



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**Tractatus Juridicus Ad Librum III. Decretalium Gregorii IX.
Clericorum in communi, nec non Prælatorum, ac
Capitulorum in specie obligationes, & jura complectens**

Scharz, Oddo

Salisburgi, 1738

§. III. Qui Contractus sub alienatione prohibita veniant?

[urn:nbn:de:hbz:466:1-63800](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-63800)

§. III.

Qui Contractus sub alienatione prohibita veniant?

SUMMARI A.

26. Constitutio hypothecæ generalis Prælato non æque est prohibita, sicut specialis. 27. Quòd à multis negatur. 28. Quorum argumentis respondetur. 29. Qualiter transactio ad alienationes prohibitas referatur? 30. Prælatum posse repudiare Legatum Ecclesiæ factum, multorum est Sententia. 31. At contrarium verius esse ostenditur. 32. Quandoam Prælatus sine solennitatibus præscriptis rem Ecclesiæ in emphyteusin, vel feudum dare possit? 33. Resolutio nostra limitatur. 34. Quæ bona dicantur ab antiquo in emphyteusin, vel feudum dari solita? 35. Quæ dicantur bona mensalia? 36. Quid in locatione, & donatione obtineat, remissivè.

Cum in præcedente Paragrapho num. 16. dictum fuerit, sub prohibita alienatione omnia illa negotia comprehendi, per quæ vel *jus in re*, vel *jus ad rem* in alterum transferuntur, idcirco in actus, & contractus quosdam específicos jam inquirendum erit, an, & quomodo sub hanc prohibitionis censuram cadant.

26. Quæres I. An constitutio pignoris, vel hypothecæ (quæ etiam species alienationis est. *l. ult. C. de reb. alien. non alien.*) Prælato in bonis Ecclesiæ vetita sit? Solent hic aliqui DD. inter quos est Panormit. ad *cap. 5. b. t. n. 3.* Covarruv. *Var. resolut. lib. 2. cap. 16. n. 7.* P. Wiestner *cit. tract. de alienat. ver. Eccles. part. 3. art. 9. n. 7. & seq.* ac novissimè Clariss. D. P. Placidus Böckhn in *Comment. ad b. t. num. 4.* distinguere inter hypothecam *generalem*, & *specialem*, & hanc quidem, non etiam priorē vetitam esse ajunt, quorum fundamentum principale collocatur in *cap. 5. b. t.* ubi hypothecæ duntaxat *specialis* legitur esse prohibita: ergo à sensu contrario hypothecæ *generalis* hoc

jure censetur esse permessa. Accedit Textus in *Nov. 7. cap. 6.* ubi Justinianus Imperator, hypothecæ *speciali* prohibita, generalem Prælato expressè permittit. Et quanquam hac Constitutione Imperator extra forum jus dixerit, adeoque eadem Prælatos obligare non potuerit, id tamen ex eo evincitur, ut probè advertit laudatus P. Böckhn, quod *generalis* hypothecæ Ecclesiis non æque noxia existat, atque *specialis*, secus enim Imperator, id temporis Ecclesiis faventissimus, unam, ac alteram vetitam esse jussisset. Accedit denique ratio, quod per hypothecam *specialem* plus juris in rem hypothecatam in creditorem transferatur, quippe qui illam, debito non soluto, in specie alienare potest, quàm in hypothecæ *generalis*, quia in ista singulæ res minus obligatæ manent, nec tam propinquum alienationis periculum iis imminet.

Qui utramque hypothecam sub 27 alienationis prohibitionē contineri existimant, inter quos est Magn. P. Shmier *lib. 3. tract. 2. cap. 5. sect. 2. num. 112. & seqq.* & Germanus ejus Frater Clariss.

