7. & cum alijs Sanch. *dict. dub.* 46. *numer.* 13. Item vt executor vendere & exequi possit, debet prius requirere hæredem, vt declarat, & probat latè idem Barthol. *numer.* 17. *& sequentib.* tenentque alij, quos refert & sequitur Sanch. *vbi supra, numer.* 19. Id verò intelligitur primò, nisi hæres se subtrahat, & præsentiam executoris eflugiat. Secundò, nisi res sit adeo expedita, & manifesta, vt executor minimè indigeat informatione, vel exploratione voluntatis hęredis. Tertiò, nisi pupillus esset hæres, & tutor executor; nam tunc non tenetur requirere pupillum ad vendendum. Quas omnes limitationes, relatis alijs tradit Sanch. *loc. citat. num.* 20.

Illud denique hìc notandum quantumuis executori concessa sit libera facultas vendendi, non posse sibi quidquam emere, vel comparare ex bonis testatoris, neque per se, neque per interpositam personam, vt constat per *l. In emptione, §. vltim. & l. Non licèt, ff. de Contrah. empt.* vbi generaliter cauetur, ne ij, qui aliena gerunt negotia, quidquam per se, vel per alium emant de rebus, circa quas eorum officium versatur; idque sub pæna quadrupli, vt habetur in *dict. l. Non licet.* Hanc verò prohibitionem limitant nonnulli apud Caldas Pereir. *de Emption. cap.* 17. *numer.* 9. & 12. vt non procedat, primò, quando executor palam, & bona fide emerit. Secundò, quando sunt plures executores, & vnus emit de licentia alterius, qui authoritatem ad vendendum habeat. Tertiò, quando res à testatore relictæ debent vendi, & alius emptor non reperitur. Quartò, quando res fuit vendita alteri, qui pretium non soluit. Quantum autem ponderis hæ limitationes habeant, vide apud eundem Caldas *loc. citat.* & apud Azor *p.* 3. *lib.* 8. *cap.* 3. *§. penult. & cap.* 4. *q.* 3.

80

Iure autem Lusitano idem vetatur *lib.* 1. *Ordinat. titul.* 62. *§.* 7. vbi cauetur, vt neque sibi, neque alteri possint hi executores dicta bona emere, aut obtinere, quanuis publica judicis authoritate vendantur: & si secus fecerint, talis contractus sit nullus, & res empta reliquis bonis defuncti aggregetur, ipseque executor amittat Residuo valorem talis rei in duplum, nisi ostendat sibi fuisse relictã à testatore.

99

Atque eadem prohibitio habetur in aliquibus, & fortè in omnibus Constitutionibus Episcopalibus hujus Regni, quæ consulendæ sunt.

§. 4. *An, & qua ratione ad executorem pertineat soluere legata, & debita defuncti?*

SUMMARIUM.

AD executorem pertinet soluere legata defuncti; vel saltem curare, vt ab hærede soluantur. Et quæ circa hoc sit differentia inter executorem particularem, & vniuersalem? num. 91.

Similiter ad executorem spectat soluere debita defuncti, quæ in testamento jubentur solui. Et si sit executor vniuersalis, etiam debita non contenta in testamento soluere tenetur; num. 92.

Quando testator executori commisit, vt exoneraret ejus conscientiam, vel solueret ejus debita, potest, & debet soluere non solùm debita, quæ in foro externo possunt exigi, sed etiam quæ in solo foro conscientiæ debentur. Non possunt autem solui cum præjudicio aliorum creditorum, vel legitimæ ipsi hæredi debitæ, ob solam confessionem testatoris; num. 93.

Quando testator jussit distribui inter pauperes aliquam quantitatem pro male ablatis, quorum dominus est incertus, an tunc ea distributio facienda sit per Episcopum, vel per ipsum executorem? num. 94.

Executor testamentarius non potest inuito hærede capere rem legatam, vt tradat legatario: curare autem debet vt mediante judice id fiat; num. 95.

91 REspondeo, & dico primò. Ad executorem pertinet soluere legata defuncti, vel saltem curare vt ab hærede soluantur. In hac conclusione DD. omnes videntur conuenire, vt ex dictis, & dicendis constabit, pluresque pro ea refert eos sequens Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 47. num. 1.* Et patet satis ex verbis, quibus testatores solent executores nominare, quæ ita ferme se habent; *Ad implendum omnia contenta in hoc meo testamento nomino in testamentarios meos N. N.* Dixi, *vel saltem curare*, &c. Nam quando executor est particularis, licèt non possit resistente hærede capere rem legatam, vt tradat legatario; at potest, & tenetur curare, vt ipse hæres soluat, compellendo eum mediante judicis authoritate, si opus fuerit; prout infra explicabitur. Si autem sit executor vniuersalis, cùm in tali casu non detur hæres, qui soluere possit, ipsi omnino incumbit soluere legata, & implere cætera omnia contenta in testamento, cùm ipse tunc locum hæredis habeat.

Dico secundò. Ad executorem quo- 92
que spectat soluere debita defuncti, quæ in testamento jubentur solui. Ita Sanch. *d. dubio 47.* cum Mattienzo, Nauar. & Petr. Nauarra, quos refert. Et constat apertè ex proximè dictis; cùm eadem de his debitis sit ratio, atque de legatis. Dixi autem, *Quæ in testamento jubentur solui:* quia ad officium executoris testamentarij solùm spectat exequi contenta in testamento: alia autem debita, hæredis erit soluere. Sic cum doctis Iurisperitis Sanch. *vbi sup.* quem sequitur Cardin. Lugo *tom. 2. de Iust. disp. 24. sect. 16. num. 333.* Id verò intellige, nisi executor sit vniuersalis: cùm is locum habeat hæredis, ac proinde ad illum omnino spectet quælibet onera hæreditaria implere, etiamsi in testamento non sint scripta.

Dico tertiò. Quando testator com- 93
misit executori, vt exoneret ejus conscientiam, vel soluat ejus debita, potest, & debet soluere non tantùm ejus debita ciuilia, idest, quæ possunt exigi in foro externo, sed etiam naturalia, quæ scilicet in solo foro conscientiæ debentur. Patet, quia vtraque ad exonerationem conscientiæ

entiæ defuncti spectant. Et ita docet relatis alijs Sanch. *d. dub.* 47. *num.* 3. qui bene cum Mattienzo addit, ex hac dispositione testatoris solùm posse solui debita naturalia cum præjudicio hæredum, non verò aliorum creditorum, nisi verè debitum probetur. Quam probationem non facit sola confessio testatoris: hæc enim solùm habet rationem legati, quod hæredibus præjudicat, non verò creditoribus. Vnde nec ipsis hæredibus præjudicat in legitima, si eis debita sit, vt est communis & certa DD. sententia.

94 Quòd si testator juberet distribui aliquam quantitatem pauperibus pro male ablatis, quorum dominus sit incertus, credunt aliqui, si ea sint acquisita per vsuram, non posse pro eis nominare alium executorem, quàm Episcopum: si verò sint aliâ viâ injustè acquisita, tunc per solum executorem à testatore nominatum fieri posse eorum restitutionem, si per solam confessionem testantis de eo debito constet. Si verò aliunde id constet, debere eam restitutionem fieri cum consilio Episcopi. At Sanch. *d. dub.* 47. *num.* 5. & 6. veriùs esse ostendit, quòd in omnibus his casibus potest restitutio fieri per solum executorem absque interuentu Episcopi.

95 Dico quartò. Executor testamentarius non potest inuito hærede capere rem legatam, vt tradat legatario: licèt autem hæres contradicat, & nolit satisfacere legatario, non manet per hoc deobligatus executor ab vrgenda executione, mediante judicis authoritate. Ratio prioris partis est, quia executor, cùm sit persona priuata, non potest per vim expellere hæredem à possessione. Alia pars inde constat, quia ad officium executoris spectat curare, vt contenta in testamento executioni mandentur; & consequenter, si non possit sola sua authoritate id efficere, vt fiat authoritate judicis. Atque ita cum alijs docet Sanch. *d. dub.* 47. *num.* 7. & 8. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 248. §. *Quod ad vltimum, fine*, & Cardinal. Lugo *tom.* 2. *de Iustit. disp.* 24. *sect.* 16. *numer.* 333.

§. 5. *Vtrum executor possit agere aduersus hæredes, vel alios hæreditatis possessores, vt tradant bona ad exequendum testamentum?*

SUMMARIUM.

REsoluitur quæstio negatiuè. Possunt autem executores implorare officium judicis, vt cogat hæredes, vel possessores bonorum defuncti, tradere quæ necessaria sunt ad exequendam ejus voluntatem: judexque eos cogere tenetur; num. 96.

Intelligitur verò prædicta resolutio principalis primò, nisi testator expressè cõcesserit executori facultatem agendi contra dictos hæredes, & possessores; num. 97.

Intelligitur secundò, nisi executor sit mistus, cui scilicet pars legati, vel integrum legatum, cum onere restitutionis relictum est; num. 98.

Intelligitur tertiò, nisi legata sint pia; numer. 99.

Executor potest petere de bonis defuncti expensas, quas fecerit in exigendis rebus, quæ ad peragendam executionem præstari debent; num. 100.

REspondetur negatiuè, per *l. Lucius,* 96 *§. Mœnia, ff. Ad Trebel.* & ita cum Panorm. Couar. Sylu. & alijs docent Molina *tom.* 1. *de Iustit. disput.* 248. §. *Quod ad vltimum, post medium*, & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 48 *numer.* 1. estque communis sententia. Possunt autem executores implorare officium judicis, vt cogat hæredes, & quoslibet alios possessores bonorum defuncti, vt tradant quæ necessaria sunt ad exequendam voluntatem defuncti, vt citati DD. notant: ipseque judex illos cogere tenetur, vt habetur *in l. Quintus Mutius, in fine, ff. de Annuis legatis*, & *in l.*

Hæreditas, ff. de Petit. hæredit. & affirmat cum alijs Molina *vbi sup.*

97 Limitatur autem præfata resolutio principalis primò, nisi testator expressè concesserit executori facultatem agendi contra dictos hæredes, vel possessores. Nam tunc bene poterit contra illos agere, vt tradant necessaria ad executionem testamenti; si sponte id facere recusent. Ita Molina & Sanch. *loc. cit.* cum alijs, quos referunt.

98 Limitatur secundò, nisi executor sit mixtus, cui scilicet pars ipsius legati, vel integrum legatum, cum onere restitutionis relictum est. Talis enim executor agere potest vt legatarius ad illud legatum obtinendum, sicut quilibet alius legatarius ad legatum sibi relictum; vt habetur *in l. Si Titio, aut Seio, & l. Siquis Titio, in princip.* vbi Barthol. *ff. de Leg. 2. & in l. Si legatarius, ff. de Leg. 3.* & tradunt relatis alijs Molina, & Sanch. *loc. citat.*

99 Limitatur tertiò, vt non procedat in legatis pijs. Ad hęc enim implenda potest executor agere aduersus hæredes, & quoscumque possessores bonorum defuncti: sic Panorm. *in cap. Ioannes, de Testament. num.* 4. Couar. *ibid. numer.* 5. Sylu. *verb. Testamentum, 2. q. 5. dicto 2.* Molina *d. disp.* 248. *§. Quod ad vltimum,* & cum alijs Sanch. *vbi supra.* Fundamentum sumitur ex *l. Nulli, & ex l. Siquis ad declinandam, Cod. de Episcop. & cleric. & ex l. Alio, ff. de Alim. & cibar. leg.* Quæ leges quanuis solùm specialiter loquantur de quibusdam legatis pijs, nempe de relictis ad redemptionem captiuorum, vel ad eleemosynas pauperum, vel de alimentis legatis: attamen ex identitate rationis ad cætera relicta pia extenduntur. Nam vt rectè notauit Glos. *in d. l. Alio,* ratio decidendi illius legis est, eoquod causa sit pia.

100 Hic tandem nota, quascumque expensas executor fecerit in exigendis rebus ad executionem peragendam, posse de bonis defuncti illas petere; cùm in vtilitatem illius factæ sint. Sic Couar. *in d. cap. Ioannes, fine,* Archidiac. Ioan. Andr. & Dominic. *ibid.* Molina *d. disput.* 248. *§. penult. fine,* & cum alijs Sanch. *d. dub.* 48. *num.* 2.

§. 6. Vtrum executores possint recedere à dispositione testatoris, commutando eam in aliud æquè, aut magis bonum; saltem cum consensu Episcopi vel Summi Pontificis?

SVMMARIVM.

QVando dispositio testatoris in propria specie impleri potest, tam de jure, quàm de facto, non potest executor eam commutare in aliud, etiam longè vtilius; num. 101.

Legatum certæ personæ relictum, neque de consensu Summi Pontificis tali personæ auferri potest, nisi in aliquo raro casu, in quo vrgens necessitas publica id postulet; num. 102.

Legatum relictum ad aliqua pia opera, vel vsum publicum, commutari potest de consensu Summi Pontificis, vel Principis. Et vtrum ad hoc requiratur, vt interueniat justa causa? numer. 103. *& seq.*

Vtrum Episcopus possit ex justa causa commutare pia legata publica? numer. 105. *& seq.*

Legatus à latere, absque authoritate Summi Pontificis, commutare non potest legata pia; num. 107.

Vtrum ex facultate Episcopi possit legatum ad certum vsum pium conuerti in alium vsum pium meliorem? num. 108. *& seq.*

Quando dispositio testatoris est impossibilis de jure vel de facto, si quidem primariò sit facta in vtilitatem spiritualem ipsius testatoris, non perit legatum, sed conuerti debet per executores in aliud pium opus. Et idem suo modo est, quando dispositio esset facta ad vtilitatem temporalem, seu honorem testatoris; num. 110. *Id verò intelligitur, nisi testator expressè disposuisset, vt in tali casu legatum remaneret hæredi. Et quid,*

quid, si testator solùm dixisset quod legatum non posset conuerti in alium vsum? num. 111.

Quando legatum est conuertendum in alium vsum, eoquod non possit impleri in propria specie, conuerti debet in vsum similem ei, quem testator designauit; num. 112.

Hæc commutatio non est facienda arbitrio solius executoris, sed etiam Episcopi, si legatum sit pium, & cum consensu hæredis & legatarij; num. 113.

Quando legatum non potest impleri in propria specie, nisi cum magna difficultate, perinde potest conuerti in alium vsum, atque si esset impossibile. Et quid si relictum sit in aliquem vsum nõ necessarium? num. 114.

Si dispositio testatoris de jure, vel de facto impossibilis principaliter sit facta in vtilitatem alterius personæ, vt v.c. alicujus consanguinei, non potest legatum commutari in aliud, sed remanet hæredi; num. 115.

Si testator reliquit centum Titiæ pro dote, vt nuberet, illa verò ante nuptias è vita decessit, an tale legatum pereat, vel conuertendum sit in aliud? numer. 116.

Si testator disposuit, vt pro male ablatis distribuerentur, v.c. mille, & solùm reperitur, male ablata esse 500. an tunc alia 500. remaneant hæredi, vel distribuenda sint in aliquem vsum pium? num. 117.

Quid, si testator pro male ablatis, vel ex deuotione, jussisset construi Oratorium, præscriptâ ejus formâ, & ad id reliquisset mille aureos: ex ijs verò aliquid supereset? num. 118.

101 DVo principales casus in hac quæstione distinguendi sunt. Vnus est, quando dispositio testatoris in propria specie tam de jure, quàm de facto impleri potest. Alter est, quando in propria specie impleri non potest, eoquod vel de facto, vel de jure sit impossibilis.

In primo casu, concors DD. sententia est, non posse executorem testamentarium recedere à dispositione testatoris, sed teneri eam implere in propria, & specifica forma, etiamsi loco illius aliud longè vtilius se offerat: ita sumitur ex *cap. Tua nobis, de Testament.* & alijs juribus infra citandis. Et patet ratione, quam tradit Molina *tom.* 1. *de Iustit. disput.* 249. *in princip.* quia vnicuique integrum est in quoscumque licitos vsus bona sua expendere, & applicare: neque priuatus quisquam potest in hoc vllum ei præjudicium inferre. Confirmatur, quia executor testamentarius non habet talem potestatem super bonis defuncti, quàm quæ ab illo ei concessa est: defunctus autem solùm ei concessit facultatem exequendi suam dispositionem; non verò quod ei melius, aut vtilius videbitur.

Difficultas verò est, an cum consensu, 102
& authoritate Episcopi, vel saltem Summi Pontificis, aut supremi Principis, possit executor commutare dispositionem testatoris in aliud opus æquè, aut magis vtile? Quo in re distinctione opus est: nam vel loquimur de dispositione, qua legatum relinquitur alicui personæ certæ. Et hoc, neque de consensu Summi Pontificis, vel Principis tali personæ auferri potest, nisi in aliquo raro casu, in quo vrgens necessitas publica id exigat. Quia illa persona tacitam post mortem testatoris acquirit jus, vt legatum sibi soluatur. Princeps autem non potest præjudicare subditis in jure jam ipsis quæsito, nisi in casu publicæ & valde vrgentis necessitatis, vt est notissimum.

Vel loquimur de legato relicto ad ali- 103
qua pia opera, vel vsum publicum. Et hoc certum est, posse de consensu Summi Pontificis, vel Principis commutari in alium vsum. Dubitant verò DD. vtrum Pontifex, vel Princeps possit hanc commutationem concedere pro libito, vel solùm ex justa causa? Posse pro libito tenent Armilla, *verb. Legatum, num.* 55. Tabiena, *verb. Legatum,* 2. *numer.* 12. Angel. *ibi, num. etiam,* 12. Sylu. *verb. Legatum,* 4. *q.* 12. & 13. & alij, quos refert

fert Sanch. *loco infra citat.* Ducuntur, quia in omni legato ad vsum publicum, vel causam piam, inest tacita conditio, *Si Princeps, vel Pontifex aliud non disposuerit:* vnde quemadmodum quando legatum relinqueretur Petro sub conditione, *Si paulus non contradixerit*, potest Paulus liberè contradicere, & legatum reuocare, sic, etiam in presenti potest Princeps, vel Pontifex liberè talia legata reuocare, & consequenter dare liberam facultatem commutandi illa in alium vsum.

104 Alij verò longè probabiliùs docent, non posse Principem nec Summum Pontificem, dictam commutationem concedere absque justa causa. Sic Pinel. *in Rubr. Cod. de Rescind. vendit. p.* 1. *cap.* 2. *num.* 19. Molina Theol. *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 249. *§. Vtrum autem*, Molina Iurista *lib.* 4. *de Primogen. cap.* 3. *num.* 10. Barthol. *in l. finali, Cod. Si contra ius*, Fagundez *de Contractib. lib.* 6. *cap.* 5. *num.* 11. & multi alij quos citat & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 1. *num.* 3. *cum seq.* Ratio est, quia licèt talia legata intelligantur relicta cum subordinatione ad dispositionem Principis, vel Summi Pontificis; at non subordinantur illis tanquam dominis, sed tanquam dispensatoribus rerum communium, idest, ad bonum Reipublicæ, & animarum spectantium: dispensator autem non potest pro libito dispensare, sed ex causa rationabili, & voluntate justa præsumpta domini, nempe testatoris. Vnde planè corruit fundamentum prioris sententiæ.

105 Dubitabitur præterea, vtrùm etiam Episcopus possit ex justa causa legata pia publica commutare? Prima sententia affirmat. Hanc tenent Angel. *verb. Legatum, 2. num.* 12. & 14. Rosel. *verb. Legatus, num.* 9. Sylu. *verb. Legatum, 4. q.* 12. Armil. *verb. Legatum, num.* 55. & 56. Tabien. *verb. Legatum, 2. num.* 12. & 14. Emman. Sà, *verb. Legatum, num.* 1. & alij apud Sanch. *loc. infra citat.* Idem relatis alijs docent August. Barbos. *de Offic. Episc. p.* 3. *allegat.* 73. *num.* 5. & Baunius mordicùs hanc sententiam sustinens *tom.* 3. *Theolog. moral. tract.* 9. *q.* 31. Quod si opponas *Clement. Quia contingit, de Religios. domib.* vbi dicitur, quod piè à fidelibus relicta non possunt commutari in alium vsum absque authoritate Sedis Apostolicæ, quæ Clement. fuit innouata per *Trid. sess.* 7. *cap. vltim. & sess.* 25. *cap.* 8. *de Reform.* Respondent id intelligi, quando non subest justa causa.

Contrariam nihilominus sententiam 106
tenent meritò Imola *in d. Clem. Quia contingit, num.* 9. Guttier. *in l. Nemo potest, ff. de Legat.* 1. *num.* 82. Cardinal. *ibid. q.* 5. Couar. *in cap. Tua, de Testam. num.* 7. Pinel. *in Rubr. Cod. de Rescind. vendit. p.* 1. *cap.* 2. *num.* 19. Bald. *in l. Siquis ad declinandam, Cod. de Episcop. & cleric. num.* 9. Barth. *in l. Legatum, ff. de Vsufructu leg. num.* 4. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 249. *§. Verum autem*, Vuading. *tract. de Contractib. disp.* 4. *dub.* 13. *§.* 6. *num.* 3. Fagund. *de Contract. lib.* 6. *cap.* 5. *num.* 11. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 2. *num.* 5. Carpius *de Execut. testament. lib.* 3. *cap.* 4. & multi alij, quos referunt. Probatur primò ex *d. Clement. Quia contingit*, in qua hujusmodi commutatio expressè reseruatur Summo Pontifici. Quod intelligitur quando subest justa causa: nam si ea non subsit, neque ab ipso Summo Pontifice fieri potest, vt *supra, num.* 104. probatum est. Secundò ex *Concil. Trid. sess.* 22. *cap.* 6. *de Reform. juncto cap.* 1. nam cùm in hoc statuisset, vt dispensationes à Sede Apostolica emanatæ examinentur ab Episcopis, vt videant an subreptitiè fuerint impetratæ, postea *in d. cap.* 6. hoc ipsum specialiter statuit circa commutationes vltimarum voluntatum, injungendo Episcopis, vt tanquam delegati Sedis Apostolicæ summariè cognoscant, & dispiciant, an preces, quibus impetratæ fuerunt, veritate nitantur; quo planè ostenditur, non concedi Episcopis, etiam tanquam delegatis Sedis Apostolicæ, vt possint commutare vltimas voluntates, sed solùm vt possint expedire dispensationes, quæ à Sede Apostolica circa illas emanauerint. Accedit,

cedit, quòd in eadem *sess. 22. cap. 8.* Episcopis injungitur, vt exequantur, & exequi faciant pias defunctorum dispositiones. Vnde non ad eas commutandas, sed solùm ad exequendas habent potestatem. Tertiò ex *l. 4. & l. Legatum, ff. de Adim. legat. rerum ad ciuit. pertin.* vbi dicitur, hujusmodi commutationem spectare ad Principem. Qui in causis spiritualibus & pijs, est solus Papa. Quartò denique ratione, quia voluntas testatoris ad certum vsum disponentis seruanda est tanquam lex, *cap. Vltima voluntas, 13. q. 2.* solius autem Principis est dispensare in lege.

107 Ex quibus colliges, neque Legatum à latere, absque authoritate Sedis Apostolicæ, posse dicta legata commutare, ad idvè facultatem concedere, vt notant Imola *d. Clem. Quia contingit, de Religios. domib. num. 9.* Cardinal. *in l. Nemo potest, ff. de Leg. 1. q. 5.* & Sanch. *d. dub. 2. fine.*

108 Dubitatur tandem, vtrùm saltem possit legatum ad certum vsum pium conuerti in alium vsum pium meliorem, ex facultate Episcopi; vt si testator mandauit fieri Hospitale ad vsum pauperum, an executores possint de licentia Episcopi, & hæredis facere domum Religiosam? Affirmant aliqui apud Sanch. statim citandum. Primò, quia hoc cedit in fauorem animæ defuncti. Secundò, quia qui meliùs facit, non aliud sed idem facit, *cap. Peruenit, 2. de Iurejur.* Tertiò, quia satis est formam mandati facere per æquipollens, *l. fin. ff. Mandati.* Oppositum nihilominus tanquam verius tenet cum alijs Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 2. dub. 3. num. 2.* idemque sentit Molina *d. disput. 249. §. Vtrum autem.* Et meritò, quia reuerà per talem commutationem non seruatur voluntas testatoris, quæ instar legis seruanda est: & non licèt omittere legem vt aliud meliùs fiat.

109 Neque obstant in contrarium adducta; quæ quidem si vim haberent, planè probarent, quòd etiam absque Episcopi dispensatione posset executor, hærede consentiente, illam commutationem facere; quod nullo modo admittitur. Quare ad primum dicendum, non satis esse, quod aliquid sit vtilius animæ defuncti, ad hoc vt liceat ab ejus voluntate recedere. Ad secundum dicendum, tunc quod melius est, non censeri diuersum, quando in substantia est idem, & solùm quoad aliquid superadditum redditum est meliùs. In præsenti autem mutaretur legatum in aliud simpliciter diuersum, nempe in constructionem monasterij, quod est quid omninò diuersum ab Hospitali. Ad tertium denique dicendum cum Rocho de Curte, *tract. de Iure patron. verb. Construxit, num. 23.* illam regulam intelligi, quando res sunt omnino æquipollentes: monasterium autem & Hospitale non æquipollent omnino; cùm sint res valde diuersæ rationis, vt patet.

In alio casu, quando scilicet dispositio 110
testatoris sive de jure, sive de facto est impossibilis, distinguendum etiam est. Nam vel dispositio est facta primariò, & principaliter in vtilitatem ipsius testatoris, sive spiritualem, vt si est facta ad causam piam, sive temporalem, & humanam, vt cùm testator præciperet fieri aliquod opus ad conseruandam sui memoriam, celebrandamuè famam, &c. vel est facta principaliter in vtilitatem alterius, vt cùm aliquid legatur consanguineo, vt nubat vel ordinetur sacerdos, aut quid simile, non respiciendo ad causam piam.

Quando dispositio facta est primo modo propter vtilitatem spiritualem; tunc si nequeat fieri illud opus pium, quod testator fieri præcepit, conueniunt DD. non perire legatum, sed conuerti debere per executores in aliud pium opus. Et ita expressè habetur *in cap. Nos, de Testam.* cui consonat loquendo in quodam particulari casu, Concil. Trid. *sess. 25. cap 8. de Reform.* sumiturque ex *l. Legatum, ff. de Vsufructu legat.* Et ratio est quia cùm principale intentum testatoris legantis ad certum opus pium fuerit consulere bono animæ suæ, licèt non possit habere effectum in opere per testatorem designato, attamen potest illum habere in alio pio opere: & ideo, ne testator sua principali

pali voluntate, & intentione fraudetur, debet legatum conuerti in aliud opus pium, quando quod designatum est, fieri non potuerit. Quæ ratio idem cum proportione probat, quando dispositio est principaliter facta ad vtilitatem temporalem, seu honorem testatoris; at tunc etiam relictum pro opere designato per testatorem, si in propria specie impleri non possit, conuerti debeat in aliud possibile ipsi testatori honorificum. Ad quod est textus celebris *in d. l. Legatum, ff. de Vsufr. leg.* vbi cùm legatum fuisset relictum ad quoddam spectaculum illicitum in ciuitate exercendum, memoriæ defuncti conseruandæ gratiâ, resoluit Iurisconsultus, cùm illud spectaculum fieri non posset, conuertendum esse in aliud, quo memoria testatoris licitè celebretur.

Intelligenda verò est præfata resolutio, 111
nisi testator expressè dispositisset, vt si opus à se designatum impediretur, aut fieri non posset, pertineret legatum ad hæredem. Sic Barth. *in d. l. Legatum, numer.* 3. Sylvest. *verb. Legatum,* 4. *q.* 12. Tabien. *verb. Legatum,* 2. *num.* 12. & cum alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 4. *num.* 6. Si autem testator solùm dixisset, quòd legatum non posset conuerti in alium vsum, quàm à se designatum, tunc si in talem vsum expendi non posset, non remanet hæredi, sed adhuc in eo casu cõuertendum est in alium vsum, vt cum Sylvest. Armil. Tabien. & alijs notat idem Sanch. *num.* 5. Quia voluntas testatoris exponenda est, secundùm jus commune, vt potiùs res valeat, quàm pereat, *cap. Abbate, de Verb. signif.*

Notandum hìc etiam est, quòd quan- 112
do, juxta præfatam doctrinam, legatum est commutandum in alium vsum, eo quod non possit impleri in propria specie, conuerti debet in vsum similem ei, quem testator designauit. Sic docent Bald. *in Repetit. l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. num.* 26. Guilliel. Bened. *in cap. Raynutius, verb. Reliquit, numer.* 17. *de Testament.* Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. disp.* 33. *numer.* 30. *post med. & lib.* 4. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 6. *num.* 2. Bened. Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* 1. *p. initio, num.* 36. *& p.* 3 §. 3. *num.* 16. Mendez de Castro *in Praxi Lusit. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 8. August. Barbos. *lib.* 3. *juris Ecclesiast. cap.* 27. *num.* 54. estque communis sententia, licèt aliqui solùm dicant, debere illud legatum conuerti in aliquod aliud, itaut quoad fieri possit voluntas testatoris seruetur. Ita cum Panorm. Couar. & alijs docet Molina *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 249. §. *Quando aliquid:* quod reuerà in idem recidit. Ratio patet, quia ipsum jus naturale dictat voluntatem testatoris impleri debere eo modo, quo potest: ergo quando non potest impleri in specie à testatore assignata, implenda est in alia similiori, & proximiori menti ipsius testatoris. Et ita planè colligitur ex *d. l. Legatum, ff. de Vsufructu leg.* vbi legatum relictum ad spectaculum prohibitum singulis annis faciendum pro conseruanda memoria testatoris conuerti jubetur in aliam rem licitam, qua testatoris memoria celebretur, & ex Concil. Trident. *sess.* 25. *cap.* 8. *de Reform;* ibi; *Qui eorum institutioni proximior sit, ac pro loco & tempore vtilior.*

Notandum præterea, dictam commu- 113
tationem non esse faciendam arbitrio solius executoris, sed etiam Episcopi, quando legatum commutandum, est pium, vt tradit Molina loco proximè citat. cum Panormit. Couar. & alijs, dicens esse cõmunem sententiam, quam probat. tum ex *cap.* 3. *de Testam.* tum ex *d. l. Legatum;* ibi; *Legatum factum ciuitati ad spectaculum illicitum, conuertendum est in vsum licitum, adhibitis hæredibus, & primoribus ciuitatis.* Et quidem ad Episcopum spectare hujusmodi commutationem facere, docet etiam, relatis plurimis, Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 5. vbi addit, vltra Episcopum, requiri etiam consensum hæredis, & legatarij, juxta textum proximè adductum ex *d. l. Legatum,* vbi sic tenet Glos. & Barthol. *num.* 4. qui per verbum, *Hæredibus,* in d. textu intelligit, tum hæredem à quo legatum debetur; tum eos, quibus relinquitur. Et ita etiam tenent Petrus de Perusio, Armil.

Ta-

Tabien. Angel. Rosel. Sylu. & Anchar. quos idem Sanch. refert. Si autem partes non concordent in dicta commutatione, judex erit medius, cujus authoritate fiat, argum. *l.* 1. *Cod. de Nupt.* Sic Barthol. *in dict. l. Legatum, numer.* 5. Sylueſt. Armil. Roſel. & alij, quos citat & ſequitur Sanch. *dict. dub.* 5. *numer.* 3. Notat etiam Felin. *in cap. Cum acceſsiſſent, de Conſtitut. numer.* 20. quòd quando cauſa eſt neceſſaria, licèt hæres non præſtet conſenſum, ſufficit Epiſcopus.

