



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

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

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

De processu in actionibus ex testamento.

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

De processu in actione ex testam.

EX hoc capite §. cum autem primum apparet, Cardinalem plurima addidisse sententia: late per iudicem inferiorem, cum tamen iudicis officium in appellationis iudicio sit, pronunciare male aut bene appellatum fuisse. l. eos. Cod. de appell. Sic etenim inquit Imperator: Cum super omni causa interpositam prouocationem, vel iustam tantum liceat pronunciare vel iustam. Quamobrem videri potest, hanc sententiam Cardinalis aduersus illam decisionem latam fuisse. Id tamen receptissimum est dictionem illam, tantum, non excludere ea, quae sunt propria ipsius actus. clem. exiui. §. cum autem. de verbo. significat. quem tex. dixit esse peregrinum Io. Anan. cons. 36. idque passim Dd. notant. Ille igitur iudex, qui causam appellationis tractat, id potissimum curare debet, ut male vel bene appellatum fuisse pronunciet: & praeterea poterit cōdemnare non condemnatum, si natura litis & causae hoc ipsum exposcat, atque eadē ratione addere primae sententiae ea, quae a iudice omissa fuisse, c. cum Ioannes. vbi Anto. Abb. & alij, de fide instrum. l. cum apud. ff. iudic. solui. gloss. in l. in summa. ff. de re iudic. text. hic: in quo & amplius probatur, iudicem appellationis posse primam sententiam reformare in his, quae illa sententia vel omiserit, aut perperam diffinierit, etiam nemine petente. Hic si quidem tutor non petierat deduci quartam bonorum portionem iure naturae debitam adiectā, sed tantum quartam Trebellianicam ex fideicommissio: & tamen Cardinalis propria sententia iussit legitimam portionem adiectā debitam deduci: quod praeter ceteris notant Abbas hic, & Fel. in d. cap. cum Ioannes. nu. 13. procedit tamen, quando ex actis in iudicio constat hoc ius litigantis. Poterit namque iudex, nemine petente, in his quae sibi ut iudici manifesta sunt, propria sententia dicere, id est, ius reddere litigantibus. text. hic adnotante Innocent. gl. in cap. peruenit, vbi Ant. Abb. & Burg. colum. 2. de empr. & vend. Fel. in cap. de quarta. colum. pen. de prescript. dicens esse ad hoc singularem & vnicum text. in d. c. peruenit. idem Fel. late in cap. cum ord. nem. de rescript. n. 11. probat cap. cum olim. de verb. significat. gl. celebris, & ibi praeter ceteris Iaf. in l. vbi pactum. C. de transact. Dec. in cap. si duobus. de appell. col. pen. & in c. ad hac. in 3. eod. tit. Balb. de prescript. i. par. quest. 8. notant alij Dd. quos citat Ripa. in l. 4. §. hoc autem iudicium. ff. de dam. infect. num. 28. optimus. text. in cap. bona. in 1. de post. prels. modō ex iuris communis sanctionibus id ius litiganti competat, secus si ex priuilegio: id enim allegatum omnino est, & ex eo petendum. Anto. Burgenf. in c. eundem dilecti. col. 4. de empr. Quae omnia sunt ad praxim deducenda eo casu, quo saltem generaliter ipsius libelli verbis comprehenduntur. Vnde valde vilis est illa clausula: Peto mihi iustitiam reddi & exhiberi. Ex his tamē infero intellectū ad text. in d. cap. dilecti: nec enim ibi iudex superior potuit iure supplere omnia ab inferiori iudice, quia precij iusti defectus, qui in eo facto refarciri ab emptore poterat, aduersabat petitioni venditoris, qui restitui rem precise petierat, ut ibi animaduertit Burg. num. 34. Cuius intellectus licet plane procedat, non tamen excludit sententiam Abb. ibi, qui in hoc capite notat non posse iudicem, apud quem tractatur nullam fuisse sententiam ab inferiori iudice latam, eandem reformare ex actis, quando simul & processus fuit nullus, atque eas esse partes iudicis asserit, ut eam sententiam nullam fuisse pronunciat. idem notauit Barb. in cap. literis. num. 16. de offic. delegat. dicens ad hoc esse text. vnicum & singularem in dict. cap. cum dilecti. Illud verō, quod diximus, iudicē posse sententiā ferre ex his, quae sibi ut iudici manifesta sunt, etiam si eorū allegatio omissa fuerit, procedit quando ea sunt comperta iudici ex veris actis, instrumentis, aut testibus. Secus autem si ex praesumptione, quae deducitur à facto vel animo ipsius tantū pro quo praesumitur, ius litigantis sit iudici manifestum: tunc etenim oportet illam praesumptionem allegari. text. in l. si adulterium cum incestu. §. idem Pollioni. ff. de adul. quem ita intelligunt Barto. num. 14. in l. cum quid. ff. de cert. pet. Abb. dicens esse singula. in c. asserit. de presump. 2. col. ibi Fel. & idem in c. scribam. eo tit. Alex. Iaf. & Dec. in l. non hoc. C. vnde legit. col. 1. eandem Iuriscōsulti decisionem dixit notab. Bal. in l. 2. C. de in ius vocan. Ale. in l. qui bona. §. de illo. ff. de damno infect. & singul. Capola de serui. tit. de seruit. vrb. praed. c. 20. col. 1. quam opinionem asserunt communem esse Iaf. 1. & 2. lect. n. 25. Curt. Jun. n. 20. & Purpu. n. 140. in d. l. cum quid, vbi ipsam late explicat post Fel. in d. cap. cum dilecti.