riff. P. Benedictus Schmier in *Tract. de SS. Eccles. part. 3. dissert. 2. num. 39. & seqq.* uterque meus olim in Jure Professor observandissimus. Inter alia argumenta, quæ apud sæpe laudatum Clariss. P. Böckhn proposita, & resoluta reperies, illud maximi faciunt, quod Paulus II. in *Extravag. Ambitiose b. t. inter commun.* præter alias alienationis species, quas ibi fieri prohibet, simpliciter recenset *hypothecam*, unde verisimile est, voluisse non tantum intelligi *specialem*, sed *generalem*, cum alias hac sua Constitutione nihil statuisset, quod non jam antiquo jure fuisset statutum, quod præsumendum non est, quin potius, quod jus novum hic condere voluerit, patet ex principio *d. Extravag. ubi novam*, & prioribus juribus non *allegatam causam*, nempe *ambitiose cupiditatis*, qua quidam eo tempore in transversum acti res Ecclesiæ *immobiles*, aut *mobiles pretiosas* profanis usibus applicarunt, hujus suæ constitutionis assignat; unde, cum novis morbis nova remedia adhiberi expediat, novum quoque jus condidisse, & quod de hypotheca *speciali in cap. 5.* cautum fuit, ad hypothecam *generalem* extendere voluisse inferendum est. Faciunt etiam paritatem à rebus Minorum, & pupillorum immobilibus, in quibus hypotheca tum *generalis*, tum *specialis* sine Decreto Magistratus interdicta est. per *l. 7. §. 5. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 4. & 5. C. de Præd. Minor.* addunt deinde hanc congruentiam quod illa in dubio interpretatio facienda sit, quæ Ecclesiæ magis est favorabilis; est verò Ecclesiæ favorabilius, si nequidem hypotheca *generalis* sine solennitatibus Canonice sustineatur. Ergo

Ego libratu utriusque partis momenti primam probabiliorem judico, eamque à Rota teneri, ac à S. Congregatione probatam fuisse refert Eminent. Petra *tom. 4. Comment. ad Constit. Apostol. pag. 187. num. 28. & seq.* Et ratio est, quod Ecclesia non æque veretur in periculo damni constituendo hypothecam *generalem*, sicut si res in specie pignoris nexu obliget, id quod mox ex Responsionibus ad primum AA. argumentum clarius apparebit. Ideoque ad *d. Extrav. Ambitiose* dicimus, per hypothecam ibi haudquaquam *generalem*, sed *specialem* intelligendam esse, non tantum propter Regulam, quæ habet, quod speciei per genus minimè derogetur, sed etiam ex ratione speciali, quod ibidem se referat Pontifex ad jus antiquitus jam constitutum ibi: *præterquam in casibus à jure permissis.* Unde haud aliam hypothecam excipit, quam, quæ Jure Decretalium jam erat prohibita, scilicet *specialem*. Non divinatoriam hanc esse Responsionem patet ex eo, quod ratio prohibendi non æque in una, ac altera subsit, in speciali enim pignoris constitutione, si debitor non solvat, creditor rem eandem in individuo distrahere, aut in solutum servare potest. Aliud est in hypotheca *generali*, per hanc enim in effectu nil novi constituitur, sive enim omnia bona generaliter obligentur sive non, certum tamen est, quod, si creditori aliunde satisfieri non possit, nihilominus ad alienationem bonorum deveniri debeat, quæ alienatio, sicut non constituta hypotheca, causa cognita, & debitis solennitatibus adhibitis facienda est, ita etiam posita generali hypotheca sine illis fieri nequaquam poterit, ut pluribus

firmat laudatus Petra cit. loc. num. 30. Covarruv. cit. cap. 16. num. 7. Nec enim in arbitrio creditoris est, hanc vel illam rem pro suo lubitu distrahere, sed servato ordine, ut prius bona mobilia, non pretiosa, & his non sufficientibus ad mobilia pretiosa, & demum etiam immobilia justo pretio vendantur, vel dentur in solutum. Molin. Tract. 2. disp. 466. num. 1. Unde fundamentum illius distinctionis non satis assequor, quam facit Card. de Luca discurs. 13. de Credit. num. 17. ubi dicit hypothecam generalem, non cadere sub prohibitionem d. Extrav. ambitiosa in quantum ad pœnas ibidem statutas, bene verò ad solennitates in alienatione præscriptas observandas, cum tamen pœnæ tunc incurrantur, si solennitates non fuerint observatæ: ergò hypotheca generalis non tantum quoad pœnam, sed etiam quoad formam debet esse exempta. Nec etiam illud quidquam momenti nobis habere videtur, quod Pontifex in cit. Extravag. quia ambitiosa cupiditati voluit occurrere, censeatur novum aliquod jus constituisse, contrarium ipsiusmet verba ibidem declarant: *Prædecessorum nostrorum constitutionibus, prohibitionibus, & decretis aliis super hoc editis, quæ tenore præsentium innovamus, in suo nihilominus robore permansuris.* Et sanè insoliti nihil est in jure, quod, quæ antiquitus benè constituta sunt, novioribus constitutionibus rursus innoventur, aut declarentur; hoc autem non est jus novum, sive de novo objecto constituere. Paritas deducta à rebus minorum, & pupillorum AA. non suffragatur, quia textus ibidem allegati loquuntur de re particulari, adeoque etiam

de hypotheca speciali, ut legenti ocyus patebit. Nec illud verum esse credimus, quod favorabilius sit Ecclesiæ, hypothecam etiam generalem esse prohibitam, nam, ex tali hypotheca nihil præjudicii Ecclesiæ infertur, ut supra ostendimus.