Quæ hactenus dicta ſunt circa com-
2. 4 mutationem legati, ob ejus impoſsibilitatem, intelligenda etiam ſunt, quando legatum poteſt impleri in propria ſpecie, at non niſi cum magna difficultate; quia quod eſt valde difficile, reputatur impoſsibile; & ita ſentiunt Dominicus *in cap. Canonicis*, 19. *diſt. & cap. Ab exordio, fine, diſt.* 35. Felin. *conſil.* 42. *numer.* 37. Cucus *lib.* 2. *Inſtit. maior. tit.* 6. *numer.* 346. & Sanch. *dict. dubit.* 5. *numer.* 1. Notat præterea idem Sanch. *numer.* 4. cum Sylueſt. Rocho de Curte & Barthol. legatum pro calice vel reparatione Eccleſiæ, quando ea non habet opus, poſſe commutari ab Epiſcopo; quia eſt impoſsibilitas facti. Quin etiam vult, & contendit cum alijs Couar. *in cap. Tua, de Teſtament. numer.* 7. pecuniam à teſtatore in vnum vſum non ita neceſſarium relictam poſſe ab Epiſcopo cõuerti in alium pium vſum Reipublicæ, ac Religioni Chriſtianæ valde neceſſarium, cui ſine maxima difficultate non poſſit aliunde ſubueniri. Ad quod adducit textum *in l. penult. ff. de Operibus publicis.* Sed reuerà hic textus id non probat, ſed potiùs contrarium. Sententiam tamen Couarruviæ amplectitur Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 2. *dub.* 7. *fine*, vbi alios pro ea refert.

115 Quando autem diſpoſitio eſt facta poſteriori modo, ideſt, principaliter in vtilitatem alterius perſonæ, vt alicujus conſanguinei, &c. tunc ſi in tali perſona impleri non poſsit, vt quia eſt mortua, antequam jus illi eſſet quæſitum, vel quia legatum repudiauit, aut eſt incapax illud capiendi; non poteſt tale legatum commutari in alium vſum, ſed remanet hæredi. Hæc eſt communis ſententia: & probatur facilè, quia tale legatum, vel habetur pro non ſcripto, vt quando relinquitur incapaci, vel fit caducum, aut quaſi caducum, vt cùm legatarius illud repudiauit, vel eſt mortuus antequam jus acquireret: & in omnibus his euentibus remanet hæredibus, vt conſtat ex *l. vnica, §. In primo, cum ſequentib. Cod. de Caduc. tollen. & alijs juribus*: executores autem non poſſunt priuare hæredes jure, quod habent ad illud retinendum; & conſequenter nequeunt illud commutare in alium vſum.

Ex dictis colliges, quid dicendum, 116
ſi teſtator reliquit, v.c. centum Titiæ pro dote, vt nubere poſsit, illa verò antequam nuberet, è vita deceſsit? Diſtinguendum enim eſt: nam vel teſtator illud legatum reliquit intuitu pietatis ad bonum animæ ſuæ, eoquod Titia eſſet pauper: & tunc non perit legatum, ſed eſt dandum alteri puellæ pauperi in dotem ad nubendum, juxta ſupra tradita *ſub numer.* 110. Vel reliquit illud contemplatione ipſius puellæ, & non cauſæ piæ, vt in remunerationem alicujus ſeruitij, vel quia erat conſanguinea, ſimiliuè de cauſa; & tunc intercidit legatum, & remanet hæredi, juxta *l. Intercidit, ff. de Condit. & demonſtr. & dict. l. vnicam, §. Sin autem aliquid ſub conditione, Cod. de Caduc. tollen.* conſtatque ex dictis *numer. præcedent.* Atque ita hanc diſtinctionem tradunt Panorm. *in cap. Nos, de Teſtament. numer.* 14. Mantica *de Conjectur. vltim. voluntat. lib.* 8. *titul.* 5. *fine*, Molina, *tom.* 1. *de Iuſtit. diſputat.* 249. *§. vltim.* & Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. c.* 2. *dub.* 4. *num.* 7. qui alios referunt. In dubio autem præſumendum eſt, dotem illam fuiſſe relictam intuitu cauſæ piæ, vt citati DD. aduertunt.

Colliges præterea quid dicen- 117
dum, ſi teſtator reliquit, v.c. mille, vt pro malè ablatis, & exonerandâ

ejus conscientiâ distribuerentur, solùm autem reperiuntur malè ablata esse 500. quo casu dubitatur an alia quingenta remanere debeant hæredi, vel potiùs eroganda in aliquem vsum pium? Communis resolutio est, eroganda esse in vsum pium. Quia præsumitur testatorem læsam habere conscientiam vsque ad totam quantitatem, quam distribui jussit pro malè ablatis, etiamsi post ejus mortem solùm appareat, eum minus debere. Sic docent Panorm. *in cap. Tua, num. 7. de Testam.* Bald. *in l. Siquis ad declinandam, num.* 10. *Cod. de Episcop. & cleric.* Couar. *in cap.* 3. *de Testament. num.* 10. & multi alij, quos citat & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 2. *dub* 4. *numer.* 9. & Molina *d. disp.* 149. *§. antepen.* qui rem magis explicans addit, si esset citra dubium, quòd testator non deberet totam summam, quàm pro malè ablatis restituendis reliquit, neque esset verosimile ex circũstantijs cõcurrentibus, quòd ad maiorem cautelam voluit, vt tota expenderetur; tunc excessum hæredibus cedere.

118 Similiter, si testator pro malè ablatis jussisset construi Oratorium, præscriptâ ejus formâ, & ad id reliquisset mille aureos; ex ijs verò aliquid supereresset: docent relatis alijs Couar. & Sanch. *vbi supra*, excessum illum non remanere hæredi, sed deberi causæ piæ; secùs verò, si ex deuotione jussisset construi Oratorium talis formæ, mille aureis ad hoc relictis: tunc enim si aliquid superfit, pertinere ad hæredem; cùm, ædificio illius formæ constructo, voluntati testatoris satisfactum sit. At hoc secundum reprobat Molina *d. disp.* 249. *§. pen.* & meritò cùm testator voluerit, vt tota illa summa insumeretur in illo opere pio; & sic præsumatur voluisse, vt si quid supereset, in vtilitatem ipsius Oratorij verteretur, non verò hæredis. Et præterea, quia in dubio præsumendum est pro causa pia, illique fauendum.

(:?:)

§. 7. *Vtrum executor possit præuenire diem à testatore designatum pro distributione inter aliquas personas facienda?*

SUMMARIUM.

QVando testator præcepit, vt post aliquod tempus à se designatum aliquid daretur personæ incertæ de certis: vt v.c. vni puellæ ex proximioribus suis consanguineis per executorem, vel hæredem eligendæ, non potest executio fieri ante tale tempus; numer. 119.

Si autem jussit dari personæ, vel personis incertis de incertis, ideſt pauperibus. Quidam negant posse præueniri diem à testatore assignatum, num. 120. *Alij verò probabiliùs affirmant, præterquam si appareat, diem fuisse assignatum à testatore in fauorem personarum, quæ post talem diem extarent; num.* 121.

Vtrum ante tempus assignatum à testatore possit executor eligere pauperes, quibus adueniente eo tempore erogatio fieri debeat? num. 122.

Quando testator jussit dari certæ personæ post aliquod tempus; potest legatum ei præstari ante illud tempus, si hæres consentiat; num. 123.

IN hac quæstione tres casus distinguendi sunt. Unus est quando testator jussit dari aliquid personæ, vel personis incertis de certis; vt si præcepit, quòd post sex menses, vel post mortem hæredis, daretur v.c. dos vni, aut duabus puellis ex proximioribus consanguineis ipsius testatoris, quas executor, vel hæres elegerit. Alter est quando testator præcepit dari aliquid personæ, aut personis incertis de incertis; vt si absolutè jussit quòd post sex menses certa quantitas dis-

distribueretur pauperibus. Tertius est, quando jussit, vt post aliquod tempus aliquid daretur certæ personæ.

119 In primo casu communis sententia est, non posse executionem fieri ante diem à testatore assignatum, vt probat text. notabilis *in l. Cum pater, §. A filia, ff. de Legat. 2. in l. Filius famil. §. Diui, cap. 1. ff. de Legat. 1.* ex quibus juribus id fatetur Mantica *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. titul. 5. numer. 20. in medio.* Et patet ratione euidenti, quia si ante illum diem detur legatum vni ex personis certis, de quibus testator sensit, id cedet, aut cedere poterit in præjudicium ipsarum personarum certarum, contra voluntatem testatoris: cùm euenire possit, vt persona, cui legatum præmaturè solutum est, ante illum diem moriatur: & sic quod superstitibus præjudicetur contra voluntatem defuncti, qui voluit vt legatum daretur vni ex ipsis personis certis, quæ post illum diem extabunt. Atque ita hanc sententiam tuentur Glos. *in l. Post mortem, 12. Cod. de Fideicommiss.* & ibi Barthol. *numer. 2.* & plerique alij, Peregrin. *de Fideicommissis articul. 2. numer. 51.* & cum alijs Fusar. *de Substitution. quæst. 602. numer. 6.* multique alij apud Manticam, *vbi supra.* Aduerte autem per hoc non tolli, quominus executor possit ante illum diem eligere personam, cui tale legatum detur: at ea electio semper erit reuocabilis, donec dies ille adueniat, vt relatis plurimis bene docet Valasc. *consult. 102. num. 27.* & ipsi cum multis alijs tradidimus *in nostro tract. de Censu, & emphyteusi, 2. p. disp. 6. sect. 4. num. 49.* Et si contingat personam electam mori ante illum diem, eo ipso reuocabitur, & irrita reddetur electio; ac subinde poterit, ac debebit eligi alia ex superstitibus, de quibus testator sensit: cùm ejus voluntas fuerit, vt legatum daretur vni illarum quæ post talem diem extarent.

120 In secundò casu, quando scilicet testator jussit dari post aliquod tempus vni, aut pluribus personis incertis de incertis, idest pauperibus; multi sentiunt, quòd tunc etiam non potest ante tale tempus fieri executio, ob præjudicium, quod inde sequeretur pauperibus, qui post tale tempus extabunt: cùm testator voluerit, vt vni, aut pluribus de illis legatum daretur. Ita Barthol. *in dict. l. Cum pater, §. A filia, in fine per eum textum, ff. de Legat. 2. & in dict. l. Post mortem, numer. 2. Cod. de Fideicommiss.* Alex. *in l. Recusare, §. vltim. numer. 13.* dicens esse communem sententiam, *ff. Ad Trebel.* Bald. *in dict. §. A filia,* Imol. *ibid.* Angel. *in l. Stipulatio ista, habere, §. Siqua dolum, numer. 6. ff. de Verbor. obligat.* Ias. *in dict. l. Post mortem,* vbi testatur de communi, Peralta *in d. §. A filia, num. 2.* & alij.

Contrariam tamen sententiam te- 121
nent meritò Couar. *in cap. Tua, numer. 5. de Testament.* Anton. Gomez *in l. 17. Tauri, numer. 7.* Gregor. Lop. *in l. 6. verb. Si pudieren titul. 10. part. 6.* Menchaca *lib. 1 de Succession. creat. §. 7. numer. 19.* Mantica *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 5. numer. 20.* Valasc. *consult. 102. numer. 27.* Rodrig. *in Summa tom. 2 cap. 156. numer. 5.* Vazq. *Opusc. de Testament. cap. 9. §. 3 dubit. 1. numer. 76.* Bened. Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 2. p. in princip. numer. 33.* Molina *tom. 1. de Iustit. disput. 249. §. Placet tamen,* Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 2. dubit. 10. numer. 2.* & multi alij, quos referunt. Ratio est, quia cùm tam pauperes præsentes, quàm post diem assignatum futuri, sint incerti, non intelligitur testator ad hos magis, quàm ad illos respexisse, sed parem erga omnes habuisse misericordiæ affectum; nihil obstante, quòd jusserit distributionem fieri post diem à se designatum, cùm ea dilatio intelligi possit concessa in fauorem hæredis & executoris, vt scilicet ante eum diem non teneretur legatum soluere. Vnde cùm alioqui honestius sit opera pietatis non differri, idque cedat in maius bonum animæ ipsius testatoris, præsumendum est, non fore contra ejus voluntatẽ, sed potiùs magis illi conforme, quòd ante illũ diem erogatio fiat.

Id verò intelligendum est dummodo hæres consentiat: illo enim inuito, certum est non posse per executorem fieri hujusmodi præmaturam executionem: cùm testator legando in diem noluerit hæredem teneri legatum soluere ante diei aduentum. Intelligenda etiam est præfata resolutio, nisi aliqua ratione appareat diem fuisse assignatum per testatorem in fauorem personarum, quæ post talem diem extarent, vt solùm inter eas distributio fieret: veluti si crederet, maiorem tunc futuram esse earum indigentiam, vel aliquâ aliâ de causa: quod satis per se liquet, & aduertunt Mantica, & Molina *vbi supra.*

122 Utrum verò ante tempus à testatore assignatum possit executor eligere pauperes, quibus adueniente illo tempore erogatio fieri debeat? Negat contra aliquos Simon de Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 75. & 76.* vbi si testator jussit distribui aliqua bona post mortem hæredis, inter pauperes eligendos per suos executores, latè probat non posse ab eis fieri validâ electionē viuēte hærede, etiam de ejus consensu, vt post ejus mortem pauperes sic præmaturè electi legatum consequantur, tanquam ipsis jam debitum ex vi talis electionis. Quæ resolutio mihi etiam probatur ea præcipua ratione; quia licèt electio & distributio facta ante diem à testatore assignatum, non videatur aliena à voluntate testatoris, sed potiùs ei conformis ob rationem proximè assignatam, quod meliùs, & vtilius sit non differri opera pietatis: attamen quòd sola electio præmaturè fiat, reseruata distributione, seu erogatione in tempus assignatum à testatore, nec melius, nec vtilius est, imò verò magnum habet inconueniens. Quia per eam electionem, nondum exercetur opus misericordiæ à testatore intentum, cùm per eam non subleuetur miseria pauperum, quibus pro tunc nihil erogatur: & si nihilominus esset valida, & tribueret jus panperibus electis ad accipiendam postea eleemosynam tempore designato; cùm hominum fortuna sit variabilis, contingere posset, vt qui tempore electionis erant pauperes, postea tempore erogationis jam essent diuites, vel minùs pauperes, quibus pro tunc non esset meliùs dari eam eleemosynam, sed alijs pauperioribus. Vnde non potest præsumi, talem præmaturam electionem esse conformem voluntati testatoris; cùm nihil vtilitatis, sed potiùs magnum inconueniens ex ea sequi possit. Et ideo ante diem à testatore assignatum valida non est.

In tertio tandem casu, quando scilicet testator jussit dari certæ personę post aliquod tempus, vt post mortem hæredis, vera resolutio est, executionem talis præstationis fieri posse ante illud tempus, si hæres consentiat, vt probat text. *in dict. l. Post mortem, Cod. de Fideicommissis*; & constat ratione, quia illud tempus censetur assignatum in fauorem hæredis, ne antea teneatur præstare, *l. Eum qui, ff. de Annuis legatis*: cùm autem hæres suo fauori renunciare possit, planè si eo consentiente præstatio maturiùs fiat, nomini fit injuria, neque id est contra voluntatem testatoris, sed potiùs ea pleniùs impletur, *l. Patrem, ff. Quæ in fraud. credit.* 123

§. 8. *Inter quos pauperes possit executor testamenti distribuere bona pauperibus absolutè relicta?*

SUMMARIUM.

QVando bona sunt simpliciter pauperibus relicta, distribuenda sunt inter pauperes illius loci, in quo testator vltimò habuit domicilium; numer. 124. Id verò intelligitur nisi ex conjecturis appareat testa-

testatorem de alijs pauperibus sensisse; ibid.

Quando testator simpliciter, & indistinctè bona pauperibus reliquit, electio pauperum pertinet de jure ad executorem à testatore designatum non ad Episcopum; num. 125. *Et similiter quando testator reliquit bona sua, vt expendantur in pia opera, determinatio taliũ operum, non ad Episcopum, sed ad executorem spectat; ibid.*

Quando testator executori commisit electionem pauperum, in quos bona distribuantur, non tenetur eligere pauperes domicilij testatoris, sed potest eligere ex quouis loco; num. 126.

Quando testator absolutè, & simpliciter bona pauperibus reliquit, tenetur executor præferre pauperes testatoris consanguineos. Et quomodo id sit intelligendum? num. 128.

Quando testator electionem pauperum, in quos bona distribuerentur, executori commisit, non tenetur regulariter executor præferre consanguineos testatoris; num. 128,

Secluso casu, quo non oportet præferri pauperes consanguineos testatoris, tenetur executor distribuere bona simpliciter pauperibus relicta, inter egentiores: secùs autem si executori commissa est pauperum electio; num. 129. *Quomodo id sit intelligendum, si ea electio commissa sit executori ad arbitrium boni viri? num.* 130.

DVpliciter solent testatores relinquere pauperibus sua bona, vel aliquam eorum partem: vno modo, disponendo simpliciter, vt bona pauperibus erogentur; alio modo, disponendo vt erogentur pauperibus, quos executor elegerit. Et in hoc secundo modo adhuc solet esse diuersitas. Interdum enim cõmittitur executori libera electio pauperum, vt scilicet distribuat, quibus voluerit, vel sibi magis placuerit: interdum verò committitur electio arbitrio ejus prudenti, & rationabili, vt scilicet distribuat prout sibi melius videbitur, vel maius Dei obsequium judicauerit. Hoc posito.

Prima conclusio sit. Quando bona 124
sunt relicta pauperibus primo modo, hoc est simpliciter, distribuenda sunt inter pauperes, & qui sunt in loco, in quo testator vltimò habuit domicilium. Ita communis sententia, quam relatis plurimis, tradunt Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. titul.* 5. *numer.* 2. & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dubit.* 60. *numer.* 2. per text. *in l. Siquis ad declinandam, §. Vbi autem, Cod. de Episcop. & cleric.* Cæterùm in hoc textu non dicitur simpliciter, quòd bona distribuantur inter pauperes illius loci, sed quòd hæreditas pauperibus indistinctè relicta deueniat ad Xenonem (idest Hospitalem) ciuitatis, in qua testator habuit domicilium, & inter pauperes ibi ægrotantes per prouisorem ipsius Hospitalis distribuatur. Quare melius tradita conclusio probatur per nouum jus, quo prædicta lex corrigitur, *in Authent. De Ecclesiasticis tit. §. Siquis autem pro redemptione*, ibi; *Si autem specialiter dixerit, quòd pauperibus hoc relinquit, præcipimus sanctissimum Episcopum ciuitatis, in qua testator habuit domicilium, percipere eadem res, & ejus ciuitatis pauperibus erogare.* Ratio verò est, quia testator præsumitur habere maiorem affectionem ad locum vbi habet domicilium; & sic velle vt potiùs inter pauperes illius quàm alterius distributio fiat.

Id verò intellige, nisi ex conjecturis aliud appareat: vt si testator jussit distributionem fieri in die sui obitus: ipseque obeat longè à loco domicilij, in quo breui denuntiari non possit, vt eleemosynæ fiant. Sanch. *vbi supra, numer.* 3. vel si diu vixit in alio domicilio, in quo habuerit maiorem partem bonorum; & postquam illud mutauit, breui de-

cessit. Mantica *d. num. 2. fine*, & Sanch. *d. num. 3.*

Hìc etiam aduerte, dubitari posse, vtrùm in casu propositæ conclusionis,
125 electio seu determinatio pauperum, inter quos bona distribuenda sunt, pertineat ad executorem designatum à testatore, vel potiùs ad Episcopum? Pertinere namque ad Episcopum colligi videtur, ex *d. §. Siquis autem*, ibi; *Præcipimus sanctissimum Episcopum*, &c. juxta quem textum ita sancitùm est in Constitutionibus diœcesis Conimbricensis, *tit. 26. constit. 4. §. E se o testador deixar*, ibi; *Se o testador deixar sua fazenda a pobres, ou catiuos, sem declarar quais sejão, nem der a eleição disso a seus testamenteiros, em tal caso, porque conforme a direito nos pertence declarar quaes pobres, ou catiuos deuem ser; mandamos*, &c. vbi ad marginem allegatur, *l. Siqua per calumniam, Cod. de Episc. & cleric. & d. §. Siquis autem.* At contrarium sumitur ex *l. Nulli, Cod. de Episc. & cler.* vbi expressè habetur, vt executor designatus à testatore præferatur Episcopo in executione legati indeterminate relicti pro redimendis captiuis. Ex quo textu tradit cum alijs Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 43. num. 5.* talem executorem præferri etiam priuilegiato à Papa, vt possit recipere relicta ad pias causas: & ex illo ipso *§ Siquis autem*, quem ita summat Bartholus, *Legato, vel hæreditate, pro redemptione captiuorum, vel alimentis pauperibus derelictis: persona à testatore designata* (id est executor) *secundum testatoris voluntatem debet omnia implere: personâ autem non designatâ, Episcopus, vel œconomus adimplere debet.* Atque ita videntur sentire communiter DD. apud quos non reperio, pertinere ad Episcopum executionem legati, vel hæreditatis relictæ pauperibus, nisi in casu quo testator non designauit executorem, vel fuit negligens in adimplenda testatoris voluntate tempore debito: de quo casu egimus *sect. præced. §. 5.* illumque quoad præsens institutum latiùs explicat Diana *p. 8. tract. 5. resol. 41.* vbi cum multis alijs hanc nostram resolutionem amplectitur. Quin etiam vult Vading. *tract. de Contract. lib. disp. 4. dub. 13. §. 5. num. 3.* etiam quando testator nullum executorem nominauit, si hæredem reliquit, posse hunc exequi quælibet legata, etiam pro redemptione captiuorum, vel alimentis pauperum relicta; neque ab Episcopo prohiberi posse, quominus ea exequatur, eoquod in tali casu ipse hæres censeatur tacitè datus executor à testatore. Sed hanc sententiam bene impugnat Diana, *vbi sup.* Quare solùm hìc statuo, quod quando testator executorem nominauit, is præfertur Episcopo, etiam quoad executionem prædicti legati, vel hæreditatis captiuis, vel pauperibus relictæ. Contra quod nihil facit *d. l. Siqua per calumniam*, quę quidem hac de re non agit. Accedit tandem ratio; quia quando testator executorem nominauit, hoc ipso ostendit, se multùm de eo confidere, quòd rectè & juxta ipsius testatoris voluntatem bona distribuet, tam inter personas certas ab ipso testatore designatas, quàm inter incertas, & ab eo non designatas, vt in nostro casu, & sic non debuit ei præferri Episcopus, de quo fortè testator non tantum confideret.

Unde colligo, etiam quando testator reliquerit bona sua, vt expendantur in pia opera, non declarando quæ esse debeant, ad executorem pertinere illa determinare, & testatoris bona in ea expendere, licèt in Cõstitutionibus Portalegrensis diœcesis, *lib. 4. tit. 6. cap. 6. n. 4.* contrarium statuatur, asserendo id de jure pertinere ad Episcopum, *juxta cap. 3. de Testam. & d. l. Nulli, Cod. de Episc. & cleric.* quæ jura id certè non dicunt.

Secunda conclusio. Qnando testator 126
executori commisit electionem pauperum, in quos bona distribuantur, non tenetur eligere pauperes domicilij testatoris, sed potest eligere ex quouis loco. Ita Gregor. Lop. *l. 20. tit. 3. part. 6. verb. De aquel lugar*, Capella Tolosana *decis. 128.* Mantica *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 5. sub num. 2.* dicens ita fuisse decisum in Rota Romana, Sanch. *lib. 4. Opusc.*

Opusc. cap. 1. *dub.* 60. *num.* 4. & alij, quos citant. Probatur argum. *cap. Si compromissarius, de Elect. in* 6. vbi licèt Episcopus, quando ad eum jure deuoluto pertinet collatio dignitatis Ecclesiæ, teneatur eligere clericum ejusdem Ecclesiæ, *cap. Ne pro defectu, de Elect.* tamen compromissarius ad eligendum potest etiam exterum eligere. Similiter ergo dicendum in nostro casu, licèt Couar. *in cap. Cum tibi, num.* 14. *de Testam.* huic sententiæ non acquiescat; & in Constit. Conimbricensis diœcesis *tit.* 26. *constit.* 4. §. *Ese o testador não declarar*, contrarium expresse statuatur.

127 Tertia concluſio. Quando testator absolutè, & simpliciter bona pauperibus reliquit, tenetur executor in eorum distributione præferre pauperes testatoris consanguineos. Ita relatis alijs Mantica *d. tit.* 5. *num.* 17. & Sanch. *d. dub.* 60. *num.* 5. Ratio patet, quia erga consanguineos censetur testator maiorem habere affectionem, & ipsa charitas bene ordinata suadet, vt priùs nostris, quàm extraneis subueniamus, *cap. Non satis*, 80. *dist.* Hanc concluſionem intelligo primò, etiamsi consanguinei sint minùs indigentes, quàm extranei. Quia consanguinitas cùm sit qualitas naturalis, præualet maiori indigentiæ extraneorum, quæ est qualitas accidentalis, vt patet *ex cap. Requisisti, de Testam. vers. Si verò relinquatur*, vbi relictum Episcopo à propinquo, censetur ratione sanguinis, & non ratione Ecclesiæ relictum. Et ita in simili docet cum alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 62. *fine.* Intelligo secundò, etiamsi illi consanguinei non sint in loco domicilij testatoris, quia in quouis sint loco maiorem erga eos affectionem censetur habere testator, quàm erga extraneos etiam in proprio ipsius domicilio commorantes. Intelligo tertiò, & limito, dummodo testator ignorauerit talium propinquorum consanguinitatem, vel paupertatem. Quia si sciret esse consanguineos pauperes, & maiorem erga eos haberet affectionem, quàm erga extraneos, illis expressè relinqueret: quando igitur absque propinquorum mentione, bona sua pauperibus reliquit, nulla juxta illius mentem est obligatio præferendi consanguineos pauperes ab eo non ignoratos pauperibus extraneis: cùm nullam maiorem erga illos censeatur habuisse affectionem: & ita cessat ratio prædictæ concluſionis: quæ proinde solùm in consanguineis à testatore ignoratis, seu ob ignorantiam prætermissis, locum habere potest.

Quarta concluſio. Quando testator 127
electionem pauperum, in quos bona distribuerentur, executori commisit, non tenetur regulariter executor præferre pauperes testatoris consanguineos. Hanc concluſionem apud DD. non reperio, sed nec oppositum illius; ea tamen facilè mihi probatur. Quia in primis, si testator eam electionem executori concessit per verba importantia liberum ejus arbitrium, nulla est ratio, cur non possit eligere quoscumque voluerit, etiam omissis testatoris consanguineis, præsertim ab ipso testatore non ignoratis. Deinde quando electio illi esset concessa per verba denotantia arbitriũ boni viri, *vt Prout ei videbitur, aut melius judicauerit*: licèt tũc non possit pro libito eligere, sed teneatur vti arbitrio viri boni, *l. Fideicommissa, §. Sic fideicommissum, vers. Quamquam, ff. de Leg.* 3. *l. Thais, § Sorore, ff. de Fideicommiss. libert. cum concord.* ex hoc ipso sequitur, posse sæpius, imò sæpissimè, & regulariter præferri pauperes extraneos consanguineis testatoris: cùm sæpissime euenire possit, & soleat, vt magis conforme sit rationi dare potiùs extraneis, quàm consanguineis: vt cùm extranei sunt longè pauperiores, vel fœminæ honestæ, quæ in maiori animæ periculo erant, si eis non succurratur. Cæteris tamen paribus, tenebitur executor eligere potiùs consanguineos testatoris: cùm hoc ipsum recta ratio dictet, & prudens arbitrium, à quo executor in casu proposito recedere non potest.

Quinta concluſio. Secluſo casu, quo 128
juxta supradicta *num.* 127. consanguinei testatoris præferẽdi sunt extraneis, etiam pauperioribus, tenetur executor distribu-

ere bona pauperibus simpliciter relicta inter pauperes egentiores: si autem eorum electio ei commissa sit, potest eligere etiam, qui minùs indigent, dummodo verè sint pauperes. Priorem partem hujus conclusionis desumo ex Mantica *d. tit. 5. num. 4.* vbi cum Baldo asserit, ijs magis relictum videri, qui sunt pauperiores, juxta *l. Siquis ad declinandam, §. Vbi autem, Cod. de Episc. & cleric. & §. Siquis in nomine magni Dei, Authent. De Ecclesiast. tit.* Posteriorem verò partem docent Petr. Nauarra *lib. 4. de Restit. cap. 2. num. 60.* Paul. Castr. *in l. Vnum ex familia, §. Itaque, num. 2. ff. de Leg. 2. & l. Cum quidam, num. 6. ff. eod. tit.* Barthol. *ibid. & in d. l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia, num. 4.* Bald. *in l. Id quod pauperibus, numer. 35. Cod. de Episc. & cler.* & cum multis alijs Mantic. *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. tit 5. num. 6.* & Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 60. num. 11.* Qui eam rationem reddit, quia nulla lex talem executorem astringit, vt quærat meliores, & pauperiores: neque hęc sunt præmia meritorum, vt personarum acceptio hìc possit contingere.

130 Hæc autem ratio, licèt rem planè conficiat, quando executori concessa est à testatore libera electio pauperum; tamen quando solùm ei concessa est ad arbitrium boni viri, non videtur sufficiens; quia in eo casu tenetur executor vti arbitrio prudenti & magis rationi conformi, vt *supra, num. 128.* aduertimus: ratio autem planè videtur exigere, vt pauperiores præferantur. Quo fundamento, debere in hoc casu eligi pauperiores, tenent Molina Iurista *lib. 2. de Primogen. cap. 5. numer. 69.* & alij quos refert Sanch. *sup. numer. 11.* idemque statuitur in Constitutionibus Conimbric. diœcesis *loco in 2. conclusione allegato.* Nihilominus tamen etiam in hoc casu tenendum est cum Sanch. & alijs DD. supra citatis, posse eligi minùs pauperes, dummodo tamen præter paupertatem, aliqua alia subsit ratio, ob quam id magis, vel certè non minùs, expedire videatur: vt si honestiori loco sunt nati, vel erant familiares testatoris, aut in maiori periculo animæ ob paupertatem versantur, aliâuè simili de causa: quia hujusmodi causa interueniente, prudenter arbitrari potest executor magis expedire, vt minùs pauperes præferantur.

§. 9. *Expediuntur nonnullæ dubitationes circa præcedentem materiam.*

SUMMARIUM.

VTrum executores legatum pauperibus relictum dare possint pauperibus inimicis testatoris? num. 131. & seq.

Vtrum quando testator simpliciter jussit bona distribui inter pauperes, possint executores dare vni tantum? numer. 133. An saltem possint dare duobus? ibid.

Si testator jussit dari certam summam vni pauperi, non designando personam, an tunc possit executor eam diuidere in duos? num. 134.

Iussus dare vni Hospitali, vel construere vnum Hospitale, potest construere duo, si bona sufficiant; num. 135.

Si testator post mortem hæredis jussit dari de suis bonis 300. aureos alicui monasterio, & residuum distribui in pauperes, potest tale residuum dari etiam ipsi monasterio, si indigeat; ibid.

Vtrum de bonis quæ testator distribui jussit inter pauperes, possit executor dare filio spurio testatoris? num. 136. remissiuè.

Vtrum executor, si pauper sit, possit sibi aliquid applicare de bonis, quæ testator jussit distribui pauperibus? numer. 137. & seqq.

Vtrum admissa opinione, quòd executor non potest sibi aliquid applicare ex dictis bonis, possit nihilominus de illis dare suis filijs, vel consanguineis? num.

num. 138. *& seq.*

Religiosus executor testamenti jussus bona distribuere inter pauperes, potest de illis applicare suo monasterio, & sibi ipsi, si pauper sit; num. 144.

Vtrum executor jußus distribuere inter pauperes consanguineos testatoris, teneatur præferre proximiores pauperioribus? num. 145.

Vtrum quando legatum absolutè relictum est consanguineis pauperibus, possit executor præferre vnam consanguineam remotiorem magis pauperem, alteri proximiori minùs pauperi? ibid.

Executor habens facultatem eligendi pauperes, in quos bona testatoris distribuantur, potest eos eligere sub conditione, vel cum onere; vt post aliquod tempus illa restituant alijs pauperibus; numer. 147.

131 CIrca prædicta verò dubitatur primò. Vtrum legatum pauperibus relictum possint executores dare pauperibus inimicis testatoris? Variè hac in re sentiunt DD. quidam enim distinguũt hoc modo: vel pauperes sunt odiosi & indigni, vt quia concubuerunt cum vxore, sorore, aut matre testatoris; & his non potest dari legatum: vel sunt tantùm odiosi, & non indigni; & his potest, si testator decessit contritus, & confessus. Alij verò dicunt, si executoribus commissa est facultas distribuendi per verba importantia arbitrium boni viri, non posse dare inimicis: si verò per verba importantia liberam voluntatem, posse, dũmodo inimicitiæ ortę fuerint ante testamentum. Authores harum distinctionum affert Sanch. statim citandus: Mantica verò *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 5. *num.* 8. cum Barthol. quem ibi refert, absolutè docet, quòd quando distributio in pauperes commissa est ad voluntatem executorum, possunt hi eligere quos velint, etiam indignos.