rescript. col. pen. & Alexand. in l. 1. ff. de edendo. num. 29. eaque ratione communis opinio probatur, quod omnia allegatione praesumptionis, falsitas eius, quod praesumitur, vel simulatio potius praesumi iuste poterit, & ideo cessare debet iuris praesumptio: nam si animus litigantis, pro quo praesumitur, is esset, quem ipsa lex coniecit, non esset à litigante allegatio haec omissa.

Hinc sanè fit, ut quamuis bona fides praesumatur, est tamen haec alleganda. Bald. & Angel. in l. super longi. Cod. de prescript. longi temp. idem Angel. in l. qui qu. §. vlt. ff. de pub. bli. Fel. in c. fin. num. 8. de prescript. Balb. in l. Celsus. ff. de vjucap. 3. parti. 2. col. Iaf. col. si. & Dec. col. 2. in d. l. non hoc. Eadem ratione is, qui ignorantē praetextu seipsum excusat, eam allegare debet, quod probat Alex. in d. §. de illo. per tex. in d. §. idem Pollioni.

Sed quoties praesumptio non ex facto vel animo proprio tantum sed alterius oritur, non erit necessaria allegatio: sed erit satisfactum ipsum deducere: iuxta Bartol. opinionem in d. l. cum quid. quem praefati Dd. passim sequuntur: & id probatur in l. omnes. §. Lucius. ff. de his, quae in fraud. credit. Cyn. idē notat in l. nec exemplo. C. de falsis. & Alexand. in l. qui iurasse. ff. de iur. reur. Ex quo inferitur intellectus ad text. in d. c. asserit. vbi nulla fuit necessaria allegatio, quia praesumptio deducta fuit non tantum à facto illius vere matris, sed & simul à facto alterius: quod considerat Folin. ibi. num. 4. & Socin. in d. l. cum quid. colum. penul. Ego verō existimo: in d. c. asserit. non esse necessariam hanc subtilitatem: si quidem vera illa mater sepiissime allegauerat, illum infantem esse propriū filium, & haec allegatio sufficiens est. Nec requiritur hac in re allegatio praesumptionis ipsius, sed erit satis allegare id ad quod praesumptio tendit: quod manifestum fit ex sequenti exemplo: si quis etenim contendat in iudicio seipsum excusare ignorantia, fat erit allegare ignorantiam, & eam probare casu, quo ipsa non praesumatur: si verō ipsa ignorantia in eo facto a iure praesumatur, non est necessarium dicere, ignorantiam illam praesumi: quia sufficit eandem ignorantiam allegasse. Sic etiam qui ex bona fide proprium ius defendit, eandem bonam fidem allegabit, nec oportebit ipsum asserere, bonam fidem in eo à iure praesumi. Maxime verō in d. c. asserit. nulla erit necessaria allegatio praesumptionis ex eo, quod iudex ibi proprio motu & officio ad veritatem inquirendam illa industria vti fuit, ut ipse veritate indagaret: quo quidem casu non video esse aliquam allegationem necessariam, cum in his, quae ex proprio officio iudex inquirat, allegatione penitus omissa ipse supplere possit. sicuti notatur à Dd. in l. 1. C. ut quae de iur. aduoca. iudex. suppl. atque hoc pacto intelligendum est illud Salomonis iudicium, quod in d. c. asserit. maxime commendatur. Cui simillimum est, quod Suetonius scribit in Claudio Caesare, c. 15. Is inquam Caesar negantem matrem, iuuenem quendam proprium filium esse, coegit ad confessionem indicto iuuenis matrimonio.

