



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

**D. D. Emanuelis Gonzalez Tellez, In Inclyta Salmanticensi
Academia Collegii Majoris Conchensis Alumni, &
antiquioris vespertinæ Sacrorum Canonum Cathedræ
propriarii Interpretis; in Pinciano Sanctæ ...**

Additis Notis uberioribus ab Historia, & Chorographia

Complectens Librum Tertium

González Téllez, Emanuel

Francofurti Ad Moenum, 1690

Titulus XXVI. De testamentis.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-74526](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-74526)

neri; nam si restituere deberent prædictos fructus, maxime quia res alienas, aut injustè possessas alienarent, vel in alios usus, quam eos, ad quos destinatae erant, consumerent; quibus ex capitibus restitutionis obligatio nasci solet, *cap. si res aliena* 14. 9. 6. Quod autem neutra ex his rationibus clerici teneantur, ex eo evincitur, quia fructus isti ratione domini ad ipsos pertinent, ut probatum manet; & percipiunt eos justo titulo, videlicet divisionis, & adjudicationis, cuius fiunt participes mediante canonica institutione: nec eo casu, quo in prophanos usus expendunt, peccant contra legem justitiae, sed tantum contra legem charitatis, juxta quam strictius ipsi tenentur superfluum in pauperes erogare, quam laici. Facit etiam, nam si ipsi contra justitiam peccarent, daretur actio Ecclesiae, vel pauperibus ad rescindendam ipsam

alienationem, & bona recuperanda, ut contingit fideicommissario in casu supra relato: sed nulla actio competit Ecclesiae, vel pauperibus ad recuperanda bona ita profusè expensa: igitur quia talis dissipatio non fit contra legem justitiae, & per consequens non manet restituendi obligatio. Prosequuntur Sarmientus *ubi supra*, Hurtado *de congrua sustent. resol. 1. per totam*. Manet ergo, dominos esse bonorum, quae intuitu Ecclesiae acquisierunt, & nullo modo donationes, similesve alienationes ab eis factas irritari posse, licet verum sit, eos mortaliter peccare contra præceptum charitatis, profusè dissipando, ut pluribus relatis docet Solorzano *tom. 2. de jure Indiarum, lib. 3. cap. 10. num. 26.* omnino videndus est D. Josephus de Retes *in aureo tractatu de donationibus, cap. 12. per totum.*

TITULUS XXVI.

De testamentis.

CAPUT I.

Gregorius (a) Anthemio Campaniae Subdiacono.

Quorundam ad nos relatione pervenit, quod (b) Importunus (c) Attellanae civitatis Episcopus, dum de hac luce (d) migraret, condito testamento in octo unciis totius (e) substantiae suae nulum (f) suam heredem instituerit, & Ecclesiam suam in residuis (g) quatuor. Hortamur ergo experientiam tuam, ut solita inquisitione discutias, & quicquid Ecclesiae ipsius esse (h) patuerit, à qualibet persona detineri nullatenus patiaris, nisi hoc solum, quod eum ante Episcopatus ordinem proprium habuisse constiterit. Quicquid verò vel ante Ecclesiae ipsius esse cognoveris, vel in (i) Episcopatus ordine prædictum Episcopum acquisivisse, in ejusdem Ecclesiae conservetur (j) dominio, ne quisquam exinde aliquid usurpare qualibet occasione præsumat. Clerum verò, plebemque ejusdem Ecclesiae eum omni te volumus instantia commonere, quatenus præficiendum sibi sine dilatione aliqua (k) eligant sacerdotem, qui Clerum, plebemque, vel res Ecclesiae ipsius cauta, regularique valeat observatione disponere. Pariter etiam Clerum, plebemque ipsius Ecclesiae, vel quae ei unitae sunt, Cumanæ instantius commoneto, quatenus & ipsi omni morâ, dilationeque postpositâ aptum sibi eligere debeant sacerdotem, ne diu, & tali præsertim tempore, Pastoris proprii sint regimine destituta.

NOTÆ.

1. (a) *Gregorius.* In hac sexta collatione textus hic tribuitur Gregorio IX. in aliis Gregorio III. sed male, cum auctor ejus sit Gregorius Magnus *lib. 7. epist. indist. 5. epist. 52.* ex quo registro ita restituo integram, & epigraphen hujus textus. De Anthemio Subdiacono jam nonnulla notavi *in cap. 3. de elect.*

(b) *Importunus.* Cui etiam, suppresso nomine dignitatis, rescribit idem Gregorius *libro. 2. epist. 10.*

2. (c) *Attellana.* Attella civitas est Campaniae; vulgò *S. Arpino*: habuit Ecclesiam Cathedralam D.D. Gonzal. in *Decretal. Tom. III. Paris.*

jam à primis Ecclesiae sæculis: ex ejus Episcopis primus subscripsit Synodo Romanae sub Hilario; & Felix tertiae Synodo Romanae sub Symmacho, ut refert Carolus à sancto Paulo *lib. 1. geograph. sacr. fol. 55.*

(d) *Migraret condito testamento.* Plerumque enim testamenta fiunt in ipso vitae exitu. Concilium Salzeburg. tempore Martini V. *can. 28.* Non obstante consuetudine, quae potius est corruptela, ubi jura testamentorum factionem non prohibent. Etiam in lecto ægritudinis constitutus legare, disponere & ordinare potest de bonis sibi collatis à Deo piis locis, aut aliis; unde suprema contestatio dicitur *in l. 20. §. ult. ff. de testam.*

testam. ultimum elogium, ultimus sermo, postrema vox, ut probat Brillionius de verb. signif. verbo Testamentum. Ea enim, qui in testamento disponuntur, eo animo relinquuntur, ut post mortem habeant effectum: unde Consultus in l. 1. ff. qui testamenta, testamentum ita diffinit, ut sit iusta voluntatis nostrae sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult; morte enim testamentum confirmatur, nec antea viventis datur: hereditas, l. 1. ff. de hereditate, l. 2. §. interdum, ff. de vulgari: confirmatur enim morte, l. 1. C. de sacros. Eccles. ibi: Postquam iam velle non possunt: proœmum tituli paruit. 6. ubi Gregorius glos. 2. unde rectè arguebat D. Paulus ad Hebræos cap. 9. vers. 16. & 17. his verbis: Ubi enim testamentum est, mors necesse est intercedat testatoris. Testamentum enim in mortuis confirmatum est, alioquin nondum valet dum vivit qui testatus est. Quæ verba transcripsit Pontifex in cap. cum Marthe, de celebrat. Messarum & explicuit Lactantius lib. 4. divinarum instr. cap. 20. unde supervacua erat cautio illa testatorum, quæ disponebant, ut tunc demùm ille, aut ille hæres esset, cum decederent, de qua Salvianus de avarit. fol. 126. ait: Sed in testamento ipso providentissimè cavet, & sollicitè ac diligenter inscribit: Quando ego ex rebus humanis excessero, tunc mihi charissime hæres esto. Notarunt Ritherursius ibi, Mancinus de triplici juris collat. cap. 22. Carranza de partit. tit. de moriente, & infra dicemus in cap. Raynuntius.

4. (c) *Totius substantia.* Id est patrimonii, census, seu fortunæ; passim enim in jure substantia accipitur pro censu, seu patrimonio, l. cogit. 16. ff. ad Trebellianum, l. 51. ff. de petit. heredit. l. 3. §. nunc videamus, ff. de suspens. ruc. l. in duplicibus, ff. ad leg. Falcid. l. Lucius, §. Lucius, ff. ad Trebellianum, l. Julianus, ff. qui & a quibus, l. Titia, §. Lucius, ff. de legat. 2. Brillionius de verb. signif. verbo Substantia.

5. (f) *Nurum suam heredem instituit.* Quæ institutio duplici ex capite impugnari potest. Primò ex lege Voconia, quæ cautum fuit, ne quis feminam heredem faceret ultra quadrantem, sive ut Dio Calvus scribit lib. 56. ultra vigintiquinque millia sexterc. quæ quarta pars est bonorum ejus, qui census dicitur. D. ea De Augustinus lib. 3. cap. 21. ibi: Nolebant divites fieri feminas. Intolerabilis nihil est, quam femina dives. Et l. qui concubinam 29. §. cum ira, de legat. 2. ex Quintiliano declamat. 264. probat Balduinus ad eandem legem Voconiam: ex Livio, Cicerone, & Gellio probat Covar. in cap. Raynuntius, in princip. num. 35. ad quam legem Voconiam observo spectare legem codicillis 18. §. 1. de annuis legat. ibi: Sempronia soror ex triente; & ibi: Abstinerat. Secundò institutio hæc impugnari poterat ex eo, quia filii spurii hæres institui non possunt à clericis, authent. ex complexu, C. de incest. nupt. l. 10. tit. 13. p. 6. l. 10. tit. 3. fori, l. 10. Tauri, l. 6. tit. 8. lib. 5. recopil. Molina lib. 1. de primog. cap. 4. num. 45. & lib. 2. cap. 11. Peregrinus de fideicom. arr. 11. num. 67. & de jure fisci lib. 3. tit. 18. Castillo lib. 5. controvers. cap. 67. Borellus de Magistr. lib. 1. cap. 7. & lib. 2. cap. 2. & de præstant. Regis, cap. 30. num. 30. Flores à Mena q. 16. Solorzano tom. 2. de jure Indiarum, lib. 2. cap. 17. num. 7. Valenzuela consil. 10. Sed per nurus personam hereditas perveniebat ad filium spurium: Igitur sustineri non poterat institutio, ex l. qua-

re 38. ff. de bonis libert. l. si postulante 67. §. final. ff. ad Trebellianum, l. nec per se, C. de hered. instit. docuit latè Matienzo in l. 6. glos. 8. num. 27. tit. 8. lib. 5. recap. Quibus difficultatibus antequam satisfaciamus, sciendum est primis Ecclesie nascentis temporibus habentes filios fideles, non accusatione luxuria natos, potuisse in Episcopos eligi, & consecrari, juxta D. Paulum ad Timotheum cap. 13. ibi: Filios habentem; relatum in cap. 1. 26. dist. 8. & supponitur in cap. sint manifeste, ibi: Aut filios; & cap. Episcopus qui filios, 12. q. 2. & aliis congestis ab Antonio Augustino in epist. lib. 4. tit. 25. & 37. Probat Barbosa de potest. Episcop. 1. p. tit. 2. glos. 4. Baronius tom. 1. anno 58. num. 13. Lemaitre de instit. Episc. lib. 1. cap. 6. Quod prohibitum fuit, ne filiorum amore bona Ecclesie dilapidarent, primò à Pelagio in cap. Carthacen. 17. 61. dist. & successioribus, in cap. prius, cap. de Syracusanis, 28. dist. & à Justiniano in Novella 123. Sed mox antiqua consuetudo renovata fuit, ut constat ex dicto cap. qui filios. Similis etiam varietas circa eos, qui concubinam habuerunt, in Episcopos eligendos, contigit: primis enim temporibus eligi non poterant in Episcopos, qui aliquando concubinam habuissent; sed sequentibus sæculis id permisissum fuit, cap. final. 51. dist. unde præfens textus exaudiendus est de Episcopo filium illegitimum habente: nam si filius esset legitimus, ipsum institueret heredem; immò si nurum institueret, eo præterito, testamentum nullum esset, l. inter cetera, cum vulgatis, ff. de liber. & posthumis: nisi dicamus, filium legitimum, sed jam prædefunctum fuisse. Nec tunc obstat, quod de lege Voconia dicebamus; nam jam pluribus retro annis abrogata fuisse constat ex §. ceterum, Instit. de legit. agnat. success. & docuerunt Cujacius lib. 21. qq. Papin. in l. in multis 9. ff. de statu homin. Antonius Augustinus de legibus cap. 1. de lege Voconia, Balduinus eodem tractatu. Nec obstat alia pars ipsius difficultatis; nam licet Episcopi, aut clerici non possent heredes instituire filios illegitimos, poterant tamen instituire nurus, seu generos; nec talis institutio fraudis suspicione argui potest, ex ratione textus in l. final. ff. de his quibus ut indigen. ibi: Si gener sacerum heredem reliquerit, taciti fideicommissi suspensionem sola ratio paternæ affectionis non admittit. Nec lucrum quod provenit ex hac hereditate venit in considerationem; siquidem immediate non capitur à patre, sed propter personam conjugis; & ita filii incapacitas non attenditur, argumento legis si is qui 6. ff. de vulg. l. si is qui, ff. de liber. legat. l. 24. ff. ad legem Corneliam de falsis: docent Covar. in 4. p. 2. cap. 8. §. 1. num. 13. Antonius Gomez in l. 9. Tauri, num. 18. Parladorius lib. 1. rerum quorid. cap. 16. Larrea decis. 95 per totam. Valenzuela consil. 7.

