



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Didaci Covarrvvas A Leyva Toletani Episcopi Segobiensis
... Opera Omnia**

**Covarrubias y Leyva, Diego de
Antverpiae, 1610**

De hæredibus instituendis.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-96556](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-96556)

quo mares feminis præferuntur: sicuti latè tradit Andr. Tiraq. in trad. de primogen. q. 10. & seq. [& post eum varia & multa ex Chronicis adducens Rhenatus Choppinus lib. 3. tit. 1. 2. & 3. & 6. ac 7.] Iure tamen etiam filia est instituenda, gloff. communiter probata in c. si pater. hoc tit. in 6. Doct. in gloss. communiter probata in c. si pater. hoc tit. in 6. Doct. in gloss. authent. nouissima, & hic frequētissimo & vnanimi consensu. Refert ergo scire ad huius cap. intellectum, quare testamētum Raynutij validum hic fuerit, non institutus filiabus: quam obiectionem sequenti §. dissoluemus.

EX §. PRIMO.

S V M M A R I A.

1. Etiam iure canonico filius est titulo hæredis honorandus.
2. Accrescendi ius inter hæredes institutos, non autè inter legatarios simpliciter factos, locum habet.
3. Filius an sit hæres instituendus necessarius in testamento condito inter liberos.
4. Clausula, omni meliore modo quo possit, quid in testamento operatur.
5. Testamentum inter liberos minus solenne, non valet, si inæqualiter sit parentis dispositio, & ibidem intellectus ad §. ex imperfecto. l. hac consultißima. C. de testam.
6. Aequalitas inter liberos seruanda est, inæqualitas enim est mater discordiæ.
7. Diuisio bonorum à patre inter liberos facta, quid inducat.
8. Clausula codicillaris an censetur apposta in testamento inter liberos, & inibi intellectus ad l. si frater. C. de fideicom.
9. Relinquo, verbum, an adiectum certa rei, inducat hæredis institutionem.
10. Pro legitima relicto, an institutionem præ se ferat.
11. De legitima supplemento petendo, & verus & communis huius cap. intellectus.
12. Legitima à patre filio tradita, recipit augmentum, si patrimonium parentis creuerit.
13. Pactum, de non succedendo inter patrem & filium, si filio legitimam dedit, an valeat sine iuramento.
14. Institutus in re certa, an sit verus hæres.
15. Institutus in re certa, an deducat Trebellanicam, & quid in filio testatoris.

§. I. De hæredibus instituendis.

Primum hic canon intelligitur iure Pontificis, quo satis est filio quocumq; titulo portione legitimam relinqui, nec est necessarius institutionis honor, Hostien. hic cuius opinio communis est, auctore Alex. in l. inter cetera. col. vlt. ff. de l. ber. & posthum. Nullibi tamen iure canonico id præbatur, non esse filios instituendos necessarios. Et tamen iure civili pallium cautum est, eos debere institui. Igitur cum in iure civili sit manifestum, filios esse omnino instituendos, non est constituenda hac in re differentia inter vtrumq; ius, nulla iuris canonici sanctione refragante iuris Cæsarei constitutionibus: vnde etiam iure canonum filius honorandus est institutionis titulo, gl. per text. ibi, in c. si pater hoc tit. in 6. verb. instituit, quam ibi sequuntur Ioan. Andr. Anchar. & Franc. post Domin. & esse hanc sententiam communem, fatentur Imol. hic. num. 31. & Iaf. in authent. nouissima. C. de inoffic. testam. num. 31. idem Iaf. in rubr. ff. sol. matr. num. 32. nec est hic titulus inutilis: siquidem inter hæredes præ institutos est locus iure accrescendi, non inter legatarios, si eam quam, C. de fideicom. Quin & gl. in hoc cap. verb. relinquens communem & vltimam opinionem probat contra Hostien.

Secundo intelligi potest hic textus, quando pater testamentum condidit inter liberos; quo quidem casu non tenetur quenquam eorum titulo institutionis honorare, gl. in authent. nouissima. C. de inoffic. testam. vbi Iaf. eam sequitur, & Philip. Prob. in c. si pater. per text. istum, & Mathes. notab. 104. quibus refragatur ratio illa, quod pater testamentum faciens inter liberos, non tenetur seruare superfluitosum rigorem iuris civilis, l. hac consultißima. §. ex imperfecto. C. isto tit. Regia. l. 7. tit. 1. parti. 6. ergo non tenetur pater eos instituere heredes, imò satis erit, legitimam portionem vniciuque eorum relinquere. Preterea clausula illa, omni meliori modo, quo possit, operatur, vt filius, cui aliquid relicto fuerit testamento, videatur hæres institutus, Balb. in l. quoribus. 2. colum. C. de hæred. instit. Alex. in l. nam quod. §. non omnis. 2. colum. ff. ad Trebell. Iaf. in d. authent. nouissima. 2. col. Dec. conf. 14. colum. 2. & Hippol. singul. 36. Hæc verò clausula apposta censetur in testamento inter liberos, gl. in l. cohered. §. cum filia. ff. de vulg. & pupill. substit. verb. non valet. vbi Imol. Alex. Aret. & Iaf. num. 18. dicit eam gl. sing. Iaf. in l. fin. num. 15. C. de codicill. idem Iaf. in l. hac consultißima. d. §. ex imperfecto. num. 8. idem in d. authent. nouissima. num. 21. idem in l. eam quæ col. 6. C. de fideicom. ex l. fin. C. de iuris vob. excise. & idem probatur argumento sumpto à testa-