Quæres II. An transactio ad alienationes prohibitas referenda sit? Ad hoc quæsitum quidem jam in Tit. de Transact. num. 5. negativè respondimus, lubet nunc datam resolutionem magis declarare. Dicimus igitur hanc prohibitionem duntaxat procedere, ubi res quædam immobilis, aut mobilis pretiosa ab Ecclesia jam possessa cedi debeat; quodsi verò res apud Prælatum remaneat, & causâ litis finiendæ, v.g. pecunia offeratur, Prælato etiam sine solennitatibus transigere prohibitum non est, sicut nec super rebus modicis, & parùm utilibus, aut iis, quarum alienationem Prælatis permissam §. 2. diximus. Panormit. in cap. 1. de Deposit. num. 8. Rebuff. in compend. alienat. rerum Eccles. num. 2. Quaranta in summa Bullar. V. alienatio rerum Eccles. n. 19. §. 5.

Quæres III. An repudiatio legati (idem de hæreditate) Ecclesiæ facti sit species alienationis, adeoque Prælato sine solennitatibus Canonicis prohibita? Negant quàm plurimi, repudiationem esse alienationis speciem, adeoque Prælato permissam, quamvis eum peccare, & illicitè agere dicant, si rem magni momenti Ecclesiæ legatam repudiet, eumque obligatum esse, ut damnum ex tali inconsulta repudiatione Ecclesiæ causatum resarciat, ipsamque Ecclesiam graviter læsam beneficium restitutionis implorare posse. Ita P.

Wiestner *d. Tract. part. 3. art. 3. num. 9.*
 & seqq. P. Reiffenstuel *ad Tit. de his,*
que fiunt à Prælat. §. 2. per tot. cum
 aliis pluribus ibidem relatis. Ratio
 eorum præcipua est, quod Ecclesia, an-
 tequam legatum acceptet, nondum cir-
 ca illud jus quæsitum habeat, sed id
 per acceptationem primum quæreu-
 dum sit: unde Prælati repudiando
 simile legatum, nihil alienat, quod Ec-
 clesie antecedenter jam fuisset, cum
alienationis vocabulum tantum de eo
 jure verificati possit, quod nobis jam
 perfectè quæsitum est, sive deinde sit
ius in re, sive *ius ad rem*. Sic enim
 Paulus *in l. 28. ff. de V. S.* alienationem
 describit: *Qui occasione acquirendi non*
utitur, non intelligitur alienare; veluti,
qui hereditatem omittit: aut optionem
intra certum tempus datam non ample-
ditur.

§1 Sed magis est, ut dicamus, talem
 repudiationem à Prælato factam non
 modo illicitam, sed omninò irritam
 esse, quam sententiam solidis muniunt
 Fundamenti præter alios ex nostris Sa-
 lisburgensibus Magnif. P. Schmier *l. 3.*
Tract. 1. part. 2. cap. 4. sect. 2. num. 64.
 & seqq. Clariss. D. D. Ignatius de Wol-
 leren *in Quest. select. Oenipont. quest. 13.*
n. 18. D. Bonaventura Franz *in Quest.*
select. quest. 4. ac novissimè Clariss. P.
 Böckhn *in Comment. ad b. t. num. 7.*
 Probatur evertendo AA. fundamentum.
 Talis repudiatio aufert jus Ecclesie jam
 quæsitum: ergò est vera alienatio, &
 consequenter Prælato prohibita. An-
 teced. probatur. Ecclesie jam est jus
 quæsitum ad rem legatam, non tam
 ex eo, quod dominium legati à puncto
 mortis testatoris ipso jure ad legatarium
 transeat. *l. 80. ff. de Legat. 2. l. 9. §. 5.*

