& non feciſſe; ex quo inferri poteſt meliorationem ſuſtinendam in teſtamento imperfecto ratione voluntatis, tamen hoc nec dixit nec cenſuit Ayora ipſe, quia quæſtionem propoſuit in eo, qui facta melioratione, & perfecto teſtamento quo ad inſtitutionem, quo ad legata, & quo ad omnia, ante quam firmaretur, publicaretur, & legeretur coram teſtibus, hoc eſt, *antes del otorgamiento, y publicacion*, obmutuit, & ſpiravit teſtator; vnde ob impedimentum, & mortem ſupervenientem teſtamentum in quo facta erat melioratio, nec firmatum, nec publicatũ ſive lectum fuit, reſolvitque Ayora meliorationem ſuſtinendam eſſe ex rationibus ab eo relatis, *& n.69.* allegat *d.l. ſi quis cum teſtamentum, ff. de teſtamentis, & n.70.* validũ eſſe teſtamentum inquit; etiam ſi conſtaret voluiſſe legata teſtatorem facere; quia textus *in d.l. ſi quis cum teſtament.* loquitur quãdo plures hæredes inſtituere voluit teſtator, & non potuit; & in hoc eſt error Ayoræ, exiſtimabit quippè volũtatis imperfectionem tantum eſſe, cũ conſtaret teſtatorem hæredes inſtituere voluiſſe, & non potuiſſe, non tamen in caſu, quo vellet legata facere, cuius error convincitur, & veritas huius rei examinatur infra *cap.12.* Sed hoc non eſt dicere meliorationem factam in teſtamento imperfecto reſpectu voluntatis ſuſtineri poſſe, quod nullus dixit; & in relato caſu teſtamentũ perfectum erat quantum ad voluntatem, quia erat conſummatum, & perfectum, & ſolum deficiebat illi publicatio, & lectio, qui defectus ſolemnitatis eſt, non voluntatis, vt infra *cap.14.* Ex quibus in caſu Ayoræ ſuſtineri debuiſſe dictã meliorationem iuris eſt comperti.

4 Ad ſecundum ſcilicèt cũ melioratio tertij, & quinti facta eſt in teſtamẽto imperfecto ratione ſolemnitatis diſtinguendum eſt, nam huiuſmodi teſtamentum, aut non eſt ſolemne, quia ob impedimentum ſuperveniens pater ſolemnitates nõpotuit adhibere, & perficere teſtamentum; aut quia pater voluit teſtare minus ſolemniter ſecundum privilegium teſtamento inter liberos conceſſum. Si ſimus in primo caſu, 5 & teſtamentum licèt non im-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

impletum perfectum sit ratione voluntatis, melioratio-
nem validam esse, sicut cæ-
tera scripta in testamento ob
6 rationem dictæ legis *si quis cum testamentum*, cum traditis supra *cap.* 3. certi iuris est: & sic in terminis huius casus loquitur Ayora *dict. quæst.* 24. Castillo *lib.* 4. *controv. cap.* 21. *n.* 111. vbi est hac ratione optimè defendi posse casum Ayoræ inquit, & tenet hanc resolutionem. Si simus in secundo casu, quãdo melioratio, & testamentum non defenditur ob prædictam causam, sed ex privilegio testamenti inter liberos, de quo
7 *cap.* 6. *in fine*, & supra *cap.* 7. si privilegium huiusmodi testamenti ablatum, sit *ex l.* 3. *Tauri*, sicut nec valet testamẽtum, nec valebit quoque melioratio facta in eo; vnde Authores qui tenent dictam opinionem, quod dictũ privilegium ablatum sit, ociosum iudicant disputare hoc dubium, vt Morquechus *de diuisione bonorum lib.* 4. *cap.* 8. *n. fin.* Cevallos *q.* 759. sed retenta vera opinione de qua supra *cap.* 7. scilicèt testamenti inter liberos privilegiũ ablatum tantum esse quantum ad numerum testium, non quantum ad qualitatem, & quo ad reliqua pulchra est, & digna animadversione controversia, quæ alijs verbis communiter disputatur, nempè an privilegium testamenti inter liberos procedat facta inter eos inæquali bonorum divisione.

8 In qua alij autumant non aliter patrem inter liberos prætermissis solemnitatibus testari posse, quàm si æqualitatem inter liberos servet: Sic Romanus, *cons.* 179. *num.* 16. *& cons.* 385. *num.* 5. Barbatia *cons.* 32. *num.* 6. *vol.* 1. Decius *cons.* 105. *n.* 6. Crotus *cons.* 121. *n.* 22. Marian. Socin. Iuni. *cons.* 127. *nu.* 22. *vol.* 1. Socin. Seni. *cons.* 5. *num.* 10. *vol.* 3. Antonius Rubeus, *cõs.* 6. Carolus Molineus ad Alexand. *cons.* 168. *lib.* 5. *vers. vnde* Hondedeus, *cons.* 66. *num.* 5. *&* 45. *lib.* 1. Vulteius *cons.* 19. *numer.* 107. *vol.* 1. Hieronymus Gratus, *respons* 156. *numer.* 49. *lib.* 2. vbi *numer.* 50. dicit ita fuisse iudicatum, Ioan. Decheri, *lib.* 2. *dissert.* 2. *numer.* 22. vbi eleganter loquitur Vivius, *decis.* 407. Speculator *tit. de instrumentorum editione*, §. *compendiosè*, *vers. quid si pater numer.* 19. Ripa *in l. centurie numer.* 86. *ff. de vulgari*,

Ti-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Tiraquellus *de primogenitura* 1 1 *q.4. nu.4.* Menochius *de præsumptionib. lib.4. præsumpt.7. n.8.* Merlino *de legitima lib.5. tit.2. quæst.3. num.12.* Gaspar Anton. Thesaur. *quæstionum forensium, lib.4. quæst.28. n.16. & q.34 n.3.* Vincét. Fusarius *de substitutionibus q.245. n.51. & cons.41. n.10.* Sfortia Oddus *de compend. part.5. q.3. artic.1. n.43. in fine*, ex Regnicolis Gregorius Lopez, *in l.23. verbo acabase, in fine glossæ tit.1. part.6.* plures referens Padilla Meneses *in Rubric. C. de fideicommissis n.3.* Azevedus *in l.2. nu.2. tit.4. lib.5. Recop.* Marquechus *de divisione bonorum lib.4. cap.8. num.3.*

Probatur hęc opinio primo, 9 *ex l. vltim. C. familiæ erciscundæ* in verbis, ibi: *Pares esse videntur*, quę verba æqualem inter filios hæreditatis divisionem denotát, & cum prędicta lex loquatur de divisione inter liberos à parente facta sustinenda, sequitur quod in testamento inter liberos æqualitatem omnino servari oportet.

Secundo ex textu *in l. vt* 10 *liberis 17. C. de collationibus*, ibi: *Æqua lance parique modo prospici posit, hoc etiã æquitatis studio præsenti legi credimus inserendum.*

Tertio, *ex l. inter filios 11. C. familiæ erciscũdæ, Authẽt. in successione, C. de suis, & legitimis, l. cum oportet. 6. C. de bonis quæ liberis, l. maximum vitium 4. C. de liberis præteritis*, quæ æqualitatem servandam inter liberos dicunt.

Quarto, quia disparitas 1 2 parit discordiam, & simultates, & lites, vt tradit Atheneus, *li.11. Dipnosophist. c.4.* ibi:

——————————— natos
Increpat, irarum voluuntur pectore fluctus,
Vt non possideant tranquille patre relicta,
Sed semper lites adsint, certamina, pugnæ.

Qua in re dignum animadversione est, quod Divus Ambrosius *lib.5. hexamer. cap.18* in hæc verba scripsit: *Quis (inquit) inter naturæ fraterna consortia fratres impares fecit 5. Vnius divitis filij diversa sorte* 1 3 *ceduntur; alius totius paternæ sortis adscriptionibus inundatur, alius opulentæ hæreditatis patriæ deplorat exhaustam, atque inopem portionem. Nunquid natura divisit merita filiorum 5. ex pari omnibus tribuit, ipsa vos doceat non discernere patrimonio, quos titulo germanitatis æquastis*, Cassiodor. *lib.1. epist.7.* ibi: *Inquũ est enim, vt de vna substãtia, qui-*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quibus competit æqua ſucceſsio, alij abundáter affluãt alij paupertatis ingemiſcant. Multa adducit elegánter Anneus Robertus *lib. 3. rerum iudicatarum cap. 1. vel. pro Seio.*

14 Alij Authores dicunt teſtamentum paternum inter liberos ſubſiſtere, ſi pater nõ modicam, & iniurioſam, ſed parvam ſive módicam inæqualitatem inter liberos obſervaverit. Sic Curtius Iunior, & Iaſon *in l. hac cõſultiſſima, §. ex imperfecto, num. 2. C. de teſtamentis* Covarrubias *in cap. Rainutius §. 1. num. 3. de teſtamentis* Antonius Gabriel *commun. concluſion. tit. de teſtamentis concluſ. 6. nn. 5.* Moyret *in tract. de teſtam. ſucceſſ. lib. 1. tit. 14. num. 10. & 25.* Iulius Clarus, *§. teſtamentum q. 14. n. 8. in fine* Bernard. Grœvœus *lib. 2. cõcluſ. 112. n. 40. cum ſeq.* fundamẽtum huius opinionis eſt, quod vbi maxima eſt inæqualitas minimè æquum eſt patris volũtatem ex imperfecto teſtamento valere, ne diſcordiæ oriantur inter fratres, quæ ex invidia propter inæqualitatem oriri ſolet; cęterum ſi modica ſit inæqualitas, æquum videtur patris volũtatem, quæ nullum ferè malum paritura eſt ſervari.

15 Alij autem, patrem iure ſingulari teſtando liberos ſuos ex diſparibus portionibus hæredes inſtituere poſſe, dummodo diſparitas non ſit in præiudicium legitimæ, tenent, & ita quod valeat melioratio alicui facta in teſtamento nõ ſolemni reſolvunt. Sic Baldus *in l. filijs 16. num. 5. C. familiæ erciſcund.* Alexand. *conſ. 146. nu. 15. vol. 2.* Pariſius *cõſ. 34. n. 27. & 50. vol. 2.* Natta *conſ. 622. vol. 3.* Petr. Surdus *conſ. 29. num. 20. & 21.* Petrus Cavall. *conſ. 88. & 106. nu. 34.* alios refert Fuſarius *conſ. 42. num. 49.* Puteus *deciſ. 431. lib. 1.* Boerius *deciſ. 240. num. 10.* Gamma *deciſ. 61.* vbi pro hac opinione teſtatur iudicatum Guillielm. Benedictus *in cap. Rainutius verbo teſtamentum 1. num. 72. de teſtamentis.* Gaillius *lib. 2. obſervat. 112. numer. 23.* Graſus, *§. teſtamentum quæſt. 12. numer. 8.* Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 2. numer. 12.* Gilchenius *in dict. §. ex imperfecto num. 24.* Facchineus *lib. 4. controverſ. cap. 2.* Hartman Piſtor *var. q. 1. num. 11.* Thadeus Piſo *lib. 1. cap. 7. n. 26.* Reuſner *de teſtam. par. 4. cap. 5. n. 3.* D. Frãciſc. de Barsi

de

de succeſſ. teſtati ac inteſtati lib. 1. *tit.* 3. *num.* 5. Oſſualdus ad Donellum *lib.* 6. *cap.* 9. *lit. C.* Philippus Paſchalis *de viribus patriæ poteſtatis part.* 2. *cap.* 8 *n.* 39. Argel. *de acquir. poſſeſſ. q.* 6. *art.* 9. *num.* 8. Nigreir. *de cõfect. teſtam. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 19. Genua *de ſcriptura priuata lib.* 6. *cap.* 1. *num.* 119. Cancerius *lib.* 1. *var. cap.* 4. *nu.* 20. Acoſta *in cap. ſi pater de teſtamentis verbo ſuo teſtamento num.* 3. & 4. Menchaca *de ſucceſſ. creat. lib.* 3. §. 21. *num.* 67. Matienzus *in l.* 3. *tit.* 4. *gloſ.* 6. *numer.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* Spino *in ſpeculo teſtament. gloſſ.* 18. *num.* 34. qui loquitur de meliorat*ione*. Angulus *de meliorat. in l.* 7. *gloſ.* 1. *num.* 2. *tit.* 6 *lib.* 5. *Recopil.* Cevallos *q.* 759 *n.* 13. & 14. Ayora *d.* 3. *part.* 4. 24. Tell. Ferd. *in l.* 3. Taurin. *part. num.* 21.

Hæc opinio, quę receptior eſt, probatur primo ex 16 textu *in d. l. hanc conſultiſſima*, §. *ex imperfecto C. de teſtamẽtis*, vbi generaliter dicitur ex imperfecto teſtamento voluntatem inter liberos valere, nec diſtinguitur, vtrùm æqualiter, vel inęqualiter hęredes inſtituti fuerint, ergo 17 neque nobis diſtinguere licèt *l. de precio, ff. de Publiciana in rẽ actione.* Secundo ex textu *in l. vltima C. familiæ erciſcundæ*, vbi dicitur Senatus Conſulti auxilio defuncti voluntatem cuſtodiẽdam eſſe inter liberos; at ſi locus debet eſſe auxilio Senatus Conſulti ſcilicèt Trebeliani: ergo fieri poteſt, vt alter filiorum onere fideicommiſsi prægravetur, vt proinde quartam ex Trebeliano deducere poſsit, ex quo maximam oriri inæqualitatem poſſe planè perſpicuum eſt.

18 Tertio *ex Novella* 107. *c.* 1. vbi Iuſtinianus iubet parentes deſignationem vnciarum facere, ſicque cuique liberorum ſuam portionem aſsignare, quod ſanè abſurdum iudicari poſsetſi liberi æqualiter inſtituendi eſſent.

19 Quarto ex textu *in l. patrẽtibus* 28. *C. de inofficioſ. teſtam. l. filia* 20. §. *ſi pater & l. ex parte* 39. *ff. familiæ erciſcũdæ l. quoties* 10. *l. ſi cogitationes* 21. *C. eodẽ, l. cum pater.* 79. *& victis, ff. de legatis* 2. in quibus legibus patrẽtibus permiſſa eſt illibata diviſio modo filios legitima portione non defraudent.

20 Vltimo probatur ex eo, quia ſi verum fuiſſet, quòd parentes tenentur æqualiter diſponere inter filios nullius vti-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vtilitatis, vel favoris fuisset dispositio, §. *ex imperfecto*, cũ alias etiã si nihil disposuisset, nec testamẽtum faceret, æqualiter omnes filij essent successiuri: Igitur non in inęqualitate, vel in æqualitate consistit favor; sed solum in mera voluntate ipsius patris, aliàs in pœnam, & odium retorqueretur, quod longè distat à tramite veritatis. Sic considerant Cevallos *dict. q. 759. n. 12.* Fachineus *d. cap. 2. lit. F.* Additionator ad Clarum *d. quæst. 14. num. 22.*

21 Vnde constanter tenendũ est, patrem in testamento nõ solemni inter liberos meliorationem alicui facere posse, quia melioratio tertij, & quinti non est legitima filiorum inter ipsos secundum leges Tauri 18. & 27. & tradit Baeza *de non meliorandis filiabus ratione dotis cap. 9. num. 50.* vt sic in terminis tenent Cevallos *num. 13.* Spino, *glos. 18. num. 34.* Angulus *in dict. l. 7. glos. 1. num. 2.* Ayora 3. *part. quæst. 24.* Castillo *lib. 4. cap. 21. num. 111.* Tellus Ferdinandez *in dict. l. 3. 1. part. numer. 21.* quidquid minus rectè dixerit Morquechus *d. lib. 4. cap. 8.* qui cõtrariam opinionem videtur sequi.

22 Neque obstant tradita pro contraria opinione; non primum *ex lege fin. C. familiæ erciscundæ*, nam verba illa legis *pares esse videntur*, non de paritate, seu inæqualitate portionum, sed potius de pari iure succedendi sunt accipienda, quasi dicat Imparator inter omnes hęredes suos hoc est, liberos ex quolibet venientes gradu patris dispositio custodienda est, quia pares esse videntur, ideſt pares in succedendo, veluti filios, & nepos ex filio præmortuo (hi quippè pares sunt in succedendo, licèt non sint in eodem gradu) & inter omnes hos, qui pariter succedunt ab intestato patris voluntas custodienda est, etiam si solemni testamento non contineatur; aliàs si de æqualitate portionum intelligeretur sibimet ipsi adversaretur, eo quod deinceps Senatusconsulti Trebeliani auxilium considerat, vt rectè sentit Gloss. ibi *super verbo pares*. Fachineus *dict. cap. 2.* Additionator Clari *num. 23.*

23 Ad secundũ *ex l. vt liberis 17. C. de collationib.* & tertiũ *ex l. inter filios 11. C. famil. erciscundæ*, & similibus respondetur, ve-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

verum esse in dubio æqualitatem inter liberos esse seruandam, & sic iura prædicta disponunt, quando non est expressa voluntas testantis in contrarium, quæ obseruãda est ad vnguem in dispositione bonorum etiam inter liberos, si modo legitimam cuique assignavit, vt probatur *ex l. parentibus* 8. *C. de inofficioso testamento* cum alijs relatis.

24 Vltimum non obstat, nam cum parẽtibus permissum sit filios meliorare, si ex eo discordiæ oriantur inter ipsos, sibimet imputari debent, non parentum dispositionibus, qui secundum leges, & illarum permissione testarũt, legitimam portionem cuique ex liberis relinquentes. Melioratione autem non contradicit Divus Ambrosius, nec circa illam verbũ loquitur; etenim optimo iure, & ratione introducta melioratio, vt possint parentes benemeritis filiorũ congratulari, certissimum ergo est benemerita liberorum erga parentes esse digna remuneratione, vt eleganter probatur *in Authent. de nõ eligend. secund. nupt.* §. 1. ibi: *Plurimumque filij experta fauorem, existimauit opportere, relinqueret eum sine remuneratione, l. de emancipatis, C. de legitim. hæred.* ibi: *Hoc a suis genitoribus meruerunt, l. fœminæ,* ibi: *Contemplatione meritorum, C. de secund. nupt. l.* 1. §. *toties, ff. de collat. bonor.* ibi: *Si iudicium patris meruit.* Et latè exornãt Ioannes Decheri *lib.* 2. *dissertat.* 6. *ex num.* 1. Ioannes Garcia *in tractatu de donatione remuneratoria num.* 42. Fontanella *de pactis nuptialibus, clausul.* 4. *glos.* 7. *part.* 2. *ex num.* 2. *vbi num.* 12. ex Seneca probat posse filios maiora in parentes conferre beneficia, quàm ab ipsis re-
25 ceperint. Vnde tam in foro
26 fori, quam in foro poli potest pater aliquid plus vni filio relinquere, quã alijs. Bonacina *de contract. lib. disput.* 3. *quæst. vltim punct.* 3. *n.* 12. Diana cum alijs, *part.* 1. *tract.* 8. *resolut.* 83. Ex quo etiam diruitur ratio pro secunda opinione.

27 Prædicta tamen conclusio hoc capite exornata ampliatur primo, vt procedat etiam si liberi non sint in potestate parentum; veluti si faciat pater testamentum inter emancipatos, adhuc sustinetur, & valet testamẽtum, pro inæqualibus partibus

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

bus *dict.l.fin.C.familiæ erciſcũdæ*. Antonius Gomez *in l.3. Tauri n.54*. Marta *de ſucceſſ. legal. part.4. quæſt.7. artic.1. n.13*. Nigreiros *de confectione teſtamenti lib.3.cap.4.nu.7*.

28 Ampliatur ſecundo etiam ſi teſtamẽtum ſit inter liberos vlterioris gradus, Iulius Clarus §. *teſtamentum quæſt.12*. Piſtor *lib.1. quæſt.1. nu.16*. Thadeus Piſo *lib.1.var.cap.7. num.23*. Natta *conſ.438. tom.2*. Boerius *deciſ.241*. ſive ex filio, ſive ex filia deſcendant, Menchaca *de ſucceſſ.creat. lib.3.§.21.nu.82*. Graſus, §. *teſtamentum quæſt.15.num.5*. Molina *de iuſtitia, & iure, tract.2. diſput.128.num.3*.

29 Ampliatur tertio inter liberos excluſos per ſtatutum à ſucceſsione ab inteſtato, Cephalus *conſ.99.in fine*, Ludovicus Iuntus *in reſponſo pro vxore num.958*. Clarus *dict.q.*
30 *12.num.4*. Menchaca, §.21.*n.*53. Simon de Prætis *de interpretatione vltimarum voluntatum lib.4.interpr.3.dub.2. num.*20. Menochius *de adipiſcend. remed.4. num.321. & 326*. Et inter filias quæ renunciarunt ſucceſsioni Graſſus *d. quæſt.15.num.3*.

31 Ampliatur quarto inter legitimatos, Ruinus *cõſ.192. nu.1. vol.2*. Petrus Gregorius *Syntagmatum part.3. lib. 42. cap. 5. nu.9*. Fachineus *lib.4. controverſ.cap.3*. Gaillius *lib.2. obſerpat.112.nu.21. & 22*. Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib.6.tit.2.num.24*. Thadeus Piſo *lib.1.cap.7.num.25*. Clarus *dict. quæſt.12*. Menchaca, §.21.*num.56*. Barboſa *in dict.l. fin.C.Familiæ erciſcundæ n.14*.

32 Denique ampliatur, vt idem procedat inter naturales in eo, quod caperet poſſunt à patre vel à matre. Guillielmus Benedictus *in cap.Rainutius verbo teſtamentũ, 1.num.83.de teſtamentis*, Tiraquellus *in l. ſi vnquam verbo ſuſceperit liberos num. 60. C. de revocand. donationib*. Barboſa *in d.l.fin. num.16*. Nigreir. *vbi ſupra num.8*. Anton. Gomez *in l.3.Tauri num.54*. Antonius Theſaurus *deciſ 94*. Molina *diſp.128.num.4*. Ioannes Baptiſta Lupus *de illegitimis comment.1.§. num.33*. Solorzano *de iure indiarum tom.2. lib.2.c.17.num.11*. Paſchalis *de viribus patriæpoteſtatis, 2. part. cap.8. num.45*.

33 Quod ſatis controverſum eſt, nam communiter diſtinguunt Doctores inter patrẽ, & matrem, & dicunt teſtamentum patris imperfectum

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

non valere, matris verò sic, Marquardus *de cœlibatu* 3. *part. cap.* 5. *num.* 5. Et hanc opinionem limitant, vt procedat tantum in patre, qui habet filios legitimos, nam illis nō habitis inter liberos naturales testari posse defendunt, 35 vt Boerius *decis.* 240. *num.* 12. vbi restringit in spurijs, licèt careat pater legitimis; quod secus est in matre, nisi sit illustris, vel filius natus sit ex 36 damnato coitu. Et de his omnibus latè agunt vltra relatos Castrensis *in d.* §. *ex imperfecto nu.* 6. Salicetus *in d. l. final. C. Famil. ercis.* Speculator *in tit. de instrument. edit.* §. *compendiosè, vers. Quid si pater naturalis* Romanus *cons.* 179. *nu.* 6. Decius *cons.* 610. *num.* 2. & 3. Petrus Surdus *decis.* 95. & *de alimentis, tit.* 1. *quæst.* 15. *num.* 6. vbi quod testamentum imperfectum ratione solemnitatis factum à matre in favorem filij naturalis valet, Gilchenius *in d.* §. *ex imperfecto nu.* 28. vbi Sichardus *nu.* 4. Curtius Iunior *nu.* 16. Gaillius *lib.* 2. *observat.* 112. *num.* 14. & 18. Capriol. *de succes. abintestat. lib.* 1. *num.* 86. Fachineus *lib.* 4. *cap.* 3. Grassus, §. *testamentum quæst.* 15. Pistor *lib.* 1. *quæst.* 1. *num.* 19. Piso *lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 34. Reusner *de testam. part.* 4. *cap.* 6. *num.* 6. Marta *de succes. legal. part.* 4. *quæst.* 7. *art.* 1. Iulius Clarus *d. quæst.* 12. vbi eius Additionator benè exornat, & interpretatur, *l. vltim. C. de confirmat. tit. l. parentes* 6. *ff. de in ius vocando, l. ex facto* 17. § *si quis rogatus, ff. ad Trebelian.* Covarrubias *in* 4. *decret.* §. 4. *cap.* 8. *num.* 13. Menchaca *de succes. creat. lib.* 3. §. 21. *num.* 53. & 55. & *controversiarum illustrium lib.* 3. *cap.* 102. *num.* 18. *vers. Quod procedit.* Tellus Ferdinandez *in l.* 3. *Tauri* 1. *part. num.* 18. Padilla *in l. cum acutissimi, C. de fideicommissis num.* 31. Azevedus *in l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop. num.* 14.

CAP.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT IX.

QVANDO DICATVR TESTAMENTVM imperfectum ratione voluntatis, & an præsumatur perfectum vel imperfectum, & quid si testator dum condit testamentum reservat aliquid expressurum in aliud tempus, & posteà non exprimit. & quando de testamento facta est scriptura, ex quibus clausulis, & coniecturis perfectum dignosci possit, & ex quibus imperfectum.

SVMMARIVM.

Testamentum imperfectum esse ratione voluntatis quando dicatur. 1.

L. si quis cum testamentum, ff. de testamentis ponderatur. 2.

Testamentum præsumitur perfectum ratione voluntatis. 3. & 5.

Non præsumitur quis ore plus exprimere, quam mente agitaverit. 4.

Baldi verba in l. quæstionem, C. de fideicommissis cum emmendatione Menochij referuntur. 6.

Reservatio testatoris in aliud tempus certum vel incertum non arguit imperfectionem voluntatis, 7. 12. & 14.

Institutio valet non adiecta conditione, quam alia scriptura testator exprimere promisit. 8.

Aretinus ad l. si testamentum, C. de institut. & substit. ponderatur. 9.

Bartolus in l. quoties 9. §. tantumdem, ff. de hæredib. instituend. notatur. 10.

Argumentum valet â contrario sensu. 11.

Voluntas perfecta est, & testamentum ratione voluntatis per-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

perfectum, quamvis testator dixerit deliberare velle an aliquid consanguineis relinqueret. 13. 15. & 16.

Castillo Sotomaior communem sententiam cõtradixit, & ratio obiectionis describitur, & respondetur. 17. & 18.

Volũtas perfecta, est & testamẽtũ etiam si dixerit testator, quod notarius, & testes cras revertantur, sed inde cras nihil fecit. 19. & 20.

Testari actu cõstare debet testatorem velle aliquid proferre, & non potuisse ob impedimẽtum vt voluntas imperfecta dicatur. 21.

Testatores multoties non retinẽt voluntatem quam explicarũt in tractatu. 22.

Nova dispositio in casu reservationis nõ est de substantia primi testamenti. 23. & 24.

Perfectio voluntatis consistit in eo, quod omnia, quæ voluerit, expressisset testator, non solum per dispositionem vniversalẽ, sed etiam pro particularem. 25.

Arbitrio iudicis relinquitur materia perfectionis, & imperfectionis voluntatis. 26.

Testamentum in scriptis ex non perfectione scripturæ imperfectum ratione voluntatis cõstituitur. 27.

Testamentum nuncupativum sine scriptura ex dictis testium cognoscitur perfectum vel imperfectum. 28.

Testamentum nuncupativum de quo facta est scriptura si cõtinet clausulam conclusivam actum coram me, & testibus dignoscitur perfectum. 29.

Perfectum dicitur testamentum si signum tabelionis appositũ sit in illo. 30.

Signum notarij est terminus dispositionis redactæ in scripturam. 31.

Testamentum præsumitur perfectum quando notarius asserit se rogatum, & apposuit diem. 32. & quando testator, qui coram testibus voluntatem suam expresserat, licẽtiat eos. 33. & quando post instrumentum cõfectum partes ad actus extraneos divertunt. 34.

Perfectum ex hæredis institutione coniecturatur testamentum. 35.

Perfectio voluntatis inducitur ex confessione facta â testatore ex intervallo post factum testamentum, & ex tunc dictis, & gestis testatoris voluntas coniecturatur. 36.

Actus perfecti recipiunt formam declaratoriã, nominatio executorum inducit perfectionem testamenti. 37.

Per-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Perfecta coniecturatur voluntas, quando dispositio convenit cũ voluntate iam ab ipso testatore prolata.38.

Verba prius prolata probãt qualis fuerit intentio disponendi, & ex præcedentibus declarãtur sequentia.39.

Testatoris declaratio sive præcesserit testamentum, aut fuerit ex post facto duobus testibus non rogatis probatur.40.

Voluntatis interpretatio, & cõiectura sumitur ex testamento imperfecto, seu revocato ad declarationem secundi.41.

Testamentum nullum probat voluntatem.42.

Testamentum nuncupativum de quo facta est scriptura ex non perfectione scripturæ, præsumitur imperfectum in casu quo testator potuisset perficere, & non perfecit.43.

Imperfectum non præsumitur testamentum ex defectu clausulæ conclusivæ actum coram me, & testibus.44.

Imperfectum probatur testamẽtum quando ex tenore illius constat testatorem dispositionem non habuisse vt completam.45.

Imperfecta voluntas dicitur quãdo post aliqua dispositа subiecit testator verbum dispositivum cum dictione repetitiva, item volo, vel hoc amplius volo, & obmutuit, & procedere nequivit.46.& 47.

1 CVm ad testamenti valorẽ duplex perfectio requiratur, & voluntatis, & solemnitatis; vt dictum est supra capite primo, & secundo cum sequentibus; sequitur nunc ex professo videre, quando imperfectio dicatur voluntatis, sive quando ratione voluntatis testamentum dicatur imperfectum, & brebiter, & resolutivè dicendum est, voluntatem imperfectam testantis, & testamentum imperfectum ratione voluntatis esse, *cum constat testatorem in ipso actu testandi, præter ab ipso iam dicta, & dispositа esse alia dicturum, & non dixisse, licèt ab eo fuisset hæres institutus.* Sic deducitur ex ijs, quæ ad huius rei explanationem tradunt Doctores omnes *in d.l. si quis cum testamentum, ff. de testamentis*, & videri possunt vltra Ordinarios ibi, Cardinal. Parisius *cons.* 146. *artic.*3. *vol.*4. Philipp. Decius *cons.* 159. *in fine*. Sigismund. Lofredus *cons.*14. *n.*65. Curt. Iun. *cons.*12. *n.*1. Cephal. *cons.* 294. *sub n.*9. Pet. Surd. *cõs.*258

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

*nu.*19. Riminald. *conſ.*254. *nu.* 4. Vrſillus ad Afflictũ *deciſ.* 143. Marc. Anton. Natta *in l. hac cõſultiſsima*, §. *ex imperfecto n.*139. *C. de teſtamẽtis.* Michael Grãſus, §. *teſtamentum q.*12. *n.* 2. *&* 4. Menoc. *lib.*4. *præſ.*5. *n.* 5. Card. Tuſchus *concluſ.*133. *ex n.*62. *tom.*8. *litt. T.* Hieron. Giacharus *in addit. ad Clarum* § *teſtamẽtum q.*9. *lit. A.* Caſtil. *lib.*4. *cõtrov. cap.*21. *n.* 1. 5. 10. *&* 11. Peralta *in l. ſi quis in principio teſtamenti*, *n.*40. *&* 41. *ff. de legatis* 3. Tellus Ferdin. *in l.*3. *Tauri* 2. *p. n.*19. Anton. Gom. *ibidem n.*18. *& n.*106. Marta *de ſucceſſ. legal. tom.*2. *part.*4. *q.* 1. *art.*7. *n.*5. Stephan. Gratianus *diſceptat. forenſ. tom.*2. *cap.* 220. *n.*28. *& tom.*3. *cap.*550. *nu.* 49. *& cap.*764. *nu.*4. Capicius Latro *deceſ.*140. *n.*20. *lib.* 2. vbi benè explicat.

2 Hæc teſtamenti imperfecti deſcriptio probatur ex dicta *l. ſi quis cum teſtamentum* 25. *ff. de teſtamentis*, vbi Iavolenus imperfectam voluntatem, & teſtamentum imperfectum eſſe dicit, quando conſtiterit teſtatorem voluiſſe vlterius diſponere, & non diſpoſuiſſe; vt quando primis hæredibus nuncupatis, cum ſecundos nominare vellet, obmutuiſſet: Vnde ſi cœpit teſtari, & aliqua diſpoſuit, & dũ circa alia verſaretur, mortuus ſit, aut amittat loquelã, ita vt nullã præterea vocem mittere potuiſſet, aut furore, aut delirio correptus ſit, tunc equidem imperfecta eſt voluntas teſtantis, & imperfectum teſtamentum ratione voluntatis.

3 Et rem altiùs repetendo, ideò dicitur *cum conſtat*, quia teſtamentum in dubio præſumitur perfectum, & dum non conſtet, & probetur per hoc allegantem, præſumptio iuris ſtat in contrarium. In dubio enim, cum nullum adeſt vitium ſignificans imperfectionem voluntatis, ſumitur præſumptio voluntatem hanc vltimam, ſicque 4 teſtamẽtum fuiſſe perfectũ; præcipuè quia nõ præſumitur plus habere quis in corde quàm ore expreſſerit, & non preſumitur quis ore plus exprimere, quàm mente agitaverit. *l. labeo*, §. *idem Tubero*, *ff. de ſupelect. legat.* ſic probat textus *in d. l. ſi quis cum teſtamentum*, ibi: *Labeo tamen hoc verum eſſe exiſtimat, ſi conſtaret voluiſſe plures eum qui teſtamẽtũ* 5 *feciſſet hæredes pronunciare.* Et ibi notant Baldus *n.*3. Bart.

Are

Aretinus. Immola, & Angel. idem Aretinus *in* §. *ex eo in fine inſtit quib. mod. teſtament. infirm.* Fulgoſ. *cõſ.* 117. Alexand. *conſ.* 74. *n.* 3. *lib.* 1. Ruinus *conſ.* 204. *n.* 1. *in fine, lib.* 2. Iaſon *cõſ.* 8. *col.* 1. *verſ. ſecundo fallit lib.* 3. Laurentius Calcaneus *conſ.* 92. *col.* 2. Hondedeus *conſ.* 77. *n.* 11. *lib.* 1. Menoc. *conſ.* 224. *nu.* 16. & *de præſumptionib. lib.* 4. *præſ.* 5. *â nu.* 1. Simõ de Prætis *vltimar. volunt. lib.* 2. *interpret.* 2. *fol.* 1. *n.* 41. Alvaradus *de cõiect. ment. defuncti lib.* 3. *cap.* 2. §. 1. *nu.* 14. Caſtillo *d. cap.* 21. *nu.* 44. Marta *d. Art.* 7. *n.* 17. Gratianus *cap.* 550. *num.* 53. Peralta *in d. l. ſi quis in principio teſtamenti num.* 39. *vſque ad* 45. Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri* 1. *part. â num.* 251. Et ibi Antonius Gomez *num.* 105. Rodericus Suarez *in l. quoniam in prioribus, C. de inofficioſ. teſtam. quæſt.* 4. *in declarat. ad leg. Regni verſ. vnum.* Buratus *deciſ.* 475. *num.* 15.

6 Cum minimè obſtat Baldi ſcriptum *in l. quæſtionem nu.* 19. *verſ. Si autem non conſtat C. de fideicommiſſis*, dum ſcripſit in hęc verba: *Si autem non cõſtat, quod teſtator perfecerit teſtamentum, talis ſcriptura non valet. l. fideicommiſſa*, §. 1. *de legat.* 3. Innuit ergo Baldus debere cõſtare teſtatorem perfeciſſe teſtamentum, atque ita præſumptionẽ eſſe, quod nõ perfecerit. Et Baldum ſecuti ſunt Alexand. *in cõſ.* 76. *lib.* 3. Grammat. *deciſ.* 62. *nu.* 10. nam reſpondetur ſecundũ Menoc. *d. conſ.* 224. *n.* 19. & *d. præſ.* 5. *n.* 3. Baldi verba ita eſſe legenda, *ſi autem conſtat, quod teſtator nõ perfecerit*, & & c. hãc interpretationem probat *d. l. fideicommiſſa*, §. 1. quæ allegatur à Baldo, & ſi aliter intelligeretur non ſolum ſibi ipſi parum conſtans eſſet Bald. ſed, & adverſus dictam legẽ *ſi is qui ff. de teſtamẽtis* ſcripſiſſet.

7 Dicitur præterea *teſtatorem in ipſo actu teſtãdi præter iã dicta, & diſpoſita alia eſſe dicturum, & non dixiſſe*, vt voluntas ſit imperfecta, & teſtamentũ ratione illius imperfectum, quia in eadem confectione teſtamenti conſtare debet teſtatorem alia optaſſe dicere, & vltra diſponere, & non feciſſe. Vnde ſi reſervavit in aliud tempus, talis reſervatio non arguit imperfectionem voluntatis, teſtamentum etenim dicitur perfectũ, ex quo tũc teſtator nihil aliud erat dicturus de præſenti. Sic probat textus *in l. ſi te-*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

testamentum, C. de instit. & substit. vbi valet institutio non adiecta conditione, quam alia scriptura testator exprimere promisit, vt in verbis, ibi: *Alia scriptura se declaraturum promisit.* Ideò igitur tenet, & valet institutio non declarata cõditione, quia reservavit in posterum exprimere, & ita cum posteà nõ fecit, videtur pœnituisse; sic põderat singulariter hũc textum Franciscus Aretinus *in d.l. si testamentum verbo morte præventus*, vbi inquit, quod licèt aliàs quãdo testator morte præventus nõ potuit perfectè disponere id quod intẽdebat, eius dispositio tanquã imperfecta ipso iure vitietur, *d.l. si quis ff. de testament.* Istud limitatur per illum textum, vt procedat, quando testator in eadem vltima voluntate erat dicturus, secus si reservabat in aliud tempus, & posteà nõ fecit, quia ista reservatio nõ arguit imperfectionẽ voluntatis, quim tale testamentum dicatur perfectum, ex quo testator nihil aliud de præsenti disponere intendebat. Idem quoque probat textus *in l. cum pater in verbo alia scriptura, ff. de legat. 2.* Et doctrina Bartoli *in l. quoties, §. tantundem, ff. de hæred. instituend.* vbi concordans prædictum textum cum *dict. l. si testamentum*, facit similem differentiam, & inquit, quòd quando testator destinavit institutioni per eum factæ addere conditionem, & hoc expressit, cum autem devenit ad actũ omisit per errorem, tunc institutio vitiatur, & ita procedit textus *in dict. §. tantumdem.* At cum testator non dixit se expressurum conditionem tũc, cum institutionem faceret, sed se expressurum posteà, & sic alio tempore, hoc casu si omittatur, dispositio non vitiatur, & ita procedit *l. si testamentũ*, quia in primo casu fuit imperfecta voluntas, cum tempore testamenti conditionẽ voluisset exprimere, & non fecit; in secundo non est imperfecta, quia in aliud tempus reservavit expressurum, quod cum nun fecit videtur pœnituisse.