Ex praemissis omnibus deducitur veritas illius communis sententiae, quae asserit, olim possessorem praesumi & hodie possidere. gl. Bart. & alij in fine possideat. C. de probat. Anto. Abb. & Dd. in c. cum ad sedem. de rescript. spoliat. Est enim id intelligendum, si praesens possessio allegetur: Barto. in dict. l. siue possideat. Aretin. in l. Pomponius. §. vlt. mo. ff. de acquir. possid. Bar. & ibi copiose Francisc. Balb. in l. Celsus. ff. de vjucap. 4. parti. quest. 1. quorum opinio communis est secundum Ripam in c. cum ecclesia. numer. 23. de caus. possid. & propriet. & Alciat. in tracta. de presump. reg. 2. presump. 21. nam haec praesumptio ex facto & animo proprio descendit, igitur alleganda omnino est, idem ipse Alciat. probat. eadem. regu. 2. presump. 12. ab hac tamen opinione distat Ant. Burg. quamuis eam communem esse concedat in cap. peruenit. de empr. & vendit. colum. 2. adducens text. in cap. praeterea in 2. de transact. quo in loco probatur: non esse necessariam hanc allegationem, ut hac praesumptio locum habeat, fenserat prius idem Felin. in cap. scribam. de presump. & expressim notauerat Alexand. cons. 133. colum. 2. vol. 1. sed nihilominus à communi opinione non est recedendum. Nec enim obstat tex. in dict. cap. praeterea. cum ibi praesens ius & sic subiectio praesens fuerit ab actoribus allegata. Sed quia opinionem Barto. in dict. l. cum quid. in ea ratione quae hanc communem sententiam fouet, conantur reprobare Deci. & Curt. Iunior ibi, dici forsan poterit sufficere allegationem tacitam, & sic eam, quae ex verbis & intentione possit recte colligi, licet expressa omninoque specialis non sit, quod constat ex Panor. in cap. vltim. de prescript. vbi num. 34. scribit ius allegatum esse bonam fidem.

tiæ tex. in d. l. iudemus. quæ loquitur in eo casu, quo diversis temporibus portiones prædictæ deduci possent, & tamen inquit dodrans restituitur: quia dodrans ibi restituitur ex bonis, quæ deducta portione legitima penes hæredem remanserunt. Alex. post alios in l. quod de bonis. §. quod auus. ff. ad legem Falcidiam. Item non obstat dicta a iheres. quæ. vbi tantum fit mentio deductionis legitime portionis ex bonis, quæ rogati fuerunt liberi restituere. Nam portio legitima in ea constitutione solum detrahenda proponitur, quando pure iniuncta fuit restitutio. Si tamen & hæc interpretatio dura videbitur, negabimus sensum illum à contrario, qui nobis negotium facessit: multo minus oberit Regia lex. vlt. titu. 11. part. 6. quæ in specie discessit, filium rogatum restituere hæreditatem post diem, vel sub conditione, nõ imputare fructus in portione legitima. ecce enim ex illa lege legitima tantum deducitur, neque vlla mentio fit Trebellianicæ. Quamobrem sciendum est, illam legem, legitimam appellare eam portionem, quam Trebellianicam nos dicimus, quod ex eadem lege constat, & maxime adiuncta l. 4. tit. 11. part. 6. quæ Falcidiam legitimam nuncupavit. Imò communis opinio vendicat sibi locum in ascendentibus, qui rogati ab eorum liberis hæreditatem restituere sub conditione, vel post diem, duas portiones detrahunt, legitimam scilicet & Trebellianicam. Angel. & Cuma. dubitante Baldo in l. si à milite. §. vltimo. ff. de testamento militari. quorum opinione dicentes eam esse communem sequuntur Ioan. Crot. in l. qui Roma. §. duo fratres. col. 22. ff. de verborum obligatio. & Aymon Sauill. conf. 110. quamuis Alexander contrarium tenuerit in d. l. §. quod vulgo. col. 7. lal. in d. l. filium. quem habentem. num. 90. & Cotel. Cotta. in memor. d. dictione filius. quo in loco Iasonem citat alibi eandem opinionem comprobantem. Est tamen hæc in re notandum, præfatam opinionem de duabus portionibus deducendis, quæ communis est, minime procedere, vbi legitima portio semis esset, ne plus ex hæreditate capiat grauatius quàm honoratus, Baldus in consilio 94. lib. 2. cui subscribit Carolus Molineus consilio. 3. libro 7.