ff. de Pecul. l. 19. §. 1. ff. ad Scutum Tre-
bell. Quam, quod in aliarum pro-
 missionum DEO liberaliter factarum
 citra specialem acceptationem, DEO
 consensum supplente, ejusmodi legata,
 aliæquæ donationes cum pleno jure do-
 minii in Ecclesiam transeant, ut com-
 munitè à DD. orthodoxis docetur,
 optimo argumento, à pollicitatione rei-
 publicæ facta, quæ mox, ut liberè, &
 sponte facta est, irrevocabiler tenet,
 eo, quod ipsum jus talem promissionem
 acceptet. *per l. 1. princ. §. 1. l. 3. §. 9.*
ff. de Pollicit. Ergò Prælati repudiando
 tale legatum, jus Ecclesie quæsitum om-
 ninò aufert, & iniurie alienat. Quod
 ulterius confirmatur ex ipsorum AA.
 confessione, quæ dicunt, Prælatum re-
 pudiando legatum, illicitè, & malè
 agere, ac ad damni Ecclesie illati com-
 pensationem teneri, ipsamque Eccle-
 siam beneficium restitutionis implora-
 re posse? Quomodo autem Prælatum
 peccati arguant, restitutionis obligatio-
 ne onerent, qui Ecclesie jus nullum læ-
 sit? Quo pacto ipsi Ecclesie beneficium
 restitutionis accommodent, quæ læsa
 non censetur, utpote cui jus ante ac-
 ceptationem juxta ipsos ad legatum
 quæsitum non fuit. Restitutio verò
 in integrum est juris læsi reparatio, &
 in priorem statum repositio? Ergò ipsi-
 met AA. fateantur necesse est, Eccle-
 siæ circa legatum sibi relictum jus jam
 esse quæsitum, sive deinde illud sit jus
 acceptandi legatum, vel citra specia-
 lem acceptationem jus immediatum,
 sive dominium rei legatæ. Quocun-
 que autem sensu accipiatur, repudia-
 tio talis legati est species *alienationis*,
 quæ etiam lato modo sumpta juxta om-
 nes est Prælato prohibita. *Ad l. 28. ff.*
de

de V. S. repono cum Clariss. P. Böckhn hic num. 9. l. 5. §. 8. ff. de reb. cor. qui sub tut. ubi repudiatio legati à pupillo sine prætoris decreto facta non tenet, esse enim & hanc alienationem (ait ibi Ulpianus) cum res sit pupilli, nemo dubitat. Quis verò nescit, à pupillo ad Ecclesiam optimum duci argumentum? Præterea cit. l. 28. loquitur in regula; exceptio verò est circa Ecclesiam, aliisque causas pias, cui, quæ liberali titulo relinquuntur, DEO acceptationem supplente, è vestigio acquiruntur, ut ex communi DD. constat.

32 Quæres IV. Quando nam Prælatus rem immobilem in *emphyteusin*, vel *feudum* sine consuetis solennitatibus concedere possit? Responsum jam præoccupavimus in §. anteced. num. 20. quando scilicet dominium duntaxat directum est penes Ecclesiam, & res jam ab antiquo in *emphyteusin*, vel *feudum* dari solita est, si per mortem ultimi vassalli, vel propter ejus delictum, aut ob non solutum Canonem ad Ecclesiam revertatur, Prælatus iterum liberè, & sine solennitatibus in feudum, vel *emphyteusin* concedere potest, si utilitas Ecclesiæ suaserit. *Extrav. ambitiosa b. t. inter commun. cap. 2. de Feud.* Ratio est, quod per talem alienationem conditionem Ecclesiæ, aut successoris deteriorem non faciat, sed, sicut rem initio sui regiminis utiliter alienatam invenit, ita eam successoris relinquit, quod confirmatur ex tit. 3. feud. 2. ubi expressè dicitur, *minorem* (qui absque debitis solennitatibus alias alienare nequit) posse tamen investire de feudo antiquo, ad se reverso, eò, quod (ut explicat Glossa ibidem) nihil alienare, nec infeudare, sed solum investituram

à majoribus factam cum jure possessionis ab aliis translatam confirmare censendus sit.