stamēto autem militis dicta clausula intelligitur, l. 3. ff. de testament. milit. Igitur factò testamento inter liberos, nõ opus est, eos institutionis titulo expressim honorari. Verum contrariam sententiam maximè probat tex. in d. authent. vt cum de appell. cogno. §. aliud quoque capitulum. collat. 8. qui titulum legati similemve institutionem parentibus iniunxit, non facta distinctione, an testamentum esset inter liberos conditum quam opinionem tenent Cyn. & Dd. communiter, secundum, Salic. & Iaf. num. 16. in d. authent. nouissima. idem notat gl. communiter recepta in d. c. si pater. verb. instituit. Guliel. Bened. hic, verb. relinquens. in 1. num. 136. asserunt & hanc esse communem Anton. Rube. conf. 72. Philip. Prob. in d. c. si pater. & Carol. Molin. in Alex. conf. 168. lib. 5. Nec isthac decretalis priorem opinionem probat, quippe quæ præter alios intellectus ita exponi possit, vt filias hic hæredes institutas fuisse potius præmittamus, quam incertis coniecturis diuinemus.

Non obstat d. §. ex imperfecto. quia locum sibi vendicat, quando pater testatur inter liberos æqualiter, cum in id tēdat liberorum fauor, secus verò si inæqualiter inter liberos etiam testatur pater, tunc etenim non valet hæc vltima voluntas minus solennis, propter damnnum. quod ex hac inæqualitate quibusdam filiis obuēnirer, ac discordiæ maxima præberetur occasio, Roman. eleganter consil. 385. cui subscribit Dec. conf. 105. idem Dec. in l. 1. C. vnde liberi idem Rom. consil. 179. col. 4. nu. 4. & Tiraquel. de primogenys. q. 4. num. 4. optimus text. in l. vlt. C. fam. l. excise. ibi, pares esse videantur. quam legem ita intellexit Constant. Harmenop. Epit. lib. 5. tit. 1. vt æqualis filius bonorum diuisio ex ea constitutione contingat. Et licet Paul. & Iaf. in l. hac consultißima. colum. 3. C. qui test. fac. poss. idem Paul. Aret. Rimin. & Corne. in d. §. ex imperfecto. ab hoc intellectu dissentiant plane, quibus communiter ceteri suffragantur, in authent. quod sine. C. isto tit. teste Socino iuniore consil. 189. volum. 2. num. 87. Iure tamen procedit, vbi esset inter liberos maxima & iniuriosa inæqualitas, qualis est ista, vt vno eorum instituto, cæteris ignobili titulo vel lit pater satisfacere, ex Curt. iun. in d. §. ex imperfecto. num. 2. Anton. Rub. conf. 6. 2. colum. Socin. conf. 5. in 4. volum. vlt. colum. & eleganter Carolus Molin. in d. conf. 168. lib. 5. litera A. quibus accedit Regia lex 7. tit. 1. parti. 6. & l. 5. tit. 8. eadem parte, quarum prior, §. ex imperfecto. conuenit; posterior verò hunc secundum intellectum, quem nos impugnamus, approbat, sentiens, non esse necessarium institutionis titulum, quando pater testatur inter liberos, diuidendo inter eos propria bona. Ecce, quod lex illa non permittit ex filijs vnum institui, alterum verò ex hæredari, aut alio ignobili titulo legitimam portionem eidem relinqui, vtraque verò lex loquitur, quum pater inter liberos bona propria partitur. Partitio verò in dubio æqualiter est intelligenda, ob patris mentionem, l. nomen filiarum. §. portionis. ff. de verborum significat. l. 9. tit. 3. 3. parti. 7. vnde vel Regia lex ita est intelligenda, vt partitio æqualis sit, vel saltem, vt non probet valde inæqualē & iniuriosam diuisionem, nempe vnum ex filijs institui, ceteros verò hoc honore priuari. Quin & gloss. in l. quoribus. C. fam. l. excise. scribit, diuisionem præ bonorum à patre inter liberos factam in testamento solenni, etiam rerum adgnatione, institutionem inducere: quod si fiat in testamento minus solenni, nõ censetur facta institutio, nisi diuisio fiat per vncias aut partes quotas. ita præfata gl. quam dicunt singul. Alex. in l. nam quod. §. non omnis. ff. ad Trebell. penult. colum. Iaf. in authent. nouissima. num. 24. C. de inoffic. testam. Roder. Zuar. in l. 9. tit. de legatis. Foro legum. 7. quæst. ex cuius gloss. distinctione dicta lex Regia est intelligenda. vnde apparet, nullibi in præmissis casibus institutionis titulum cuidam ex filijs legitime concedi, reliquis verò eodem titulo exclusis. Hinc ergo constat ex d. §. ex imperfecto. non probari gloss. & Iafonis opinionem, nec item d. l. Regia, nisi fiat prædicta forma diuisio bonorum inter filios.