132 Cæterum Molina Iurista *lib.* 2 *de Primogen. cap.* 5. *num.* 13. quem sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 60. *num.* 17. probabiliùs asserit, quòd licèt alias is, cui commissa est electio, nequeat eligere inimicum committentis, tamen in legato pauperibus relicto forsan verius est, posse dare inimicis testatoris pauperibus, licèt non probetur testatorem decessisse contritum, cùm id præsumatur. Vel quia in eleemosynis non est considerandum, an pauperes fuerint inimici testatoris; cùm sola pietatis ratio in eleemosyna spectanda sit.

Dubitatur secundò, vtrùm quando tes- 133
tator simpliciter jussit bona distribui inter paupetes possit executor dare illa vni tantùm pauperi? Affirmant Paul. de Castro *in l. Cum quidam, num.* 4. *& in l. Vnum ex familia, §. Sed si vno, ff. de Legat.* 2. Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, num.* 48. *fine*, Alex. *consil.* 109. *num.* 7. *vol.* 7. asserens posse eligi vnum, nisi ex conjecturis appareat, testatorem noluisse vnum tantùm eligi, quòd etiam tradit *in l. Qui quartam, §.* 1. *num.* 3. *ff. de Leg.* 1. & ita etiam scribit Imola *in d. l. Vnum ex familia, §. Si duos, num.* 16. *vers. Potes dicere.* Pro eadem sententia stat Matienso *lib.* 8 *Select. super d. l. Cum quidam, num.* 12. *ff. de Leg.* 2. limitans, nisi legatum esset relictum pro maritandis puellis, & plurium dotibus sufficeret: tractans etiam hanc quæstionem Tiraquel. *in l. Si vnquam, verb. Suscepcrit liberos, numer.* 189 rem sub dubio relinquit: vnde videtur vtramque partem æquè probabilem judicare. Fundamentum hujus sententiæ desumunt aliqui ex *d. l. Vnum ex familia, §. Sed & si fundum, vers. Et si quidem*, ibi; *Rogo fundum, cui voles, aut quibus voles ex familia relinquas.* vbi testator committens hæredi electionem personarum, quibus legatum relinquit, non magis intelligitur velle vt eligat plures, quàm vnum, vel econtra. Et hanc ipsam rationem reddit Sarmiento *vbi sup.* Quia qui electionem commisit videtur etiam & in numero personarum concessisse arbitrium.

Contrariam nihilominus sententiam probabiliùs tenent Barthol. *in l.* 1 *ff. de Optione legat per eum textum*, Padilla ali-

os

os referens *in d. l. Cum quidam, num* 10. Azeued. *lib.* 5. *Recopilat. tit.* 6. *l.* 3. *numer.* 19. Gregor. Lop. *in l.* 3. *tit.* 10. *part.* 6. *verb. Tuuiere*, Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 18. & cum alijs etiam Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 60. *num.* 7. Fundamentum est primò, quia quando testator simpliciter jussit distribui bona sua inter pauperes, illa pluralis locutio vno solo contenta non est, vt per *l. vltim. ff. Ad Trebel. & l. Vbi numerus, ff de Testib.* Secundò, quia maior est pietas, & charitas, quæ pluribus prodest; Felin. *in cap. Omnes, num.* 4. 1. *dist.* Mens autem testatoris jubentis simpliciter distribui bona inter pauperes, ad hanc maiorem charitatem videtur respexisse, & sic noluisse, vt vni tantùm bona tribuerentur. Vnde facilè excluditur fundamentum prioris sententiæ. Nam præter quod in verbis, quæ adducuntur, ex textu *in d. verf. Etsi quidem*, proponatur casus, quo testator commisit hæredi electionem vnius, vel plurium personarum, testator in eo casu solùm intendit, vt fundus relinqueretur in familia; quod æquè bene impletur relinquendo illum vni de familia, atque relinquendo pluribus. At quando testator simpliciter commisit distribui legatum inter pauperes, vt in nostro casu, non impletur illius votum, dando vni tantùm; cùm præsumatur voluisse pluribus subuenire: & sic non stat, quòd quando committitur electio personarum, intelligatur etiam concessum arbitrium circa numerum, ita vt vnus tantùm eligi possit.

Quin etiam vult non improbabiliter Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vlt. volunt. interpret.* 1. *dub.* 2. *num.* 79. non satisfieri in proposito casu voluntati testatoris, si inter duos tantùm pauperes bona distribuantur: quia mandatum de distribuendo inter pauperes importat distributionem faciendam minutatim inter plurimos, & non inter duos tantùm. Pro qua sententia refert Geminian. & Barth.

134 Econtra verò, si testator jussit dari certam summam vni pauperi, non designando personam, probabiliùs videtur posse executorem diuidere illam in duos, vt cum Baldo, Paulo Castr. & Sarmiento tenet Sanch. *d. dub.* 60. *num.* 8. *per dict. l. Vnum ex familia, §. Sed & si fundum, ff. de Leg.* 2. ex quo textu docet ibi Barth. quòd jussus restituere rem aliquam vni ex certis, potest ex illis eligere plures: quam sententiam ibi sequuntur Moderni, teste Segura *ibid. num.* 156. qui illam etiam sequitur, & eandem tenent *ibid.* Padilla Paul. Castr. Cuman. & Peralta, quos idem Sanch. refert, & sequitur; cui etiam adhæret Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri, num* 48. dicens esse communem. Ratio verò est, quia cùm testator nullum pauperem designauerit, sed electionem ejus executori reliquerit, nulli dedit, aut dare voluit jus ad tale legatum, sed solùm intendit, vt misericordia erga proximum exerceretur: hæc autem voluntas non minùs, imò plenius impletur dando pluribus, quàm vni tantùm: cùm pietas, quæ pluribus prodest, maior sit, vt supra notauimus.

Hinc colliges cum Barthol. *in d. l.* 135 *Vnum ex familia, §. Si duos*, Paulo de Castr. *ibid. & in d. l. Cum quidam, num.* 4. *ff. de Leg.* 2. & Sanch. *vbi supra*, quòd jussus dare Hospitali, vel construere vnum Hospitale, potest construere duo, si bona sufficiant. Notat etiam Mantica *d. tit.* 5. *num.* 19. *fine*, cum Anchar. *consil.* 84. si testator post mortem hæredis reliquit trecentos aureos alicui monasterio, & residuum jussit distribui inter pauperes, illud etiam posse distribui ipsi monasterio, si laborat inopiâ.

Dubitatur tertiò, vtrùm de bonis, quæ 136 testator distribui jussit inter pauperes, possit executor dare filio spurio testatoris? At huic dubio jam responsum est *disp.* 5. *hujus tract. de Testament. sect.* 1. *num.* 89. & ibidem etiam *num.* 90. resoluimus nihil vetare quominus executor dare possit de illis bonis filio suo spurio si verè sit pauper, quanuis aliud sit in filio spurio testatoris.

Dubitatur quartò, vtrùm executor si 137 pauper sit, possit sibi ipsi aliquid applicare de bonis à testatore relictis, vt inter

pau-

pauperes distribuerentur? Prima sententia negat, præterquam in casu, quo executor extrema necessitate laboret. Eam tenent Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vlt. volunt. tit.* 5. *num.* 9. Bald. *in cap. Cum in jure, num.* 6. *&* 7. *de Elect. & in l. Si mandauero tibi vt pro me,* 22. *§. Si tibi centum, fine,* & ibi Odofred. *fine,* Alberic. *fine,* Fulgos. *fine,* & Salic. *num.* 4. *ff. Mandati,* idem Alberic. *in l. Nulli, numer.* 20. *Cod. de Episc. & cleric.* Paul. Castr. *in l. Si is cui,* 7. *num.* 1. *&* 2. *Cod. de Furtis,* Angel. *verb. Eleemosyna, numer.* 3. Sylu. *ibid. q.* 2. *fine, & verb. Testamentum, q.* 2. *dicto* 5. Rosella *verb. Restitutio,* 15 *num.* 8. Peralta *in l. Vnum ex familia, §. Rogo, à num.* 5. *vsque ad* 8 *ff. de Legat.* 2. & multi alij, quos refert Sanch. infra pro secunda sententia allegandus. Probatur primò *ex d. l. Si mandauero tibi vt pro me, §. Si tibi centũ,* vbi sic habetur. *Si mandauero tibi, vt des centum aureos, & consumpseris, es reus mandati.* Secundò, quia inter dantem, & accipientem debet dari distinctio. Hac enim ratione deciditur expressè *in cap. Per nostras, de Iure patron.* non esse integrum patrono se ipsum præsentare ad beneficium. Tertiò, quia si in pænitentiam sacramentalem alicui injungeretur, vt aliquam pecuniam in pauperes erogaret, non posset vllam ejus partem sibi applicare, etiam si pauper sit. Quartò denique, quia habens facultatem eligendi ad maioratum à testatore institutum, non potest se ipsum eligere, vt relatis multis probat Molina Iurista *lib.* 2. *de Primog. cap.* 4. *num.* 58.

138 Hanc sententiam ampliant nonnulli ex ejus Authoribus, vt neque filijs suis possit executor dare de illis bonis; cùm filius censeatur eadem persona cum patre. Hæc verò ratio solùm militat respectu filiorum existentium sub patria potestate. Unde hanc ampliationem limitat Mexia *de Taxa panis, cap.* 6. *num.* 49. vt locum non habeat in filijs extra patriam potestatem existentibus. Alij etiam limitant, vt solùm procedat quando pater haberet vsumfructum in illis bonis inter filios distributis: vel nisi renunciaret juri percipiendi vsumfructum ex illis. Aliqui tamen ipsam ampliationem simpliciter rejiciunt, asserentes, quòd etiam filijs in potestate potest executor de illis bonis tribuere, si verè sint pauperes: cùm inter illos, & ipsum patrem vera personarum distinctio intercedat. Sic Panorm. *in cap. fin. num.* 4. *de Instit.* Bald. *in l.* 1. *num.* 29. *Cod de Sacros. Eccles.* & alij apud Sanch. *lib.* 6. *in Decal. cap.* 11. *numer.* 51. *fine.*

Sunt etiam qui neque in suos consanguineos admittant posse executorem distribuere. Sed hoc merito rejiciunt Mantica *d. tit.* 5. *num.* 16. Panorm. *in cap. fin. de Cohabit. cleric. & mulier.* Imola *ibid. num. vlt. & in cap. Cum tibi, num.* 17. *de Testament. & in Clem.* 1. *num.* 29. *eod. tit.* Anchar. *in cap.* 2. *num.* 13. *de Testament. in* 6. Angel. Rosel. Sylu. *loco sup. citat.* & alij. Quia inter executorem & consanguineos euidens distinctio reperitur: ac proinde si verè pauperes sint, nihil obstat quominus de illis bonis eis dare possit. 139

Plerique verò prædictam sententiam principalem temperant, vt intelligatur, quando vnus tantùm est executor: nam si sint plures, potest quilibet ex illis, si pauper sit ab alijs eligi ad partem eleemosynæ accipiendam. Sic Panorm. *in cap. Cum in jure, numer.* 4. *de Elect.* Alberic. *in l. Nulli, numer.* 20. *Cod. de Episcop. & cleric.* Syluest. *verb. Testamentum,* 2. *q.* 2. *dicto* 5. Rosel. Anchar. Imola Gregor. Lop. & alij, quos refert Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 53. 140

Secunda nihilominus sententia, cui tanquam probabiliori adhæreo, affirmat posse executorem pauperem sibi applicare aliquam partem de illis bonis, sicut posset alteri pauperi. Ita D. Thom. 2. 2. *q.* 33. *art.* 9. *ad* 3. Caiet. & Aragon. *ibid.* Ioan. Dilectus, *de Arte testandi, cautela,* 10. *num.* 4 *qui habetur tom.* 8. *tractatuum, p.* 1. Tabiena *verb. Eleemosyna, q.* 13. *num.* 4. Armilla *ibid. num.* 9. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 125. *num.* 17. Emman. Rodrig. *tom.* 1. *Sum.* 141.

cap.

cap. 199. *num. vltim. in* 2. *edit. & QQ. Regular. tom.* 3. *q.* 70. *art.* 4. Anton. Gom. *in Bulla Cruciatæ, clausula,* 8. *numer.* 7. *fine,* & multi alij, quos citat & sequitur Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 11. *num.* 54. *& lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 58. *num.* 5. Emman. Barbosa *in Remission. ad Ordinat. Regiam, lib.* 1. *tit.* 62. §. 16. *num.* 4. & Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 2. *num.* 87. Ratio est, quia intentio, & voluntas testatoris jubentis distribui sua bona inter pauperes, est exercere actum misericordiæ gratum Deo, & suæ animæ vtilem: hæc autem voluntas non minùs impletur, quando executor pauper, sibi qua tali, applicat aliquam partem illorum bonorum, quàm si eam alteri pauperi applicaret. Nam quemadmodum testator verum actum misericordiæ exerceret, si per tertiam personam eam eleemosynam applicaret ipsi executori pauperi, ita etiam illum exercet applicando eam mediante ipso executore, qui hac in re duas personas sustinet: alteram testatoris, cujus nomine, & mandato bona illa distribuit; alteram pauperis, cui ea distibuit: non enim maior personarum distinctio ad dandum, & accipiendum requiritur, vt in multis exemplis, etiam justitiæ Cõmutatiuæ videre licet. Nam hæres grauatus restituere hæreditatem, cui testator erat debitor, sibi ipsi nomine defuncti suum creditum soluit, detrahendo illud de bonis hæreditatis. Item juxta communissimam DD. sententiam, restitutio incertorum applicari potest ipsi debitori per ipsummet, si verè sit pauper, & ita in similibus. Est enim valde peraccidens ad hujusmodi actus, quòd fiant per personas realiter, vel fictè tantùm distinctas; cùm reipsâ idem sit, quando solùm formaliter, seu secundum diuersas acceptiones, personæ distinguuntur.

142 Vnde ad motiua prioris sententiæ respondetur facilè Ad primum respondetur cum Caiet. & Nauar. *loc. citat.* decisionem illius legis, intelligendam esse de illo, qui non vt distributor sibi ipsi, vt gerenti personam fictè distinctam, nempe vt pauperi, talia bona applicaret; sed absolutè consumeret, nullo habito respectu ad qualitatem, quam mandator spectari voluit in recipiente. Ad secundum respondetur cum Lambertino *de Iure patron.* 1. *p. lib.* 2. *q.* 8. *art.* 2. *num.* 2. rationem illius textus non esse defectum distinctionis inter dantem, & accipientem: siquidem, patrono se ipsum præsentante ad beneficium, vera daretur distinctio inter dantem, & recipientem ipsum beneficium, cùm præsentans illud non conferat: sed quia se ipsum præsentare esset ambitiosum, vt etiam tradit Glos. *in cap. In jure, verb. Ex se & ibi Abbas, num.* 4. *de Electione.* Unde idem Lambert. *ibid.* latè probat, prohibitionem illius textus non habere locum in beneficijs simplicibus, non habentibus pingues reditus, nec magnam dignitatem; quia in his non præsumitur ambitio. Ad tertium respondetur, esse diuersam rationem in pœnitentia, quæ necessariò debet esse opus pœnale, quale non est eleemosynam sibi applicare. Ad quartum respondetur, in eo casu electionis ad maioratum, refragari planè voluntatem institutoris, qui si vellet, vt commissarius sibi ipsi posset capere maioratum, id proculdubio expressisset; quòd in casu electionis ad eleemosynam non militat: cùm paupertas commissarij potuerit esse ignota testatori, atque adeo eâ de causa non expressisse, vt ille sibi posset eleemosynam applicare, non verò quòd id nollet, si ille verè esset pauper,

Si autem paupertas executoris nota es- 143
set testatori tempore testamenti: tunc quidem videtur valere prędictum argumentum, vt in tali casu nequeat executor sibi applicare eleemosynam. Et ita limitando prædictam secundam sententiam tenent Menoch. *d. præsumpt.* 125. *num.* 18. & 19. Emman. Rodrig. *vtroque loco sup. citat.* & alij, quos citat, & sequitur Sanch. *d. cap.* 11. *num.* 55. vbi adeo veram existimat hanc limitationem, vt non audeat affirmare oppositum esse probabile. Nihilominus tamen mihi valde probabile est, quòd etiam in hoc casu po-

test

test executor sibi applicare. Id enim esse probabile expressè docet Petrus Ledesm. *tom. 2. Sum. tract. 4. cap. 3. conclus. 16.* idemque mordicùs tuetur Diana, *p. 8. tract. 5. resol. 47.* cum Dicastillo *lib. 2. de Iust. tract. 19. disp. 3. dubit. 12. num. 154.* Ratio est, quia testator sciens executorem esse pauperem, licèt non fuerit inuitus, quòd ille sibi capiat aliquam partem dictæ eleemosynæ, tamen ex multis causis potuit prudenter id non exprimere; vt quia timuit, ne illum pudore afficeret, declarando in suo testamento eum esse pauperem, vel quia, si expressè illi relinqueret, non satis ejus, & suæ authoritati consuleret, nisi vel totum, vel multò plus ei daret, quàm ipse esset accepturus, applicando sibi quod alteri pauperi daturus erat: & his similibus, quæ facilè occurrent, & locum minimè habent in casu commissæ electionis ad maioratum, ex quo Sanch. argumentum sumpsit ad prædictam limitationem asserendam.

Ex prædictis colliges, quid dicendum
144 sit in ea quæstione: vtrùm si Religiosus sit executor testamenti, possit de pecunijs relictis, vt inter pauperes, & pia opera distribuantur applicare suo monasterio, vel etiam sibi tanquam pauperi? Dicendum enim in primis est, etiam cum nonnullis DD. primæ sententiæ relatæ, *numer. 137.* quos citat & sequitur Sanch. *lib. 6. in Decal. cap. 11. numer. 59.* posse applicare monasterio; quia sufficienter saluatur personarum distinctio, quam dicta prima sententia generatim ad hujusmodi distributionem requirit. Dicendum deinde, etiam sibi ipsi applicare posse, idque etiam stando in dicta prima sententia, vt contra nonnullos tenet idem Sanch. *numer. 61.* Tum quia applicando sibi releuat monasterium, à quo minus accipiet ad vsus sibi necessarios; & sic ipsi monasterio censetur applicare. Tum etiam, quia per talem applicationem non sibi acquirit, sed monasterio, ex generali regula, quòd monachus non sibi sed monasterio acquirit. Et ita etiam hac ratione satis saluatur personarum distinctio, cùm ea eleemosyna reipsâ monasterio applicetur, etiamsi monachus eam in suos vsus conuertat. Quæ ratio procedit, licèt talis monachus ab expensis secum alioqui faciendis monasterium non releuet.

Dubitatur quintò. Vtrum executor 145
jussus distribuere inter pauperes consanguineos testatoris, teneatur præferre proximiores pauperibus? Respondetur, si data est electio hæredi, vel executori, non teneri eligere proximiores, nec pauperiores, sed satis esse quòd det pouperibus consanguineis. Si autem electio ei data non est, teneri eligere proximiores. Prior pars constat apertè ex *l. Vnum ex familia, §. Si de Falcidia, vers. Itaque, ff. de Legat. 2.* eamque ibi tenent Glos. *verb. Vni*, Barthol. *numer. 4.* Peralta *num. 12.* Baldus, Dynus, Cuman. & Paul. Castr. *§. Itaque, numer. 2.* Anton. Gom. *in l. 40. Tauri, numer. 41. & 48.* Mantica *lib. 8. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 12. numer. 15. aliàs num. 23. in nouissima edit.* vbi alios refert, Corduba alios etiam referens *in Sum. q. 72.* Gattier, Meres, & alij, quos citat, & sequitur Sanch. *lib. 4 Opusc. cap. 1. dubit. 62. numer. 1.* Aliam partem tradit Rojas *in Epit. succes. cap. 32. numer. 11. & duob. seqq.* Mantica *vbi sup.* & cum multis alijs Sanch. *d. dub. 62. num. 2.* nam quando legatum simpliciter relinquitur consanguineis, vel familiæ, censetur testator velle vt admittantur cõsanguinei eo ordine, quo veniunt ad successionem ab intestato, *l. vltim. Cod. de Verbor. signif. l. Cum ita, §. In fideicommisso, ff. de Legat. 2.* Ex ijs verò in hoc casu eligi debere pauperiores, docet Sanch. *vbi supra, numer. 3.* contra Cordubam, qui *d. q. 72. initio*, dicit; inter duas consanguineas in æquali gradu constitutas posse eligi minùs pauperem. Addit præterea idem Sanch. *numer. 10.* quòd quando legatum est absolutè relictum consanguineis pauperibus, si duæ fœminæ, altera magis consanguinea, & minùs pauper, altera minùs consanguinea, & magis pauper, præferenda est magis consanguinea: quia

quando concurrunt duæ causæ, altera naturalis, qualis in præsenti est consanguinitas, & altera accidentalis qualis est paupertas, causa naturalis prævalet, *l. Tutor, §. 1. ff. de Excusat. tut.* Ego verò magis in contrarium propendeo, ex traditis, *disp. 2. sect. 9. numer. 306.*

146 Qui autem veniant nomine, *Consanguineorum*, quando legatum pauperibus consanguineis relinquitur? Respondetur, venire eos, qui de jure Ciuili vocantur ad successionem ab intestato; idest vsque ad decimum gradum, prout hi gradus in jure Ciuili numerantur: cæteros verò vt extraneos reputari. Sic loquendo absolutè de legato, vel fideicommisso consanguineis relicto, docent Tiraquel. *de Retractu lignag. §. 1. Glos. 9. num. 24.* Mantica *lib. 8. de Conjectur. tit. 12. numer. 37. aliàs 46. in nouissima edit.* & multi alij apud Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dubit. 24. numer. 10.* qui idem tenet *numer. 13.* quando agitur de legato temporali consanguineis relicto, vt si legati essent mille aurei inter consanguineos distribuendi: quando autem legatum esset perpetuum aliter dicendum putat, & meritò: illum consule.

147 Dubitatur sextò. Utrùm executor habens facultatem eligendi pauperes, possit eos eligere sub conditione, vel cum onere, vt post aliquod tempus bona testatoris restituant alijs pauperibus? Respondetur affirmatiuè; quia cùm tali executori sit liberum eligere quos voluerit, & dare quantum voluerit, aut sibi videbitur, eis quos elegerit, nihil obstat quominus possit eos eligere sub conditione, qua non impleta habeantur pro non electis; vel eligere eos ad tempus, quo transacto bona deueniant ad alios pro tunc electos; cùm hoc sit quædam distributio talium bonorum. Et ita docent relatis alijs Simon de Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 90.* & Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 60. num. 15.* Additque Prætis *num. 91.* valere illam conditionem vel onus, etiamsi conferatur in tempus, quo jam non durat potestas executori concessa: quod etiam est de mente Sancij, tenentque alij, quos idem Prætis refert. Limitat autem hic Author prædictam resolutionem principalem dummodo in defectum conditionis, vel post tempus restitutioni cõstitutum, cadat electio in alios æquè pauperes. Non placet tamen hæc limitatio, quia habens dictam facultatem eligendi potest eligere minùs panperes, vt *§. præced. num. 129. & seq.* dictum est.

§. 10. Quinam comprehendantur nomine, pauperum, *quando executor jubetur distribuere aliquam summam inter pauperes?*

SUMMARIUM.

QVando testator jussit bona distribui inter pauperes, an horum nomine veniant non solùm qui indigent ad sustentationem naturæ, sed etiam qui indigent secundùm suum statum? num. 148.

Legatum pauperibus relictum etiam inter nobiles distribui potest, si non satis habent vt juxta suam dignitatem viuere possint, vel filias in matrimonio collocare; ibid.

Nomine pauperum, in quos bona distribui jubentur, veniunt etiam qui suâ culpâ in paupertatem inciderunt; numer. 149.

Vtrum quando legatum est relictum pro maritandis pauperibus puellis, comprehendantur, quæ ex suo labore viuunt? num. 150.

Vtrum legatum pauperibus absolutè relictum possit per executorem dari fabricæ Ecclesiæ pauperis? numer. 151. & seq.

148 PLures in hac quæstione continentur dubitationes, quæ omnino prætermitti non possunt. Prima dubitatio est. Vtrum non tantùm compre-

prehendantur, qui indigent ad sustentationem naturę, sed etiam qui indigent secundùm suum statum? Respondent negatiuè Angel. *verb. Ornatus, num.* 6. & ibi Rosella *num.* 19. At contrarium tenent meritò Sylvest. *verb. Ornatus, q.* 8. Caiet. 2.2. *q.* 43. *art.* 8. *vers. In eadem parte.* Bañez *ibid.* Nauar. *in Sum. cap.* 17. *num.* 93. Petrus Nauarra *lib.* 4. *de de Restit. cap.* 2. *num.* 50. Spino *in Speculo testam. Glos.* 28. *num.* 27. Mantica *de Conjectur. vltim. volunt. lib.* 8. *tit.* 5. *num.* 3. Tiraquel. *de Nobilit. cap.* 20. *numer.* 148. Bald. *in l. Siquis ad declinandam, in princip. numer.* 5. *Cod. de Episcop. & cleric.* & alij, quos citat & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 59. *numer.* 1. Ratio est, quia non minùs, imò magis pium est dare his, quàm pauperibus communibus, qui si habeant, quo naturam sustentare possint, alia ope non indigent, vt decenter vitam possint transigere.

Hinc colliges, etiam inter nobiles, qui bonorum satis non habent, vt juxta suam dignitatem possint vitam ducere, vel filias matrimonio collocare, distribui posse legatum pauperibus relictum, vt cum Baldo, Tiraquel. & Mandel. Alba tradit Mantica *vbi supra*, & tenet etiam Surd. *de Aliment. tit.* 1. *quæst.* 93. *à numer.* 20. quem sequitur Emman. Barbosa *in Remiss. ad Ordinat. Reg. titul.* 62. §. 16. *numer.* 7. licèt contrarium senserit Angel. *in l. Sed & si susceperit,* §. *Si libertis, numer.* 3. *ff. de Re judic.* per eum text. *in vers. Sed & si proponas*; quam sententiam videtur probare Mantica *loco citat.* quando patrimonium, quod testator jussit distribui, esset modicum; quòd tunc de pauperibus nobilibus non videatur sensisse.

149 Secunda dubitatio. Vtrum comprehendantur, qui suâ culpâ effecti sunt pauperes, vt quia patrimonium malè viuendo consumpserunt? Respondetur affirmatiuè; quia præterita eorum culpa non tollit quominus verè sint pauperes, & sit opus pium eis subuenire. Ita cum Menochio, Escobar, & alijs Diana, *p.* 8. *tract.* 5. *resolut.* 49.

Tertia dubitatio. Vtrum quando legatum est relictum pro maritandis pau- 150
peribus puellis comprehendantur, quæ ex suo labore viuunt? Respondent affirmatiuè Bald. *in l. Paupertas*, per eum textum, juncta Glos. *ibid. ff. de Excusat. tutor.* Ias. *in l. Si constante, numer.* 151. *ff. Solut. matrimon.* & Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. titul.* 5. *num.* 22. *aliàs* 23. *in nouissima edit.* Id verò intelligunt, si tales puellæ non habeant alimenta, idemque est si non habeant competentem dotem ad nubendum; cùm dos pro alimentis detur, & eorum loco succedat.

Quarta dubitatio. Vtrum legatum 151
pauperibus absolutè relictum possit per executorem dari fabricæ Ecclesiæ pauperis? Negant Nauar. *in Manuali, cap.* 17. *numer.* 93. Perusin. *in tract. de Canonica portione Episcopi, quæst.* 7. Ludouic. Lop. 1. *p. Instructor. noui, cap.* 136. *fine*, Sylvest. *verb. Restitutio*, 8. *q.* 7. Angel. *ibid.* 2. *numer.* 20. Quia voluntas testatoris videtur esse, vt solùm personis pauperibus detur. Et hanc sententiam probabiliorem, & tutiorem censet Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dubit.* 59. *numer.* 5. Eam verò limitant Sylvest. & Angel. nisi hoc redundaret in maius bonum pauperum.

Nihilominus tamen posse illud le- 152
gatum ex interpretatione voluntatis testatoris expendi in fabricam vel reparationem Ecclesiæ pauperis, docent meritò Bald. *in l. Siquis ad declinandam, in princip. numer.* 10. *Cod. de Episcop. & cleric. & in l. Omnes qui, numer.* 7. *& in l. Id quod pauperibus, numer.* 34. *Cod. eodem titul.* Mattienzo per *dict. l. Omnes qui, lib.* 5. *Recopil. titul.* 4. *l.* 6. *Glos.* 7. *numer.* 2. vbi in eandem sententiam refert Ioan. Andream, Perez *lib.* 5. *Ordinam. titul.* 2. *l.* 1. *vers. Succedit præterea*, referens Dominicum, & Crotum; Rosel. *verb. Restitutio*, 15. *num.* 3. Vuading. *de Contract. disput.* 4. *dub.* 13. §. 6. *num.* 8. & Diana cum Ianu-

ario, quem refert, *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 58. Atque hanc sententiam esse satis probabilem affirmat Sanch. *loco sup. citat.* eamque confirmat, tum ex multis authoritatibus Doctorum, quas refert; tum quia *in cap. Cum tua, de Vsuris*, dicitur, acquisita injustè, quando non comparet dominus, esse pauperibus danda, & tamen omnes fatentur, posse expendi in alios pios vsus.

§. 11. *Quinam intelligantur nomine orphanorum, vel mulierum pauperum, quando legatum eis relinquitur per executorem distribuendum?*

SUMMARIUM.

AD effectum participandi de legato orphanis relicto, & ad cæteros alios, nomine, orphanorum, *intelliguntur, qui carent patre & sunt impuberes. Si tamen legatum esset pro orphanis maritandis, etiam puberes comprehenduntur; num.* 153.

Ad effectum vt possint agitare litem in prima instantia coram Auditoribus Curiæ, orphani intelliguntur, qui carent patre, & sunt minores 25. annis; num. 154.

Vtrum quando legatum est relictum, vt detur mulieribus pauperibus, possit dari etiam virginibus? num. 155.

Quando testator legatum reliquit pro dotandis, vel maritandis mulieribus pauperibus, non videtur de viduis sensisse; num. 156.

153 QVod attinet ad orphanos, vera resolutio est, ad prædictum effectum participandi de legato, & cæteros alios effectus, nomine, *orphanorum*, intelligi, qui carent patre. Ita cum doctis Iurisperitis Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 63. *numer.* 4. vbi in eandem sententiam adducit Couar. Laurentium Vallam, Calepinum, Thesaurum linguæ latinæ, & Vocabularium Ecclesiasticum: plures etiam refert eos sequens Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordinat. Reg. lib.* 3. *tit.* 5. §. 3. *numer.* 2. Addit verò idem Sanch. *numer.* 5. cum Paulo Castr. Cyno, Alberic. & alijs, requiri etiam quod sit intra ætatem pupillarem, vt dicatur orphanus. Id tamen meritò limitat, nisi legatum relinqueretur orphanis maritandis; cùm non nisi puberes matrimonio copulari possint, ideſt, post ætatem pupillarem, quæ in fœminis est vsque ad 12. annum, & in masculis vsque ad 14. completum.

Illud etiam rectè notat idem Sanch. 154
numer. 3. cum Couar. & alijs, quod ad effectum, vt in prima instantia possint agitare litem coram Auditoribus Curiæ, vulgò, *Corregedores da Corte*, orphani dicuntur, quicumque carent patre, & sunt minores 25. annis, idque licèt diuites sint. Atque ita affirmat practicari in Hispania.