11 Id etiam probatur *ex dict. l. si quis cum testamentum, ff. de testamentis* argumento à contrario sensu, quod in iure validum est *l. 1. §. huius rei, ff. de officio eius*, quia textus ibi loquitur cum secũdos hæredes nominare voluisset te-

testator, & non potuisset, quia obmutuit, & ita non perfecit testamentum. Ergo à contrario sensu si potuisset absolvere testamentum, & absolvisset, quamvis alio tempore, sive alia scriptura hæredes nominare voluisset, valeret testamentum, & non procederet prædicta *legis si quis cum testamentum* decisio.

12 Ex quibus sic cum Aretino tenent Curtius Iunior *cons.*12. *n.*1. Iasson *cons.*8. *col. penult. ad finem, vers. Nam ista reservatio lib.*3. Ruinus *cons.*1. *col. penult. n.*22. *lib.* 2. Menoc. *cons.*45. *n.*28. *lib.*1. Bertazol. *cõs. civil.*86. *n.*6. Laur. Calcaneus *cons.*91. Ludov. Iuntus *in responso pro vxore n.*302. Visillus ad Afflictum *decis.*143. *n.*7. Michael Graf. §. *testamẽtum q.*12. *nu.*4. Stephan. Gratianus *disceptat. forẽs. cap.*220. *num.*28. *tom.*2. Thadeus Piso *lib.*1. *variar. cap.*7. *n.*37. Additionator Clari. §. *Testamentum q.*9. *nu.*4. qui loquitur in casu, quo testator in ipso testandi actu aliquid amplius nõ erat dicturus, sed dixit omnia, quæ tunc voluit, istum actum pro absoluto habens, verum tamen reservavit quidpiam dicẽdum in aliud tempus, vt si dixit se velle postea cõditiones adijcere, vel deliberare, an cõsanguineis aliquid relinquere vellet, hoc casu reservatio non arguit voluntatis imperfectionem, nec efficit, quin testamentum sustineatur. Sic 13 quoque Castrensis *cons.*138. *lib.*2. vbi respondit, voluntatem testatoris imperfectam non dici, & si dixerit cogitare velle, an aliquid relinqueret quibusdam consanguineis suis, cum quo ad disposita eo tempore esset perfecta illa volũtas testatoris; sic etiã cũ Aretino, & Authoribus relatis Marcus Anton. Nat. *in l. hãc consultissima*, §. *ex imperfecto n.*144. *C. de testamentis.* Marta *voto* 8. *vbi n.*7. *&* 8. ex mẽte Iaso. *in cõs.*196. *col.*5. 14 *in fine vers. Sed in casu nostro vol.* 2. distinguit inter dilationẽ, quæ tempus habet certum, & incertum; quã distinctionem probat etiam *tom.*2. *de succes. legalii, part.*4. *q.*1. *art.*7. *numer.* 27. Et inquit, quòd brebis dilatio certi temporis non facit conditionẽ aliquã, ideò non inducit suspensionẽ voluntatis, secus est quando dilatio non habet tempus certum, quia tunc equiparatur cõditioni, *l. dies incertus, ff.*

de

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

de condit. & demonstrat. Sed certè si differt testator in aliud tempus certum, sive incertum, pro-tunc perfecta dicitur dispositio, & voluntas; quia in actu testãdi constare debet ex eadem lege *si quis, & d.l. si testament.* iam traditis; præcipuè quia quod differt, non est de substantia conditi testamenti, & potest illud facere testator in codicillo, nova dispositione; vnde etiam si in diem incertum reservaverit testator quidpiã dicendum, nonerit imperfecta voluntas, cum consummata; & absoluta pro tũc sit, & reservatio dicta minimè sit de substãtia dispositionis, sed ad novam, & separatam dispositionem respiciat; separatorũ verò nulla est connexio, *l. Papinianus exuli, ff de minoribus.* Et licèt dies incertus æquiparetur cõditioni, non ex hoc destruit testamentum, nec volũtatis perfectionem, quæ adesse dicitur etiam non adiecta conditione in casu reservationis, quia cõditionis videtur pœnituisse, *d.l. si testamentum, l. 2. ff. de hæred. instituend. l. cum pater, §. vicos, ff. de legat. 2.*

Contra quam Doctorũ 15 resolutionem fortiter insurgit Castillo *dict. lib. 4. cap. 21. num. 116.* ex eo, quod in hoc casu cum testator reservat in aliud tempus, expressa est voluntas alia disponendi, at cum in actu testandi ob mutuit, & nõ potuit perficere, in dubio versamur, an ad alia disponẽda procedere voluerit; vnde maior ratio (inquit) datur in primo casu reservationis, vt imperfecta dicatur voluntas, quàm in secunda. 16 Facit etiã pro Castillo, quòd quando testator distulit publicationem testamenti in alteram diem vel tempus, dicitur imperfecta voluntas, vt tenet Surdus *decis. 292. nu. 12.* & resolvitur infra *cap. 14. num. 17.*

17 Sed licèt hæc obiectio difficilis videatur, responderi tamẽ potest, magnam esse differentiam in vno, & in altero casu, nam quando in actu testandi, quæ dicturus fuerat, nõ dixit testator, imperfecta, & non completa est voluntas, & dũ hoc constet, & appareat, testamentum erit imperfectum; in dubio tamen, & quando nõ constat alia esse dicturum, & non dixisse, perfecta præsumitur voluntas, & testamentum. Sed in casu quo reservat in al-

alteram diem, vel in tempus incertum aliqua disponere, conditiõnes exprimere, vel similia, pro tunc perfecta est voluntas, quia dispositio est perfecta, & tunc nihil aliud voluit disponere testator, quod nõ potuisset, vt in casu dictæ *legis si quis cum testamẽt.* vnde cũ posteà non adiecisset, vel disposuisset, cum tempus haberet, prioris volũtatis pœnituisse creditur; quod ex eo roboratur, quod prima dispositio est consummata, & licèt in ea fiat reservatio, tamen est ad novam dispositionem, quã si in effectu nõ posuit testator, non est credendũ primam suam dispositionem consummatam invalidam fore voluisse, & potius præsumendum est prioris voluntatis pœnituisse, nemo enim creditur voluisse decedere intestatus, nec est præsumendum velle eligere medium contrariũ suæ dispositioni, *l. miles, l. Lucius cum vulgatis ff. de testament. milit.*

19 Hoc manifestius patet ex eo quod tradũt Doctores, scilicèt, quod cũ testator ordinato, & publicato coram testibus, & notario testamẽto, & sic eo cõpleto, & absoluto, dixit non facias aliud vsque cras, & rogavit notarium, & testes, vt cras reverterentur, sed inde cras nihil fecit, non est imperfectum testamentũ ratione voluntatis, nec imperfecta voluntas, vt responderunt Antonius de Patro veteri inter consilia Alexandri *in cons.* 73. *nu.* 3. Et Alexãder *in cons.* 74. *nu.* 3. *lib.* 1. Ruinus *cons.* 15. *nu.* 19. *lib.* 2. Iason *in l. penultima nu.* 2. *C. de instit. & substit.* post Aretinum, & eos referens Menochius *lib.* 4. *præs.* 5. *nu.* 6. *in fine, & cons.* 224. *num.* 23. Castillo; qui hoc etiam admittit *dict. cap.* 21. *n.* 85, Simon de Prætis *vltimar. volunt. lib.* 2. *interpret.* 1. *dubit.* 2. *solut.* 1. *num.* 85. Surdus *decis.* 292. *nu.* 6. Vrsillus ad Afflictum *decis.* 143. *num.* 8. Bertazol. *cons. civil* 86. *num.* 8. Antonius Gabriel *tit. de testamẽtis, conclus.* 9. *num.* 10. Philipp. Paschalis *de virib. patr. potest. part.* 2. *cap.* 8. *num.* 65. Bertachinus *in repertorio* 5. *part. verbo testamentum pag.* 195. Marta *de succes. legal. tom.* 2. *part.* 4. *q.* 1. *art.* 7. *num.* 26. 20 Cuius ratio est, quia præsumitur testatorem pœnituisse illius suæ destinationis quã habebat aliquid de novo disponẽdi, sive addẽdi primo testamẽto cõsũmato iã, & perfecto; quod

cum

cum admittat Castillo, non est ratio cur posteà de communi Doctorum resolutione dubitet.

21 Sed hoc idem comprobatur ex eo, quod ipse Castillo tradit posteà *lib. 5. cap. 74. fol. 120. col. 2.* vbi laudat Gratianum, qui notabiliter (inquit) annotavit *tom. 3. cap. 550. ex n. 49.* in casu, quo testator volebat facere duo legata, quæ posteà non fecit, non esse imperfectam voluntatem, nec testamentum ratione illius imperfectum; quia ad effectum vt testamentum corruat ex hoc capite requiritur, quod in ipso actu testandi appareat, quod testator voluerit aliquid plus proferre, & morbo, vel morte præventus nõ potuerit: nec sufficiunt actus præcedentes ipsi actui testandi, quia multoties testatores non retinent voluntatem, quam explicarunt

22 in tractatu, & quia multa tractantur, quæ posteà non fiunt, vt per eum videri potest, & infra continetur *cap. seq. num. 22. & cap. 16. num. 25.*

23 Minus obstabat, quod ex Surdo *decis. 292. num. 12.* traditur pro Castillo, quia cum testator distulit publicationem facere testamenti, cum potuisset statim publicare, imperfecta est voluntas, & non completa, nec testamentum perfectum aut completum, quia in eo casu publicatio est de substantia testamenti; at in casu reservationis, nova dispositio nõ est de substantia primi testamenti, sed ante eam est perfecta prima dispositio, & cõsummata; cui facit, quod quamvis amplius disponere voluisset testator in casu reservationis fieri hoc potest in codicillo, nova dispositione, vnde nullatenus imputãdum, aut dicendum imperfectũ, quod

24 antea dispositum erat. Ruinus *cons. 15. num. 19. lib. 2.* Gratianus *d. cap. 550. num. 49.*

25 Additur quoque voluntatem esse imperfectã, cum testator alia fuisset dicturus, & non dixisset, *licet ab eo hæres fuisset institutus*; quia perfectio voluntatis non consistit in eo solum, quod hæres sit institutus, sed in eo, quod omnia, quæ voluerit, expressisset testator, non solum per dispositionem vniversalem, sed etiam per particularem, vt agnoscũt omnes ferè Doctores citati in principio, & optimè Peralta *in l. si quis in principio testamẽti num.*

nu. 40. & 41. dicens, quod vbi constat testatorē vltra prius inchoata disponere, voluisse vltra procedere, vel ad instituendū alium hęredē, vel ad substituendum, vel ad fideicommittendum, vel ad faciendum legata, aut aliter disponendum, tunc imperfecta est voluntas, & imperfectum testamentum ratione illius. Anton. Gom. *in l. 3. Tauri n. 18. & 106.* Menoc. *lib. 4. præs. 5. n. 5.* Cardinal. Tuschus *concl. 133. ex nu. 62. & nu. 73. tom. 8. lit. T.* Marta *de succ. legal. tom. 2. part. 4. q. 1. art. 7. nu. 5.* Castillo, *d. cap. 21. ex n. 5. cum seqq.* Stephanus Gratianus *cap. 550. n. 13.* Et plures relati ab additionatore Clari, §. *testamentum q. 9. nu. 2.* & continetur infra capitibus sequentibus.

26 Quæ autem sint cōiecturæ ex quibus testamentum perfectum præsumatur, & ex quibus imperfectū, materia est latissima, & in qua omnia iudicis arbitrio relinqui debere tenet. Flores de Mena *lib. 1. variar. q. 1. num. 53.* cum circunstantias, quę cōtingere possunt, difficilimū, & ferè impossibile sit in vnū cumulare. Sed nihilominus ne deficiā in re principali ori brevitate, & claritate solitis procedendo, dico in primis distinguendum esse de testamento inscriptis, & de testamento nuncupativo; si de testamento in scriptis sit sermo, vel versatur dubium circa rationem voluntatis testantis, vel circa formam, & solemnitatem à iure descriptam, vt quia vel deficiūt testes, aut signacula, aut alia similia, & tunc quæstio est, vtrùm testamentum, quod nō valet vt in scriptis, valeat vt nuncupativum, de qua infra *cap. 15.* si sit quæstio circa voluntatis perfectionem, testamentum præsumitur ratione voluntatis perfectū, & huic præsumptioni maximè coadiubat perfectio scripturæ, & certè si testamentum in scriptis vulgo *cerrado* non impugnatur ex defectu alicuius requisiti, sed sit solemne, perfectum, & consummatum, ratione voluntatis imperfectæ, difficiliter impugnari poterit, nisi in casu, quo testator cœpit huiusmodi testamentum condere, & morte præventus non potuit perficere, nam ex non perfectione scripturæ præsumitur voluntas imperfecta,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

& magis videtur cœpisse facere testamentum, quàm fecisse; & in hoc casu, cum non fuisset consummatum, præcisè incidendum est in eandē quæstionem, an scilicèt possit sustineri vt nuncupativū, cum perfectionem inscriptis non habuisset, & in casu, quo sustineri possit vt nuncupativum, an voluntas fuisset vel non perfecta; vnde coniecturis quibus testamentū nūcupativū designatur perfectum ratione voluntatis eisdem in hoc casu arguendum est.

28 Si de testamento nuncupativo loquamur, de quo loquitur textus *in d.l. si quis cū testamentum*; vt patet ex verbis, ibi: *Primis hæredibus nūcupatis*, distinguendum etiam est; aut enim loquimur de testamento nuncupativo sine scriptura, aut de testamento de quo facta est scriptura, vt distinguunt. Tellus Ferdinandez *in l. 3. Tauri, 2. part. nu. 19.* Castillo *d.c. 21. n. 58.* si simus in terminis testamenti merè nuncupativi sine scriptura, ad sciēdum, an sit perfectum vel nō testamentum ratione volūtatis, & an voluntas fuisset perfecta vel non, decurrendū est ad testium depositiones; testes equidē deponere possunt, an testator habuisset vel non dispositionē vt perfectam, vt si dixisset omnia, quę voluit, nihil pro tunc dicturus, an aliquid adijcere voluit, quod morte vel alio impedimento prævētus exprimere, & nuncupare non potuit, de quo infra *cap. 16.* vbi omnino videndum est.

29 Si tamen de testamento nuncupativo facta est scriptura, suppositā regula generali supra tradita, scilicèt quod testamentum in dubio præsumitur perfectum, sunt aliquæ cōiecturæ, ex quibus dignoscitur perfectum testamentū; vna est, quādo scriptura testamēti cōtinet clausulam illam conclusivā *actū coramme, & testibus*, præsumitur enim testatorem habuisse testamētum pro perfecto, & absoluto, ex quo tabellione apposuerit dictā clausulā. Sic Bartolus *in d.l. si quis n. 3.* & ibi Paul. de Cast. *n. 3.* idem *in cons. 306. lib. 1.* Bald. *in Authēt. quōd sine n. 1. C. de testamētis* Iason *cōs. 8. col. 1. lib. 3.* Ruinus *cons. 159. n. 11. & 13. lib. 4.* Menoc. *lib. 4. præs. 5. n. 3. & cōs. 224. n. 1. & 2.* Cagnol. *in l. si librarius n. 71. ff. de regulis iuris*, Gual-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Gualdenſis *de arte teſtandi tit. de teſtamentis cautela* 11. *ſub nu.* 6. Covarrubias *in cap. relatũ* 1. *de teſtamentis n.* 11. Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib.* 2. *tit.* 4. *n.* 7. Petrus Magdalen. *de numero teſtium*, 2. *p. c.* 5. *n.* 18. Caſtillo *d. c.* 21. *n.* 62. Petrus Surdus *conſ.* 414. *n.* 79. *lib.* 3. *& cõſ.* 187. *n.* 4. Olivar. *deciſ.* 902. *n.* 2. Maſcard. *de probationibus concl.* 1358. *n.* 86. Fontan. *de pactis nuptialibus tom.* 2. *clauſ.* 13. *gloſ. vnic. n.* 5. Marta *de clauſulis part.* 1. *in clauſula actum, & voto* 8. *n.* 14. Barboſa *de clauſulis clauſ.* 1. *n.* 1. Flores de Mena *lib.* 1. *quæſt.* 1. *n.* 43.

30 Altera coniectura, vt dicatur teſtamentum perfectũ eſt, ſi ſignum tabelionis appoſitum ſit in illo, nam denotat illud habitũ pro perfecto, & voluntatem teſtatoris integrè completam. Sic Baldus *conſ.* 158. *vol.* 2. Card. Zabarela *conſ.* 133. *n.* 2. *&* 3. Covarrubias *d. n.* 11. *verſ. Prima equidem.* Maſcardus *d. nu.* 86. *in fine.* Marta *de ſucceſ. legal. to.* 2. *part.* 4. *q.* 2. *art.* 2. *n.* 5. Quia
31 eſt quidam terminus diſpoſitionis redactæ in ſcripturã, ſicut termini lapidei ſunt fines agrorum. Sic ex multis Caſtillo *n.* 63. *&* 64. vbi concludit, idem eſſe quando notarius, aſſerit ſe rogatum, & appoſuit diem, quia ambo
32 ſignificant rem perfectã; vel poſtquã teſtator totam ſuã voluntatem coram notario, & teſtibus expreſſerat, licentiat eos, videtur enim habere teſtamẽtum pro perfecto, Paulus de Caſtro *in d. l. ſi quis*
33 *cum teſtamentum n.* 6. Buratus *deciſ.* 475. *n.* 10. prout idem quando poſt inſtrumentum confectum partes ad actus extraneos divertunt, ſic ex
34 Gloſſa, Cino, Fulgoſio, Saliceto, Alexandro, Decio, Covarrubia, Tiraquello, & alijs annotavit Magdalena, 2. *par. cap.* 5. *num.* 19. *&* 20.

35 Eſt etiam præſumptio, vt teſtamentum nuncupativũ de quo facta eſt ſcriptura, dicatur perfectum, hæredis inſtitutio; eo enim, quòd teſtator hæredem ſibi inſtituit, teſtamentum perfectum ratione voluntatis habetur, quia inſtitutio hęredis caput, & præcipua pars teſtamenti eſt, & vltimum quod poni ſolet in illo. Sic in terminis Menchaca *de ſucceſſ. creat. lib.* 3. §. 22. *nu.* 6. *in fine.* Gaſpar Antonius Theſaurus *quæſt. forenſ. lib.* 4. *quæſtion* 28. *nu.* 15. Gratianus, *cap.* 550. *n.* 40. *tom.* 3. Simon de Prætis *de interpr.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vltim. volunt. lib. 1. interpret. 1. dubit. 3. fol. 5. num. 35. vbi testamentum perfectum fuit ex eo, quod testator incœpit illud facere, & hæredem instituit, infirmitate gravatus obmutuit, & nó perfecit; sed posteà cum melioraretur parvulum, dixit se contentú fore, quia testamentum conditum habebat, & hęredem institutum.

36 Quæ testatoris confessio altera est coniectura ad perfectionem testamenti, & voluntatis inducendam; certũ enim est, quod ex dictis, & gestis à testatore ex intervallo post factum testamentum declaratur eius voluntas. Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib. 5. tit. 15. num. 3.* Socinus Iunior *cons. 167. num. 11. & 20. vol. 2. & cons. 32. num. 12. vol. 4.* Alciatus *cons. 57. num. 49. vol. 1.* Decianus *cons. 534. in fine.* Surdus *cons. 414. num. 66.* Farinacius *in posthumis decis. 761. num. 13. vol. 1.* Et probatur *in l. sed Iulianus. §. proinde, ff. ad Maced. l. cũ quis. C. de nat. liber.* quia actus perfecti recipiunt formam declaratoriam Baldus *in l. precibus n. 10. C. de impub. substit.*

37 Item nominatio executorum testamenti indicat perfectionem testamẽti. Ruinus *cons. 15. lib. 2. nu. 19.* Gratianus, *dict. cap. 550. n. 19.* Guzman *veritat. iur. 15. n. 21.*

38 Desumitur etiam coniectura, vt testamentum dicatur perfectum, quando dispositio convenit cum volũtate iam ab ipso testatore prolata, vt ex *decisione Rotæ. 173. num. 1.* notat Menochius *lib. 4. præs. 5. num. 3. circa finem* Castillo *dicto cap. 21. num. 48.* Socinus Iunior *cons. 32. vol. 4. num. 10. & 11.* Ruinus *cons. 192. nu. 5. & 9. vol. 2.* Surdus *d. cons. 414. nu. 55. & 56. & n. 64.* cuius vera ratio est; quòd verba prius prolata probant qualis fuerit intentio disponendi *l. labeo, §. idem Tubero, ff. de supel. legat. l. nepos proculo circa mediũ ff. de verb. signifi.* Decius *in l. semper in stipulationibus, col. 1. ff.*

39 *de regu. iur.* Craveta *cons. 35. n. 6.* & ex verbis prolatis arguitur animus disponendi *l. fulcinius, §. quid si latitare, ff. de doli except.* Et regulariter ex præcedentibus declarantur sequentia, *l. si fuerint §. fin. ff. de reb. dub.* cũ vulgatis, de quibus Velasco *Axiomat. iur. lit. P. num. 126.* Et ad huiusmodi testatoris declarationem probandam, sive præcesserit testamentum, aut ex post facto fuerit facta,

duo

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

duo teſtes ſufficiunt etiam ſi rogati non ſint, Bartolus *in l.2.ff.de vulgari num* 39. vbi Ripa, & alij Baldus, & Immola *in l. cum proponebatur.ff. de legatis.2.* Ruinus *conſ.*192. *n.*5. Surd.*cõſ.*414.*n.*67. Mantica *lib.*5.*tit.*14. *nu.*11. & 12. & *tit.*15.*n.*9. Et alij relati infra *cap.*22.*n.*2.*cum ſeqq.*

41 Denique ex teſtamento imperfecto ſeu revocato ſumitur voluntatis interpretatio, & coniectura ad declarationem ſecundi. Decius *conſ.* 115.*n.*5. Corneus *conſ.*275.*n.* 5. *lib.*4. ex Bart. Ripa, & alijs Fontanella *deciſ.*89.*â n.*9. Seraphinus *de privilegijs iuramẽti privil.*1.*n.* 54. Caſtillo *lib.*5. *cap.*108.*per totum*, quia teſtamentum nullum probat voluntatem, *l.fin.ff.de rebus eorũ*, Marzarius *conſ.*63.*n.*9. Laurentius de Pinu, *conſ.*6.*nu.*13. Curtius Iunior *conſ.*71. *nu.*4.

42 *in* 1.*part.* Mar. Riminald. *cõſ.* 233.*n.*10.*vol.*2. Caſtillo latè *d. cap.* 108. Flores de Mena *in addit.ad deciſ.Gammæ* 153. *n.*3. ſed non in vim diſpoſitionis, ſed declarationis tantum, vt ſupra *cap.*6. ſcriptum eſt, verum contradicta ex *n.*35. inſurgit poſt hęc ſcripta Guzmá *veritat.iur.*15.*n.*22. vbi inquit, quod poſt *l.*1.*tit.*4.*lib.*5. *Recop.* ceſſat penitùs opinio quod per inſtitutionem hęredis probetur teſtamenti perfectio, ſiquidem hodie non eſt neceſſaria ad teſtaméti valorem, ſed præſumptio dicta, quæ reſultat ex hęredis inſtitutione, & alię, huc vſq; relatæ procedũt abſq; dubio, quia deciſione regia, vt iuris communis correctoria, non comprehenduntur, quæ in hoc capite proponuntur de perfectione voluntatis, quæ in omni teſtamento adeò neceſſaria eſt, vt ſine illa invalidum ſit teſtamentum, deciſio autem legis Regię, vt valeat teſtamentũ ſine inſtitutione hęredis loquitur in caſu claro, vbi teſtator complevit, & abſolvit teſtamentum, non vbi non perfecit, & eſt, locus coniecturis nam ibi ad iuris præſumptiones recurrẽdum eſt, vt ſatis patet ex his, quæ hoc in capite referuntur, & etiam infra *cap.*16. D. Caſtillo *lib.*4. *cap.*21.*num.*31.

43 Ex quibus autẽ coniecturis teſtamentũ de quo facta eſt ſcriptura præſumatur imperfectum, magis dubium eſt; & Tell. Ferdinand. *in l.*3. *Tauri*, 2.*part. nu.* 19. ſecutus à Caſtillo *d.cap.*21.*n.* 58. tenet,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quòd ex non perfectione scripturæ; hoc est quando nō est absoluta: quia tunc magis cœpisse vt testamentum faceret, quam fecisse creditur; sed huiusmodi coniecturà minimè procedit in casu, quo ob impedimentum superveniens testator non perfecit testamentum, nam non infertur, non perfecit, ergo imperfecta est voluntas, & testamentum ratione illius imperfectum, quia cum perficere nō potuisset, non attéditur perfectio scripturæ, sed voluntatis integræ declaratio, & manifestatio, quæ perfectio voluntatis dicitur. Vltra hunc casum ex non perfectione scripturæ imperfectionis voluntatis rectè sumitur coniectura, cum benè inferatur, non perfecit testamentum cum potuit, ergo volōtas illius non fuit perfecta, si enim fuisset, perficeret.

44 Altera cōiectura traditur à Doctoribus, vt testamentū imperfectum dicatur; nempè quando non continet clausulam illam *Actum*; sed reijcitur doctè à Menochio *d. cōs.* 224. *num.* 34. vbi non esse bonam consequentiā (inquit) clausulam *Actum* significat perfectionem: ergo sine ea actus non est pefectus. Est enim verius, actum dici posse perfectum, tametsi clausula illa non fuerit adscripta, præterea, & secundo respondetur ab eodem Menochio clausulā hanc nihil ad actus perfectionem pertinere: cum esse possit, quod illa fuerit adscripta, & tamen testator non habuerit dispositionem suam pro perfecta, & absoluta, sed voluerit aliquid addere, vt in specie respōdit Corneus, *cōs.* 226. *lib.* 3. idem Menochius *cons.* 42. *num.* 15.

45 Præcipua coniectura, vt testamētum dicatur imperfectum, quando de ipso facta habetur scriptura, est, quando ex tenore illius deducitur testatorē dispositionē suam nō habuisse vt completam, vel perfectam, vt quia cœpit ponere clausulam, quam nō perfecit, prosequi tamen intendit: vel omnino non se firmavit in prolatis, vel dispositis, tunc ergo cum testāris manifesta non sit intentio, nec voluntas perfecta est. Sic Bartolus *in d. l. si quis cū testamentum num.* 3. Castrensis *cons.* 307. *lib.* 1. Iason *cons.* 155. *ex n.* 5. *lib.* 4. Decius *cons.* 488. *ex n.* 10. Anania *cons.* 57. *circa mediū vers. facit etiam.* Ruinus *cons.* 7. *num.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

*num.*7.*lib.*3. Immola *conſ.*91. Cephalus *conſ.* 199. *num.*1. & 8.*lib.*1. Grammaticus *deciſ.* 62. Surdus *deciſ.*292. *ex num.* 11. Simon de Prætis *lib.* 2. *ſolut.*1.*num.*37. Alvaradus *de cõiecturata mente defuncti lib.*3. *cap.*2.§.1.*num.* 14. Caſtillo *d. cap.*21.*num.*5.& 51. Gratianus *diſceptat.forenſ.cap.* 220. *num.* 28.& *cap.*550.*à num.*49. Maſcardus *de probationibus tom.*1. *concluſ.*4.*num.*4.

46 Hoc maximè patet, quãdo poſt vnum vel plura diſpoſita, à quibus teſtator inchoaverat facere teſtamentum, ſubieccit verbum diſpoſitivum cum præcedenti dictione repetitiva, puta *item volo* vel *hoc amplius volo*, & cõfeſtim obmutuit, vel vlterius procedere nequivit: nã his, & ſimilibus caſibus ſatis apertè conſtat de imperfectione voluntatis teſtantis; ſic ex Baldo, Dino, & immola, Petrus de Peralta videndus *in l.ſi quis in principio num.* 41.*ff.de legat.*3. Caſtillo *n.*52. vbi commendat Ruinũ *conſ.* 15.*per totum lib.*2. Prætis *d.lib.* 2.*ſolut.*1.*n.*43.& 44. quia pro ſequendi animus, & impedimentum manifeſtè patet, cũ vis vtriuſque dictionis ſit continuare, Barboſ. *de dictionibus, dict.*23.*n.*4.& *dict.*159. in hac coniectura, quæ præcipua, & generalis eſt, includitur caſus, quando teſtator legare voluit, & cum poneret clauſulã ad illud, nõ perfecit: vel quando tutores nominare voluit, aut conditiones adijcere decrevit, & cum incepit dicere non potuit, & ſimilia, quæ quia prolixum foret hic deſcribere, capitibus ſequentibus continentur.

CAP.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT X.

AN SIT IMPERFECTIO VOLVNTATIS cum testator tutores in testamento nominare voluit, & substitutiones adjcere decrevit, & ob impedimentum superveniens non fecit, & de quibus hæredibus loquatur Iavolenus in l si quis cum testamentum, 25 ff. de testamentis, quando de secundis hæredibus mentionem fecit.

SVMMARIVM.

TVtores si destinavit facere testator, & nō fecit ob impedimentum, imperfecta est voluntas, & imperfectum testamentum ratione voluntatis. 1.

Individuum perfectum non est, nisi singulæ eius partes cōpletæ fuerint, & possint valere ad vsum destinatum â præcedente voluntate. 2.

Testamentum individuum est. 3. & 8.

Substitutionem si efficere voluit testator, & ob impedimentum non fecit, imperfectum, & invalidum fit testamentum ratione imperfectionis volūtatis, 4. & 11.

L. si quis cum testamentum, ff. de testamentis traditur. 5.

Substitutio dicitur secunda institutio, & substituti secundi hæredes. 6.

Iavolenus in l. si quis cum testamentum de secundis hæredibus mentionem faciens, de quibus hæredibus intelligendus sit, de hæredibus primi gradus, an de substitutis. 7. 8. & 10.

Hæredes intelliguntur propriè primi gradus, non secundi. 9.

Testamentum ab institutione vires capit nō â substitutione 12.

Institutio non anullatur licèt substitutio nulla sit. 13.

Substituere si testator decrevit, tem-

tempore tamen testamẽti cum potuisset, non fecit, non est imperfecta voluntas, nec testamentum imperfectum ratione voluntatis. 14. & 19.

Voluntas tacita non expectatur si non transivit in dispositionem. 15.

Imaginatio, quod testator ita voluerit; & ita senserit nihil prodest. 16.

Divinandum non est circa interpretandam voluntatem. 17.

Fideicommissum non inducitur ex eo, quod testator voluerit, nisi voluntas transierit in dispositionem. 18.

Tractatus præcedentes non probant imperfectionem voluntatis, nisi probetur de tempore, & actu testandi. 20.

Testantes multoties non retinent voluntatem, quam explicarunt in tractatu. 21.

Multa tractantur quæ postea nõ fiunt. 22.

Substituere si testator decrevit, & non fecit ob impedimẽtum, & post factum testamentum aliquot dies supervixit, & nõ substituit, prioris voluntatis præsumitur pœnituisse, & perfectum est testamẽtum ratione voluntatis. 23.

1 SI testator destinavit dare tutores in suo testamẽto, tunc illorum datio dicitur pars integralis testamenti, qua deficiẽte propter impedimentum superveniens imperfecta dicitur voluntas, & imperfectum testamentũ ratione voluntatis; prout est communis opinio, de qua 2 per Socinum *in cons.* 147. *nu.* 22. *vol.* 2. Marta *de successione legali tom.* 2. *part.* 4. *quæst.* 1. *art.* 7. *num.* 13. vbi pro ratione tradit, individuum perfectum dici non posse, nisi singulæ eius partes cõpletæ fuerint, & possint valere ad vsum destinatum à precedente voluntate *l. ædificia*, §. *perfecisse*, 3 & *ibi Glossa*, *ff. de verb. signif.* Et ita cum testamentum individuum sit *l. furiosum*, *C. qui testam. facer. poss.* si perfectum non fuerit, & absolutũ, quia tutores nominare testator voluit, & non potuit, imperfectus fuit actus testandi, & invalidus.

4 Est etiam imperfectum ratione voluntatis, & per consequens invalidum testamentum, si probetur testatorem substitutionem efficere velle tempore condendi testamentum, & ob impedimentum superveniens non feciſſe. Sic expræsse Paulus de Castro *in d. l. si quis cum*

te-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

testamentum, ff. de testamentis, n. 1. in fine, Curtius Iunior *cons.* 12. *num.* 2. Menochius *cons.* 224. *nu.* 4. *vol.* 3. *& de præsumptionibus lib.* 4. *præs.* 5. *num.* 4. Peralta *in l. si quis in principio testamenti, ff. de legat.* 3. *nu.* 41. Castillo *lib.* 4. *controvers. cap.* 21. *num.* 5. Philippus Paschalis *de viribus patriæ potestatis*, 2. *part. cap.* 8. *nu.* 59. *vers. vnde*: ratio huius est supra relata, & quæ continetur capite antecedenti, vbi dictum est, testamẽtum imperfectum ratione volũtatis dici, cum testator esset alia dicturus, licèt in eo adesset institutio; quia nõ potest dici perfecta volũtas, quæ consummata non fuit, & completa, sed diminuta.

5 Facit etiam textus *in d. l. si quis cum testamentum in principio, ff. de testamentis* in verbis, ibi: *Si quis cũ testamẽtum facere cœpisset, hæredibus primis nũcupatis, prius quam secundos hæredes exprimeret, obmutuisset*: intelligendo clausulam illam, *prius quam secundos hæredes* de substitutis: Substitutio etenim dicitur secunda institutio, & substituti secundi hæredes, *l.* 1. ibi: *instituti primo gradu, substituti secũdo, ff. de vulgari, l. idem est*, 13. §. *fin.* ibi: *Et â primo, & â secundo hærede, ff. de*

6 *Milit. testam. l.* 1. *tit.* 5. *part.* 6. Pichardus *in Rubr. instit. de vulgari, ex n.* 1. *cũ seqq.* Oddus *de compend. part.* 1. *q.* 1. Alexãd. Trẽtacinq. *de substit. in Proœmio nu.* 2. Intrigliol. *eod. tract. cent.* 1. *q.* 2. Fusarius *part.* 1. *q.* 1. *eod. tract.*

7 Verùm rem altius repetẽdo ex dictis sese offert dubium, de quibus hæredibus loquatur Iavolenus *in d. l. si quis cum testamentum* in relatis verbis, ibi: *Prius quam secundos hæredes exprimeret*, an de substitutis, qui secundi gradus hæredes dicuntur, an de hæredibus primi gradus: in quo non est omnium cõcors opinio, nam Paulus de Castro *ibidem num.* 1. *in fine*. Curtius Iunior *d. cons.* 12. *num.* 2. Menochius *d. cons.* 224. *nu.* 4. de substitutis prædicta verba Iavoleni intelligũt ex rationibus, & iuribus relatis, quibus substituti secundi hæredes nominantur.

8 Alij tamen statim referẽdi de hæredibus primi gradus Iavolenum loqui tenẽt; quæ opinio, & intellectus ad verba Iavoleni in puncto iuris probabilior videtur; licèt de substitutis intelligi quoque possit, securè defendi valeat. Probatur hic intellectus, quia

quia de hæredibus primi gradus Iavolenum intelligendo rectè ex eo infertur primos hęredes iam nominatos ex eo testamento non futuros, cum perfectionem recipiat testamentum ab institutione, quę si perfecta nō sit, quia alios hętedes nominare voluit testator, sed non potuit, iam perfectus testamenti actus quantum ad voluntatem non est, quia deficit aliorum institutio, & ex vnius hæredis institutione non perficitur, cum actus testandi censeatur individuus, *l. furiosum, C. qui testam. facer. poss.*

9 Rursus probatur hic intellectus ex verbis, ibi: *Plures eum, qui testamentum fecisset hæredes pronunciare*, contentis *in d.l. si quis cum testamentum*, quę verba propriè denotant hęredes primi gradus, & eorum successores *l. hæredes 65. l. sciendum 70. ff. de verb. signif.* Barbos. *de appellat. verb. signif. appellat. 113. num. 2. & à nu. 27.* Castillo *lib. 5. cap. 96. à num. 1.*

10 Sic sentiūt, his nō traditis, Albericus ibidem, motus ex eo, quod lex prępsupponit, quòd testator instituit vnū, & proponebat alium instituere, Bartolus *in l. iubemus 29. C. de testamentis*, vbi quod quandoque testamentum in aliqua parte deficit ratione voluntatis imperfectę, vt si testator velit nominare tres hęredes, incepit, & nominavit vnum, postea aliū, & ante quam nominaret tertium spiravit, Alexander, *n. 8.* Baldus *in d.l. si quis cum testamentum num. 1.* vbi etiam Cuiacius.