Item non obstat argumentatio sumpta à gloss. in d. l. coheredi. §. cum filia. illa etenim gloss. in discrimen adducitur ob decisionem text. in l. si frater. C. de fideicommissi. qua probatur, filium testatoris pupillariter substitutum impuberi fratri, post atatem pupillarem non admitti ex iure fideicommissi: & tamen si codicillaris clausula censeretur apposta, pupillar substitutio post atatem pupillarem expirans, iure fideicommissi valeret, gloss. in §. masculo. Instit. de pupill. substit. facit l. Trebell. in Authent. de heredi. legat. l. 1. in l. precibus. Imol. Alex. in l. vbi

in l. verbis civilibus ff. de vulg. ar. 2. colum. Galiaul. in l. centurio ff. de vulg. ar. colum. 54. Rube. consil. 129. & hæc est communis opinio, secundum Alexand. in d. l. verbis civilibus. & Curt. iun. in d. l. precibus. num. 54. ipse tamen ibi post Corn. in dict. l. si frater. & Galiaul. in d. l. Centurio. col. 55. hanc communem opinionem falsam esse existimat, quando substitutio esset ad pupillarem aetate restricta expressim: tunc etenim, etiam adiecta clausula codicillari, non esset locus fideicommissio post pubertatem: unde communis sententia habebit locum, si pupillaris sit reciproca compendiosa, aut minimè facta aetatis pupillaris restrictione concepta, secundum eos, & Paul. Castrenf. in d. l. si frater. Quinimo indutinè displicet d. communis opinio Viglio, in d. §. masculino. eo quod gloss. ibi frequentissimè celebrata, & d. l. si frater. de clausula codicillari nihil dicunt, sed de verbis aperte fideicommissum inducentibus.

Præterea, non congruit maiorem effectum habere ipsam clausulam codicillarem, quam si in codicillis facta esset ipsa dispositio, de qua tractatur: quod constat ex verbis clausulae, hunc sensum manifestè præ se ferentibus. Sed si esset facta in codicillis pupillaris substitutio, ultra pubertatè nullum effectum haberet: sicuti constat ex d. l. Scanola. quæ inter pubertatem ex benigna interpretatione, ne inutilis esset substitutio, eam uti fideicommissariam admitti permittit. Igitur clausula codicillaris non operatur esse fideicommissariam, post pubertatem, eam substitutionem, quæ pupillaris sit. Et subinde compendiosa verbis directis concepta, in testamento, ex quo semel ut directa valere potuit, repetita tandem in codicillis non operabitur plus, quam si concepta esset in testamento valido, sed ita instituta, cum semel iure directæ substitutionis valere potuerit, non producit ultra pubertatem etiam iure fideicommissi, ergo nec adiecta clausula codicillari. Ex quibus apparet, non euerri gloss. in d. §. cum filia. ex text. in d. l. si frater. Concessa tamè eiusde gloss. conclusione, respondeo, in testamento liberorum gratia factò intelligi hanc codicillarem clausulam in eo, quod ipsis liberis vile sit, non tamen in damnum alicuius eorum; sicuti damnum esset, quenquam eorum institui expressè, alium verò tacitè, sit etenim quodammodo iniuria ei, qui nominatum non instituitur, aut qui æquali honore simul cum fratribus ad patris bona non vocatur, vel decisio Bald. in d. l. quoribus. est intelligenda, cum testamento apponitur illa clausula, valeat meliori modo, quo possit, non autè quando simplex codicillaris clausula adijcitur. Sic sanè intellexit hanc Bald. opinionem Alex. in consil. 50. vol. 7. Curt. item iun. consil. 169. col. 2. primo siquidem casu, legatum filio relicto ad institutionis titulum refertur, non sic in secunda specie, quo fit, ut his rectè perpensis, non admodum cõueniat huic decretali hic secundus intellectus.

¶ Tertius intellectus ad istum text. inde sumitur, quod verbum, *relinquo*, adiectum rei etiam particulari, institutionem inducit, quando relinquitur ea res ei, qui necessariò est instituendus: id etenim suadet materia subiecta, Carol. colum. 1. & Abb. hic existimans, hunc text. esse ad hoc singul. idem notavit Bald. tamen si subobscure, in l. quoribus. C. de hered. instituend. à quo id colligunt Imol. in l. 1. §. si ex fundo. num. 52. & in l. his verbis. colum. 1. ff. de hered. instit. Alexand. in l. nam quod. §. non omnis. ff. ad Trebell. 2. colum. Verùm hæc sententia, quæ Baldo passim tribuitur, eueritur ex text. in *authent. ut cum de appell. cogn. §. aliud quoque capitulum. collat. 8.* qua quidem constitutione sancitur, filium esse instituendum, nec sat esse ei aliquid relinqui. Quis igitur adeò obtusa mentis erit, qui vel transferri non percipiat ex eo textu, minimè sufficere quidquam filio relinqui à patre, ni hæres instituat? Regia inde in l. 5. tit. 8. part. 6. dixit, satis esse, filium à patre aliquam rem consequi titulo hæredis: ergo non sufficet legati aut relicti nomen. Unde à conclusione Baldi recedunt Imol. in d. l. his verbis. & in d. §. si ex fundo. num. 55. Alexand. in d. §. non omnis. 2. colum. Barbat. hic num. 14. & Gulielm. Benedic. verbo, in eodem testamento relinquitur in 1. num. 57. quorum opinio communis est, secundum Imol. hic num. 30. & eundem in d. l. his verbis. & in d. §. si ex fundo. & Corne. in d. l. quoribus. num. 3. & probatur ex eo, quod verbum, *relinquo*, adiectum rei alicui in specie, non inducit hæredis institutionem, *l. cogi. §. generaliter. ff. ad Trebellia.* vbi Bartol. hoc ipsum adnotavit. Imò verbum hoc, *relinquo*, adiectum quotæ hæreditatis, non inducit institutionem in filijs, qui formaliter sunt instituendi, sicuti in specie scribit Carol. Molin. in Alexand. consil. 17. lib. 3. ad finem.