Verum ad huius rei cognitionem scire oportet, num pater possit prohibere detractionem Trebellianicæ ipsis liberis primi gradus? Et Bald. ac Salic. in d. l. iudemus. opinantur detractionem Trebellianicæ etiam eo casu, quo due portiones sunt deducendæ, non posse prohiberi institutis & rogatis liberis primi gradus per tex. in d. l. iudemus. quæ in specie loquitur in liberis primi gradus post mortem restituere hæreditatem rogatis, eis concedens, vt non obstante contraria parentum voluntate, Trebellianicam deducant, nõ imputatis in eam fructibus ex fideicommissis ante diem restitutionis perceptis; esset profecto vana isthæc constitutio, nisi locus esset huic opinioni Bald. cui scribit Corn. ibi, & Dec. conf. 218. idem Decius consil. 81. colum. 2. asserens hanc opinionem esse communem. & idem asserunt eam secuti Iaso. in l. Marcellus. nu. 55. ff. ad Trebell. idem. conf. 99. volum. 4. Rip. in l. nemo potest. ff. de leg. 1. n. 52. Cotel. Cotta. in memor. d. dictione, Trebellianicæ. & Soc. Iun. con. 131. nu. 58. vol. 1. diligenter describens huius opinionis auctores: quos repetit consil. 137. nu. 7. eod. vol. Eandem sequitur Crot. in d. l. nemo potest. Nec in hoc d. l. iudemus. correctæ censetur. vt scribit latè Paul. à Monte Pico in l. in quartam. ff. ad l. Falc. col. 111. & Car. Ruinus conf. 21. nu. 8. vol. 3. & idem conf. 163. vol. 2. n. 14. Sed contrarium pluribus potius placet ex tex. in auth. de hered. & Falc. §. si vero expressim. quo probari videtur etiam filiis rogatis restituere hæreditatem posse prohiberi detractionem Trebellianicæ: quæ ratione posteriori sententiam tenet Roma. sing. 192. cuius opinio communis est aduersus Bald. sicuti profitentur Paul. à monte Pico in d. l. in quartam col. 117. Ant. Corfe. in tract. de excel. regis. q. 7. col. 4. Corn. conf. 22. vol. 2. col. 9. Paul. Paris. conf. 1. nu. 83. vol. 3. Callad. decif. 4. de testam. & Ant. Rub. conf. 2. num. 16. qui excepto Paulo Pico eam sequuntur, vt vel hinc mirari liceat interpretum iuris ciuiliis inconstantiam, quam Aymon Sauil. considerat conf. 16. col. vlt. Nam Cyn. in d. l. iudemus. & plerique alij in ea sunt sententia; vt opinentur Trebellianicam prohiberi posse in liberis, etiam primi gradus, per auth. sed cum testator. C. ad l. Falcid. & text. in d. §. si vero. quibus non possum in hoc dubio accedere ob filiorum fauorem, & ideo opinor virorem ac magis receptam esse Baldi sententiam: nec enim eius opinio omnino conuincitur aliqua iuris ciuiliis auctoritate: cum in d. auth. sed cum testator. & in d. §. si vero. non tractetur de liberis primi gradus, tamen si Falcidia pro restituitur etiam in liberis primi gradus. Imò Falcidia n