6. (g) *In residuo quatuor.* Plerumque enim testatores hereditatem suam in duodecim uncias dividunt, & ita ad assem perveniunt, l. interdum 13. §. 1. l. servus 50. §. ult. ff. de hered. instit. §. hereditas, Instit. eodem tit. quæ divisio dicitur solennis in d. l. 13. §. 1. quia Romani semper uti solebant asse, ut probant Mariana de ponder. cap. 2. Vultejus, Balduinus; & alii Institutori in dicto §. hereditas. Duarenus lib. 2. dist. cap. 36. cujus moris rationem reddit Hieronymus Magius lib. 1. Miscel. cap. 15. Partes alii sunt, prima uncia, totius assis pars duodecima: sextans,

sextans, quasi sexta pars assis: tres uncia appellatur quadrans, quasi quarta pars assis: quatuor uncia triens, qualiter tertia pars assis: quinque uncia, quinquinx: sex, semis: septem, septuinx: octo, bes: novem, dodrans: decem, dextans: undecim, deunx: duodecim, as. De eis Juvenal. *satyr.* 1.

Unciolam Proculejus habet, sed Gilo deuncem.

Uncia etiam in miniores partes dividebatur, veluti in semunciam, cujus mentio fit in *l. Papinianus 8. §. quoniam, ff. de inoffic. l. item 17. §. 1. ff. de heredib. instit.* Rursus semuncia in tres sextulas, & una sextula cum dimidia dicebatur sicilius, cujus mentio fit in *l. liberto 22. §. filia, ff. de annuis legat.* Unde Episcopus in presenti casu de assis integro disposuit, nurum institucendo in octo uncias, Ecclesiam verò in reliquis quatuor.

(h) *Episcopus esse pariter.*] Consonant textus in *cap. 1. 12. quest. 5. cap. sint manifesta 12. quest. 1. pro quorum iurum expositione Glossa in dict. cap. 1. Panormitanus in cap. cum esses, num. 24. hoc est.* Bertachinus de Episcopo, p. 4. cap. 4. Barbosa in *cap. 3. column. 2. de pecul. cleric.* docent, onus hoc probandi bona intuitu Ecclesie fuisse acquirit, non semper incumbere Ecclesie, aut heredibus Episcopi, sed possessorem bonorum similibus transferre onus probandi in adversarium, ut in aliis iudiciis evenit: sed verius credo, semper onus hoc probandi incumbere heredibus Episcopi; quia à jure præsumitur, omnia bona ab Episcopis, vel clericis acquisita post consecrationem, intuitu Ecclesie fuisse quaerita, ut superiori titulo probavi; unde ob hanc juris præsumptionem, quæ Ecclesie semper nititur, onus probandi incumbit heredibus Episcopi. Ut autem omnis ambiguitas tollatur, in jure cautum est, ut Episcopus ante consecrationem teneatur facere inventarium omnium rerum quæ possidet, ut collectet postea acquisita, intuitu Ecclesie fuisse quaerita, *cap. manifesta, cap. sint manifesta 12. quest. 1. Solorzanus lib. 3. de jure Indiar. cap. 11. num. 6.* & non solum Episcopum regularem, verum & secularem debere inventarium hoc conficere, late probat Parexa de *instrum. edict. tit. 5. resol. 5.*

(i) *In Episcopatus ordine.*] Ex his verbis aperte probatur, Episcopatum esse ordinem distinctum à Presbyteratu, & aliis gradibus sacris; quod etiam probatur ex *can. 1. 2. 68. & 69. Apostolor. cap. Episcopus cum ordinatur, 23. distinct. cap. Episcopi, cap. 5. 64. dist. cap. 1. vers. et si in hoc, 32. distinct. cap. si servus 54. distinct. cap. illud 77. dist. cap. Diaconus, 93. dist. cap. quoniam 5, ubi Glossa, verbo Sui ordinis, de purgat. canonic. Quomodo autem id procedat in sententia eorum, qui tenent septem tantum gradus dari in Sacramento Ordinis, exponunt Sebastianus Cæsar de *Eccles. hierarch. quest. 4. §. 3. Barbosa de potest. Episcop. part. 1. cap. 2. & 2. part. alleg. 1. num. 18. Hallierus de sacris elect. section. 1. de numero Ordinum.**

(j) *Conservetur dominio.*] Immo hæc bona successori debent reservari, *cap. illud, 12. quest. 2. cap. presenti, de offic. Ordin. lib. 6. cap. quia super, de elect. eod. lib. cap. 4. de constit. in 5. compil. cujus verba dedi in calce textus in cap. 45. de elect.* Igitur non Ecclesie viduatae competunt. Hujus opinionis plures Doctores refert Solorzanus de

jure Indiar. lib. 3. cap. 11. num. 6. ubi varia congestit de spoliis Episcoporum: sed pro temporum, & provincialium varietate textus hos exposui in *cap. 4. de offic. ordin. num. 7.*

(k) *Eligant.*] Temporibus enim Gregorii Magni electio Episcoporum spectabat ad Clericum cum collaudatione plebis, ut probavi in *cap. 2. de elect.*

COMMENTARIUM.

EX hac D. Gregorii epistola sequens commu-
niter deducitur assertio: Episcopus de rebus ^{10.} *Conclusio*
patrimonialibus testamentum facere potest; de re probatur,
bus verò intuitu Ecclesie acquisitis testari non valet.
Probant eam textus in *cap. Episcopus 19. cap. sint manifesta, cap. manifesta 12. quest. 1. cap. Episcopus 34. 12. quest. 2. cap. placuit 1. cap. 3. 12. quest. 3. cap. nulli 1. cap. obitum, cap. fixum, cap. si Episcopus 12. quest. 5. cap. cum multa 12. quest. 8. cap. relatum 12. hoc titul. cap. cum dilectus, de jure patron. cap. si quis Episcopus 5. cum sequent. de heretic. cap. 8. hoc titulo, in 1. collect. cap. 1. de success. ab intest. cap. 3. eod. titulo, in 1. collect. Gregorius noster lib. 9. epist. 1. ibi: *Quicquid prædictus pater tuus Episcopatus sui tempore de proprio Ecclesia constituit conquisisse, ne tollas, quia & sacrorum canonum legibus noscitur esse distinctum, ut in his, que Antistes Episcopatus tempore acquisiverit, non alius nisi sola succedat Ecclesia. Concil. Hispal. can. 1. & 5. Agathense can. 33. Tolet. 9. can. 7. & 10. Concilium Francfordiense can. 41. Et heredes, vel propinqui Episcopi, res que ab Episcopo sunt acquisite, aut per comparationem, aut traditiones, postquam fuerit ordinatus, nequam post eius obitum hereditare debeant, sed ad suam Ecclesiam revertantur. Illa autem, quæ prius habuit, nisi traditionem ad Ecclesiam ex eis fecerit, heredibus, & propinquis succedant.* Patifense sub Ludovico lib. 1. can. 16. Carthag. 3. sub Siricio can. 3. Alemanicum sub Conrado celebratum anno 1225. can. 5. Oxoniense in Anglia, can. 27. quorum verba referunt Crespetius in *summa, verbo Testamentum.* Ant. Augustin. lib. 15. *epist. jur. tit. 45. audent. Licentiam, C. de Episcop. & cleric.* Illustrant ultra congestos in presenti à Garaña & Barbosa in *collect. & select.* idem Barbosa de *potest. Episcop. alleg. 114. P. Gregorius lib. 3. part. titul. 22. cap. 4. Borellus tom. 3. decis. tit. 20. Quintanaduenas lib. 2. ecclesiasticon, num. 19. Valenzuela consil. 98. Solorzanus de jure Indiar. tom. 2. lib. 3. cap. 10. num. 1. Covar. & Cujacius in presenti. Turtureus *dissert. 20. jurid. Montalvo in l. 3. tit. 5. lib. 1. legum fori, Hieronymus Garcia in summa, tract. 1. difficult. 4. dub. 1. Ferro Manrique de differenc. cap. 157. Ludovicius de ultimis volunt. fol. 19. & 194. Murga tom. 1. disputat. tract. 4. disputat. 5. D. Josephus de Retes de donat. cap. 12.***

Sed adversus hanc assertionem ita pro dubitandi ratione insurgo: Qui dominium rerum ^{11.} *Impugnatio*
suarum perfectum habent, non solum in vita, *sur traditio*
verum & testamento de illis disponere valent, *assertio.*
permittente lege decemvirali ita concepta: *Pater familias uti legavit super pecunie, tunc laxe sua rei, ita jus esto.* Cujus legis mentio extat apud Pomponium in *l. verbus 120 ff. de verb. signific. Ulpianum in fragment. tit. 11. §. 14. Justinianum in novel. 22. de nuptiis, cap. 2. & in princip. Infr. de lege Falcid. & alios, quos refert Jacob. Gothofredus*

thofredus ad ll. XII. Tabul. tabul. 5. Sed Episcopi habent verum, & perfectum dominium bonorum, quae intuitu Ecclesiae acquisierunt, adeo ut si inter vivos ea dissipaverint, ad restitutionem non teneantur. D. Thomas quodlibet 6. quae. 8. art. 12. ibi: *De aliis vero bonis, id est intuitu Ecclesiae acquisitis, non committitur peccatum, nisi per abusum; sicut & de patrimonialibus dictum est.* Latè probavi superiore titulo, & fundat Villaroel. tom. 1. regim. Eccles. p. 1. quae. 3. artic. 4. Igitur sicut de illis inter vivos disponere possunt transferendo eorum dominium, ita etiam & testamento. Augetur primò hæc dubitandi ratio ex eo; nam is potest donare causâ mortis, qui testamentum facere valet, l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rationibus, l. filius 7. §. paria autem, ff. de donat. l. 10. C. qui testamenta. Sed Episcopi donare possunt causâ mortis, cap. ad hæc, ubi dicemus, infra hoc titulo: ergo & testamentum facere de ipsis bonis intuitu Ecclesiae acquisitis. Fulcitur secundò hæc difficultas ex eo; nam si Episcopi testamentum valeret duntaxat pro rebus patrimonialibus, non verò pro rebus intuitu Ecclesiae acquisitis, sequeretur, Episcopum decedere restatum pro parte, videlicet pro bonis patrimonialibus, & intestatum pro parte, videlicet pro bonis acquisitis intuitu Ecclesiae; quod naturaliter inter se pugnat, l. jus nostrum 7. ff. de reg. jur. l. 1. §. si ex fundo, l. 13. §. 2. l. 15. ff. de hered. instit. Ergo testamentum ab Episcopo factum, aut debet sustineri pro omnibus rebus, aut pro omnibus infirmari.