10 ¶ Quartus hic

prehenditur, filiam à Raynutio hæredem institutam fuisse, cum ei pater reliquerit domum pro sua legitima: in hac etenim specie censetur titulo institutionis domus relicta. Cardin. hic, Bartol. Bald. & Fulgos. in *authent. unde si parens. C. de inoffic. testam.* Bartol. idem consil. 151. & Franc. Tigrinus consil. 152. post illud consilium Bartol. Corne. consil. 35. colum. 3. volum. 2. Curtius iun. 3. colum. post Bald. in l. humanitatis. C. de impuber. & alijs substit. vbi textus huic opinioni refragatur, nisi dixeris, tempore illius constitutionis non fuisse necessarium, filios hæredes institui: & ideo suspecta quibusdam videtur Bartol. sententia, quam reprobant Salic. in l. quoribus. C. de hered. instit. vlt. m. questio. Imolén. in d. l. his verbis. & in d. §. si ex fundo. & idem ac Barb. hic num. 13. Alexand. in d. §. non omnis. 3. colum. 1. l. 1. in d. *authent. nouissima. num. 28.* Mathes. notab. 159. Gulielm. Benedic. hic, verb. relinquitur in 1. num. 58. & probat text. in d. §. aliud quoque capitulum: vbi non sufficit legitimam portionem relinqui, ni relinquantur illa titulo institutionis. Regia itè in l. 5. tit. 8. part. 6. sufficere statuit, legitimam filijs titulo hæredis relinqui: ergo non sufficet legitimam relinqui alio titulo. Eadè etiam opinio alia ratione probatur, quod legatum à patre filio cõsetur in dubio pro portione legitima legatum, l. siue libertus. ff. de iure patronat. l. etiam. §. si debita. ff. de bonis liber. id verò, quod inest à iure, si exprimat, nihil operatur: igitur relatu seu relicto filio pro portione legitima, non trahitur ad institutionem, atque ideo hæc vltima opinio verior videtur, quamvis Bartol. opinio sit cõmunis, ut testantur Alexand. & Dec. in d. l. humanitatis colum. 2. lac. in d. l. quoribus. nec est tutum ab ea recedere in iudicando, sicuti nec in cõsulendo, secundum Cor. consil. 298. colum. 3. vol. 1.

¶ Quintus intellectus apertissimè huic capiti conuenit: nempe, ut præmittamus in testamento Raynutij institutionem: concisè etenim enarrauit hic Romanus Pontifex testamenti seriem: atque ita intelligitur istum text. gloss. & Doct. hic gloss. communiter recepta, in c. si pater. isto tit. in 6. Gulielm. Benedic. in d. verb. relinquitur. num. 65. in primo. Et est hic intellectus communis, secundum Lanfranc. hic colum. 1. Alexand. consil. 70. colum. 3. vol. 2. & 1. l. in d. *authent. nouissima. nu. 31.* tamen si falso asserat, eum communiter reprobari Gulielm. Benedic. in d. verb. relinquitur. num. 10. Quod si filijs à patre instituantur hæres in ea portione, quæ legitima non est, aget ad suppleendam legitimam portionem, non tamen dixit nulli patris testamentum, text. in d. *authent. ut cum de appellatione cogn. §. hæc autem d. sponsumus gloss.* communiter recepta in d. *authent. nouissima. & in d. cap. si pater. verb. in re certa. Regia l. 5. tit. 8. part. 6.* Si verò in vita pater filio legitimam portionem iure debitam tradiderit, attenta quantitate bonorum, quæ eo tempore pater habebat, pacto equidem præmisso inter patrem & filium de non succedendo, ac demum patris bona augeantur ante obitum patris: filius eo mortuo aget ad integritatem portionis legitimæ, ut sibi traderit, id, quod dicitur iuxta bona quæ pater in morte dimiserit, Bald. per text. ibi, in c. cum M. col. 4. de constit. idem Bald. in l. pactum. C. de collat. vlt. opposit. Roman. & Imolén. in l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verbis obligat. Ripa in d. cap. cum M. num. 38. 1. l. in l. si quando. §. 1. C. de inoffic. testament. Rodericus Zuar. statim citandus, & est communis opinio, secundum 1. l. in l. quod seruis. ff. de condi. ob caus. dat. & eundem in d. *authent. nouissima. colum. 4.* legitima etenim portio filijs debetur ex bonis, quæ parentes tempore mortis obtinuerint. l. cum queritur. C. de inoffic. testament. Regia l. 23. Tauri. licet Curt. sen. consil. vlt. dixerit, communem opinionem asserere, filium non posse agere ad suppleendam legitimam portionem, ob augmentum bonorum paternorum. post Iacob. Butrig. in d. l. pactum. & Ang. in d. l. stipulatio hoc modo concepta. quorum opinio nempe dixit veriore, & magis communem esse Carol. Molin. in Alexand. consil. 18. lib. 5. qui post alios præmittit in hoc casu, validam esse pactioem de non succedendo. Et sanè si eapactio censetur valida, dubio procul opinio Iacob. Bur. verior est, & magis à posteris probata, nec id negabunt priorem opinionem sequuti. Sic denique etiam absque iuramento eandem opinionem Iacobi sequuntur, dicentes eam communem esse, Roman. in d. l. stipulatio. Georg. Nat. in cap. quamvis pactum. colum. 2. de pact. in 6. Nicol. Boer. decif. 62. col. 4. & Gulielm. Benedic. in hoc cap. Raynutius in verb. duas. numer. 242. Pro quibus solet induci text. in l. 1. §. si vel parens. ff. si quis à parent. fuerit manumiss. Ego tamen, etiam si opinio Butrig. restitit iuramento super pactioem præmissa admodum, tamen absque iuramento censetur, inde ipsius opinio

probare videntur, idem Gulielm. Benedic. hic, verb. in eodem l. num. 220. Ioan. Lupi in c. per vestras. 3. notab. §. 23. de donat. inter vir. & vxor. Thom. Gram. decif. 57. num. 30. præter eos, quos paulo ante post Bald. citauit.