11 Sed quæ vertitur differentia in eo, quod Iavolenus de primi vel secundi gradus hæredibus loquatur, poterit dubitari; cum etiā si de substitutis percipiatur, si voluit testator substituere, & non substituit, imperfecta erit voluntas, & imperfectum testamentum ratione voluntatis; vt dicitur ex numero quarto, & est certissimū. Verùm magnum est discrimen, & versatur in eo, quod ab institutione vires capit testamentum non à substitutione, *l. ex pupillari 64. ff. de vulgari*, & sine ea perfectio est in illo, & est distinctus gradus, in quo si fuerit nullitas, primus institutionis scilicèt non annullatur. *l. 3. §. fin. ff. de liberis, & posthumis, l. si filius 75. ff. de hæredibus instituend. l. ex facto 43. §. Lucius, ff. de vulgari*,

12

13

.Ca-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Castillo *lib.5.cap.110.ânu.47.*

14 Sic intellecta Iavoleni sententia in verbis, quæ ad substitutionem facere possunt resolutio de qua supra numero quarto limitatur primo, vt procedat tantum, quando testatur dum conderet testamentum voluit substituere, & ob impedimentum superveniens non potuit; nam si substituere testator decrevit, tempore tamen testamenti cum potuisset non fecit, quamvis probetur anteà testatorem voluisse tales adjcere substitutiones declarationesvè, si moriens non fecit, nó est imperfecta voluntas, nec testamétum imperfectum ratione voluntatis, *l.2.ff. de hæred. instituend.l.cum pater.78.§. vicos, ff.de legat.2.l.si testamentũ, 8.C.de instit.& substit.*

15 Limitatio hęc probatur ex eo, quod tacita voluntas non spectatur si non transivit in dispositionem *l. quidam cum filium 46.vbi gloss.ff.de hæred.instituend l.quoties, §.tantũdem, ff.eod.* vbi notant Bartolus, & Immola, cum multis

16 Castillo *lib.4.cap.11.per tot.* Noguerol *allegat.26.nu.79.* quia non sufficit velle testatorem, si explicitè cum potuisset voluntatem suam nó declaravit, Cancerius *lib.1. var.cap.4.num.75.* non enim prodest imaginatio, quod testator ita voluerit, & ita senserit. *l.labeo, §.idem Tubero,* 17 *ff. de supelect. legat.* Socinus *cons.104.num.8.vol.1.* nec circa interpretandam voluntatem est divinandum. Baldus *cons.235.in principio, vol.5.* vnde non sufficit, quod testator voluerit fideicommissum inducere, nisi voluntas transierit in dispositionem, *l.Gallus, §.quidam rectè ibi: vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit, ff.de liber. & posthum. l.si quis in fundi vocabulo, ff. de legat.1.l.ex verbis, C.de donat.int. vir. & vxor.* Ripa *in l.hæredes mei, §.cum ita num.17. & 31.ff.* 18 *ad Trebel.* Decianus *cons.205. num.5.* Fusarius *de substitutionibus quæst.382.num.23.* Et ita licèt testator substituere voluisset, si tamen potuit, & nó fecit, credendum est prioris voluntatis pœnituisse, & voluntas illa considerandа non erit, cum non fuit posita in executione, secus si propter impedimentum non potuit exprimi, nam tunc imperfecta, & incompleta dicetur, & imperfectum ratione voluntatis reddet testamentũ.

Hanc

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Hanc limitationem, & doctrinam licèt nō ita exornet, probat Ruinus *conſ.* 15. *n.* 19. *lib.* 2. vbi tenet, quod neceſſe eſt probari voluntatem continuandi eodem tempore, & actu teſtandi, & quod quamvis amplius diſponere voluiſſet teſtator, potuit hoc fieri in codicillo vel noua alia diſpoſitione: vnde nullatenus imputandum aut dicendum imperfectum, quòd antea diſpoſitum erat. Curtius Iunior *conſ.* 12. *nu.* 1. Idem iudicatum in Rota refert Gratianus *diſceptat. for. c.* 550. *num.* 49. vbi inquit, quòd non ſufficiunt tractatus præcedētes niſi probetur de tempore, & actu teſtandi. Caſtillo 20 *lib.* 5. *cap.* 74. & *lib.* 4. *cap.* 21. *n.* 73. 74. 75. vbi citat Alexand. Decium, Baldum, & Prætis. requiritur enim, vt teſtamētum dicatur imperfectum ratione voluntatis, quòd in ipſo actu teſtandi appareat, quòd teſtator voluerit aliquid plus proferre, & morbo vel morte præventus non potuerit, vt dictum eſt ſupra 21 *cap. anteced.* Et ideò tractatus præcedentes nō probant imperfectionem volūtatis, quia multoties teſtantes in ipſo actu teſtandi non retinet voluntatem, quam explicarunt in tractatu. Cephalus *conſ.* 294. *num.* 39. Menochius *conſ.* 96. *num.* 97. *lib.* 1. & eſt trita regula, quòd multa tractantur, quæ poſtea non fiunt, *l. ſi voluntate, C. de reſcind. vendit. l. ſciendum, §. dictum ff. de ædilit. edict. l. eleganter in principio, ff. de condit. indebit. l. ſi ex cauſa, §. nunc videndum. ff. de minoribus.* 22 Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri.* 1. *part. num.* 224. cum traditis infra *cap.* 16. *ex nu.* 25. vbi hæc latius tractantur, ex quibus prædicta doctrina certa, & iuridica videtur.

23 Limitatur ſecundo reſolutio dicta, quando teſtator poſt factum teſtamentum aliquot dies ſuper vixit; cum enim potuiſſet ſubſtitutionē exprimere, & non fecit, præſumitur pœnituiſſe. Sic ex Curtio, Menochius, *d. conſ.* 224. *num.* 20. ibi: *Ita probat l. ſi quis, ff. de teſtamentis conſiderādo eam â contrario ſenſu, vt eam conſiderat Curtius Iunior in conſ.* 12. *nu.* 2. *verſ. tertio ad idem. Inquit Iavolenus in d. l. ſi quis, quod ſi teſtator deſtinavit adſcribere ſubſtitutionem, quam non ſcripſerat, cū inſtituit hæredē, & cum vellet ſubſtitutum nominare obmutuit: inquit (inquam) Iavolenus, eam totam diſpoſitionem im-*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

perfectam remanere. Ergo â sensu contrario, si iam absolvit, & post aliquod tempus supervixit, & nihil scripsit, testamentum illud perfectum manet. Et ratio est, quia quando supervixit, & non adscripsit illam substitutionem, quam adscribere destinaverat, videtur illius destinationes pœnituisse: atque ita cum eo absoluto â se testamento decedere voluisse. Hucvsque Menochius, qui in comprobationem alia refert. Cui limitationi, & Doctrinæ facit traditum *infra cap. 12. num. 14.* vbi si casus se obtulerit, recurrendum est pro exornatione.

CA-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XI.

AN SIT IMPERFECTA VOLVNTAS, & testamentum ratione voluntatis imperfectum, cum adscripturus fuisset testator conditiones institutioni, sive alijs rebus iam dispositis, & non adscripsit ob impedimentum; & de interpretatione textus in lege quoties, 9. §. tantumdem. ff. de hæredibus instituendis, cum lege si testamentum, 8. C. de institutionibus, & substitutionibus.

SVMMARIVM.

CONditiones si abscribere voluit testator institutioni, vel alijs rebus iam dispositis, & morte præventus non potuit, imperfecta est voluntas, & testamentum imperfectum ratione voluntatis. 1 & 2.

L. quoties, 9. §. tantumdem, ff. de hæred. instituend. traditur. 3.

L. si testamentum, 8 C. de instit. & substit. antinomiata traditur. 4.

Bartoli interpretatio ad §. tantumdem refertur. 5.

Antonij Gomezij interpretatio ad idē, 6. Duareni. 7. Fachinei. 8.

Interpretatio iuridica ad prædictam antinomiam ex Fachineo, & Antonio Fabro refertur, & probatur. 9.

Menochij opinio circa omissionē conditionis refertur, & impugnatur. 10.

Imperfecta est voluntas testantis non solum si testator conditiones adscribere voluit circa hæredis institutionem, sed etiam si alijs rebus iam dispositis conditiones, aut qualitates adijcere decrevit, & non potuit. 11.

Omissio conditionis vitiat institutionem, quādo noluit testa-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

tor inſtitutionem ſine conditione valere.12.

Omiſsio conditionis non vitiat inſtitutionem, quando teſtator habuit tempus exprimendi conditionem, & non expreſſit.13.

1 IMperfecta voluntas dicitur, & teſtamentum imperfectum ratione voluntatis, & invalidum, quando teſtator adſcripturus erat ſuæ inſtitutioni, vel diſpoſitioni conditiones, & morte prævētus nō adſcripſit. Sic Baldus *in l. quoties 9. §. tantumdem n.1. ff. de hæred. inſtituend.* Corneus *conſ.118. nu.4. vol.3.* Craveta *conſ.147. nu.6.* Ruinus *conſ.204. num.8. lib.2.* Curtius Iunior *conſ.12. nu.2.* Menochius *conſ.224. n.10. vol.3. & de præſumptionib. lib.4. præſ.5. n.6.* Petrus Surdus *conſ.258. n.19.* Menchaca *de ſucceſ. creat. lib.3. §.22. nu.6. verſ. Secundus caſus,* Marcus Anton. Natta *in §. ex imperfecto legis hac conſultiſsima, C. de teſtamentis, nu.139.* Caſtillo *lib.4. cap.21. nu.8.* Antonius Gomez *in l.3. Tauri num.105.* Stephanus Gratianus *diſcept. forenſ. cap.220. num.16.*

2 Ratio huius eſt eadem, quæ traditur capite antecedenti, & ſupra *cap.5.* Et continetur infra *cap.12.* cū enim teſtamentum ſit quid individuum, & recipiat perfectionem ab vltimo puncto, & nihil dicatur actum, quando aliquid ſupereſt agendum, ſi tacitè vel expreſsè conſtet quod teſtator volebat aliquid detrahere, vel addere, ſive adijcere conditiones ſuę inſtitutioni, vel alijs rebus iā diſpoſitis, eo caſu ſemper voluntas teſtatoris dicitur imperfecta. Sic optimè Surdus *d.n.19.* Aret. & Caſtrēſis *in d.l. ſi quis cum teſtamentum, ff. de teſtamentis.*

3 Hoc idē probatur ex textu *in l. quoties 9. §. tantumdem, ff. de hæred. inſtituēd.* vbi Vlpianus ſic: *Tantumdem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem deſtinans inſerere, nō addidit, nā, & hunc pro non inſtituto putat.*

4 Qui textus difficilis iudicatur, quia antinomiatus eſt cū *l. ſi teſtamentum 8. C. de inſtit. & ſubſt.* vbi habetur, quod ſi teſtator dixit, quod inſtituebat hæredes ſecundum conditiones infra ſcriptas, & poſteà mortuus eſt ante quā aliquā apponeret, valet teſtamentū, & ſuſtinetur inſtitutio, *l. cū pater, §. vicos, ff. de leg. 2. l. 2. ff. de hær. inſt.* dequibus ſupra *c.5.*

Hæc

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

5 Hæc iura, vt contrarietas evitetur, diversimodè conciliantur à Doctoribus, adeò vt octo solutiones referat Nicol. Gen. *de scriptura privata lib. 6. c. 1. ex n. 132.* Bartolus *in d. §. tantumdem* facit distinctioné, & inquit, quòd quando testator destinavit institutioni per eum factæ addere conditioné, & hoc expressit, cum autè devenit ad actú omisit per errorem, tunc institutio vitiatur, & ita procedit textus *in d. §. tãtumdem*, at cum testator non dixit se expressurum cõditionem tũc cum institutionem faceret, sed se expressurum posteà, & sic alio tempore, hoc casu si omittatur, dispositio non vitiatur, & ita procedit textus *in d. l. si testamentum*, quia in primo casu fuit imperfecta voluntas, cum tempore testamenti conditioné voluisset exprimere, & non fecit, in secundo non est imperfecta, quia in aliud tempus reservavit expressurum, quod cũ nõ fecit videtur pœnituisse. Sic cum Bartulo Baldus *ibidem n. 1.* Sebastian. Nœvius *in sistema iuris in d. §. tãtumdem n. 5.* Curt. Iun. *d. cons. 12. num. 2.* & nos supra *cap. 9. num. 10.*

6 Anton. Gom. *in l. 3. Tauri num. 105.* inquit, quòd valet testamentum in casu dictæ legis *si testamentum 8. C. de institut. & substitut.* quia ibi testator complevit, & absolvit totum testamẽtum, & visus est pœnituisse prioris voluntatis; at in casu *dict. §. tantumdem* testator non perfecit, nec consummavit testamẽtum, sed morte est præventus, antequam absolveret vel consummaret; vnde non valet testamentum nec institutio. Idem Gomecio non relato respondet Antonius Merenda *lib. 4. controversiarum cap. 48. num. 7.*

7 Duarenus *ad titulum de cõditionibus institutionem capit. 3. ad finem* existimat, Vlpiano *in d. l. quoties, §. tantumdẽ.* Marcelli sentẽtiam non probari, eo quod *in d. l. 2. ff. de hæredib. instituend.* eamdem improbare videatur.

8 Fachin. *lib. 4. cõtrov. cap. 4. versic. Sed huic decisioni* inferés Duarenum inquit, quòd re vera Vlpianus *in §. tantumdẽ* in verbis, ibi: *Pro non instituto putat*, Marcelli sententiam simpliciter, & absolutè non probat, nam subdit posteà. *Sed si conditionem addidit, dum nollet hæredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri,*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam, & ipse, & nos probamus. Ex quibus verbis apparet eo tantum in casu Marceli sententiam probari, quo voluntas testatoris est, vt detracta conditione hæres non sit, quo in casu nō est accipienda Imperatoris lex, sed tantum quando institutus est sub conditione declaranda, instituturus tamen fuisset testator etiam sine conditione.

9 Ex his solutionibus, & interpretationibus, licèt quælibet teneri possit, hæc Fachinei magis recepta est, & ex littera textus comprobatur, quia ideò non valet institutio *in dict. §. tantumdem* nō declarante testatore conditionem, qua faciebat institutionem, quia noluit sine conditione valere, ibi: *Dum nollet hæredem futurum detracta ea.* Sic exponit etiam Acurtius verbo *putat*, ibi: *Morte præventus non addidit non instituturus sine conditione.* Iacobus Cuiacius *in dict. leg. si testamentum, versic. Neque obstat.* Anton. Faber *de erroribus pragmaticorum lib. 2. Decade 35. errore 9. num. 5.* Genua *dict. cap. 1. num. 159.*

10 Pro perfectione huius capitis animadvertendum est, reijciendum omnino esse Menochiū *vbi supra præsumpt. 5. nu. 6. in medio, & d. cons. 224. num. 38. vol. 3.* qui motus dispositione dictæ legis *si testamentum, C. de instit. & substitut.* inquit, quod tūc erit imperfectum testamentum ratione voluntatis, quando testator erat adscripturus conditionē, qua volebat imminuere successionem hæredi relictam, alioqui (inquit) omissio conditionis non videtur significare imperfectionem testamenti quo ad institutionem, & substitutionem *ex* 11 *dict. l. si testamentum*, nam certum est testamentum esse invalidum, & imperfectum ratione voluntatis; non solū in illo casu, sed etiam in casu, quo si testator non defecisset, aliud disposuisset, vel iā dispositis conditiones, aut aliàs qualitates adiecisset, vt per Parisium *cons. 145. num. 7. & seq. lib. 4.* Surdus *d. cons. 258. num. 19.* Castillo *d. cap. 21. num. 9. & 10.* Imperfectio etenim voluntatis non consistit in eo, quod testatot circa institutionem aliquid adijcere voluisset, & non potuisset, sed in eo quod alia fuisset dicturus, tam in particulari dispositione, quā in vniversali,

vel

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vel circa iam disposita, vel de novo disponéda, vt supra *cap.9.* & infra *cap.seq.*

12 Reijciendus est etiam Fachineus *d. cap.4. vers. Secunda propositio*, quatenus generaliter inquit, valere institutionem sine cõditionibus, quas testator adscribere volebat; nam non ita generaliter est accipienda propositio; imò omissio conditionis vitiat constitutionem. Gratianus *cap.220. num.15.* quando noluit testator sine conditione institutionem valere *ex d.§. tantundem.* Et quando morte præventus non addidit cum vellet ex decisione dictæ legis *si quis cum testamentum*, & responso Iavoleni. Sed intelligenda est, quando testator habuit tempus exprimendi conditionem, & non expressit, quia videtur pœnituisse.

13 Ad hoc enim, vt imperfecta ratione voluntatis nõ valeat institutio, requiritur, quod in ipso actu testandi testator aliquid adijcere voluerit, vt conditiones institutioni, vel alijs rebus iam dispositis, & morte præventus nõ potuerit, nec sufficit, quod antea adijcere vellet conditiones, quia potuit postea mutare voluntatem, & si nõ adiecit, cum tempus habuit, præsumitur pœnituisse, Castillo *lib.5. cap.74.* Gratianus *cap.550. à num.49.* quo in casu verificari potest propositio Fachinei ex dictis supra. Atque ita concludendum est, quòd si constat detracta conditione testatorem voluisse institutionem invalidá esse, quod tunc nulla erit dispositio, & institutio ex defectu voluntatis; semper tamen si tempore testamenti condendi adijcere vult testator conditionem, & morte præventus non potuit, institutioné, & testamentum imperfectũ ratione voluntatis, & per cõsequens invalidum iudicarem.

CAP.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XII.

AN OB DESTINATIONEM LEGATI non adiecti in testamento dicatur imperfecta voluntas testantis, ad tradita per Antonium de Ayora de partitionibus 3. part. quæst. 24 num. 70. Cuius resolutio convincitur, & multis exornatur communis opinio.

SVMMARIVM.

LEgata si adscribere voluit testator, & non potuit, an imperfecta sit voluntas, & testamentum ratione voluntatis imperfectũ, quæstio est controversa. 1. Negativa opinio, & quod eo casu valeat hæredis institutio probatur. 2. Affirmativa, & quod sit imperfecta voluntas, probatur. 8.

Testamentum ex hæredis institutione vires capit. 4.

Accessorium non potest tribuere vires principali. 5.

Nemo præsumitur eligere viam per quam eius dispositio corruat. 6.

L. si quis cum testamentum. 25. ff. de testamẽtis, loquitur de institutione hæredum, non de legatis. 7.

Testamentum valet iure regio sine hæredis institutione, ibidem.

Ratio eadem militat in depositione vniversali, & in particulari ad hoc vt imperfecta appareat voluntas testantis. 9. & 21.

Testamento imperfecto nihil novi addi potest. 10.

Testamentum tribus verbis fieri potest si testator nõ est legaturus. 11.

L. furiosum. C. qui testam facer. poss. ponderatur. 12.

Legata si destinavit facere testator, & diu supervixit, & nihil egit

egit destinationis illius videtur pœnituisse, & valet testamentum.13.

Testamentum ruptum ex superviventia posthumi convalidatur si vivo patre posthumus decedat, & cum potuisset mutare testamentum non mutavit.14.

Testamentum valet licèt testator dixerit cogitare velle, an aliquid relinqueret cõsanguineis, vel posteâ se esse legaturum.15.

Omissio legati facit corruere institutionem.16.

Individuum ratione vnitatis formæ resultat, quando plura separabilia coniunguntur ad vnam volũtatem sub vna forma explicandam.17.

Vtile per inutile vitiatur in individuis ratione voluntatis.18.

Legatum pars integralis testamenti est quãdo testator legare voluit.19.

Legatum qui vult ponere in testamento in necessariam antecedentiam velle præsumitur, testamentum non antea perfectum esse, quâm si legatum in illo positum fuerit.20.

AN sit imperfecta voluntas testantis; & testamentũ ratione volũtatis imperfectũ, & per consequens invalidũ, quando testator scripta iam hæredis institutione erat facturus legata, & ob impedimentum superveniens non fecit, quæstio est controversa, de qua hoc in capite quãtum necessè videtur, brevitati tamen consulendo erit disceptatio

2 Doctores antiqui in ea fuerunt opinione, vt dicit Paulus de Castro *in l. si quis cum testamentum, ff. de testamẽtis n.2.* quod valeret eo casu institutio hæredis, cũ sine legatis possit testamentũ valere, vt notatur per Glossam *in l. hæredes palâm in princip. ff. de testamentis.* Et probat textus *in l. 1. vers. neque legaturus, ff. de hæredibus instituendis,* in ea quoque opinione fuit ex Regnicolis Antonius de Ayora *de partitionibus 3. part. quæst. 24. num. 70.* & idem videtur dicere licèt non ita expressè, sicut Ayora, Alvarad. *de coniecturatamente defuncti lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 13.* novissimè Guzman *verit. iur. 15. ex num. 24. cum seqq.* Marta *de successione legali tom. 2. part. 4. quæst. 1. artic. 7. ex n. 17. vsque ad 20.* & pro hac opinione sequentia faciunt argumenta.

3 Primum quod legatum,

&

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

& inſtitutio ſunt diverſa, & per conſequens ex omiſsione legati non debet inferri ad nullitatem inſtitutionis *l.* 4 *Papinianus, ff. de Minoribus*, maximè conſiderando illam eſſe caput, & fundamentum teſtamenti, §. *ante hæredis inſtit. de legatis*, ex qua teſtamẽtum vires accipere dicitur, *l. quod per manus* 10. *ff. de iure codicillorum.*

5 Secundum, abſurdum eſſe, acceſſorium tribuere vires, & vitam principali *d.l. quod per manus*, atque ita abſurdum erit, quod legatum, quod eſt acceſſorium inſtitutioni, vires inſtitutioni tribuat.

6 Tertium, nemo præſumitur eligere viam per quã eius diſpoſitio corruat, *l.* 3. *ff. de teſtam. milit.* ergo non præſumitur teſtator voluiſſe perfectionem teſtamenti pẽdere ex legato, quia tũc eam elegiſſet viam, quę eius perderet teſtamentum.

7 Quartum, quia textus *in d.l. ſi quis cum teſtamentum* non ait, vt notat Ayora, ſi conſtaret teſtatorem aliud diſponere voluiſſe, hoc eſt alia legata facere, tunc non valere teſtamentum, ſed ſolum ſi conſtaret voluiſſe plus hæredes pronunciare, tunc enim non valebit teſtamentum, quia neſcitur quot hæredes eſſe voluit teſtator hęreditatis ſuæ: ergo ſi non conſtaret in caſu dubij valet teſtamẽtum, quòd Ayora tacito põderat noviſsimè, Guzman *dict. veritat.* 15. *ex num.* 26. *vbi num.* 27. hodie procedere hęc inquit poſt *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopilat.* vbi valet teſtamentũ quo ad legata, & aliàs diſpoſitiones, etiam ſi nullus nominetur hæres.

8 His pro hac opinione traditis contrariam, verioremi eſſe exiſtimo, & ita in terminis quod omiſsio legati deſtinati propter ſuperveniẽtem mortem, aut impedimẽtum anullet teſtamẽtum, & in hoc caſu ſit imperfecta voluntas, & teſtamentum imperfectum ratione voluntatis imperfectæ quo ad inſtitutionem, & cętera diſpoſita tenent Immola, & Aretin. *in d.l. ſi quis cum teſtamentum*, vbi etiam Paulus de Caſtro *nu.* 2. Socinus Senior *in Rubr. de legat.* 1. *num.* 21. & 37. & eſt communis opinio teſte Bologneto *ibidem nu.* 62. Iaſſon *conſ.* 8. *col.* 5. *verſ.* 2. *lib.* 3. Pariſius *conſ.* 27. *nu.* 17. *lib.* 2. Ruinus *conſ.* 204. *nu.* 8. *lib.* 2. Me-

no-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nochius *conſ.*224. *nu.*9. *vol.*3. & *de præſumptionibus lib.*4. *præſ.*5.*num.*5.Iulius Clarus,§. *teſtamentum q.*7.*nu.*5.Michael Graſus *in eodem* §. *quæſt.*19.*n.* 2.Cardinalis Tuſchus *concl.* 133.*ex num.*62.& *nu.*37. *lit.T. tomo* 8.benè Antonius Merẽda *lib.* 4. *controverſiarum cap.* 48.*per totum.* Caſtillo *controv. lib.*4.*cap.*21.*num.*5.& *num.* 14. Barboſa *in l.fin. C. familiæ erciſcundæ num.* 17. Rodericus Suarez *in l. quoniam in prioribus.C.de inoff. teſtament. quæſt.* 4.*verſ.roboratur.* Peralta *in l.ſi quis in principio teſtamenti, ff.de leg atis* 3. *num.*40. Gothofredus *in l.hac conſultiſſima,* §. *ex imperfecto, C. de teſtam. litt.M.* Antonius Gomez *in l.*3.*Tauri num.*18.& *num.*106.Matienzus *in l.*11. *tit.* 4. *lib.*5. *Recop. gloſ.*1. *num.*1. Morquecho *de Diviſione bonorum lib.* 4. *cap.*8. *num.*2.*verſ. vtrumque* Gratianus *diſceptation.forenſ.cap.*550. *num.*9.

9 Probatur hæc opinio primo ex eo,quòd ratio fundamentalis *dictæ legis ſi quis cum teſtamentum*, quæ traditur *ſupra cap.*5.& paſsim alibi etiã diximus, nempè teſtamentũ eſſe quid individuum, cuius qui partem fecit nihil feciſſe videtur, & quod perfectio illius cõſiſtit in vltimo puncto, & vltima ſylaba ſicut in Baptiſmate;& quod non dicitur actum donec aliquid ſupereſt agendum,præcipuè cum teſtator poſsit mutare, addere,vel addijcere, æquè militat in diſpoſitione particulari,ac in vniverſali. Ergo idem dicendum eſt.

10 Secundo probatur,nam ſi teſtator voluit legatum ſcribere in teſtamento,ergo noluit perfectum eſſe teſtamẽtum antequam legatum in eo poſitum eſſet; teſtamento enim perfecto nihil novi addi poteſt,*l.hæredes palâm*, §.1. *ff.qui teſt.fac.poſſ.* qua ratione textus *in l.*1.§.*quandoque legaturus,ff.de hæred.inſtituẽd.* dum dixit tribus verbis poſſe fieri teſtamentum abſolutè, & ſimpliciter:id non dixit, ſed reſtrictè ad eum, qui nõ eſſet legaturus;cum enim quis legare, vult non poteſt tribus verbis teſtamentum facere, 11 *Titius hæres eſto*, quia in illis non poteſt legatum contineri, & poſt illa legatum non poteſt ſcribi, ſi ex illis conſummatur, & perficitur teſtamentum.

12 Tertio probatur *ex l.furioſum, C. qui teſtam.fac.poſſ.* dum decidit teſtamentum à fu-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

furioso factum quando dilucida mentis intervalla habebat, valere, si modo testamentum consummaverit, antequam furor supervenire. At si in eo testamento defit legatum, quòd in eo testator facere volebat, vitiabitur testamentum ex supervenienti furore, quia non potest dici consummatum testamentum, in quo testator legatum ponere volebat, *l. hæredes palâm, §. 2. ff. de testam. l. sancimus, C. eodem* vbi legata, & libertates sicut, & hæredis institutio nuncupari debent, vt consummatum dicatur nuncupativum testamentum: ergo.

13 Limitatur primo hæc opinio, vt locum nõ habeat, quando testator qui destinavit facere legata diu supervixit, & nihil egit, nam tunc testamentum illud dicitur habuisse pro perfecto, & illius destinationis pœnituisse. Sic Curtius Iunior *in cons. 12. num. 2. vers. tertio ad idem, & cons. 304. nu. 18. & 28.* Ruinus *cons. 1. col. penult. lib. 2.* Paulus Castrensis *in l. iubemus vers. Item nota, C. de testamentis.* Menochius *d. præs. 5. num. 5. & d. cõs. 224. n. 19. & 20.* Simon de Prætis *de interpretat. vltim. vo-*

luntat. lib. 2. fol. 1. nu. 44. fol. 187. Castillo *dict. cap. 21. num. 7.*

14 Limitatio hæc probatur *ex l. si testamentum 8. C. de instit. & substit.* ad idem ferè põderata supra *cap. 9. num. 8. &* ex dicta lege *si quis cum testamentum* à contrario sensu relata etiam dicto capite *num. 11.* ex relatis *cap. 10. num. 25.* Quibus addo simile casum in quo quia testator potuit mutare testamentum, & non mutavit, illud convalidatur, nempè quando testamentũ est ruptum ex superviventia posthumi, cum scilicèt pater posthumũ præterijt, & adiecit clausulam codicillarem, si eo vivo posthumus nascatur, & deinde patre vivo decedat, qui cum diu supervixisset, & potuisset mutare testamentũ nõ mutavit, & illo decesit, videtur de novo testamẽtũ cõfirmare; atq; ideò validũ esse tenet communis opinio. Iason *in Authent. ex causa num. 25. C. de liber. præterit,* Decius *cons. 409. num. 7. &* 8. Angelus *cons. 108.* Alexander *cons. 123. num. 10. lib. 1. & cons. 42. num. 9. lib. 2.* Corneus *cons. 118. lib. 2. & cons. 158.* Craveta *cons. 67. n. 2.* Menochius *cons. 224. num. 21.* Pancirola *cons. 95. n. 32.* Osascus *cons. 11.*

nũm.

num. 29. & 30. Malvasia *conſ.* 4. Paulus de Montepico *conſ.* 1. Antonius Theſaurus *deciſ.* 141. Peguera *deciſ.* 110. Iulius Clarus, §. *teſtamentum quæſt.* 46. *num.* 2. *in medio.* Tiraquellus *in l. ſi vnquam verbo ſuſceperit liberos nu.* 213. *C. de revocand. donat.* Gailius *lib.* 2. *obſervat.* 114. *n.* 13. Gaſp. Anton. Theſaurus *quæſt. forenſ. quæſt.* 70. *nu.* 3. Marta *de clauſulis clauſ.* 17. *n.* 19. & *de ſucceſſ. legal. part.* 4. *quæſt.* 3. *art.* 7. *nu.* 12. Fontan. *de pactis nuptialibus* 2. *t. clauſ.* 5. *gloſ.* 8. *part.* 3. *num.* 58. 65. & 66. Cancerius *lib.* 1. *var. cap.* 4. *num.* 48.

15 Limitatur ſecundo prædicta opinio, quando in actu teſtandi non voluit teſtator legare, ſed in aliud tempus reſervavit: vt ſi dixerit cogitare velle an aliquid relinqueret conſanguineis ſuis, vel poſteà ſe eſſe legatarum. Sic Caſtrenſis *conſ.* 138. *lib.* 2. Michael Graſus, §. *teſtamentũ quæſt.* 12. *num.* 4. Thadeus Piſo *lib.* 1. *var. cap.* 7. *n.* 37. Additionator Clari, §. *teſtamẽtum q.* 9. *n.* 4. & ſupra dictum eſt *cap.* 9. *num.* 12. & 13.

16 Neque obſtant argumenta, quæ pro contraria opinione traduntur; non primum, nam licèt verum ſit, inſtitutionem, & legatum eſſe diverſa, adhuc omiſsio legati facit corruere inſtitutionem non ex vi legati, ſed quia eo deficiente imperfecta eſt voluntas teſtantis; & ideò teſtamentum non valet, nec quo ad inſtitutionem, aut alia diſpoſita, cum ſit individuum, cuius perfectio in vltimo puncto, & ſylaba conſiſtit. 17 Quando enim plura ſeparabilia coniunguntur ad vnam voluntatem ſub vna forma explicandam; tunc efficitur vnum individuum ratione vnitatis formæ. Bartolus *in l. Græcè*, §. *illud*, *ff. de fideiuſſor.* Baldus *in l. certi conditio*, §. *quoniam*, *col.* 2. *ff. ſi certum petatur*, & tunc in individuis ratione voluntatis vtile per inutile vitiatur. Angel. 18 Immola, & Alexander *in l. ſi mihi*, & *tibi*, *ff. de verb. obligat.* Tiraquellus *de retractu ad finem numer.* 64. Decius *in Authentic. qui rem*, *C. de ſacroſ. Eccleſ. col. fin.* Pedroſa *de regulis iuris in cap. vtile* 37. *num.* 3.

19 Non ſecundum, quia licèt legatum in teſtamento nõ ſit pars principalis in illo, ſed hæredis inſtitutio, atamẽ poſito legato ſtatim valet teſtamentũ, quia pars integralis illius eſt, & quia forma,

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quæ dat vires testamento,& quæ dominatur,est volũtas, causa efficiens illius, & ita cum posito legato hæc perficiatur,venit inde vt valeat testamentum. Vnde minimè dicetur, legatum, quod est accessorium, tribuere vires principali,quia dum voluntas testatoris est imperfecta, hæredis institutio nihil supponit,& quæ dat illi, & testamento perfectionem est volũtas testatoris,ex cuius perfectione omnia,quæ in testamento cõtinentur,dependẽt.

20 Non tertium,nam regula illa,quòd quis non præsumitur eligere viam, per quam iudicium suum subvertatur, intelligitur de iudicio perfecto ratione voluntatis,nam si imperfectum sit voluntatis ratione nihil valet,cum perfectio volũtatis totum in vltimis elogijs faciat. Vel secundo quod procedit in casu dubio,& in ijs,quæ ex volũtate testatoris pendent:at testator,qui vult in testamento ponere legatum,in necessariã antecedentiã velle præsumitur, testamentum non antea perfectum esse quam legatum in illo positum fuerat,vt supra dictum est in secundo argumento pro vera opinione.

21 Non obstat quartum, nã licèt textus *in d.l. si quis cum testamentum*. Loquatur in casu,quo aliquibus hæredibus institutis testator vltra non processit ad aliorum hæredũ institutionem, non tamẽ inde sequitur excludendũ esse casum, quo apparere atque cõstare possit voluisse testatorem vltra procedere ad dispositionem aliorum, etiã particulariter non vniversaliter; quia iure consultus non facit vim in eo, quòd, alios hæredes, is qui testamẽtum condidit, voluisset pronuntiare,quasi in vniversali dispositione versaretur, nec in particulari idem fuisset responsurus, si de particulari interrogaretur,sed ita futurum id esse dixit, cum cõstaret,plures eum, qui testamẽtum feciſſet,hęredes pronũtiare voluisse:quia tũc testamentũ nõ diceretur perfectũ, Idem tamen iureconsultus dixisset,cum constaret aliud vltra testatorem disponere voluisse. In eo ergo, quòd cõstet vltra procedere voluisse testatorẽ; vel nõ, vim facit iurecõsultus,nõ verò in eo,quod in particulari vel vniversali dispositione versemur, cum

cum verè voluntatis perfectæ, & actus consummati defectus in vtroque casu interveniat. Sic Ayoræ respondet Castillo *dicto capite* 21. *nu.* 14. cui minimè obstat decio regia, qua sustinetur testamétum quo ad legata sine hęredis institutione, nam procedit, vbi dispositio testamenti perfecta, & consummata fuit, nam vltimarum voluntatum favore admissum fuit vt sustineretur dispositio, sine hæredis institutione, quo in casu, hæres ab intestato succedit; quæ specialis decisio ad alios casus non extenditur, nec tollit perfectionis, & imperfectionis voluntatis materiam, cuæ provenit ex consensu testanti, & consummatione actus individui, vt benè Castillo *dicto cap.* 21. *num.* 31.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XIII.

DE VOLVNTATE TESTANTIS testibus declarata, & manifestata, vtrum propter vocationem notarij sit imperfecta, cum decedat testator antequam veniat notarius, ad tradita per Oldradum cons. 119. disputatur quæstio hæc difficilis, & ex pluribus contra Oldradum resolvitur.

SVMMARIVM.

OLdradi resolutio in cōs. 119. refertur, & multi, qui eum sequētur enumerantur Authores. 1. & 2.

Præparatio ad testandum non probat testamentum. 3. & 4.

Iudicum ordinationes antequam in mundum redignantur non sententiæ sed præviæ dispositiones ad illas appellantur. 5.

Argumentum de sententia ad testamentum valet. 6.

Contractus perfectus non est, quādo contrahentes volunt convētionem ad publicam scripturam redigere. 7.

Testatoris voluntatem perfectam esse in casu Oldradi multi tenēt Authores qui referūtur. 8.

Voluntas testantis interpretanda est eo modo, vt ad effectum perducatur. 9.

Faciens actum in dubio censetur illum facere secundum sui naturam. 10.

In testamento in scriptis ignorāt testes quid in eo cōtineatur. 11.

Defectus eius non obstat quod ad vberiorem cautelam adhibebatur. 12.

Testamentum testibus comprobatum valet vt nuncupativum, etiam si testator inscriptis voluisset testari. 13.

Non perfici, & non fieri nil differunt. 14.

Voluntas non est imperfecta ex vocatione notarij, & adventu il-

illius in casu quo cœpit scribere, & ob impedimentum testatori superveniens non potuit perficeret.15.
Testamentum testibus probari potest, etiam stante statuto, quod per scripturam probari debeat.16.
Testamentum non dicitur ipsa scriptura testamenti, sed dispositio, quæ per ipsam scripturam probatur.17.
Ludovici Iunti distinctio refertur, & impugnatur.18. & 19.
Voluntas imperfecta est, quando constat testatorem non aliter testari voluisse, & si coram testibus voluntatem suam explanavit, quam si per notariũ in publicam redigatur scripturam.21.
Voluntas perfecta est, quando cõstat testatorem deliberatè disposuisse, licèt vocaverit notarium, vt facta dispositio ad scripturam redigatur.22.
Coniecturæ aliquæ referunutr ad hoc vt in eo casu testari, & disponere postposita omni mora quis censeatur etiam si vocaverit notariũ.23.24. & 25.
Oldradi casus dubius est, & cõtra illum resolvitur.20. & 26.
Instrumentum testamenti edere non tenetur, qui de testamento nuncupativo mentionem fecit.27.
L. ex ea scriptura, ff. de testamẽtis, & l. fideicommiss. §. quoties, ff. de legat.3. Loquuntur de præparatione ad testandũ non de testamenti factione.28.
Sententia requirit scripturam pro forma.29.
Contractus perfectis quando consistat in scriptura. 30.31.32. 33.34.35.