Quod verò attinet ad mulieres pau- 155
peres, dubitari in primis potest vtrum quando legatum relictum est, vt inter mulieres pauperes distribuatur, possit dari etiam virginibus? Et ratio dubitandi pro parte negatiua est, quia mulieris appellatione comprehenditur tantùm corrupta, *l. Quæritur, §. Mulierem, ff. de Ædilit. edicto, l. Exempto, §. Si quis virginem, ff. de Action. empti* Glos. *in l. Seruis legatis, verb. Virgines, ff. de Legat.* 3. Nihilominus tamen partem affirmatiuam tenet meritò Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 5. *num.* 22. *in nouissima edit.* Quia illius nominis significatio virginibus etiam deseruit; mulieres enim dici possunt, quæcumque fœminei sunt sexus, *l. Argento, §. Muliebri veste legata, ff. de Auro, & argen. legato.* Et mulieris appellatione virgo etiam viri potens intelligitur, *l. Mulieris appellatione, ff. de Verb. signif.*

Dubitari præterea potest, si testator le- 156
ga-

gatum reliquit pro dotandis, & maritandis mulieribus pauperibus, an de viduis etiam videatur sensisse? Respondent negatiuè Baldus, & Iason, quos citat & sequitur Mantica *vbi supra, num.* 21. Quia licèt mulierum appellatione proprijsime intelligantur corruptæ, *d. l Quæritur, & d. l. Exempto,* tamen in dicto legato intelligendus est testator de primis nuptijs, per *l. Boues, §. Hoc sermone, ff. de Verbor. signif.*

§. 12. *Vtrum executor cui pauperum legatariorum electio commissa est, possit electione facta variare & alios eligere?*

SUMMARIUM.

REgulare est, vt quando hæredi, vel alteri tertio commissa est per testatorem facultas eligendi, facta electione, variare non posse; num. 157. Id verò non procedere in executore, cui commissa est electio pauperum, quibus legatum distribuatur, nonnulli sentiunt: sed contrarium est tenendum. Neque necessaria est acceptatio electionis ad hoc vt eligens variare nequeat; ibid.

147 REspondet affirmatiuè Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 64.* adducens in eandem sententiam Angelum *in l. Sed si alio, §. Siquis sub conditione, ff. Ad Trebel.* & Castillo *in l. 35. Tauri, num. 1.* sequitur Cardin. Lugo *tom. 2 de Iust. disp. 24. sect. 16. num. 338.* qui licèt non negent, quòd regulariter in alijs casibus, vbi hæredi, vel alteri tertio, commissa est facultas eligendi ad legatum eo modo relictum, non potest elector variare; tamen in legato pauperibus relicto, credunt variare posse; quòd cum hac libertate & reseruatione censeatur electionem fecisse, & sic nullum jus per eam videatur electo acquisitum.

Ego tamen non video quo probabili fundamento casus iste excipiendus sit à generali regula in contrarium, desumpta ex *l. Hujusmodi, §. Stichum, ff de Leg. 1.* ibi; *Cum autem semel dixerit hæres virũ dare velit, mutare sententiam non poterit,* quod Bartholus ita summat; *Ei, qui habet electionem ex vltima voluntate, variare non licet,* & ex *l. Serui electione, in princip. ff. eod.* ibi; *Serui electione legata, semel dumtaxat optare posumus:* quem textum eodem modo Bartholus summat: *& similib.* Quamobrem in præsenti etiam casu variari non posse meritò docet Vuading. *tract. de Contractib. disp. 4. dub. 13. §. 4. num. 6.* Et ratio est primò, quia vbi executor semel pauperes elegit, functus est munere suo, & totum jus eligendi sibi relictum consumpsit, *l. Apud Ausidium, ff. de Optione legata.* Secundò, quia electio in hoc, & similibus casibus, solùm requiritur vt conditio, qua purificata jus electis acquiritur ex dispositione testatoris, perinde acsi purè eis legatum relinqueret: nam puri, & purificati eadem est ratio; jus autem illis semel quæsitum tolli non potest per executorem, juxta regulam juris, *Id quod nostrum, ff. de Regul. jur.*

Si autem quæras, vtrùm sit necessaria acceptatio dictæ electionis, ad hoc vt eligens variare non possit? Respondeo negatiuè: satis enim est quòd executor declaret, se tales, aut tales pauperes ad eam eleemosynam eligere. Quia per hoc functus est munere suo: & manet impleta conditio sub qua talis eleemosyna illis pauperibus relicta est. Confirmatur hoc argum. text. *in cap. Publicato, de Elect.* vbi facta electione per scrutinium, nequeunt electores, eo publicato variare.

Cujus textus ea est ratio, quia talis electio est facta ex necessitate officij: quo vbi electores semel perfũcti sunt, variare non possunt.

(:?:)

§. 13. *Virum munus, & potestas executoris testamenti, possit exerceri per alium; vel transeat ad hæredes, aut successores?*

SUMMARIUM.

MVnus exeeutoris testamenti non potest delegari, neque exerceri per alium. Quod tamen tripliciter limitatur; num. 158.

Munus & potestas executoris non transit ad ejus hæredes, nisi testator contrarium expresserit; num. 159. *Id verò non procedit in exeçutore misto; ibid.*

Quando munus executoris relictum esset alicui habenti dignitatem, transit ad ejus successorem, si ei relictum sit ratione dignitatis. Et quando ita relictum censeatur? ibid.

158 REspondeo, & dico primò. Munus & potestas executoris testamenti non potest delegari, nec exerceri per alium. Ita relatis alijs Sylvest. *verb. Testamentum*, 2. *q.* 3. *dicto* 6. Spino *in Speculo testam. Glos.* 28. *num.* 21. Francus *in cap.* 2. *de Testament. in* 6. §. *Sane*, Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 248. *vers. Observa autem*, Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 41. *dicto* 1. Carpius *de Execut. testament. lib.* 1. *cap.* 18. & cæteri communiter. Ratio est, quia ad hoc munus obeundum electa est per testatorem industria personæ executoris: munus autem ad quod electa est industria alicujus personæ non potest delegari alteri, nec per alterum exerceri.

Intellige verò prædictam resolutionem, primò, nisi opus exequendum esset certum, & ab ipso testatore declaratum: vt erogatio alicujus rei certæ, & certo loco facienda. Nam hoc bene potest alteri committi per ipsum executorem. Ita Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. ultim. volunt. interpret.* 1. *dub.* 2. *num.* 39. *per not. in cap. Is cui, de Offic. deleg. in* 6 Riminal. *sen. consil.* 336. *num.* 44. Carpius *vbi supra*, & cum alijs Sanch. *d. dub.* 41. *dicto* 2. licèt subdubitet, dicens, fortè posse id alteri committi. Ratio patet, quia talis executio, cùm consistat in facto omnino certo, nullam exigit industriam, sed per quemcumque etiam minimè industrium, æquè bene expediri potest.

Intellige secundò, nisi testator expresse executori concesserit, vt possit alterum sibi substituere, seu loco sui eligere. Ita Carpius *d. cap.* 18. *ad fin.* & constat facilè, quia executor est quidam mandatarius, seu procurator, cui testator committit executionem sui testamenti, *l. Et si quis, vers. Si cui funeris, ff. de Religios. & sumptib. funer. l. Si verò, §. finali, ff. Mandati*, Bald. *consil.* 456. *Jub numer.* 2. *vers. Sed non est novum lib.* 4. *& in l. Si seruus legatus, §. Cum quid, ff. de Legat.* 1. Angel. *consil.* 328. *col. pen. vers. Constat autem*, & Simon de Præt. *d. dubit.* 2. *num.* 30. Patet autem procuratorem constitui posse cum potestate substituendi sibi alium, vel alios.

Intellige tertiò, nisi executio seu potestas exequendi devoluta esset ad Episcopum, vel judicem sæcularem, ob negligentiam executoris designati à testatore vel ob aliam causam de jure ad eum pertineret. Talis enim judex, cùm habeat illam potestatem de jure, eaque sit annexa ejus muneri, bene potest illam delegare ex generali regula, quòd judex ordinarius delegare potest quamlibet functionem sui muneris. Et ita in specie docent Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 42. *numer.* 16. & Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 248. *num.* 4. & constat satis ex dictis *sect.* 1. §. 6. *num.* 65.

159 Dico secundò. Munus & potestas executoris non transit ad ejus hæredes. Ita Francus *in cap.* 2. *de Testament. in* 6. §. *Sanè*, & ibi Glos. *verb. Mortuo*, Sylvest. *verb. Testamentum*, 2. *q.* 4. *dicto* 1. Armil. *verb. Executor, num.* 4 Tabiena *eod. verb. q.* 3. Rosel. *verb. Restitutio*, 15. *numer.* 6. Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 248. *vers. Observa autem*, Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.*

cap. 1. *dub.* 41. *numer.* 3. & cum multis alijs Simon de Præt. *lib.* 5. *de Interpret. vltim. volunt. interpret.* 1. *dubit.* 2. *num.* 67. Cùm enim ad hoc munus electa sit industria personæ executoris à testatore nominati, cum ipsa persona finitur, & sic nec ad hæredes, nec ad alios ejus successores transire potest: quod intellige, nisi testator contrarium expresserit, vt cum alijs aduertit Sanch. *vbi supra*, & constat ex dictis in secunda limitatione superioris resolutionis principalis.

Limita præterea primò præsentem resolutionem, vt non procedat in executore misto, ideſt, qui simul est hæres, & executor à testatore nominatus. Is enim si in vita sua non impleat voluntatem defuncti, onus eam implendi transmittit ad suum hæredem, vt bene declarat Simon de Præt. *d. dubit.* 2. *num.* 54. estque indubitatum.

Limita secundò, vt etiam non procedat, quando dictum munus executoris commissum esset habenti aliquam dignitatem, ratione ipsius dignitatis: vt si testator dixit; *Committo executionem mei testamenti Episcopo Conimbricensi.* Tunc enim transit ad successorem in tali dignitate: quia tunc non censetur commissum personæ, sed dignitati. Ita Cardinal. *in Clem.* 1. *de Testam.* Glossa *in cap.* 2. *de Testament. in* 6. *verb. Expresserit*, Sylu. *verb. Testamentum*, 2. *q.* 4. Armil. *verb. Executor*, *num.* 4. Tabiena *ibi*, *q.* 3. Angel. *verb. Restitutio*, 15. *num.* 6. Sanch. *d. dub.* 41. *num.* 4. Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *sect.* 16. *num.* 328. & Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 26. Vbi aduerte ex Sanch. *supra*, *num.* 5. & alijs, quos refert, quòd quando in commissione apponitur nomen proprium personæ dignitatem habentis, siue solùm, siue simul cum nomine dignitatis, tunc non censetur commissio facta dignitati, sed personæ, vt si testator dixit, *Constituo meum testamentarium Petrum Episcopum Conimbricensem.* Si autem solùm apponatur nomen dignitatis, vt dicendo; *Constituo meum testamentarium talem Episcopum, vel Archiepiscopum*, tacito ejus nomine proprio, commissio censetur facta ratione dignitatis, nisi talis commissarius sit propinquus; nam tunc, licèt ejus nomen non fuerit expressum, electus videtur ratione personæ, ob peculiarem affectionem erga illam propter ejus propinquitatem. Multi tamen satis probabiliter asserunt, quòd si nomen dignitatis præponatur, tunc commissio censetur facta ipsi dignitati, & transit ad successorem: si autem præponatur nomen proprium, censetur commissio personalis, & ad successorem non transit. Sic Barthol. *in l. More, in fine, ff. de Iurisd. omn. judic.* & ibi Decius *num.* 55. Ias. *num.* 65. & Curtius *jun. fine*, & alij, Imola *in l. Si seruus communis, num.* 2. *init. ff. de Stipulat. seru.* & ibi Angel. *in princip.* & alij per *cap. Quoniam, & ibi DD. de Officio delegati.* Quam sententiam probabilem dicit Sanch. *lib.* 8. *de Matrimon. disp.* 27. *num.* 20. quem vide.

SECTIO III.

De obligationibus, & oneribus, quibus executores testamentarij tenentur.

NOn paucæ, nec leues sunt obligationes, & onera, quæ executoribus testamentarijs ratione talis muneris incumbunt. Eo ipso enim, quo illud acceptant obligationem contrahunt exequendi fideliter voluntatem defuncti, simulque subjiciuntur dispositioni juris, quoad omnia, quæ pro ea executione vrgenda à jure præscripta sunt. De his ergo obligationibus & oneribus in præsenti dicendum.

§. 1. *Qualis & quanta sit obligatio, qua executores tenentur implere voluntatem defuncti.*

SVMMARIVM.

EXecutor non solùm jure humano, sed etiam naturali, & diuino, tenetur

implere voluntatem defuncti: & quæ hujus obligationis sit radix? num. 160.

Executor est mandatarius, & procurator defuncti, cujus mandato secuta acceptatione, etiam post mortem ipsius defuncti, naturaliter obligatur; ibid.

Dicta executoris obligatio ex genere suo est grauis, & sub mortali, propter nocumentum, quod vel ipsi defuncto, vel alijs, ex omissa executione sequitur, quod particulatim ostenditur; numer. 161. *& seq.*

Quo pacto animæ defuncti prosit executio suffragiorum, & piorum operum, quæ post mortem suam fieri mandauit? num. 162.

Dicta obligatio executoris tam respectu eorum, quibus testator dare jussit, quam ipsius testatoris defuncti, est ex rigorosa justitia; num. 163. *& seqq.*

160 IN primis ergo conueniunt DD. & certissimum est, teneri executorem in conscientia, non solùm jure humano, sed etiam naturali, & diuino, implere voluntatem defuncti, seu efficere, & curare, vt ea impleatur. Ratio, & radix hujus obligationis est, quia executor testamentarius est verè mandatarius, cui scilicet testator commisit executionem testamenti, quæ commissio verum mandatum est, *cap. Ioannes. de Testament.* ibi; *Post mandatum susceptum.* Neque enim per solum actum inter viuos, sed etiam per vltimam voluntatem dari posse mandatum ad aliquid exequendum post mortem mandantis, probat clarè text. *in l. Et si quis, vers. Si cui funeris, ff. de Religios. & sumpt. fun.* ibi; *Si cui funeris sui curam testator mandauerit, & in l. Si verò, §. fin. ff. Mandati,* ibi; *Si vt post mortem sibi monumentum fieret quis mandauit*: quo casu, sicut in multis alijs, cessat illa generalis regula, quòd mandatum expirat morte mandantis, vt aduertit Glos. *in l. Mandatum, Cod. Mandati.* Et ita quòd executor à testatore nominatus sit quidam mandatarius; & procurator defuncti, docet cum Baldo & alijs Simon de Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. voluntat. interpret. 1. dub. 2. num.* 30. Mandatarius autem vbi mandatum acceptauit, eo ipso manet obligatus ad illud integrè, & fideliter exequendum, vt est notissimum, & latè declarat Molina *tom. 2. de Iustit. disput. 549. §. Quanuis ante*, vbi quanuis loquatur de mandato inter viuos, attamen eadem est ratio de mandato per vltimam voluntatem: nam siue hoc, siue illo modo datum sit, illius acceptatio per mandatarium est veluti donatio, qua se obligat ad illud exequendum. Ergo cùm executor sit mandatarius ex vero, & valido mandato, quo ei mandata est executio testamenti, planè vbi acceptauit, obligatus manet ad illud integrè, & fideliter exequendum, quæ obligatio cùm oriatur ex consensu tum mandantis, tum mandatarij, & non præcisè ex aliqua lege positiua, proculdubio consurgit naturaliter, & sic est de jure naturæ, sicut omnes aliæ, quæ ex consensu oriuntur.

Conueniunt præterea DD. dictam 161
obligationem esse ex suo genere grauem, & sub mortali; adeo vt non solùm omnimoda omissio, sed etiam notabilis mora exequendi testamentum, sit mortaliter culpabilis, vt latè multis relatis DD. probat Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 53. num. 5. & seq.* & tradit etiam Molina *tom. 1. de Iustit. disp. 251. §. Dubium, item est.* Ratio est, quia materia talis obligationis ex genere suo est grauis, propter graue nocumentum, quod regulariter ex illa omissione sequitur, vel ipsi testatori, vel alijs, in quorum gratiam testamenti executio mandata, & acceptata est. Quod facilè declaratur: nam si executor omittat soluere legatarijs, aut creditoribus defuncti, eos priuat re, aut ex testamento, aut alio etiam titulo ipsis debitâ, ad cujus solutionem exequendam se obligauit: quæ res ordinariè est grauis, & sufficiens materia peccati mortalis in eo genere, vt notissimum est, vel omittit exequi legata pia, quæ testator pro sua anima reliquit; & tunc grauiter etiam nocet ipsi testatori; quia licèt ea omissio ei non noceat quoad meritum; cùm post

mor-

mortem jam non sit in statu merendi, neque ipsum meritum pendeat a voluntate, & operatione alterius: attamen nocet illi, quoad liberationem à pœnis purgatorij.

162 Nam si omittantur missæ, quas testator jussit pro se offerri, priuatur fructu satisfactionis horum sacrificiorum, quatenus ex ipso opere operato sunt satisfactoria pro illis pœnis, vt est notissimum. Si omittantur preces. & officia diuina, quæ pro se recitari, aut cantari jussit, priuatur eorum fructu, quatenus sunt impetratoria remissionis earum pœnarum. Si denique omittantur eleemosynæ, & alia pia opera à testatore legata, vt constructio, aut reparatio alicujus Hospitalis, vel Ecclesiæ, & similia, tunc licèt ea omissio directè, & per se loquendo ei non obsit quoad satisfactionem, juxta sententiam, quam contra communem ex Soario tradidimus, & probauimus *disp. 2. sect. 9. §. 1. num. 278.* asserentem hujusmodi opera, vt fiunt ab hærede, vel alio ministro de mandato defuncti, non esse satisfactoria pro illo, attamen aliâ viâ illi nocet; quia adhuc illa opera multum ei prodesse possent: tum quia recipiens eleemosynam, vel aliud beneficium ex mandato defuncti, hoc ipso excitatur ad orandum, & satisfaciendũ pro illo, atque ex gratitudine ad id tenetur: tum etiam, quia vt *citato loco num. 279.* ex eodem Soar. notauimus, possunt illa opera vt facta ex mandato defuncti conferre aliquid ad impetrandam remissionem pœnarum Purgatorij per orationes, quæ pro defuncto fiunt, cùm vt sic mouere possint Deum ad tales orationes faciliùs audiendas, & aliquod beneficium ex misericordia præstandum. Quocirca grauiter solet Deus punire, qui contra dictam obligationem omittunt, vel per multum tempus differunt executionem testamentorum, qua de re notabiles casus in historijs leguntur.

163 Qualis autem sit dicta obligatio, an scilicet sit ex justitia, vel ex alia virtute? Respondeo esse ex justitia. Ita respectu eorum, quibus testator aliquid dari, aut solui jussit, docet Sylvest. *verb. Testamentum, 2. q. 9.* Molina *d. disp. 251. §. Dubium item est*, & ex illis Fagund. *de Contractib. lib. 6. cap. 4. num. 7.* & Diana *p. 8. tract. 5. resol. 12.* videturque esse omnium sententia. Ratio est, quia executor acceptando mandatum testatoris de testamento exequendo, non solùm censetur se obligasse ad illud exequendum in gratiam ipsius testatoris, à quo mandatum accepit, sed etiam in gratiam eorum, quibus testator dari mandauit: vnde si non ex proprio contractu, saltem ex quasi contractu illis obligatur ad testamentum exequendum, quatenus eorum interest: ad eum scilicet modum, quo hæres acceptando hæreditatem, quasi contrahit cum legatarijs, & ex tali quasi contractu illis obligatur præstare legatum, *l. Apud Iulianum, §. fin. ff. Quibus ex causis in possessionem.* Constat autem obligationem ex quasi contractu, esse de justitia, quemadmodum quæ oritur ex contractu, vt est notissimum. Iam verò si apud ipsum executorem sint bona, quæ testator illis dari jussit, clarum est, teneri eum de justitia ea illis dare; cùm sint illis debita, saltem ex testamento, & alienum absque injustitia retineri non possit, per se loquendo, vt notissimum est.

Respectu autem ipsius testatoris, credit Sylvest. *vbi supra*, solùm ex charitate obligari executorem implere legata pia, quorum executio prodesse potest animæ defuncti, vt à pœnis Purgatorij soluatur: idemque approbant Fagund. & Diana *loc. citat.* Ego verò existimo non solùm ex charitate, sed etiam ex justitia ad id teneri. Ducor, quia mandatarius acceptando mandatum contrahit directè, ac per se obligationem justitiæ respectu mandantis ad exequendum mandatum, quatenus ipsius mandantis interest illud impleri, vt nemo diffitetur: in præsenti autem executor est verè mandatarius testatoris, à quo mandatum accepit, vt *num.* 160. probatum est: ergo tenetur ex justitia respectu testatoris exequi sibi ab eo mandata, quatenus ipsius defuncti interest ea impleri. Quod si dicas cum de- 164

functis nullum posse esse commercium, aut negotium, & sic ex nullo actu viuorum illis posse acquiri jus ad aliquid ipsis, vel in eorum gratiam præstandum. Respondeo, hoc verum esse quoad res temporales, à quibus defuncti omnino efficiuntur alieni: secus autem quoad spirituales, quarum illi sunt capaces, & à viuis præstari possunt; cujusmodi sunt suffragia, & pia opera, quæ illis, seu eorum animis prodesse possunt, nam quoad hæc non sunt omnino separati à commercio viuorum, ac proinde neque incapaces acquirendi jus, vt sibi ex justitia præstentur.

165 Confirmatur, & declaratur ampliùs resolutio, quia ex delicto viuorum aduersus defunctum acquiritur illi jus ad restitutionem, & reparationem damni: nam siquis defunctum per mendacium infamet, tenetur ex justitia restituere illi famam: item si aliquis per vim, aut mendacium impediat, ne alter pro defuncto offerat aliqua suffragia, tenetur ex justitia respectu ipsius defuncti illud damnum resarcire, offerendo pro illo ea, aut similia suffragia, vel efficiendo vt per alium offerantur; quod nemo inficiabitur. Ergo etiam ex contractu (qualis censetur esse dicta acceptatio executoris, cùm sit veluti donatio, vt supra monuimus) illi potest acquiri jus ad præstationem bonorum, quorum est capax, & quæ à viuis ei præstari possunt.

166 Respondebit aliquis, ad acquirendum jus per contractum requiri mutuum consensum, & acceptationem partium: defunctum verò jam non posse acceptare illam veluti donationem executoris acceptantis mandatum defuncti; & sic non valere illud argumentum. At hoc facilè excluditur; quia licèt testator post mortem non acceptet illam veluti donationem executoris, attamen quando mandatum illi dedit, eam ex tunc acceptauit, idque satis est vt secuta postea acceptatione, & veluti donatione executoris, contractus perficiatur, & jus testatori acquiratur: sicut quando quis per epistolam aliquid mandauit, & mandatarius in absentia acceptauit, nulla alia acceptatio ex parte mandantis requiritur vt contractus mandati perficiatur, & jus mandanti acquiratur. Nec obstat si dicas, quòd secundùm rei naturam illa anticipata acceptatio mandantis in mandato inclusa per illius mortem perit, & omnem vim amittit, juxta communem regulam, quòd voluntas hominis morte illius extinguitur: nam hoc etiam facilè remouetur, si aduertas, quòd quanuis secundum præcisam rei naturam voluntas finitur morte: aliud tamen est, si adminiculetur, & quasi priuilegietur à jure, vt etiam post mortem vim habeat. Hac enim ratione omnis vltima voluntas non solùm vim habet post mortem disponentis, sed etiam per ipsam mortem confirmatur, & totam vim accipit. Vnde ipsum etiam mandatum quando est de re post mortem exequenda, morte mandantis non extinguitur, vt *supra, num.* 160. ex ipso jure probatum est, & notat Molina *tom. 2. de Iust. disp.* 263 §. *Dixi, mandatum.* Addo tandem ipsum etiam jus, seu legem acceptare nomine defuncti illam quasi donationem executoris, quam vult esse firmam, & irreuocabilem, idque sufficere vt ex illa jus acquiratur ipsi defuncto sicut ex donatione, vel promissione facta infanti jus illi acquiritur ob acceptationem, qua lex eam acceptat, & firmam esse vult, *l. Iubemus, Cod. de Emancipat. liber.* ibi; *Nisi infantes sint.*

§. 2. *Quo tempore teneantur executores, & hæredes exequi voluntatem defuncti?*

SUMMARIUM.

QVando testator præscripsit tempus, intra quod sua voluntas executioni mandaretur, tenetur hæres & executor illam exequi intra illud tempus, non autem celeriùs; num. 167. *Tempus præscriptum à testatore ad exequendum ejus voluntatem, computandum*

dum est à die scientiæ executorum, atque aditæ hæreditatis, quanuis testator dixerit, à die mortis suæ; numer. 168. *Id verò quoad computationem ab hæreditate adita, fallit in legatis pijs. Et quid circa hoc disponant aliquæ Constitutiones Synodales Lusitaniæ? num.* 169. *& seq.*

Licet testator dilationem concesserit executioni sui testamenti, hæres tamen tenetur primo quoque tempore illud exequi quoad restitutionem pro malè ablatis, & solutione debitorum: non ita verò merus executor, nisi apud se habeat bona, ex quibus pro illis debitis satisfaciendum est; num. 171. *& seqq.*

Quando testator nullum præscripsit tempus executioni testamenti, tenentur in conscientia executores, & hæredes illud exequi quamprimum poterint, peccabuntque grauiter, si diu executionem differant, & quanta dilatio ad id sufficiat? num. 174. *& seq.*

Si executio testamenti propter aliquod impedimentum non possit statim fieri, curare debent executores, & hæredes, quantum commodè poterint, vt impedimentum remoueatur, eoque cessante statim ad executionem procedendū est. Et quid circa hoc disponant Ordinationes Lusitaniæ? num. 177.

Licitum interdum erit propter aliquod maius bonum differre per breue tempus executionem piorum relictorum, & quid in hoc considerandum sit? numer. 178.

In foro externo non cogitur executor exequi statim voluntatem defuncti; sed semper expectatur aliquod tempus certum à iure assignatum; num. 179.

Episcopus cogere potest executorem, vt testamentum exequatur intra breuius tempus, quàm per jus assignatum est. Et idem potest judex Secularis; numer. 180.

167 PRima conclusio hac in re sit. Quando testator præscripsit tempus intra quod voluit, aut ordinauit, vt contenta in suo testamento executioni mandarentur, tenetur hæres, & executor illa exequi intra id temporis si posit; non autem celeriùs. In hac conclusione conueniunt omnes: illamque vt veram supponunt Ordinat. Lusitanæ *lib.* 1. *titul.* 62. §. 1. & pleræque Constitutiones Synodales Episcopatuum hujus Regni, dum statuunt, vt ante elapsum dictum tempus à testatore præscriptum non cogantur hæredes, vel executores rationem reddere eorum, quæ acceperunt, vel expenderunt. Ratio patet, quia obligatio exequendi voluntatem testatoris regulatur per ipsam ejus voluntatem: ergo si ille constituit tempus, intra quod fiat executio non potest ea obligatio esse strictior, & sic non vrget vt hæredes, vel executores celeriùs exequantur; sed solùm vt exequantur intra illud tempus. Additur autem in dictis Ordinationibus, & Constitutionibus, quando testator dixisset, *Si executores non potuerint implere intra primum annum, impleant in secundo, & si non potuerint in secundo, impleant in tertio*; quòd tunc si primo anno dispositionem testatoris non impleant, teneantur coram competente judice probare, se non potuisse eam implere; & si id probauerint, eis concedatur secundus annus; & similiter etiam tertius, si ostenderint, quòd etiam in secundo implere nequiuerunt; alioqui incidant in pœnas negligentium exequi tempore debito voluntatem defuncti.

Obseruant etiam graues DD quos citat, & sequitur Molina *tom.* 1. *disp.* 251. 168
paulò post princip. tempus à testatore præscriptum, ad implementum suæ voluntatis, computandum esse à die scientiæ executorum, atque aditæ hæreditatis, quanuis testator dixerit, à die mortis suæ: argum. text. *in l. Statu liberos, §. Siquis hæredi, ff. de Statu liber. & in l. vltim. §. Si autem dubius, juncta Glos. ibi, Cod. de Iure deliber.* Et idem affirmant de tempore assignato à jure, vel per Constitutiones Synodales, pro implenda voluntate defuncti, licèt solùm expressérint tempus à die mortis testatoris.

Hoc tamen quoad computationem 169
tem-

temporis à die aditæ hereditatis, difficultate non caret in legatis pijs, quæ etiam non adita hæreditate ex testamento, vel ab intestato debentur, & implendæ sunt, juxta magis receptam DD. sententiam. Quocirca in Constitutionibus Synodalibus Episcopatus Conimbricensis, *tit.* 26. *constitut.* 4. §. *E outro si*, declaratur, annum & mensem, qui in ijsdem Constitutionibus assignatur executoribus, & hæredibus ad implendas pias voluntates defunctorum, intelligendum esse, licèt hereditas non sit adita ex testamento, vel ab intestato. Et ne hac de causa executio differatur statim *in* §. *seq.* præcipitur executoribus vt si hæreditas non sit adita, quando primùm nouerint ad se pertinere executionem, continuo intra 20 dies à die talis notitiæ computandos requirant à judice, vt obliget hæredes scriptos eam adire, & si hi non extent, vel noluerint esse hæredes, constito de hoc, curent diligenter vt venientes ab intestato eam acceptent, & si intra dictos 20. dies hæreditas non fuerit adita, vel debitam diligentiam non adhibuerint, vt adeatur, assignãtur illis alij 20. dies, vt eam diligentiam adhibeant, & si eam omittant, priuantur ipso facto officio executorum, & quolibet legato aut emolumento, quod ratione illius eis fuerit relictum.

170 [m] Additur præterea in eisdem Constitutionibus *loc. citat.* & in Constitutionibus Episcopatus Portalegrensis, *lib.* 4. *tit.* 6. *cap.* 5. *num.* 2. ad vitandam dilationem executionis propter lites inter hæredes scriptos, & ab intestato, vt executores etiam ante aditam hæreditatem, si apud se habuerint bona defuncti, impleant statim legata pia, & si bona non habuerint, requirant à judice competente, vt cogat ea sibi tradi ad dictum effectum: alioqui habentur pro negligentibus, & pœnis negligentium subjiciuntur. Quia verò de jure nemo regulariter potest cogi acceptare munus executoris, præcipitur in Constitutionibus Portalegrensibus *loc. citat.* vt executor à testatore nominatus, quando nec ipse, nec socius, si ei datus sit, acceptare voluerit, certiorem de hoc faciat Vicarium Generalem intra decem dies postquam nouerit, se esse nominatum executorem: & si id omittat, nequeat postea excusari, nec deobligari à testamento exequendo, donec cum effectu rationem de illo reddat. Et idem ferè habetur in Constitutionibus Conimbricensibus, *vbi supra.*

Obseruandum item est, præfatam con- 171
clusionem non habere locum in hæredibus quoad relicta pro restitutione malè ablatorum, vel solutione debitorum, hæc enim primo quoque tempore sunt exequenda, nihil obstante, quod testator præfixerit longius tempus pro eorum executione. Ratio est clara, quia ipse testator, si viueret, non poterat differre eam restitutionem, vel solutionem, sed primo quoque tempore tenebatur eam facere, si posset, ne retineret alienum inuito domino; omnis autem hujusmodi obligatio, cùm sit de justitia, ipso jure transit ad hæredem, nec testator eam potest impedire; atque adeo nec concedere dilationem hæredi, vt non teneatur illi statim satisfacere, vt optimè aduertit Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dubit.* 53. *numer.* 5.

Aliud verò est in executore, qui hæres 172
non est: quia merus executor acceptando mandatum, seu commissionem exequendi voluntatem defuncti, non subit obligationes ipsius defuncti, sed tantummodo obligatur exequi ejus mandatum, juxtà voluntatem, & commissionem illius. Ergo si defunctus ei mandauit vt intra certum tempus, v.c. vnius anni, restitueret, aut solueret prædicta debita, solùm obligatur ad id exequendum intra illum annum, non verò minori tempore: cùm obligatio mandatarij, non excedat limites mandati. Id verò intelligo, nisi talis executor apud se haberet omnia bona defuncti, vt quando esset executor vniuersalis, qui est loco hæredis: vel nisi testator certa bona designaret, ex quibus illa restitutio vel solutio fieret, & hæc essent apud executorem. Nam tunc, cùm talia bona essent obligata illi satisfactioni, ratione eorum teneretur de justitia primo

mo quoque tempore illa restituere; quia alioqui retineret alienum inuito domino, vt patet.