mul deducta iam legitima Barto. per text. ibi in l. Papirius. §. quarta. ff. de inoffic. testamen. l. 1. §. vlt. ff. si cui plus quam per l. Falcid. Polit. dicens hanc communem in l. filium. colu. 12. C. fam. l. eiciscam. & in specie Socin. Iun. consil. 136. vol. 1. num. 9. Nec opinor lal. conf. 84. num. 9. & conf. 86. col. 3. vol. 1. opinionem contra Bal. communem esse profiteri: quia licet loquatur in eisdem responsis in liberis primi gradus, tamen dum asserit, communiter teneri Trebellianicam prohiberi posse, de ea opinione intelligit, quæ tractat questionem, & eam diffinit in his heredibus, qui liberi primi gradus non sunt: quod nos inferius tractabimus in c. Rainaldus. §. 3. num. 7.

¶ Ex his tamen aliquot tractanda sunt & inferenda. Primum fructus perceptos à liberis primi gradus non esse computandos in quartam Trebellianicam, etiam eo casu, quo due portiones sunt deducendæ. Bar. & Alex. in l. quod de bonis. §. quod auus. ff. ad Trebell. Paul. à monte Pico in d. l. in quartam. colu. 117. & sequen. Carol. Ruin. conf. 21. nu. 11. vol. 3. & hæc est communis opinio secundum Alexand. in d. §. quod auus. Ripam. in d. l. in fideicommissariam num. 30. Paulus Paris. d. conf. 1. nu. 98. & consil. 25. lib. 2. nu. 55. Soc. Iun. conf. 131. nu. 62. volu. 1. & eundem con. 132. n. 2. eodem volum. quibus adimplatur text. in hoc c. Raynutius. & in cap. Raynaldus. sicut visum est Claudio in l. mulier. §. cum proponeretur. ff. ad Trebell. quamuis in hac illatione contrarium asserant Paul. Cast. & Alex. in d. §. cum proponeretur. idem Paulus in l. scimus. §. repletionem. C. de inoffic. testam. & in d. l. iudemus. 3. limitat. Dec. conf. 481. num. 13.

Secundo inferitur, non posse nec indirectè prohiberi detractionem Trebellianicæ liberis primi gradus à iure concessam: nempe si pater iusserit fructus ex fideicommissis ante mortem perceptos in quartam Trebellianicam computari: quod probatur ex eo, quod nec pater directè poterat Trebellianicæ portionis deductionem prohibere. Igitur nec poterit mandare, vt fructus, quos iure optimo sibi præcipuos percipiunt liberi, in eam portionem computentur, nam esset in effectu prohibere Trebellianicam. d. l. iudemus. & late hæc illationem tutatur Paulus à monte Pico in d. l. in quartam. col. 113. & Soc. Iun. in d. con. 131. n. 54. vol. 1. licet Baldus in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam. ad finem, contrarium notauerit. per textum in l. si debitor. ff. ad leg. Falcid. quod decifum est ex voluntate testatoris eam quantitatē, quæ ab eo heredi instituto debebatur, in quartā posse imputari. Quæ ratione & Alex. vbi videtur Baldi opinionem probare: quam concludunt omnes, qui in eam iure sententiam, vt existimant, quartam Trebellianicam prohibere à patre filiis institutis, & rogatis hæreditatem restituere. Sed minime obstat priori sententiæ text. in d. l. si debitor. quippe qui locum manifestè sibi vendicat, extraneo heredi instituto: non in liberis primi gradus, vt animaduertit Picus, & si uideri potest hoc discrimen alia ratione. Nam pater instituens filium heredem, non potest ei iniungere, vt in legitimam portionem imputet quantitatē à patre sibi debitam: possit tamen instituens extraneo iungere heredi, vt compenset cum ipsa hæreditate quamcumque quantitatē à testatore ei debitam. Cynus in l. 2. Cod. de iure dot. Roder. Zuarez in d. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. test. 7. ampliatio. Ex quibus multo probabilior est prior opinio, quæ quidem consequenter deducitur ab his, quæ paulo ante probauimus.