1 SI testator iussit vocari notarium, vt de eius ordinatione, & volũtate, quam coram testibus iam explanaverat, redigeret testamentum in publicam scripturam, & antequam notarius veniat, mortuus fit testator, an in hoc casu testamentum dicatur imperfectũ ratione voluntatis, & percõsequens sit invalidum, quæstio est controversa inter Doctores. Et quod in hoc casu sit imperfecta voluntas, & potius dicatur testatorem se præparasse ad testandum, quam testamentum fecisse, resolutivè respõdit, & sustinuit Oldrad. cõs. 119. Qui cõsultus fuit in casu, quo infirmus, qui habebat factum solemne testamentum, & in eo institutã Beatam Virginem, adhibuit duos testes, & per-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quẽdam clericum fecit ſcribi, quòd pauperes Chriſti inſtituebat, deinde iuſsit adhiberi notarium, & teſtes, vt ad publicá reduceretur formam; teſtes ipſi receſſerunt, & nihil actum fuit; deinde infirmus fecit ſe portare ad alterum locum, & altero die deceſsit, ſine eo quod nec notarius, nec teſtes venirent: Reſpondit Oldradus, quòd talis diſpoſitio nullam vim habet, & illa ſchedula vna cum depoſitione illorũ duorum teſtium nõ facit fidem. Et ſic cõtra pauperes Chriſti inſtitutos ſuſtinet. Oldradú ſecuti ſunt Iaſſon *cõſ.*155. *lib.* 4. Decius *conſ.*159. Pariſius *conſ.*24. *n.*11. *lib.*3. *&* *conſ.*146. *lib.*4. Ruinus *conſ.*7. *lib.*3. *&*
2 *conſ.*1. *lib.*2 Socinus Iun. *conſ.* 71. *n.*19. *vol.*4. Rubeus *cõſ.*94. *n.*3. Grammaticus *deciſ.*62. Creſcenſis *deciſ.*3. Petrus Surdus *deciſ.*292. *nu.*11. Gamma *deciſ.*221. *n.*3. Magonius *deciſ. Lucenſi* 95. *nu.*2. *&* 21. *&* *deciſ.* 32. *num.*43. Farinacius *deciſ.* 576. *nu.*2. *vol.*2. Fuſarius *conſ.* 41. *num.*7. Scipio Rovitus *conſ.*41. *n.*9. *lib.* 2. Capic. Latro *deciſ.*140. *nu.*15. *lib.*2. Noguerol *allegat.*26. *n.*79. Thomas Sanchez *conſ. moral. lib.* 4. *cap.*1. *dub.*7. *num.*5. Ioannes Andreas *ad Speculatorem, tit. de inſtrument. edit.* §. *compendioſè*, Covarrubias *in cap. relatum*, el 1. *n.*9. *de teſtamentis*, Burgos de Paz *in l.*3. *Tauri* 1. *part. nu.* 232. Iulius Clarus, §. *teſtamẽtum quæſt.*7. Mantica *de cõiect. vltim. volunt. lib.*2. *tit.*4. *num.*6. Magdalenus *de numero teſtium* 2. *part. cap.*5. *num.* 2. 8. *&* 14. *cum ſeqq.* Simon de Prætis *vltim. volunt. lib.*2. *interpret.* 2. *ſolut.*1. *ex nu.*27. *vſque ad* 41. Caſtillo *lib.*4. *controverſ. cap.*21. *ex num.*68. *præcipuè num.*80. vbi Oldradũ ſequitur Tuſchus *concluſ.*112. *num.*4. *lit. T.* Toro *in ſumma privileg. piar. cauſ. nu.* 167. *verſ. ad finẽ principij.* Gratianus *diſceptat. forenſ. c.*764. *nu.*6. Menochius *de præſumpt. lib.* 4. *præſ.*5. *num.* 6. *&* *conſ.* 224. *nu.*11. Maſcardus *de probationibus, tom.*3. *concluſ.* 1358. *num.*76. Antonius Amato *variar. lib.*1. *reſolut.*8. *num.*18. qui tres vltimi Authores nihil reſolvunt, ſed aliorum traditiones eos referendo recenſent dumtaxat.

3 Probatur primo hæc opinio ex eo, quòd in hoc caſu magis probata eſt prævia quædam diſpoſitio ad teſtãdum, ſeu quædam nuda verborum enunciatio in teſtamentú poſteà redigenda, quá vo-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

voluntas disponendi in effectu; quia cum voluit testator dispositionem suam redigi per notarium in publicam scripturam videtur suspensa donec notarius de illa publicè se rogaverit; & ideò antequam fiat non potest dici testamẽtum, nec volũtas, perfecta, sed quædam præparatio ad testandum; & nõ tàm videtur de bonis suis disposuisse testator, quàm præparasse id, quòd disponere valeat, at præparatio non sufficit, nec testamẽtum probat, vt sustineatur in vim vltimę volũtatis, *l. ex ea scriptura 29. ff. de testamentis*, vbi Paulus, *ex ea scriptura (inquit) quæ ad testamentum faciẽdum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, qua fideicommissorum verba haberẽt peti possunt, l. fideicommissa vers. quoties ff. de legat. 3.* ibi: *Quæ exemplum testamenti præparat, & prius decedat, quàm testatur, non valent quasi ex codicillis, quæ in exemplo scripta sunt: licèt verba fideicommissi scriptura habeat*: Ergo. 4

Secundo probatur ex eo, 5 quòd iudicum ordinationes formatæ, & cõceptæ ad hoc vt posteà in mundũ rediganturnon sententiæ, sed potius præviæ dispositiones ad illas appellantur, *l. 2. C. de sent. ex breviloq. recitand.* Ergo eodem modo testatorum enunciationes antequam in scripturam concipiantur non testamentum sed præambulę dispositiones debent nominari. 6 Argumentum etenim de sententia ad testamentum validum est, cum testamentum dicatur sententia, *l. 1. ff. de testamentis, l. servus hac lege, ff. de manumissionibus, l. hac consultissima, §. at cum humana, C. qui testam. fac. poss.* Everard. *in Top. leg. loco 52. §. 2.* Carpio *de executorib. testament. in præfat. num. 5.*

7 Tertio id suadetur ex Glossa *in l. contractus, C. de fide instrumentorũ* approbata lege Regia. *6. tit. 5. part. 5.* vbi deciditur contractum minimè perfectum esse quando contrahentes ab initio voluerunt per notarium illam conventionem ad publicam scripturam redigendam esse. Ergo cum testator iussit vocari notarium, vt voluntatem suam redigeret in scripturam, sequitur inde imperfectam ante adventum notarij, & reductionem illius in scripturam remanere; maximè quia testatores sæpè mutant, ad-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

addunt, & revocat plura per eos destinata, & multa etiã tractãtur, quæ non perficiuntur, & non veniunt ad cõclusionem, & finalem effectum. Ex quibus multum probabilis videtur hæc opinio.

8 Sed contra Oldradum plures tenent Doctores, & ita quod in hoc casu non sit imperfecta voluntas testatoris, nec testamentum ratione illius imperfectum resolvunt. Aretinus *in l. si quis cum testamentum, ff. de testamentis.* Alexander *in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testament. n. 4. & cons. 4. vol. 7. nu. 13.* Ioan. Immola *in d. l. si quis cum testamentum, & in cap. cum esses de testamentis quæst. 8. num. 30.* Paulus de Castro *cons. 451. vol. 2. & cons. 456. num. 3. lib. 1.* Curtius Iunior *cons. 303. num. 22. & cons. 304. num. 59.* Gratus *cons. 107. vol. 1.* Cephalus *cons. 99. num. 6. lib. 1.* Hondedeus *cons. 77. nu. 17. 19. & seq. vol. 1.* Laderch. Immola *cons. 157.* Hispol. Rimin. *cons. 587.* Sfortia Oddus *cons. 64. num. 64. & 69.* Menochius *dict. cõs. 224. num. 43.* Boerius *decis. 240.* Peregrinus *decis. 34. lib. 1.* Raudensis *decis. 46. num. 12.* Cavalcanus *decis. 27. nu. 40. part. 2.* Seraphinus *decis. 623.* Rota *decis. 173. part. 2. in novis.* Puteus *decis. 43. lib. 3.* cum Aretino, Iasone, Guido Papa, & Bertrando, Antonius Gabriel *communium conclusionum tit. de testamentis cõclus. 9. num. 8.* Menchaca *de success. creat. lib. 3. §. 30. num. 44. vers. quid si testamentum* Michael Grasus *receptarum sententiarũ §. testamentum quæst. 12. num. 6.* Marcus Antonius Natta *in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, num. 147.* Fachineus *lib. 4. controveos. cap. 4. vers. cæterum.* Thadeus Piso *lib. 1. var. cap. 7. num. 37.* Philipus Paschalis *de virib. patriæ potest. part. 2. cap. 8. numer. 61. 62. & 63.* Marius Giurba *in consuetud. Messan. cap. 6. gloss. 2. part. 5. numer. 12. 13. & 14.* Et alij relati à Cancerio *lib. 1. var. cap. 4. in 2. impress. ex num. 95. præcipue num. 96.* & multi citati per amatum *dicta resol. 8. numer. 19.* Marta *de successione legali tomo 2. part. 4. quæst. 1. artic. 7. numer. 42.* vbi inquit, quòd opino Oldradi est communiter reprobata, *& quæst. 7. artic. 1. numer. 11. & voto 8. num. 25.* Nicolaus Genua *de scriptura privata lib. 6. cap. 2. num. 34. & 35.* Marinis *lib. 1. cap. 238.* Rubeo *de testamentis, cap. 8. num. 343. & seqq.*

Pro-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

9 Probatur primo hæc opinio *ex l. similes* 3. *l. Lucius* 41. *ff. de testam. milit.* cum alijs relatis supra *cap.* 12. *ex num.* 13. quibus suadetur semper interpretandam esse voluntatem testantis eo modo, vt ad effectum perducatur, & ita non esse præsumendum velle testatorem eligere medium, per quod iudiciũ suum subvertatur, & corruat, sed potius velle illud, quod executioni illius facilius sit: vnde vocationem notarij præsumendum est feciſſe testatorem ad faciliorem testamenti probationem, nõ ad substantiam dispositionis; maximè quia faciens actum in dubio censetur illum facere secundum sui naturam, 10 Menochius *lib.* 3. *præs.* 38. & *lib.* 6. *præs.* 10. sed de natura testamenti nuncupativi non est facere scripturã; sed adhiberi solet ad faciliorem probationem: ergo vocatio notarij ad hoc est intelligenda, non ad suspensionẽ volũtatis iam declaratæ, & explicatæ.

11 Probatur secundo, quia in casu quo testator volũtatem suam testibus declarat, & notarium intervenire optat: interventio illa notarij tantum ad vberiorem cautelam est petita, quia si fuisset ad testandum in scriptis non propalaret voluntatem, sed zelaret illam; quia in testamento inscriptis testes ignorant quid in eo contineatur. Ioan Immola *in cap. cum esses num.* 6. *de testamentis.* Sed 12 nõ obstat defectus eius, quod ad vberiorem cautelam adhibebatur, argumẽto *l. testamentum C. de testamentis*, ergo nec defectus notarij obstat in nostro casu.

13 Confirmatur hoc idem ex eo, quod etiam si testator inscriptis voluisset testari, si tamen non potuit perficere, valet, & sustinetur testamẽtum vt nuncupativum testibus legitime prædictum testamentum comprobãtibus, vt latè Menchaca *de succeſſ. creat. lib.* 2. §. 11. *per totum*, & traditur infra *cap.* 15. ergo eodem modo etiam si vocetur notarius ad redigendam volũtatem iam declaratam in publicam scripturam, si tamen notarius non veniat, prædicta volũtas testãtis testibus cõprobata sustinebitur.

14 Tertio probatur ex eo, quòd nulla potest considerari differentia in eo quod vocatus notarius ante obitum testatoris veniat, & cum

cœ-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

cœpisset scribere testamentum, non perficiat ob mortẽ supervenientem testatori, vel in eo, quod minimè veniat, decedat tamen testator, qui illum nominavit; nam idem est non esse, vel non perfici, non fieri, vel male fieri, *l. quoties, ff. qui satisd. cogant.* & optatus finis in vtroque casu nõ sequitur, scilicèt reductio voluntatis, & dispositionis in publicam scripturam. Sed ex vocatione notarij, & adventu illius in casu, quo cœpit scribere, sed ob impedimentum non perfecit, non est defectus voluntatis, nec ex eo dicitur voluntas imperfecta, 15 vt ex Baldo, Iasone, Alexandro, & Gaillio probat Antonius Faber *tom. 2. de erroribus pragmat. decade 36. error. 10. â num.* 4. vbi copiosè resolvit non esse defectum voluntatis, sed solemnitatis, & quod in terminis, in quibus valet testamentum imperfectum ratione solemnitatis iudicãdum esse validum, quamvis fieri cæperit ante notarium, & non finitum fuerit testibus de hoc legitimè deponẽtibus. Ergo idem dicendũest in casu, quo minimè veniat notarius, sed voluntatem suã explanavit, & manifestavit testator. Seraphinus *decis.* 581. & 623. Farinacius *cõs.* 97. *tom.* 1. & *decis.* 336. *post. tom.* 2. *cons. crimin.* Molfesius *in summ. p.* 2. *tract.* 13. *cap.* 2. *num.* 44. Bonacina *tom.* 2. *disput.* 3. *quæst.* 17. *punct.* 1. *num.* 12.

16 Roboratur hoc argumẽtum ex eo, quòd testamentum testibus probari potest, etiam stante statuto, quòd per scripturam probari debeat. Laurentius de Pinu, *cons.* 26. *n.* 1. vbi refert Authoritates, & benè id probat. Ergo etiá si vocetur notarius à testatore, sine notario, & instrumento per eum confecto probabitur testamentum. Hoc coadiubatur ex eo, quòd testamentum non dicitur ipsa scriptura testamẽti, sed dispositio, quæ per ipsam scripturam probatur, Baldus *in l.* 1. *ff. de testament.*

17 Ergo probata dispositione per testes erit testamentum; quod certissimum est, nec hoc aliquis dubitat. Rursus notarius ad testamẽtum solùm requiritur ad melius esse, hoc est, vt scripta volũtate, & dispositione facilius testamentum posit constare; ergo vocando notarium ad hoc intelligetur esse non ad suspensionem voluntatis

tis siué disposítionis.

18 Mediam inter has opinionis tenuit Ludovicus Iũtus *in responso pro vxore ex nu.* 290. vbi distinguendum esse dicit, quòd aut constat ex verbis testatoris ipsum voluisse differre dispositionem in adventum notarij, & isto casu licèt explanasset eam coram testibus, videtur ea potius testamenti prę paratio, & procedit Oldradi sententia; aut ex verbis, qualitatibus, & circunstantijs appareret testatorem voluisse omni mora postposita testari, quia fortè laborabat in extremis, & totam eius voluntatem coram testibus expressit, & pro absoluta, & perfecta illam habuit, & isto casu licèt fuerit missum pro notario, non tamen inde arguitur, quòd voluntas fuerit suspensa in adventum notarij, sed quo magis voluntas eius patens esset de ea conficeretur publicum instrumẽtum, quòd si factum nõ fuerit, quia testator morte prę ventus est, valebit testamentum, & dispositio dùm testibus legitimè probetur.

19 Sed hæc Iunti, & aliorum distinctio reprobatur à Magdaleno, & posteà à Castillo *dict. c. 21. n. 79.* ex eo quod procedat in casu claro, saltem ex negotij ocurrentis qualitatibus, & circunstantijs; quę stio tamen procedat in casu dubio, in quo dicere possumus, hoc opus, hic labor est.

20 Ego tamen licèt Oldradi opinionem probabilem videam, & à quamplurimis Authoribus secutam, contrariam in casu dubio, & quando non constat velle testatorem in scriptis testari, & non in alia forma, vel se tantum præparasse ad testãdum, veriorem puto, & sequendam dico. Ad cuius explanationem distinguendi sunt casus: primus est, quãdo expresè vel ex probatis, & verisimilibus coniecturis constat testatorem non aliter

21 testari voluisse, & si coram testibus voluntatem suam explanavit, quàm si eius voluntas per notarium in publicam scripturam redigatur, & in hoc casu imperfecta est voluntas nisi scriptura publica, & solemnis interveniat. Sic Authores omnes, qui Oldradum sequuntur, & qui contra Oldradum contrarium tenent, Marcus Antonius Natta *dicto* §. *ex imperfecto num.* 147. Covarrubias

dict.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

dict. cap. relatum num. 11. *versic. tertia conclusio*, Iuntus *d. num.* 290. Castillo *num.* 67. Fusarius *cons.* 41. *num.* 47. Scipio Rovitus *lib.* 2. *cons.* 41. *num.* 81. Rubeus *de testamentis cap.* 8. *n.* 340. vbi inquit. *Quod quando ab initio testator petit notarium, & posteà protulit verba conclusiva suæ voluntatis, si antequam notarium accederet, vel stipularetur moriatur, tunc illa dispositio dicenda est imperfecta ratione voluntatis: & ratio est, quia testator prius petendo, & posteà nec verba conclusiva suæ voluntatis dicendo, videtur suam voluntatẽ distulisse in tempus stipulationis notarij, vt volunt.* Bart. & Castrẽsis, & alij *in l. si is qui, ff. de testam.* Cephalus *cons.* 99. *num.* 9. & 10.

22 Secundus casus est, quando licèt testator vocavit notarium clarè, tamen constat ex verbis prolatis, vel ex negotij circunstantijs, & qualitatibus occurrentibus hoc fieri, vt ad scripturam reducatur dispositio deliberatè prolata, & facta à testatore animo verè disponẽdi, & testandi; & in hoc casu adventus notarij ad perfectionem voluntatis necessarius nõ est. Sic Castillo *num.* 81. & 82. Mantica *de coniectur. vltim. vo-*

lunt. lib. 2. *tit.* 4. *nu.* 4. Magdalenus *de numero testium part.* 2. *cap.* 5. *num.* 8. *vsque ad* 17. cum alijs. Gratianus *disceptation. forens. cap.* 764. *num.* 6. Gaillius *lib.* 2. *observat.* 112. *num.* 16. Thomas Maulius *de vltim. volunt. lib.* 1. *tit.* 22. *nu.* 9. Diana *part.* 7. *moral. tract.* 6. *resolut.* 19. *vers. planè.* Cancerius *d. cap.* 4. *num.* 96. Guzman *veritat.* 15. *n.* 13. & 14.

23 Coniectura hoc in casu erit, si testator valdè ægrotus vocari fecerat testes, *l. Paphilo, §. propositum, ff. de legatis* 3. præsertim si periculum mortis imminebat, Menochius *de arbitrarijs casu* 496. *nu.* 38.

24 Et etiam si testator dixit volens de sua substantia disponere, vel dixit hoc suum vltimum testamentum disposuit, & facere procuravit, quia verba sunt dispositiva de præsenti, & ostenditur deliberata voluntas, nõ autem præparatio ad disponẽdum,

25 vt notatur *in l. fin. ff. de hæred. instituend.* Decius *cons.* 379. *num.* 3. Menochius *de præsump. lib.* 4. *præs.* 24. Marta *de succes. legal. part.* 4. *quæst.* 1. *art.* 7. *num.* 46.

26 Tertius casus præcipuus est traditus ab Oldrad. cum voluntas testantis expresse

non

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

non cõstat, sed sumus in dubio, in quo procedit quæstio controversa. Sed certè credendum non est testatorem se voluisse restringere ad vnam viam testãdi in scriptis, nisi apertè constet, quo casu nõ potest dici actus per-
27 fectus. Testamentum autem non exigit scripturam, & qui testamentum dicit, non dicit instrumentum, sed dispositionẽ, quod adeò verum est, vt probet Franciscus Purpuratus *cons.* 11. *vol.* 1. non teneri edere instrumentum testamenti, qui de testamento nuncupativo mentionem fecit; quarè si apertè non constat de contraria testãtis voluntate semper hęc interpretatio sumenda est, quæ conveniens est testatori propter fortuitos casus, vt *in d. l. miles* 3. *ff. de testament. milit.*

28 Neque obstant rationes, & argumenta Oldradi, quibus satisfacit Curtius Iunior *d. cons.* 303. Et ad primum respondetur ex vocatione notarij non probari suspensionẽ voluntatis testantis; quando deliberatè explanavit volũtatem, sed velle prædictam dispositionem redigi in scripturam ad faciliorem probationem, *leges autem ex ea scriptura, & fideicommissa in* §. *quoties* loquuntur de præparatione ad testandum, non de voluntatis explanatione, & declaratione animo disponendi facta, quæ semper intelligitur esse, dum per verba proportionabilia, & seriosè concepta fuerit, quod in effectu est testari non præparatio ad testandum. Surdus *decis.* 292. *n.* 11. Menoch. *cons.* 45. *num.* 29. vbi quod lex *fideicommiss.* loquitur de eo, qui præparavit testari, & morte præventus non potuit, Rota apud Gratianum *cap.* 550. *nu.* 45. ibi: *Quia loquitur de scriptura, quæ ad testamentum faciendum parabatur, vt patet ex lege ex ea scriptura, hic autem fuit deventum ad ipsum actum testandi*, Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri num.* 236. Mascard. *d. concl.* 1358. *num.* 77. Marta *de succes. legal. tom.* 2. *part.* 4. *quæst.* 1. *art.* 7. *num.* 42. Est autem magna differentia in eo quod præparetur quis ad testandum, & in eo quod de facto testetur, vt supra *cap.* 3. *nu.* 31. continetur.

29 Ad secundum respondetur differre sententiam, & testamentum, sententia requirit scripturã *d. l.* 2. *C. de sent. ex breb. recit. c. fin. de re iudic. lib.* 6.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Vantius *de nullit. sent. ex defectu processus n.* 70. *pag.* 510. vbi quod requiritur pro forma, quòd sententia primo scribatur, & deinde recitetur, adeò quod si iudex oratenus pronuntiaret, & post modũ scriberet, talis prępostera tio vitiaret, vt ex Bart. Lanfranco, & alijs probat, & ampliat etiam in causis summarijs, *n.* 21. Testamentum verò non petit instrumentũ, aut scripturam ad substantiã, sed ad melius esse, & ita sine scriptura validum est; vnde non procedit argumentum.

30 Ad tertiũ dico perfectionẽ contractus cõsistere in scriptura, quando partes contrahentes ab initio voluerunt fieri, & ante scripturam illo in casu locus est pœnitentiæ, quia de facto tunc nõ cõtraxerunt, sed tractarunt, & differt tractatus à conclusione: at in testamẽto licèt testator petat vocari notarium, non intelligitur ad substantiam testamenti, sed ad faciliorem probationem; vnde ante aduentum perfecta erit testantis voluntas, in contractibus tamen non erit dicto in casu ante instrumẽtum confectũ, quia nõ ad probationem sed ad conclusionẽ, & perfectionem contractus intervenire

31 præsumitur, cum à principio illud tractaretur. Vltra quod in contractibus conclusio dependet ex volũtate, & cõsensu duorum vel plurium, *l.* 1. *ff. de pactis*, vbi pactio, sive pactum dicitur *duorum pluriumvè in idem placitum consen-*

32 *sus*, in testamentis ex voluntate vnius, quæ etiam coniecturata sequi debet; nam in his quod verisimile est sequimur, *l. cum res in principio*, ibi: *vel vbi verisimile, sit testatorem voluisse*, *ff de legat.* 1. in illis scilicèt in cõtractibus; quidquid partes contraxerunt, adeò quod si dubia sit conventio contra contrahentem fieri debet interpretatio, cum in sua potestate fuisset legem conventionis apertius conscribere, *l. veteribus* 40. *ff. de pactis.*

33 Et semper præsumendum est velle testatorem testari meliori modo quo potuit, & vltimæ voluntatis benignior debet fieri interpretatio; vnde paritas contractus, & testamenti non procedit, cum de interpretatione voluntatis, & in casu dubio agimus, quia plenior interpretatio facienda est in testamentis,

quam

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quam in contractibus. Nigreiros *de confectione testamenti lib.1. cap.14.num.32.* Capicius Latro *decis.140.num.3. lib.2.*

34 Dici etiam, & responderi potest, quòd ad hoc vt contractus intelligatur in scriptis celebratus, non solum requiritur quòd partes convenirent vt fieret instrumentum, sed requiritur, quòd adijciatur expressim, quòd aliter cõtractus nõ valeat ex resolutione communi Doctorum, quos in vnũ cumulat latè agens Castillo *lib.3. controversiar. cap.26.num.* 3.4.14.& 16. Marta *de succeff. legal.tom.2. part.4. quæst.1. art.* 7.*num.*39.& 40. vbi etiam plures refert Hermosilla *in d. l.6. tit.5. part.5. gloss.1. num.3.* & 4.

35 Cui minimè obstat prædicta lex 6. partitæ, de qua formatur argumentum, quia correcta est per *leg.2.tit.16.lib.5. Recop.* vt affirmat Matienzus *in d.l.2. gloss.7. num.3.* Flores de Mena *in addit. ad Gammam decis.* 207. *num.* 7. Villadiego *in l.3.tit.5.lib.2.fori Iusgo num.* 22. Azevedus *in l.1.tit.17.lib.9. Recopil.num.* 224. & 225. Salazar *de vsu, & consuetudine cap.2.â nu.* 10. vnde non procedit argumentum.

36 Denique non obstat, quod potuit testator addere, mutare, & de novo adijcere, nam, & si verum fateamur, hoc non arguit imperfectionem voluntatis, quia dum non constat, perfecta præsumitur voluntas, & non sequitur ex eo quod possit addere, quod velit, & ita vt voluntas dicatur imperfecta, & testamentum ratione illius imperfectum, & invalidũ necessarium est, quòd probeturin actu testandi velle alia adijcere, sive dicere testatorẽ, & non dixisse, vt supra *cap.9.* quia aliàs dum nõ constat, contrarium omnino præsumitur.

CAPVT XIV.

DE LECTIONE TESTAMENTI, ET PVBLICATIONE illius coram testibus, an ea deficiente imperfecta dicatur voluntas testantis, & imperfectum testamentum ratione voluntatis in casu quo ob impedimentum superveniens testatori testamenti scriptura non fuit lecta, nec publicata; & quid si testator in scriptis & non in alia forma testari voluit; aut destinavit quòd sua dispositio legeretur coram notario, & testibus: aut quando distulit publicationem facere in aliud tempus & interim decessit, & an præsumatur in dubio testamentum lectum, & publicatum, & quid importet clausula actum coram me, & testibus.

SVMMARIVM.

LEctione testamenti, & publicatione illius coram testibus deficiente, testamentum imperfectum ratione voluntatis est secundum opinionem multorum qui referuntur. 1. & 2.

Lectio, & publicatio est de substantia testamenti. 3.

Lectio est de substantia instrumenti publici, sive scripturæ. 4.

Testamento non lecto non constat de vltimata voluntate testatoris. 5.

Testamentum si non legatur potest aliud continere, quàm testator dixit. 6.

Lectionis, & publicationis defectus in testamento est defectus solemnitatis, non voluntatis supplendus ex impedimento supervenienti. 7.

Cancerius notatur. 8.

Ratio conclusionis proponitur. 9. & 10.

Le-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Lectio, & publicatio non est necessaria in testamẽto inter liberos, & ad pias causas. 11.

Lectio, & approbatio testatoris necessaria est quando testatur quis in scriptis, & non in alia forma. 12.

Ex vocatione notarij non videtur testatorem se adstringere ad testandum in scriptis. 13. & 29.

Lectio testamenti necessaria est quando testator destinavit, quod sua dispositio publicaretur coram notario, & testibus. 14.

Publicatio testamenti licèt non sit necessaria, quando testator voluit illam adhiberi, actus aliter non valebit. 15.

Solemnitates quæ non sunt necessariæ, si testator eas apponendas duxit, & non apposuit imperfectum reddunt testamẽtum ratione voluntatis. 16.

Publicatio est de substãtia testamenti quando testator distulit in aliud tempus publicationẽ facere. 17.

Voluntas hominis vsque ad mortem est ambulatoria, ibidem.

Paulus Castrensis, Ludovicus Iuntus, & Franciscus Purpuratus referuntur. 18.

Capicius Galeota in quæstione principali convincitur. 19.

Lectionis defectus vitiat scripturam non testamentum. 20.

Omissio dici vitiat instrumentum. 21.

Omissio diei non vitiat testamentum nuncupativum. Ibidem.

Testamentum nuncupativum de quo confecta est scriptura, vt in vim instrumenti valeat diẽ, & locum continere debet. 22.

Testamentum nuncupativum potest fieri cum notario, & testibus in scriptura, & etiam sine illo, & sine scriptura. 25.

Testamentum nuncupativum cũ scriptura lectionem omnino requirit. 26.

Testamentum nuncupativum non lectum propter impedimentũ sustinetur si voluntas testibus probetur: Ibidem.

Peregrinus, Gratianus, Bertazolus, & Morotius notantur. 30.

Testamentum præsumitur lectum si non appareat imperfectum, & incompletum. 31.

Clausula actum probat lectum testamentum: Ibidem.

1. SI scriptura testamenti non sit lecta, & publicata coram notario, & testibus, quia testator qui fecit, & complevit vltimatè totum testamentum, decessit, & mortuus est, antequá ei legeretur; dicunt multi voluntatem testantis hoc in

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

casu esse imperfectam, & testamentum invalidum vt imperfectum ratione voluntatis; & sic tenent Ioannes
2 Andreas *in addit. Speculat. tit. de instrum. edit. §. compendiosè in addit. magna* Angelus *cons.* 400. *col.* 2. Iason *cons.* 68. *col. vltim. lib.* 1. Decius *cons.* 488. *num.* 15. Ludov. Bologn. *cons.* 53. *col.* 1. Menochius *cons.* 42. *nu.* 14. *lib.* 1. Petrus Surdus *cōs.* 414. *num.* 16. Mantica *de coniect. vltimar. volunt. lib.* 2. *tit.* 4. *num.* 6. cum multis Mascard. *de probationibus tom.* 3. *concluf.* 1358. *num.* 74. cum alijs Magdalenus *de numero testium* 2. *p. cap.* 5. *num.* 16. Gaspar Antonius Thesaurus videndus *quæstionum forensium lib.* 4. *q.* 28. *per totam*, & multi relati à Castillo *lib.* 4. *controvers. cap.* 21. *ex nu.* 87. *cum seqq.* vbi fusè omnia in vnum cumulans tractat quæstionem. Breviter, & resolutivè cum Bartulo, Castrensis, Alberico, & Baldo Antonius Gomez *in l.* 3. *Tauri nu.* 107. Tellus Ferdinandez *ibidem* 2. *part. nu.* 19.

3 Probatur primo hæc opinio ex eo, quod publicatio, & lectio est de substantia testamenti, *l. fidecommissa*, §. *quoties ff. de legat.* 3. *l.* 103. *tit.* 18 *p.* 3. quę lectione requirit, ibi: *Debe ser leido, y fecho ante*
4 *siete testigos*. Et ad substantiá scripturæ requiritur lectio; ita vt ea omissa non erit instrumentum, nec scriptura publica, *l.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopilat.* Ergo deficiéte lectione, & publicatione substantia deficit testamenti, & per consequens imperfectum, & invalidum erit testamentú.

5 Probatur secúdo, quia ante lectionem, & publicationé testamenti, non constat de vltima voluntate testatoris, potest enim cum legeretur addere, vel mutare testator: ergo imperfecta erit volũtas nõdum lecta scriptura testamenti.

6 Probatur tertiò, quia sic talis scriptura, vel testamentú non legatur potest aliud cõtinere quam testator dixit: ergo ante lectionem perfecta non est voluntas testatoris, perfectam enim dicimus esse cum constat plenè de omnibus, quæ voluit, & imperfectam quando non constat, vt supra *cap.* 2. *& cap.* 9.

7 Verùm contraria opinio magis recepta est, & ita defectú lectionis, & publicationis defectum esse solemnitatis, non voluntatis supplendú ex impedimẽto superveniẽte

te, tenent Dinus, Aretinus, Bart. & Romanus, quos refert, & sequitur Decius *consil.* 158. *n.* 3. Alexãder *consil.* 76. *lib.* 3. *nu.* 1. *& consil.* 114. *nu.* 7. *vol.* 7. Castrensis *consil.* 450. *n.* 2. *lib.* 7. Ruinus *consil.* 15. *num.* 20. *lib.* 2. Ioannes de Anna *consil.* 57. benè Frãciscus Purpuratus *cõs.* 15. *vol.* 1. Ioan. Mar. Riminaldis *consil.* 319. *n.* 25. *vol.* 2. Bertazolus *consil. civil* 88. *lib.* 1. *nu.* 1. Cephalus *cõs.* 294. *lib.* 2. Morotius *consil.* 34. Menochius *consil.* 224. *nu.* 35. *&* 44. *lib.* 3. *& consil.* 1189. *num.* 12. *&* 13. *lib.* 12. *& de præsumptionibus lib.* 4. *præs.* 5. *num.* 7. Hondedeus *cõs.* 77. *lib.* 1. Simon de Prætis *cõs.* 85. *nu.* 9. Surdus *decis.* 292. *nu.* 4. Peregrinus *decis.* 80. *num.* 4. *&* 7. Rota *in novissimis decis.* 173. *part.* 2. Tiraquellus *de privilegijs piæ causæ, privil.* 6. videndus Peralta *in l. si quis in principio testamenti, ff. de legat.* 3. *num.* 43. Alvaradus *de coniecturata mente defuncti lib.* 3. *cap.* 2. §. 1. *num.* 14. Menchaca *de succes. creat. lib.* 3. §. 24. *num.* 83. Azevedus *in l.* 1. *tit.* 4. *num.* 64. *lib.* 5. *Recop.* Matiẽzus *ibidem gloss.* 7. *n.* 4. Covar. *in cap. relatum* el 1. *n.* 11. *de testamentis*, Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri*, 1.

81 *part. n.* 202. vbi *n.* 205. dicit ita iudicatũ in Regia Chancellaria Princiana: *& consil.* 1. *nu.* 3. Reinoso *observat.* 48. Guzmã *verit. iur.* 15. *n.* 14. Parladorus *differentia* 15. *nu.* 11. Ayora *de partitionib.* 3. *p. q.* 24. *n.* 69. Flores de Mena *lib.* 1. *variar. q.* 1. *n.* 43. Castillo *d. cap.* 21. *num.* 24. 90. *&* 112. *& cap.* 22. *â nu.* 119. *& lib.* 5. *cap.* 71. & in Rota iudicatum refert Gratianus *disceptat. forens. cap.* 550. *nu.* 44. *tom.* 3. Marta *de succes. legal. tom.* 2. *part.* 4. *quæst.* 1. *art.* 7. *â n.* 23. *vsque ad* 51. *& voto* 8. *num.* 13. Bonacina *tom.* 2. *de sput.* 3. *quæst.* 17. *puncto* 1. *num.* 12. *vers. ex quo.* Iacobus Cancerius *lib.* 1. *var. cap.* 4. *in* 2. *impressione*

8 *numer.* 95. Qui consultus fuit in casu quo quidam Barcinonensis fecit testamentum nuncupativum adhibito notario, & testibus, coram quibus suam declaravit voluntatem, quæ per notarium fuit scripta: deinde cum notarius vellet recitare, quæ scripserat, mortuus fuit testator, & notarius tale testamentum vt imperfectum in publicam formam redigere nequivit, hæres voluit confici testamẽtum ex testium, & notarij depositionibus, qui voluntatem audierant: dubitatum fuit, an testamẽtum illud valere potuisset

vt

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

vt nuncupativum, & valere declaravit Chataloniæ Senatus, vt dicit ipse Cancerius *n.* 98. Et idem iudicatum in Regia Chancellaria Granatensi in controversia cuiusdã testamenti facti à Roderico Ferdinandez del Pozo Presbitero, quod ob mortem supervenientem non potuit religi, dictum est mihi, in qua causa doctam edidit iuris allegationem pro valore testamenti Licẽtiatus D. Balthasar de Villanueva Cordubens. quæ post hæc scripta ad manus meas pervenit, & multis relatis fundatur hæc receptissima opinio.

9 Ratio huius est, quia cum talis scriptura imperfecta, sive non completa prævento testatore per mortem, vel per impedimentum, ex quo illi sublata fuit omnimoda potentia illam perficiendi, corã eo non potuisset religi, vt ab ipso approbaretur, sequitur inde publicationem, & relectionem non esse de substantia testamẽti, vt sine illa imperfectum volũtatis ratione dicatur; sed tantum esse solemnitatis defectum supplẽdum ex impedimento superveniente. Verè namque dici nullo pacto potest, quòd ante testamẽti lectionem actus sit imperfectus quo ad agentis voluntatem, perfectus siquidem, & absolutus est, cũ testator absolutè perfecerit, atque ex parte sua quidquid voluit compleverit; & ita cum in casu impediméti solemnia testamenti suppleantur, *l. si quis cum testamentum* 25 *ff. de testamentis*, defectus equidem lectionis, & publicationis suppleri debet. Sic in testamento inter liberos, & ad pias causas cum. sustineantur sine solemnitatibus lectio, & publicatio non est necessaria. Tiraquellus *de privil. piæ causæ privil.* 6. Iulius Clarus §. *testamentum quæst.* 7. *num.* 3. Azovedus *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. num.* 65. Covarrubias *in cap. relatum* cl. 1. *num.* 11. *vers. secunda conclusio de testamentis*. Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri num.* 216. *& cons.* 1. *nu.* 2. Surdus *decis.* 292. *num.* 3. Ludovicus Iuntus *in responso pro vxore num.* 285. Ioannes de Anna *cons.* 57. Laurentius de Pinu *cons.* 6. *numer.* 13. vbi loquitur de testamento inter liberos non publicato propter mortis supervenientiam. Guido Papa *decis.* 538. *num.* 2. Gaillius *lib.* 2. *observat.* 112. *num.* 14. Minsingerus *cent.* 5. ob-

obſervat.28.num.5. Caſtillo *d.* *cap.21.nu.102.& 105.* Genua *de ſcriptura privata lib.6.cap.1. num.178.* Diana *Reſol. moral. part.7.tract.6.reſol.124. verſ. notandum.*

12 Verùm communis opinio aliquas patitur limitationes, prima eſt, quando teſtator in ſcriptis, & non in alia forma vult teſtari; tunc ergo neceſſaria eſt lectio, & approbatio teſtatoris non propter ſolemnitatem teſtamenti, ſed ob perfectionem voluntatis, quæ non dicitur perfecta vſque dum ſcriptura ſit lecta, & approbata: nam anteà poterat teſtator addere, & minuere; & ſic præſumendum eſt, cum tantum in ſcriptis voluit teſtari, quia vt dictum eſt *cap.9.num.27.* in huiuſmodi teſtamento ex non perfectione ſcripturæ præſumitur imperfectio voluntatis; & ſi in alia forma teſtari noluit, & in ſcriptis teſtamentum non perfecit, quia non legit, nec approbavit, invalidum erit teſtamentum, non ſolum ob defectum ſolemnitatis ſed ob defectu voluntatis. Sic Flores de Mena, *d.quæſt.1.num.38.* Caſtillo, *d.cap.21.num.115. verſ. quarta denique.* Reinoſo *obſervatione* 13 *48.num.28.* in quo animadvertendum eſt, ex vocatione notarij teſtatorem non videtur ſe adſtrinxiſſe ad teſtandum inſcriptis, ita vt nollit teſtamentum aliter valere, quàm ſi ſcriptura de eo conficiatur, niſi id expreſsè probetur. In dubio tamen ex eo quod deficiat approbatio, & lectio, hoc eſt *el otorgamiento*, non præſumitur imperfectio voluntatis, ſed teſtamentum potius ſuſtinetur vt nuncupativum. Ludovicus Morotius *reſponſ.34.num.27.* Gutierrez *practic.lib.4.quæſt.36.* Simon de Prætis *d.conſ.85.n.9.* Peregrinus *deciſ.80.num.7. & 10.* & ſupra *cap.anteced.nu.15.* & infra *cap.ſeq.* continetur, & hic etiam latius infra tractatur.