Hanc tamen conclusionem ita limitant Panormit. ad cap. 8. b. t. Covarruv. var. resolut. lib. 2. cap. 17. ut procedat eo casu, quo prima causa concessionis adhuc perdurat, v. g. Ecclesia possidet castrum, quod propter certa onera magis sibi damnosum, quam utile advertit, dat igitur cum requisita solennitate in feudum; tractu temporis, vel ob mortem, vel ob delictum vassalli redit ad Ecclesiam, durantibus adhuc iisdem oneribus, quo casu potest rursus à successore sine solennitate concedi, non obstante etiam juramento de non aliendo, quod tantum intelligendum est de nova distractione, non verò de executione ordinationis antiquæ. Quodsi verò prima alienationis causa cessaret, ut, cum res inculta ab initio, data fuit in *emphyteusin*, eo præcisè sine, ut reduceretur ad culturam, quæ tractu temporis optimè culta per extinctionem hæredum, vel aliam ob causam reversa est ad Ecclesiam, tali casu non posset denuò concedi sine nova legitima causa, & debitis solennitatibus arg. cap. 60. de Appell. quia scilicet eo casu non eadem, sed potius alia majoris valoris res alienaretur.

Sed, unde sciam, quæres, quæ bona dicantur ab antiquo in *emphyteusin*, vel *feudum* dari solita? Resp. illa censeferi, quæ etiam semel tantum cum debita causa, & solennitatibus aliis in feudum, vel *emphyteusin* data sunt, de quibus, quod adhibitæ fuerint, si conflictet, poterit in ordine ad effectum licitæ secundæ alienationis non solennis dici ab antiquo alienari solita, & duran-

rante prima alienationis causa, ut dictum, iterum sine solennitatibus alienari, quia tunc verum est, quod non alienetur de novo, sed tantum continetur alienatio: sin verò non constaret, alienationem factam fuisse cum legitima causa, & requisitis solennitatibus, tunc, si saltem probetur una vel altera alienatio facta cum cursu 40. annorum, jam poterit dici ab antiquo consueta dari in feudum, vel emphyteusin ad effectum, ut durante justa causa iterum sine nova solennitate alienari possit, dummodo talis res ex post facto reversa, patrimonio, vel mensæ Ecclesiæ pleno jure incorporata non sit, per quod statum suum mutasse censeretur. Quaranta in summa tit. alienatio rer. Eccles. num. 40. ubi ita in rota Romana obtentum fuisse testatur. Vid. P. Wiestner cit. tract. part. 3. artic. 8. num. 13. & seqq.

Verum rursus quæris, quænam bona dicantur mensalia? Resp. illa bona dici de mensa, quæ inserviunt mensæ, id est, sustentationi illorum, qui de tali Ecclesia sunt, ut sunt redditus præbendæ, à quibus bonis differunt bona communia, seu, quæ pertinent ad fabricam Ecclesiæ, aut quæ certæ dignitati, v. g. Archi-Diaconatui, vel alteri deputata, ac annexa sunt, quæ etiam de mensa talis dignitatis dici possunt. Plura de his Boehmerus ad h. t. §. 20. & seqq. ubi etiam ad Tit. 6. feud. 1. ex quo aliqui probare volunt, bona mensalia nequidem cum solennitate Canonica alienari posse, fundatè respondet.

An locatio à Prælato solo ultra triennium, sine solennitatibus facta, saltem ad triennium valeat, inferius ad Tit. de Locat. conduct. §. 2. num. 21. discussum invenies. Quid possit circa donationes se solo, in Tit. de Don. dicitur.

§. IV.

Quæ justa alienationis causa censeatur?

S U M M A R I A.

37. Quatuor communiter cause assignari solent, quæ legitimam reddunt alienationem, scilicet necessitatis, utilitatis, pietatis, majoris commoditatis. 38. Neutra ex his causis interveniente alienatio non subsistit. 39. Quid intersit, an alienatio sine justa causa, num sine requisitis solennitatibus facta sit?

Quæquam Prælati res immobiles, & independentes alienare nequeant, id tamen non ita simpliciter prohibitum est, quin ex justa causa, & adhibitis debitis solennitatibus licitum quandoque fieri possit. Communiter autem à DD. quadruplex causa assignari solet, teste Panormit. ad cap. 5. h. t. num. 5. Prima est causa necessita-

tis, ut, si debita quibus Ecclesia gravatur, aliter expungi, aut cursus usurarum sisti nequeat, bona immobilia, aut mobilia pretiosa alienare necesse sit. Clem. 1. h. t. & cap. 1. de Pignor. Auth. Hoc jus parvèdum C. de SS. Eccles. Ratio est, quod ejusmodi necessitas non subjaceat legi per textum in cap. 2. in fin. de obseru. jejun. Imò tanta ejus est vis, ut non modo leges vincat l. 5. ff. de Of-