Fructus vero tempore mortis testatoris pendentes, & stantes in quartam Trebellianicam, omnino computantur, atque in portionem legitimam alius debitam, aut saltem non recipiunt eos præcipuos hæredes, etiam liberi primi gradus rogati hæreditatem restituere. Alexand. & Claud. in d. l. in fideicommissariam. tractat. Pau. Paris. conf. 27. ad fin. volum. 3. & consil. 20. volum. vlt. eiusdem volum.

¶ Caterum non erit alienum ab hoc tractatu inquirere, an filius non conficiens inventarium, perdat Trebellianicæ deductionem? Et Cyn. Bal. Salic. in d. auth. sed. cum testator. in specie respondent. Trebellianicam amitti. Socin. in l. Marcellus. §. quod autem. col. vltim. ff. ad Trebell. Oldrad. consil. 134. loquens in liberis primi gradus, idem Corne. consil. 303. colu. 4. vol. 1. idem Corne. consil. 22. volum. 2. column. antepen. utrobique dicens hanc opinionem magis communem esse: quod expressim Dec. fecit eam secutus consil. 481. n. 16. & Paulus Paris. conf. 1. n. 88. volum. 3. idem Paris. conf. 18. q. 107. lib. 2. & consil. 16. n. 65. eod. lib. idem notat ipse Deci. conf. 236. nu. 5. Sed liberis primi gradus ob omissionem inventarii nõ amitti Trebellianicam eleganter asserit Guido Papa quest. 53. cuius opinionem sequitur dicens communiter iuratio Aymon Sa. conf. 17. Eandem præmittit

mittit Corn. *conf. 180. colum. 7. vol. 4. Anto. Rube. conf. 43. num. 9.* dicens eam communem. Huius tamen controuersia decisa ab ea disceptatione pendet Jan Trebellianica locum habeat omnino inuentario: sicuti Falcidia eo non confecto excluditur omnino. Sunt enim, qui differentiam constituant claudicant omnino. Sunt enim, qui differentiam constituant claudicant omnino. Sunt enim, qui differentiam constituant claudicant omnino.

17 inter Trebellianicam & Falcidiam, dicens, Trebellianicam non amitti inuentario non facto etiam ab extraneo hærede, cum nullibi id in iure sit statutum: & quamuis in *auth. de heredi. & Falcid. §. si vero non fecerit.* sit expremum in Falcidia, non tamen illa constitutio iura vetera corrigens est extendenda ad Trebellianicam: maxime cum non sit eade utrobique ratio, imo diuersa: vt notat Alex. hanc opinionem secutus in *l. Marcellus. in princ. ff. ad Trebel. post Bart. Ang. & Paul. Cast. vbi Ias. idem probat.* dicens ab hac opinione non recedendum in iudicio, quam etiam Claud. ibi fatetur communem esse, idem concedit Alex. in *conf. 29. col. 3. vol. 5. Aymon. conf. 17. col. vlt. & Socin. Iunior. conf. 137. num. 9. dubius, an hæc sit communis sententia, asserit eam seruandam fore, ex eo quod consuetudine recepta sit, idem scribit Cor. d. con. 180. cuius opinionis auctor est idem Barto. in *d. auth. sed cum testator.* His verò non obstantibus verior est illa sententia, quæ censuit Trebellianicam amitti non confecto inuentario: & ea probatur non coniecturis, sed iuris Cæsarei auctoritate: siquidem in *auth. de heredi. & Falcid. §. sancimus.* cautum est, ad confectiorem inuentarii citandos esse legatarios, & fideicommissarios, si hæres velit non tantum damnum effugere, sed & lucrum non amittere. Igitur non confecto solenniter inuentario perdit hæres Falcidiam ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommissis. Deinde in eadem constitutione. *§. si vero non fecerit.* scripsit Iustinianus: si vero non fecerit inuentarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, quem text. ad hanc opinionem mirè exultat Roma. in *auth. similiter. C. ad leg. Falcid. fol. penul. col. 1.* ex quibus cessant rationes primæ opinionis: quibus respondet Corn. in *d. conf. 303. vol. 1.* vltimam hanc sententiam recipiens, quæ communem esse eam secutus asserit Soc. Iun. con. 132. vol. 1. n. 3. qui in filijs testatoris speciatim loquitur: sicuti Oldra. Cor. Dec. Paris. & ferè omnes, qui priorem sententiam approbant. Quo fit, vt non ita recepta sit contraria opinio, sicuti eius assertores opinantur. Nam & Carol. Moli. in Alex. *conf. 67. lib. 4.* opinionem hanc, quam sequimur, vltiorem & magis communem esse existimat. Quinimo à liberis primi gradus iustus est, ob inuentarii omissionem amitti Trebellianicam, quippe quibus duæ portiones legitima & Trebellianica, iure competunt, etiam si hæreditatem restituere rogentur.*