12.
De his qui
testamentum
facere
nequeunt.

Quâ dubitandi ratione ita fulcitur non obstantem, vera est præfens decisio, cujus rationem Interpretes ex eo deducunt, quia cum Episcopi non sint domini fructuum, quos percipiunt intuitu Ecclesiae, ut docent plures, quorum nomenclaturam, & fundamenta retuli superiori commentario; ideo de eis testamentum facere nequeunt: sed cum verior sit contraria sententia, quam latè in prædicto commentario probavi, videlicet verum dominium in eisdem fructibus Episcopos habere, hæc ratio sustineri non potest. Eâ igitur omisâ, ut veram assignemus, præmittendum est, omnes illos testamentum facere non posse, quibus aliqua lege speciali prohibitum est; unde testamenti factionem activam, esse de genere permissorum, vulgò docetur argumento textus in l. meus 13. §. 1. ff. de procurat. l. cum Prætor 12. ff. de iudicis, l. 1. ff. de testibus, l. hos accusare 12. ff. de accusat. Quod agnovit Alfonsus noster in l. 13. tit. 6. partit. 1. ibi: *Todos aquellos aguien no es defendido per las leyes de este libro, pueden hazer testamento.* Docuerunt Duarenus ad titulum, qui testamenta. cap. 2. Donellus lib. 6. comment. cap. 5. Grassus de success. §. testamentum; quæst. 20. à num. 1. Treut. volum. 2. disputat. 1. thesi 2. Pichardus in rubric. de testam. Hunnius in Encyclop. titulum, de testamentis, Petrus Gregorius lib. 3. partit. titulum, 22. cap. 4. Ludavelius de ultimis volunt. in princip. D. Josephus de Retes lib. 1. opuscul. cap. 22. Prohibitum tamen est testamentum facere aliquibus naturâ ipsâ, aliis lege civili, aut canonicâ. Naturâ prohibentur, qui voluntatem, aut sanam mentem non habent, ut impuberes, l. quâ ætate 5. ff. de testam. §. præterea, Instit. quibus non est permissum: docent plures relati à Narbona de ætate, anno 14. quæst. 46. Pinellus lib. 2. select. cap. 10. num. 53. in qua parte notandi sunt textus in

l. tam is, ff. de donat. causâ mortis, junctâ l. 1. §. 1. ff. de tutel. & ration. l. 6. C. de testam. militis, Ulpianus in fragm. titulum, de testam. §. famina, l. 3. C. quando provocare, l. 2. §. per contrarium, ff. de his quib. ut indig. l. 10. §. ultim. ff. de capivis, junctâ l. lex Cornelia, ff. de vulgari, l. Stichum 95. §. additio, ibi: *Pecunia ex testamento pupilli, ff. de solut. l. invidi 19. ff. de testibus, junctò Cujacio ad Papin. lib. 1. de adult. in l. 2. ff. de accusat. novel. 6. Leonis. Similiter furiosus, §. furiosus, Instit. quibus non est permissum, l. in adversa 17. ff. de testam. Donellus dicit. libro 6. capite 5. Circa quem notandi sunt textus in l. nec fideicommissa 30. ff. de legat. 3. junctâ l. Titia, ff. de inoffic. l. 1. ff. de suis & legit. hered. l. 2. §. in suis, de legumina success. in collatione legum Mosaic l. 1. ff. de honor. posses. furios. l. 12. §. si impubes, ff. de instit. l. ultim. ff. de honor. posses. l. pro parte, ff. de servit. celebris locus Valerii Maximi lib. 7. de testam. c. 8. Lege civili prohibentur testamentum facere, primò prodigi, l. is qui bonis 18. ff. qui testamenta, §. nem prodigis, Instit. quibus non est permissum, Donel. in l. 6. ff. de verb. obl. Notandi tamen sunt textus in l. Imperator 50. ff. ad Trebel. l. Antistius 62. §. 1. de acquir. hered. Secundò servi, l. filius, ff. qui testamenta, ubi observandi sunt textus in l. 2. C. de edito D. Hadriani, l. in bello 12. §. Codicillis, ff. de capivis, Ulpianus in fragment. titulum, 20. §. servus, novel. 38. Leonis, & elegans locus Plinii, quem exponit Cujacius tractat. 2. ad Asiric. in l. 1. §. 1. ff. de legat. 1. Tertiò deportati, ultimoque judicio damnati, l. ejus qui, §. 1. ff. de testamentis, l. qui, ultim. ff. de penis, l. 6. §. ejus, ff. de injusto rupto. Quarto filius in sacris paternis exiens, l. qui in potestate 6. l. filius, ff. qui testamenta, princip. Instit. quibus non est permissum: cui principio opponi possunt textus in l. post mortem, ff. de adopt. l. 2. §. undecennique, ff. ad Terry. l. 6. §. 4. de statutib. l. 3. §. idem 9. ff. de minor. l. filius 18. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. sed si filius, ff. de honor. posses. contrarabul. l. Antist. ff. de jure codicil. l. 9. & 10. ff. de injusto rupto, l. avus 79. ff. de jure dot. junctò Gothofredo ibi, l. 1. §. 7. ff. de tabul. exhib. l. 9. §. final. ff. de liber. & posthum. l. 1. §. filius 9. ff. de separar. bonor. l. 1. §. 17. ff. ad Terry. l. 2. §. 3. ff. unde legat. l. ille 13. §. 2. ff. ad Trebel. l. si ad patrem 10. l. si pater 15. ff. de suis & legit. l. ultim. §. si filius. C. de bonis qualib. Videndi sunt D. Josephus de Retes dicit. cap. 22. Marc. Aurel. Galbanus de usufructu cap. 9. & 10. Lege canonica prohibentur testamentum condere, primò monachi, & ceteri religiosi, ut dicemus in textu sequenti: secundò usurarii manifesti, cap. final. de usuris, lib. 6. & Episcopi, & ceteri clerici de bonis intuitu Ecclesiae acquisitis. De Episcopis agitur in præfenti, de ceteris clericis in cap. cum in officis. hoc tit.*

Unde jam apparet vera præfenti decisionis ratio; ideo enim Episcopi testamentum facere nequeunt de bonis intuitu Ecclesiae acquisitis, quia hoc illis expressè prohibitum est facris canonibus, ut constat ex dict. cap. cum in officis, ibi: *Quia antiquis canonibus constat inhiberetur.* Et ex nostro Gregorio Magno dicit. lib. 9. epist. 1. ibi: *Quia & sacris canonum legibus esse noscitur distinctum, ut in his, quæ Antistes Episcopatus tempore acquisiverunt, non aliis, nisi sola succedat Ecclesia.* Concil. Hispal. 1. can. 1. ibi: *Comperimus in canone, &c. cap. quia nos, cap. relatum 12. hoc titulum, ubi supponitur, hanc prohibitionem*

à sacris canonibus provenire. Et si adhuc scisciteris, quamam ratione ducti Ecclesie PP. Episcopis inhabuerint testamentum si cere de rebus intuitu Ecclesie acquisitis? Respondeo rationem hujus prohibitionis assignari in dict. cap. cum in officio, in illis verbis: *Cum in officio charitatis primo loco illis teneamur obnoxii, a quibus beneficii nos cognoscimus recepisse.* Quam ibi illustrabimus; inde cum Episcopi non exiguis, sed amplis fructus ab Ecclesia percipiant, æquum est, ut cum decedunt, non in alios, quam in ipsam Ecclesiam conferant. Rectè ergo Ecclesie Patres Episcopis, quamvis dominis, prohibuerint testamentum facere de bonis intuitu Ecclesie acquisitis. Nec novum, aut insolens est, ut qui de nimum perfectum, aut irrevocabile bonorum habet, de eis in ultima voluntate disponere non possit, ut rogatus rem aliquam post mortem restituere: fiet enim ille dominus sit, l. non dico 66. ff. de rei vind. l. arboribus 12. §. Julianus, vers. Nam si sunt, ff. de usufructu, l. ultim. ff. de usufructu eorum rerum, l. 1. §. servi, ff. ad Senatuscons. Syllan. l. species 5. ff. de auro & argem. legat. l. facultatum 9. ff. de statutis. l. generaliter 29. §. sub conditione, ff. qui est à quibus, docent Pinellus in l. 1. p. 2. num. 3. C. de bonis matern. pluribus relatis Castillo de usufructu, cap. 30. num. 20. Molina lib. 1. de primog. cap. 19. num. 4. Tamen de simili re disponere non valet, l. quidam. 25. §. si quis filium, l. deducta 58. §. ultim. ff. ad Trebel. Similiter & filiis familias, quamvis dominis peculii adventitii, non est permittum de eo testamentum facere, l. perul. C. qui testamentum. Sed cum hæc prohibitio tota sit juris positivi, poterit Pontifex dispensare, & Episcopis licentiam concedere disponendi de hujusmodi bonis. Covar. in dict. cap. cum in officio, num. 20. Sanchez lib. 7. summa, cap. 8. num. 48. Nec talis facultas unico actu finitur, immò usque ad vitæ exitum eâ Episcopus uti potest. Sarmient. de reddit. 4. part. cap. 4. Barbosa de potest. Episcopi albe. 114. num. 26. Fachineus lib. 5. controu. cap. 99. Mancinus sacri juris controu. differt. 7. cap. 20. Secunda partis præsentis assertionis ratio in promptu est; asserimus enim, Episcopos de bonis patrimonialibus testamentum facere posse; quia cum quoad illa bona nulla prohibitio adit, merito tanquam ceteri patresfamilias de eis disponere possunt, capite cum dilectus, de jurepatron.