173 Addo præterea, si testator generaliter dixisset, quod executor intra vnum annum, vel aliud certum tempus, exequeretur suum testamentum, vel disposita in testamento; & ex his quædam sint merè legata, quædam verò relicta pro soluendis debitis, vel malè ablatis; tunc eam prorogationem temporis solùm debere intelligi quoad legata; quia in dispositione generali non veniunt ea, quæ verosimiliter exciperentur, juxta regulam, *In generali, de Regul. jur. in 6.* dubitari autem non potest, quod testator si interrogaretur, responsurus esset, mentem suam non esse, vt etiam executio relictorum pro debitis, vel malè ablatis, differri posset; cùm licitè id velle non potuerit.

174 Secunda conclusio. Quando testator non assignauit tempus intra quod executioni mandaretur ejus testamentum, tenentur in conscientia executores, & hæredes illud exequi quamprimùm poterint: peccabuntque grauiter si diu eam executionem differant. Ita communis DD. sententia, quam relatis alijs tradunt Sanch. *lib. 4 Opusc. cap. 1. dub. 53. numer. 5. & 6.* Molina *tom. 1. de Iust. disp. 251. §. Dubium item est*, Diana *p. 8. tract. 5. resol. 52.* Cardin. Lugo *tom. 2. de Iust. disput. 24. sect. 11. num. 256.* & Fagund. *de Contractib. lib. 6. cap. 4. numer. 7.* Idem habetur *in l. 6. tit. 10 part. 6.* vbi declaratur, quamprimùm executores potuerint, teneri exequi voluntatem defuncti: sumiturque ex *l. Cum res, ff. de Legat. 1.* vbi statuitur, si res legata propria erat testatoris, & hæres copiam illius habet, teneri eam statim absque vlla mora soluere, & ex *l. Si domus, §. In pecunia, ff. eod.* vbi habetur, si pecunia legata sit, debere solui intra breue tempus. Idem etiam loquendo de legatis pijs expresse declarant aliquæ Constitutiones Synodales Episcopatuum hujus Regni, vt Conimbricens. Lamecens. & Eluens.

Ratio verò est, quia vt latè probauimus, & declarauimus *§. præced.* executores testamentorum tenentur de jure naturali exequi voluntatem defuncti, idque ex rigorosa justitia, tam respectu creditorum, & legatariorum, quàm etiam respectu ipsius defuncti; quatenus eorum interest: obligatio autem soluendi, vel præstandi aliquid ex justitia debitorem vrget primo quoque tempore, estque obligatio grauis, aut leuis, juxta capacitatem materiæ. Ergo cùm materia executionis testamentorum regulariter sit grauis, & capax obligationis sub mortali, non solùm culpam grauem admittet executor, qui omnino omiserit exequi testamentum, sed etiam qui diu eam executionem distulerit; quando scilicet ea dilatio fuerit tanta, vt ij, quorum interest, graue nocumentũ ex illa patiantur. Si enim nullum aut leue tantùm nocumentum illis sequatur ex aliqua dilatione, etiam diuturna, non sufficiet ad peccatum graue contra justitiam, neque etiam contra charitatem: quia licèt materia sit grauis respectu omnimodæ omissionis, aut valde nociuæ dilationis; grauis tamen non est respectu dilationis, quæ nihil, aut parum nocet, vt per se constat. 175

Cæterùm respectu defuncti quælibet considerabilis dilatio executionis piorum legatorum, & suffragiorum, quæ illi proderunt, vt citiùs à pœnis Purgatorij liberetur, grauiter illi nocebit, præsertim si ea suffragia fuerint Missæ sacrificia, quæ certiùs, & ex ipso opere operato ad satisfactionem pro illis pœnis prosunt, prout ex dictis *§. præcedent. numer. 162.* constat. Quare minor dilatio horum suffragiorum sufficiet, vt executor ea differens grauis culpæ damnetur. Vniuersim autem executores, qui diu omittunt exequi pia relicta grauiter peccare censentur ob damnum, quod animæ defunctorum in Purgatorio detentæ ex ea dilatione patiuntur. Vide *in cap. Qui oblationes, primo, & secundo, 13. quæstion. 2.* executores, qui notabiliter differunt exequi pia legata, dicuntur necatores animarum, & 176

tanquam infideles ab Ecclesia abjiciendi, idest, excommunicandi, vt declarat Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 53. *numer.* 6. & ita docent communiter DD. vt apud eundem Sanch. plurimos referentem videre licet.

177 Dixi autem in prædicta conclusione, *quamprimùm poterint*; quia sæpe ob impotentiam, vel aliud impedimentum, excusantur executores & hæredes à testamento statim exequendo, vt si sint absentes, vel agitatur lis inter hæredes scriptos & ab intestato circa valorem testamenti, & similia; in quibus euentibus curare debet executor quantum commodè poterit, vt impedimenta remoueantur; & cùm illa cessauerint, tunc ad executionem testamenti quamprimùm procedendum est. Vnde in Ordinationibus Lusitanis *lib.* 1. *titul.* 62. §. 2. expresè disponitur, vt quando executores fuerint impediti; eoquòd bona, ex quibus voluntas testatoris implenda est, sint litigiosa, vel possessa ab alio, vel quia aliquis ea in judicio postulat, non currat illis tempus executioni assignatum, nisi à die quo sententia in eorum fauorem lata fuerit, & in rem judicatam transierit: dummodò tamen omnem diligentiam adhibeant, tum in mouenda statim lite, tum in ea prosequenda, ita vt culpâ suâ non retardetur. Quando autem aliud impedimentum habuerint, illud allegent, recurrendo ad ipsum Regem, vt prouideat, sicut ipsi bene videbitur.

178 Notant etiam graues DD. licitum, & laudabile esse, si executores per breue tempus differant executionem piorum relictorum, vt rebus defuncti melius venditis vberiores eleemosynas pro ejus anima largiantur: secus autem si per multum tempus differant. Ita Sylvest. Angel. Tabien. D. Antonin. & alij, quos citat & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusculor. cap.* 1. *dub.* 53. *numer.* 8. Quia in hoc casu executionis tarditas, si modica sit, compensatur maiore numero, & fructu eleemosynarum, & aliorum suffragiorum, quæ ordinariè magis proderunt animæ defuncti, vt citiùs à pœna Purgatorij liberetur, quàm si in minori numero statim fierent. Si autem per multum tempus ea executio pauciorum suffragiorum differatur, contrarium eueniet; & ideo talis dilatio non licet. Semper tamen hac in re prudenti arbitrio vtendum erit, ita vt attentis omnibus circunstantijs, ea tantum fiat dilatio, ex qua propter plura vel maiora suffragia postea facienda, maiorem fructum, aut saltem non minorem anima defuncti perceptura censeatur.

Tertia conclusio. In foro externo 179
non cogitur executor testamentarius exequi statim voluntatem defuncti, sed semper expectatur aliquod tempus certum à jure assignatum, intra quod executio fiat, nec vlterius differatur. Hæc conclusio constat, tum de jure communi, tam Canonico, quàm Ciuili: tum de jure particulari hujus Regni, & ex Constitutionibus Synodalibus illius. In quibus omnibus juribus certum tempus executoribus præfigitur, ante cujus lapsum ratio ab illis non exigitur, nec vt negligentes damnantur, si vltra illud executionem non differant, vt §. *sequent.* videbimus. Per hoc tamen non tollitur quominus executores in conscientia teneantur testamentum executioni mandare, quamprimùm poterint, nisi ipse testator terminum præfixerit, intra quem contentus sit executionem fieri, vt duabus præcedentibus conclusionibus declaratum est.

Neque etiam tollitur quominus 180
Episcopus possit, etiam per censuras Ecclesiasticas, & alias pœnas, cogere executores, vt intra breuius tempus, quàm jure assignatur, testamentum exequantur, etiam quoad legata profana, vt colligitur ex *cap. Si hæredes, de Testament.* & tradunt relatis alijs Couar. *ibi, numer.* 4. Gregor. Lop. *in l.* 6. *titul.* 10. *part.* 6. *vers. Lo mas aina*, Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 251. §.

Du-

Dubium item est, & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 54. *num.* 6. quia cùm ipsi teneantur exequi quamprimùm possint, nihil obstat quominus Episcopus eos cogere possit, vt intra breuius tempus huic obligationi satisfaciant. Et idem potest judex secularis, cùm hoc negotium sit misti fori, vt *sect.* 1. §. 5. ostensum est. Et ita docent Gregor. Lop. & Sanch. *loc. citat.* Vnde quod in prædicta conclusione asseritur, quòd semper in foro externo expectatur aliquod tempus certum à jure assignatum, intra quod executio fiat, intelligendum est, nisi vel Episcopus, vel sæcularis judex breuius tempus executioni præfigat: nam tunc intra illud coguntur executores suum munus implere, nihil obstante maiori dilatione à jure aliàs permissa. Quanta verò hæc sit, & quomodo intelligenda, ex sequentibus constabit.

§. 3. *Quantum sit, & quomodo accipiendum tempus, quòd à jure executoribus, vel hæredibus præscribitur ad executionem testamenti?*

SUMMARIUM.

TEmpus à jure præscriptum executioni testamenti, semper intelligitur, nisi testator aliud tempus breuius, aut longius præscripserit; numer. 181.

Testator potest executori committere, vt exequatur quando voluerit; ibid

Quantum tempus jura præscribant executoribus, & hæredibus ad exequendam dispositionem defuncti? num. 182.

Quando testator jussit fieri aliquod opus, vt v.c. aliquod ædificium, quod non potest perfici intra tempus à jure præscriptum, satis est quòd sit inceptum intra illud tempus; num. 183.

Vtrum tempus executioni præscriptum à jure, vel à testatore, currat executori ignoranti, vel legitimè impedito? Et quid si impedimentum sit perpetuum? num. 184. *& seq.*

Vtrum secluså ignorantiâ, & quouis alio impedimento, tempus à jure executioni præscriptum incipiat currere à die mortis testatoris, vel à die aditæ hæreditatis? Respondetur cum distinctione; num. 186. *& seq.*

Quando legata debentur ante aditam hæreditatem, seu à die mortis testatoris, tempus à jure executioni præscriptum incipit currere à die mortis, & monitionis per judicem, idest per Episcopum, vel judicem sæcularem. Et quæ monitio hodie sufficiat? numer. 188. *& seq.*

Tempus executioni præscriptum non incipit currere, quando aliqua conditio esset purificanda, vel aliquid liquidandum, nisi post conditionem purificatam, vel liquidationem factam; num. 190.

CIrca hoc aduertendum ante omnia 181
est, jura omnia quæ tempus certum executioni testamenti præscribunt, intelligi, nisi testator aliud præscribat: nam siue longius, siue breuius tempus ab eo præfigatur, quàm jure statutum est, id seruari debet, vt tradunt communiter DD. Couar. *in cap.* 3. *de Testament. numer.* 1. & ibi Panorm. & alij; Anton. Gom. *in l.* 33. *Tauri, num.* 2. & ibi Castillo *Glos.* 1. Ioan. Lup. *numer.* 6. & Tello *numer.* 2. Spino *in Speculo testament. Glos.* 28. *numer.* 41. Gregor. Lop. *in l.* 6. *titul.* 10. *part.* 6. *verb. Fosta*, Mattienzo *lib.* 5. *Recopil. tit.* 4. *l.* 7. *Glos.* 2. *numer.* 3. *& l.* 14. *Glos.* 1. *numer.* 48. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 51. *num.* 1. & alij. Quia sicut testatori datur libera facultas testandi, ita etiam modum, conditionem, & tempus apponendi. Vnde notant relatis alijs Couar. *in c. Tua, de Test. n.* 6. & Mattienzo *d num.* 48 quos sequi videtur Sanch. *loc. cit.* integrum quoque esse testatori jubere, vt tẽpus lege præscriptũ

non currat executori, eique committere, vt cùm voluerit exequatur: & tunc executionem non deuolui ad Episcopum, quantumcumque illam differat.

182 Hoc posito, quando testator nullum præscripsit tempus, assignantur à jure communi ad implenda legata pia, tam hæredibus, quàm executoribus, sex menses à die insinuationis testamenti, ideſt, declarationis illius coram judice, §. *Sin autem legatum, Auth. De Eccleſiaſt. tit.* Ad exequenda verò legata non pia, & alia in testamento relicta, datur illis annus, *cap.* 3. *de Teſtament.* & ita quoad vtramque partem docet relatis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opuſc. cap.* 1. *dub.* 51. *numer.* 5. *&* 6. estque communis sententia. Iure autem Lusitano ad exequenda quęlibet relicta, tam pia, quàm non pia, conceduntur executoribus tredecim menses à die mortis testatoris: sic habetur *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. §. 2. & idem tempus ad implenda legata pia assignatur in Constitutionibus Synodalibus Episcopatuum hujus Regni, tam hæredibus, quàm executoribus: quarum aliquæ illud tempus eis assignant hoc modo, vt si non possint implere statim, vel primo menſe, voluntatem defuncti; impleant illam intra annum, prout de jure communi tenentur: quòd si eo anno eam non impleuerint, habeant adhuc vnum menſem, quem illis assignant pro Canonicis monitionibus, & si nec tunc eam impleuerint, incurrant eo ipso pœnas quæ ibidem imponuntur, & executio testamenti ad ipsum Episcopum, vel ejus Vicarium deuoluatur: quod vltimum intelligendum est, nisi jurisdictio præuenta sit per judicem sæcularem, cùm hoc sit misti fori, vt dictum est.

183 Nota verò primò, si testator jussit fieri aliquod opus, quod non potest perfici intra annum, seu tempus à jure præscriptum, satis esse quòd sit inceptum intra illud tempus, vt si jussit fieri aliquod ædificium magni momenti: sic Panorm. *in dict. cap.* 3. *de Teſtament. numer.* 9. Couar. *ibidem, numer.* 6. Molina *tom.* 1. *de Iuſtit. diſputation.* 251. §. *In Authentico*, & Sanch. cum alijs, quos refert *dict. dubit.* 51. *numer.* 7. Unde subdit Molina *loc. citat.* tempus complementi cujusque ædificij, quod defunctus construi jussit, statuendum esse arbitrio judicis pro qualitate, & quantitate operis, alijsque circunstantijs occurrentibus. Cui resolutioni non obstat, quòd *in dict. cap.* 3. *de Teſtament.* statuitur, teneri executores ædificare monasterium intra annum à die monitionis factæ per Episcopum. Est enim hoc intelligendum, quoad ædificij inceptionem, non verò quoad consummationem, nisi commodè intra annum possit absolui, vt bene explicant Panorm. Couar. Molina *loc. citat.* & alij: jure autem Ciuili *in Authent. De Eccleſiaſt. tit.* §. *Siquis ædificationem*, statuitur, vt quando defunctus præcipit ædificari Ecclesiam, teneantur executores illam complere intra quinquennium: quando verò jussit ædificari Hospitale, vel aliam similem domum, id fiat intra annum: quod secundùm intelligendum etiam est quoad inceptionem, si commodè intra annum absolui nequeat, vt bene ex eodem textu colligit Molina *citat.* quia statim ibidem præcipitur, vt si hæredes intra annùm Hospitale non fecerint, emant, aut locent domum, vbi exerceantur opera misericordiæ, quæ testator fieri jussit, donec Hospitale absoluatur.

184 Nota secundò, controuersum esse, an tempus assignatum à jure, vel à testatore, currat executori ignoranti, vel legitimè impedito ad exequendum? Affirmatiuam partem tenent Cardin. *in cap.* 3. *de Teſtament.* Bald. *in l. Captatorias, num.* 12. *&* 13. *Cod. de Teſtament.* Tello *in l.* 33. *Tauri, numer.* 1. licèt tandem relinquat cogitandum, *& ibi*, Anton. Gomez *numer.* 4. Castill. *numer.* 3. & Cifuentes *ibid.* Sylvest. *verb. Teſtamentum*, 2. *q.* 8. *dicto* 1. Rosel. *verb. Teſtamentum*, 3. *n.* 3. & alij apud Sanch. *infra cit.* Probatur, quia tempus ad aliquid agendum constitutum alicui in fauorem alterius, currit etiam ignoranti, vel impedito, juxta Glos. *in cap. Statutum, de Præben. in* 6. & Tiraq. *lib.* 1. *de Retractu*, § 35. *Glos* 4. *n.* 25.

Tem-

Tempus autem de quo hic agimus, constituitur in fauorem eorum, quibus aliquid relinquitur, & ipsius defuncti, vt satis constat.

185 Contrariam tamen sententiam multò probabiliùs tenent Padilla *in Authent. Hoc amplius, num.* 16. *Cod de Fideicommiss.* Couar. *in d. cap.* 3. *de Testament. numer.* 3. *&* 4. & ibi Hostiens. & Imola Panorm. *in cap. Cum omnes, de Testam.* Armil. *verb. Executor, num.* 8. Tabiena *ibid. quæst.* 7. Molina *d. disp.* 251. *§. Dubium est, si executores*, & multi alij, quos refert, & sequitur Sanch. *lib.* 4. *Opusc. dub.* 51. *num.* 10. dicens hanc esse communem sententiam: pro qua etiam stant Ordinat. Lusitanę *lib.* 4. *tit.* 62. *§.* 2. Ratio est, quia vniuersim loquendo, ignoranti, vel impedito ad aliquid agendum non currit tempus ad id constitutum, *cap. Quia diuersitatem, de Conces. præben. l.* 1. *Cod. de Annali exceptione, Auth. Nisi triennale, Cod. de Bon. mater.* Neque obstat fundamentum pro priori sententia adductum: illud enim procedit, quando tempus constituitur in merum fauorem alterius; non autem quando constituitur etiam ad conuincendam, & puniendam negligentiam ejus cui tempus præscribitur, vt in præsenti contingit. Vnde refert Sanch. *loc. citat. num.* 11. cum Anchar. quem refert, si testator remisisset Petro debitori suo centum, si intra mensem à die mortis suæ daret Hospitali quinquaginta; alioqui illa centum reliquisset Hospitali: posse talem debitorem implere eam conditionem post illum mensem, si intra illum non impleuit ob ignorantiam; quia talis mensis ei non cucurrit nisi à die scientię. Aduertit autem Molina *vbi supra*, cum Couar. quem citat, prædictam sententiam principalem intelligendam esse, nisi impedimentum esset perpetuum, vel ad tempus longissimum; ex parte executoris. Nam tunc ad euadendam pœnam negligentis teneretur adire judicem, & petere alium executorem loco sui, aut significare illi suum impedimentum.

186 Nota tertiò, controuersum quoque esse, vtrùm secluså ignorantiå, & quouis alio impedimento, dictum tempus à jure præscriptum incipiat currere executori à die mortis testatoris, vel à die aditæ hæreditatis? Missis autem varijs DD. sententijs, quas affert Sanch. *d. dub.* 51. *à num.* 13. respondendum est huic quæstioni cum distinctione: nam vel relicta sunt legata pia; quæ vt valeant, & impleri debeant, non indigent aditione hæreditatis, vt est communis sententia; & ad hæc exequenda statim à morte testatoris incipit currere executoribus tempus à lege, vel ab ipso testatore præscriptum: vel sunt profana, quæ non debentur, si hæreditas ex testamento, vel ab intestato non adeatur. Et quoad hæc non currit tempus executioni præscriptum, nisi à die aditæ hæreditatis. Vtramque partem hujus resolutionis desumo ex traditis à Sanch. *d dub.* 51 *n.* 20. vbi cũ multis DD. docet quòd in Regno Castellæ, vbi aditio hæreditatis de jure Regio non requiritur ad valorem testamenti, incipit currere dictum tempus à die mortis testatoris: attento autem jure communi, secundùm quod absque aditione hæreditatis nullam vim habet testamentum, incipit illud tẽpus currere à die aditæ hæreditatis. Ratione etiam patet, quia quando aditio hæreditatis non est necessaria, vt contenta in testamento impleri debeant, impertinens per se loquendo ad eorum executionem est, quòd hæreditas adeatur; & sic nisi aliud obstet, statim à die quo testamentum morte testatoris confirmatur, incipit currere tempus executioni assignatum. Quando autem aditio est necessaria, vt relicta in testamento debeantur, qualia de jure communi sunt omnia relicta non pia, *l. Si nemo, ff. de Testamentar. tutela*, tunc meritò non currit dictum tempus executori nisi à die post aditam hæreditatem; cùm antea ob ejus defectum sit impeditus, ne illa relicta executioni mandare possit.

188 Aduerte autem, quòd dicimus de inceptione temporis à die mortis testatoris, non verò à die aditæ hæreditatis, ad exequenda relicta pia, & alia, quæ vt

sint debita non indigent aditione hæreditatis, locum non habere in ijs, quæ hæres tanquam hæres facere juberetur; vt quando testator diceret, *Hæres meus distribuat hæc inter pauperes*, vel quid simile. In his enim non incipiet dictum tempus ante aditionem hæreditatis, cùm ante illam hæres non sit. Ita Sanch. *d. dub. 51. num. 22.* cum Spino, & Peralta, quos refert.

188 Docet etiam cum alijs Sanch. *vbi sup. num. 20. fine, juncto num. 14.* quòd quando legata debentur ante aditam hæreditatem, atque adeo à die mortis testatoris, incipit currere dictum tempus executionis à die mortis, & monitionis per judicem, idest, per Episcopum, juxta jus Canonicum *in d. cap. 3. de Testam.* ibi; *Vt eum commoneas.* Hæc autem monitio est illa generalis, quæ fit ab Episcopis per Constitutiones Synodales, vt etiam cum alijs notat idem Sanch. *num. 15.* Iam enim hodie non solent Episcopi aliam monitionem facere, nec est necessaria; & sic vbi non obstat defectus aditionis hæreditatis, vel scientiæ, aliudue impedimentum, incipit dictum tempus executionis currere à die mortis testatoris, juxta dictas Constitutiones Synodales, quæ communiter statuunt, vt intra annum, vel intra annum & mensem à die mortis testatoris pia relicta defunctorum executioni mandentur, vt videre est in Constitutionibus Synodalibus hujus Regni, de quibus mihi potissimùm constat. Et ita docet Molina *tom. 1. de Iust. disp. 251. §. Obseruandum tamen*, & Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 54. num. 11.*

Cæterùm non solùm per Episcopum, sed etiam per judicem sæcularem dicta
189 monitio fieri potest, vt cum Mattienzo tradit idem Sanch. *d. cap. 1. dub. 51. numer. 16.* cum hoc sit misti fori, vt sæpiùs dictum est. Bene autem aduertit Molin. *vbi sup.* quòd neque per judicem sæcularem est hodie necessaria dicta monitio in hoc Regno Lusitano; quia tam per Constitutiones Synodales hujus Regni, quàm per Ordinat. Regiam *lib. 1. tit. 62. §. 2.* executoribus præcipitur vt intra annum, & mensem à die mortis testatoris impleant voluntatem defuncti, si aliquod legitimum impedimentum non obstet, quod præceptum sufficientem continet monitionem.

Notandum tandem cum Simone de 190
Prætis *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. num. 80.* & alijs quos refert, quòd tempus exequendi à lege, Constitutione, vel testatore præfixum, non incipit currere executoribus, quando aliqua conditio esset verificanda, vel aliquid esset liquidandum, priusquam accedi possit ad actum exequendi, nisi postquam illa conditio fuerit purificata, vel illud fuerit liquidatum, per *l. Talis, ff. de Iur. dot.*

§. 4. *Quam pœnam incurrant executores, vel hæredes negligentes, qui tempore debito non implent voluntatem defuncti? Et vtrum ea pœna incurratur ipso jure, vel requiratur sententia?*

SUMMARIUM.

QVam pœnam secundùm jus commune incurrat hæres, qui fuit negligens soluere legata pia intra tempus ab ipso jure præscriptum? numer. 191.

Executor negligens exequi legata pia, postquam semel & iterum per Episcopum fuit admonitus, quam pœnam incurrat secundùm jus commune? numer. 192.

Hæres, vel executor semel judicialiter monitus non exequens voluntatem defuncti intra annum à die monitionis, perdit omne lucrum sibi proueniens ex testamento, exceptâ legitimâ ei aliàs debitâ; num. 193.

De jure Lusitano quam pœnam incurrant executores, qui per annum & mensem omit-

omittunt exequi testamentum? Et quid circa hæredes similiter negligentes in Lusitania seruandum sit? numer. 194.

Licèt dictæ pœnæ ipso jure imponantur, semper tamen necessaria est sententia, vt cum effectu incurrantur; numer. 195.

Quando lex pœnam imponit, exprimendo quòd incurratur, nullâ expectatâ sententiâ, vel declaratione, adhuc sententia necessaria est, vt reus teneatur eam exequi, nisi verbis manifestissimis aliud in ipsa lege declaretur; ibidem. Id verò limitatur in pœna excommunicationis, alteriusue censuræ; num. 196.

Pœna hæredi per testatorem imposita, vt aliquid soluat de bonis ipsi relictis, si aliquid sibi injunctum non exequatur, ante omnem sententiam debetur; numer. 197.

Executor, qui omnino omisit exequi testamentum, etiam post tempus à lege præscriptum, tenetur in conscientia restituere salarium sibi ob executionem relictum, nullâ expectatâ judicis sententiâ; num. 198.

Ad quem deuoluatur jus, & emolumentum executionis quod executor negligens amittit? num. 199. *& seqq.*

Vtrum executor qui per negligentiam non impleuit voluntatem defuncti tempore debito, possit moram purgare, & sic pœnam euadere? num. 302.

Vtrum si aliquis nominatus sit à testatore non in executorem, sed in merum electorem pauperum, vel aliarum personarum, quibus aliquid sit distribuendum, talis electio deuoluatur ad Episcopum, omittente illo eligere intra tempus executioni assignatum? numer. 203. *& seqq.*

191 CIrca priorem quæstionem constat primò, quòd secundùm jus commune hæres negligens soluere legata pia intra sex menses à die insinuationis testamenti, cogitur in pœnam reddere legatum cum omni emolumento, quod ex eo potuit percipi à die mortis testatoris. Sic habetur *in Authent. De Eccles. tit. §. Si autem hæres, vers. Si autem legatum*, & tradit cum Couar. & multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 56. *num.* 1. Idem intelligit Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 251. §. 1. de executore testamenti, licèt hæres non sit. Hoc tamen mihi est difficile: quia verba prædicti textus soli hæredi congruunt, & de executore specialiter egerat *in §. præced.* vbi aliquanto aliter circa illum disponit, vt jam videbimus.

Secundò igitur constat, quòd secun- 192
dùm idem jus commune, executor si semel, & secundò per Episcopum, vel ejus Vicarium, aut per publicum internuncium admonitus distulerit implere legata pia, priuatur omni lucro sibi relicto à defuncto, & pias res legatas restituere cogitur cum omnibus fructibus, & augmentis medij temporis, & executio deuoluitur ad Episcopum. Ita disponitur in *eod. Authent. De Eccles. tit. §. Siquis autem pro redemptione, vers. Si autem, qui hoc facere*, vbi notanda est differentia inter executorem, & hæredem: siquidem executori nulla pœna imponitur, si non sit admonitus; hæredi verò, licèt admonitus non sit, si intra sex menses non impleat legata pia, imponitur pœna reddendi legatum cum omnibus fructibus, & emolumentis, vt dictum est.

Tertiò constat, quòd de jure com- 193
muni hæres, aut executor semel judicialiter monitus non exequens voluntatem testatoris intra annum à die monitionis perdit omne lucrum sibi prouenies ex testamento, exceptâ legitimâ, quæ etiam inuito testatore illi competeret, vt si sit illius descendens, vel ascendens. Sic habetur *in Authent. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiss.* & latiùs *in Authent. de Hæred. & falcid. §. Siquis autem non implens, & §. vltim.* Estque communis sententia. Si verò quæras, per quem debeat fieri illa monitio? Dicunt aliqui debere fieri immediatè per judicem, itaut non satis sit fieri per literas, vel per inter-

nuncium. Tenendum tamen est, etiam per internuncium, vel per epistolam, aut literas fieri posse, vt tradit Molina *dict. disp.* 251. §. 2. & cum multis alijs Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 56. *num.* 3. Volunt etiam aliqui legitimam quoque amitti, si hæres, cui illa debebatur, fuit negligens circa legata pia; ad quod adducunt *cap. Licèt, de Voto.* At contrarium tenent meritò Padilla, Couar. & alij, quos refert, & sequitur Sanch. *supra, num.* 5. & Molina *loc. citat.* nam textus juris Cæsarei proximè allegati indistinctè excipiunt legitimam, vt hæres negligens eam non amittat, nec obstat *d. cap. Licèt*: quia loquitur in casu speciali, quo filius etiam voto se astrinxerat implendi votum parentum.

Quartò constat, quòd in hoc Regno
194 Lusitaniæ executores testamenti, qui post annum, & mensem illis jure Regio assignatum ad implendum testamentum, vel post tempus, quod testator illis ad eundem effectum concessit, citati ad reddendam rationem inuenti fuerint, non impleuisse voluntatem defuncti ante citationem, coguntur in pœnam negligentiæ reddere præmium, quod testatores eis reliquerunt propter executionem, & ab ipsa executione remoueri jubentur. Sic disponitur *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. §. 12. Circa hæredes autem, qui tempore debito non implent voluntatem defuncti, nihil specialiter dispositum reperio in jure hujus Regni: vnde quoad illos seruandum est in foro sæculari, quod supra secundùm jus commune *in dict. Auth. Hoc amplius, & in d. Auth. De Hæred. & Falcidia*, dictum est. Et idem erit in foro Ecclesiastico, vbi aliud per Constitutiones Synodales sancitum non fuerit. In Conimbricensibus enim, tam executoribus, quàm hæredibus præcipitur, vt intra annum, & mensem impleant omnia legata pia, sub pœna amittendi ipso jure quodlibet legatum, vel præmium, eis ob executionem à testatoribus relictum; & si sint hæredes, amittendi bona defuncti, cujus testamentum executi non sunt. In Eluensibus etiam hæredi negligenti implere legata pia intra annum, & mensem, imponitur pœna excommunicationis ipso jure. In cæteris autem, quas videre potui, nihil specialiter disponitur contra hæredes negligentes. Circa executores verò vniuersim in omnibus Constitutionibus Synodalibus hujus Regni statuitur, vt si intra annum, & mensem à die mortis testatoris culpâ suâ non impleant legata pia, ipso jure amittant, quidquid illis in præmium executionis à testatoribus relictum est, & executio ad Episcopum, seu ejus Vicarium, deuoluatur. In quibusdam etiam pœna excommunicationis ferendæ eis indicitur.

Quoad aliam verò quæstionem, an dic- 195
tæ pœnæ executorum, vel hæredum negligentium, incurrantur ipso jure, vel sit necessaria sententia? Respondeo, licèt in aliquibus juribus, quæ illas imponunt, dicatur, quòd ipso facto, vel ipso jure, eas incurrant, semper tamen esse necessariam sententiam saltem criminis declaratoriam, vt cum effectu incurrantur: atque adeo non teneri reos ante sententiam eas exequi aduersum se. Ita Molina *d. disp.* 251. §. *Illud etiam est obseruandum*: vbi pro hac parte adducit Couar. & alios, idemque relatis pluribus tenet Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 56. *num.* 8. licèt non pauci etiam contradicant, quos idem Sanch. *num.* 7. refert. Ratio est, quia licèt in humanis Legislatoribus non desit potestas ad obligandos reos, vt statim post admissum crimen hujusmodi pœnas in se ipsis exequantur, nulla alia declaratione, vel sententiâ expectatâ; tamen cum id sit valde rigidum, & præter humanum morem, & aliunde, juxta ipsas juris regulas, mitior interpretatio in pœnis facienda sit, intelligendum non est, mentem legis hujusmodi pœnas ipso jure imponentis esse, obligare ad eorum executionem ante vllam sententiam, nisi manifestissimis verbis id exprimat, qualia non sunt, *ipso jure*, vel, *ipso facto*. Unde loquendo de pœnis amissionis officiorum ipso jure, vel ipso facto, per legem impositis, docet optimè Molina *tom.* 1. *de Iustit. disp.* 96. *col. pen.* §. *Quod dictum est*, & Sanch.

lib.

lib. 2. in Decal. cap. 22. numer. 20. exigi ad illas sententiam judicis, nisi verbis luce clarioribus importantibus nullam exigi sententiam statutæ sint.