Nec mihi placet quod Paul. notat in *l. cum Titius. ff. de condi. & demonstr. dicens, sat esse fieri quandam bonorum descriptionem, etiam non seruata solennitate. l. vltima. C. de iure delib. & auth. de heredi. & Falcid. ad euitandam Trebellianicæ portionis amissionem.* Hoc enim contrarium est his rationibus, ex quibus opinio primæ probauimus: tametsi Paulo subscribat Soc. Iun. *d. conf. 132. num. 5.*

Ex eadem gl. adnotat hic Pano. Filium hæredem institutum non posse, retenta sibi portione legitima, hæreditatem patris repudiare, quia legitima tunc defertur filio iure hæreditario, vt inquit hæc gl. Hæreditas verò non potest partim adiri, partim repudiari, ne quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus. *l. 1. & 2. ff. de acquir. hære. notat in hac specie Bar. in l. gerit. n. 22. ff. de acq. hæred. & ibi Aret. n. 5. Bar. in l. quia poterat. ff. ad Trebell. quorum opinio communis est, secundum Alex. ibi. col. pen. & Soc. num. 157. in l. 1. ff. de vulg. Deci. & Curt. in l. 3. C. de impube. & alijs substit. & procedit, nisi filius hæres institutus haberet vulgarem substitutum, atque esset ita legatis grauatus, vt eis solutis legitima portio integra non esset: tunc etenim poterit filius repudiare hæreditatem legitimam portione retenta. *l. si libertus patrono. ff. de bonis. lib. quæ ita frequentiori consensu præfati Dd. interpretantur. Quinimo mortuo patre intestato, non potest filius repudiare hæreditatem, & legitimam retinere. Abb. hic col. pen. Soc. in d. l. 1. nu. 31. Ripa ibi n. 159. Alex. *conf. 75. col. 3. vol. 1. & Guli. Bened. hic tit. de vulg. nu. 48.* tradit Ias. in *auth. vnde si parens nu. 5. C. de inoff. testa. qui præcedentes conclusiones refert & approbat: quibus adde l. 21. Tauri.***

- 2 Executio facta à religioso, eo casu, quo non potest executor, an valeat.
- 3 Femina potest esse executrix vltimarum voluntatum.
- 4 Vxor executrix à marito relicta non amittit ius executionis, etiam si secundas nuptias contrahat.
- 5 Fratrum appellatione sorores non continentur si executio testamenti fratribus commissa.
- 6 Minor vngit, quinque annis, maior decem & septem potest esse executor testamentarius.
- 7 Pupillus institutor obligat eum, qui illum proposuit.
- 8 Executor voluntatem testatoris sequi debet, & an distributio iniuncta à testatore post diem certum possit ante diem fieri.
- 9 Voluntas illicita testatoris non est seruanda.
- 10 Testator non potest derogare potestati episcopo competenti circa executionem vltimarum voluntatum.
- 11 Dilatio executionis testamenti legitima, à testatore prorogari potest.
- 12 Voluntas testatoris sola principis auctoritate mutari potest, nec sufficit consensus episcopi.
- 13 Episcopus excludi non potest à cura ecclesie alicuius, etiam si patronus tempore constructionis hoc expressim disposuerit.

C A P. XVII. T V A.
De Executione testamenti.