Sed præsentis assertioni obstat textus in cap. Episcopus qui filios 12. quest. 2. ubi Patres Concilii Agathensis statuunt Episcopum filios, aut nepotes non habentem extraneos instituere non posse, sed Ecclesiam ipsam. Qui textus summè difficilis est; nam si accipiatur de bonis intuitu Ecclesie acquisitis, quomodo inter filios, & nepotes de eis disponere Episcopus valet? Si verò de bonis patrimonialibus, quomodo etiam inter extraneos de eis Episcopus non disponit? Cui difficultati ut satisficiant Glossa ibi, Covar. in præsent. num. 4. Jul. Clarus verbo Testamentum, quest. 27. num. 2. Grassus de success. verbo Testamentum, quest. 34. affirmant, textum illum non continere præceptum, sed consilium, ita ut Episcopus bona patrimonialia possidens, filios autem aut nepotes non habens, ex honestate teneatur Ecclesiam propriam heredem instituere. Sed hæc solutio apertè convincitur ex ipso canone 24. Concilii Agathensis, ex quo textus transcriptus est; ubi eisdem verbis utuntur Patres in eo canone, ac in aliis, in quibus præceptum injungunt. Cironius in parat. ad hunc tit. docet, quod licet Episcopi de bonis patrimonialibus testamentum facere possint, attamen temporibus illius Concilii, si filios, aut nepotes non habebant, extraneos heredes eos instituere non poterant, sed omnino Ecclesiam instituere debebant. Sed etiam hæc interpretatio rejicitur ex capite sim manifeste 12. quest. 1. capite fixum 12. quest. 5. & ex præsent. textu, ubi liberè, & absolute permittitur Episcopis disponere de rebus propriis intuitu Ecclesie acquisitis. Quare his sententiis omnibus veritas dicendum est, PP. Concilii Agathensis in eo canone nequiquam asserere Episcopum filios non habentem, Ecclesiam, non verò extraneos, debere heredem instituere, sed tantum affirmare, Episcopum non posse aliquid de rebus Ecclesie oblati alienare, vel distrahere. Si verò aliquid distraxerit, distinguendum esse, ita ut si filios, aut nepotes heredes habuerit, similes alienationes sustineantur, compensatione facta cum rebus ab Episcopo relicti; si verò filios, aut nepotes non habuerit, & extraneos heredes instituerit, irrita sit omnino talis alienatio, nec prædicta compensatio admitatur. Quæ interpretatio fac le deducitur ex ipso canone 33. ubi ita ajunt PP. Episcopus, qui filios, aut nepotes non habens, alium quam Ecclesiam reliquit heredem si quid de Ecclesia, non in Ecclesia causa, aut necessitate insumpserit, quod distraxit, aut donavit, irritum habeatur; qui verò filios habet, de bonis quæ reliquit ab heredibus ejus indemnitate Ecclesia consulatur. Ex quibus verbis constat, in eo textu non agi de testamento ab Episcopo faciendæ de bonis propriis inter filios, vel inter extraneos; sed de rebus Ecclesie alienatis ab Episcopo, & quatenus compensatione facta ex rebus propriis Episcopi Ecclesie consulendum sit; quo modo textum illum acceperunt Patres Concilii Spalensis 1. can. 1. his verbis: *Interea considerantibus nobis in Ecclesia Spalensi sancta Hierusalem, breve municipiorum Ecclesia, quos libertasse visus fuerat decessor vnus sancte recordationis Gaudentius Episcopus, vestri nobis Diacones obtulerunt: & non solum quos libertaverat ibidem relegimus, sed etiam quos proximis suis de familiis Ecclesie donaverat in eodem brevi recensimus adnotatos. Quæ de re canonum instituta consulimus, si talis libertas, aut transactio potuisset esse*

15.
Exponitur
cap. Episcopus
num. 12. q. 2.

MIM

14.
Difficili-
ter dubi-
tand ratio
17.
ditar
18.
Attir
16.

Nec obstat dubitandi ratio supra expensa, cui facile responderi potest ex supra traditis; nam licet verum sit, Episcopos esse dominos fructuum, quos intuitu Ecclesie percipiunt; tamen de eis in testamento disponere non possunt, quia id illis ex justis causis prohibitum est. Nec obstat augmentum difficultatis, argumento deducto à donatione causâ mortis: nam illi satisfacimus in cap. ad hæc, infra hoc titulo. Nec obstat ultimum augmentum hujus difficultatis, deductum ex eo, quod juxta præsentem decisionem Episcopus decedat testatus, & intestatus. Nam hæc bona acquisita ab Episcopo intuitu Ecclesie, non deferuntur ab intestato; sed potius occupantur ab Ecclesia proprio jure, ut contingit in possessore majoratus, aut eo qui bona tenetur restituere post mortem. Nam licet de illis non disponat, de aliis tamen testamentum facere potest; nec ideo decedit pro parte testatus, & intestatus.

esse stabilis. Comperimus autem in canone, ut Episcopus, qui res proprias, exceptis filiis, & nepotibus, alteris. & non Ecclesie sua dimiserit, quicquid de Ecclesie rebus aut donavit, aut vendidit, aut quoquo modo ab Ecclesia transtulit, irritum haberetur. Et ideo si res predecessoris tui Gaudentii Episcopi Ecclesia vestra non possidet, liberi, qui ab eo facti sunt, non sunt absoluti. Caterum si res illius in compensationem Ecclesie vestre deseruiunt, illi prorsus maneat liberi; nam si (ut dictum est) prastitum de suis rebus non fecit Ecclesie, damnum utique inferre non debuit. Propterea ergo de uno consensu omnes significamus, magis humanius quam securius cogitantes, ut hi, quos constat tali conditione fuisse liberos, in iure Ecclesie maneat, ut idonei; & peculium suum, non alius personis, sed tantum suis filiis derelinquant: ipsi quoque filiis, & nepotibus cum peculio ipsorum, quasi idoneis in iure Ecclesie permanentibus, in extraneam eis personam non liceat quippiam transmutare, sed si qui eorum sine heredibus discesserunt, peculium eorum vestra proficiat Ecclesie.

16.
Exponitur
can. 2. con-
cil. Lug-
dun. 1.

Secundo supra traditis obstat textus in can. 2.

Concil. Lugdun. i. sub Pelagio II. celebrati, in illis verbis: *Ut testamenta, quae Episcopi, vel Presbyteri, seu inferioris ordinis clerici, vel donationes, aut quacunque instrumenta propria voluntate confecerint, quibus aliquid aut Ecclesie, aut quibuscunque conferre videantur, omni stabilitate subsistant.* Ex quibus verbis aperte liquet, testamentum Episcopi, etiam sine ulla solennitate conditum valere: igitur quia Episcopi libere possunt testamentum facere, nulla adhibita distinctione inter bona patrimonialia, & acquisita intuitu Ecclesie. Pro cuius difficultatis solutione dicendum est, verba illa exaudienda esse de testamento ab Episcopis, vel clericis facto de bonis patrimonialibus, non vero de bonis intuitu Ecclesie quaesitis; tantum enim in eo canone agebatur de solennitate adhibenda in testamentis ab Episcopis, vel Presbyteris conditis, & de instrumentis donationis causa ab ipsis confectis; an videlicet solennitas legalis esset adhibenda? Et statuunt PP. quod quomodo cunque Episcopi, vel Presbyteri testamenta condiderint, aut instrumenta donationis confecerint, ipsorum voluntas rata sit.

CAPUT II.

Idem (a) Episcopo Caralitano.

Quia (b) ingredientibus monasterium convertendi (c) gratia, ulterius nulla sit standi licentia, sed res eorum ejusdem monasterii juris (d) fiant, aperta legis diffinitione decretum est: Quod cum penè omnibus notum sit, in magnam nos Graviniae Abbatissae monasterii sanctorum (e) Gravini atque Luxorii insinuationem admirationem perduxit, quae Siricam monasterii sui Abbatissam postquam regendi suscepit officium, condito (f) testamento legata quibusdam asseruit reliquisse. Et dum de sanctitatis vestrae sollicitudine quaereremus, cur res monasterio competentes ab aliis pertulerit detineri, communis filius Epiphanius Archipresbyter vester praesens inventus respondit, praememoratam Abbatissam usque ad diem obitus (g) indui se monachica veste noluisse, sed in vestibus, quibus loci illius utuntur (h) presbyterae, permanisse. Ad haec replicabat praedicta Gravinia, hoc penè ex consuetudine licuisse, adeo ut Abbatissam, quae ante suprascriptam Siricam fuerat, talibus usam fuisse vestibus allegaret. Cum ergo de qualitate vestium nec nos mediocriter coepissemus ambigere; necessarium visum est nobis, tam cum consiliariis nostris, quam cum aliis hujus civitatis doctis viris, quid esset agendum de lege tractare. Qui tractantes responderunt: Postquam solenni more Abbatissa ab Episcopo (i) ordinata est, & in (j) monasterii regimine per annos plurimos usque ad vitae suae transitum praesuit, vestis qualitatem ad culpam fortè Episcopi respicere, qui (k) eam sic esse permisit; non tamen potuisse monasterio praesudicium irrogare, sed res ipsius eidem loco, ex eo, quod illuc ingressa, & Abbatissa constituta est, manifesto jure competere. Et ideo quia ex dimissis illicite rebus Xenodochium possessionem asserit indebitè retinere; his vos (l) hortamur affatibus, ut quia & monasterium, & Xenodochium ipsum in vestra est (m) civitate positum, omni cura, ac studio providere debeatis, quatenus si possessio ipsa ex nullo praecedenti contractu, sed ex eo memoratae Siricae legato descendit, antedicto monasterio, postposito strepitu, vel excusatione (n) reddatur. Si vero ex alio fortè dicitur obvenisse contractu, aut fraternitas vestra inter partes cognita veritate, quod legalis suaverit ordo definiat, aut mutuo sibi consensu arbitros eligant, qui earum valeant allegationem discindere. A quibus quicquid fuerit statutum, ita vestra provisione servetur, ut nullum inter venerabilia loca jurgium remaneat, quae magnopere alternam pacis sunt fovenda concordiam. Alia igitur omnia, quae ex testamento praenominatae Siricae detinentur, quippe quod nullum esse legali sanctione permittuntur, necesse est ut juri monasterii fraternitatis vestrae sollicitudine sacerdotali per omnia

omnia studio reparantur: quia imperiali (o) constitutione aperte sancitum est, ut ea, quae contra leges fiunt, non solum inutilia, sed etiam pro infectis habenda sint.

NOTÆ.

1. (a) [Dem.] In prima collectione, *sub hoc titul.* cap. 3. & in hac sexta legitur tantum, Gregorius; sed tam inscriptionem, quam litteram textus restituo ex Regesto epistolarum D. Gregorii, ubi *lib. 7. indict. 2. epistol. 7.* reperitur hic textus, & ejus principium refertur à Gratiano in cap. *quia ingredientibus 19. quast. 3.* De Episcopo hoc Januario, & ejus dicecisi nonnulla notavi in cap. *nisi in pridem, de renunc.*
2. (b) [Quia ingredientibus.] Cum effectu videlicet, & ingressu irrevocabili, qui contingit per professionem validam, ut communiter exponunt Doctores in presenti, & in *authent. ingresse. C. de sacros. Eccl. Es.* quos sequitur Sotomayor in *relect. ad textum in dict. cap. quia ingredientibus*: sed perperam, nam textus in dicta *authentica ingresse*, ad quam respexit Gregorius in presenti, procedit in monachis tantum ingressis, ut aperte constat ex illis verbis: *Ingressu monasteria, ipso ingressu se, suaque dedicant Deo: nec ergo de his restantur, utpote nec domini rerum.* Et ex *Novella 5. Justin. cap. 5.* ex qua transcripsit Imerius textum illum. Quare hæc verba: *Quia ingredientibus*, accipienda sunt juxta tempora Gregorii, de illis, qui ingrediuntur monasterium. Sciendum enim, olim non induisse habitum monachalem eos, qui annum probationis peragebant, sed cum vestibus propriis incessisse; sed tunc demum eas mutasse, cum per ingressum proficere Religionem, cap. *super, de regularibus*, ubi dicemus: *in addit. Capitul. Caroli, capit. 35.* legitur: *Ipse vero ne roneatur, nec vestimenta pristina immutet prius quam obedientiam promittat.* Quare monachi ab eo instanti, in quo monasterium ingrediebantur, testamentum facere non poterant. Synodus 8. Constantinop. can. 6. ibi: *Monachi non debent habere proprium, sed omnia eorum monasterio adscribi.* Dicit enim B. Lucas de *his qui credunt in Christum, & monasticam institutionem describunt, quod nemo quidquam eorum que aderant, proprium esse dicebant, sed erant illis omnia communia: & ideo iis, qui monachi esse volunt, prius datur facultas de suis rebus testandi, ac disponendi, & quibuscumque velint personis lege scilicet non prohibitis, sua transmittendi.* Postquam enim monachi facti fuerint, omnium bonorum dominum monasterium habebit, & nullam de rebus propriis curam gerere, vel disponere eis permissum est. Quia cum ab eo die se, & sua monasterio obtulissent, testamentum facere amplius non poterant, cap. *ultim. de succes. ab intest.* Postquam tamen annus probationis peragitur à novitiis cum ipsis monachis, post tonsuram, & habitus mutationem non attenditur tempus ingressus, sed professionis; ideoque ante solennem professionem liberè novitiis de rebus suis disponere valent, ut late probant Thomas Sanchez *lib. 7. in Decalogum, cap. 3.* Tamburinus, Pellizarius, & Diana congesti à Hieronymo Garcia *part. 1. polit. regul. tract. 2. difficult. 6.* Hurtado de congrua *sustent. tom. 2. libro 6. resol. 10. per totam.* Vivar. de veteri monach. *libro 6. capite 3. num. 28.*