Prima verò opinio adhuc locum sibi vindicat, si patri promittat filius abique iuramento, se amplius nihil petiturum ratione portionis legitimæ, si quando. §. 1. C. de inoffic. testam. Iaf. & Ripa in dictis locis, quod Doct. primam opinionem sequuti manifeste probant. imò sunt, qui adserant, tamen sequuti manifeste probant. imò sunt, qui adserant, tamen sequuti manifeste probant. imò sunt, qui adserant, tamen sequuti manifeste probant. imò sunt, qui adserant, tamen sequuti manifeste probant.

¶ Subdit gloss. institutum in re certa loco legatarij habendum esse. idem notat gloss. in cap. si pater. in gloss. 3. text. vbi late Iaf. in l. quoties. C. de hæredib. instituend. quandoque tamen hic institutus in re certa est censendus heres, non legatarius, sicuti Doct. explicant in d. l. quoties. Francisc. in d. e. si pater. super gloss. 3. Rotæ decisio 864. in antiq. Gulielm. Benedic. verb. in testamento relinquens, in primo num. 256. Nam institutus in re certa heredis nomen & commodum habet, quoad ius accrescendi: herede etenim vniuersali repudiante, tota hereditas accrescit huic in re certa instituto. sicut Bartol. Angel. Salic. & alij existimant in d. l. quoties. & in §. si ex fundo. statim allegando, quorum opinio communis est, quod præter alios Corne. asserit consil. 3. r. volum. 4. Rursus si heres vniuersalis non instituitur in tota hereditate, nec in eius quota portione, hic censetur hæres vniuersalis. l. 1. §. si ex fundo. ff. de hæredib. instituend. notatur in d. l. quoties. Regia l. 14. titul. 3. part. 6. Verum hic in re certa institutus heres, & rogatus restituere alteri rem ipsam, quartam Trebellianicam non detrahit, Bald. & Iaf. colum. 5. in l. filium. C. famul. erciscun. Abb. hic colum. penult. idem Iaf. in d. l. quoties. colum. 3. Guido Papæ de offio. 466. etiam si hic institutus sit filius testatoris: qua Trebellianica solū deducitur ab hærede vniuersali, aut ab herede alio, qui propriè heres sit. l. 1. §. inde Neratius. C. l. mulier. §. vlt. ff. ad Trebellianicam. hic verò institutus in re certa non est propriè heres. l. quoties. paulo antè citata: igitur non potest Trebellianicam deducere. atque ita in hac specie respondet Aymon Saullianus consil. 1. 3. r. num. 13. & consil. 186. col. 1. aduersus Curt. iunior. consil. 160. & gloss. quæ contrarium præmittit in d. cap. si pater. verbo, Trebellianica. Illa tamen gloss. defendi potest ex eo, quod heredi instituto in re certa datus fuerat ibidem substitutus vniuersalis: quod ipse tradam inferius. §. 9.

EX §. SECVNDO.

SVMARIA.

1. Institutio aut substitutio patris & filij concepta per copulam, & enim intellectum habet, ut simul pater & filius admittantur: non ordine successione & gradus.
2. Si feudum accipitur pro se & filijs masculis & feminis ordine sexus, masculi prius admittuntur, quam feminæ.
3. Masculi in feudis præferuntur feminis.
4. Patre accipiente emphyteusim pro se & filijs suis masculis & feminis, an eo mortuo à masculis excludantur feminæ.
5. Nilal refert, fiat conuincio plurium per dictionem, & an per dictionem, cum, contra Bartolum.
6. Institutio filij & nepotis ex eo censetur facta ordine gradus, & successione, non simul.
7. Institutio Sempronij, & eius filij hæredis, est accipienda ex ordine successione, non, ut simul admittantur.
8. Iussu Titio & hæredibus suis legatus quomodo diuidatur.
9. Institutio omnis & plurium nomine collectiua facta, ordine successione & gradus est intelligenda.
10. In caso quo plures ordine successione vocantur, sit admittenda vulgaris aut commissaria substitutio.

§ Secundus.

Constat deinde ex præiua huius decisionis enarratione, qualiter Raynutius Alterocham, & eius Iobolem, Adiectæ substituerit, mortuæque Adiectæ, Alterocha & eius filius petierunt iure substitutionis bona Adiectæ: quo fit, vt ex hoc probetur, duos substitutos, aut institutos disparis gradus, æqualiter & simul vocari ad successionem, non ordine gradus: idem asserit l. vlt. C. de impub. & alijs substit. vbi substitutus patre cum filijs, & Sempronio, dimidia pars competit Sempronio, alia dimidia patri & filijs simul. optimus ad idem text. in l. si mulier. ff. de usufruct. accresc. & in l. si quis Titio. ff. eo tit. iuxta communem intellectum: E contrario tamen instat text. in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum. ex quo colligitur, ordine gradus primò patrem admittendum esse, ac deinde filium. Quamobrè Bart. in d. §. quidam recte. tres assertiones tradit, quibus hanc quæstionem dissoluere conatur.