DE executoribus vltimarum voluntatum diximus aliqua in c. 3. & in c. si hæredes. isto tit. præter quæ & illud considerandum est, non oportere cuius negotium hoc committi: tametsi canon hic religiosos, clericos, seculares, & laicos, ad hoc munus absque vlla distinctione admittat. Nam & monachi executores vltimarum voluntatum esse nequeunt, nisi impetrata superioris licentia. *c. 2. hoc tit. in 6. & clem. 1. tit. eod.* ex qua constitutione monachi suscipientes hanc exequenti prouinciam coram ordinarijs iudicibus conueniri possunt de fraude & culpa, atque vt rationem reddant administrationis. Hi verò monachi, qui sunt ex ordine minorum, ab hoc arcentur officio. *Clem. exiij. §. verum. de verb. sign.* quamuis designari possint in testamentis ad consiliu exhibendu executoribus vltimarum voluntatum, ex eadem Clem. constitutione. Quo in loco asserit Cardi. præfatis monachis nec ius eligendi pauperes committi posse, cum isthæc electio sit executionis pars. idem Anchar. *ib. n. 23. Dominic. & Francisc. in d. c. 2. in prin. quibus Bart. refragatur in tract. minor. lib. 3. c. 4. dicens hanc electionem committi posse his religiosis, cum ea sit facti potius, quam iuris, & quæ fieri possit per eum, qui huius muneris capax non sit. l. cum pater. §. hæreditatem. ff. de leg. 2. l. ex facto. §. si quis rogatus. ad Trebell. idem notat expressè Rom. *conf. 409. col. 2. sentit Bald. in auth. ingressi. 2. col. C. de sacrosan. eccles. idem in l. quod pauperibus. col. 3. C. de episc. & cleric. quorū opinio mihi magis arridet ex eo, quod ratio d. §. verum. cesset in hac electione faciendâ. Imò arbitrator posse eadem ratione committi huic monacho electionem executorum, quæuis Dom. & Franc. in d. c. 2. contrarium teneant, ex eo quod executor debet esse certus. Ioa. And. & Dd. in c. 1. ad si. de procur. in 6. quorum ratio friuola est, quia certitudo in alterius voluntatem confertur. Pau. Cast. in l. 1. col. pen. ff. de procur. Bal. in d. l. id quod pauperibus. num. 15.**

Quid autem erit dicendum, si religiosus ex alio quam minorum ordine, non obtenta superioris licentia, executoris munus assumat, valebit ne id, quod ipse gesserit?

Et Feder. *conf. 293. ad fin. respondet, executionem factam per monachum non impetrata superioris licentia, validam esse, modò non processerit superioris contradictio. idem Roma. *conf. 49. 2. col. & in sing. 242. nam & miles procurator esse non potest, & tamen si à iudicio non repellatur, tenent actus per eum gesti. l. filius-familias. §. veterani. ff. de procur. Eandem Frederici sententiam sequitur Decius in l. in ambiguis. §. non est. ff. de reg. iur. & Felin. in c. 2. col. 1. de iudi. atque eadem decisio passim intelligitur etiam in executione testamenti facta per religiosum ordinis minorum: ex quibus hæc opinio magis communis est secundum Deci. *conf. 494. col. vlt. & eundem *conf. 499. n. 12.* utrobique tamen ab ea recedit ea ratio, quod actus regulariter factus contra iuris prohibitionem est nullus. *l. non dubium. C. de legib. nec procedit argumentatio à milite exerente officium procuratoris, quia in monachis est prohibitio magis stricta: quod constat ex Panorm. in c. in nostra. col. vlt. de procur. optimus text. in c. sed nec. ne cler. vel monach. quem Dec. commendat in c. 2. de iudi. num. 8. vnde opinio Frederici non potest recto iure procedere, à quaeriam discedit Fran. in d. c. 2. in pr. isto tit. in 6. illum text. ad hoc inducens: cum ibi dixerit illa decisio; Religiosus executor esse non potest. hæc verò verba actum in contrarium gestum nullum esse ubi vend. ostendunt. gl. in reg. 1. de reg. iu. in 6. communiter ibi re. Gallus in prin. ff. de libe. & posth. Igitur non****

E X C A P. T V A.

S V M M A R I A.

Religiosi quamquam pacto possint esse executores vltimarum voluntatum, & an istud possit eis eo...

Femi-