(c) [Convertendi gratia.] Id est in monasterium à vita seculari, & laxiori ad strictiorem transcundi causa. Transitus enim laicorum ad monasticam vitam, conversio religionis causa appellatur. Concil. Aurel. 1. can. 23. ibi: *Monachus in monasterio conversus, si pellici postea, vel uxori fuerit sociatus, tanta pravariationis reus nunquam ecclesiastici gradus officium sortiatur.* Synodus Turonensis 2. can. 16. ibi: *Si qui in monasterio conversi sunt, aut converti voluerint, nullatenus exinde habeant licentiam evagandi.* Gregorius noster *lib. 7. indict. 1. epist. 12.* Filescus *lib. 1. select. cap. 10. fol. 161.* Notabimus infra in *tit. de convers. conjug.* Sed quia & alii, qui castitatem in saeculo promittebant, dicebantur converti, Concil. Agath. can. 16. Arelat. 2. sub Sylvestro can. 1. Aurel. 5. can. 19. ibi: *Quae in domibus propriis, tam puellae, quam viduae, commutatis vestibus convertuntur: tamen quia illi religiosi non fiebant, & testamentum facere poterant, ideo conjunxit Gregorius noster ingressum monasterii cum proposito conversionis, ut denoter non sufficere conversionem solam, quae fit etiam in saeculo; nec ingressum in monasterio sine conversione, cum plures ingrediantur monasterium, non tamen monachi fiant, quia deest animus conversionis, ut illi, qui penitentiae peragendae causa in monasteriis detruduntur; de quibus agemus in cap. 1. de regul.*

(d) [Iuris fiant.] Monasterium enim ipso jure consequitur dominium omnium bonorum, quae monachus possidebat, nullo ab eo facto testamento, ut probant late Gedeus *tom. 1. consil. consil. 25.* Hieronymus Garcia *dict. tom. 1. polit. regul. tract. 4. difficult. 5. dub. 5.* Unde monasterium ut successor in universum jus teneret solvere debita contracta ab ipso monacho, ut probat Olea de *cess. jur. titul. 3. quast. 9. num. 33.*

(e) [Gravini, atq. Luxorii.] Monasterium hoc est in ipsa civitate Calaricana constructum ab ejus incolis in honorem istorum sanctorum, qui nati fuerant in ipsa insula, ut refert Bonfant. libro 12. de Sanctis Sardin. capite 27. ad medium.

(f) [Conditio testamento legata.] Legatorum enim proprium est, ut testamento, vel codicillis testamento confirmatis relinquuntur, l. *illud 13. §. 1. l. quidam 14. in princip. ff. de jure codicil. l. ab exheredatis 126. ff. de legat. 1. l. filius 20. §. 1. ff. de legat. praest. Ulpianus titul. 24. de legat. in princip. l. impuberem 22. §. qui codicillos, ff. ad leg. Cornel. de fustis. docent Valentia ad titul. de legat. cap. 3. per totum. Pichardus eod. tract. cap. 2. num. 22. in quo differunt legata à fideicommissis, quae licet donationes, & liberalitates sint, l. unum 67. §. si de Falcidia ff. de leg. 2. l. non facile 6. ff. si cui plus quam per legem, ab intestato tamen per epistolam, vel sine scriptura relinqui possunt, l. & epistola 22. C. de fideicommiss. l. 2. C. de codicil. §. praeerea, §. nondum. In his de fideicommiss. heredit. & etiam codicillis ab intestato factis, Paulus *lib. 4. sentent. titul. 1. §. codicillos* 10. cujus differentiae rationem exprimit Ulpianus *tit. 20. §. fideicommissum* 8. Gajus *ib. 2. instit. §. praeerea* & exponunt Cujacius *lib. 29. Panii ad edict. in l. 53. ff. de**

ff. de v. s. Hochomanus lib. 6. obs. cap. 5. Petrus Faber lib. 2. semestr. cap. 24. Valentia dict. cap. 3. in quo etiam legata differunt à donationibus causâ mortis, quæ ab intestato factæ valent, l. si filius 20. §. 1. de legat. prestand. l. tam is 25. in princip. & §. 1. ff. de donat. causâ mort. Schiffordeg. lib. 3. ad Fabrum, tract. 26. quest. 8. Petrus Gregorius lib. 28. syntag. cap. 14. ex quo discrimine nonnulla notatu digna deducit Illustrissimus Ramos ad tit. de legat. in rubric. num. 6. Huic principio, videlicet legata tantum testamento relinqui posse, fideicommissa verò etiam ab intestato relinqui valere, opponi solent textus in l. queritum 91. §. si quis Stichum, ff. de legat. 1. l. recusa re 6 §. Titius, ff. ad Trebel. l. 2. ff. de his, quæ in testamento delentur, l. 2. C. de bonis matern. l. 4. §. quiquam, l. 6 ff. si quis omnia causâ testamenti, l. statuliberi 29. §. Quintus, ff. de statulib. l. 1. §. interdum ff. si cui plus, l. utatamen 27. §. quoniam, ff. ad Trebel. l. post emancipationem 40. ff. de legat. 3.

7. (g) Indui se monastica veste.] Quare asserbat, nullo modo monialem esse, cum non gestaret habitum monialium; certum enim est, omni tempore in Ecclesia distinctum fuisse habitum monachorum, & monialium à vestibus communibus, & secularibus, ut constat ex D. Augustino contra Faustum lib. 6. cap. 9. ubi ait, peccatum esse, si sanctimonialis gerat indumenta nuptiarum, vel nuptæ speciem Virginum vestibus detant. D. Hieronymus epist. 15. ad Marcellam, ibi: *Tunicam junonem induta se repone Domino consecravisti.* Unde Cassianus integro libro monachorum vestes descripsit, de quibus plura congeserunt Ephrenus lib. 5. *disquisit. monast. tract. 1. per tot.* Jodocus Coccius tom. 2. thesauri, lib. 4. articulo 6. Ambianus ad Tertul. de pallio, Landmeter. lib. 2. de veter. mon. 2. p. cap. 4. & nos de velis monialium dabimus plura in cap. vidua, de regul. Non tamen adeo desideratur mutatio habitus, ut absque novâ vestis monachalis delatione quis monachus non efficiatur, capite Porrectum, ubi dicemus, de regularibus.

8. (h) *Utuntur presbytere.*] Presbyteræ, sicut & Episcopæ, Diaconissæ, & Subdiaconissæ nomen in sacris canonibus, & apud scriptores ecclesiasticos, non unica in significatione reperitur acceptum; illæ namque plerumque sumuntur pro illis mulieribus, quæ à viris, qui ad Episcopatum, Presbyteratum, Diaconatum, vel Subdiaconatum promoti erant, ductæ fuerant, quæ dum senes essent, & castitatem promitterent, in seculo remanebant, Concilium Turon. 2. sub Joanne III. can. 3. & 20. ibi: *Si inventus fuerit Presbyter cum presbyteræ, aut Diaconus cum sua diaconissâ: vel Subdiaconus cum sua subdiaconissâ, per annum integrum excommunicatus habetur.* Concil. Altiflod. can. 20. & 21. ibi: *Non licet Presbytero post acceptam benedictionem in uno lecto cum presbyteræ sua dormire, nec in peccato carnali misceri; nec Diacono, aut Subdiacono, Concilium Rhemense sub Gregorio cap. 1. & 2. ibi: Si quis Presbyteram duxerit, anathema sit.* Ex quibus canonibus lucem accipit, quod de Urficino Presbytero refert Gregorius noster lib. 4. dialog. 20. & habetur in cap. Presbyter, 3. dist. Ille enim (ait Magnus Gregorius) à tempore accepti Ordinis presbyteram suam, ut sororem diligens, sed quasi hostem cavens, ad se propius accedere non sinebat. In eadem etiam significatione accipitur decretum Zachariæ de

Presbyteræ, Diacona, Nona, & Monacha. Dicebantur etiam prædictæ uxores, Relictæ Episcopi, Presbyteri, Diaconi, & Subdiaconi. Concilium Aurelian. 1. can. 13. Altiflod. can. 22. Epauente can. 32. Nec defunctis viris poterant ad secundas nuptias transire, immò ut castitatem perfectiùs servarent, detrudebantur in monasteriis, ut ibi securius degerent. D. Basilus epist. 198. ibi: *Epice illum ex adibus tuis, & trade in monasterium; sit illa cum virginibus, & tui inter viros ministra.* Notarunt Pamelius ad Terrullianum de exhort. castit. cap. 13. Petavius ad libros Epiphanius de expositione fidei, Theophilus tom. 4. lib. 4. sect. 2. capite 1. fol. 556. Alio etiam sensu presbyteræ, & diaconissæ accipi solent: presbyteræ enim idem est, ac senior vidua. Synodus Laodic. can. 11. ibi: *Non oportet eas, quæ dicuntur presbyteræ, in Ecclesia constitui.* Et capite mulieres, 32. dist. Diaconissæ verò erant virgines, quæ ad nonnulla officia ecclesiastica ordinabantur, ut plura, quæ per viros, propter honestatem sexus virilis, exerceri non poterant, per ipsas diaconissas exercerentur. Synodus Nicæna can. 74. D. Clemens lib. 6. constit. cap. 17. Epiphanius lib. 3. hæresi 29. Concilium Arausic. 1. sub Leone, can. 26. Turonense 2. sub Carolo, cap. 21. Aurelian. 2. sub Vigil. can. 18. Chalcedon. act. 15. can. 15. l. 9. C. de Episc. & cler. novella 6. §. *quanta ea munia:* refert Theophilus tom. 12. fol. 300. De illis plura congeserunt Vasquez tom. 3. in 3. part. disputat. 245. cap. 3. Caetar de Eccles. Hierarch. 2. p. disputat. 9. §. Castillus de hierarch. lib. 6. cap. 11. §. 2. Villaroel. tom. 1. de regim. eccles. p. 1. quest. 2. artic. 6. Barboia lib. 1. iur. eccles. cap. 3. Jul. Lavorus var. lucubr. tit. 4. cap. 24. num. 28. Cresperius in summa, verbo Diaconissæ, Christi, Lupus in can. 15. Concil. Chalced. P. Zerda in advers. cap. 151. Ant. Augustin. in epist. lib. 7. tit. 38. & 39. Pancirolo ib. 1. var. cap. 82. Claudius Espenceus ad D. Paulum lib. 1. digress. cap. 17. Hallienus de sacris elect. 2. p. sect. 4. §. 6. Tamburinus de jure Abbat. disputat. 7. quest. 8. Mornacius in ar. vident. Diaconissas. C. de Episcopis & clericis, Cirronius ad titul. de arate & qualis. Baronius anno 34. num. 287. & anno 57. num. 123. & anno 58. num. 55. & anno 179. num. 51. & anno 272. num. 8. Turrianus pro canonib. lib. 5. cap. 12. Albaspinus lib. 1. obs. cap. 2. & in notis ad Concil. Nicæni can. 17. & Arausiaci can. 1. De his ergo presbyteris accipi potest præsens textus. Sed quia temporibus D. Gregorii hujus textus auctoritas rota insula Sardinia per Præfectum Africæ regebatur, & in ea quamplures Græci habitabant, ut refert D. Franc. de Vico 3. p. hist. Sardin. cap. 46. dicit aliquis, presbyteras in præsentem accipi pro uxoribus Græcorum Presbyterorum, de quibus egi in cap. 1. de clerico conjug. Sed verius credo, D. Gregorium sensisse de foeminis in gradum presbyteratum cooptatis, quæ simul cum ipso gradu novam vestem recipiebant, & ita quibusdam ecclesiasticis functionibus dicabantur, quæ honestè per viros exequi nequibant; non tamen sacrificia offerrebant, ut Gentilium Vestales, præter naturæ ordinem sacerdotes & sacrificium offerentes, quas reprehendit D. Clemens lib. 3. constit. cap. 9. à Vestalibus enim sacrificia peracta, testis est Tullius orat. de Aruspice, & pro domo sua ad Pontif. item Gellius lib. 1. nocturnum, cap. 12. & habetur etiam apud

apud D. Hieronymum epistol. 1. in Iovin. Tertullianus libro 1. ad uxorem, capite 6. & in calce libri de exhort. castre. ubi de filiabus apud alias gentes virginibus; & peripicue apud Prudentium libro 2. contra Symmachum. Munia legitima presbyterarum & diaconissarum refert Theophilus tom. 12. tract. de sobria frequens. mulier. fol. 300.