14 Secundò limitatur quando teſtator ipſe deſtinaſſet, quòd ſua ipſa voluntas, & diſpoſitio publicaretur coràm notario, & teſtibus iuxta *leg. fideicommiſſ.§.1. de legat.3.* nã tunc publicatio eſt de ſubſtãtia teſtamenti, & illa deficiẽte teſtamentum erit nullum ex imperfectione voluntatis. Sic Guido Papa, *conſ.55.num.3.* ibi: *In caſu de quo agitur teſtator non habuit voluntatẽ ſuam pro perfecte declarata: quia vt in facto*

facto ponitur, proposuerat eam facere publicari, & recitari coram notario, & testibus, qui eam scripserat, & nondum eam publicaverat: igitur est totaliter invalida. Menochius *vbi supra præsumpt. 5. num. 7. & cons. 224. nu. 35. & 44. lib. 3.* Cephalus *cons. 99. num. 10. lib. 1.* vbi tradit Castrensem, Corneum, & alios, *& cons. 409. num. 11. lib. 3.* qui latè dixerit Ruinus *cons. 1. num. 11. & 12. lib. 3.* Socinus Iunior *cons. 24. num. 2. lib. 3.* Natta *in Authent. quod sine num. 1. C. de testament.* Covar. *in cap. relatum num. 12. de testament.* Thesaurus *quæst. forens. lib. 4. quæst. 28 num. 6.* quidquid minus rectè difentiat. Franciscus Hotomanus *cons. 55. num. 12. & 13.*

15 Cui limitationi facit quod ex Decio *cons. 159.* tradit Surdus *decis. 292. num. 13.* scilicèt, quòd publicatio testamenti licèt non sit necessaria, vt in testaméto ad pias causas, & inter liberos, tamẽ quando testator voluit illam adhiberi, actus aliternò valebit. Stephan. Gratian. *c. 550. num. 5. & 6.* Marta *de succes. legal. tom. 2. part. 4. quæst. 7. art.*
16 *1. num. 12. & voto 8. num. 22.* Et solemnitates, quæ non sunt necessariæ, si testator eas apponendas duxit, aut appositas posteà sustilit, imperfectum reddunt testamentum ratione voluntatis. Castillo *decis. 59. nu. 46. & 54.* Mastrillo *decis. 132. num. 48.* Gamma *decis. 221. num. 2.* Fontanella *decis. 50. nu. 22.* Bimius *cons. 151. num. 9. lib. 2.* Morotius *cons. 6. nu. 7. in fine, & nu. 8.* Gutierrez *practicar. lib. 3. quæst. 47.* Azevedus *in l. 2. tit. 4. num. 18. lib. 5. Recop.* Scipion Rendine *Promptuarij. recept. sent. tom. 1. tit. de testam. num. 17.*

17 Tertiò limitatur quando post scriptam à notario dispositionem, testator publicationem distulit in aliud tempus: tunc ergo publicatio est de substantia testamẽti, & sine illa voluntas dicitur imperfecta, quia voluntas hominis est vsq; ad mortem ambulatoria, *l. 4. ff. de adimend. legat. l. 1. C. de Sacrosanct. Eccles.* Et ideò cùm distulerit in aliud tempus id facere, quòd tunc potuisset facere, videtur non habuisse illam voluntatem pro perfecta: ad quid enim procrastinaret negotium iam deliberatum. Sic Surd. *d. decis. 292. num. 11. & 12.* ibi: *In præsenti facto res est clara quod ea mulier non habuit testamentum pro perfecto, quia post*

postquam tota sua voluntas fuit scripta, dixit, se velle prius ius proficisci, & cum redijsset, curasset notarium, & testes accerciri pro publicatione testamẽti. Paulus Castrensis *cons.* 365. *visa*
18 *facti narratione*, vbi vult, quod etsi post declaratam voluntatẽ dixerit testator eam sibi placere, & sic velle, quia tamen distulit publicationem ad horam vesperorum, videtur ex hoc dignosci, quod primam dispositionem non habuit pro perfecta, & *cõs.* 75. *col.* 2. *lib.* 1. & *cons.* 451. *vol.* 2. Decius *cons.* 158. *num.* 4. & *n.* 8. *vers. Secundo respõdetur*, vbi loquitur in testatore, qui post scripturã factam dixit, quòd die sequenti volebat instrumẽtum rogate, & illo die adveniente distulit hoc facere, & tamen alio non facto mor-
19 tuus est. Corn. *cõs.* 118. *co.* 3. *vol.* 3. & *melius cõs.* 307. *n.* 5. *eod. vol.* Cephalus *cons.* 99. *n.* 8. *lib.* 11. Menoch. *d. præsump.* 5. *n.* 7. *ver. verum* Castil. *d. c.* 21. *n.* 54. Philipp. Paschal. *de viribus patriæ potest. p.* 2. *cap.* 8. *n.* 66. Genua *de scriptura privata lib.* 6. *cap.* 1. *n.* 168. *vsq; ad* 172. Marta *voto* 8. Scip. Rovit. *cons.* 41. *lib.* 2. *n.* 9. Capic. Latro *decis.* 140. *n.* 21. *lib.* 2. Et facit resolutio Ludovic. Iunti *in responso pro vxore nu.* 290. vbi dicit, quòd si ex verbis testatoris constat ipsum voluisse differre dispositionẽ suam in aliud tẽpus, isto casu licèt explanasset eam coram testibus, videtur potius ea testamenti præparatio, quàm testamentum. Optimè Francisc. Purpuratus *cons.* 15. *n.* 3. vbi latè explicat differentiam, quæ versatur inter eum, qui spatium habuit publicandi, & inter eum, qui tali spatio caruit, & per casum mortis fuit impeditus à perfectione publicationis: nam in hoc secũdo, cũ nihil possit imputari testatori, defectus publicationis, & lectionis suppletur, & sustinetur testametum; in primo tamen minimè, quia videtur non habuisse dispositionem pro perfecta. Ex quibus reijciẽdus est Capic. Galeot. vir alioquim doctus, *qui lib.* 1. *cõt.* 34. *n.* 18. 19. & 20. recognoscit imperfectũ esse non ratione volũtatis, sed ratione solẽnitatis testamentũ nõ lectum, nec publicatũ ex impedimẽto casualiter dato à certo duce, qui accercitus fuit, vt testatorem visitaret: ex quo testator iussit notario vt rediret sequenti die demanè, & interim ea nocte, cum esset sa-

sanus ob corporis crasetudinem repentina morte præventus, mortuus fuit: & testamentum non fuit publicatum coram testibus. Dicit enim prædictus Author, quod licèt prædictum testamentum non sit imperfectũ ratione volũtatis, sed solemnitatis, non debet valere ex Oldeado ad id relato: in quo certè decipitur, nam concesso publicationis defectum esse solemnitatis defectum dicto in casu, & non voluntatis, vt in veritate est, testamentum illud merò iure debuit sustineri: cum solemnitatis defectus ex impedimẽto casuali supleatur secundũ dispositionem nostræ legis *siquis cum testament. 25. ff. de testament. 25. ff. de testam.* & doctrinam supra relatam. Maximè quia vt ipse Capicius dicebat, plures testes omni exceptione maiores cum notario deponebant, pluries declarasse testatorem in illo vltimo testamento non publicato ob impedimentum feciſſe hæredem Hectorem, & quod hæc erat sua vltima, & enixa voluntas vt is esset sibi hæres: ex quo certũ erat quòd tale testamentum debuisset sustineri, etiam si lectum, & publicatum nõ fuisset, ex hoc capite, quòd lectionis defectus solemnitatis est non voluntatis, & suppletur in casu impediméti. Nec erat necessarium recurrere ad alia adminicula, & probationes, vt fecit *ex num. 22.* intendens, quòd ex prædicto testamento quarto in ordine, & voluntate imperfecta adminiculata diversis probationibus disposita in codicillis tertio loco factis tollãtur, ex traditis per Decium *cons. 632.* & Gammam *decis. 221.* nam si prædictum testamentum quamvis imperfectum ratione solemnitatis potuit, & debuit sustineri, cum voluntatis ratione fuisset perfectum, revocati fuerunt anteriores codiccilli; vt revocatur primum testamẽtum, vt supra *cap. 5.* probatum est. Nec Oldradus *cons. 119.* in validum esse tenet testamentũ in suo casu ob defectum solemnitatis, sed voluntatis, consultus enim fuit in casu quo testator vocavit notariũ sed nunquam venit, non in casu quo notarius scripserat testamẽtum, quod ob impedimentum non legaretur; & Oldradus etiam communiter reprobatus est, nam defe-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

fectum notarij in casu dubio solemnitatis, & non voluntatis esse, probatum est capite antecedenti. Vnde resolvitur in casu quem refert Galeota testamẽtum illud perfectum fuisse ratione voluntatis, & debuisse sustineri, quia ob impedimẽtum suppletur solemnitatis defectus, qui in hoc casu non reddit invalidum testamentum, vt tandem ipse Capicius ibidẽ tenet, sed non ex decisione legis *si quis cum testamẽtum*, & ex principali huius materiæ resolutione, & Authoribus supra relatis, dicit enim testamentum illud invalidum esse propter defectũ solemnitatis, in quo decipitur, nã validum est ratione voluntatis perfectæ, & tota difficultas in hoc casu, & similibus consistit tantum in eo quod defectus sit voluntatis, vel solemnitatis, nam si voluntatis est, non suppletur, nec leges in eo dispensant, at si imperfectio sit solemnitatis in casu impedimenti suppletur, & dispositio mero iure ex Iavoleni responso *in d. l. si quis cum testamentum* sustinetur.

20 Neque obstant argumẽta tradita pro contraria opinione: non primum, nam ad textum *in l. fideicommissa*, §. *quoties de legat.* 3. Respõdetur, verum esse iure communi testamentum nuncupativũ de quo per notarium facta fuit scriptura, legendum esse, sive publicandum coram testibus, & testatore, & etiam de iure Regio ex *d. l.* 103. *tit.* 18. *pat.* 3. *l.* 1. *&* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Verum si non legatur imperfectum erit non ob defectum volũtatis sed solemnitatis, verè namque dici nullo pacto potest, quòd ante testamenti lectionẽ actus sit imperfectus siquidem, & absolutus est, cum testator absolutè perfecerit, atque ex parte sua quidquid voluit compleverit, vt dicebam supra pro ratione huius opinionis: sed ipsa scriptura erit imperfecta propter defectũ huius solemnitatis. Lectio etenim est de substantia ipsius scripturæ, ad hoc vt si publicum instrumentum ex *d. l.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* vnde si deficiat, deficit scriptura, sed non vitiatur testamentũ ipsum, quod remanet perfectum quoad voluntatem, & testibus probari rectè poterit. Parladorus *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 20. *numer.* 14. *in fine.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Covarrubias *in cap. relatum* el 1. *de testamentis num.* 11. Matiēzus *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 4. *num.* 4. & 5. Thomas Sanchez *cons. moral. lib.* 4. *cap.* 1. *dub.* 2. *num.* 4. Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri num.* 215. Sicut omissio diei, quæ vitiat in- 23
strumentum *l.* 1. *C. de Apochis publicis lib.* 10. *l. optimam, C. de contrahend. & commitend. stipu-*
21 *lat.* Testamétum tamē nuncupativum non vitiat, & validū est etiam si diem, & mēsem non contineat. Beroius *quæst.* 36. *per totam.* Alciatus *cons.* 115. *lib.* 9. Fusarius *cōs.* 41. *num.* 42. Barbat. *cons.* 58. *num.* 33. & 34. *lib.* 4. Caball. *cons.* 106. *num.* 23. cum Gomecio, & alijs Matienzus *in l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. glos.* 7. *n.* 8. Thomas Sanchez *d. cap.* 1. *dub.* 3. *n.* 8. Fontanella *de pactis nuptialibus clausula* 1. *num.* 3. Cuius ratio est, quia testamentum nuncupativum non requirit scripturam, vnde si de illo fiat, dies tamen vel mensis omittatur; testamentum non vitiatur, sed ipsum instru- 24
22 mentum. Vnde testibus probanda erit hoc in casu testatoris dispositio: nam testamentum nuncupativum de quo confecta est scriptura, vt in vim scripturæ valeat, dié, & locum continere debet, *l. hac consultissima, C. de testamēt. §. 1. in Authent. de testam. imperf.* Marta *de succes. legal.* 2. *tom. part.* 4. *quæst.* 2. *art.* 3. *num.* 11. vbi plures refert Cancerius *lib.* 1. *var. cap.* 4. *num.* 100.

Non obstat secundum, quòd nondum lecto testamento potest testator addere vel mutare, quia hoc non inducit imperfectionem volūtatis, aliud etenim est, posse mutare, aliud velle; & facto testamento lecto, & publicato, potest testator addere, & mutare, & aliud de novo cōdere, cum volútas deambulatoria sit vsque ad mortem, & non ex eo sequitur imperfectio primi testamenti conditi. Sic etiam vt in casu nostræ legis *si quis cum testamentum*, dicatur testamentum imperfectum voluntatis ratione, ponitur cōstare debere alios hæredes testatorem nominare voluisse, & dum non constiterit perfecta præsumitur dispositio.

Minus obstat tertium sive ratio illa, quod si scriptura testamenti non legatur potest aliud cōtinere, quam testator dixit; quæ est potissima, & qua motus contrariam opinionem tenuit.

Go-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Gom. *in d.l.3.n.* 107. quia respondetur nihil valere prædictam scripturam testamenti, sed voluntatem testatoris testibus comprobatam sustineri, quia quantum ad voluntatem in simili dispositione perfectio fuit. Sic Castillo, *d.cap.* 21. *num.* 108. Et ipse Gomez *in d.l.* 3. *num.* 108. vbi inquit, quòd si testes veniunt, & deponunt de voluntate, & tenore testamenti, tunc valet, & tenet, & nō deficit testamentum.

25 Sed vt hæc plenius percipiantur, animadvertendum est, testamentum nuncupativum posse fieri coram notario, & testibus in scriptura, & etiam sine illo, & sine scriptura, vt *in l.* 1. *tit.* 1. *p.* 6. *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Rec.* si fiat sine notario, & per nuncupationē testatoris sine scriptura cōsensus (hoc est el otorgamiēto) & publicatio est nuncupatio testatoris: vnde in his termi-

26 nis non procedit quæstio. Si testamentum nuncupativū reducatur ad scripturā propter faciliorem probationem, si non fuerit lectum nec publicatum non vtique valebit: quia iure communi, & regio lectio illius requiritur, vt fraudes tabelionum eviterentur, & certior sit publica fides. Sed si ob impedimentum superveniens testatori testamenti scriptura nō fuerit lecta, valebit vtique testamentum, si testantis perfecta fuit voluntas; quòd ex clausulis, & ipsa scriptura testamenti demonstrabitur, & talis voluntas ex testibus probari poterit; testes etenim qui à principio vsque ad finē fuerunt præsentes, & totam volūtatem testatoris audierunt, dicere debent; an testa-

27 tor habuerit vel non dispositionem suam perfectam, & an quæ scriptura continetur ex mente, & voluntate testatoris fuerunt, & sic testibus probata voluntas vt testamentum nuncupativum sustinebitur. Marta *de succes. legal. part.* 4. *quæst.* 1. *art.* 7. *num.* 48. *& ex lege* 1. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop. probat* Guzman *verit. iur.* 15. *num.* 16. ibi: Lectio enim, vbi testamentum est confectum coram testibus, & notario, videntibus testatorem dictantem, & notarium scribentem, necessaria non est. Spino *de testam. glos.* 31. *nu.* 21. *& 22.* Vrsill. *decis.* 166. *n.* 3. *&* 4. Alexād. *cōs.* 33. *n.* 4. *& 9. lib.* 3. Simon de Prætis, *lib.* 2. *solut.* 2. *num.* 25. *& 26.* Mascard.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

de probat. lib.3. concluſ. 1352. num.59. D. Caſtillo, *lib.4. cap. 21. num.108. & 109.* Capicius Latro *conſultat. 14. tom.1. ex num.33. vſque ad 60. & conſult. 15. num.1.*

28 Contra quam reſolutionem, quam tenent omnes Authores, qui pro hac opinione ſupra traduntur, minimè obſtat defectus publicationis, ſive lectionis; quia eſt defectus ſolemnitatis nõ voluntatis, vt eſt dictum. Vltra quia lectio, & publicatio ſcripturæ non fit ad eſſentiã, & perfectionem teſtamenti nuncupativi, ſed ad probationem illius, vt eſt certiſsimum, & tradunt prædicti Doctores.

29 Non etiam obſtat, quod aliqui dicunt, nempè quod ſi teſtator adhibuit notarium, creditur voluiſſe publicari teſtamentum, & ideò ſi non fuit publicatum non valere tanquam imperfectum ratione voluntatis; vt Ruinus *conſ.1. num.7. vol.3.* Theſaurus qui ſic argumẽtatur, *d. quæſt. 28. num.11.* Mantica *de cõiecturis lib.2. tit.4. num.6.* vbi etiã dicit, quod non præſumitur teſtamentum lectum coram teſtibus, niſi tabelio dixerit, aut ſcripſerit clauſulam actum coram me, & teſtibus infra ſcriptis. Socinus Iunior *conſ.71. nu.24. l.b.4.* cum alijs Gratianus *cap.550. num.1. & 2.* quia contrarium verum eſt, & ex vocatione notarij probationi fiendæ per teſtes minimè videtur teſtator renuntiare; argumento *l. miles qui deſtinaverat, ff. de milit. teſtam.* quia teſtator præſumitur teſtari omni meliore modo quo potuit, vt in terminis Paulus de Caſtro *conſ. 60. & 307. in fine lib.1.* Tiberius Decianus *reſponſo 64. nu. 5. vol.3.* Simon de Prætis *conſ. 85. num.9.* Parladorus *differẽtia 15. num.11.* Peregrinus *deciſ.80. num.7. & 4. vbi num.10.* inquit, quod ex magis communi ſententia Doctorum definitum eſt; quod ſi teſtator coram integro numero teſtium expreſſerit voluntatem ſuam, adeò vt teſtamẽtum ratione voluntatis poſſet videri perfectum, quamvis notarius vocatus non publicaverit voluntatem teſtatoris, & interim deceſſerit, nihilominus teſtamentum per teſtes, qui interfuerunt, probatum valebit per textũ *in l. Lucius, ff. de milit. teſtam.* D. Caſtillo, *lib.4. c.21. nu.109.* vbi inquit *Tabellionem adhibitum*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

tum fuisse, nocere nequaquã debebet, si aliâs testatoris voluntas probetur legitimè: nam etsi notarium ad scribendum testamentũ vocaverit, non inde sequitur, quod ita necessario scripturam exegerit, vt aliter testari noluerit, vel eam viam excludere, per quã volũtas eius in tuto manere debeat. Optimè Gratian. *d. c.* 550. *n.* 40. *vbi num.* 41. *cum seqq.* tenet, quòd etiam sine scriptis valet testamentum, etiam si interveniat notarius, quia non censetur adhibitus pro substantia, sed pro faciliori probatione, & quia testator præsumitur voluisse testari omni meliore modo quo potuit, & quod etiam si non sit lectũ nec publicatum testamentũ valet, quando agitur de probando illud per testes, & sic decisum fuisse in Rota. Bertazol. *cons.* 88. *nu.* 1. vbi inquit, quod licèt notarius non legerit vel publicaverit testamentum, cum interim dum scriberetur mors obvenit testatrici, hoc non infringit testamentum perfectum, quia licèt non fuit publicatum, ex quo obierit testator, probabitur per testes, qui illi fuerunt adhibiti, non autem per illam scripturam imperfectam, vt ex textus *in d. l. Lucius.* Ludovicus Morotius *responso* 34. *num.* 27. vbi non esse bonam consequentiam, inquit, testator ad testamentum scribendum notarium vocavit, ergo de necessitate ita scriptum exigit, vt aliter noluerit testari; quod ante eum dixit Covarrubias *in c. relatum* el 1, *de testament. num.* 11. *in tertia conclusione vers. nec oberit.* Iacobus Cancerius *lib.* 1. *var. cap.* 4. *in* 2. *impress. ex nu.* 95. *vsque ad* 98. vbi dicit iudicatum pro hac opinione, & alij relati infra *cap. seq. num.* 20. & supra *cap. anteced. n.* 15. vbi pro hac opinione retuli Antonium Fabrum. D. Crespi de Valdaura *observat.* 52. *n.* 52. Rubeus, *de testam. cap.* 8. *n.* 32. ibi: *Vnde dum testator simpliciter asserit, vt eius publica voluntate conficiatur per notarium scriptura, alio non addito, censetur illam desiderasse pro maiori probatione, & non pro eius essentia, & forma, seu ad substantiandum ipsum testamentum.*

31 Pro complemento capitis & materiæ animadvertendũ est, testamentum præsumi solemne quando agitur de solemnitatibus, quæ in testamento poterant intervenire tempore condendi; vt benè explicat Menochius *de præ-*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

sumptionib. lib. 4. præs. 9. vnde cum lectio, & publicatio testamenti sit solennitas introducta ad comprobationé testamenti, & vt fraus cesset, quę lectio debet intervenire tempore condendi, si testamentum completum, & absolutum sit, pręsumetur lectum, etiam si non contineat clausulam actum coram me, & testibus, quia necessaria non est ad illius perfectioné, vt ex Corneo probat Menochius *cons. 224. num. 34. vol. 3.* Sed tamen quia de stylo notariorum hæc clausula in omnibus testamenris apponitur, & per illam probatur lectio, & publicatio testamẽti, ea deficiente, si negetur testamentum fuisse lectum, & publicatum, ei qui se fundat in illo incúbere onus probandi dicunt Baldus, Castrensis, Alexander, Iason, Socinus, Decius, Curtius Iunior, Ruinus, Craveta, Covarrubias, & Mantica, quo refert, & sequitur Surdus *cons. 414. nu. 17. & 79.* Matienzus Grasus, Mascardus, Zabarela, quos sequitur referens Castillo, *d. c. 21. n. 89. & li. 5. c. 73.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XV.

DE TESTAMENTO IN SCRIPTIS INVALIDO, an sustineri possit vt nuncupativum; & quid si ob impedimentum superveniens non potuit perfici. Traduntur plures casus, & novè, & utiliter examinatur Disputatio.

SVMMARIVM.

TEstamentum quod non potest sustineri in scriptis, an valeat vt nuncupativum cognoscitur ex distinctione casuum qui â Doctoribus referuntur. 1.

Testator si testari vult in scriptis, & non in alia forma, si testamentum non perficit in scriptis non valet vt nuncupativum. 2.

Testamentum quod non valet in scriptis valet vt nuncupativum si expresserit testator vt valeat omni meliori modo, vel posita sit clausula codicillaris. 3. Et procedit, & si testator non nuncupaverit explicitè nomina hæredum, sed tantũ implicitè. 4.

Iuramentum habet virtutẽ clausulæ omni meliori modo. 5.

Clausula codicillaris adiecta â notario, & â testatore non dicta quid operetur. 6.

Clausula codicillaris in dubio, an censeatur apposita ordine, & voluntate testatoris, vel potius de stylo notariorum. 7. & 8.

Clausulas omnes appositas esse de volũtate testatoris in dubio præsumendum est, maximè si clausula sit ordinaria: Ibidẽ.

Testamentum nullo modo valet quãdo forma illius nec sufficit testamento in scriptis, nec nũcupativo, & è contrario valet vtroque modo quãdo solemnitates testamenti in scriptis, & nuncupativi cõtinet. 9. & 10.

Te-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Testamentum in scriptis quod nõ potest sustineri vt tale, nec vt nuncupativum sustineri posse defendunt multi qui citantur. 11.

Actus qui dependet â voluntate vnius si non valet vt ago, non etiã valet vt valere potest. 12.

L. non codicillum, C. de testamentis traditur. 13.

Ars naturam imitatur. 14.

Testamentum valere vt nuncupativum quando non potest sustineri in scriptis communis est opinio, & tenent relati. 15.

Verisimile non est quod voluerit testator facere inutilem dispositionem. 16.

L. 3. ff. de milit. testam. ponderatur. 17.

Interpretatio fieri debet vt valeat actus, non vt pereat: Ibidem.

Militis privilegium in testamento non procedit in interpretatione ambiguæ voluntatis. 18.

L. 1. tit. 1. part. 6. Põderatur. 19.

Testamentum in scriptis quod nõ potest perfici ob impedimentum, valet vt nuncupativum testibus probata voluntate. 20.

Matienzus notatur. 21.

Argumentis de contrario remissivè respondetur. 22.

Testamentum an valeat quando condidit testator in scriptis, & vocatis septem testibus dixit esse suum testamentum scripturam, quam tradidit notario, & posteâ mortuus est, dubitatur, & vt nuncupativum valere resolvitur. 23.

Nomen hæredis sufficit quod implicitè constet. 24.

Azevedus, & Cancerius notantur. 25.

Identitas scripturæ constare debet vt sustineatur vt nuncupativum testamentum, & quomodo constare dicatur. 26.

Commissionis seu mandati facultas ad testandum testibus probari potest in casu impedimenti. 28.

1 CVm de perfectione voluntatis agatur, venit disputãda cõtroversia præsens, quæ ex voluntate testantis perfecta, sive omnino explicita, & declarata dependet; si enim imperfecta est voluntas, & non constat explicitè de omnibus quæ voluit testator, neutro modo valebit testamentum, nec in scriptis, nec vt nuncupativum; & si perfecta est, non tamen in forma testamenti in scriptis completa, an sustineri valeat vt nuncupativum te-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

testamentum ex eo quod perfecta voluntas sit, quęstio dubia est; cuius integra cognitio dependet ex distinctione, & diversitate casuum, qui ad eius explicationem à Doctoribus traduntur, ex quibus aliqui certi sunt, & ab omnibus vt tales referuntur, aliqui verò dubij, & cõtroversi: & vt solita claritate breviter, & recta methodo tradantur, casus certos in primis tradam, & dubios posteà controvertam.

2 In primis si quis suum testamentum cõdidit in scriptis, & dixit, & protestavit se in scriptis tantum velle testari, & non in alia forma, si testamentum non perfecit in prædicta forma minimè valet, nec in scriptis, nec vt nuncupativum. Ratio est, quia contra testatoris explicitam voluntatem non debet sustineri testamentum, vt alio modo valeat, quam ipse voluerit, *l. verbis civilibus, vbi notant Paul. Alexand. Aretin. & Iason, ff. de vulgar. & pup. substit. leg. quoties, §. si duo, ff. de hæred. instituend. l. penult. ff. de iniusto rupto.* Ita Socinus Senior *cons.* 142. *n.* 3. *lib.* 1. Grammat. *decis.* 62. *num.* 28. Mantica *de coniectur. vltim. voluntat. lib.* 1. *tit.* 7. *num.* 3. Menochius *de præsumptionibus lib.* 4. *præsump.* 2. *num.* 25. Michael Grassus *receptarum sententiarum*, §. *testamentum quæst.* 10. *num.* 2. Menchaca *de succes. creat. lib.* 2. §. 11. *num.* 13. *versic. præterea, & versic. Sic ergo.* Gutierrez *lib.* 3. *practicar. quæst.* 45. *num.* 15. & 16. Tellus Ferdinandez *in leg.* 3. *Tauri.* 5. *part. numer.* 5. Castillo *controversiarum lib.* 4. *cap.* 30. *num.* 21. Nigreir. *de cõfect. testament. lib.* 1. *cap.* 14. *nu.* 42. Et hic est primus casus certus.

3 Secundus certus etiam est, quando testator expressit, vt testamentum valeat omni meliori modo, vel in illo fuit posita clausula codicillaris: nam receptum est, quod si tale testamentum non potuit perfici vt valeret in scriptis, quia in eo deest solemnitas aliqua, valere equidem, & sustineri posse vt nuncupativum, si solemnitatem huiusmodi testamenti habuerit, quia in hoc casu expressa est etiam, & perfectè declarata voluntas testanris, vt valeat vt nuncupativum, & meliori modo testamẽtum. Sic Bartolus *in l. vltim. C. de codicillis*, Immola *in l.* 1. §. *sin-*

au-

autem, *ff. de hæred. instituend.* Romanus *in l. neque professio num.* 13. *C. de testamentis*, Alexander *cons.* 176. *vol.* 5. *num.* 4. Socinus *dict. cons.* 142. *num.* 3. Grammaticus *dict. decis.* 62. *num.* 8. & 19. Gutierrez *dict. q.* 45. *num.* 17. Afflictis *decis.* 144. Iosep. Ludovicus *decis.* 117. *nu.* 6. Antonius Gomez *in l.* 3. *Tauri num.* 73. vbi Tellus Ferdinandez 5. *part. num.* 9. Gregorius Lopez *in l.* 2. *tit.* 1. *part.* 6. Philippus Paschalis *de viribus patriæ potestatis*, *part.* 2. *cap.* 8. *num.* 9. & 10. Cancerius *lib.* 1. *variar. cap.* 4. *num.* 115. Fabius Turretus *de effectibus clausulæ codicillaris*, *quæst.* 126. *effectu* 79. Menochius *d. præs.* 2. *num.* 23. Mantica *d. tit.* 7. *num.* 4. Grassus *d. quæst.* 10. *n.* 5. Menchaca *d.* §. 11. *num.* 11. *vers. aliquãdo.* Aloys. Riecius *in collect. decis. p.* 4. *collect.* 879. *effect.* 3. Barbosa *de clausulis claus.* 52. *num* 19. Marta 1. *part. claus.* 84. *num.* 4. & *claus.* 56. *num.* 8. Bonacina *tom.* 2. *disp.* 3. *quæst.* 17. *punct.* 1. *numer.* 10. *vers. sicut etiam.*

4 Quod extenditur vt habeat locum etiam si testator explicitè non nuncupaverit nomina hæredum coram testibus, sed implicitè, quia coram testibus dixit illud esse suum testamentum. Ita Alexander *numer.* 4. Socinus *num.* 3. & *cons.* 171. *vol.* 2. Mantica *num.* 4. Tellus *n.* 3. quod licèt dubium sit, vt infra traditur in secundo casu dubio, posita tamen clausula codicillari facilè sustinebitur.

5 Extenditur secundo, vt valeat vt nũcupativum prædictum testamentum, si in eo appositum sit iuramentũ; quia habet virtutem clausulæ omni meliori modo. *l. cum pater*, §. *filius matrẽ*, *ff. de legat.* 2. Romanus *in d. l. neque professio num.* 13. *C. de testamentis*, Mantica *vbi supra num.* 4. Antonius Gomez *num.* 74. Gutierrez *de iuramento confirmatorio*, 2. *part. cap.* 2. & *d. quæst.* 45. *num.* 20. & clausulæ codicillaris. Gaillius *lib.* 2. *observat.* 114. *num.* 14.

6 Quæ resolutio limitatur à Parisio *in cõs.* 19. *vol.* 3. Grammatico *d. decis.* 62. *num.* 72. vt non procedat quando prædicta clausula adiecta fuit à notario, à testatore tamen non fuit dicta; nam tunc testamentum si non valet in scriptis, nec valebit vt nũcupativum. Quod an verum sit dependet ex primo casu dubio, de quo statim tractabitur.

Va-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

7 Vnde non levis est inter Doctores controversia, an in dubio clausula codicillaris censeatur apposita ordine, & voluntate testatoris, vel potius de stylo notariorum, vt videri potest penes Rolandū à Valle *cons.61.num.65. lib.2. & cons.7.per totam lib4.* Thesaurum *decis.141. num.3.* Menochium *de præsumptionibus lib.2. præsumpt. 79.num. 4. & cons.37.num.131. lib.1.* Manticam *de coniecturis lib.1. tit.10.* Fabium Turretum *de effect. clauſ. Cod. q. 4. effect.4.* Mascardum *de probationibus concl. 300.nu.1.& 2.* cui dubio semper respondi clausulas omnes appositas esse de voluntate testatoris, nisi contrariū appareat, præsumēdum esse ex Baldo *in l.errorē, C.de testamentis*, Alciat.*de præsumpt.reg. 3.præs.13. num.2.* maximè si clausula sit ordinaria, vt codicillaris, quia iuris præsumptio est velle testatorem apponatur, *l.fin.vbi Glossa, C. de fideiussoribus*, Decius *in l. semper in stipulationibus, ff. de regulis iuris*, Gothofredus *in l. si servus 61.§. locavi lit.A.ff.de* 8 *furtis*, Antonius Gabriel *commun.conclus.lib.5.tit. de consuetudine conclus.3.* Covarrubias *in Rubr.de testam.2. part.n.14.* Lara *in compend.vitæ homin.c. 19.num.28.* D.Fráciscus Merlino *tom.1.controvers. cap.35.n. 5.cum seqq.* Noguerol *allegat. 2.nu.67.* vbi plures refert, Farinacius *cons. 97. num.20. & de falsitate quæst. 156. ex num. 48.* vbi de clausula codicillari loquitur Carrocius *decis. 22.* Riccius *in collect. decis.p.1. collect.59.post med.* Menochius *cons.89. num.50.* Barbosa *de clausulis, clauſ.11.num.2.* Thesaurus *d.decis.141. num.3.* vbi Additio plures pro hac conclusione refert Authoritates.

9 Tertius casus certus etiā, & in quo nullus dubitat, est, quando testator adhibuit formam, quæ nec sufficit testamento in scriptis, nec nuncupativo, quia actum frustratorium fecit, *l. non codicillum, l.hac consultissima in fine princip.C.de testament.l. ad testium, §.fin.ff. eodem*, Afflictis *decis.* 143.*num.6.* Mencha ca *d.§.11. num.11. in medio*, Grassus *vbi supra nu.4.* Menochius *præs.2. num.15.*

10 Quartus casus certus quoque est, quādo adhibuit testator solemnitates tam testaméto nuncupativo quā testaméto in scriptis requisitas: ná sustinetur testamentū secundum vtramque formā, &

& dicitur quædam mixta ſpecies teſtamenti, Menchaca cum multis *num.* 11. Menochius *num.* 14. Graſſus *n.* 3. Gutierrez *d. quæſt.* 45. *num.* 4. Scipion Rendine *Promptuarij recept. ſentent. tom.* 1. *tit. de teſtament. num.* 22.

11 His vt certis conſtitutis primus caſus dubius, & præcipuus eſt, quando teſtator inſcriptis condidit teſtamẽtum, ſed in eo deficit aliqua ſolemnitas, ita vt valere in prædicta forma non poſsit, vtrùm ſcilicèt vt nuncupativum poſsit ſuſtineri. Et ſupponitur in ſcriptis teſtari voluiſſe, vel quia ſic teſtator expreſsit, vel quia ſolemnitates teſtamenti in ſcriptis adiecit. Et in hoc dubio Ioãnes de Blonoſco commemoratus à Cyno *in* §. *per nuncupationem, l. hac conſultiſſima, C. de teſtamentis* tenet, quòd prędictum teſtamentum vt nũcupativum ſuſtineri nõ poſsit, quẽ verè ſecutus eſt Caſtrenſis ibi *in fine, & in l. hæredes palàm num.* 5. *in princip. ff. de teſtamentis.* Alexander *conſ.* 176. *lib.* 5. *num.* 8. *& conſ.* 105. *n.* 5. *lib.* 7. Ruinus *conſ.* 193. *n.* 10. *lib.* 2. Pariſius *conſ.* 46. *vol.* 3. Crotus *in l.* 1. §. *ſi quis ita n.* 34. *de verb. obligat.* Maran. *in conſ.* 112. *num.* 5. Afflictis *deciſ.* 143. *num.* 6. Gregor. Lopez *in l.* 2. *tit.* 1. *part.* 6. Antonius Gom. *in l.* 3. *Tauri num.* 72. Capicius Latro *deciſ* 140. *num.* 19. *lib.* 2. Antonius Perecius *in Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *num.* 19. Andreolo 3. *part. controv.* 346. *nu.* 77. Azevedus *in l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop. ex num.* 46. *& num.* 65.

12 Hæc opinio fundatur in eo, quòd in his quæ pendent à voluntate vnius, ſi non valet vt ago, non etiam valet at valere poteſt, ſicuti ſcribunt Bartolus, & communiter Doctores *in l.* 1. §. *ſi quis ita, ff. de verbor. obligat.* Vnde cum teſtamentum ſit vnius diſpoſitio, ſi non valet vt teſtamentum in ſcriptis, nec vt nuncupativum debet valere.

13 Et *in l. nõ codicillum, C. de teſtamentis*, vbi is, qui hæredis inſtitutionem fecit, præſumitur voluiſſe teſtari, non autem codicillos conſcribere; vnde ſi ob aliquem defectum vt teſtamentum diſpoſitio illa non ſubſiſtat, nec ſuſtinebitur vt codicilli *l. fin.* §. *illud quoque, C. de codicillis*, ibi: Niſi id ille complexus ſit, vt vim etiam codicillorum ſcriptura debeat obtinere.

14 Et quia ars naturam imitatur

tatur *l. adoptio, ff. de adoptionibus*, & ita quemadmodum vna ſpecies animalium in aliam transferri non poteſt, ita nec vna ſpecies, aut forma teſtamenti in alteram.