Confirmatur; nam etiam quando hujusmodi pœnæ, quibus scilicet reus priuatur bonis, vel officio, aut beneficio, imponuntur ipso jure, vel ipso facto, addendo vt nullâ opus sit declaratione, probabiliùs censet Sanch. *d. cap. 22. num. 20.* cum multis alijs, quos refert, necessariam adhuc esse sententiam declaratoriam criminis: & verba legis addentis, vt nullâ opus sit declaratione, vel absque alia declaratione, & similia, intelligenda esse de declaratione pœnæ. Ergo à fortiori quando talia verba non adduntur, vt in nostro casu, sententia necessaria est.

196 Aduerte autem primò, prædicta non procedere in pœna excommunicationis, alteriusue censuræ: hæc enim, si ipso jure, vel ipso facto imponatur, statim ante omnem aliam sententiam incurritur, & effectum habet, vt est apud omnes indubitatum: vnde cùm in Constitutionibus Synodalibus Episcopatus Eluensis imponatur excommunicatio ipso jure hæredibus non soluentibus legata pia intra annum, & mensem, profectò illam ante quamlibet aliam sententiam incurrent.

197 Aduerte secundò, si testator de suis bonis aliquid disponeret per modum pœnę aduersus executorem negligentem, vt v. g. si intra tantum tempus non soluat aliquod legatum ex bonis, quæ ei relinquit, soluat postea in duplum: teneri talem executorem in foro conscientiæ eam pœnam soluere, nullâ spectatâ sententiâ, vt bene cum Sylvest. docet Molina *dict. disp. 251. vers. Dubium tamen est, ad quem.* Nam testator de suis bonis disponere potest ad libitum, apponendo grauamina, & obligationes, quę in foro conscientiæ vim habent, licèt nulla feratur sententia.

198 Aduerte tertiò, licèt executores negligentes juxta prędictam resolutionem principalem, non teneantur exequi pœnam amissionis, donec sententia aduersus eos feratur: attamen si omnino etiam post tempus à lege præscriptum omittant exequi voluntatem testatoris, tenentur in conscientia illud præmium restituere, nullâ expectatâ judicis sententiâ. Probatur, quia executor omnino omittens exequi voluntatem defuncti, perinde se habet, atque qui munus executoris acceptare noluit, imò peius facit, cùm in causa fuerit, vt testamentum vel omnino non impleretur, vel non nisi post multum tempus: atqui nolens acceptare munus executoris emolumentum sibi relictum in præmium executionis statim ante omnem sententiam amittit, vt cum Molina, & alijs dictum est supra *sect. 1. §. 6. num. 63.* Ergo à fortiori illud amittet, & restituere tenebitur, nullâ sententiâ expectatâ, qui cùm munus executoris acceptauerit, executionem omnino omisit, & in causa fuit ne per alium tempore debito testamentum impleretur. Quòd si non omnino executionem omisit, sed solùm quoad aliquam partem testamenti: tunc pro rata executionis, & laboris omissi, partem illius præmij restituere tenebitur, non verò totum. Si autem testator aliquod legatum, vel hæreditatem ei reliquit, non declarans se id relinquere in præmium laboris in executione subeundi; idem quoque in tali casu tenendum est quod *d. §. 6.* de eo, qui munus executoris non acceptauit, dictum est, cùm eadem in vtroque sit ratio.

Ad quem autem deuoluatur jus, & 199
emolumentum executionis, quod executor negligens amittit? Respondetur, si testator in talem casum de illo emolumento disposuisset, seruari debere ejus dispositionem, vt bene docet Molina *d. disp. 251. §. Dubium tamen est, ad quem.* Si verò nihil de illo disposuit, nominauit autem secundum executorem pro euentu, quo primò nominatus esset negligens; tunc ad eum substitutum deuolui tam executionem testamenti, quàm salarium quod negligens amisit, si testator aliud salarium ipsi substituto non assignauit. Quod executio ad eum deuoluatur, docent relatis pluribus Couar. *cap 3. de Testament. num 2.* Molina *loco proximè citat.*

citat. & Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 55. *num.* 7. estque communis sententia: à qua immerito recedit Azebed. quem refert, & refellit Sanch. *vbi supra, num.* 9. dicens nescire se, quo fundamento illam reprobat; cùm cæteri DD. absolutè dicant posse testatorem in casum negligentiæ prioris executoris alium substituere. Quod verò ad eundem substitutum deuoluatur etiam salarium, quod prior executor ob negligentiam amisit, si testator aliud salarium ei non assignauit, indicat Molina *vbi supra, vers. Si verò testator de executore*: & probatur, quia secundus executor in casu proposito vocatur in locum prioris cum omnibus oneribus priori impositis: ergo etiam censeri debet vocatus ad idem præmium pro illis constitutum, si aliud ei relictum non est; alioqui iniquè cum illo ageret testator, quod admittendum non est. Confirmatur quia quando testator plures executores copulatiuè reliquit, assignato illis præmio, si aliquis eorum non acceptet, portio præmij, quam ille amittit, accrescit alijs, qui acceptarunt, vt probauimus *sect.* 1. §. 6. *num.* 64. Ergo similiter quando vnus executor in locum alterius succedit, ad illum etiam deuoluitur præmium, quod antecessor amisit; eadem enim vtrobique est ratio.

200 Si autem testator executori negligenti alium non substituit, neque de emolumento ei relicto specialiter disposuit, tunc si negligentia executoris fuit circa legata pia, executio deuoluitur ad Episcopum, & emolumentum illi relictum applicandum est pijs causis, vt constat ex *Authent. De Eccleſiaſt. tit.* §. *Si autem, qui hoc, & ex l. Nulli, Cod. de Episc. & cleric.* & alijs juribus, habeturque expressè in omnibus Constitutionibus Synodalibus hujus regni Lusitani. Atque ita relatis alijs docet Molina *d. disput.* 251. §. *Dubium tamen est, ad quem, vers. Si verò testator.* Si autem negligentia fuit circa legata non pia, tunc etiam juxta probabiliorem opinionem, quam secuti sumus *sect.* 1. §. 5. *num.* 52. scilicet, non solùm ad judices læculares, sed etiam ad Episcopos spectare cogere executores ad implenda legata non pia, executio ad Episcopum deuoluitur, & dictum emolumentum in causas pias expendetur, vt tradit Molina *vbi supra.* Hæc autem intellige, dummodo Episcopus à judice sæculari non sit præuentus: cùm hoc negotium sit mixti fori, etiam quoad legata pia, vt *d.* §. 5. *numer.* 50. dictum est.

Si verò judex sæcularis Ecclesiasticum 201
præueniat, & executorem negligentem deponat, tunc secundùm jus commune succedunt in executione hæredes alij, si qui in eo testamento sunt scripti; his verò deficientibus, aut nolentibus adire hæreditatem, succedunt fideicommissarij, aut legatarij: & sic quidam alij, suo ordine, prout habetur *in d. Auth. Hoc amplius, Cod. de Fideicommiss. & in Auth. De hæredib. & Falcid.* illisque accrescit emolumentum, quod negligens executor amisit. Sic Molina *loc. citat.* De jure autem Lusitano executio deuoluitur ad ministros Regios; & præmium executori relictum applicatur Redemptioni captiuorum, tradendumque est ministro, qui vulgò, *Mampostero dos catiuos*, dicitur, vt habetur *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 62. §. 12.

Quæres autem, vtrùm executor, qui 202
per negligentiam non impleuit voluntatem defuncti intra tempus constitutum, possit moram purgare, & sic euadere prædictas pœnas? Respondet negatiuè Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resol.* 54. non satis firmo fundamento, & aliquibus DD. minùs bene allegatis. Quidquid tamen sit de jure communi, contrarium est de jure Lusitano in foro sæculari: nam *d.* §. 12. *in princip.* expressè habetur, si testamentarius post elapsum annum & mensem executioni testamenti assignatum, illud exequatur, antequam citatus sit ad reddendam rationem, talis executio, in rationibus admittatur: & solùm in casu, quo testamentum ante dictam citationem non impleuerit, ab executione remouetur, & præmio ipsi relicto priuatur, quod nihil aliud est, quàm posse moram purgare dum ad reddendam rationem nō citatur.

Du-

Dubitari etiam hic solet, si testator aliquem nominauit, non quidem in executorem, sed electorem pauperum, quibus aliquid sit distribuendum; vel puellarum orphanarum, quæ dotandæ sint, alteriusue similis rei, & is per negligentiam omittat eligere intra annum, aliudue tempus executioni assignatum, an tunc electio ad Episcopum deuoluatur? Respondent affirmatiuè Couar. *in cap.* 3. *de Testam. numer.* 7. & ibi Cardin. Anchar. *numer.* 10. & Barbat. *numer.* 41. Sylvest. *verb. Testamentum*, 2. *q.* 8. *dicto* 2. Padilla *in l. Cum quidam, ff. de Legat.* 2. *num.* 27. & ibi Aretin. Imola, & Baldus dicens, sic practicari, Molina *tom.* 2. *de Iustit. disp.* 251. *§. penult.* & Sanch. plures referens *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 52. *num.* 2. estque communior sententia, vt aliqui ex citatis Doctoribus affirmant. Ducuntur primò, quia electio in hoc casu est omnino necessaria, vt possit fieri executio voluntatis defuncti: ergo dispositio legum circa executionem, vt intra certum tempus fiat, ad eam etiam electionem extenditur, argum. *l. Oratio, ff. de Sponsalib.* Secundò, quia illa electio est pars executionis illamque integrat: & sic elector est partialis executor, qui proinde, si sit negligens, incidit in pœnam executoris negligentis, vt talem executionem amittat, eaque ad Episcopum deuoluatur. 203

Contrariam tamen sententiam negatiuam tenent Barthol. *in l. Cum quidam, num.* 9. *ff. de Legat.* 2. *& l. fin. §. Sed si quis, Cod. Communia de legat. & l. Executorem, ff. de Execut. rei iudic.* Butrio *in cap. Litteras, de Supplen. neglig. prælat.* Panorm. *in dict. cap.* 3. *de Testament. num.* 12. Ripa *in cap. Insalam, numer.* 88. *ff. de Verbor. obligat.* Armil. *verb. Executor, numer.* 10. Tabiena *eodem, verb. q.* 9. Angel. *ibid. num.* 12. Rosel. *verb. Testamentum*, 2. *num.* 21. & alij, quos refert Sanch. *vbi supra, numer.* 1. Et idem quoad legata profana tenet Mattienzo, cum Baldo, quem refert *in l.* 14. *tit.* 4. *lib.* 3. *Recopil. Glos.* 1. *numer.* 61. Probant, quia ille elector non dicitur executor; cùm ad eum non spectet soluere & distribuere bona defuncti. Ergo quauis datâ negligentiâ executoris, jus exequendi deuoluatur ad Episcopum, id non habet locum in electore, & jure eligendi ei relicto; præsertim cùm de jure communi, qui habet jus eligẽdi, si sit in mora, possit eam purgare. 204

Hæc secunda sententia mihi videtur probabilior: quę vlteriùs confirmari potest, tum ex dictis *sect.* 1. §. 4. *num.* 44. vbi defendimus, posse Religiosos etiam Ordinis Minorum absque Superioris licentia eligere pauperes, inter quos bona testatoris distribuenda sunt, eoquod talis electio neque particulariter sit executio testamenti, quæ Religiosis interdicta est absque licentia Superioris: tum etiam quia leges, quatenus præscribunt executoribus certum tempus ad exequendum testamentum sub pœna amittendi officium, sunt verè pœnales, & vt sic restringendæ potiùs, quàm extendendæ; proindeque ad dictos electores extendi non debent. 205

Ad primum itaque fundamentum prioris sententiæ negatur consequentia, & ad argumentum ex *d. l. Oratio*, respondetur, solùm ex eo probari, quòd quando alicui prohibetur aliquis actus, eidem etiam censetur prohibitum id, quo ad talem actum pertenitur: vt quando alicui prohibetur matrimonium, eidem etiam prohibita censentur sponsalia; in qua specie illa lex loquitur: in nostro autem casu elector, & executor sunt personæ diuersæ: & ideo leges quæ obligant executorem ad non differendam executionem vltra tempus in eis præscriptum, locum non habent in electore, licèt electio sit omnino necessaria ad executionem: qua ratione si aliquis obligatur nauigare, vel mittere merces trans mare, non proinde obligatur nauarchus eum, vel eas, in suo nauigio portare. Ad secundum patet responsio ex dictis. 206

Nota verò, si testator diceret; *Relinquo mea bona pauperibus eligendis per meos executores*; tunc, si hi sint negligentes non solùm executionem, sed etiam electionem ad Episcopum deuolui, quia 207

com-

commissio eligendi in hoc casu non fit personæ, sed officio: vnde cùm officium executoris, qui fuit negligens, ad Episcopum transeat, vt supra dictum est, ad illum etiam transit jus eligendi officio annexum. Ita Sanch. *d. dub. 52. fine.*

§. 5. Vtrum testator prohibere possit ne executio testamenti deuoluatur ad Episcopum ob negligentiam executorum, vel hæredum?

SUMMARIUM.

TEstator non potest directè prohibere, ne executio piorum legatorum deuoluatur ad Episcopum, datâ negligentiâ executoris ab ipso testatore nominati; num. 208. Vtrum idem sit de executione legatorum profanorum? num. 209. & seq.

Indirectè potest testator impedire, ne ob executoris negligentiam executio ad Episcopum deuoluatur; num. 211.

Si testator pro euentu negligentiæ executoris substituat alium executorem, non deuoluetur executio ad Episcopum, sed ad substitutum. Et vtrum dari etiam possit à testatore secundus substitutus, pro casu quo primus quoque sit negligens? ibid.

Si testator dicat, velle se vt tempus à jure præscriptum executori non currat, sed liberum ei sit exequi quando voluerit, non deuoluetur executio ad Episcopum; num. 212.

Si testator disposuerit, quid agendum sit de legatis in euentu, quo executor fuerit negligens in eis adimplendis, manet excluſus Episcopus ab executione, quam executor negligens omisit; numer. 213.

Prædicta circa deuolutionem executionis ad Episcopum, locum similiter habent in deuolutione ad judicem sæcularem, quando Episcopum præuenit; numer. 214.

REspondetur, non posse id prohiberi directè à testatore, saltem quoad legata pia; posse autem indirectè. Priorem hujus resolutionis partem tradit Glos. communiter recepta *in cap. Tua, de Testament. verb. interdici*, & probat quia *in Auth. De Ecclesiast. tit. §. Si quis autem pro redemptione*, statuitur, vt si executor testamenti fuerit negligens in exequendis legatis pijs, executio fiat per Episcopum, vel ejus ministros; priuata autem dispositio testatoris non potest impedire generalem Constitutionem legis, vel Canonis, *cap. Requisisti de Testament. l. Nemo potest. ff. de Legat. 1.* Idem sumitur ex *d. cap. Tua*, vbi expressè constituitur, vt Episcopi compellant executores fideliter, & plenariè exequi pia relicta, etiamsi testatores interdixerint, ne Episcopi se in hoc intromittant. Atque ita relatis pluribus docet Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 55. numer. 3.* Molina *tom. 1. de Iustit. disput. 251. §. Dubium præterea est*, Diana *p. 8. tract. 5. resol. 56.* Barbosa *de Potestate Episcop. allegat. 82. numer. 27.* & alij, licèt contrarium videatur sentire cum alijs Simon de Præt, *lib. 5. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dubit. 2. numer. 67. & sequentib.* 208

Dixi, *Saltem quoad legata pia*; quia multi DD. sentiunt illam prohibitionem testatoris operari, ne executio legatorum profanorum deuoluatur ad Episcopum: sic tenent Panorm. & Anchar. *in dict. cap. Tua*, Sylvest. *verb. Testamentum, 2. quæst. 8. dicto 4.* Armil. *verb. Executor, numer. 11.* Tabiena *ibid. quæst. 11.* Angel. *ibid. numer. 14.* D. Antoninus, *3. p. titul. 10. cap. 3. §. 9. fine*, & Mattienzo dicens hanc sententiam veriorem, *lib. 5. Recopil. titul. 4. l. 14. Glos. 1. numer. 43.* Quæ quidem sententia est satis probabilis. Quia præterquamquod probabile sit, non posse Episcopum se intromittere in executione testamentorum quoad 209

relic-

relicta non pia, vt tenent multi DD. à nobis citati *sect. 1. §. 5. numer. 51.* contraria opinio *ibidem numer. 52.* tradita, non videtur habere pro se aliquam juris dispositionem adeo certam, & manifestam, vt prævalere debeat contra dispositionem testatoris expressè prohibentis deuolutionem executionis ad Episcopum.

210 Nihilominus tamen satis etiam probabile est, eam prohibitionem non obstare, quominus etiam profanorum legatorum executio ad Episcopum deuoluatur, si hæredes, vel executores à testatore designati negligentes sint. Quia secundùm jus commune satis expressum *in cap. Si hæredes, de Testament.* si hæres vel executor sit negligens in implendo testamento, etiam ad causam non piam, Episcopus potest se intromittere ad vrgendam ejus executionem: & consequenter ad eam sibi assumendam, si ille canonicè monitus eam facere omittat tempore constituto; cui juri testator derogare non potest. Et ita docet Couar. *in dict. cap. Tua, de Testament. numer. 6.* Barbat. *ibi, numer. 4.* & Sanch. *dict. dub. 55. numer. 5.* dicens hanc sententiam esse probabiliorem, de quo tamen dubito, & potiùs in contrariam inclino.

211 Posterior pars resolutionis principalis, quòd scilicet possit testator indirectè prohibere, seu impedire, ne executio deuoluatur ad Episcopum; constabit assignando casus, seu modos, quibus testator potest subtrahere executionem sui testamenti à jurisdictione Episcopi.

Primus casus est, si testator pro euentu negligentiæ executoris substituat alium executorem: tunc enim non deuoluetur executio ad Episcopum, sed ad substitutum, ut ex multis DD. tradidimus, *§. præcedent. numer. 199.* Notat verò Sanch. *dict. dub. 55. numer. 8.* cum Bald. & Gregor. Lop. non posse à testatore dari secundum substitutum pro casu, quo primus etiam substitutus negligens fuerit. Id tamen non probat, nec mihi satis probabile videtur; cùm non appareat fundamentum, cur testator possit substituere secundum executorem, non verò tertium, & deinceps, sicut multiplicare potest substitutiones in successione bonorum. 212

Secundus casus est, si nullo designato tempore, dicat testator velle se, vt tempus legitimum executoribus non currat, sed liberam habeant commissionem, vt cum voluerint, exequantur. Ita cum alijs Couar. *in cap. Tua, de Testament. numer. 6.* Mattienzo *lib. 5. Recopilat. titul. 4. l. 14. Glos. 1. num. 48.* & Sanch. *vbi supra, numer. 1.* 211

Tertius casus est, si testator disposuerit, quid sit agendum de legatis in euentu, quo executores fuerint negligentes in eis adimplendis. Tunc enim non potest Episcopus illam dispositionem mutare; & sic manet exclusus ab executione, quam negligens executor amisit. Ita cum Bartholo, Couar. *vbi supra,* & Sanch. *dict. dub. 55. num. 11.* 213

Quæ hìc dicta sunt circa deuolutionem executionis ad Episcopum, locum similiter habent in deuolutione ad judicem sæcularem, quando Episcopum præuenerit, citando priùs tempore habili executorem negligentem: cùm hoc negotium sit misti fori; vt sæpiùs monuimus, eademque sit ratio respectu judicis Ecclesiastici, & Sæcularis. 224

§. 6. *Vtrum executores teneantur reddere rationem accepti & expensi pro adimplenda voluntate defuncti?*

SUMMARIUM.

Resoluitur quæstio affirmatiuè, numer. 215.

Fallit autem prædicta resolutio in rebus minimis, & quomodo in his procedendum sit? num. 216.

Fallit etiam in ijs, quæ testator secretò commisit executori, vt erogaret. Et quid in hoc obseruandum sit? num. 217.

215 REspondetur affirmativè vniversim loquendo, ex communi sententia, quam relatis pluribus tradit Sanch. 216 *lib. 4. Opusculor. cap. 1. dub. 49. numer. 1.* Quæ sententia maximè procedit, quoad ea, quæ testatores fieri mandarunt pro bono suarum animarum: circa quæ hanc obligationem reddendi rationem expressè imponunt Ordination. Lusitanę *lib. 1. titul. 62. in princip.* eandemque vel imponunt, vel apertè supponunt Constitutiones Synodales hujus Regni, vbi 217 agunt de obligationibus testamentariorum. Ratio verò est, quia tum ad Episcopos, tum ad judices sæculares spectat cognoscere, & inquirere, an voluntates defunctorum impleantur, & ad id executores compellere, vt patet ex superioribus, ac præsertim ex traditis *sect. 1. §. 5.* Id autem efficere non possunt, nisi inspiciendo testamentum, & exigendo rationem ab executoribus, vt constat, an bona juxta defuncti voluntatem expenderint, eamque fideliter impleuerint. Unde consequens est teneri eos eam rationem reddere, si ab eis exigatur.

216 Limitatur autem præfata resolutio primò, vt non procedat in rebus minimis. De his enim non tenetur executor reddere rationem per codicem rationum, sed creditur ei cum juramento, si commodè de illis instrumentum fieri non poterat. Quod judicis arbitrio pro rerum qualitate, & circunstantijs relinquitur. Ita cum multis alijs Mattienzo, quem refert, & sequitur Sanch. *dict. dub. 49. numer. 2.*

217 Limitatur secundò vt non procedat etiam in ijs, quæ testator secretò commisit executori, vt erogaret. De his enim nullam rationem reddere tenetur, nec declarare personas, in quas testator expendere jussit. Quod intelligitur, nisi deprehenderetur subesse fraus, eoquod res expendendæ apud ipsum executorem reperirentur. Tunc enim rationem reddet. Sic cum multis alijs Azebed. *lib. 5. Recopilat. titul. 4 lib. 6. numer. 22.* & Sanch. *dict. nub. 49. numer. 3.* qui relatis etiam alijs subdunt, quòd aliter creditur executori dicenti, se juxta voluntatem testatoris expendisse. Addunt verò ijdem DD. cum Fabiena, debere constare vel ex ipso testamento, vel per testes, quòd testator secretò declarauit suam voluntatem illi executori, relinquendo ejus conscientiæ executionem illius; quia alioqui non credetur ei dicenti, sibi fuisse ita commissum à testatore.

§. 7. *Vtrum testator possit liberare executorem ab obligatione reddendi rationem Episcopo, & alijs ministris publicis?*

SUMMARIUM.

QVid in hac quæstione dicat, & sentiat Vuadingus. Et quis sit verus quæstionis sensus? numer. 218.

Testator non potest remittere executori obligationem reddendi rationem: si tamen remittat, quid ea remissio operetur? num. 219.

218 REspondet Vuadingus *tract. de Contractib. disput. 4. dub. 13. §. 4. numer. 8.* hanc quæstionem videri decidendam juxta verba, & modum liberationis à testatore concessæ. Si autem ab eo dictum sit, se liberare executores à reddenda ratione, communiorem sententiam esse, quòd tunc liberi manent ab omni reddenda ratione, nisi quando contra ipsum executorem probaretur dolus. Pro qua sententia citat Speculat. *titul. de Instrum. edit. §. Nunc autem aliqua*, & Ioan. Andr. *in Addit. ad ipsum Speculat.* addens ita etiam tenere plures alios. Ipse autem huic sententiæ, seu ejus limitationi, non acquieuit, & postquam

multa

multa verba contra eam consumit, declarat tandem suam sententiam esse, quòd quando testator expressè diceret, se condonare executori omnia, quæ ipse expendere omitteret in executione testamenti, manet executor liberà reddenda ratione: neque tunc potest dolus ab eo committi; cùm testator ei permiserit seruare sibi quantum vellet de ejus bonis. Quæ quidem resolutio verissima est, eamque tenet relatis alijs Sanch. *loco infra citando*: at non respondet quæstioni propositæ in sensu quo à DD. intelligi, & agitari solet. Nim sensus illius est, vtrùm quando executor reuerà juxta mandatum testatoris tenetur distribuere illius bona in aliqua opera, vel personas, deobligatus sit à reddenda ratione, si testator eum liberare voluit ab hoc onere, committendo totam executionem ejus fidelitati, & conscientiæ, independenter à cognitione, & coactione potestatis publicæ?

219 Quæstioni igitur sic intellectæ negatiuè respondendum est cum commuui sententia, quam relatis pluribus tradunt Mattienzo *lib. 5. Recopilat. tit. 4. l. 14. Glos. 1. numer. 67. ad med.* Molina *tom. 1. de Iustit. disputation. 251. §. Dubium deinde est*; Sanch. *lib. 4. Opuscul. cap. 1. dub. 55. numer. 12.* multis citatis, Barbosa *de Potestat. Episcop. allegat. 82. numer. 18.* & Diana *p. 8. tract. 5. resol. 35.* idemque tenet Vuadingus *vbi supra*, & constat apertè ex *cap. Tua, de Testament.* definitumque est, *in Ordination. Lusit. lib. 1. titul. 62. in princip.* Ratione etiam probatur, tum quia exigere hujusmodi rationem pertinet ad publicam potestatem propter commune bonum; quod testator impedire non potest. Tum etiam quia alioqui daretur executoribus occasio peccandi, & maneret crimen impunitum; quod permitti non debuit propter solam voluntatem testatoris. Addunnt vero relatis alijs Mattienzo, Sanch. & Diana *vbi supra*, quòd quando testator remittit executori rationem reddere, solùm videtur ei remittere scrupulosam inquisitionem, quoad culpam, non quoad dolum, vel reliquorum restitutionem.

§. 8. *Vtrum Religiosi executores testamenti teneantur reddere rationem Episcopo?*

SUMMARIUM.

Religiosi claustrales, si sint executores testamenti tenentur de jure communi reddere rationem Ordinario loci, quamuis aliàs sint exempti, ipseque tenetur eam exigere; non claustrales autem soli Papæ vel ejus Legato, vel ei qui legitimus Superior eorum fuerit, eam reddere tenentur; numer. 220.

Abbas claustralis habens jus Ordinarij respectu alicujus territorij, si fuerit executor testamenti, non tenetur reddere rationes, nisi ei, cui Episcopus teneretur, si esset executor; num. 221.

Vtrum Religiosi Mendicantes, & qui eorum priuilegijs gaudent, à prædicta obligatione reddendi rationem Ordinario loci exempti sint? num. 222. & sequentib.

Respondetur, quòd de jure communi Religiosi claustrales (ideſt qui 220
viuunt conuentualiter intra claustra Monasterij sub obedientia Abbatis, seu Prælati ipsius Monasterij) si sint executores testamenti, tenentur, quamuis exempti sint, reddere rationem susceptæ executionis Ordinario loci, ipseque Ordinarius eam exigere tenetur, eosque punire, si in executione deliquerint. Ita expressè habetur *in Clementina vnica, de Testament.* Reli-

gioſi autem non clauſtrales præpoſiti alicui Eccleſiæ exemptæ à juriſdictione Epiſcopi non tenentur rationem reddere Epiſcopo, ſed Papæ, vel ejus legato, vel ei, qui legitimus eorum Superior fuerit, quia *dict. Clem. vnica*, de ſolis Religioſis clauſtralibus loquitur. Et ita docet Sanch. *lib. 6. in Decal. cap.* 11. *numer.* 23. cum Abbate *in dict. Clementina, numer.* 5. & Gloſ. *ibid. verb. Deputatis, in fine.*

221 Notat etiam Vuadingus *tractat. de Contractib. diſputation. 4 dub.* 13. §. 6. ſi Abbas clauſtralis habeat jura Ordinarij reſpectu alicujus territorij, non teneri rationes reddere, niſi ei, cui Epiſcopus teneretur, ſi eſſet executor. Quia *in dict. Clementina vnica*, non dicitur quòd Religioſi clauſtrales teneantur reddere rationem Epiſcopo, ſed locorum Ordinarijs: vnde cùm hic Abbas ſit Ordinarius loci, idem de illo cenſendum eſt, acſi eſſet Epiſcopus talis loci. Cui autem teneatur Epiſcopus rationem reddere? §. *ſequent.* dicemus. Addit præterea, & bene idem Vuadingus Religioſum clauſtralem tali Abbati ſubjectum poſſe ei rationem reddere, non vt Prælato regulari, ſed vt Ordinario loci.

Graue autem dubium eſt, vtrùm
222 prędicta reſolutio principalis, quòd Religioſi clauſtrales tenentur reddere rationem Epiſcopo, locum hodie habeat in Religioſis Mendicantibus, & alijs, qui cum eis communicant in priuilegijs? Ratio dubitandi eſt, quia hi Religioſi non ſolùm gaudent communi exemptione, quæ non tollit quominus taliter exempti conueniri poſsint coram Epiſcopo ratione contractus, vel delicti, juxta *cap.* 1. *de Priuileg. in* 6. ſed etiam ſpeciali, & pleniſsima, propter quam neque ratione contractus, aut delicti Epiſcopo ſubjiciuntur, vt ab eo judicari, aut puniri poſsint. Vnde quanuis *in dict. Clementina vnica*, executores Religioſi, etiam exempti, obligentur reddere dictam rationem Epiſcopo, id videtur intelligendum de exemptis exemptione communi, non vero ſpeciali & plena, qua Mendicantes per ſua priuilegia gaudent. Prima igitur ſententia hac in re negat Religioſos exemptos dicta exemptione ſpeciali teneri reddere rationem coram Epiſcopo. Ita ſentiunt Richar. *in* 4. *diſt.* 45. *articul.* 5. *quæſtion.* 2. Angel. *verb. Executor, numer.* 20. & ibi Armilla *numer.* 14. Tabiena *quæſtion.* 14. *numer.* 15. Sylueſt. *verb. Teſtamentum*, 2. *quæſtion.* 2. *dicto* 4. Emmanuel Rodrig. *QQ. Regular. quæſt.* 70. *articul.* 5. *& in Sum. tom.* 2. *capit.* 156. *numer.* 8. Fagund. *de Contractib. lib.* 6. *cap.* 5. *numer.* 5. Vega *in Summa cap.* 114. *caſu* 5. Carpius *de Execut. teſtament. lib.* 1. *cap.* 5. *numer.* 42. *& lib.* 4. *cap.* 2. *numer.* 9. & Molfeſius *in Summa tom.* 2. *tract.* 13. *cap.* 11. *numer.* 29. qui addit, ita ſeruari in praxi, quòd ſcilicet Religioſi dicta ſpeciali exemptione gaudentes, non ab Epiſcopo, ſed à ſuiſmet Prælatis cogantur rationem reddere. In eadem ſententia eſt Vuadingus *dict.* §. 6. *numer.* 5. ea maximè ratione, quòd dubitari non poteſt, quin poſt dictam *Clement. vnic.* ampliſsima priuilegia exemptionum conceſſa ſunt Religioſis Mendicantibus.

Contrariam nihilominus ſententiam 223
tenent Anchar. *in d. Clem. vnic. num.* 6. Bonifac. *ibid. num.* 64. Sanch. *lib.* 6. *in Decal. cap.* 11. *num.* 22. Barboſa *de Poteſt. Epiſcopi alleg.* 82. *num.* 48. & Caſtrus Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *diſp.* 4. *puncto* 13. §. 1. *num.* 7. & pro eadem videtur ſtare Molina *tom.* 1. *de Iuſt. diſp.* 247. §. *Si Religioſi*, vbi indiſtinctè aſſerit, Religioſos, eſto ſint exempti, teneri reddere dictam rationem Ordinarijs locorum, vt *in d. Clem.* ſtatuitur. Ratio hujus ſententiæ eſt, quia *dict. Clementina vnica* loquitur abſolutè, & indiſtinctè de quibuſuis Religioſis clauſtralibus, quantumuis alias exemptis; ergo comprehendit omnes exemptos, etiam exemptione illa ſpeciali: nam vbi jus non diſtinguit,

nec

nec nos distinguere debemus; quare solùm excipiendi erunt, qui speciale priuilegium contra illam decisionem habuerint; & non sufficiet esse taliter exemptos, vt etiam ratione contractus, vel delicti Episcopo non subjiciantur.