(i) *Abbatissa ab Episcopo ordinata est.*] Idest benedicta, & cooprata in Abbatissam: sicut enim ad Episcopum spectat consecratio sanctimonialium, capite de votis, cum aliis, 20. quest. 1. illustravi in capite 1. de temporib. ordin. ita & confirmatio, & ordinatio Abbatissarum. Clement. attendentes, § statumus, de statu monach. Gregorius noster libro 6. epistol. 12. ibi: *Quam si digna huic monasterio iudicata fuerit, et eundem loci Episcopus ordinet.* Et libro 8. epistol. 43. *Ut a votis Deo protegente Abbatissa debeat ordinari.* Gregorius Turonensis libro 9. histor. Franc. capite 42. ibi: *Quam Abbatissam Agnetem Benarissimi Germani, presentibus suis fratribus benedictio consecravim.* Tamburinus de iure Abbat. dist. cap. 29. quest. 5. Hæc autem solennis benedictio, ordinatio non erat, ut constat aperte ex duabus epistolis 73. & 89. Carnotensis. Eius consecrationis ritus refert Tamburinus ubi supra.

(j) *Monasterii regimine.*] Licet enim Abbatissa ratione sexus incapax sit jurisdictionis spiritualis, ut probavi in capite dilecti. de majori. & obedi. tamen exercet quandam potestatem œconomicam, & materiam in monasterii regimine, & monialium correctione: unde in Concilio Parisiensi sub Ludovico, libro 1. capite 39. dicuntur matres spirituales: & in Concilio Aquisgran. 2. part. capite 14. matres religiosarum appellantur: & in Concilio Turonensi 2. can. 30. admonentur seipfas, sibi que commissas, quantum poterint vigilantia custodire: & in Concilio Cabilonensi 2. sub Carolo, can. 54. docetur, monialium rationem in conspectu Domini eas reditura esse: plura tradunt Hallierius de sacris election. section. a. § 8. Tamburinus de iure Abbatisse, dist. capite 32.

(k) *Qui canonicis permittit.*] Hæc verba exposui in cap. cum magistrum, de elect.

(l) *Horramur.*] Idest precipimus; licet enim verba exhortationis generaliter non inducant præceptum, capite quod precipimus 14. quest. 1. c. 2. de spons. tamen secus est si verba exhortationis sint adiecta rei, aut dispositioni, quæ ex sua natura solet necessitatem præ se ferre, ut post alios probat Covar. in capite 1. hoc titul. numero 14.

(m) *in vestra est civitate.*] Unde iure communi attentio in ejus erat jurisdictione, capite omnes 16. quest. 7. capite monasteria 18. quest. 2. Probant Germonius de sacror. immunit. libro 3. capite 4. Bosquetus ad Innocent. libro 1. epistol. 7. Bignonius in notis ad Marculfam, capite 1. Crespietius in summa, verbo Basilica 2. Balboa in capite 1. de foro compet. quest. 1. numero 1. Savarus ad Sidonium libro 4. epistol. 14.

(n) *Reddatnr.*] Legata enim indebitè soluta repeti possunt, l. 2. § 3. ff. de condict. indeb. l. fideicommissum. C. eodem titul. l. error. C. ad leg. Falcid. Paulus libro 3. sentent. titul. 6. Nec D. D. Gonzalez, in Decretal. Tom. III. Pars I.

obstat Ulpianus in fragment. titul. de legatis. §. ult. ibi: *Legatorum perperam solutorum repetitio non est:* Nam omiffa Cujacii solutione, ibi asserentis Consultum esse intelligendum de legatis relicti incertis personis, quæ soluta repeti non possunt, §. incertis, Institut. de legat. §. final. Institut. de oblig. quæ ex quasi contractu. dicendum est, Ulpianum esse exaudiendum de legatis solutis per errorem juris; ea enim propriè dicuntur perperam soluta, & in illis repetitio nulla est, l. regula 9. ff. de jur. & facti ignor. l. error. 9. C. ad leg. Falcid.

(o) *Imperiali constitutione.*] Relata in l. non dubium, C. de legibus, quam latè exponunt Caldeira lib. 2. de error. capite 1. Vinius libro 1. select. capite 1. Hunnius ad Treusch. volum. 1. disputat. 6. quest. 54. & disput. 11. quest. 2.

COMMENTARIUM.

EX hac D. Gregorii epistola sequens communitèr deducitur assertio: *Vitam monasticam, seu regularem professi, testamentum facere ne possunt.* Probant eam textus in capite non dicatis 12. quest. 1. capite perlatum 19. quest. 3. novella 5. 76. § 123. Justin. anth. Ingressi, anthent. Si quamulier, C. de sacros. Eccles. novella 5. Leonis, Concil. Oxon. in Anglia, sub Stephano, tempore Honorii III. can. 47. *Quoniam non licet viris religiosis aliquid proprium possidere, qui se, & sua pariter in religionis ingressu dedicarunt, presentit auctoritate definimus, ut nulla persona in regulari ordine constituta condere testamentum præsumat.* Et l. 17. titul. 1. part. 1. Illustrant ultra congestos in præsentia à Barbosa & Garanna hic, Barbosa in select. ad hunc textum, & libro 1. juris eccles. capite 42. num. 205. Basilius de matrim. libro 7. capite 13. & quest. 7. Schœst. capite 9. Chopinus libro 1. monast. titul. 3. numero 21. Petrus Gregorius lib. 4. partit. titul. 8. capite 4. Tamburinus de iure Abbat. disputat. 28. quest. 2. Benedict. Egid. in l. 1. part. 4. C. de sacros. Eccles. Jacob. Durantius 99 juris, quest. 6. Pichardus in l. Gallus, in prælat. capite 1. num. 6. Desiderius Heraldus de auctorit. rei judic. capite 13. § 14. Antoninus Augustinus in epit. jur. libro 15. titul. 46. Diana part. 5. tract. 3. resol. 128. & part. 3. tract. 2. resol. 75. Tondutus resol. canonic. capite 95. Mornacius, Barbosa & Richierius in dist. anthent. ingressi, Ritherursius in dist. novella 5. § 123. Hieronymus Garcia tom. 1. polit. regul. difficult. 6. Mancinus libro 1. genial. capite 112. Vivar. de veteri monach. libro 2. capite 5. Hurtado de resid. tom. 2. resol. 11. Bosquetus ad Innocent. libro 1. epistol. 95. Gibalinus tom. 2. de negot. lib. 5. cap. 8. articul. unic. Thaddeus Pison. libro 1. var. resol. de testamentis capite 8. Borellus tom. 3. decis. tit. 20. num. 120.

Sed hæc assertio ita illustrata difficilis redidit sequenti consideratione; nam si monachi testamentum facere non possunt, maxime quia bona non habent, ut de D. Augustino refert Possidius in ejus vita, ibi: *Testamentum nullum fecit, quia unde faceret, pauper Christi non habebat: cum nemo possit testamentum facere, de rebus alienis, l. conficiuntur 8. §. 3. ff. de iure Codicil.* Sed qui religionem ingrediuntur, possunt professionis suæ tempore aliqua bona sibi reservare, ap. final. 18. quest. 3. capite finit, qui cleric. vel

LIBRARY

impugna. cur tradi. ca assertio.

16. *Monachus habetur pro mortuo.* Ergo saltem eo casu de illis disponere valebunt, *ex l. verbis legis, ff. de V.S.* Unde Imperator Leo in novella 5. Monachi testari permittit de bonis acquisitis post monachatum; & sanctimonialia bona possidentem, posse testamentum condere, constat *ex l. generali, C. de sacros. Eccles.* Augetur primò hæc difficultas exemplo sanctorum monachorum, qui testamentum fecerunt, ut ex D. Basilio, & Anronio probatur *ex capite perlatum 19. quest. 3.* & ex D. Hieronymo in vita sancti Antonii, *capite 25.* Et Divi Gregorii Nazianzeni testamentum refertur à Baronio *rom. 4. anno 389.* quod postquam Græcè ediderat Briffonius, Jacobus Sirmondus cum duobus MM. SS. Vaticana Bibliotheca collatum, Latine donatum edidit, & post eos Caldeira libro 4. *var. capite 4.* Casarius Sancti Gregorii frater testamentum condidit apud Basilium *epistol. 84.* quæ est ad Sophronium, meritò celebrata à sancto Hilario, quam sanctus Hieronymus scribit Huychio absenti, quòd testamenti vice brevem scripsisset epistolam. Alia refert Theophilus *rom. 15. in heterocl. spirit. part. 1. punct. 4.* Ergo non repugnat statui monastico, ut illum professi testamentum faciant. Augetur secundo hæc difficultas; nam si monachi, aut moniales testamentum facere non possent, nec cum testamento decedere valerent, quia illud perveniret ad casum, à quo incipere non poterat, argumento legis pluribus *l. c. §. 2. l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig.* sed possunt cum testamento decedere, quod ante ingressum monasterii fecerunt, ut probant Covar. *hic Phæbo decisio 137. per totam:* ergo quia testamentum post ingressum religionis facere possunt; nam licet per talem professionem monachus statim muret, non in deterius, sed in melius id facit: unde nullam patitur capitis diminutionem, ut aliqui mihi orthodoxè putabant.