15 Sed his non obſtantibus contraria opinio, & quod valeat dicto in caſu teſtamẽtum vt nuncupativum, veriſsima eſt, & ſequenda; & tenent Iacobus de Arenis prout cum refert, & ſequitur Cynus *in d. §. per nuncupationem, l. hac conſultiſsima*, vbi etiam Iaſon, & Corneus, Angelus *in l. 1. §. finautem, ff. de hæred. inſtituend.* Bartolus *in l. fin. ff. de iure codicillor.* Socinus Senior *d. conſ. 142. col. 2. lib. 1.* Gozadinus *conſ. 3. num. 11.* Ruinus *conſ. 1. num. 21. lib. 2.* Lana *in conſ. de forma teſtament. nuncupativum numer. 46.* Ludovicus Iuntus *in reſponſo pro vxore numer. 480.* Cephalus *conſ. 99. numer. 7.* Boerius *deciſ. 240. numer. 6.* Grammaticus *deciſ. 62. numer. 25.* Cro-
16 tus *in l. 1. numer. 19. ff. de legatis 1.* Gualdenſis *de arte teſtandi tit. 2. caut. 1. numer. 3.* Brunus *de rebus dubijs in princip. numer. 57.* Guillielmus Benedictus *in cap. Rainutius de teſtamentis verbo teſtamentum. 1. numer 9.* Iulius Clarus, *§. teſtamentum quæſt. 4. numer. 2.* Nigreir. *de confect. teſtam. lib. 1. cap. 14. num. 29.* Gaillius *lib. 2. obſervat. 112. num. 17.* Vincẽt. Fuſarius *conſ. 41. num. 26.* Azeved. ſibi contrarius *in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 65. & 66.* Tellus Ferdinandez *in l. 3. Tauri 5. part. num. 8.* vbi Burgos de Paz *num. 71.* Ayora *de partitionibus. 3. part. quæſt. 24. num. 69.* Menchaca latiſsimè *d. §. 11. per totum maximè num. 11. &* 14. Mantica *vbi ſupra num. 6.* Graſſus *num. 6. & 7.* Menochius *num. 16. cum ſeqq.* Antonius Theſaurus *quæſtionum forenſium lib. 4. quæſt. 28. num. 9.* vbi ex Menchaca, vbi ſupra *num. 16.* hanc opinionem vtiliam, & faveutem teſtamẽto in omni foro ſequendam dicit; quia veriſsimile non eſt; quod voluerit teſtator facere inutilem diſpoſitionem, *l. Titia cum teſtamento, §. 1. & l. Mœvius in princip. ff. de legat. 2. l. penult. §. fin. ff. eod.* be-
17 nè Gutierrez *d. lib. 3. quæſt. 45. num. 2. & 8.* latè Caſtillo *d. lib. 4. cap. 30. per totum.* Matienzus *in l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. gloſ. 10. nu. 4.* Thom. Sanchez *conſ. Moral. lib. 4. c. 1. dub. 10.* Et alteri infra referẽdi, & noviſsimè D. Creſpi de Valdaura *obſerv. 52. n. 37. & 52.* ibi:

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Quando testator totam integram voluntatē suam perfecte explicat, & nihil agendum super esse appareret, quo ad eius voluntatem, si potest pluribus modis testari, vt per nuncupationem, vel iure militari, vel per scripturā, aut in scriptis, etiam si scriptis testari destinavit, dum non exprimit alijs modis testandi vti nolle, vel renuntiare velle, sustinebitur testamentum, etiā quo ad causas prophanas, quocunq; ex alijs modis, quo sustineri posset, sive iure militari, sive per nuncupationem, dummodo testes necessarij ad validitatē illius modi, quo sustineri potest ad fuerint. Rubeus *de testam. cap. 8. num. 32.*

17 Probatur duplici fundamento hæc opinio alijs consulto omissis, quæ referuntur à prędictis Doctoribus. Primo *ex l. 3. ff. de milit. testam.* vbi miles qui destinavit facere testamentum in forma, & cum solemnitate cōmuni, non tamen adhibuit solemnitatem in communi testamentorum forma desideratam, nō inutiliter testatus intelligitur; quinimo valet eius testamentum quasi iure Militari confectum. Ergo etiam si testetur quis in scriptis, si in illa forma testamentum non potest sustineri, sustinebitur vt nuncupativum. Non enim est credendum velle eligere medium per quod iudicium suum subvertatur, & corruat, *l. Lucius, ff. illo tit.* quæ idem probat. Et interpretatio fieri debet, vt valeat actus eo modo quo possit, non vt pareat, *l. quoties 12. ff. de rebus dubijs, l. 1. ff. de eo quod certo loco.* Alciatus *de præsumptionibus regul. 3. præsumpt. 34.* Menochius *lib. 6. præsumpt. 4.* Castillo *tom. 2. cap. 7. numer. 18.* Valenzuela *consil. 32. num. 96.* Vela *lib. 2. diss. 28. numer. 28.*

18 Quod si dicat aliquis textus *in d. l. 3. & in l. Lucius* procedere in milite in quo ius singulare esse videtur: contra nam militis privilegium quantum ad testamentum procedit tantum, cum agitur de potestate testantis, potest enim multa Miles quæ paganus non possunt, sed cum agitur de interpretandis ambiguis incertis præsumptis vè testatorum voluntatibus, aut dispositionibus, tunc milites à paganis non differunt, *l. si Rufinus, l. Captatorias, C. de testam. milit.* vbi Iason, & alij: Ergo sicut in dispositione militis interpretatur vo-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

voluisse condere testamentũ meliori modo quo potuit, & in forma valida; sic in reliquis præsumendum est velle quemlibet testamentum cõficere eo modo vt ad effectũ perducatur, & quod si in scriptis deficiat, sustineri possit, & valeat vt nuncupativum.

19 Probatur secundo ex *l.1. tit.1.part.6.* ibi: *La otra manera es â q̃ dizen en latin testamentũ in scriptis, que quiere tãto dezir, como manda que se haze por escrito, ê non de otra guisa.* Quorum verborum sensus planè est, quod testator, qui in scriptis testari destinavit, & adhibuit solemnitatem minus idoneam ad testamentũ in scriptis conficiendum, sufficientem tamen ad testamentum nuncupativum, nõ inutiliter testabitur, quia non sufficit dixisse, volo in scriptis testari, vt pet tale dictum desinat valere id testamentum, nisi prætereà adiecerit *ê non de otra guisa*, ideſt, & nolo vt in alia forma hæc mea dispositio valeat, quam in forma testamenti in scriptis, vt sic vltra verba dispositiva adijciat clausulam anullativam. Et sic expressim tenuit ipse Gregorius Lopez *in d.l. in glossa, ê non de otra guisa*, licèt in glossa præcedenti contrarium ipse sibi repugnans incontinenti tenuisset.

20 Ex quo evenit, quòd licèt quis in scriptis testari vellit, si tamen ob impedimentum non potuit perficere testamentum, & voluntatem suá testibus declaravit, talis voluntas poterit probari per testes, & sustinebitur dispositio tanquam testamentum nuncupativum. Bartolus *in l. fin. ff. de iure codicillor.* Paulus de Castro *cõs.307. vol.1.* Boerius *decis.240. num.6.* Covarrubias *in cap. relatum de testamentis num.11. vers. tertia conclusio.* Bertazol. *cons. civil.88. lib.1.* Morotius *responso 34. n. 27.* Parladorus *lib.2.c.20. nu. 14. & differ.15. n.11.* Matiẽzus 21 *in l.1. tit.4. lib.5. Recop. glos.7. n.5.* vbi probat, quòd testamẽtum probatur per testes, si scriptura eius non valet, & quod voluntas testantis deficere nõ videtur, si instrumẽtum testamenti solemne non fiat, quia licèt scriptura invalida sit, dispositio probabitur per testes. Ayora *3.p. q. 24.n.69.* Cifuent. *in l.3. Tauri n.19.* Gutierrez *d.q.45. â n.9.* Castil. *lib.4.c.21. n.115.* Marta *de successione legali tom.2.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

part. 4. *q.* 1. *art.* 7. *â n.* 27. Stephanus Gratianus *tom.* 3. *cap.* 550. *num.* 35. *& præcipuè nu.* 41. *& 42.* Thesaur. *li.* 4. *q.* 28. *n.* 1. Simõ de Prætis, Peregrinus, Decianus, & Cancerius relati supra *cap. anteced. nu.* 13. 29. *& 30.* Gaillius, & Antonius Faber, & alij supra *cap.* 13. *nu.* 15. quibus addo Gomecium de Leon Hispalensem Advocatum *in centuria Decisionum resp.* 58. Guzman *verit. iur.* 15. *nu.* 16. vbi refert *l.* 1. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Y que por ante estos solos* (nempe tabelliones) *passen los contractos entre partes, y las obligaciones, y testamentos, y si ante otros passaren, que las tales escrituras no hagan fee, ni prueba, aunque biẽ permitimos, que se puedan probar por otro genero de probança.* Ex qua patet quod anullata scriptura, actus nihilominus valebit, si alio genere probationis, constaret, factum fuisse.

22 Neque cõtra dictam opinionem obstant rationes de contrario, quibus plenè satisfaciunt Menchaca *d. lib.* 2. §. 11. Menochius *d. præs.* 2. *ex n.* 20. vbi solutiones videri possunt: Et hic in materia est primus casus dubius.

23 Secundus casus dubius est, quãdo testator in scriptis condidit testamentum, & vocatis septem testibus dixit: hæc scripta esse suum testamentum, & tradidit notario, & postea à mortuus est. Nam si testes non subscripserunt, vel sigillum nõ apposuerunt, aut deficit alia solemnitas, non valebit vt in scriptis testamentum, nec tanquam nuncupativum; quia nomen hæredis coram testibus non est expressum, iuxta *l. iubemus, C. de testamentis.* Sed communis est opinio, quòd tanquam nuncupativum sustineatur. Ita Bellonus *cõs.* 85. *n.* 11. Parisius *cons.* 19. *n.* 13. *vol.* 3. Grassus, qui benè loquitur, & videndus est omnino, si casus cõtingat de facto, *d. quæst.* 10. *n.* 8. Mascardus *de probationibus conclus.* 1358. *num.* 73. quia sufficit, quòd constet saltem implicitè de nomine hæredis. Ludovic. Lana *cons.* 66. Iulius Clar. *§. testamentum q.* 4. Alexand. Ambrosius *decis. Perusina* 13. *per totã.* Rota *decis.* 173. *p.* 2. *n.* 5. *in novissim.* cũ multis Ferentil. *ad Buratũ decis.* 475. *n.* 21. Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib.* 1. *tit.* 7. *n.* 7. Gutierr. *d. q.* 45. *n.* 22. Azeved. *in l.* 1. *tit.* 4. *li.* 5. *Recop. n.* 66. vbi inquit, quòd si testator coram septem

24

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

tem testibus dixerit hæc scripta esse suam vltimam
25 voluntatem, & testamentum, & quod ita disponebat de bonis suis, vt in ipsis scriptis continebatur, quæ quidem scripta ipsi notario tradidit, testatorque ipse statim, vel paulò post mor tuus fuit; tunc verificato, quod illa erant scripta à testatore, valebũt vt testamẽtũ nuncupativũ; licèt non valerent in vim testamenti in scriptis, quantumvis lecta nõ fuerint scripta illa coram testibus, & tabellione, cum satis constet de perfecta testaroris voluntate. Matienzus *in l. 2. tit. 4. lib. 5. glos. 4. num. 6.* Cancerius *lib. 1. var. cap. 4. nu.* 112. & 115. vbi quod valet testamentum, inquit, quando testator dedit schedulam notario, & rogavit vt levaret testamẽtum dicens, quòd illa schedula erat suum testamentũ, & quod volebat vale re iure testaméti nuncupati.

26 Debet tamen semper cõstare de identitate scripturę, vt quia in iudicio chartá testes recognoscunt, aut quia notarius à tergo scripturæ posuit tempus, & nomina testiũ, & rogitú aut alia similia fecit, per quæ identitas omnino pateat, vt tradunt Bartolus *in l. tabularium, & ibi Glossa. ff. quemadmodum testamenta aperiantur.* Alexand. & alij *in l. publicati, C. de testamẽtis.* Ioannes Dilectus *de arte testandi tit. 2. caut. 1. numer. 3.* Mantica *d. tit. 7. num. 4. in fine.* Iulius Clarus *d. quæst. 4. num.* 3. Et Grassus *vbi supra numer.* 8. Ferentilus *d. numer. 22.* Et ad hos casus si rectè perpendantur, reducuntur omnes ferè à Doctoribus relati.

27 Ex quibus omnibus vt certissimum tenendum est, sustineri posse testamentum vt nuncupativum, quando non potuit perfici in scriptis, vt tenent Doctores supra allegati, probando dispositionem, & testantis volũtatem per testes, cui probationi minimè videtur renunciare testator ex eo, quod cum notario in scriptis cœpit testari, quia non infertur, adhibuit notarium ad testandum: ergo in scriptis, & non in alia forma voluit testari, quia notarius trahitur ad faciliorem probationem non ad substantiá testamenti, nisi quãdo testator testari vult in scriptis, & non in alia forma, vt doctè Covarrubias *in cap. relatum de testamentis*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

*n.*11. & cõtinetur ſupra *c.*13. *&* 14. *ſi tamen teſtator commiſſionem dedit alicui ad teſtandum ſecundum leges* 39. *Tauri, &* 13. *tit.*4. *lib.*5. *recop. in prædicta cõmiſsione ſeu facultate eadem ſolemnitas requiritur, quæ in teſtamẽtis deſideratur: nam ſi commiſsio fit in ſcriptis, requiritur ſolemnitas teſtamenti in ſcriptis, ſi nuncupativi, teſtamenti nuncupativi,* vt exponũt Cifuentes *in d. l.*39. *Taur.* vbi Caſtillo, & Palacios Rubios, Spino *de teſtam. gloſ:*5. *princip. ex nu.*42. Sed ſi ſcriptura mandati propter impedimentum ſuperveniens teſtatori, nõ perficiatur, ſicut diſpoſitio ipſa teſtatoris probabitur per teſtes, ita etiam commiſsio, & facultas poterit probari per teſtes, cum mandatum recè teſtibus probari poteſt, *gloſſa in l. maritus, C. de procuratoribus.* Cancerius *lib.* 2. *variar. cap.* 14. *num.* 191. Cevallos *quæſt.* 400. *num.*7. Gratianus, *cap.* 506. *num.* 45. Noguerol *allegat.*20. *num.*31.

CA:

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XVI.

DE PERFECTIONE, ET IMPERFECTIONE voluntatis testibus probanda ad valorem, vel ad destructionem testamenti, qua probatio requiratur, & quid testes deponere debeant, & an verbis formalibus testatoris debeant concordare, & ex quibus deliberatio animi probetur; & quid de verbis perfunctorijs, iocosis, & adulatorijs.

SVMMARIVM.

Perfectio voluntatis in testamento nuncupativo sine scriptura, vel cum ipsa non tamen completa probatur ex depositione testiũ. 1.

Probandi onus incumbit ei qui dicit testamentum imperfectum. 2.

Probandi onus incumbit dicenti testamentum invalidum. 3.

Præsumptio reijcit probandi onus in adversarium. 4.

Probatio debet esse plena, & cõcludens vt pronuntietur testamentum imperfectum ratione voluntatis, & ex hoc reddatur invalidum. 5.

Testamenti causa favorabilis est, & in dubio pro tistamento iudicandum est. 6.

Probationes efficaciores adferre debet, qui præsumptionem habet in contrarium. 7.

Animus deliberatus testandi constaret debet vt valeat testamentum. 8.

Deliberatio animi requiritur in omni testamento etiam privilegiato. 9.

Animus deliberatus testandi probatur ex actibus extrinsecis, qui iudicis arbitrio relinquuntur. 10.

Deliberatio animi testatoris probatur ex vocatione notarij, & testium. 11.

Ro-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Rogatio teſtium indicat animum deliberatum ad actum faciendum.12.

Declaratio teſtatoris dicentis ſe velle teſtari, indicat deliberationem animi.13.

Verba adulatoria perfunctoria, & iocoſa non diſponunt, nec ex eis reſultat obligatio.14.

Quintiliani ſententia de verbis adulatorijs traditur.15.

Fratris nominatione fraternitas non probatur.16.

L. Divi.4.C. locati notatur.17.

Deliberatio dignoſcitur ex circunſtantijs quæ remiſsivè referuntur.18.

Teſtamentum fit verbis de præſenti, non de futuro.19.

Verbum diſponere propriè pertinet ad vltimam voluntatem.20.

Teſtamentum vt probetur ex depoſitionibus teſtium, & perfectum dicatur ratione voluntatis, quæ ſint articulanda, & probanda.21.

Teſtamẽtum vt probetur imperfectum ratione voluntatis, quæ ſint articulanda.22.

Verba prius prolata probant qualis fuerit intentio diſponendi.23.

Præfatione mens diſponentis declaratur.24.

Tractatus præcedentes ipſi actui teſtandi non concludunt imperfectam voluntatem.25.

Tractantur multa quæ poſtea nõ fiunt.26.

Probatio imperfectionis voluntatis debet concludere perneceſsè de ipſo actu teſtandi.27.

Teſtes an debeant eſſe concordes non ſolum in ſubſtantia facti, ſed etiam in verbis formalibus teſtatoris, diſputatur pro vtraque parte, & diſtinctione reſpondetur.28 & 30.

Teſtes omnes deponere debent de tota diſpoſitione teſtatoris nec ſufficit partem recitare.29.

Teſtes inducti ad probandum determinata verba teſtatoris, nõ ſolum in ſubſtantia facti, ſed in verbis formalibus debent concordare, ſecus quando ad probandam ſubſtantiam facti, & non formalitatem inducti ſunt.31.

Diſcordia inter teſtes minima non nocet.32.

Probatio teſtamenti membratim fieri valet in caſu neceſsitatis, & in teſtamentis privilegiatis.33.

1 DIctum eſt ſupra *cap. 9.num.3.& 5.* quod teſtamentum in dubio præſumitur ratione volũtatis perfectum, & quod hæc præſumptio coadiuvari poteſt coniecturis, quæ dicto

in

in capite referuntur, quæ equidem præcipuè procedũt quando de testamento facta est scriptura, & cognitio perfectionis, vel imperfectionis illius dependet ex clausulis, & tenore testamenti, vt ex *num.29. cum sequentibus* videtur. Sed si testamentum sit nuncupativum sine scriptura, vel cum ipsa non tamen completa aut consummata, hoc in casu ad testes decurrendũ est, qui dicere debent, an testator habuisset, vel non dispositionẽ suam vt perfectam; vt benè Tellus Ferdinandez *in l.3. Tauri 2.part. nu.* 19. vbi inquit, quòd cautus sit iudex in eorum examine, & advocatus in confectione articulorum, nam punctus difficilis est, vt constat ex infra referẽdis. Burgos de Paz *in l.3. Tauri 2.part.num.19.* Simon de Prætis *de interpretat. vltimar.volunt.lib.1.interpret.1. dubitat.3.solut.5.ex n.35.* Mascardus *de probationibus tom.3. conclus.1358. num.* 83. Ruinus *cons.12.num.15.vol.2.* Castillo *lib.4.controvers.cap.21.num.58. & 66.* laudans Tellum alijs non relatis Capicius Latro *decis.140.num.16. lib.2.* Guzman *verit.iur.15.num.19.*

2 Et vt plenius tradatur in primis constituendum est, certissimum esse, ei qui dicit testamentum imperfectum, incumbere onus probandi, duplici ratione: prima, quia dicenti testamentum invalidum regulariter onus pobãdi incumbit. Glossa, & communiter scribentes *in l. si post divisionem, C. de iuris, & facti ignorantia*, Mantica *de coniectur. vltim.volunt.lib.2.tit.9. num.1.* Mascardus *conclus.1359.nu.1.*

3 Capicius Galeota *controvers. lib.2. controvers.60. num.1.* Et qui testamẽtum imperfectũ dicit, invalidum dicit: secunda, quia cum præsumatur testamentum perfectum præsumptio reijcit probandi onus in adversarium, *l. generaliter, §. si prætium in fine, ff. de fideicom.libert.l.nuptura in fine, ff. de iure dotium, l. fin. ff. quod metus causa*, Mascardus *concl.* 1237. Velasc. *Axiomat.iur. lit.*

4 *P. num.* 145. sic Menochius *cons.224.num.17.vol.3.* Et hoc tantum procedit in testamẽto iam condito, quod agitur impugnandum.

5 Secundo etiam considerandum est testamentum vt declaretur imperfectum ratione voluntatis, & consequenter iuvalidum, probationem debere existere omni-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nino plenam, & quæ concludat per neeesse; vt ex Ruino *conſ.* 15. *num.* 19. *lib.* 1. tenet
6 Stephan. Gratianus *diſceptat. forenſ. tom.* 3. *cap.* 550. *num.* 53. Alexand. *conſ.* 109. *lib.* 7. *in fin.* Rota *deciſ.* 172. *numer.* 16. & 6. *part.* 2. Hondedeus *conſ.* 77. *li.* 1. *n.* 11. Guz. *verit. iur.* 15. *n.* 23 quia teſtamenti cauſa favorabilis eſt, & in dubio pro teſtamento iudicandum eſt, *l. ſi pars* 10. *ff. de inofficioſ. teſtam.* latè Caſtillo *lib.* 4. *cap.* 29. *per totum*, Tiraquellus *de privileg. piæ cauſæ privil.* 12. Nevizanus
7 *conſ.* 26. *num.* 7. & 8 & etiam quia maiori onore probationis gravatur, & efficatiores probationes adferre debet, qui præſumptionem habet in cõtrarium. Gloſſa, & Doctores *in l. tranſactione*, *C. de tranſact.* Pariſius *conſ.* 135. *num.* 12. *lib.* 2. Cephalus *conſ.* 138. *n.* 18. *lib.* 1. Surdus *conſ.* 414. *nu.* 40. Menochius *d. conſ.* 224. *n.* 18. qui in proprijs terminis loquitur.

8 His ſic conſtitutis ad rem aggrediendo, vel intẽdimus perfectam fuiſſe voluntatem teſtantis, vel imperfectam: ſi primum teſtes qui teſtantis voluntatem audierunt, & intellexerunt, ante omnia deponere debent de voluntate teſtantis deliberata: in primis enim conſtare debet teſtatorem habuiſſe animum deliberatum teſtandi, & diſponendi, *l. Pamphilo*, §. *propoſitum*, *ff. de legat.* 3. quamvis nimis privilegiatus teſtator ſit, vt miles, in cuius teſtamẽto nulla ſolemnitas requiritur, *l.* 1. & 2. *ff. de milit. te-*
9 *ſtam.* Requiritur tamen quod conſtet de animo diſponẽdi, *l. Divus Traianus*, *ff. de milit. teſtam.* §. *planè inſtit. eod. d.* §. *propoſitum*, Gregorius Lopez *in l.* 1. *tit.* 1. *verbo que ſean llamados part.* 6. Matienzus *in l.* 1. *gloſ.* 8 *num.* 8. *tit.* 4. *lib.* 5. Recop. Iacobus Cãcerius, *lib.* 1. *variar. cap.* 4. *num.* 71. *cum ſeqq.* In omnibus enim teſtamentis animus teſtandi deliberatus re-
10 quiritur. Hieronymus Laurentius *deciſ.* 71. D. Franciſc. Hieronym. Leo *deciſ. Valent.* 40. *lib.* 3. qui animus non probatur ex eo, quod teſtes dixerint, quod habuit teſtator animum teſtandi, niſi reddat ratiõnẽ, quæ reſultet ex verbis teſtatoris, vel alijs ſignis, & actibus extrinſecis, quę iudicis arbitrio relinquuntur. Menochius *de præſumptionib. lib.* 4. *præſ.* 8. *num.* 37. & *de Arbitrarijs caſu* 496. *num.* 42.

11 Certæ tamen coniecturæ nullæ

nullæ regulariter dari, sive assignari possunt, nisi quod testator ad id vocaverit testes, aut notarium, §. 1. *instit. de milit. testam. l. Divus, ff. eodem, l. iubemus, C. ne testamentis.* Rogatio enim testium indicat animum deliberatum ad actum faciendum. Corneus
12 *cons. 7. col. 2. vol. 4.* Seraphinus *de privilegijs iuramenti privil. 1. num. 60.* vel quod coram testibus declaraverit se velle testari, animi enim deliberatio ex tali declaratione, & voluntatis expressione optimè probatur
13 *d. l. Pamphilo, §. propositum.* Bartolus *in l. gerit num. 13. ff. de acquir. hæredit.* Menochius, *d. casu 496. num. 34. cum seqq.* Cancerius *d. cap. 4. num. 75.* Marta *de successione legali tomo 2. part. 4. quæst. 1. artic. 7. num. 46.* Maynardus *decis. 15. num. 16. lib. 5.* Rota *decis. 581. part. 1.* Trentacinquius *cons. 13. num. 7.* Surdus *cōs. 258. num. 12. & 13.*

14 Vnde infertur verba testatoris minimè attendenda esse, cum iocosè, adulatoriè, vel perfunctoriè dicūtur; vt eleganter Florentinus *in d. l. Divus Traianus* proponit, & videndus Socinus Iunior *cons. 179. num. 44. cum seqq. lib. 2.* qui consulvit in facto eius, qui sermocinando casu dixit velle, Franciscum esse suum hæredem: quæ verba quia perfunctoriè, & iocosè dicta fuerunt ex defectu deliberationis animi nullius momēti fuerunt. Et ita vulgare est axioma, quòd verba generalia, adulatoria, & complacētiæ causa prolata dispositionem, aut obligationem minimè inducunt. Bartolus per textum ibi *in l. generali, ff. de vsufructu legato, l. Aquilius Regulus, l. Lucius Titius, ff. de donat.* Iason *in l. ex his verbis nu. fin. C. de testam. milit.* Franciscus Marcus *decis. 543.* Ioseph. de Rusticis *in l. cum avus lib. 1. cap. 7. numer. 23. & 26. ff. de condit. & demonstrat.* Castillo *lib. 4. cap. 40. num. 16.* vbi plures refert. Alexander Raudēsis, *de Analogijs lib. 1. cap. 22. n. 1.* D. Iosephus Vela *dissert. 12. num. 62.* Et de literis officiosis, aut complacentiæ causa prolatis nullam inducere obligationem, ex *cap. cum veniissent de institutionib.* tenent communiter Doctores, Abbas, *ibi num. 5.* Peregrinus *cons. 94. num. 5. in 1. vol.* Laderchius Immola *cons. 101.* Carrocius *decis. 46. num. 20.* Vivius *opin. 668. num. 1.* Menochius *de Arbitrarijs lib. 2. cent. 1. casu 88. num.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

*nu.*16. Nicol. Genua *de ſcript. privat. lib.*3. *c.*49. *& in addit. ad lib.*3. §. *de literis officioſis ſeu reverentialibus pag.*52. ratio huius eſt, quia in his caſibus nec animi deliberatione conſenſus, aut voluntas datur; vt ſi quis per iocumquid pollicitus fuerit, nam ex defectu animi non oritur obligatio, *l. obligationum ſubſtantia §. fin. ff. de actionib. & oblig.*

15 Parladorus *lib.*2. *rer. quot. cap.* 3. *num.*40. plurima enim adulationis cauſa dicunt homines, quæ non ſunt ita vt ſonant: ſic quoties blandiri alicui volumus fratrem appel-

16 lámus, vt Quintilianus inquit *declamat.*321. & ex tali nominatione fraternitas nullo modo probatur, *l. nemo*, §. *qui frater, ff. de hæredib. inſtit.* Stephanus Gratianus *diſceptat. forenſ. cap.*135. *nu.*41. Maſcardus *de probat. concluſ.*411.

17 *num.*5. Caſtillo *lib.* 6. *controv. cap.* 123. *num.*5. Sic quoque Imperator Alexander patrē nominavit Vlpianum *in l. Divi.* 4. *C. locati*, & multi in vita hęredes inſtituere promittunt aliquos, quibus in morte nec minimam rem legarunt. Et ita verba, quæ per iactantiam dicuntur, & maximè quæ referuntur in tempus futurum minimè probāt; vt textus eſt *in l. fin. ff. de hæred. inſtituend.* quia in illis nec animi deliberatio, nec ſimplex voluntas datur. Socinus Senior *conſ.* 86. *num.*4. *lib.*3. Menochius *vbi ſupra nu.* 50. Nœvius *in ſiſtema ad d. l. fin. num.*1. Mantica *de cōiectur. vltim. volunt. lib.*4. *tit.*4. *num.*1. 2. *&* 3. Nigreir. *de confect. teſtam. lib.*1. *cap.*8. *nu.*2. ad cog-

18 noſcendam autem deliberationem conſideranda omnino ſunt conditio perſonæ loquentis, locus, tempas, ipſe loquendi modus, & apud quas perſonas quis loqueretur, vt doctè ſatis, & acutè exponit Menochius *d. caſu* 496. *ex num.*43.

19 Secundo vt perfecta probetur voluntas teſtantis, debent teſtes deponere de actu teſtandi; nempè quod teſtator in effectu teſtatus fuit verbis de præſenti, non de futuro, *d. l. final, ff. de hæred. inſtituend.* ibi: *Eius bona, qui ſe Imperatorem futurum hæredem iactaverit, â fiſco occupari non poſſunt*, vbi notandum eſt, verba fuiſſe iactatoria, & futuri tēporis, & ideò ex eis non probari inſtitutionem. Antonius Gomez *in l.*3. *Tauri num.*115. *&* 116. Azevedns *in l.*1. *tit.*4. *lib.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

lib.5.Recop.num.79.& 80. Capicius Latro *decis.* 140. *lib.2. num.13.* vbi quod articulari, & probari debet, quod in effectu testatus fuit Rota *novissim.decis.173. nu.6.* Guzmã *verit.iur.15. num.19.* Marta *de succeſſ.legali part.4. q.7. art.1. num.12.* vbi quod imperfecta erit voluntas, ſi ſchedula patris ſcripta ſit per verba futuri temporis. Et quod in effectu teſtatus fuit rectè probabitur, ſi concludant teſtes dixiſſe teſtatorẽ ſe velle teſtari, & quod ſic de ſubſtãtia vel patrimonio diſponebat, & diſpoſuit; quia verbũ volo probat diſpoſitionem ex referendis infra *cap. ſequent.* Et quia verbum diſponere propriè pertinet ad vltimam volũtatem, §. *fin. Inſtit. quib.ex cauſis manumit, non lic. Authent. de nuptijs*, §. *diſponat. collat.* 4. Mantica *de coniect. lib.1.tit.3. num.9.* Afflictis *deciſ.* 370. Franchis *deciſ.* 607. Rota *deciſ.829.num.1.in noviſſim.*

20

21 Tertio denique vt voluntas perfecta concludatur articulari debet, quod teſtator in ipſo actu teſtandi dixit, & diſpoſuit omnia, quæ ipſe voluit pro tunc nihil aliud dicturus, nam in hoc conſiſtit perfectio voluntatis. Et ſic teſtes, cum ex illorum dictis publicari debeat teſtamentum, tres articulos deponere debent: primum, quòd teſtator habuit animum deliberatum teſtandi, quia ita declaravit, & ad hoc teſtes vocavit; ſecũdum, quòd in effectu fuit teſtatus per verba apta de præſenti; tertiũ, quod in actu teſtãdi expreſsit omnia quæ voluit, nulla alia pro tunc dicturus. Et his probatis rectè teſtamentum poterit publicari. Et dicta procedunt, ſi teſtator nuncupativè teſtatus fuit ſine ſcriptura, ſi tamen cum illa deceſsit, ſed non eſt perfecta, & ſolemnis propter impedimentum, articulari debet, quod teſtator dixit omnia, quæ voluit, ſed non perfecit in forma requiſita teſtamentum, quia non potuit propter impedimentum, quod illi ſupervenit.

22 Si tamen imperfectam fuiſſe teſtantis voluntatum quis intendat probare ex hoc capite, quod non expreſsit, & dixit teſtator quæcumquè voluit in teſtamento: teſtes dicere debẽt, & cõcludere, quod voluit teſtator in actu teſtãdi aliquid de novo dicere, quod ob

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

impedimẽtum ſuperveniens non dixit, & exprefsit. Et animadverto hunc ſolum articulum concludendum eſſe, quia tantum imperfectionẽ, quæ provenit ex hoc capite deſcribo. Scio etenim imperfectam eſſe voluntatem imò voluntatem non eſſe, ſi teſtator coactus fuit ad teſtãdũ, aut iocoſsè locutus fuit, aut verba diſpoſitiva nõ prorumpit; ſed hic tantum nobis attinet articulum prædictũ 24
diſputare, in quo non eſt neceſſe altera articulare, & probare ad differentiam primi caſus iam traditi, quãdo ſcilicèt voluntatem perfectam intendit quis probare, & teſtamentum per teſtium depoſitiones condere, & publicare, quia ibi ad valorem diſpoſitionis animus, effectus, & perfectio articulanda, & probanda ſunt, cum omnia deficiant, & minimè conſtét, quando ſcriptura confecta non fuit; hic autẽ ad deſtructionem teſtamenti ex hoc 35
capite alia articulare ocioſum foret.

23 Sed magis ad punctum, & rem deveniendo poterit dici teſtes concludere imperfectã voluntatem ſi dixerint, quòd teſtator antequam inçœpiſſet teſtamentum explicavit, quæ volebat agere, & poſteà ob impedimentum omnia quæ dixerat non egit; quia verba prius prolata probant qualis fuerit intentio diſponendi, *l. Labeo, §. idem Tubero, ff. de ſupel. leg.* & ex verbis prolatis arguitur animus diſponendi, *l. Fulcinius, §. quid ſi latitare, ff. de doli exception.* & ex præcedentibus cognoſcitur animus reſpectu ſubſequentium. *Gloſſ. 2. in l. apud Iulianũ in princip. ff. de doli except.* Baldus *in l. cum proponas nu. 2. in fine, C. de bonis authorit. iudic. poſſid.* maximè ſi in præfatione dictum ſit, quia mens diſponentis declaratur ex præfatione, *l. cũ pater, §. dulciſsimis, & ibi Gloſſ ff. de legatis 2. l. itẽ quia, §. fin. ff. de pactis.* Bartolus & ceteri *in l. fin. ff. de hæred. inſtituend.* Marta *de ſucceſſ. legal. tom. 2. part. 4. quæſt. 1. art. 7. nu. 6.* latiſsimè Caſtillo *lib. 4. cap. 47. per totum, maximè ex n. 182. cum ſeqq.*

Verum his non obſtantibus non erit tunc imperfecta voluntas, ſed tantum eo in caſu quo probetur in ipſo actũ teſtandi velle teſtatorem alia exprimere, & non potuiſſe; nam probatio imperfectionis con-

concludere debet perneceſsè. Nec ſufficiunt tractatus præcedentes ipſi actuit teſtandi, quia multoties teſtátes non retinent voluntatem, quam explicarunt in tractatu. Cephalus *conſ.* 294. *nu.* 39. Menochius *conſ.* 96. *num.* 97. *lib.* 1. Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 74. *fol.* 120. *col.* 2. *& lib.* 4. *cap.* 21. *num.* 73. *cum ſeq.* vbi citat Alexandrum, Decium, Baldum, & 26 Prætis, Gratianus *cap.* 550. *n.* 49. Ruinus *conſ.* 15. *nu.* 19 *lib.* 2. eſt trita regula, quod multa tractantur, & dicũtur, quæ poſteà non fiunt, *l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. t. l. ſciendum, §. dictum, ff. de ædilitio edicto, l. eleganter in princip. ff. de condit. indebiti. l. ſi ex cauſa, §. nunc videndum. ff. de minoribus.* Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri* 1. *part. nu.* 224. Menochius *de Arbitrarijs lib.* 2. *caſu* 470. Magdalenus *de numero teſtium part.* 2. *cap.* 5. *num.* 13. Maſcardus *concluſ.* 617. Noguerol *allegat.* 226. *num.* 68. D. Ioſephus Vela *lib.* 1. *diſſert.* 12. *nu.* 62. in terminis quæſtionis vltra Burgenſem Capicius Latro *deciſ.* 140. *num.* 5. *lib.* 2. quinimo nec ſufficit probare, quòd in principio condendi teſtamẽtum teſtator dixerit ſe velle aliquid facere, quod poſteà non legatur in teſtamento; quia potuit dum conderet teſtamentum mutare voluntatem, *l. ſi teſtamentum. C. de inſtit. & ſubſtit.* Craveta *conſ.* 147. *nu.* 6. Petrus Surdus *conſ.* 258. *num.* 19. Menochius *conſ.* 224. *num.* 20. Curtius Iunior 27 *conſ.* 12. *num.* 2. *lib.* 1. Gratianus *vbi ſupra num.* 50. *cum ſeq.* 4. *vbi n.* 54 inquit, quod non ſufficit probare, quod teſtator volebat aliud dicere, ſed probari debet, quod aliud volebat addere teſtamento; cum poſſet velle dicere aliquid diverſum à materia teſtamẽti, & probatio debeat cõcludere perneceſſe. Vnde ſi teſtator reſervavit aliquid dicendum in teſtamento, non eſt imperfecta diſpoſitio, ex traditis ſupra *cap.* 9. *nu.* 7. ſed tantũ in caſu quo probetur voluntatem continuandi eodem tempore, & actu; quod equidem probabitur, ſi teſtes dixerint cœpiſſe teſtatorem condere teſtamentum, & dũ aliqua diſpoſuiſſet, cum ad altera verſaretur, nõ potuiſſe ob impedimentum: vt ſi plerè non nominavit hæredes, quia inquit, volo quod ſint mei hæredes, & obmutuerit; vel vnius tantum nomem expreſsit, cum plures

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

optasset haeredes instituere; vel si clausulam aliquam non perfecerit; vel incœperit aliam his verbis *item volo*; vel aliqua cum disponeret non declaravit in totum, ita vt non perficeret orationem, & his similia, quæ iudicis arbitrio relinquuntur.

28 An testes debeant esse cõcordes, non solum in substãtia facti, sed etiam in formalibus verbis testatoris disputant aliquid; & quod concordare debeant in verbis etiã, arguitur ex eo, quia varietas arguit testes non fuisse præsentes omnibus, quæ testator dixit; & etiam quia testes debent omnes deponere de tota dispositione testatoris, nec sufficit eos tantummodo partem recitare. Alexander *cons.* 177. *vol.* 2. D. Franciscus Hieronymus Leo *de-*

29 *cis. Valent.* 40. *lib.* 3. *num.* 94. *cum sequentibus.* Et non probatur tenor testamenti per testes, quorum vnus deponit plus altero, vt vnus de vna parte testamenti, & alter de altera. Baldus *in l. cum antiquitas num.* 3. *C. de testamentis*, Ruinus *cons.* 14. *num.* 2. *vol.* 2. Grassus *receptar. sentent.* §. *testamentum quæst.* 59. *num.* 2. qui resolvunt, quod si vnus testis dicat plus vel minus nõ probatur testamentum etiam in eo, in quo omnes testes sunt concordes. Et ita omnino concordes debere esse, non solum in substãtia, sed etiam in formalibus verbis testatoris, & in corticè verborum tenent Antonius Faber *in suo codice lib.* 6. *tit.* 20. *defs.* 15. *&* *lib.* 6. *tit.* 2. *defs.* 2. *&* *lib.* 5. *tit.* 6. *defs* 8. Antonius Gomez *in* *l.* 3. *Tauri num.* 49. *&* 50. Capra *cons.* 75. *num.* 18. Ioseph. Ludovicus *decis. Lucens.* 53. *num.* 27. Farinacius *quæst.* 64. *num.* 67 Decius, Hondedeus, Franciscus Marcus, Antonius de Butrio, Abbas, Tepatus, & Ioannes Franciscus de Põte relati per Cancerium *lib.* 1. *var. cap.* 4. *num.* 85. Fontanella *decis.* 578. *nu.* 12. Andreolo novissimè, 5. *p. controv.* 346. *n.* 15.