224 Ambæ hæ sententiæ sunt probabiles; mihi tamen prior retinenda videtur: tum quia est magis recepta; tum præsertim, quia cùm Religiosi mendicantes, & qui cum eis in priuilegijs communicant, per sua priuilegia sint specialiter exempti ab Episcopis, etiam quoad hoc, vt neque ratione contractus, vel delicti, ei subjecti sint, planè in talibus priuilegijs continetur, vt etiam Episcopo non subjiciantur ratione executionis testamentariæ ab eis acceptatæ; quia vt latè ostendimus §. 1. *hujus sectionis*, obligatio quæ ex tali acceptatione resultat exequendi fideliter testamentum est obligatio ex contractu, scilicet mandati, & negligentia in eo implendo est quoddam delictum. Ergo continetur in priuilegio, quo dicti Religiosi exempti sunt, vt neque ratione contractus, vel delicti subjiciantur Episcopis, & coram eis conueniri possint: eo præsertim, quòd hujusmodi priuilegia, cùm sint concessa in fauorem status Religiosi, ampliari potiùs debent, quàm restringi.

§. 9. *Vtrum Episcopi, uel clerici, quando fuerint executores alicujus testamenti, teneantur reddere rationem judici laico?*

SUMMARIUM.

Episcopos teneri reddere dictam rationem judici laico, nonnulli sentiunt; numer. 225. *Contrarium tamen est tenendum; num.* 226.

Quando executio testamenti spectat ad Episcopum, eoquod ad eum deuoluta est, nemini tenetur rationē reddere, nisi soli Deo; num. 227.

Clerici Episcopo inferiores testamenti executores solùm coram judice Ecclesiastico possunt cogi rationem reddere; num. 228.

QUod attinet ad Episcopos statutum est *in l. Nulli, Cod. de Episcop. & cleric.* vt quando testator aliqua bona reliquerit ad Redemptionem captiuorum, & non designauerit personam, per quam id mandetur executioni, Episcopus loci, ubi testator natus est, habeat facultatem exigendi quod ad illud opus relictum est, ipsumque opus quamprimum exequatur; simulque eidem Episcopo injungitur, vt rectori Prouinciæ manifestet, quę bona, & quo tempore acceperit ad id pręstandum; atque vt post vnius anni spatium eidem judici rationem reddat, tum de numero captiuorum, qui redempti sunt, tum de pretio, quod pro eis dedit. Vnde credit Molina *tom.* 1. *de Iustit. disput.* 247. §. *Excipitur, in fine*, cum Gregor. Lop. quem ibidem refert, teneri hodie Episcopos illam rationem judici sæculari reddere, sicut in dicta lege præcipitur, cùm contrarium nullis alijs juribus constitutum sit. Idem pro quouis casu, quo Episcopus testamentum exequitur, sentire videtur Vuadingus *de Contractib. disput.* 4. *dub.* 13. §. 6. *numer.* 3. vbi sic ait: An verò quando Episcopus exequitur, teneatur rationem reddere judici sæculari, vel cætera facere, quæ disponuntur *in dict. l. Nulli?* aliqui dicunt non esse in vsu; Molina dicit, seruanda omnia; consulenda hìc locorum consuetudo. Nam lex pro judice est clara, nec per Canones correcta: sic ille. 225

Contrarium tamen docet meritò Diana *p.* 8. *tract.* 5. *resolut.* 42. scilicet Episcopum executorem nullo in casu teneri reddere rationem coram judice sæculari; cùm id sit contra im- 226

munitatem Ecclesiasticam, & Episcopalem dignitatem; sed debere eam reddere coram suo Metropolitano. Quam sententiam tenent etiam Carpius, Escobar, & Spino; quos idem Diana refert. Neque obstat, si dicas, quòd in casu dictæ *l. Nulli*, Episcopus accipit facultatem exequendi voluntatem defuncti à potestate laica, cum onere reddendi rationem judici laico; ac proinde quòd talem facultatem acceptando se ipsum veluti ex contractu obligauit subire illud onus: & sic absque præjudicio immunitatis Ecclesiasticæ ad illud teneri. Respondetur enim, illam facultatem non competere Episcopo ex sola concessione potestatis laicæ *in d. l. Nulli*, sed præcipuè ex dispositione juris Canonici: quod tale onus ei non imponit, nec imponere debuit; cùm Episcopalem dignitatem non deceat; proindeque contra Ecclesiasticam immunitatem fore, si Episcopus illud subire cogeretur, cùm per jus Canonicum ab eo sit liber, nec illud acceptasse censendus sit.

227 Quòd si executio testamenti ad Episcopum spectet, eoquod propter negligentiam executoris à testatore designati ad illum deuoluta est, tunc nemini tenetur rationem reddere, nisi soli Deo. Cum in tali casu procedat ut judex publicus, in cujus tribunali causa hæc terminatur, absque obligatione reddendi rationem alteri Superiori, nisi fortè in aliquo raro casu, in quo de mala sua administratione apud Superiorem accusaretur, vel denuntiaretur: nam tunc cogi ab eo posset rationem reddere. Adde, quòd Episcopi, quando executio ad eos deuoluitur, non solent per se eam expedire, sed per suos Vicarios, vel alios ministros ad id deputatos, qui Episcopo, vel alteri officiali ad id constituto, rationem reddunt, vt in aliquibus Constitutionibus Synodalibus hujus Regni expressè cauetur.

228 Quod vero attinet ad clericos Episcopo inferiores, tenet Alphonsus de Escobar apud Dianam *d. tract. 5. resol.* 43. obligari reddere rationem coram judice laico. Merito autem ab hac sententia recedit idem Diana *loco citat.* cum Martha *de Iurisdiction. p. 4. cent. 2. casu* 148. *numer.* 16. qui docent, non posse clericos executores testamentorum cogi reddere rationem coram judice laico, sed solùm coram judice Ecclesiastico conueniendos esse; juxta *cap. Ioannes, de Testament. & Clem. eodem titul.* vbi Abbas, *numer.* 8. Quia cùm clerici Ecclesiastico judici subsint, non verò secularibus, illi tantùm rationem reddere cogendi sunt: quam sententiam tenet etiam Oliua *tract. de Foro Ecclesiæ, 2. p. q.* 31. *fine.*

§. 10. *Vtrum executor testamenti teneatur facere inuentarium, & apud quem judicem conficiendum sit?*

SUMMARIUM.

IN quo executore quæstio hæc locum habeat? Et quando hæres teneatur facere inuentarium? num. 229.

Executor, penes quem sunt bona testatoris, vt ea expendat in vsus à testatore præceptos, tenetur facere eorum inuentarium; num. 230.

Testator potest remittere executori confectionem inuentarij: id tamen non impediet quominus à judice compelli possit illud conficere; num. 231.

Quando testator est laicus, & testatus est ad causam non piam, instituto hærede laico, conficiendum est inuentarium apud judicem laicum; numer. 233. *Et quid, si simul cum laico institutus est hæres clericus? num.* 234.

Apud quem judicem confici debeat inuentarium, quando testator laicus clericum tantummodo instituit? numer. 235. *Et quid quando testator clericus laicum hæredem instituit? numer.* 236. *& sequentib. Item quid, quando testator clericus instituit hæredem clericum?*

ricum? num. 240. & seqq.

Quomodo justificari possit praxis Lusitana, quæ obtinuit, vt mortuo Episcopo, inuentarium bonorum illius fiat per ministros Regios? num. 242.

Ad quem judicem spectet inuentarium, quando clericus simul clericum, & laicum hæredes instituit? numer. 243. & seqq.

Clericus citari non potest citatione arctatiua ad comparendum coram judice sæculari; bene autem citatione denunciatiua, vt possit coram illo agere de jure suo; numer. 244.

In indiuiduis, magis dignum trahit ad se minùs dignum; & clericus laicum ad judicium Ecclesiasticum; numer. 245.

Clericus non indiget licentiâ Episcopi ad jurandum coram judice sæculari, quando non ex mandato judicis, sed voluntariè ad jurandum accedit; numer. 248.

Hæres clericus institutus à clerico potest, si velit, post aditam hæreditatem accedere ad judicem sæcularē pro conficiendo inuentario, nisi judex Ecclesiasticus eum præuenerit; numer. 249.

Quando plures sunt hæredes, omnes simul tenentur facere inuentarium coram vno & eodem judice: potest autem vnus alteri confectionem inuentarij committere ad vitandam molestiam, & expensas; num. 250.

Quando testamentum est conditum ad pias causas, si testator erat clericus, & hæreditas non sit adita, pertinet confectio inuentarij ad judicem Ecclesiasticum: & quid si testator erat laicus? numer. 251. Si autem hæreditas jam sit adita, variè distinguitur; numer. 252. & seqq.

229 HÆc quæstio solùm habet locum in executore, penes quem sunt bona testatoris, vt ea expendat in opera, & vsus à testatore præceptos. Nam si bona sint penes hæredem testatoris, non spectat ad executorem, qui hæres non est, facere inuentarium illorum, sed ad ipsum hæredem; qui præstabit, quæ necessaria fuerint, vt testamentum executioni mandetur. At neque ipse hæres inuentarium facere tenebitur, nisi testator eum grauasset, vt totam hæreditatem, vel quotam illius insumeret in vsus ab ipso testatore præscriptos, eamue alteri restitueret; nam secluso hujusmodi casu, sibi tantùm præjudicare potest non faciendo inuentarium: siquidem omnia onera hæreditaria impleri cogetur, etiam si vires hereditatis excedant; cùm ad ea omnia se obligauerit, hoc ipso quòd hæreditatem acceptauit absque beneficio inuentarij; vt nunc ex communi doctrina suppono. Quando autem grauatus esset expendere totam hæreditatem, vel quotam illius: tunc idem de illo erit, atque de executore, ad quem bona testatoris deuenerunt, vt ea expenderet, juxta voluntatem defuncti: de quo executore jam diximus.

Loquendo igitur de prædicto executore, qui propriè ad præsentem quæstionem spectat, communis sententia est, teneri facere inuentarium omnium bonorum, quæ accepit ad expendendum in opera, & vsus à testatore præscriptos. Ratio patet: quia talis executor tenetur rationem reddere accepti & expensi in opera & vsus sibi præscriptos à testatore, vt ex superioribus constat, & est indubitatum; ratio autem accepti, neque exigi, neque reddi conuenienter potest, nisi per codicem inuentarij, vt satis per se liquet, & ita pro hac ratione reddenda disponit jus Lusitanum *lib. 1. Ordinat. tit. 62. §. 9.* vt executores testamentarij, & similes personæ obligatæ implere aliqua testamenta, ostendant Prouisoribus tam ipsa testamenta, quàm inuentarium bonorum defuncti, quæ acceperunt, & expensas ex illis factas: idemque sumitur ex *l. Nulli, Cod. de Episcop. & cleric.* vbi Episcopo rationem reddituro executionis legati pro redimendis captiuis ipsi demandatæ, in- 230

jungitur, vt pecunias, quas ad hoc acceperit in publico instrumento descriptas judici manifestet.

231 Limitat verò hanc resolutionem Vuadingus *tract. de Contractib. disp. 4. dub. 13. §. 4. numer. 7.* & ex eo Diana *p. 8. tract. 5. resolut. 31.* referens etiam Bartholum, nisi testator executori remittat confectionem inuentarij. Quod probat argument. *l. vltim. §. Illo, C. Arbitr. tutel.* vbi admittitur, posse testatorem remittere tutoribus, & curatoribus obligationem conficiendi inuentarium. Non obstabit tamen ea remissio, quominus judex eum possit obligare, vt inuentarium conficiat, si id expedire judicauerit, vt in simili de tutore tenet cum Barthol. & communi DD. Couar. 2. *Variar. cap. 14. numer. 4.* & Molina *tom. 1. de Iustit. disputat. 223. §. Vtrum autem tutori*, Cabedo 1 *p. decis. 136. numer. 8.* & Francus Niger. *Forens. controuers. 534. num. 37.*

232 Non leuis autem difficultas est, ad quem judicem, seu ad quod forum, Ecclesiasticum ne an sæculare, confectio talis inuentarij pertineat? Cui vt aptè satisfiat, nonnulli casus distinguendi sunt. Nam vel testator, cujus bona inuentarianda sunt, est laicus, vel clericus: item vel testatus est ad pias causas, vel ad non pias; & vel ejus hæreditas jam est adita, vel adhuc jacens: & si est adita, vel adita est per hęredem laicum, vel per Ecclesiasticum: & vel is, qui adiuit, est propriè hæres, qui scilicet adeundo bonorum dominium acquisiuit, vel solùm habetur loco hæredis; qui adeundo, solam bonorum administratio nem acquirit; cujusmodi sunt executores vniuersales testamenti ad pias causas, quæ omnia ad præsentem considerationem spectant: & ideo plures casus distinguere oportet.

233 Primus igitur casus sit. Quando testator est laicus, & testatus est ad causas non pias, instituto hærede laico. In hoc casu siue hæreditas sit jacens, siue adita, confectio inuentarij spectat ad judicem sæcularem. Est resolutio apud omnes indubitata; cùm tam res, quàm personæ, quæ hìc interueniunt, sint merè laicæ, & ad forum sæculare spectantes; vnde non est cur confectio inuentarij in tali casu faciendi ad forum etiam sæculare non spectet.

Sed quid, si à tali testatore, simul cum laico institutus etiam est clericus? Respondetur, tunc etiam confectionem inuentarij spectare ad forum, & judicem sæcularem, præsertim si hæreditas adhuc sit jacens; quia hæreditas jacens repræsentat personam defuncti, *l. Hæreditas, 34. ff. de Acquir. rerum domin. §. Seruus autem, Instit. de Hæredib. institut. & l. Denique, §. Quæsitum, in fine, ff. Quod vi, aut clam.* Unde cùm defunctus fuerit laicus, cujus bona, si viuus esset, potestati sæculari subjicerentur, consequens est ad eandem etiam pertinere eorum cognitionem, & inuentariationem, dum hæreditas talis defuncti est jacens. Quo argumento probat, & pro certo habet D. Petrus Barbosa *in l. Hæres absens, in princip. numer. 186. ff. de Iudicijs*, cum Carolo Molinæo, quem ibidem refert, quoties hæreditas defuncti laici est jacens, licèt hęres institutus sit clericus, non posse judicem Ecclesiasticum se in illis bonis intromittere ad conficiendum inuentarium, licèt contrarium senserint Franciscus Marius, *decis. 1060. numer. 4. in prima parte, & Phanutius de Inuentario, 3. p. numer. 25.* Quando autem hæreditas jam esset adita, licèt nonnulla sit difficultas, attamen quod tunc etiam confectio inuentarij pertineat ad forum sæculare, videtur probabilius, vt à fortiori constabit ex infra dicendis, *numer. 243.* vbi probauimus, quòd etiam quando testator est clericus, si laicus & clericus instituti sunt, & hæreditas est adita, potest inuentarium fieri apud judicem laicum. 234

Secundus casus est, quando testator laicus clericum tantummodo instituit. In hoc casu, si hæreditas sit jacens, cùm repræsentet defunctum laicum, pertinet confectio inuentarij bo- 235

no-

norum illius ad judicem laicum, vt const-
320 tat ex dictis *numer. præcedent.* Et ita præter Barbosam ibidem allegatum, docent in specie Gabriel Pereira *de Manu Reg. p. 1. cap. 16. numer. 22.* Carleual. *de Iudicijs lib. 1. titul. 1. disputat. 2. quæstion. 5. numer. 343.* & Oliua *de Foro Ecclesiæ, 2. part. quæstion. 31. numer. 31.* dicens sibi esse indubitabile. Si autem hæreditas sit adita, pertinet confectio inuentarij ad judicem Ecclesiasticum. Quia postquam hæreditas est adita, non manet, nec potest dici propriè hæreditas defuncti, *l. 1. §. Scæuola, ff. Siquis in testament. liber. esse juss. fuerit, l. Hæreditas in multis, ff. de Acquir. rerum domin. §. 1. Institut. de Hæred. qualit. & differ.* sed res omnes hæreditariæ incipiunt considerari tanquam patrimonium hæredis adeuntis, in cujus dominium transiere; *dict. §. 1. Institut. de Hæred. qualitat. & alijs juribus citat.* Unde, cùm in præsenti casu hæres, qui adiuit, sit clericus, cujus tam persona, quàm bona sunt omnino exempta à potestate laica, *cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de Constitut.* fit vt confectio inuentarij talium rerum non pertineat ad judicem laicum, sed ad solum Ecclesiasticum, nihil obstante, quod dum erant defuncti, vel illum repræsentabant, laicæ potestati subjectæ fuerint. Quia quando res non priuilegiatæ perueniunt ad priuilegiatum, amittunt naturam antiquam, & fiunt priuilegiatæ, *l. Per procuratorem, aliàs, Paulus respondit,* & ibi Barthol. *ff. de Acquir. hæredit. capit. vnic. §. fin. de Iure patron. in 6.* Et ita quod in præsenti casu confectio inuentarij pertineat ad judicem Ecclesiasticum, docent in specie Emmanuel Barbosa *in Addit. ad Ordination. Reg. lib. 1. titul. 87. §. 4. numer. 5.* & D. Petrus Barbosa *in l. Si constante, numer. 30. ff. Solut. matrimon.* vbi pro eadem sententia refert Guid. Pape *decis. 261.* videturque omnino tenendum.

236 Tertius casus est, quando clericus testator laicum hæredem instituit. In hoc casu si hæreditas sit adita, confectio inuentarij spectat ad judicem laicum. Quia licèt ante aditionem hæreditas repræsentassit defunctum priuilegiatum, nempe clericum, & sic illius priuilegio & exemptione gauderet: at cùm per aditionem transierit in patrimonium, & dominium laici instituti, mutatâ personâ ob quam erat priuilegiata, mutata etiam fuit bonorum conditio, & effecta sunt non priuilegiata, & de foro laico, juxta conditionem personæ, in quam transiere, vt per *dict. l. Per procuratorem, ff. de Acquir. hæredit. & dict. cap. vnic. §. fin. de Iur. patron. in 6.* & sic eorum inuentarium ad sæcularem judicem spectat. Atque ita docent communiter DD. Guido Pape *dict. decis. 261.* Petrus Barbosa *in l. Hæres absens, numer. 179. ff. de Iudicijs,* Martha *de Iurisdict. p. 4. casu 122. numer. 16.* Gabriel Pereira *de Manu Regia, 1. p. cap. 16. numer. 20.* Fragos. *3. p. lib. 5. disputation. 8. §. 2. numer. 93.* Oliua *de Foro Ecclesiæ quæst. 31. num. 2.* & multi alij, quos refert.

Si autem hæreditas non sit adita, sa- 237
tis controuersum est, vtrùm ad sæcularem, vel ad Ecclesiasticum judicem confectio inuentarij pertineat? Pro sęculari acriter pugnant Petrus Barbosa *in dict. l. Hæres absens, numer. 192 & sequentib.* & Carleual. *de Iudic. lib. 1. titul. 1. disputation. 2. numer. 341.* Quorum fundamentum est, quia insinuatio, seu publicatio testamenti in prædicto casu debet fieri coram judice sæculari, vt probat *l. Repetita, Cod. de Episcop. & clericis.* & ibi Bald. *numer. 1. & l. Consulta Diualia, Cod. de Testament.* & tenet praxis magis recepta, vt per Couar. & alios quos referunt. Ergo ad judicem etiam sæcularem spectat confectio inuentarij in casu proposito. Probant consequentiam primò, quia quando inuentarium fit ante aditam hæreditatem: ejus confectio nihil est aliud, quam quædam specialis declaratio bonorum, quæ in confuso relinquuntur hæredi. Unde cùm declaratio solùm detegat,

gat, quòd latebat, *l. Adeò, §. Non videtur, ff. de Acquir. rerum dominio, l. Hæredes palam, §. Siquid post, ff. de Testament.* debet considerari tanquam quid contentum in ipso testamento, & quasi ejus pars. Ergo sicut ad judicem sæcularem in præsenti casu spectat cognitio testamenti, & eius publicatio, sic etiam spectat confectio inuentarij; cùm censeatur pars illius. Secundò, quia inuentarium, quod fit ante aditionem hæreditatis, est quoddam præparatorium ad publicationem testamenti, vt sciatur, quot bona reliquerit defunctus, ex quibus possit satisfieri voluntati defuncti publicatæ: qui autem est judex competens præparati, est etiam præparatorij, ex regula *l. Ordinarij, Cod. de Rei vendicat*; vbi id notat Bald. *numer.* 2. Hanc eandem sententiam, licèt ex diuerso fundamento, magis probat Guttier. *Practic. qq. lib. 2. quæstion. 49. numer.* 3. & pro illa etiam videntur stare, qui indistinctè asserunt, confectionem inuentarij de bonis clerici defuncti à quo laicus est institutus, spectare ad judicem sæcularem: hi sunt Emmanuel Barbosa *in Remission. ad Ordination. Reg. lib. 1. tit.* 87. §. 4. *numer.* 5. Cabed. *decis.* 81. *p.* 1. & alij, quos referunt: nonnullos etiam adducit Petrus Barbosa *vbi sup. num.* 178. *&* 183.

238 Nihilominus contrariam sententiam, quòd scilicet in præsenti casu, si hæreditas non sit adita, confectio inuentarij pertinet ad judicem Ecclesiasticum, non verò ad sæcularem, tenent meritò Martha *dict.* [*casu* 122. *numer.* 15. Gabriel Pereira *dict. cap.* 16. *numer.* 21. Manrique *Variar. qq. p.* 1. *quæstion.* 73. *numer.* 2. *& sequentib.* veriorem in puncto juris fatetur idem Carleual. *vbi proximè, dict. disputation.* 2. *numer.* 342. & alij, quos citat & sequitur Oliua [*quæstion.* 31. *numer.* 5. vbi testatur, sæpe se vidisse hanc sententiam obseruari in praxi hujus regni Lusitani: atque id etiam haberi in Constitutionibus Synodalibus plurium dœcesium ejusdem Regni, in quibus statuitur, vt Vicarij Generales Episcoporum inuentarium faciant de bonis clericorum defunctorum. Adduci etiam pro hac sententia potest Guido Pape *dict. decis.* 261. cum multis alijs, qui illum indistinctè sequuntur, quatenus asserendo simpliciter, quòd quando clericus instituit laicum, pertinet inuentarium ad judicem laicum, in eo tantùm se fundat, quòd hæreditas transierit in patrimonium laici instituti, & sic effecta sit laica, & de foro laico; quæ ratio solùm militat quando hæreditas jam est adita. Vnde à cessante ratione, contrarium videtur sentire, pro casu quo hæreditas adhuc est jacens: cùm pro tunc solùm repræsentet defunctum clericum, ejusque immunitate gaudeat, atque adeo, non ad judicem laicum, sed ad Ecclesiasticum spectare debeat inuentarium bonorum, quæ in ea reperiuntur. Et hoc est fundamentum hujus sententiæ, quod mihi videtur ineluctabile, quidquid Guttier. & Petrus Barbosa *loc. supra citat.* illud eneruare conentur.

Hæc igitur sententia tenenda est, & ad 239
fundamentum quod Petrus Barbosa pro opposita subtiliter commentus est, & post eum Carleual. respondemus, in primis sub lite esse ejus antecedens, quòd scilicet insinuatio, & publicatio testamenti in proposito casu ad judicem sæcularem pertineat: multi enim DD. contrarium satis probabiliter sentiunt, vt videre est apud Molinam *tom.* 1. *de Iustit. disputation.* 50. §. *Ante penult.* & Oliuam *de Foro Ecclesiast. p.* 2. *quæstion.* 30. *numer.* 48. Verùm, admisso illo antecedente, negamus consequentiam: & ad primam ejus probationem negamus etiam, inuentarium censeri contentum in testamento, & quasi partem illius: id enim manifestè est falsum; quia cùm non fiat per ipsum testatorem, neque eo viuente, rationem, & naturam testamenti participare non potest: neque etiam principaliter sit, vt specialiter declaretur, quæ bona in testamento relinquuntur, sed ne per fraudem, & malitiam alicujus bona defuncti abscondantur, [vel subnegentur, & sic impediatur implementum voluntatis

tis

tis ipsius defuncti: vnde cùm ille sit clericus, & bona ejus nondum transierint in patrimonium laici instituti, sit vt ad judicem Ecclesiasticum confectio inuentarij pertineat. Ad secundum respondetur, negando etiam tale inuentarium esse præparatorium ad publicationem testamenti. Quia vt testamentum publicetur, non est necessarium inuentarium, vnde fere semper post testamenti apertionem & publicationem fieri solet, vt est notissimum.

240 Quartus casus est, quando clericus instituit hæredem clericum. In hoc casu, siue hæreditas sit jacens, siue jam adita per clericum institutum, confectio inuentarij pertinet ad judicem Ecclesiasticum. Ratio patet ex supradictis, quia si hæreditas est jacens, repræsentat clericum defunctum; & sic confectio inuentarij de bonis in ea repertis, spectat ad judicem clericorum, qui est solus Ecclesiasticus. Si autem jam est adita per clericum institutum, effecta est patrimonium illius; & sic gaudet immunitate bonorum clericalium; in quibus solus judex Ecclesiasticus se intromittere potest, *cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de Constit.* Atque ita docent Francile. Marcus *decis.* 104. *p.* 1. Guttier. *Pract. qq. lib.* 2. *quæstion.* 49. *à numer.* 5. Martha *de Iurisdict. p.* 4. *casu* 122. *numer.* 14. Gabriel Pereira *de Manu Regia p.* 1. *cap.* 16. *numer.* 25. & Oliua *de Foro Eccles.* 2. *p. q.* 31. *sub num.* 28.

241 At in hoc etiam casu, si hæreditas non sit adita, pertinere inuentarium ad judicem secularem, contendit Petrus Barbosa in *dict. l. Hæres absens, numer.* 197. *& Carleual vbi supra, dict. disputation.* 2. *numer.* 346. moti ea ratione, quòd etiam quando clericus instituit hæredem clericum publicatio testamenti pertinet ad judicem secularem: & consequenter ad eundem etiam pertinet inuentarium, tanquam pars ipsius testamenti. Sed hoc fundamentum jam satis *numer.* 239. impugnatum est, & ostensum nullius esse momenti. Adhuc tamen pro hac opinione argui potest ea ratione; quia Princeps sæcularis licèt nullam habeat jurisdictionem in clericos, neque in eorum bona, curare tamen potest de facto, & tanquam negotiorum gestor, vt bona clericorum defunctorum custodiantur, & integra futuris eorum successoribus conseruentur, impediendo latrocinia, quibus alias manerent exposita, dum in potestatem hæredum, vel successorum non veniunt. Ad quem finem cùm maximè necessarium sit, fieri inuentarium illorum, consequens est, posse illud fieri per ministros Regios. Qua ratione praxis in hoc Regno Lusitano obtinuit, vt mortuo Episcopo, statim inuentarium bonorum illius fiat per ministros Regios, penesque illos sit eorum cura, donec successori tradantur.

Ad hoc verò bene respondet Oliua 242
vbi supra, licèt in bonis Episcoporum dicta praxis justificari possit ob assignatam rationem vitandi latrocinia, & præjudicium, quod aliàs successori sequetur, tamen in clericis inferioribus vix posse habere locum. Et diuersa ratio est, quia bona Episcoporum defunctorum plerumque sunt acquisita ex reditibus Ecclesiæ, in quibus de jure testari non possunt, & pertinent ad futurum Prælatum ejusdem Ecclesiæ, qui non statim est certus, nec nisi post longum tempus succedet: vnde multis interim latrocinijs sunt exposita, nisi per prouidentiam Regiam custodiantur. At verò inferiores clerici etiam de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis testari possunt ex recepta consuetudine horum Regnorum: & ideo vbi moriuntur, statim habent hæredem certum, qui facilè curare potest ne bona diripiantur. Si autem in aliquo casu ob absentiam, vel impotentiam hæredis latrocinia timerentur, nisi judex sæcularis ea bona defenderet, & custodiri curaret, tunc etiam ad ejus prouidentiam, & officium spectaret de illis curare ad impedienda furta, sicut in bonis Episcoporum dicta praxis admittit. Nunquam tamen in hujusmodi bonis se intromittere potest, quasi aliquam jurisdictionem in eis habeat, sed solùm de facto de illis cura-

re

re poterit, quando causa rationabilis id postulauerit. Unde semper stat, quòd de jure ad solum judicem Ecclesiasticum spectat inuentarium de bonis clerici defuncti, cujus hæreditas non est adita. In quo sensu præfata communis sententia procedit.

243 Quintus casus est, quando clericus simul clericum, & laicum instituit. In hoc casu si hæreditas non sit adita, satis ex dictis constat, quòd ad Ecclesiasticum judicem confectio inuentarij spectat; cùm talis hæreditas pro tunc repræsentet clericum defunctum, & sic ejus immunitate gaudeat. Si autem hæreditas sit adita, tenendum videtur, confectionem inuentarij spectare ad judicem sæcularem. Quam resolutionem indubitabilem dicit Oliua *dict. quæstion.* 31. *numer.* 32. quando hæres clericus peteret fieri inuentarium; quia cùm sit actor, & cohæres laicus citandus sit, in foro sæculari id fieri debet, juxta vulgares regulas, quòd clericus actor debet sequi forum rei, *cap. Si clericus laicum, & cap. Cum sit generale, de Foro competent.* Si autem laicus petat, contrarium videbatur dicendum, cùm eo casu clericus cohæres citandus sit, qui per prædictas juris regulas ad forum sæculare vocari non potest. Ex quo fundamento hanc partem sustinet Martha *de Iurisdict. p.* 4. *casu* 122. *à num.* 5.

244 Verius nihilominus videtur, quòd in hoc etiam euentu potest inuentarium fieri apud judicem sæcularem, ut cum Angelo Baldo, Alex. Paulo, Iaf. & alijs defendit Oliua *loco proximè citat.* Et ratio est, quia id non repugnat, neque ex parte laici petentis, vt est manifestum; cùm laicus & illius bona sęculari potestati subdantur: neque etiam ex parte clerici citandi; quia licèt clericus citari non possit citatione vera, & arctatiua ad comparendum coram judice sæculari, *cap. Qualiter, de Iudic.* attamen bene, & sine præjudicio Ecclesiasticæ immunitatis citari potest citatione tantùm denuntiatiua, seu notificatiua rei gerendæ apud judicem sæcularem, vt bene docent Bald. *in l. Testamenta omnia, numer.* 4 *Cod. de Testament.* & ibi Iaf. *numer.* 3. Paulus *numer.* 7. Decius, & alij communiter, idem Decius *in cap. Cum inter, numer.* 16. *de Exception.* vbi Felin. *numer.* 12. *& in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, numer.* 68. *de Constit.* Surd. *decis.* 26. *numer.* 1. *&* 11. Curia Philippica 1. *p.* §. 5. *numer.* 31. Gironda, *de Gabellis,* 4. *p.* §. 1. *numer.* 18. & plures alij, quos citat, & sequitur Ceuallus *tract. de Cognitione per viam violentiæ,* 2. *p. quæstion.* 78. *numer.* 3. Quia hæc citatio non continet præceptum obligans personam citatam, nec supponit vllam jurisdictionem in judice respectu illius, sed est tantùm quædam simplex notificatio, qua monetur, vt possit comparere ad dicendum de jure suo. Vnde notant bene cum alijs Ansald. *de Iurisdict. p.* 3. *titul. vnico, cap.* 13. *per totum,* Salgado *de Regia potestat. p.* 1. *cap.* 2. *à numer.* 133. & Oliua *vbi supra, & quæstion.* 30. *numer.* 17. quod clericus comparens ratione hujus citationis coram judice sæculari, non comparet vt reus, sed vt actor; cùm sponte sua absque vlla obligatione, vel coactione accedat ad curandum de suo interesse. Patet autem non prohiberi clericum accedere vt actorem ad sæculare judicium. Vnde consequens est, posse dicto modo citari ad confectionem inuentarij, quod cohæres laicus facere intendit apud judicem sęcularem. Nec dubium est quin prædicta citatio sufficiat, vt tale inuentarium validè fiat: quia vt aduertit Oliua *dict. quæstion.* 31. *numer.* 33. etiamsi clericus nullo modo citetur, nec vocetur, inuentarium nihilominus valet, licèt postea, si se læsum reperiat, de suo præjudicio agere possit. Id quod in praxi hujus Regni Lusitani admitti, tradit Valasc. *consult.* 52. *numer.* 22. *tom.* 1. vbi testatur, non requiri in hoc Regno, vt hæredes citentur ad confectionem inuentarij, quia liberum eis manet illud redarguere, si fideliter confectum non sit.