¶ Prima conclusio: Institutio aut substitutio patris & filij, per copulam, & concepta, ordine gradus non est simul intelligenda, vbi ratio affectionis dicitur, patrè prius admitti debere voluntate testantis: quod in simili probat text. in l. Lucius. ff. de hæred. inst. & in l. generaliter. C. de inst. & substit. atque idem erit in quibuscunque, qui simul copulantur in aliqua dispositione, si prælationis ratio ab affectione testantis colligatur. Sic patre recipiente feudum pro se & filijs masculis & feminis, ordine lexus prius admittuntur masculi, quæ feminæ, text. in c. 1. §. filia. de success. feu. & in c. 1. Episcop. vel Abbat. Sed Bart. conclusioni refragatur text. hic secundum Lanfran. col. 3. siquidem aderat in hac specie ordo affectionis, & tamen simul Alterocha & filius admittuntur: & quamuis Soc. Anton. Rube. & Fortun. in d. §. quidam recte. conentur euertere huius cap. inductionem varijs interpretationibus: nulla tamen earum satis conuenit. Est etiam contra Bar. voluntas testantis ex eius oratione & verbis deprehensa, quæ ordini charitatis præferenda est. Quin & text. in l. coticillus. §. institutio. ff. de leg. 2. palam probat, institutis filio & nepote, eos simul non successorio ordine vocari. ex quibus tolluntur rationes Bart. nam text. in d. §. filia. propter naturam feudi procedit: cum in feudis masculi & feminis passim præferantur. Nam & idem Bar. in l. vt iureiurand. §. si liber. ff. de oper. lib. scribit, patre accipiente emphyteusim pro se & filijs suis masculis & feminis, mortuo patre non præferri masculos feminis, l. maximum. C. de lib. prat. sequuntur Bar. Salic. in l. 2. C. de iure emphyt. q. 17. & ibi Iaf. num. 187. Anchar. consil. 125. Imol. in c. potuit. de locat. vlt. col. & est communis opinio, teste Alber. Brun. in tract. de stat. exclud. fem. art. 8. q. 22. qui omnes, & Socin. consil. 113. 2. col. vol. 1. & eius nepos Socin. consil. 133. num. 25. vol. 1. Anchar. in l. tres fratres de pat. & alij, quos referam in c. Raynaldus. num. 2. id intelligunt, refragantibus Salic. & Lusitano, in l. 5. ff. de reb. dub. nisi esset in ea regione aut prouincia statutum, feminas excludi extantibus masculis. idem notat Alexand. consil. 119. n. 8. lib. 5. & consil. 5. lib. 4. optimè Caro. Molin. in consuet. Præf. §. 22. q. 26. num. 86. vbi asserit, hanc opinionem communem esse: dubius tamen, an vera sit. sicuti etiam dubitauit in d. consil. 15. in additionibus ad Alexan. quibus constat in d. §. filia. non probari hanc primam conclusionem. igitur Bart. opinio communiter reprobatur, vt asserunt Iaf. num. 18. Fortun. col. 25. Galiaul. num. 65. & Anton. Rube. fol. 5. col. 4. in d. §. quidam recte. Dec. consil. 236. col. 2. & Alex. consil. 22. colum. 3. vol. 3. Corn. consil. 17. vol. 4. & Cæpol. consil. civil. 52. col. 2. ipse verò Bart. etiam præmissis ordine charitatis admittendos censuit simul esse eos, qui vocati fuerint per dictionem, vna, cum, & similibus. Cui consensere ferè omnes in d. §. quidam recte. & Mathes. notab. 157. Adhuc tamen in hoc nulla procedit differentia: nihil enim refert, fiat coniunctio per dictionem, cum, an per dictionem, vna. text. insignis in d. l. si quis Titio. ff. de usufr. accresc. Iaf. nu. 14. Anton. Rube. fol. 13. col. 1. & Fortun. in d. §. quidam recte. col. 17. vnde si ex ordine charitatis essent plures coniuncti admittendi, seruat is ipsi gradibus, parum aut nihil referret coniungi eosdem his aut illis dictionibus.

¶ Secunda conclusio: Institutio filij & nepotis ex eo concepta, per copulam, & intelligitur ordine successione, & non simul. hæc etenim institutio facta censetur ordine necessitatis: cum filius sit instituendus in primo gradu, l. 3. & linter cetera. ff. de liber. & posthum. ergo perpenfa subiecta specie, exigit necessitas, vt successio eius ordo seruetur, gloss. in d. §. quidam recte. vbi Iaf. & Fortun. vt scribunt Iaf. col. 4.