30 Contrarium tamen, & quod sufficiat, quod testes sint concordes in substantia facti tenent Riminaldus Senior *cons.* 549. *vol.* 3. Corneus *cons.* 77. *nu.* 6. *vol.* 4. Flores de Mena *var. q.* 1. *n.* 57. Ciriacus *controv.* 407. *nu.* 155. *&* 219. & probatur ex eo, quod testes quiper eundé, & præmeditatũ sermoné dicunt, suspecti sunt de fide, Argum. *l.* 3. §. 1. *ff. de testibus.*

Sed

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

31 Sed veritas eſt, quòd vbi teſtes inducuntur ad probá-dum, quod teſtator dixerat talia verba determinata, debent concordare in ſubſtantia, & in verbis formalibus. Sic Stephanus Bertrandus *conſ.* 112. *vol.* 1. *num.* 11. Hondedeus *conſ.* 16. *numer.* 26. *lib.* 2. Maſcardus *de probationibus concl.* 1381. *numer.* 9. vbi verò pars non formalitatem verborum, ſed ſubſtantiam facti attendiſſet, ſufficit, quod teſtes concordent in ſubſtantia licèt in verbis diſcrepent; quod cenſuiſſe viſus eſt Farinacius *d. quæſt.* 64. *num.* 68. & 69. Riminaldus *conſ.* 549. *vol.* 2. Bertrandus *d. conſ.* 112. *nu.* 13. *vol.* 1. Corneus *conſ.* 77. *num.* 6. *vol.* 4. Magonius *deciſ. Lucenſ.* 32. *nu.* 48. Hieronym. Gabriel *conſ.* 42. *num.* 3. Ioan. Franciſcus de Ponte *conſ.* 39. Ciriacus *vbi ſupra.* Guzman 32 *verit. iur.* 15. *num.* 36. & 37. Cãcerius *vbi ſupra nu.* 89. vbi *nu.* 90. addit, quòd vbi diſcordia inter teſtes eſſet minima neutro caſu noceret, vt per Iaſonem *in l.* 2. *num.* 17. *C. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Felinum *in cap. cum tu de teſtib.* Grammaticum *conſ. civil* 50. *num.* 30.

33 Vltra quod in caſu neceſſitatis, & in teſtamentis privilegiatis, in quibus ſuppletur ſolemnitas, probatio membratim fieri poteſt, vt in actibus inter vivos, & ita validum erit teſtamentum, quamvis teſtes vni deponant de vna parte illius, & alteri de altera. Menchaca *de ſucceſſion. creat. lib.* 3. §. 24. *num.* 85.

***

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XVII.

AN QVIBVSCVMQVE VERBIS CONDI posſit teſtamentum; & vtium verbum volo in vltimis voluntatibus inducat diſpoſitionem; & quid de verbis enunciativis: & an hæredis inſtitutio non ſolum verbis expreſsis, ſed & coniecturis, & præſumptionibus poſsit induci. & quibus verbis hæredis inſtitutio poſsit deſignari ad legem 6. tit. 3. part. 6.

SVMMARIVM.

TEſtantes non omnes ſciunt propriè loqui. 1.

Inſtitutio hæredis quibuſcumque verbis fieri poteſt. 2.

Verbum volo an in vltimis voluntatibus inducat diſpoſitionem. 3.

Verbum volo importat deſiderium. 4.

Verbum volo favore piæ cauſæ inducit diſpoſitionem. 5.

L. Pamphilo, §. propoſitum, ff. de legatis. 3. & 6.

Actus ſi expedibilis eſt ſola voluntate verbum volo inducit diſpoſitionem. 7.

Elegiſſe rem dicitur, qui affirmat velle illam. 8.

Adiviſſe hæreditatem dicitur qui dicit volo eſſe hæres. 9.

Fideicommiſſum conſtitutum dicitur ex eo quod quis dicat volo bona mea maneant in familia. 10.

Teſtari dicitur qui affirmat velle ſchedulam eſſe ſuum teſtamentum. 11.

Legatum reſultat ex eo, quod dicat teſtator ſe velle hæredem centum dare Caio. 12.

Verbum volo importat deſiderium quando vltra voluntatem requiritur factum. 13.

Ver-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Verbum volo iunctum cum infinitivo an inducat dispositionem.14.

L.6.tit.3.part.6.notatur.15.

Verba enuntiativa non disponunt nec in legatis.16. & 17. Et quid favore piæ causæ, & quando sunt geminata, & in antiquis.18.& 19.

Institutio hæredis coniecturis, & præsumptionibus potest induci.20.

Voluntas testatoris apparere debet ex coniecturis vt institutio colligatur.21.

Manifestum dicitur quod præsumptionibus constat.22.

Coniectura vestigium est veritatis.23.

Institutio tacita colligitur ex cõsequentia, seu antecedentia verborum, quæ in testamento scripta continentur.24.

§.in primis Instit. de fideicommiss.hæredit.traditur.25.

Gravare non possum quem non honoro.26.

L.cum in testamento,§. hæc verba, ff.de hæred. instit. traditur.27.

L.3.C. de inofficioso testamento.28.

L.fin.de hæred. instit.29.

Nomen hæredis signo certo potest demonstrari.30.

Ex verbis facio te dominum institutio rectè colligitur.31.

Ex verbis volo bona mea esse talis colligitur institutio.32.

Verbum relinquo adiunctum vniversitati bonorum importat institutionem.33.

Monasterium institutum intelligitur si quis de bonis suis mandaverit fieri Monasterium.34.

Hæreditas relicta Ecclesiæ construendæ non est conditionalis sed pura.35.

L. 6. tit. 3. part. 6. describitur.36.

1 CVM materiam perfectionis, & imperfectionis voluntatis scribamus, cuius cognitio in casu quo testamentum scriptum non sit, ex testium depositionibus dependet; succedit nunc recto ordine describere, quibus verbis testari quis dicatur, & maximè hæredem instituere: quia cum non omnes testantes sciant omnino propriè loqui, *l. non aliter 69.§.1.de legatis 3.l. quoties, C.familiæ erciscundæ.* Marzarius *cons.1. num.7.* Larrea *decis.70.num.5.* Peralta *in Rubric.ff.de hæred instituend. num.153.* vbi quod non omnis testator scit dicere hæredem instituo, sic nec testes sæpè intelligunt, & clarè percipiũt obscura verba testãtis: vnde

eve-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

evenire poteſt, quod teſtatoris voluntas fuiſſet perfecta, & teſtes, qui præſentes fuerunt, imperfectam ex modo dicendi iudicent, quæ vt obientur, & integrè materia noſtra perfectionis voluntatis tradatur, quæ ex huiuſce rei cognitione omnino dependet; vltra tradita ſupra capite antecedenti animadvertendum hoc in capite venit: hæredis inſtitutionem hodie quibuſcumque verbis
2 fieri poſſe, licèt olim de iure antiquo Romanorũ aliquæ in hoc fuiſſent ſolemnitates, *l. quoniam indignum, C. de teſtamentis*, vbi communiter Doctores, *l. ſi ita ſcriptum* 47. §. 1 *l. his verbis* 48. *ff. de hæredibus inſtituendis*. Romanus *conſ.* 17. *num.* 9. Socinus Senior *conſ.* 53. *num.* 13. *vol.* 1. latè Peralta *in Rubr. ff. de hæred. inſtituend. ex num.* 153. *cum alijs*, Mantica *de coniectur. vltimar. volunt. lib.* 4. *tit.* 3. *num.* 1. Michael Graſus *receptar. ſentent.* §. *inſtitutio q.* 14. *num.* 1. exornat Carrança *de partu cap.* 2. §. 1. *illat.* 13. *ſect.* 4. *â num.* 284. *cum multis ſequẽtibus*. Carpio *de executorib. & commiſſar. teſtam. lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 50.

3 Sed cum verba debeant eſſe apta, & non dubia ad teſtamenti factionem; & ſemper teſtatores tempore condendi teſtamenta dicant ſe velle teſtari, & diſponere de ſua ſubſtãtia, & patrimonio: in primis videndum eſt, vtrũ verbum *volo* in vltimis voluntatibus inducat diſpoſitionem, quæ controverſia licèt à multis paſsim tacta ſit, perfectè tamẽ à nemine quẽ viderim ventilata, niſi à doctiſsimo Menochio *de Arbitrarijs lib.* 2. *cent.* 5. *caſu* 496. qui meritò in hoc commendatur à Carpio *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 27.

4 Et partem negativam tenent Pariſius, Angelus, & Immol. *in l. ſervi electione, ff. de legatis* 1. Socinus Iunior *conſ.* 179. *lib.* 2. Corneus *conſ.* 149. *viſis non nullis vol.* 2. Paulus de Caſtro *conſ.* 137. *in cauſa quæ vertitur Pergami lib.* 2. Decius *conſ.* 158. Craveta *de antiquit. temp. part.* 1. *num.* 60. Fulgoſius *conſ.* 29. *n.* 2. & 3. Menochius *conſ.* 750. *num.* 8. *lib.* 8. & *d. caſu* 496. Capicius Latro *deciſ.* 140. *num.* 23. *lib.* 2. multos cõſulentes, & eorum caſus referens Nicolaus Genua *de verbis enunciativis lib.* 2. *quæſt.* 23. *ex num.* 19. *cum ſeqq.* Fundamentum eſt, quòd verbũ *volo* magis importat deſide-

rium

rium quam disposition em, & magis se habet enunciativè quam dispositivè.

5 Affirmativam verò partem tenent Bartolus *in d.l. servi lectione. & in l. cunctos pupillos, C. de summ. Trinit.* Aretinus *in l. gerit, ff. de acquirend. hæredit.* Curtius Iunior *cons.* 304. *vol.* 3. Baldus *cons.* 74. *vol.* 2. *& cons.* 221. Ruinus *cons.* 1. *num.* 23. *vol.* 2. & alij statim *num.* 13. *&* 14. referendi, & benè Marcus Antonius Genuésis *practicab. Ecclesiast. quæst.* 275. vbi favore causæ piæ disponere verbum *volo* probat à simili decisione textus *in l. si pater, §. quædam, ff. de fideicommissar. libertatib.* quæ

6 ad hoc notabilis est. Et hæc pars probatur ex celebri textu *in l. Pamphilo, §. propositum,* ibi: *Dixit quod velit, & relinquere prædia, ff. de legat. 3. l. per procuratorem, ff. de acqu. r. hæredit. l. iam dubitari, ff. de hæredit. instituend.*

7 Sed inter has contrarias opiniones veritas dignoscitur, si duo casus distinguantur, licèt plures alios tradiderit. Menochius *vbi supra d. casu* 496. aut enim actus expedibilis est sola voluntate, aut vltra voluntatem factũ requiritur; in primo casu quoties agens est liberum, & non impeditum si vult agere immediatè agit; & ita verbum *Volo* sine dubio impor-

8 tat dispositionem. Hoc fit in plurimis casibus, vt quando quis dicit volo istam rem, nam eo ipso dicitur rem elegisse, *l. apud Aufidium, ff. de optione legata, l. servi electione, ff. de legatis* 1. vbi Bartolus benè probat, & eum sequitur Ripa *ibidem num.* 18. Corneus *cons.* 91. *num.* 3. *vol.* 3. Ludovicus

9 Iuntus *in responso pro vxore nu.* 373. aut si dixerit, volo esse hæres, nam statim dicitur adivisse hæreditatem, *dict. l. iam dubitari, vbi Gossa, ff. de hæred. instituend. l. per procuratorem, ff. de acquir. hæred.* vel si

10 dixerit, volo bona mea maneant in familia, nam dicitur constitutum fideicommissum. Curtius Iunior *cons.* 54.

11 *num.* 5. vel volo, quod hæc schedula sit meum testamẽtum. Iuntus *vbi supra nu.* 370. vel volo hæredem meum centum dare Caio, Socinus

12 Senior *cons.* 86. *num.* 6. In secundo casu, quãdo vltra voluntatem factum requiritur, vt volo ascendere arborem, tunc verbum *Volo* non importat actum, sed desideriũ.

13 Thom Sãchez *de matrimonio*

lib.

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

lib. 6. disput. 22. num. 10. Fontanella *de pactis nuptial. clauſ. 6. gloſ. 3. part. 3. num. 17. & 18.*

14 Ex qua diſtinctione, & reſolutione infertur, quòd verbum *volo* etiamſi iungatur cú infinitivo, vt volo eligere, volo inſtituere, inducit adhuc diſpoſitionem; quia hi ſunt actus expedibiles ſola volútate. Sic tenent Bartolus *in l. gerit nu. 7. ff. de acquir. hæredit. & in l. l. ſervi electione num. 5.* & *in l. fin. numer. 1. ff. de teſtamentis*, Ruinus *conſ. 1. num. 23. vol 2.* Corneus *conſ. 149. num. 14. lib. 2. & conſ. 77. num. 9. lib. 4. & conſ. 309. num. 9.* Socinus Senior *conſ. 249. num. 18. lib. 2. & conſ. 86. nu. 3. lib. 3.* Baldus, Aretinus, Curtius Iunior, Genuenſis, & Fontanella in locis *vbi ſupra*, Stephan. Gratianus *diſceptat. forenſ. cap. 550. num. 56. vol. 3.* Fachineus *lib. 6. cont. cap. 50.* Barboſa *de dictionibus d. 378. num. 4.* Et licèt cõtraria opinio communis etiá ſit in terminis iuris communis, quando voluntas tantum enunciatur, Bartoli verò opinio ſemper mihi verior viſa fuit propter fortem textum *in dict. l. Pamphilo*, & rationem

15 ponderatam. Cum quibus concurrit de iure Regio *lib. 6. tit. 3. part. 6.* ibi: *O quiero que ſea mi heredero*, cuæ idem important, ac ſi teſtator dixiſſet facio, vel inſtituo illum hęredem. Ex quibus omnibus verbum *volo* in vltimis volũtatibus inducere diſpoſitionem ſecurè tenendum eſt, vnde qui hoc verbo in bonorum ſuorum diſpoſitione voluntatem ſuam expreſſerit, verbis aptis teſtatus videbitur.

16 Ex eo autem, quod verba apta debeant eſſe ad voluntatis expreſsionem infertur, verbis enunciativis propter aliud emiſſis hæredis inſtitutionem fieri non poſſe; quia apta non ſunt, nec diſponunt, cum voluntas proferentis in illis non conſideretur, *l. ſi quis ita inſtituatur, ff. de hæred. inſtituend.* quod, & in legatis, procedit, quamvis alias ſolo nutu relinqui poſsint, *l. nutu, ff. de legatis 2.* Iaſon *in l. ſi ita legatum num. 8. de legatis 1. & in l. ſi res obligata, ff. eod. tit.* Sic Menchaca *controverſiarum illuſtrium cap. 30. num. 8.* Cardinalis Tuſchus *concl. 82. lit. V.* Genua *de verbis enunciativis lib. 1. quæſt. 3.*

18 Sed an procedat idem in verbis enuntiativis dictis favorem piæ cauſæ, vt ad favorem Eccleſiæ dubium eſt,

&

& negativam parte, & quod favore piæ cauſæ verba enũciativa non diſponant, tenet Baldus *in l.1. C. de ſacroſanctis Eccleſijs num.* 148. Paulus de Caſtro *in conſ.* 137. *verſ. tertio facit lib.* 2. quia ex verbis enunciativis propriè voluntatis perfectio nõ colligitur, nec animi deliberatio. Sed contraria opinio, quod verba enunciativa favore piæ cauſæ diſponant, probatur *in cap. final de ſucceſſ. ab inteſtato*, & tenent Innocentius, Hoſtienſis, Ioannes Andreas, Panormitanus, Abbas, Cardinalis Zabarela, Iaſon, Alexander, Bartolus, & Calcaneus relati à Tiraquello *de privilegijs piæ cauſæ privil.* 86. vbi tenet, & benè probat Decius *conſ.* 158. *num.* 2. Afflictis *deciſ.* 83. *num.* 5. Maſcardus *de probationibus concl.* 622. *nu.* 41. Marta *de ſucceſſ. legal.* 2. *tom. part.* 4. *quæſt.* 6. *art.* 2. *num.* 10. dum verba ſint de præſenti, vel de præterito, non de futuro Genua *de verb. enunciat. lib.* 2. *quæſt.* 23. *ex num.* 46. Monte mayor *deciſ.* 10. *num.* 21. & per totum, vbi probat, quòd favore libertatis, verba enunciativa diſponunt, & ſic iudicatum fuiſſe in Chancellaria Indica inſulæ Hiſpaniolæ.

19 Probant etiam verba enunciativa in antiquis, & quę ſunt proprij facti, & quãdo ſunt geminata, & pluribus inſtrumentis contenta, & quando per modum cauſę enunciantur, & in alijs caſibus, de quibus Maſcardus *d. concl.* 622. Genua *d. quæſt.* 3. Caſtillo *tom.* 4. *cap.* 46. *num.* 33. *& cap.* 123. *n.* 7. *&* 8. Larrea *deciſ.* 56. *nu.* 5. Noguerol *allegat.* 25. *nu.* 262. Capicius Galeota *controverſ.* 38. *num* 18. *&* 19. Vela. *diſſert.* 46. *num.* 17. *&* 18. *lib.* 2.

20 Sciendum autem eſt non ſolum verbis expreſsis hæredis inſtitutionem fieri poſſe, ſed, & coniecturis, & præſumptionibus poſſe induci; ita Baldus, & Angelus *in l. in tempus*, § 1. *ff. de hæredib. inſtituend.* Iaſon *in l. inter cæteras nu.* 6. *ff. de liberis, & poſthumis*; dum tamen appareat de voluntate teſtatoris; argument. text. *in l. Titius*, *l. Lucius Titius l.* 1. § *. hoc autẽ*, *ff. de hæred. inſt.* Menoch. *de præſumptionibus*, *præſ.* 19. *num.* 7. *&* 8. *& præſ.* 26. *num.* 18. *lib.* 4. Caſtillo *lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 63. *&* 64. Maſcardus *tom.* 2. *concl.* 922. *num.* 6. par enim eſt expreſsio virtualis, & expreſſa, & manifeſtum dicimus, quòd con-

ie-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

iecturis,& præsumptionibus cõstat,Menochius *lib.1. præs.* 45. coniectura etenim vestigium est veritatis, & pro tali habetur, donec contrariũ appareat,*l.penultim.ff. de probationib.* quod equidem pro-
23 cedit,quando cõiecturæ colliguntur ex verbis, & dispositis in testamento, nam ex verborum consequentia, seu antecedentia institutio tacita potest colligi. Aretinus *in l.Gallus in princip.col.3.ff.de liberis, & posthumis*, vbi Marcus
24 Aquilinus *in §. & quid si tantum* 1.*part.num.*10. Baldus *in l.vltim.in princip.& num.* 10.*C. de hæred.instituend.* Romanus *in l.in testamento num.* 14. *C.de testam.milit.* Costa *in l. Gallus, §.& quid si tantum nu.*21. Zuchardus *in l.vltim. num.* 194. *C.de edicto Divi Hadriani tollend.* Mascardus, *d.concl.* 292. *num.*7. Marta *de succes. legal. tom.*2.*part.*4.*quæst.*11.*art.*1.*nu.* 18. Mantica *de coniectur.vltim. volunt.lib.*4.*tit.*1.*num.* 12. Peralta *in Rubric.ff. de hæred. instituend. ex num.* 172. *vsque ad* 179. vbi refert plures casus notabiles tacitæ institutionis hęredis, Thadeus Piso *lib.*2. *var.resol.cap.*1.*num.*5. Carpio *de executorib. testament. lib.*3. *cap.*9.*num.*7.*&* 8. Ruinus *cõs.* 56.*num.*10.*vol.*2. Barbatia *cõs.* 5.*col.*2.*vol.*1. Ioann. DecKer. *lib.*1.*dissert.* 8. *num.*4. Iulius Clarus §. *testamentum, quæst.* 35.*num.*2. Et in hoc conveniunt omnes Doctores,vt dicit Guillielm. Benedictus *in cap.Rainutius* 2.*part.Rubr.nu.* 23.*de testamentis*,Iason,Angelus,Menochius, & Castillo iam citati.

25 Quod patet *ex §. in primis instit. de fideicommiss. hæredit.* vbi si rogo Titium, vt hæreditatem meam restituat Caio,tacitè videor illũ instituere:non enim possum gravare eum,quem non honoro,*l.ab eo,C. de fideicõmissis.*

26 Et sic gravando illum de restituendo in necessarium antecedens præsuppono illum fecisse hæredem,*l.ad rem mobilem,l.ad legatum,ff. de procuratorib.* facit etiam textus *in l. cum testamento,§.hæc verba,ff.*
27 *de hæred.instituend.* vbi institutio colligitur ex substitutione facta, quæ sine ipsa institutione stare non potest. Cõfert quoque *l.*3.*C.de inofficioso testamento*,vbi secundum declarationem Gomecij *lib.*1.
28 *var.resolut. cap.*5.*num.*24. Ille posthumus aget petitione hæreditatis, vel remedio possessorio tanquam verus

hæ-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

hæres inſtitutus item *l. fin. de hæred. inſtituend.* vbi diſpoſitio teſtatoris dubia convertitur in directam ſubſtitutionem,
29 vel inſtitutionem. Item *l. ſi ita ſcriptum, ff. de liberis, & poſthumis, & l. fin. C. de poſthum. hæred. inſtituend.* cum alijs traditis à Peralta vbi ſupra, qui latè hæc proſequitur. Ex quibus facilè deprehenditur ſæpiſsimè receptas eſſe huiuſmodi inſtitutiones tacitas ex mente reſultantes.

30 Denique ad plenum intellectum huius materiæ notandum eſt, quòd verbis aptis teſtari quis dicitur, etiam ſi hęredis nomẽ non expreſſerit. Si tamen ſigno certo hæredem demonſtraverit, *l.* 33 *quoties. 9. §. ſi quis nomen, ff. de hæred. inſtituend.* Petrus Gregorius *lib. 42. ſintagmat. cap. 9. num. 7. cum ſeqq.* Oſſualdus ad Donellum *lib. 6. cap. 21.* Menochius *de præſumptionib. lib. 4. præſ. 19. & 25.* Alvaradus *de conject. ment. defunct. lib. 3. cap. 2. §. 2. num. 2. & 3.* Mantica *de conjectur. lib. 4. tit. 3.* Peralta *in Rubr. de hæred. inſtit. num. 73.* Salazar *de vſu, & conſuetudine cap. 3. num. 7.* Gutierrez *lib. 2. pract. q. 41.* Matienzus *in l. 5. tit. 4. lib. 5. Rec. gloſ. 7.* Tauriſtæ *in l. 31. Tauri verbo por ſu nombre.* Vt ſi quis dixerit, facio te dominum, *l. his verbis, ff. de hæred. inſtituẽd.* Baldus *conſ. 136.* Hoſtienſis *in ſumma tit. de teſtamentis nu. 18.* vel ſi dixerit, volo bona mea eſſe talis, Alexander Raudẽſis *de Analogis lib. 1. cap. 18. ex n. 44.* vel omnia bona Titio
32 relinquo vel lego; quod licèt dubium ſit, & Bartolus *in l. Centurio n. 19. ff. de vulg. & pup.* Socinus *in Rubr. de legatis 1. n. 89.* & Bolognetus *n. 99.* dixerint, quod verbum lego vel relinquo adiectum vniverſitati bonorum, non importat hæredis inſtitutionem; contraria tamen opinio in pũcto iuris verior eſt, & in praxi recepta, ex *l. verbis legis, 120. ff. de verb. ſignific. l. namque 14. §. vltim. l. cogi. 16. ff. ad Senat. Trebel. l. quoniam 15. C. de teſtamentis*, tenent Baldus *in l. fin. n. 11. C. famil. erciſcũdæ.* Pariſius *conſ. 3. n. 11. vol. 3.* Alexand. *conſ. 177. n. 12. vol. 2.* Surd. *conſ. 258. n. 13.* Menoch. *cõſ. 344. n. 15. Et de præſumpt. lib. 4. præſ. 141. nu. 14.* Valaſc. *conſultat. 165. n. 4.* Phœbo *deciſ. 59. n. 3.* Oſſuald. *lib. 6.* Donelli *c. 17. lit. C.* Tuſchus *lit. D. concl. 362.* Barboſa *de dictionibus d. 298. n. 3.* Guilielm. Benedictus *in cap. Raynutius verbo reliquit numer. 3.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Gregorius Lopez *in l.* 14. *tit.* 3. *part.* 6. *verbo*, *todos los bienes*, Spino *in speculo testament. glos.* 17. *princip. num.* 37. & 38. Mantica *de coniectur. lib.* 4. *tit.* 3. *nu.* 28. Peralta *in Rubr. de hæred. instituend. num.* 152. Zabarela, 36
Abbas, Corneus, Ruinus, Nata, & Lancelotus politus,
34 quos refert, & sequitur latè probans Marta *de succeff. legal. tom.* 2. *part.* 4. *quæst.* 11. *art.* 1. *num.* 4. & 5. Grassus §. *institutio quæst.* 14. *num.* 3. & 4. Méchaca *de succeff. creat. lib.* 1. §. 3. *num.* 13. Fusarius *de substitut. tit. de compend. quæst.* 247. Cevallos *quæst.* 214. *num.* 3. Merlino *de legitima lib.* 5. *tit.* 2. *q.* 2. *num.* 7. Capicius Galeota *tom.* 2. *controverf.* 48. *num.* 34. & *controverf.* 31. *num.* 6. vel si mádaverit aliquid fieri de omni-
35 bus bonis suis puta Monasterium, intelligitur hæredis institutio facta de Monasterio. Baldus *in l.* 1. *num.* 2. *ff. de testamentis*, & Aretinus *in princip.* Immola *ibi num.* 3. & *in l. hæredes ad finem. ff. de hæred. instituend.* Mantica *d. lib.* 4. *tit.* 3. *num.* 4. Raudensis *de Anologis cap.* 18. *nu.* 44. Simon de Prætis *de interpret. vltim. volunt. lib.* 2. *cap. de eo quod fieri pag.* 95.

Hæreditas enim potest relinquit. Ecclesiæ construendæ, & non est conditionalis sed pura. Stephanus Gratianus *disceptat. forens. cap.* 358. *per totum.*

Circa omnia hic scripta, vt capiti finis imponatur, textus est expressus de iure Regio *in d. l.* 6. *in fine tit.* 3. *p.* 6. ibi: *E sobre todo dezimos, que el establecimiento del heredero se puede aun fazer por otras palabras, assi como si dixesse aquel que lo fazia: fulano sea mi heredero, ò quiero, ò mando que yo sea, ò si dixesse fulano sea señor de todas mis heredades, ò aya todos mis bienes, ò dexole todo lo que he, ò otras palabras qualesquiera semejãtes destas, porque se pudiesse mostrar su voluntad en esta razon.* Vnde concluditur, quòd testatores, qui tempore sui testamenti condendi in ipsomet actu deliberatè prædictis verbis in dispositione suorum bonorum vtuntur, sine dubio testantur iure optimo, & si pro tunc alia voluisse dicere non appareat, perfecta equidem testantis voluntas iudicabitur, & testamentum perfectum ratione voluntatis.

* * *

* * *

CAP-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XVIII.

AN TESTAMENTVM SIT PERFECTVM quando hæredis institutio facta est per relationem ad aliud: vt si testator dixerit velle sibi hæredem esse eum, quem scripsit in privata schedula suo nomine, & chirographo signata, quam reliquit apud honestum virum, vel incerto, & determinato loco; & quomodo manu testatoris fuisse scriptam possit probari.

SVMMARIVM.

Qvæstio proponitur disponenda. 1.

Negativæ partis Authoris referuntur. 2.

L. hac consultissima, §. per nuncupationem, C. de testamentis traditur. 3.

Expressio implicita non sufficit quando explicita requiritur pro forma. 4.

L. filius familias, ff. de liber. & posthum. traditur. 5.

Nominatim fieri dicitur quando nomen, & prænomen expressum est. 6.

L. iubemus, C. de testamentis traditur. 7.

Negativa pars in quæstione in puncto iuris verior est, maximè in testamento nuncupativo. 8.

L. à se toto, ff. de hæred. instituend. l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat. l. institutio, ff. de condit. instit. traduntur. 9. 10. & 11.

L. 37. Tauri notatur. 12.

Affirmativæ partis Authores referuntur. 13. Et probatur. 14.

Consuetudine admissa est opinio affirmativa. 15.

Relatio habetur pro genere expressi. 16.

Relatum est in referente cum

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

omnibus ſuis qualitatibus.17.

Modus per quem debet fieri expreſsio hæredis non eſt de forma teſtamenti.18.

Hæredem quocumque modo ſufficit nominare dum certitudinaliter de corpore ipſius cõſtet. Ibidem.

Primogenium poteſt inſtitui in ſchedula ſi teſtator in teſtamento vel ſcriptura ad illam ſe referat.19.

Referenti non creditur niſi conſtet de relato.20.

Schedula ad quam teſtator ſe refert in teſtamento manu ipſius ſcripta debet eſſe.21.

Subſcribens cenſetur virtualiter ſcribere, & approbare quæ in ſcriptura continentur.22.

Certitudo ſcripturæ relatæ requiritur vt falſitas evitetur.23.

Certitudo ſi detur in actu ad quẽ fit relatio videtur expreſsio nominatim facta.24.

Identitas ſcripturæ relatæ conſtare debet per claras probationes.25.

Identitas conſtat quando â tergo ſcripturæ appoſita ſunt tempus, & nomina teſtium, & rogitum.26. Et quando duobus teſtibus eſt ſubſcripta vel ſignata, & teſtes chartam in iudicio recognoſcunt. 27. Et quando legitimis coniecturis demonſtratur.28.

Confeſsione filiorũ parentis ſcriptura probatur, quãdo ſuſtinetur vt diſpoſitio inter liberos, & in vim contractus.29.

Comparatione literarum identitas ſcripturæ non probatur. 30. & 34.

Comparatio literarum periculoſa eſt.31.

Manus, & ſcriptura alterius facilè fingitur.32.

Comparatio literarum non facit plenam probationem.33.

Teſtes debent audire nomen hæredis ſaltem implicitè, & certitudinaliter.35.

Nominatim inſtitutio fieri dicitur ſi quis ſigno certo nomine tacito hæredem demonſtraverit.36.

1 AN voluntas teſtantis perfecta ſit, quando hæredis inſtitutio facta eſt per relationem ad aliam ſcripturã, celebris eſt controverſia, quę hoc in capite, vt potè ad rem noſtrã maximè concernens, explananda venit. In hoc enim teſtandi genere, præcipuè ſi teſtamentum nuncupativum ſit, teſtes, qui tempore conditi teſtamenti prę-ſentes fuerint, meritò dubitare poterunt, an voluntas explicita videatur, & perfectè

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

fectè declarata; cum institutio referatur ad aliam scripturam, & palàm hæredis nomen minimè nuncupetur.

2 Et partem negativam; quod huiusmodi institutio nullius roboris sit; & quod testamentum conditum per relationem ad scripturam, quam coram testibus tradidit notario, vel quam reliquit testator penès aliquem virum vel incerto, & determinato loco, minimè sustineri valeat, tenent Paul. de Castro *in l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat. num.* 3. & 4. Aretinus *in l. hæredes palàm num.* 2. *ff. de testament.* Iason *in l. vbi autem, §. illud num.* 3. *ff. de verb. obligat. & in l. hac consultissima, §. per nuncupationem nu.* 1. & 4. *C. de testam.* Bellapertica *in l. in testamento, col.* 1. *vers. Sed pone. C. de testam.* Goffredus *in l. ad testium, §. si quis ex testibus num.* 4. & 85. *ff. de testam.* Bellamera *cons.* 1. *nu.* 32. *vers. Præterea sciendum,* Guidò Papa *decis.* 459. *num.* 1. Tiraq. *de legib. connubial. gloss.* 7. *num.* 193. Donellus *in Comment. iur. civil. cap.* 6. *vers. Communia,* & *vers. in testamento.* Antonius Faber *in suo Codice, lib.* 5. *tit.* 40. *de testam. definit. fol.* 618. Stephanus Gratianus latissimè *disceptationum forensium tom.* 5. *cap.* 973. *per totum,* vbi alios refert, & multis relatis benè probat Antonius Merenda *controversiarum iuris lib.* 3. *cap.* 50.

3 Et probatur primo *ex l. hac consultissima* 21. *§. per nuncupationem, C. de testamentis,* vbi ad hoc quod valeat testamentum nuncupativum testes audire debent nomen hæredis, vel hæredum, & testator palàm hæredis nomen debet nuncupare, *l. hæredes palàm* 21. *ff. de testamentis.* Ergo 4 institutio facta per relationé ad alteram scripturam nulla erit, cum testes hæredis nomen in simili institutione nõ audiant, nec à testatore palà nuncupetur. Maximè quia ex *d. l. hac consultissima, & l. iubemus de quâ infrà,* expressio explicita requiritur pro forma; & ita non sufficit expressio implicita per relationem ad aliud, *cap. penultim. vbi Abbas de iur. iur. cap. tuas de sententt. excomm.*

5 Secundo *ex l. filius familias* 26. *ff. de liber. & posthum.* vbi requiritur specialis nominatio in institutione, seu ex hæredatione filij familias militis tanquàm si esset paganus; quæ nominatio non convenit

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

institutioni factæ per relationem, quia nominatim fieri dicitur, quãdo nomen, & prænomen expressum est, *l.1. & 2.ff. de liberis, & posthumis*, Rebuffus *in l. nominis col.3. in fine. vers. vnde nominatim, ff. de verbor. significat.*

6

Tertio ex *l. iubemus 29. C. de testamentis*, ibi: *Iubemus omnino testatorem, si vires habeat adscribendam nomen hæredis vel hæredum in sua subscriptione, vel in quacumque parte testamenti ponere, si autem ex morbi acerbitate, vel literarum imperitia, hoc facere minimè potuerit, testibus testamenti præsentibus nomen vel nomina hæredis ab eo nuncupari, vt omnimoda sciant testes qui sint scripti hæredes, & ita certò hæredis nomine successio procedat. Et ibi: Quod si non fuerit observatum, & nomen hæredis vel hæredum non fuerit manu testatoris scriptum, hoc testamentũ stare minimè patimur, vel in totum, si tota hæredum nomina fuerint prætermissa, vel in eius hæredis institutione, cuius nomen nec lingua, nec manus testatoris significaverit.*

7

Ex quibus in puncto iuris

8

hæc videtur verior opinio, vt testatur Mantica *de coniectur. vltimar. volunt. lib.1. tit.7. num.7.* & magis communis, vt inquit Clarus *in §. testamẽtum quæst.36. ad finem*, & latè multis adductis defendit Gratianus *dict. cap. 973. vbi nu.43.* de iure veriorem appellat. Et in testamento nuncupativo defendit Antonius Faber *de erroribus pragmaticorum Decade 69. errore 4.* cui huiusmodi institutionem valere inquit in testamento in scriptis, non verò in nuncupativo.

9

Verùm contraria opinio in testamento nuncupativo, & in scriptis in praxi recepta est, & probatur primo *ex l. â se toto 77. ff. de hæred. instituend.* ibi: *Quem hæredem codicillis fecero hæres esto. Titium hæredem codicillis instituit, eius quidem institutio iure valet, quia licèt codicillis dari hæreditas non possit, tamen hæc testamento data videtur.*

10

Secundo ex *l. si ita scripsero 38. ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Si ita scripsero, quantum codicillis Titio legavero, licèt codicillis legatum explicetur, tamen ex testamento valet sola quantitas, quæ in codicillis legata est. Nam apud veteres legata talia fuere, quantum ei per Epistolam scripsero hæres dato.*

11

Tertio ex *l. institutio. 10. ff. de condit. institut.* ibi: *Institutio talis, si codicillis Seium hæredem scrip-*

scripsero, hæres esto, conditionalis est institutio, nec videtur hæreditas codicillis data, quod inter dictam est; verum conditionalis est hæc institutio quæ testamento data esset. Proinde, & si ita scripserit, cuius nomen codicillis scripsero, ille mihi hæres esto: pari ratione dicendum erit institutionem valere nullo iure impediente.

12 Quarto ex *l.* 37. *Tauri*, ibi: *Quando el testador nombrada, ò señalada mente hizo heredero*, quæ est *l.* 11. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* ex qua sine dubio iure Regio idem videtur esse nominare vel designare, *l.* 10. *tit.* 3. *part.* 6. ibi: *O por otras señales.* Et ita institutio, quæ fit per relationem ad aliam scripturam valida erit, cum eiusdem roboris sit nominatio, & designatio certa hæredis.