Quòd si vterque prædictus cohæres, 245
ideſt tam clericus, quàm laicus, de communi consensu velint facere inuentari-

tarium antequam hæ reditas inter eos diuisa sit, cùm tamen jam sit adita (in quo casu neuter eorum citandus est) dubitari meritò potest, apud quem judicem id fieri possit, vel debeat, Ecclesiasticum ne, an sæcularem? Circa quam difficultatem nihil apud DD. reperio: quid autem mihi videatur breuiter exponam. Censeo igitur, quòd in hoc casu possunt dicti cohæredes eligere quem voluerint ex illis judicibus: nam quòd possint adire judicem Ecclesiasticum non videtur dubitandum; quia cùm Ecclesiasticus sit proprius judex clerici, & sit dignior, cui etiam laicus subjectus est, si cohæres clericus ad eum velit accedere pro confectione inuentarij, secum necessariò trahet cohæredem laicum: nam cùm inuentarium sit faciendum de bonis hæreditatis nondum diuisæ, non potest laicus illud facere pro sua parte coram vno judice, & clericus pro sua coram alio, cùm adhuc non sit facta partitio, sed necesse est vt totum inuentarium fiat coram vno judice: vnde succedit hìc regula, quòd in indiuiduis magis dignum trahit ad se minùs dignum, & clericus laicum ad judicium Ecclesiasticum: Barthol. *in l. Præcipimus, §. Eodem obseruando, Cod. de Appellation.* Couar. *Practic. qq. cap.* 36. *numer.* 5. Azeued. *lib.* 4. *Recopilat. titul.* 1. *l.* 10. *numer.* 15. & 23. Gonçal. *ad regul.* 8. *Cancel. Glos.* 18. *numer.* 9. Cald. *de Emption. cap.* 10. *à numer.* 46. Gabriel Pereira *de Manu Regia*, 1. *p. cap.* 16. *numer.* 27. Martha, *de Iurisdict.* 4. *p. casu* 122. *numer.* 16. Guttier. *QQ. practic. lib.* 2. *quæstion.* 49. *numer.* 5. Stephan. Gratian. *cap.* 641. & cæteri omnes. Quæ ratio probat, quòd etiam quando dicti cohæredes circa judicem discordarent, volente laico adire judicem sæcularem, & clerico judicem Ecclesiasticum, debet clericus præualere.

246 Quòd autem possint etiam eligere judicem laicum, facilè probatur; quia in primis id non repugnat ex parte cohæredis laici, vt per se constat. Deinde non repugnat etiam ex parte clerici, quia clericus adeundo sponte sua judicem laicum pro inuentario ejus auctoritate conficiendo, non accedit ad illum vt reus, sed potiùs vt actor, petendo ab illo, vt pro authoritate, & officio quo fungitur, præcipiat tabellioni, vel notario sæculari, vt conficiat scripturam inuentarij, vt sit authenticum, & fidem faciat. In quo nihil est, quod immunitatem vel dignitatem clericalem offendat. Qua ratione admittit Oliua *de Foro Ecclesiæ quæstion.* 30. *numer.* 32. clericum hæredem non citatum posse adire sęcularem judicem, & petere ab eo publicationem testamenti: sicut potest ab illo petere, vt præcipiat tabellioni, vel notario sæculari, vt conficiat scripturam alicujus contractus: vel vt instrumentum præ vetustate corruptioni vicinum exemplari faciat in forma authentica per tabellionem laicum. Quod vltimum probat ex traditis per Butr. Abbatem, & Felin. *in c. vlt. de Fide instrum.*

Dices, obstare huic resolutioni, quòd judex, cujus authoritate inuentarium conficitur, solet præstare juramentum hæredi de eo fideliter faciendo, vt de praxi hujus regni Lusitani testatur Valasc. *consult.* 52. *numer.* 25. *fine*. Iudex autem sæcularis, cùm non sit Superior clerici, non videtur posse ab illo tale juramentum exigere, nec ipse clericus illud præstare absque licentia Episcopi; quemadmodum non potest jurare tanquam testis in judicio sæculari absque Episcopi licentia, vt est communis omnium sententia; cùm absque legitima facultate nullo modo se subjicere possit potestati sæculari. 247

Respondetur illud juramentum non obstare, quia judex sæcularis non exigit illud absolutè, cogendo clericum jurare tanquam subditum, velit, nolit; sed ex suppositione, quòd ille vult facere inuentarium authenticum: vnde nullam jurisdictionem in eum exercet, sed solùm admittit vt faciat, quod ad suum commodum est necessarium: quod neque ipsi judici, neque clerico prohibitum est, vt in simili docet Sanch. *lib.* 3. *in Decal. cap.* 6. *n.* 55. *fine*, vbi asserit, ministros sæculares 248

custodientes vrbem tempore pestis, licitè exigere à clericis, & Religiosis ad eam venientibus, vt jurent se non venire à locis infestis, quia non vi illata, sed ex suppositione, quòd velint ingredi vrbem, tale juramentum exigunt. Alioqui neque quando solus clericus peteret, & citandus esset laicus, ad confectionem inuentarij, posset adiri judex sæcularis; cùm in eo etiam casu præstandum sit juramentum tali clerico: contrarium autem probatum est *supra, numer.* 243. In juramento autem quod præstatur à clerico vt teste, est diuersa ratio, quia non exigitur ab illo ex aliqua suppositione ipsi voluntaria, sed ex mandato judicis absolutè præcipientis, vt deponat cum juramento de re circa quam interrogatur: vnde manifestè se illi subjicit, & tanquam Superiori obedit, si illud præstet; & ideo necessaria est licentia Episcopi, vt licitè id faciat, quamuis absque ea validum sit testimonium, vt DD. communiter admittunt.

249 Ex prædictis colliges, quòd etiam quando solus clericus institutus est, potest post aditam hæreditatem accedere ad judicem sæcularem pro conficiendo inuentario, si judex Ecclesiasticus non præueniat cogendo illum, vt inuentarium faciat, quando ad id tenetur. Nam fundamenta proximè adducta pro superiore resolutione, id etiam conuincunt, vt ea consideranti patebit: cogere autem clericum vt inuentarium faciat, ad solum judicem Ecclesiasticum spectat, cùm ea coactio sit actus Superioris, qualis respectu clerici est solus judex Ecclesiasticus.

250 Illud etiam hic notandum: quando clericus, & laicus simul hęredes existunt, licèt simul teneantur inuentarium conficere, ideſt, coram vno & eodem judice, vt constat ex dictis, *numer.* 245. & vniuersim loquendo tradit Valasc. *consult.* 52. *numer.* 34. *tom.* 1. quoties plures sunt hæredes: id tamen intelligitur, nisi vnus id alteri committat ad vitandam molestiam, & expensas, vt aduertit idem Valasc. cum Salicet. Iacobin. & alijs. Et quidem quando clericus, & laicus simul fuerint hæredes, & voluerint inuentarium fieri in foro sæculari, juxta supra dicta, conueniens erit vt clericus hoc negotium committat laico, quia tunc non oportebit clericum comparere coram judice sæculari, meliùsque dignitati, & immunitati clericali consuletur.

Sextus casus est, quando defunctus testatus est ad causam piam. In hoc casu constat primò ex supra dictis, si testator erat clericus, & hæreditas nondum sit adita, pertinere confectionem inuentarij ad judicem Ecclesiasticum. Nam si quando clericus instituit clericum, vel laicum, confectio inuentarii spectat ad judicem Ecclesiasticum, si hæreditas non sit adita, licèt testamentum sit ad causam non piam, vt probatum est *supra, numer.* 235. *&* *numer.* 238. à fortiori ad eum spectabit condito testamento ad causam piam, cujus cura maximè ad Ecclesiam spectat. Constat secundò, si testator erat laicus, pertinere confectionem inuentarij ante aditam hæreditatem ad judicem sæcularem, ob illam generalem rationem sæpius inculcatam, quòd hæreditas, dum non est adita, repræsentat defunctum; vnde cùm is fuerit laicus, ad laicum etiam judicem inuentarium bonorum illius spectat. Cui non obstat, esse talia bona relicta piæ causæ; quia etiam relicta pia ad curam, & prouidentiam potestatis sæcularis spectant, vt constat ex supra traditis *sect.* 1. *§. 5. numer.* 50. & tenent communiter DD. per text. *in l. Hæreditas, ff. de Petition. hæredit.* vbi scribentes communiter, & in *Authentic. De Ecclesiastic. titul. §. Siquis ad ædificationem*. quibus accedit jus Lusitan. *lib.* 1. *Ordination. titul.* 62. *§.* 13. *& sequentib.* & ita docet Oliua *de Foro Ecclesiæ, part.* 2. *quæstion.* 31. *numer.* 30. Addo tamen, etiam in hoc euentu 251

si-

fieri posse inuentarium apud judicem Ecclesiasticum data præuentione; quia licèt talis hæreditas non adita repræsentet defunctum laicum, & vt sic inuentarium de bonis in ea relictis pertineat ad forum laicum; attamen cùm sint relicta ad piam causam, atque adeo in bonum animæ ipsius testatoris, non minùs, imò magis eorum inuentarium spectat ad forum Ecclesiæ, cui præcipuè incumbit prouidere in ijs, quæ ad bonum animarum ordinantur.

252 Si autem hæreditas jam sit adita; credit Oliua, *vbi supra*, confectionem inuentarij esse misti fori, siue testator fuerit clericus, siue laicus; quia hæreditas ad pias causas relicta in vtroque foro peti potest, juxta communem sententiam, pro qua plurimos DD. refert. Distinguendum tamen est. Nam vel talis hæreditas relicta est alicui personæ Ecclesiasticæ veræ, vel fictæ, quæ per aditionem dominium illius acquisiuit, vt si relicta est alicui clerico pauperi, vel alicui Ecclesiæ, aut Monasterio, vel Hospitali authoritate Episcopi erecto. Et in hoc casu ad solum judicem Ecclesiasticum spectat confectio inuentarij. Quia eo ipso quod bona defuncti transierunt in dominium Ecclesiæ, vel personæ Ecclesiasticæ, effecta sunt Ecclesiastica, vel quasi Ecclesiastica, in quibus solus judex Ecclesiasticus se intromittere potest, *cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de Constit.* & patet ex supradictis *numer.* 235: vbi cum multis DD. ostendimus, quòd quando testator laicus instituit clericum, si is jam adiuit hæreditatem pertinet confectio inuentarij ad judicem Ecclesiasticum: quod procedit etiamsi hereditas relicta sit ad ad causas non pias, nedum quando est relicta ad causas pias, vt in præsenti.

253 Vel est relicta certæ personæ, aut personis laicis, vt vni, aut duabus puellis pauperibus, vt nubere possint, vel alicui Hospitali, alteriuè loco pio à sæculari potestate non exempto; quibus per aditionem acquisitum est dominium bonorum. Et in hoc casu veram censeo sententiam Oliuæ *numer. præcedenti*, relatam, quòd scilicet confectio inuentarij est misti fori, siue testator fuerit clericus, siue laicus. Nam licèt per aditionem acquisita fuerit hæreditas personæ laicæ, ejusque conditionem sequatur, vt possit judex laicus se intromittere ad conficiendum ejus inuentarium; attamen cùm relicta sit ad pias causas, pertinet etiam ejus inuentarium ad forum Ecclesiæ, ad cujus potestatem, & prouidentiam maximè attinent, quę ad pietatem, & bonum animarum spectant. Quo fit vt relicta ad pias causas in vtroque foro peti possint, data præuentione: Abbas *in cap. Relatum*, 1. *in fine, de Testament.* Couar. *in cap. Ioannes, in fine eodem titul.* Tiraquel. plurimos referens *tract. de Priuileg. causæ piæ, priuileg.* 149. Guttier. *Pract. qq. lib.* 2. *quæstion.* 48. *numer.* 2. Gabriel Pereira *de Manu Regia*, *p.* 1. *cap.* 16. *numer.* 18. Et cæteri Iuristæ communiter per text. *in l. Hæreditas, in fine, ff. de Petit. hæredit.* vbi omnes.

Vel denique relicta est indefinitè, 254
nullo nominato hærede certo, cui per aditionem dominium bonorum acquiratur, sed relictis tantùm executoribus vniuersalibus, vt bona accipiant & expendant in opera pia, vt in redemptionem captiuorum, vel eleemosynas pauperum, alioquè vsus pios; vt fit quoties quis in testamento dicit, *Se relinquere hæredem suam animam, vel pauperes Christi*, aut quid simile: quo casu executores habentur loco hæredum, & postquam hæreditatem defuncti agnouerunt, tenentur facere inuentarium, & cætera omnia, quæ ad executionem testamenti spectant, vt in superioribus declaratum est. In tali autem casu dico primò: si testator erat laicus, possunt dicti executores post acceptatum officium, & agnitam defuncti hæreditatem facere inuentarium tum apud judicem sæcularem, tum apud

Ecclesiasticum, siue ipsi executores sint laici, siue clerici, siue partim laici, & partim clerici. Quòd possint illud facere apud judicem sæcularem, probatur; quia illa hæreditas, etiam postquam est agnita per illos executores, repræsentat defunctum, perinde acsi esset omnino jacens: nam licèt tales executores habeantur loco hæredum, & sic illam agnouerint, & quodammodo adierint, attamen non acquisierunt bonorum dominium, sed solam administrationem cum facultate ea capiendi & expendendi in opera, & vsus pios à testatore præscriptos: vnde hujusmodi executores nihil aliud reipsâ sunt, nisi quidam mandatarij, seu procuratores testatoris defuncti, *vt §. 1. hujus sect. in princip.* declaratum est; hæreditas autem dum non transit in dominium alicujus, est verè jacens, & repræsentat testatorem defunctum, ejusque conditionem sequitur, vt sæpius in superioribus dictum est. Cum igitur defunctus in præsenti fuerit laicus, planè sequitur pertinere inuentarium hæreditatis, seu bonorum illius, ad forum laicum: & sic apud judicem sæcularem fieri posse, quantumuis executores sint clerici; cùm hìc non habeatur ratio qualitatis executorum, sed solius testatoris laici, & ita docet cum alijs Bobadilla *in sua Politica, lib. 2. cap. 18. numer. 179. vers. Yaun el Obispo testamentero de algun lego.* Quòd autem etiam apud Ecclesiasticum possit fieri, eoquod sit de hæreditate relicta ad pias causas, constat satis ex dictis *numer. 251. ad finem.*

255 Dico secundò; si testator erat clericus, solùm apud judicem Ecclesiasticum possunt dicti executores inuentarium facere, etiam si sint laici, nedum si sint clerici, vel partim clerici, & partim laici. Ita judicatum fuit in Senatu Ecclesiastico Curiæ Bracharensis 12. Nouemb. an. 1642. circa inuentarium Abbatis de Ermello ex allegatis per illustrissimum dominum Alexandrum da Sylua tunc in ea Curia magni jam nominis Senatorem, & nunc meritissimum Inquisitorem contra hæreticam prauitatem in Tribunali Conimbricensis Inquisitionis, virum omni doctrinæ, & virtutum genere instructissimum; quem tum honoris, & benevolentiæ causâ, tum ut huic resolutioni authoritatem conciliarem quàm maximam, hìc referre libuit; eo præsertim, quòd ejus sententia confirmata fuerit in judicio Regiæ coronæ, ad quam pro parte, quæ succubuit, supplicatum est. Ratio verò patet, quia cùm in casu proposito hæreditas clerici defuncti non sit acquisita per illos executores, nec in alterius dominium transierit, est verè ac propriè jacens, & vt sic repræsentat ipsum clericum defunctum ejusque immunitate gaudet, vt sæpius in superioribus ostensum est. Ergo non potest judex laicus se intromittere ad faciendum ejus inuentarium, sed ad solum judicem Ecclesiasticum id spectat, etiamsi executores sint laici; cùm id non tollat quominus talis hæreditas gaudeat immunitate Ecclesiastica, sicut gaudebat defunctus, quem repræsentat. Et hæc pro hac molesta quæstione sufficiant.

§. 11. *Virum executori testamentario propter obligationes, & onera, quæ subit, debeatur aliquod salarium?*

SUMMARIUM.

SI testator aliquid reliquit executori pro salario, vel præmio executionis, debet ei solui tanquam debitum, saltem ex testamento; numer. 256. Quando autem nihil ei relictum est; deberi ei aliquod salarium nonnulli affirmant; numer. 257. Contraria tamen sententia præfertur, nisi executio ei esset damnosa, vel haberet aliquam administrationem adjunctam; num. 258.

Me-

Merus executor, cui nullum salarium constitutum est, solùm tenetur de dolo, & lata culpa; num. 259.

Qui testamentum alterius scribit potest validè, & sine metu pœnæ, se ipsum merum executorem in tali testamento scribere; num. 260.

256 HÆc quæstio procedit, quando testator executori à se electo nullum salarium, vel præmium, pro labore executionis reliquit; nam si aliquid ei reliquit, certum est debere ei solui tanquam ei debitum, saltem ex testamento, & voluntate testatoris, quemadmodum debentur legata. Et tunc, si tale salarium fuerit competens, certum etiam est nihil amplius pro salario executori deberi, cùm per relictum à testatore ei satisfactum sit.

257 Quæstioni igitur sic intellectæ respondent aliqui, deberi executori pro salario decimam bonorum quæ administrat, quando ejus officium durat: sic Baeza *de Decima tutoris, cap.* 2. *numer.* 19. *& cap.* 19. *numer.* 20. *&* 21. idque verum esse de jure affirmat Spino *in Specul. testament. Glos.* 28. *numer.* 79. addit verò, qnod de consuetudine non debetur decima, sed aliquod salarium arbitrio judicis taxandum: *& numer.* 80. limitat, nisi executor datus esset tantùm ad pias causas: consonat ex parte Auendan. *lib.* 1. *Prætorum, cap.* 2. *numer.* 8. dicens de consuetudine salarium deberi.

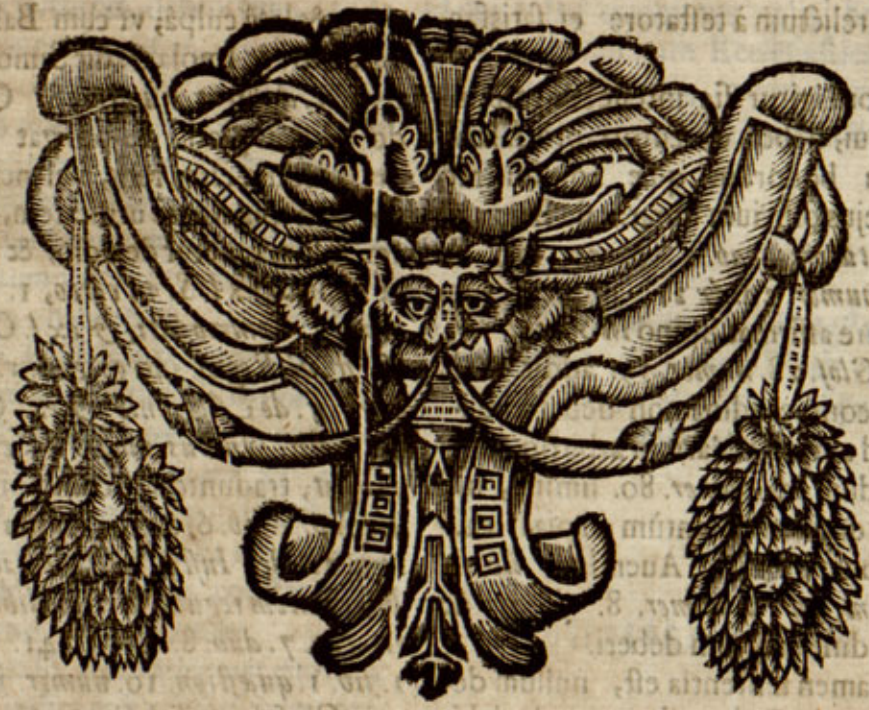
258 Vera tamen sententia est, nullum deberi salarium. Quia nullo jure tale debitum probatur; nec praxis illud agnoscit, sed potiùs oppositum; cùm nec executores vllum salarium petere, nec judices illud assignare soleant. Idque optima ratione, quia hoc munus est voluntarium, & solùm causâ pietatis, vel amicitiæ suscipitur. Atque ita docent Francus *in cap.* 2. §. *Sanè, de Testament. in* 6. Guttier. *de Tutelis,* 3. *p. cap.* 45. Simon de Prætis *lib.* 5. *de Interpret. vltim. voluntat. interpret.* 1. *dubit.* 2. *numer.* 21. *&* 96. Azebed. *lib.* 6. *Recopil. titul.* 4. *l.* 14. *numer.* 7. *& l.* 6. *numer.* 20. Sanch. *lib.* 4. *Opuscul. cap.* 1. *dub.* 50. *numer.* 2. Lugo *de Iustit. tom.* 2. *disputation.* 24. *sect.* 16. *numer.* 335. & Diana, *p.* 8. *tract.* 5. *resolut.* 39. Limitatur autem hæc sententia, nisi executor propter occupationem executionis aliquam jacturam in suis rebus pateretur, vt quia eâ de causa non posset aliqua sua negotia gerere, eiue cessaret aliquod lucrum, vel damnum emergeret. Vel, nisi executio haberet admistam aliquam administrationem bonorum defuncti. In vtroque enim casu competens salarium illi debet assignari per judicem. Ita Azebed. Sanch. & Lugo *loc. cit.* 259

Ex prædicta sententia colliges primò, merum executorem, cui nullum salarium constitutum est, solùm teneri de dolo, & latâ culpâ; vt cum Baldo, Paul. de Castr. & Imola tradit Simon de Prætis *dict. dubit.* 2. *numer.* 58. Quia quando aliquis gratis se obligat ad aliquid præstandum circa rem, vel negotium alterius in solam ejus utilitatem, vel gratiam, solùm tenetur de dolo, & latâ culpâ; vt sumitur ex *l. Si vt certo,* 1. §. *Interdum, ff. Commodati, & ex l. Contractus,* 24. *ff. de Regul. jur. & ex l.* 1. §. *Is quoque, ff. de Actionib. & ex* §. *Præterea, Instit. Quibus modis re contrahitur obligat*; traduntque communiter DD. Azor *p.* 3. *lib.* 6. *cap.* 4. *regula* 1. Molin. *tom.* 2. *de Iustit. disputation.* 295. §. *Hæc autem regula*, Lessius *lib.* 2. *de Iustit. cap.* 7. *dub.* 8. *numer.* 41. Rebel. *p.* 2. *lib.* 1. *quæstion.* 10. *numer.* 10. & alij, cum Glos. *in dict. l. Contractus, ff de Regul. jur.*

Colliges secundò, notarium, & quicumque testamentum alterius scribit, posse validè, & sine metu illius pœnæ, se ipsum merum executorem in tali testamento scribere, ut optimè notauit Simon de Prætis *dict. dubit.* 2. *numer.* 59. Quia licèt per leges strictè, & sub pœna falsi, vetitum sit, ne quis sibi aliquid ascribat in testamento alterius, *l. Si quis legatum, in princip. ff. de Falsis,* 260

& l. 3. Cod. de His, qui sibi ascrib. in testament. Id intelligitur de eo, qui aliquid in suum commodum ascribit: qui autem se merum executorem ascribit, nullum exinde potest sentire commodum, sed onus, & laborem; cùm vt supponimus, nullum ei tribuatur salarium, vel præmium, sed nudum executoris munus. Et hæc satis pro hac materia de Executione testamenti.

LAVS DEO,
VIRGINIQUE MATRI.





Grauiorum Erratorum Syllabus.

PAgina 6. *columnn.* 1. *linea* 10. *& pagina* 7. *columnn.* 2. *linea* 12. Breuiloca, *corrige*, Breuiloqua. *Pagin.* 11. *col.* 1. *lin.* 45. gederalibus, *corrige*, generalibus. *Pagin.* 12. *col.* 1. *lin.* 7. fi, *corrige*, ſi. *Pag.* 17. *col.* 2. *lin.* 38. quoa, *corrige*, quod. *Pag.* 23. *col.* 1. *lin.* 21. ſubſtitutlo, *corrige*, ſubſtitutio. *Pag.* 23. *col.* 2. *lin.* 27. ſobſtitutionem, *corrige*, ſubſtitutionem. *Pag.* 26. *col.* 1. *lin.* 26. teſmento, *corrige*, teſtamento. *Pag.* 28. *col.* 2. *lin.* 19. rſuera, *corrige*, reuera. *Pag.* 29. *col.* 2. *lin.* 9. l. Cu, *corrig* l. Cum. *Pag.* 33. *col.* 1. *lin.* 41. inſtitus, *corrige*, inſtitutus. *Pag* 41. *col.* 2. *lin.* 37. inſtitum, *corrig.* inſtitutum. *Pag.* 46. *col.* 2. *lin.* 1. contemplatiope, *corrige*, contemplatione. *Pag.* 65. *col* 2. *lin.* 22. dictum, *corrig.* edictum. *Pag.* 110. *col.* 2. *lin.* 36. contingerit, *corrige*, contigerit. *Pag.* 123. *col.* 1. *lin.* 23. *& pag.* 123. *col.* 2. *lin.* 21. d. vlt. *corrige*, d. l. vlt. *Pag.* 126. *col.* 2 *lin.* 17. jom, *corrige*, jam. *Pag.* 133. *col.* 2. *lin.* 40. le, *corrige*, de. *Pag.* 135. *col.* 2. *lin.* 3. ettam, *corrige*, etiam. *Pag.* 152. *col.* 2. *lin.* 2. queque, *corrige*, que. *Pag.* 160. *col.* 2 *lin.* 33. fius, *corrige*, filius. *Pag.* 162. *col.* 1. *lin.* 32. dicto, *corrige*, dictio. *Pag.* 193. *col.* 1. *lin.* 13. vtrum ejus, *corrige*, vtrum per ejus. *Pag.* 194. *col.* 2. *lin.* 10. confirmata, *corrige*, confirmatæ. *Pag.* 209. *col.* 1. *lin.* 22. pentius, *corrige*, penitus. *Pag* 213. *col.* 1. *lin.* 1. dicere, *corrige*, diceret. *Pag.* 217. *col.* 1. *lin.* 8. parternæ, *corrige*, paternæ. *Pag.* 260. *col.* 2. *lin.* 31. patenam, *corrige*, paternam. *Pag.* 264. *col.* 1. *lin.* 40. pudillus, *corrige*, pupillus. *Pag.* 272. *col.* 1. *lin.* 9. laborantem, *corrige*, laboranti. *Pag.* 272. *col.* 2. *lin.* 22. ect, *corrige*, eſt. *Pag.* 306. *col.* 1. *lin.* 34. leuitima, *corrige*, legitima. *Ibidem*, *lin.* 38. pemittantur, *corrige*, permittantur. *Pag.* 320. *col.* 1. *lin.* 33. concludentur, *corrige*, concludenter. *Pag.* 335. *col.* 2. *lin.* 12. reſolutionum, *corrige*, reſolutionem. *Pag.* 364. *col.* 1. *lin.* 28. nrceſſariò, *corrige*, neceſſariò. *Pag* 365. *col.* 2. *lin.* 37. condititio, *corrige*, conditio. *Pag.* 370. *col.* 2. *lin.* 6. cerebo, *corrige*, cerebro. *Pag.* 393. *col.* 2. *lin.* 29. ſubſtitus, *corrige*, ſubſtitutus. *Pag.* 394 *col.* 1. *lin.* 18. fic, *corrige*. ſic. *Pag.* 403. *col.* 2. *lin.* 9. teſtoris, *corrige*, teſtatoris. *Pag.* 405. *col.* 1. *lin.* 36. alis, *corrige*, alijs, *Pag.* 439. *col.* 1. *lin.* 50. cotem, *corrige*, dotem. *Pag.* 473. *col.* 1. *lin.* 14. hydothecæ, *corrige*, hypothecæ. *Pag.* 474. *col.* 1. *lin.* 32. caſui ntelligatur, *corrige*, caſu intelligatur. *Pag.* 498. *col.* 1. *lin.* 27. diſpoſitiio, *corrige*, diſpoſitio; *& lin.* 28. detrahrnda, *corrige*, detrahenda. *Pag.* 507. *col.* 2. *lin.* 1. ſubſtitutio, *corrige*, ſubſtituto. *Pag.* 516. *col.* 2. *lin.* 17. nominantim, *corrige*, nominatim. *Ibidem lin.* 20. grauaius, *corrige*, grauatus. *Pag.* 532. *col.* 1. *lin.* 45. ſuccendi, *corrige*, ſuccedendi. *Pag.* 537. *col.* 1. *lin.* 32. ſucceſgone, *corrige*, ſucceſsione: *& col.* 2. *lin.* 44. ſpeciato, *corrige*, ſpectato. *Pag.* 538. *col.* 2. *lin.* 4. aum, *corrige*, cum. *Pag.* 551. *col.* 1. *lin.* 8. nerui, *corrige*, nurui. *Pag.* 570. *col.* 1. *lin.* 27. ſeucndum, *corrige*, ſecundùm. *Pag.* 572. *col.* 1. *lin.* 28. redudiauit, *corrige*, repudiauit. *Pag.* 576. *col.* 2. *lin.* 29. vino, *corrige*, viuo. *Pag* 582. *col.* 1. *lin.* 2 ſolemitate, *corrige*, ſolemnitate: *& pag.* 583. *col.* 2 *lin.* 36. offertur, *corrige*, affertur. *Pag.* 585. *col.* 1. *lin.* 1. ſubjaceat, *corrige*, ſubjacet. *Pag.* 588. *col.* 2. *lin.* 50. poſsit, *corrige*, poſsint. *Pag.* 589. *col.* 1 *lin.* 39. *& pag.* 590. *col.* 1. *lin.* 7. *& pag.* 591. *col.* 1. *lin.* 18. persbyteros, *corrige*, presbyteros. *Pag.* 590. *col.* 1. *lin.* 15. acquſita, *corrige*, acquiſita. *& lin.* 35. aduentitij, *corrige*, aduentitijs. *Pag* 593. *col.* 1. *lin.* 47. caculo, *corrige*, calculo: *& col.* 2. *lin.* 43. renuntiationis, *corrige*, renuntiationi. *Pag.* 597. *col.* 2. *lin.* 36. reuecabilis, *corrige*, reuocabilis. *Pag.* 613. *col.* 1. *lin.* 30. expreſſiſset, *corrige*, expreſsiſſet: *& col.* 2. *lin.* 20. ſen, *corrige*, ſeu: *& lin.* 49. exredare, *corrige*, exhæredare. *Pag.* 620. *col.* 2. *lin.* 30 aliqui, *corrige*, aliquis: *& lin.* 37. inteſtaio, *corrige*, inteſtato: *& lin.* 50. hæredem, *corrige*, hæredum. *Pag.* 624. *col.* 1. *lin.* 15. diſpogtione, *corrige*, diſpoſitione: *& lin.* 18 ipſorum, *corrige*, ipſarum: *& lin.* 30. gaauibus, *corrige*, grauibus. *Pag.* 627. *col.* 2. *lin.* 3. quemadmo, *corrige*, quemadmodum. *Pag.* 631. *col* 2. *lin* 31. poles, *corrige*, proles. *Pag.* 643. *col.* 1. *lin.* 22. hobeat, *corrige*, habeat. *Pag.* 651. *col.* 1. *lin.* 3. impetratum, *corrige*, impetratam. *Pag* 653. *col.* 1. *lin.* 49. nſt, *corrige*, eſt. *Pag.* 664. *col.* 1. *lin.* 18. ſuccebilis, *corrige*, ſucceſsibilis. *Pag.* 674. *col* 1. *lin.* 30. debita, *corrige*, debitæ. *Pag.* 700. *col.* 2. *lin.* 36. cauſula, *corrige*, clauſula. *Pag.* 708. *col.* 1. *lin.* 9. teſtamentem, *corrige*, teſtamentum: *& lin.* 37. leberos, *corrige*, liberos. *Pag.* 710 *col.* 2. *lin.* 25. debelius, *corrige*, debilius. *Pag.* 731. *col.* 2. *lin.* 20. confimetur, *corrige*, confirmetur. *Pag.* 736. *col.* 1. *lin.* 25. impenditur, *corrige*, impeditur. *Pag.* 749. *col.* 1. *lin.* 10. cauſas cauſas, *corrige*, cauſas. *Pag* 807. *col.* 1. *lin.* 18 iiberare, *corrige*, liberare.



PINHEIRO

TESTAME

P. 2.