ius rei sit exemplum, Institutio Titium meum heredem. Et si Titius moriatur sine liberis, aut ipsi Titii liberi moriantur sine filiis, substitutio Sempronii non. Nec hoc ultimum fideicommissum valet, quippe quod ab eo, quem testator non honorauerit, relinquatur, l. ab eo. C. de fideicommissis. Alber. in rub. ff. de vulg. nu. 39. Alex. in d. l. Centurio. n. 94. idem Alex. conf. 105. vol. 1. Anchar. conf. 137. quorum opinio communis est, secundum Iaf. in d. l. Centurio. num. 57. & eundem consil. 35. vol. 3. Dec. conf. 422. col. 2. & consil. 270. col. 1. Socin. consil. 62. volum. 3. colum. vlt. Curt. iun. in consil. 43. nu. 6. Alex. conf. 221. 2. vol. & Socin. iun. in consil. 118. volum. 1. num. 22. qui omnes eandem sequuntur. & Carol. Molin. in Alexand. consil. 64. lib. 5. Nec apud me dubium est, hanc sententiam frequentiori calculo receptam fuisse, sicuti & alij plures fatentur sepissime. Sed Bart. in d. l. Centurio. num. 37. contrariam sententiam probat, ea potissimum ratione, quod ipsius testantis voluntas fuerit, liberos instituti ex testamento vocare, cum ab eis fideicommissum relinqueret: alioqui non relicturus hoc fideicommissum ab eis, quos minime honorauerit. Nam & coniecturis contrariæ voluntatis, præfatam opinionem communem cessare, frequentissimum est apud Doct. hanc controuersiam tractantes. Igitur opinio Bart. iure procedit, cui subscribunt Alexand. conf. 64. volum. 5. Anchar. consil. 74. Curt. consil. 45. volum. 3. & consil. 51. colum. 9. Corne. conf. 219. colum. penult. lib. 2. Socin. in d. l. cum auus. colum. penult. idem in l. cum filios familias. colum. 3. ff. de legat. 1. Curt. iun. consil. 16. colum. 3. Galiaul. in d. l. Centurio. colum. 92. & ibi Ripa num. 167. Politus in tract. de substit. tit. de compendiosa. num. 30. & eodem tit. Zaf. colum. penult. Chaffan. consil. 14. col. 2. quorum opinio facilius defendi potest, quam præcedens, inspecta præsumpta testatoris voluntate, quæ in testamento primum locum obtinet.

¶ Cæterum, utcumque sit, etiam admittitur opinio, fideicommissum valere poterit, si ita fuerit relictum, vt nominatim à liberis instituti non detur, sed simpliciter, hac quidem forma: Si Titius hæres meus decefferit sine liberis, vel eius liberi sine filiis moriantur, bona mea decemant ad Sempronium: in hac etenim specie fideicommissum à liberis instituti, minime relinquatur, sed rogatur institutus hæres hereditatem Sempronio restituere, si eius liberi sine filiis decefferint, Alex. in d. l. Centurio. num. 95. Bald. & Salic. in l. precibus. col. penult. C. de impub. idem Alex. conf. 198. vol. 2. n. 13. argumento sumpto à l. quoties. ff. de reb. dub. nam & grauamen iniunctum institutis transit in eius hæredes, secundum eosdem.

¶ Secundò, dicta communis Doct. adnotatio ex gloss. in d. l. Lucius. procedit, etiam si testator masculorum in conditione mentionem fecerit, ita tanquam, Si institutus sine liberis masculis decefferit, substituo Sempronium. Adhuc equidem liberi non censentur substitui, Alex. conf. 24. col. 4. & consil. 32. vol. 2. Soc. conf. 62. tit. col. & consil. 116. col. 6. vol. 3. quorum opinio communis est, vt fatentur Ripa in d. l. Centurio. nu. 162. & Pau. Parisien. consil. 14. vol. 3. atq; nota lite ita pronuntiatum fuisse, testatur Guido Pap. decis. 600. & decis. 184. fatentur etiam hanc opinionem communem esse Ripa in l. i. C. de pact. n. 9. & Soc. iun. consil. 177. vol. 2. idem consil. 118. vol. 1. n. 16. Paul. Paris. conf. 86. nu. 15. & consil. 87. num. 32. vol. 2. Ipe verò Guido Pap. contrariam opinionem veriorē esse existimat, dicens, liberos masculos censeri omnino substitutos, tamen si in conditione fuerint nominati. Idem Dec. consil. 270. Curt. iun. consil. 43. num. 7. Idem Dec. in l. i. C. de pact. num. 16. & ibi idem Curt. iun. num. 14. qui asseuerat, secundum hanc opinionem iudicatum fuisse. Eandem sententiam sequuntur Corne. conf. 146. lib. 2. Lud. Gozad. conf. 26. nu. 22. Carol. Ruin. conf. 167. nu. 9. lib. 3. [latè Boer. decis. 155. num. 25. rursus idem Dec. conf. 318. col. 2. & consil. 546. col. 1. Paris. conf. 52. nu. 44. lib. 3.] Aymon Saullianus conf. 130. col. 1. [Cuman. conf. 2. nu. 7. Grat. conf. 101. nu. 2. Curt. iun. iterum conf. 87. num. 2. Soc. iun. conf. 158. lib. 2. nu. 73. & consil. 65. lib. 1.] ab exemplo statutorum, quæ à successione excludunt feminas, extantibus masculis: qui si ab intestato succederent, minime excluderent feminas, sed cum eis simul admitterentur. Sic in hac specie, si masculi ab intestato succederent, simul cū feminis essent admittendi: & ita substitutis præferrentur feminæ, quod est contra testantis mentem, & ideo est dicendum, masculos à testatore ex testamento vocari, sicuti Decius existimat.