16. Quà difficultate ita fulcra mihimè obstant, vera est præsens decisio, cujus rationem ut percipiamus, omittis quæ de professione tacta, & expressa dabimus in capite vidua, de regul. sciendum est, inter alios utriusque professionis effectus, quos recenset Barbosa *lib. 1. de jure eccles. capite 42.* illum præcipuum esse, ut qui eam fecerint, habeantur pro mortuis. Divus Basilius in *constit. monastic. capite 20.* ibi: *Qui enim mundo cum omnibus, quæ in mundo sunt, renunciavit, seque ipsum mundo crucifixit, mortuus est mundo, & omnibus, quæ sunt in mundo.* Cassianus libro 4. *institur.* ibi: *Abrenunciatio nihil est aliud, quam crucis, ac mortificationis indicium, ideoque noveris hodierno die te huic mundo, & actibus ejus, & desideriis esse defunctum.* Unde deducunt Doctores, quod cum in casum motis pactum conceptum est, in casu monachismi celebratum censeatur, *ex l. ultim. §. nam maritus, C. de Episcop. & cleric. novel. 5. Justin.* Quare cum mortui sæculo sint, post professionem nihil peculiare acquirere, possidere, vel possunt, *capite 2.* ubi latè probabimus, de statu monach. nec ullo tempore actu, vel potentia dominium bonorum habere valent, *capite non dicatis 17. quest. 2.* immò omnia, quæ tempore professionis habebant, monasterio acquiruntur, *dist. authent. ingressi,* exemplo illius, qui se dedit in adrogationem; nam cum

capite fortunas suas in adrogatorem transfert, *l. 11. §. testamento, ff. de bonor. possess. princip. Justin.* de adquisi. per adrogationem. Monachi ergo per professionem omnem substantiam suam in monasterium transferunt, nisi prius de bonis disposuerint juxta formam præscriptam à Tridentino *dist. sess. 25. de regul. capite 16.* cujus expositionem prosequuntur ultra Barbosam *ibi & in dist. authent. ingressi & dist. capite 42. numero 224.* Hieron. Garcia, & Hurtado *ubi supra.*

17. *Traditur.* Unde jam apparet vera decidendi ratio hujus textus, cujus prohibitio licet ad legem civilem referatur in illis verbis: *Aperit legis dispositio de. finitione decretum est;* tamen ipsa constitutio civilis videlicet, *dist. authent. Ingressi,* causam suam habet à dispositione ecclesiastica, videlicet ab eo, quod ingressus religionem, ut sæculo mortuus, nihil habet unde testamentum facere possit, cum quoad omnia pro mortuo habeatur. Accedit, nam testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, *princip. Institur. de testamentis;* sed monachus voluntatis expertus est, ita ut nec velle, nec nolle habere dicatur, auctori vitæ sancti Fulgentii *capite 27.* ibi: *Illos quoque verè esse monachos dicebat, qui mortificari voluntati, parati essent nihil velle, nihil nolle, sed Abbatis tantummodo consilia, vel præcepta servare.* Daniel Monachus in vita S. Joannis Climachi, ibi: *Adeo verò perfectè mundo, propriisque voluntatibus mortuus erat, ut inexperiam rationis, & voluntatis animam quandam habere videretur, atque proprietate naturali omnino liberatam.* Unde nec eligere sepulturam possunt, *capite final. de sepultur. libro 6.* Tamburinus de jure *Abbat. disputat. 34. quest. 1.* Diana *part. 5. tractatu 2. resol. 110.* Religiosus enim post emissam professionem, voluntatem, noluntatemve non habet propter votum obedientiæ, per quod omne arbitrium proprium submitit superiori, *cap. non dicatis 12. quest. 1. cap. luminoso, cap. Abbates 18. quest. 2. cap. ultimo, de testamentis, lib. 6.* D. Thomas 2. 2. *quest. 186. per totam.* Ergo in nullo actu ejus voluntas exploranda est, cum sit nulla. Baldus, & alii apud Jasonem in *l. servus 62. in fine, ff. de verb. oblig. fuse Pater Sanchez rom. 2. in præcept. decalog. libro 7. cap. 6. & de matrim. libro 6. disput. 4. ex numero 11.* Cevallos communium contra communes, libro 2. *cap. 446.* Barbosa in collect. ad *authent. ingressi, C. de sacros. Eccles. Stephanus Durantius libro 1. 99. juris, quest. 7. & 8.* Quare frustra hac in parte comparatu Religiosus servo à Glossa in *capite final. 16. quest. 6.* & aliis apud Nicolaum Everardam in *locu legalibus, loc. 5. de servo ad monachum.* Quia in servo manet voluntas, quæ per servitutem subiecta non est, *l. cum proponas, C. de heredib. instit. junct. a. l. si id quod servus, ff. de condit. indeb.* At in religioso voluntas non datur, quam à se spontè propter votum abdicat. Ex defectu ergo voluntatis, & bonorum religiosi vitam regularem professi testamentum facere non possunt: & cum professus tacite per immixtionem actibus professorum, quoad omnia pro professore habeatur, ut dicemus in capite vidua, de regul. ideo in præsentis specie Abbatis, quæ tacite profes-

testa reperiebatur, testamentum facere non potuit. Præfens assertio ampliatur, etsi Abbas monacho permittat, ut testamentum faciat, etsi testamentum illud condatur ad pias causas. Sanchez libro 6. *summa*, capite 8. numero 3. Item in monacho, qui facit codicillos, aut donat causâ mortis. Barbosa *dicto* cap. 42. numero 110. & in eo, qui testamentum antea factum velit revocare, aut mutare; secus verò sit tantum aliquid declarare velit, non verò de novo disponere. Diana *part. 3. tract. 2. resol. 75.* Ampliatur etiam præfens assertio, ut procedat in religioso in Episcopum electo, cui de nullis bonis testari licet. D. Thomas 2. 2. *quest. 185.* Barbosa *de potest. Episcop. 3. part. alleg. 113. numero 22.* Araujo *tract. 3. quest. 28. moral. dub. 3.* Procedit etiam in religiosis Equitibus Hierosolymitanis, qui cum verè religiosi sint, non possunt testamentum condere; secus verò milites D. Jacobi, Aleantare, & Calatrave; quia cum illis circa vota Religionis magna in parte dispensatum est, ut late docent Barbosa *dicto* cap. 42. numero 220. Hurtado ubi *supra*.

18. *Dispositio*
19. *Exponit*
20. *Concil.*
21. *Legdun.*
22. *Legdun.*
23. *Legdun.*
24. *Legdun.*
25. *Legdun.*
26. *Legdun.*
27. *Legdun.*
28. *Legdun.*
29. *Legdun.*
30. *Legdun.*
31. *Legdun.*
32. *Legdun.*
33. *Legdun.*
34. *Legdun.*
35. *Legdun.*
36. *Legdun.*
37. *Legdun.*
38. *Legdun.*
39. *Legdun.*
40. *Legdun.*
41. *Legdun.*
42. *Legdun.*
43. *Legdun.*
44. *Legdun.*
45. *Legdun.*
46. *Legdun.*
47. *Legdun.*
48. *Legdun.*
49. *Legdun.*
50. *Legdun.*
51. *Legdun.*
52. *Legdun.*
53. *Legdun.*
54. *Legdun.*
55. *Legdun.*
56. *Legdun.*
57. *Legdun.*
58. *Legdun.*
59. *Legdun.*
60. *Legdun.*
61. *Legdun.*
62. *Legdun.*
63. *Legdun.*
64. *Legdun.*
65. *Legdun.*
66. *Legdun.*
67. *Legdun.*
68. *Legdun.*
69. *Legdun.*
70. *Legdun.*
71. *Legdun.*
72. *Legdun.*
73. *Legdun.*
74. *Legdun.*
75. *Legdun.*
76. *Legdun.*
77. *Legdun.*
78. *Legdun.*
79. *Legdun.*
80. *Legdun.*
81. *Legdun.*
82. *Legdun.*
83. *Legdun.*
84. *Legdun.*
85. *Legdun.*
86. *Legdun.*
87. *Legdun.*
88. *Legdun.*
89. *Legdun.*
90. *Legdun.*
91. *Legdun.*
92. *Legdun.*
93. *Legdun.*
94. *Legdun.*
95. *Legdun.*
96. *Legdun.*
97. *Legdun.*
98. *Legdun.*
99. *Legdun.*
100. *Legdun.*

Nec obstat dubitandi ratio supra expensa, nam concessâ majori, minor propositio neganda est: nec ea probatur ex *dicto* cap. final. qui clerici vel *vovent*. Nam in ejus specie mulier, quæ castitatem promissit, non sibi reservavit proprietatem bonorum, sed tantum usum cum superioris licentia, quod non repugnat voto paupertatis. Unde de superioris licentia poterat intra dossum usum bonorum retinere, ut docuerunt Barbosa *dicto* capite 42. numero 151. Stephanus Durandus *quest. 8.* & in ejus commentario latius dicimus. Nec constitutiones Leonis in *dicto* novel. 5. nec Valentis & Valentianiani in *dicto* l. generali, attendi debent, cum sint juris civilis functiones; cupis conditores non percellerunt vim & effectum voti paupertatis quod emittunt monachi, & moniales, juxta quod redduntur inhabiles ad retinendum, vel acquirendum aliquid, quamvis modicum; & per consequens nec testamentum facere possunt, cum non habeant bona, de quibus disponant. Nec quod de SS. Basilio, & Antonio dicebamus; nam Eremitæ, qui certam regulam non profitentur, Camaldulensem videlicet, Divi Augustini, vel similem; testamentum facere possunt. Abbas in *presenti rubric. numero 6.* Sylvester in *summa. verbo Testamentum*: docent plures congesti à Riccio lib. 2. cap. 4. Si verò regulam aliquam profiteantur, de quibus in *cap. verè 16. quest. 1. capite unic. de excep. Pralat. lib. 6. l. 12. titul. 12. partit. 6.* cum paupertatis votum emittant, testamentum facere nequeunt. Frances de *compet. quest. 83.* qui doctè probat, Eremitas profitentes aliquam certam regulam: & fixam normam vivendi sub obedientia alicujus superioris, gaudere fori privilegio. Unde fratres Tertii Ordinis Divi Francisci, quia paupertatis votum non emittunt, testamentum facere possunt. Difficilius est quod de D. Gregorio Nazianzeno dicebamus, qui verè monachus erat, coetaneus D. Basilii. Et licet nonnulli apocryphum esse testamentum illud, quod ejus nomine circumfertur, existimaverint, ut refert Caldeira *dicto* lib. 4. var. cap. 4. in *fine*, etsi tamen tanquam verum illud admittamus, non inde evincitur, monachos testamentum facere posse; nam ipse sanctus fatetur, eam dis-

positionem suam ultimam voluntatis, non recentem scripturam tempore, sed veterem fuisse. *Ita enim, inquit, mentem meam manifestam feci* (tempore scilicet amissæ professionis;) *Et meam omnem substantiam Catholica Nazianzi Ecclesia consecravi ad pauperum, qui sub ea sunt, Ecclesie ministerium. Ob eamque causam tres præfeci juxta hanc meam voluntatem pauperum curatores, tunc autem idem institutum servo.* Nec interest, quod nummos quosdam distribuit, & Gregorium Diagonum heredem instituit; nam id facere potuit tanquam Episcopus, gratitudinis ministerii sibi præstiti, velememofinæ gratiâ, ut explicat Vivar. *de veteri monach. lib. 2. cap. 5. numero 16.* Nec obstat aliud difficultatis augmentum, quia verum & validum est, testamentum factum ante professionem regularem. Nec refert quod perveniat ad casum, à quo incipere non poterat; quia non est novum, ut quæ utiliter constituta sunt, persistant, licet casus à quo incipere non poterant, contingerit, *l. in ambiguis, §. non est novum, ff. de reg. jur.* Unde qui testamentum fecit, si postea incidat in furorem, nihilominus testamentum sustinetur, *l. filius 16. ff. qui testaments, l. furiosum, C. eodem titulo.*