13 Tenent hanc opinionem Bartolus, & Socinus *in d. l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat.* Alexander *in l. ait prætor. §. 1. col. 1. ff. de re indicata.* Paulus de Castro *in l. hac consultissima, §. per nuncupationem. C. de testamentis* Bald. & Angelus *in l. à se toto, ff. de hæred. instituend.* Iason *in l. ubi autem, §. illud num. 3. ff. de verb. obligat.* & *in d. l. hac consultissima, §. per nuncupationem nu. 1.* Cuiacius *in d. l. à se toto in quæstionibus Papiniani.* Gothofredus *in l. quoties, ff. de hæred. instituend. §. hæres sit. B.* Alciatus *cons. 126. num. 1. & 2. lib. 9.* Rubeus *cons. 14. num. 7.* Parisius *cons. 19. nu. 12. 13 & 14. lib. 3.* Gozadinus *cons. 3. num. 16.* Calcaneus *cons. 90. num. 5.* Bellonus *cons. 85 num. 11.* Menochius *cons. 313. num. 45 lib. 4.* Fusarius *cons. 41. nu. 4.* Caballus *cons. 106. num. 2. lib. 2.* Boerius *decis. 240. num. 4. & 5.* Rota *decis. 173. part. 2. num. 5.* Alexand. Ambrosius *decis. Perusina. 13.* Mastrillo *decis. 190. num. 3. & 4. part. 2.* Buratus *decis. 475. num. 22. 23. & 24.* Natta *in repetit. Authent. quod sine n. 26. C. de testament.* Philippus Portius *commun. opinion. cõclus. 20.* Antonius Gabriel, *lib. 4. de testamentis conclus. 11.* Iulius Clarus, *§. testamentum quæst. 4. num. 3. & quæst. 36.* Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib. 4. tit. 3. numer. 11. & lib. 1. titul. 7. num. 7.* Michael Grasus, *§. institutio quæst. 16.* Magdalenus *de numer. test. in testament. requis. cap. 22. limitat. 7. num. 9. fol. 323.* Gualdensis, *tit. de testam. ordin. caut. 4. num. 2.* Masear. *de probationibus cõcl. 1358. num. 73.* Thadeus Piso, *lib. 2. variar. c. 2. n. 2. & 3.* Marta *de succss. legal. tom. 2. p. 4. quæst. 2. artci.*

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

artic.4.num.20.& 21. Genua *de script. priv. lib.* [illegible] *n.* 175. Covarrubias *in cap. cum tibi num.5. de testamentis* Menchaca *de success. creat. lib.2.§. 11.num.16.& §.17.num.53.* Peralta *in Rubr. de hæred. instituend.num.179.* Tellus Ferdinandez *in l.3. Tauri 5.part. nu. 2.& 3.* vbi Burgos de Paz *1. part.conclus.2.num.218.* Castillo *in l. 37. Tauri verbo por su nombre* Matienzus *in l.1. tit. 4.glos.16.num.13.* Et Azevedus *ibi num.155.* Alvaradus *de coniect.ment.def.lib.3.cap.2.nu. 11.* Castillo *lib. 4. controvers. cap.20. num.30.* Pichardus *in §.sed cum paulatim instit. de testam. num 40.* Molina *de primogen.lib.2.cap.8.num.12.* Molina Theologus *de iust.& iur. tract.2.disput. 127.* Mieres *de Maioratu,1.part.cap.48. ex nu.* 219. Gutierrez *practicar. lib.2. quæst.41.num.4.* Iacobus Cácerius *lib.1.variar.cap.4.num.* [illegible] ita decisum in Rota pluribus commemoratis dicit, & sequitur Augustinus Barbosa *in Rubr.de testament.num. 9.10.& 11.* Aillon *ad Anton.Gomez.lib.1.c.2.nu. 11.* Tuschus *concl.97.lit.T.n.3.& 4.* Molfesius *in summa p.2.tract. 13.n. 46.* Bonac. *tom.2. disp.3.q.17. pũct.1.n.12.vers. secũdo sequitur.*

14 Ex his contrarijs opinionibus secunda in consulẽdo, & iudicando in nostro Regno sine dubio admittẽda est, prout tenent Regnicolæ omnes relati supra; quia dispositio *leg.* iubemus *C. de testam.* quæ subtilem observationẽ in testamento nuncupativo introduxit, in parte sublata est in §. *quia verò Authent. vt sponsalit.largitas, & in d.l.37. Tauri* in verbis supra *nu. 12.*
15 notatis. Et hæc opinio vsu, & consuetudine admissa est in omnibus ferè Italiæ Provincijs, vt ex Parisio, Claro, Magdaleno, Mantica, Graso, Paulo de Castro, & Mastrillo recognoscit Gratianus
16 *d.c.973.n.41.* Et vltra iura pro hac parte relata, ex quibus certè probatur opinio, considerari omnino debet pro cõfirmatione, & vera decidẽdi ratione, quod relatio habetur pro genere expressi, vt est textus *in l.ait prætor,§. 1.vers. accipiẽdum sic est quasi nominatim, vbi Bartolus, & Ripa, ff. de*
17 *re iudicata.* Quia relatum est in referente cũ omnibus suis qualitatibus; vt ex multis axioma refert Velasco *lit.R. n.57.* Fontanella *de pactis nuptialibus, claus.4.glos.18.part.2. num.22.* Castillo *d.c.20.n. 30.*

Et

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Et ita hæredis nomen nuncupare, vel per relationem ad scripturam exprimere idem esse videtur, cum hæc expressio contenta in instrumento relato in referente cũ omnibus suis qualitatibus
18 esse intelligatur. Et licèt nominatio hæredis faciẽda per testatorem de forma videatur testamenti, tamẽ modus per quem debet fieri expressio non est de forma: vnde sufficit quocumque modo hęredem nominare; dum tamen certitudinaliter de corpore ipsius constet, *l.2.ff. de liber. & posthum. l. nominatim,* 21 *ff. de manum. testam. l. certum. ff. si certum petatur.*

19 Ex quibus confirmata videtur hæc opinio, quæ non solum procedit in hæredis institutione, & in legatis, vt ex est textus *in d.l. si ita scripsero*, sed etiam in Maioratus fundatione; potest enim instituí primogenium in schedula absque aliqua solemnitate, si testator in testamento vel scriptura publica ad illã se referat. Molin. *d. lib. 2. cap. 8. num. 11.* alter Molina *de iustit. & iur. tom. 3. disput. 600. numer. 5.* Mieres *de Maioratu 1. part. quæst. 48. num. 219.*

20 Vt tamen prædicta communis opinio procedat, debet omnino constare de certitudine scripturæ, vel schedulæ relatę, quia referenti nõ creditur nisi constet de relato, *Authent. si quis in aliquo documento, C. de edendo.* Castillo *lib. 4. c. 42.* Cevallos *commun. q. 44. n. 3.* Amatus *li. 1. var. resol. 42. n. 4.* Et prędicta scriptura, vel schedula manu testatoris scripta debet esse, ne falsitas committatur, Bartol. *in d. l. si ita scripsero.* Crotus *in l. 1. §. si quis ita sub n. 4. lect. 2. ff. de verb. obligat.* Boerius *decis. 240. n. 5.* cum multis Grassus *d. q. 16. n. 4.* Castillo *d. cap. 20. n. 29.* Cancerius *lib. 3. variar. cap. 20. nu. 89.* vel saltem à testatore subscripta: subscribens enim censetur virtualiter scribere omnia contenta in scriptura, quam sua subscriptione confirmat, *l. emptor, §. Lucius, ff. de pactis, l. si ita stipulatus, §. Chrisogonus, ff. de verbor. obligat. l. fideiussor. §. 1. ff. de pignoribus* Mascardus latissimè *tom. 3. cõcl. 1347. per totam.* Menochius *de præsumpt. lib. 3. præs. 66. n. 7.* Thusc. *tom. 7. lit. S. concluſ. 761.* Sic tenent Paulus de Castro *cons. 93. post n. 2. lib. 1.* Iulius Clarus qui alios refert, *§. testamẽtum q. 14. n. 4.* Phœbo *decis. 56. n. 7.* Puteus

22

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

decis. 235. *part.* 1. Genua *de scriptura privata lib.* 6. *cap.* 1. *num.* 39.

23 Et hæc scripturæ relatæ certitudo ideò necessaria est, quia Iustinianus, sic metuit falsitates, quæ in testamentis fieri solent vt desideret sic rem geri, vt sit manifestum secundum testatoris voluntatem hæreditatem esse transmissam, vt *in d. l. iubemus* continetur. Et quia si certitudo, sit in actu ad quem fit relatio, videtur expressio nominatim facta, vt declarat

24 Covarrubias *in cap. cum tibi num.* 5. *vers. satis tamen crederem esse de testamentis*, post Aretinum *in l. hæredes palâm in princip. col.* 2. *ff. eod. tit.* Menochius *cons.* 639. *num.* 15. *lib.* 7. Costa *de remedijs subsidiarijs remed.* 82. *num.* 4. Gratianus *vbi supra num.* 44.

25 Et ita quod identitas huius scripturæ constare debeat per claras probationes concludunt omnes *in d. l. si ita scripsero, vbi Bartolus, ff. de condit. & demonstrat. & in l. quem hæredis, ff. de reb. dub.* Alexand. *cons.* 76. *col.* 2. *nu.* 5. *& ibi Addition. in verbo schedula li.* 3. Socinus *cons.* 142. *num.* 6 *lib.* 1. Parisius *cons.* 19. *num.* 26. *cum seq. lib.* 3. Covarrubias *d. cap. cum tibi num.* 5. Iulius Clarus, §. *testament. q.* 36. *in fine, & quæst.* 3. *nu.* 3. Merenda *lib.* 3. *cap.* 50. *num.* 12. Gratianus *vbi supra num.* 46.

26 Tunc ergo idétitas scripturæ constare dicetur, quando per notarium à tergo schedulæ clausę vel scripturæ appositum fuerit tempus, & nomina testium, & rogitum. Parisius, *d. num.* 26. Clarus *d. nu.* 3. Costa *d. remed.* 82. *nu.* 4. Mascardus *concluf.* 1353. *nu.* 73. *in fine, part.* 3. Ferentil. ad Buratum *decis.* 475. *lit. D. num.* 21. *in fine.*

27 Vel quando scriptura duobus testibus fidedignis subscripta vel signata, fuerit. Costa *dict. num.* 4. Gratianus *num.* 47. Merenda *num.* 12. *in fine.* Et testes chartam in iudicio recognoscunt, iuxta tradita supra *cap.* 15. *num.* 26.

28 Vel quando legitimis cõiecturis identitas, & certitudo demonstratur. Grassus *d. quæst.* 16. *num.* 5. 6. & 7. Mieres *dict. cap.* 48. *num.* 54 Castillo *d. cap.* 20. *num.* 30. *vbi num.* 34. inquit, quòd erit sufficiens probatio assertio filiorum confitétium schedulam esse scriptam vel suscriptam manu parentis. Quod dictum

29 tantum potest procedere, quan-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

quando ſchedula illa ſuſtinetur vt diſpoſitio inter liberos per *Authent. quod ſine, C. de teſtamentis*, quia tunc in vim contractus ſuſtinebitur, vt ſupra *cap. 7. num. 27.*

30 An per comparationem literarum identitas ſcripturę poſsit verificari dubium eſt inter Doctores: nam communiter tenent, deficiente alia probatione ad comparationem literarum decurrendum eſſe, vt Graſſus, & Caſtillo vbi ſupra. Sed contrarium tenent Alexander
31 *d. conſ. 76. nu. 8.* Merenda *n. 13.* Gratianus *ex num. 49. cum ſequentibus*, vbi videndus eſt, quia benè probat, *& cap. 235. num. 22.* Genua *de ſcript. priv. lib. 6. cap. 1. num. 75.* quia hoc genus probationis valdè periculoſum eſt; vt teſtis eſt Iuſtinianus *in Authent. de inſtrument. caut. & fid.* Menochius *de Arbitrarijs caſu 114. num. 13. & 14.* Scaccia *de iudicijs, lib. 2. cap. 11. num. 943.* Et manus, & ſcriptura alterius per multos facilè fingitur, vt notat Mar-
32 ſilius *in Rubr. C. de probat. num. 318.* Franciſcus Marcus *deciſ. 935. num. 5. part. 2.* Ioſephus Ludovicus *deciſ. Peruſina 7. n. 15.* Surd *conſ. 187. n. 24. in fine.* Vnde comparationē literarum per ſe ſolam plenā probationem non facere in privatis ſcripturis communiter tenent Doctores, Bartolus *in*
33 *l. admonendi, ff. de iure iurando*, Couarrubias *practic. cap. 22. num. 6.* Affictis *deciſ. 181. num. 7.* Ioſephus Ludovicus *deciſ. 7.* Rolandus à Valle *conſ. 26.* Avendaño *in cap. correct. 2. p. cap. 39.* Caſtillo *in l. 22. Tauri num. 11.* Vivius *lib. 3. commun. opin. verb. comparatio.* Menoch. *de Arbitrar. lib. 2. cent. 2. caſu 114.* Farinac. *in ſragm. crim. p. 1. verb. comparatio nu. 541.* Greg. Lop. *in l. 119. tit. 18. p. 3. Gloſ. non deve*, Acoſta *de privilegijs creditorum reg. 3. ampliat. 6. nu. 3.* Si tamen aliæ coniecturæ ſint, comparationi literarum ritè factæ cum iuramēto peritorum, & in præſentia iudicis, poterit ſtari; quia ex comparatione ſemiplena reſultat, & hæc probatio arbitraria eſt. Et hoc modo obſervari poterit communis opinio, quæ comparationem literarum in hoc caſu admittit, vt cum multis Mantica *de coniectur. lib. 4. tit. 3. num. 11. in medio*, cum alijs. Graſſus *n. 6.* Mieres, & Caſtillo *in locis vbi ſupra*, Peregrinus *conſ. 61. num. 3. lib. 1.* Paſchalis *de virib. patr. poteſt. part. 2. cap. 8. nu. 21.*

Fe-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Ferentilus ad Buratum *decis.* 475.*n.*21.

35 Neque obstant textus de contrario adducti; quia respõdetur *ad l.hac consultissima*, quod testes debent audire nomen hæredis saltem implicitè, & certitudinaliter, vt supra *cap.*15. *num.* 23. & 24. quia modus exprimendi non est de forma testamenti, sed nominatio hæredis, quæ expressè fieri videtur per relationem ad aliud, cum relatio sit de genere expressi.

36 Ad *leg. filius familias de liber. & posthum. iuncta leg.* 1. & 2. *ff. eodem* dicitur, quod nominatim institutio, & exhęredatio fieri dicitur, etiam si quis signo certo nomine tacito hæredem demonstraverit. *l. quoties* 9. §. *si quis nomen*, *ff. de hæredib. instituend.*

37 Ad *l. iubemus* respondetur idem, quod nomen hæredis debet nuncupari implicitè, & certitudinaliter; quod in nostro Regno absque dubio procedit *ex d.l.* 37. *Tauri* in verbis, ibi: *O señaladamente*, *l.* 10. *tit.* 11. *part.* 6. ibi: *O por otros señales.*

***

CA-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XIX.

AD NVTVM AN FIERI POSSIT HÆREdis institutio, & testamentum; & in quibus casibus dispositio nutu facta valeat.

SVMMARIVM.

RAtio quæstionis disputandi traditur. 1.

Nutus species assignantur diversæ. 2.

Nutus modus debet scribi per tabelionem, ibidem.

Nutu fieri posse testamentum tenent aliqui qui referuntur. 3.

Voluntas magis quam loquela attenditur. 4.

Intentio hominis nutu significatur sicut loquela. 5.

L. iubemus. 29. C. de testamentis cum alijs ponderatur. 6.

Nutu fieri hæredis institutionem non posse communis est opinio. 7.

Verbis quando opus est non sufficiunt nutus, aut signa. 8.

Verbum nuncupare quid significet. 9.

Institutio piæ causæ nutu fieri valet. 10.

Testamẽtum nutu factum in favorem consanguinei pauperis, an intelligatur factum ratione paupertatis, vel ratione cõsanguinitatis. 11.

Institutio nutu facta de eo qui aliâs succedere debebat sustinetur. 12.

Testamentum nutu factum inter liberos iure communi sustinebatur. 13.

Institutio iure Regio non requiritur ad testamẽti valorẽ. 14.

Testamentum factum â demente, qui filium hæredem instituit, sustinetur. 15.

Institutio nutu facta valet, quãdo testator prius apertè dixit, quod volebat talem hæredem

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

instituere.16. Et quando testamentũ prius dictatum fuit â testatore, ibidem.

Testamentum factũ â balbutiẽte, & ab eo qũi penitus non amisit loquelam, licêt minus articulatè loquatur, valet.17

Institutio facta partim ad nutũ, & partim per verbum sic, valet.18.

Institutio facta ad nutum cum clausula codicillari, si constat de volũtate sustineri, valet.19

Testamentu nutu factum in terris Ecclesiæ sustinetur.20.

Legata, & fideicommissa nutu relinqui possunt.21.

Legata ex coniecturis inducuntur.22.

Fideicommissa vniversalia nutu relinqui possunt.23.

Institutio facta ad nutũ an obliquetur vt valeat in vim fideicommissi.24.

Voluntas nutu significatur dubiè non certè.25.

L. quoties, §. si quis nomen, ff. de hæred. inst. interpretatur.26.

1 PErfectionem voluntatis testantis ex testium depositionibus probari omnino debere, quando vel testamenti non fuit facta scriptura, vel perfecta, & consummata non fuit, dictum est supra *cap.16.* & cum persæpè contingere valeat, quod testates sic obscurè loquantur, vt testes non intelligant, quæ dicta sunt, tractatum est supra *cap.17.* quibus verbis testari quis dicatur, & maximè hæredem instituere, & denique quia potest se offerre casus, vt nomen hæredis explicitè à testatore non exprimatur, sed per relationem ad aliã scripturam, capite antecedenti quæstio hæc tractata fuit. Ex his ergo rectò ordine sequitur videre nunc, quid erit dicendum, si testator in bonorum suorũ dispositione verbis vsus non sit, sed signis, & nutu voluntatem suam optaverit explicare, an huiusmodi dispositio iure possit subsistere, & perfectio volũtatis aptè quidem dicatur constare.

2 Et vt hęc clarirate solita tradantur, breviter supponẽdum est: nutus, quibus testatores voluntatem suam explicare intendunt, plurimas esse species, vt sunt conatus, sonus vocis confusæ, annuitio capitis, percussio palmarum, & similia, vt quando assentit humeris. Castillo *li. 4. controversiarum cap.27. n.31.* Et non solum species nutus

cum

cum distinctione, sed, & modus nutus, & signi scribi debet per tabellionē, vt posteà ex actis de veritate facilius constet, Castillo *nu.* 32. & 33. vbi multos refert.

3 Hoc ergo suppositō, si nutus modus, & species scriptā sint per tabellionem, difficultas quęstionis procedit, & ex resolutione illius dispositionis valor depēdet. Et affirmativam partem, valere nempè illius testamentum, qui nutu hæredem instituit, tenent Glossa *in* §. *quia verò* 5 *Authent. vt sponsalit. largitas.* Fulgosius *in Authent. eo nō obseruato, C. de testam.* Et alij relati à Thesauro *lib.* 2. *quæstionum forensium q.* 99. *n.* 22.

6 Ratio est, quia voluntas magis quàm loquela attenditur, *l. quoniam indignum, C. de testamentis*, at voluntas, & intentio hominis nutu significatur sicut loquela. Glossa *in c. Episcopus* 74. *distinct.* quod voluit Vlpianus dum certis signis non expressō hæredis nomine institutionem rectè fieri inquit *in l. quoties* 9. §. *si quis nomen, ff. de hæred. instituēd.*

Cęterum cōtraria opinio verior est propter fortē textum *in l. iubemus* 29. *C. de testamentis*, vbi ad valorem institutionis requiritur, quòd testator proprio ore hæredem nuncupet, si testamentum fuerit nuncupativum, vel si inscriptis, quod per manus testatoris vel testium hæredis nomen exprimatur, vt nulla fraus possit adhiberi, ibi: *Iubemus omnino testatorem, si vires habeat ad scribendum nomen hæredis, vel hæredum in sua subscriptione, vel in quacumque parte testamēti ponere: vt sit manifestum secundum illius voluntatem hæreditatē esse transmissam. Si autē forsi tam ex morbi acerbitate vel literarum imperitia, hoc facere minimè potuerit testibus testamenti præsentibus, nomen vel nomina hæredis nūcupari.* Et infra: *Quod si non fuerit obseruatum, & nomen hæredis vel hæredum non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testibus nuncupatum, hoc testamentū stare minimè patimur.* Et ibi: *Si enim talis est testator, qui neque scribere, neque articulare loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur, l. hæredes palâm* 21. *ff. illo tit.* §. *Sed his omnibus instit. eodem* §. *Sed hæc quidem*, ibi: *Et sua voluntate coram illis nuncupata instit. eod. l.* 1. *tit.* 1. *part.* 6.

7 Vnde communis est conclusio, & receptissima opi-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

nio, hæredis institutionem nutu, & signis fieri nō posse; vt ex dictis iuribus probant Paulus, & Bartolus, & communiter repetentes *in d.l. hæredes palàm, & in d.l. iubemus*, vbi Gloss. *verbo voce*. Natta *in l. hac consultissima*, §. *ex imperfecto*, *C. de testam. q.* 38. vbi tenent, etiamsi si testamentū Militis sit, Vivius *tom.* 1. *commun. opin.* 145. *propè fin.* Mantica *de coniectur. vltimar. volunt. lib.* 4. *tit.* 4. *n.* 6. Iulius Clarus, §. *testamentum q.* 37. Michael Grassus §. *institutio q.* 17. *n.* 2. Tuschus *lib.* 8. *concl.* 88. & *lit. T. cōcl.* 133. Marta *de succes. legal.* 4. *p. q.* 1. *artic.* 3. *n.* 5. Gaspar Anton. Thesaurus *lib.* 2. *q.* 99. *n.* 27. Ossualdus *ad Donellum lib.* 6. *cap.* 21. *lit. B.* Salazar *de vsu, & consuetudine c.* 3. *num.* 11. Peralta *in Rubr. de hæredib. instituend. ex nu.* 153. Antonius Gomez *in l.* 3. *Tauri num.* 110. Matienzus *in l.* 1. *tit.* 4. *gloss.* 16. *num.* 2. *lib.* 5. *Recopil.* vbi Azevedus *num.* 154. Covarrubias *in cap. cum tibi de testamentis num.* 4. vbi etiam Augustinus Barbosa *num.* 4. Molina *de iustit. & iur. tract.* 2. *disput.* 127. Pichardus *in dict.* §. *sed hæc quidem ex num.* 8. Flores de Mena *variar. quæst.* 1. *num.* 56. Castillo *lib.* 4. *cap.* 27. *ex num.* 20. Carpio *de executor. testam. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 21. & alij statim referendi.

8 Ratio huius opinionis ea est, quod pro forma, & substantia testamenti verba requirūtur, vt *ex d.l. hæredes palàm, & l. iubemus* clarè constat. At quoties non tantum voluntate, sed verbis opus est, non sufficiunt nutus aut signa *leg.* 1. §. *si quis interroget, ff. de verb. obligat.* 9 Et quia ex vi, & propria significatione verbi nuncupare nutus, & signa excluduntur; nuncupare enim est *verbis, & voce dicere*, vt ex Varrone, Festo Pōpeyo, & Budeo, probat Franciscus Conanus *lib.* 9. *Commētariorum cap.* 1. *num.* 3.

10 Hæc verò conclusio aliquas patitur limitationes. In primis ex ore omnium limitatur in institutione pietatis causa facta, quæ etiam nutu valida est favore piæ causę; quia in tali testamēto ad pias causas inspicitur solus cōsensus, & nuda simplex & naturalis volūtas testatoris, & ita dum de voluntate constat, attenta æquitate canonica servanda est. Covar. *in d.c. cum tibi n.* 6. vbi etiam Barbos. *n.* 4. Castill. *d.c.* 27. *n.* 26. Thesaur. *vbi supra nu.* 26.

Ce-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

Cenedo *ad decretal. collect.* 91. *n.* 2. Gregor. Lop. *in l.* 6. *gloss.* 2. *tit.* 3. *part.* 6. Menchaca *de succeſſ. creat. lib.* 3. §. 22. *nu.* 15. Tiraq. *de Privilegijs piæ cauſæ privil.* 8. *& in l. ſi vnquam C. de revocand. donat. verbo donatione largitus n.* 326. Raudenſis *deciſ.* 46. *n.* 7. Gamma *deciſ.* 81. *n.* 4. D. Franc. Hieronym. Leo *deciſ. Valētiæ* 10. *n.* 2. *vol.* 1. Genua *de ſcriptura privata lib.* 6. *cap.* 2. *n.* 16. Mantica *vbi ſupra n.* 8. vt ſi pauper hæres ſit inſtitutus, *& lib.* 6. *tit.* 3. *n.* 19. *vbi n.* 22. defendit, quòd etiam ſi teſtamentum nutu factum in favorem conſanguinei pauperis ſit, magis intelligēdum eſſe factum ratione, & contemplatione paupertatis, quam affectionis, & conſanguinitatis, de quo dubio agunt Caſtillo *li.* 4. *c.* 22. *n.* 6. & 7. Stephanus Gratianus *diſceptation. forēſ. tom.* 4. *c.* 605. *ex n.* 28. Valenz. Velazq. *conſ.* 10. *ex n.* 14. D. Garcias Maſtrillo *deciſ.* 206. *ex n.* 3. Petrus Surd. *de Alimentis tit.* 1. *q.* 93. *n.* 3. *& in conſ.* 72. *n.* 5. *& 16. li.* 1. Marcus Anton. Genuenſis *practicab. Eccleſiaſt. quæſt.* 574. Cancerius *variar.* 3. *part. cap.* 20. *de legatis nu.* 387. vbi quod pietatis cauſa cenſetur relictum, ſi aliàs iure ſuſtineri non poſsit, ſecus ſi ſine illo prætextu valere actus poſsit, nam tunc ſanguinis ratio præfertur pietati. Gutierrez *conſ.* 26. *num.* 8. Menochius *li.* 4. *præſumpt.* 115. *à num.* 6. Thomas Sanchez *de Matrimonio lib.* 1. *diſput.* 14. *num.* 9. Bonacina *tom.* 2. *diſp.* 3. *quæſt.* 17. *punct.* 8. §. 2. *num.* 2.

12 Secundo limitatur, & valet inſtitutio nutu facta de eo, qui aliàs etiam ſi non inſtitueretur hęres eſſe debebat; vt ſi teſtator interrogatus, an filium vnicum inſtitueret hęredem, annuut capite aut humeris, quod ſic: hoc ergo caſu valet inſtitutio cum etiam ſi nō inſtitueretur, ex lege Regia cenſetur inſtitutus. Azevedus *in d. l.* 1. *num.* 162. quod acutum dicit Flores de Mena *d. quæſt.* 1. *nu.* 56. & licèt contrarium intendat probare, & Caſtillo *vbi ſupra num.* 52. tamen Azevedi annotationem veram iudicat in caſu quo probaretur teſtatorem bonum iudicium habere, nam tunc valebit ſaltem inſtitutio fideicommiſsi iure, vt exiſtimat. Gomez *in d. l.* 3. *num.* 114. Sed nihilominus limitatio dicta prout traditur ab Azevedo certa eſt, & idem dicit cum

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

multis. Thesaurus, *d. quæst. 99. n. 29.* vbi tenet, quòd hæres demonstratur signo, & nutu, si ab intestato succederet, vt si filius testatoris fuisset. Ratio huius est, quia voluntas testatoris inter liberos quomodocumque probata iure civili sustinebatur, *l. fin. C. familiæ erciscundæ*, in quo cum testamento seu dispositione ad pias causas cõvenie bat, & ita quẽ admodũ testamentũ ad pias causas nutu factum valet, debet etiam testamentum favore filij hæredis factum nutu sustineri: iure enim communi testa-
13 mentum inter liberos nutu factum sustinetur. Ioannes Crotus *in l. 1. §. si quis in 1. lect. nu. 2. ff. de verb. obligat.* Mantica, *d. tit. 4. n. 9.* Peralta *in Rubric. de legatis 2. n. 14.* Corneus *cons. 324. nu. 25. vol. 1.* Barbacia *cõs. 43. col. 13. vers. 13.* quidquid contrarium dixerint quã plures relati à Castill. *vbi sup. n. 22*
14 Quod sic obijciatur ex *d. l. 3. Tauri*, eamdẽ solemnitatẽ in testamento inter liberos requiri, quę requiritur in alijs; facilè respõdetur, quod hodie ad testamenti valorẽ institutio hæredis non est necessaria, *d. l. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. copil.* vnde etiam si corrueret in-

stitutio, testamentum sustineretur, & in hæreditate succedet proximus, qui successurus erat ab intestato; & per consequens in vtroque casu filius semper in parentis bona succedet, vel ex testamento vel ab intestato: atsi in eo quod valeat testamentum testatoris, & publicus vertitur favor, expedit enim Reipublicæ vltima hominum iuditia exitum habere, *l. 2. ff. de testamentis*, quarè testamentum illud non sustinebitur, cum summi iudicij factum præsumatur ex eo solum, quod filium instituerit, etiam si antea pater amens fuisset. Beroius *cons. 56. lib. 2.* Plotus *cons. 168. num. 12.* Iosephus Ludovicus
15 *decis. Perusina 1. num. 111.* Tiraquellus *in l. 11. Connub. num. 6.* Conanus *lib. 9. comment. cap. 8. num. 1.* quandoque enim insani testamentum probatum est, quia in eo filius esset institutus hæres, vt scribit Valerius Maximus *lib. 7. memorabilium*, *cap. 8. num. 1.* de quo infra *cap. 21. num. 93.*
16 Tertio limitatur communis opinio, vt non procedat, quando testator prius aperte dixit, quòd volebat talem hæredem instituere;

tunc

tunc enim valet inſtitutio etiam nutu facta. Ita Ioannes Andreas *in addit. Speculat. in tit. de teſtament. § in primis in addit. quæ incipit quidam Pileus in fin.* Pariſius *conſ. 3. num. 38. vol. 5.* Surdus *conſ. 378. num. 19.* Matienzus *dict. gloſſa 16. num. 12.* Mantica *lib. 4. tit. 4. num. 10.* Caſtillo *dict. cap. 27. num. 29.* Theſaurus *d. quæſt. 99. num. 27. & 28.* Et idem quando prius dictatum fuit teſtamentum à teſtatore. Farinacius *deciſ. 139. num. 2.* Caſtillo *num. 30.* quia in his caſibus ſatis manifeſta eſt volũtas teſtantis, & ceſſat ratio timoris ne falſitas commitatur in teſtamentis. Et proinde ſtandum eſt voluntati; vt enim dixit Baldus *in l. penult. C. de neceſſar. ſervi hæred. inſtituend.* debemus ſequi voluntatem teſtatoris, ſicut venator ſequitur leporem, & ſicut ducens navim inhæret temoni. Loffredus, *conſ. 43. num. 5.* Rolandus à Valle *conſ. 53. num. 50. vol. 2.*

17 Quarto limitatur in eo, qui penitus non amiſit loquelam, ſed loqui poteſt tarde balbutiendo, & minus articulate, probatur, ex *l. quoniã indignum*, ibi: *Vel in quocumque loquendi genere.* Et ibi: *Nec neceſſaria ſunt momẽta verborum, quæ forte ſeminecis, & balbutiens lingua profundit, C. de teſtamentis, l. diſcretis verſ. vltimo, C. qui teſtam. facer. poſſ. l. Pamphilo, §. propoſitum, ff. de legatis 3. l. Seya §. fin. ff. de Donat. cauſ. mort. cap. Rainutius de teſtamentis, cap. nos quidem eo tit. l. 6. tit. 3. part. 6.* ibi: *Que eſta mengua aviniera por agravamiento de la enfermedad*, poſt Baldum, & alios repetentes in dictis legibus Guillielmus Benedictus *in d. cap. Rainutius verbo in extremis num. 27.* Covarrubias *in d. cap. eum tibi num. 4.* Antonius Gomez *in d. l. 3. n. 110.* Matiẽzus *vbi ſupra num. 2.* Pichardus *in §. ſed hæc quidem inſtit. de teſtamentis n. 13.* Iulius Clarus *§. teſtamentum quæſt. 37. n. 6.* Flores de Mena *variar. q. 1. num. 48.* Graſus *§. inſtitutio quæſt. 18. num. 7.* Menochius *conſ. 45. num. 38. vol. 1.* Mantica *lib. 2. tit. 6. num. 2.* Pater Molina *tract. 2. diſp. 127. verſ. illud.* Petrus Pechius *de teſtament. coniug. lib. 1. cap. 17. nu. 6.* Marta *de ſucceſſ. legal. tom. 2. part. 4. quæſt. 1. artic. 3. num. 1.* Caſtillo *vbi ſupra n. 3. & 4.* Gamma *deciſ. 46. num. 6.*

18 Quinto limitatur, quando inſtitutio facta fuerit partim ad nutum, & per verbum

bum ſic, quia magis enixa eſt voluntas quando non ſolum nutu teſtator demonſtrat hæredem, ſed etiam voce dicit teſtator ſic. Farinac. *conſ.* 97. *n.* 27. Cephalus *conſ.* 546. *n.* 18. & 71. Sfort. Oddus *conſ.* 76. *n.* 8. Caſtillo *nu.* 31.

19 Sexto limitatur in inſtitutione facta ad nutum accedente clauſula codicillari, nam vigore prædictæ clauſulæ cum ſuppleatur ſolemnitas, ſi conſtat de voluntate ſuſtineri debet. Bart. Alberic. Bald. Angel. & Iaſon *in d.l. iubemus, C. de teſtamentis.* Ioan. Dilectus *de arte teſtandi*, quẽ refert, & ſequitur Caſtillo *d. c.* 27. *n.* 28. Ioann. Cephal. *d. cõſ.* 546. *n.* 55. Menoch. *d. cõſ.* 45 *n.* 14. *li.* 1. Farinac. *conſ.* 97. *n.* 5.

20 Septimo limitatur in terris Eccleſiæ, vbi de æquitate canonica teſtamentum nutu factum ſuſtinetur. Abbas *in d. c. cum tibi de teſtament. & in c. relatum eodem*, vbi Butrius, Albericus *in d.l. iubemus in fin.* Magdal. *de num. teſt. p.* 1. *c.* 16. *n.* 108. & 109. Addit. ad Magon. *deciſ.* 32. *lit. D.* Theſaur. *d. q.* 99. *n.* 30. Caſtill. *vbi ſup. n.* 28.

21 Octavo limitatur in legatis, & fideicommiſsis, quæ nutu relinqui poſſunt, *l. nutu, ff. de legat.* 3. *l. labeo in fine, ff. de ſupelect. legat. l. in Epiſtola* 22. *C. de fideicommiſsis.* Gloſſ. *in d.l. iubemus verbo voce.* Antonius Gom. *in d. l.* 3. *n.* 111. Caſtillo 22 *n.* 32. & 41. Theſaurus *nu.* 24. quia ex coniecturis inducuntur, *l. cum proponebatur* 66. *ff. de legatis* 1. Et in eis non verba ſed mens coniecturata attenditur. Laurent. de Pinu *conſ.* 7. *n.* 3. & *conſ.* 12. *n.* 1. quod inſtitutione non tenet, verba etenim neceſſaria ſunt, *d.l. iubemus, C. de teſtam. l.* 1. *tit.* 1. *p.* 6. Teſtator enim qui neque ſcribere neque articulare loqui poteſt mortuo ſimilis eſt, & falſitas in elogijs committitur.

23 Ampliatur autem dicta limitatio, vt procedat nõ ſolum in fideicommiſsis particularibus, ſed etiam in vniverſalibus, nam vniverſalia quoque fideicommiſſa nutu relinqui poſſunt. Sic ex pluribus tenet Meneſ. Padilla *in d.l. in Epiſtola n.* 5. & 6. *C. de fideicommiſsis.* vbi vidẽdus eſt, Caſtill. *d. c.* 27. *n.* 41. Et quod magis eſt, quòd inſtitutio facta ad nutum obliquatur in vim fideicommiſsi, vt cenſeantur venientes ab inteſtato rogati reſtituere hæreditatẽ nominato in huiuſmodi teſtamento, tenuit Baldus

in

24 *in d.l.in Epistola, col.2.n.4.* vbi quęrit, quid si fuerit quis interrogatus an velit bona sua relinquere vxori, & nutu respondit, quod sic: & ad dubiũ respondit, quòd licèt non valeat testamẽtum quo ad hæredis institutionem, valebit in vim fideicõmissi ab intestato, vt actus valeat, & non pereat. Iason *in l.1.§.si quis ita ff.de verb.oblig.col.3.* vbi Bald. Novellus id tenent, Barbat. *cons.43.col.6.lib.3.* Simon de Præt. *de interpret. vltim.vol.lib. 2.solut.1.à n.29.cũ seqq.* Thes. *d.quæst.99.n.15.* Anton. Gom. *in l.3.Tauri nu.114.* vbi argumẽto textus *in l.quoties, C. famil.erciscundæ*, id probat. Et id maximè erit, quando instituta est persona dilecta, Bertran. *cõs.212.n.15.li.1.p.2.* Bertachin. *in verb.testam sub n.30.* Cephal. *cõs.546.n.55.* quæ an vera sint, & admitti possint, relinquo cogitandũ; quia hęc limitatio, & intellectus destruit in totum conclusionẽ communẽ; & quod vna via prohibitum est, alia videtur permissum, contra regulam iuris.40. *lib.6.*

25 Cum his autẽ limitationibus intellecta, & exornata prædicta communi opinione non obstat ratio tradita pro contraria; quia licèt verum sit, nutu significari voluntatem, hoc tamen procedit dubiè, & non certè; at voluntas vt valeat, & sustineatur testamentum debet esse clara, & certa, ne fraus de facili possit excogitari, & ita debet explicari verbis expressis testatoris, iuxta formam à lege designatam, quæ vocem, & verba requirit, nec obstat, quod traditur *in l.quoties, §. si quis nomen, ff.de hæred.instit.* nã debet intelligi, cum testator certo signo hæredẽ demonstrat, quod penè nihil à nomine distet, vt si dixerit cognomen hæredis, quõd multũ fuerit notum, verba autem testatoris non excluduntur in prædicto textu, imò specialiter requiruntur, quia signum debet esse tale, vt à nomine penè non distet. 26

27 Ex quibus omnibus hucvsque traditis clarè constat, quod si per nutus volũtas testatoris explicita sit, & manifesta, in casu impediměti ratione perfectionis voluntatis sustinebitur testamentũ imperfectũ quo ad solemnitatẽ, cũ hęc suppleatur propter impedimentũ si volũtas perfecta sit ex nostra leg *si quis cum testamentum 25. ff. de testamentis.*

CA-

Universidad Carlos III de Madrid. Biblioteca

CAPVT XX.

DE TESTAMENTO FACTO AD INTERROgationem alterius, & de captatoria voluntate, disputatur pro vtraque parte controversia, & defenditur Glossa in lege iubemus, C. de testamentis, ad cuius exornationem multa notantur.

SVMMARIVM.

TEstator simpliciter interrogatus, quē vellit esse hæredem, si respondeat nominatim Petrum vel Paulum, valida est institutio. 1.

Communicata volūtate tabellioni, si posteâ testator interrogatus respondeat per verbum sic valet testamentum. 2.

Interrogatus testator ab aliquo an eum, vel alium ab eo nominatum hæredem esse velit, si respondeat, quod sic, an valeat institutio, controversia est celebris, & negativê respondetur â multis qui referuntur. 3.

Hæredis nomen propria voce testator exprimere debet. 4.

Mutus testamentum facere non potest. 5.

Confessio ad interrogationem alterius facta non emanat ex perfecta voluntate. 6.

Facere qui tenetur voce, & manu propria non potest id per alīū explicare. 7.

L. si vnus 12. C. de testamentis traditur. 8.

L. hac consultissima vers. At cum humana fragilitas, C. qui testament. facer. poss. ponderatur. 9.

Testamenta non debent ab aliena voluntate pendere. 10.

Forma testamenti ad interroga-

tio-