Hac tamen ratione ego non cōcedere: atque, vt arbitror legatus quomodo quaestione, masculi ex voluntate testantis sine nomine collectiuo, à testatore ipso instituto, & eadem voluntate feminae, si non nominatim ab intestato successione non vocantur.

mè constat ex traditis ab Alber. Brun. in tract. de stat. exclud. fem. art. 8. & art. 13. Possent sanè opinio Guidonis locum obtinere, si testator feminas, eo casu, quo nascerentur, peculiari titulo honorauerit, Corne. consil. 207. vol. 2. c. 3. Curt. iun. conf. 87. col. 2. Rip. in d. l. Centurio. n. 163. Aymon conf. 130. col. 3. Similiter & Hieron. Grat. conf. 3. nu. 19. vol. 1. aliquot aliis modis opinionem Guidonis defendit.

¶ Tertio, præmissa gl. communis opinio etiam in legatis locum habet eadem ratione, Socin. in d. l. cum auus. fol. vlt. col. 7. i. cui subscribunt Lancel. Galiaul. in d. l. Centurio. col. 91. & Cattel. Cot. in memorabilib. dictione, Filij in conditione. optimus text. in l. si quis sub conditione. ff. si quis omisi. caus. testam. quo probatur, etiam in legatis positum in conditione, non censeri in dispositione decretum: Idem probatur in l. 1. §. item si ita. ff. ad leg. Falcid. ad idem l. filius familias. §. cum quis. ff. de legat. 1. cuius ratio generalis est: nam & l. generaliter. C. de instit. & substit. §. cum auen. sensiti adiectos conditioni non vocari ad fideicommissum ex testamento: & subdit procedere eam constitutionem in legatis, & fideicommissis: quo fit, vt prædicta opinio sit recipienda aduersus Ang. in l. in legatis. C. de leg. & Iaf. ibi [eundem Iasonem in consil. 4. num. 5. lib. 1.] dicentes, in legatis adiectum conditioni vocari per fideicommissum ex testamento: nec id mirum esse; cum legata nutu relinqui possint, l. nuda. ff. de lega. 3. non sic hereditas; & ideo quamuis gloss. in hereditatibus loquatur, erit aliud dicendum in legatis. Idem Corn. conf. 146. col. 5. vol. 2. quorum ratio ex præcedentibus tollitur, & ex eo, quod dicta gl. etiam in fideicommissis loquatur, quæ legatis exequantur. Vnde non immerito Iaf. in l. 1. col. 4. C. de pact. Angeli sententiam dubiam esse fatetur: Sed & illos Angeli commentarios, Florentinos, inquam, quorum Iaf. meminit, nondum ipse vidit: in his verò, qui vulgo habentur, nihil hac de re Angelus scribit.

¶ Quarto eadem opinio gloss. adhuc vera est, etiam si positi in conditione non sint successuri: ipsi instituto intestato; nihilominus etenim hi non censentur testamento vocati ad fideicommissum. Filius siquidem naturalis substitutum excludit, licet intestato parenti successor legitimus non sit, l. ex factis. §. si quis rogatus. ff. ad Trebel. auth. licet. C. de natur. liber. Hanc verò extensionem probat insignis text. in d. l. filius familias. §. cum quis. vbi nominati in conditione excludunt substitutum, etiam si non sint heredes instituto. Eandem opinionem probat gl. in d. l. ex factis. §. vlt. vbi Vincent. Hercul. & Alex. in d. §. si quis rogatus. 2. col. & ibi Ripa num. 27. fatentur eam communem esse. Et in hac specie idem concedit Paul. Castr. in d. §. cum quis. & in d. §. si quis rogatus. ab ea tamen opinione & extensione discedens.

¶ Porro, si quando à præfata communis opinione recedendum erit, id non temere sed cautè agendum est, perpen-
satis coniecturis, quibus deprehendi possit, eam fuisse testatoris voluntatem, vt nominatos in conditione ad substitutionem ex testamento vocauerit, quod iudex attentè admodum arbitrabitur, Socin. in d. l. cum auus. ad fin. Curt. iun. consil. 43. numer. 7. Paul. Paris. consil. 42. volum. 3. [Quæ ratione & aliis admittendum est, quod circa eandem communem opinionem in primogenitorum Hispanorum interpretatione probat Molina. lib. 1. c. 6. vbi legendus omnino Ancharan. conf. 74. & præsertim Bart. in l. cum auus. ff. de condit. & demonstr. ex cuius sententia erit obseruandum, masculis positus in conditione, testatoris voluntatem ex eo videri certè esse, vt masculi admittantur, feminæ verò censentur excludi. Cuius opinionem post Soc. sequuntur multi, quos citat & sequitur Molineus in consuet. Paris. 2. part. §. 16. num. 6. & Molina lib. 3. c. 5. num. 31. Ex quibus ego profectò non dubitarem, Guidonis opinionem, cuius paulo antè memini, saltem in primogeniis, (quæ apud Hispanos frequentia sunt) veram omnino esse, atque ideo in iudiciis admittendam fore, imò vt ingenuè, quod in hac controuersia sentio, explicem, & apertissimè pronunciem existimo, glossæ opinionem, in d. l. Lucius. etiam si communiter sit recepta, minime procedere, neque recipiendam esse, in maioratibus & primogeniis, quæ ab Hispanis institui solent, etiam si nulla fiat masculorum mentio, nec positi in conditione, sint ab ipso institutore primogenij descendentes. Et hæc quidè dixerim ex voluntate testatoris vehementer sanè præsumpta.] Hieron. Grat. conf. 48. vol. 1. Soc. in d. l. si quis. §. vlt. volum. 3. Vnde si quis derogans futuris necessitatibus, vt successus dicat, velle ipsum habere fuerit, & addiderit id
liori modo
lit.