Superiori assertioni primò obstat textus in *can. 2. Concilii Legdun. 1.* celebrati anno Domini 570. sub Joanne II. ubi postquam actum fuit de testamentis conditis ab Episcopis, & clericis, hæc subjunguntur verba: *Sciantes, ut etiam quorumcumque religiosorum voluntas, aut necessitate, aut simplicitate aliquid à legum secularium ordine visum fuerit discrepare; voluntas tamen defunctorum debet inconcussa manere, & in omnibus dispositio custodiri.* Ex quibus verbis aperte constat, testamenta condita à religiosis absque debita solennitate, valere; ergo quia testamenta monachi facere possunt. Pro cujus textus expositione docet Basilius Legion. libro 7. *de matrim. cap. 13.* quod licet primis Ecclesiæ sæculis religiosi emissent tria vota, castitatis, paupertatis, & obedientiæ; tamen antequam in Ecclesiâ solennitatem his votis præstitissent, etsi illicite, efficaciter tamen eos de rebus propriis disponere potuisse, usquedum à nostro Gregorio prohibitum fuit illis testamentum condere; quod licet variis auctoritatibus intendat probare Basilius, id expressius suadet ex Salviano *adversus avaritiam capite 3.* ubi dum invenitur in PP. qui filiis religiosis nihil relinquebant præter usumfructum, hæc profert verba: *Mors ergo illorum utris, qui servos non bene de se meritos, quos civitate Romana indignos judicant, fisco Latina libertatis addicunt, quos scilicet jubent quidem sub libertorum titulo agere viventes, sed nolunt quidpiam habere morientes; negato enim eis ultime voluntatis arbitrio, etiam que superstitibus habent, morientes donare non possunt. Ita ergo, Et tu religiosos filios tuos, quasi Latinos jubes esse libertos, ut vivant scilicet quasi ingenui, & moriantur ut servi.* At ergo Salvianus, quod parentes, qui liberis religionem professis non relinquunt nisi usumfructum, habent ipsos eo loco, quo Domini servos suos libertos Latinos faciunt, cum eo ipso, quod usumfructum tantum illis relinquunt, admittant eis facultatem condendi testamentum.

Juxta quem antiquum Ecclesie morem accipit idem Basilius canonem 19. Concilii Matiseon. 1. celebrati anno 558. & D. Augustinum *sermon. 1. & 2.* ubi supponit Sanctus, valuisse testamentum conditum à Januario monacho. Et eà admisa facilius defendi poterit testamentum Divi Gregorii Nazianzeni supra relatam; sed ab ea discedit Vivar. *de veteri monach. libro 2. capite 5. numero 9.* & docet textum in *dist. can. 2.* exaudiendum esse de monachis jam professis, qui testamenta fecerunt antequam expressè, aut tacitè religionem ipsam profiterentur; quo casu cum professionem adhuc non emisissent, licet conversionis gratià ad monasterium accessissent, testamentum ab eis factum sustinetur. Sed neutra ex his interpretationibus admitti potest. Non prima Doctissimi Basilii; nam testamenti factio activa denegata est monachis, tum ob defectum bonorum, tum ob defectum voluntatis; qui defectus tam prioribus Ecclesie saculis, quam sequentibus statui monastico inerant: unde ob solennitatem ab Ecclesia votis adjectam, nulla incapacitas monachis quoad testamenti factionem fuit addita, quæ jam ex ipsa professione non proveniret. Nec secunda eruditi Patris Vivar. ut divinatoria admitti valet. Quare illis omnis verius credo, tam primis, quam sequentibus Ecclesie saculis monachos testamenti factione caruisse: nec aliud deducitur ex *dist. can. 2. Concilii Lugdunensis*, in quo agitur de testamentis Episcoporum, Presbyterorum, & Clericorum, ut ex prioribus verbis constat. Unde verbum illud, *Religiosorum*, referendum est ad ipsos Episcopos, & Presbyteros, qui plerumque religiosi, & religiosissimi appellari solent. Nulla autem mentio fit in eo canone monachorum, aut sanctimonialium; unde non est ratio, quare quod in eo canone statuitur circa testamenta ab Episcopis, & Presbyteris condita, protrahatur ad monachos, qui testamenti factionem activam non habent.

20. *Exponitur textus in cap. si qua mulier 19.* *quæst. 3.* ubi expressè asseritur, quod si qua mulier ingrediatur monasterium filios habens, etiam post ingressum licere ei bona propria inter ipsos dividere: igitur quia monialis licitè, & validè potest testamentum condere. Cui difficultati ut satisfaciatur Navarrus ad *titulum de Regularibus, consil. 2.* asserit, prædictum textum, utpote deductam ex constitutione Castrea, videlicet ex authentica *Si qua mulier, C. de sacros. Eccles.* nullam auctoritatem habere; cum similes Imperatorum constitutiones, quæ loquuntur de testamentis monachorum, non attendantur, ut de novella 5. Leonis, & constitutione Valentis, & Valentiniani, in *dist. l. generali. C. eodem titulo*, supra retuli: quam solutionem rejiciunt Thomas Sanchez *libro 7. summa, cap. 9. numero 7.* Menchaca *libro 1. usufrequent. capite 5.* Barbosa in *authentica Si qua, numero 5.* dum docent, constitutionem illam tacito Pontificis consensu esse approbatam: quæ doctrina difficilior est; nam ut supra probavi in Apparatu ad hæc Commentaria, constitutiones juris civilis per Gratianum compilatæ in suo decreto, eandem auctoritatem habent, ac si in ipsis Pandectis ju-

ris civilis jacerent; quare admittenda est Navarræ interpretatio. Et licet constitutio illa esset approbata ab Ecclesia; adhuc dicendum est, in eo textu non permitti monachis, aut monialibus testamentum facere, sed tantum bona filii debita aequaliter inter ipsos dividere; quæ divisio non est testamentum, nec dispositio testamentaria, *l. filii 16. l. ultim. C. famil. ercisc. authentica si modo, C. eodem titulo*; docet Mancinus *libro 2. genial. capite 112.* unde non solum testamento, verum scripturâ privatâ fieri potest, *dicta authent. si modo.* Et licet codicillis non possit dari, aut adimi hereditas, *l. 2. §. heredis, ff. de jure codicill. l. 2. §. 1. C. de codicillis, §. final. Institut. eodem*; tamen codicillis potest pater dividere substantiam suam inter filios, *l. si filia 20. §. si pater, l. ex parte, 32. ff. famil. ercisc. l. 20. §. qui filias, ff. de adimand. legat.* licet in specie textus in *dist. cap. si qua mulier*, non possit monialis aliquem ex filiis meliorare, ut docet Gregorius Lopez in *l. 17. titul. 1. partit. 6.* nec poterat filio populariter substituere, ut docet Barbosa *ibi, numero 13.*

Deinde obstat præsentis assertioni textus in *capite final. 12. quæst. 5.* in illis verbis: *Quicumque Exponitur que ex gradu ecclesiastico sine testamento, & si. cap. final. ne cognatione decesserit, hereditas ejus ad Ecclesiam, ubi decesserit, devolvatur: similiter de sanctimonialibus.* Ex quibus deducitur, sancti moniales posse facere testamentum, siquidem ibi statuitur, quod si testamentum non fecerint, illis succedat monasterium. Glossa in eo textu, verbo *Sanctimonialibus*, quam sequuntur Turriscremata *ibi, Garanna in capite 4. numero 8. de statu monach.* existimat, in eo textu agi de quibusdam monialibus, quæ olim in Gallia, & Theutonia florebant; illæ enim ad instar canonicorum secularium vitam agebant. Et licet in eadem domo habitarent, eandemque vestem deferrent; sub unaque Abbatis propriam regulam profiterentur; tamen propriis non renunciabant, & ut seculares canonicæ debebant, de quibus in *capite indemnitaribus, §. supradicta, de election. libro 6. Clement. Attendentes, de statu monach.* Unde cum sancti moniales illæ proprium retinerent, nec professionem regularem emitterent, ideo poterant facere testamentum. Sed hæc solutio aperto divinationis vicio laborat; siquidem in eo textu nulla fit mentio illarum canonicarum, de quibus nonnulla notavi in *capite dilecta, de majoritate, & obed.* Deinde quia Glossa supponit, textum illum deductum esse ex Concilio Triburiensi, quod celebratum fuit in Gallia temporibus Arnulphi, anno 895. & in ipso Concilio nullo modo reperitur textus ille. Hac solutione omisa Soromayor in *capite Quia ingredientibus 19. quæst. 3.* existimat, textum illum procedere ante tempora Gregorii IX. cui tribuit præsentem textum, & textum in *disto capite Quia ingredientibus.* Sed hæc solutio facillè convincitur ex traditis supra in epigraphæ hujus textus. Quare his sententiis omisissis, verius dicendum est, textum illum esse intelligendum de Diaconissis, de quibus supra egi: illæ enim cum nullam professionem emitterent, nec religionem profiterentur, poterant

rerant testamentum facere. Quae interpretatio adstruitur, & facile suadetur ex eo, quia in toto illo canone non agitur de religiosis, aut regularibus, sed de sacerdotibus secularibus: & statim adicitur, idem observari in sanctimonialibus. Igitur intelligendus est textus de Diaconis secularibus. Deinde decretorie probatur haec solutio ex novella 131. Juliani, cap. 18. ubi leguntur haec verba. *Si Episcopus, clericus, vel cuiuscunque gradus ecclesiastici ministerii, sine testamento, & sine cognatione decesserit, hereditas eius non ad discipulum, sed potius ad Ecclesiam devolvatur; & si Diaconus fuerit, simili modo.* Igitur in dict. cap. final. sanctimonialia pro diaconis accipi debent, ut jam notavit Gabilinus de clausura, disquisit. 1. cap. 3. §. 2. con-
sect. 4.

22. Tandem superiori assertioni obstat textus in
cap. perlatum 19. quest. 3. ubi Gregorius noster
refert Petronellam mulierem, dum monasterium
ingrederetur, bona quae habere potuit, licet
sibi iure competere potuissent, tamen monaste-
rio donasse. Unde deducitur, vitam monasti-
ciani professam potuisse bona propria retinere,
& illa donationis titulo in monasterium trans-
ferre. Igitur similiter & testamento de illis dis-
ponere poterat. Pater Vazquez 1. 2. disput. 165.
capite 6. & Basilus questio. 3. scholast. capite 9.
textum illum referunt ad tempora illa, quan-
do monachi, etsi non licite, valide tamen bo-
na retinebant, & utiliter de illis disponebant.
Sed ea sententia omisa, Vivar. de veteri mon-
nac. lib. 2. capite 5. alio modo Gregorium expo-
nit, videlicet ut verba illa, *Licet sibi iure potuis-
sent competere*, non ad Petronellam, sed ad
monasterium ipsum referantur, praecipue
juxta verba illa, quae sequuntur; *Eti-
am specialiter donationis titulo*: ita ut affirmet Gre-
gorius, Petronellam res suas, quae eo ipso, quod
absque testamento monasterium ingrederetur,
id est professionem emitteret, ipsi monasterio
iure ordinario competeant, ex praesenti textu,

& dicta authentica *Ingressi*; tamen eadem et-
jam specialis donationis titulo sponte contulisse.
Sed haec interpretatio opponitur verbis, & men-
ti ipsius Gregorii; nam Gregorius, cum adhuc
nullam fecisset monasterii mentionem, ait Pe-
tronellam per exhortationem Agnelli Episcopi
fuisse conversam, resque suas omnes, quas habere
potuit, licet sibi iure potuissent competere; ta-
men donationis titulo monasterio specialiter con-
tulisse. Unde nullo modo relativum *sibi*, re-
ferri poterat ad monasterium, quod adhuc nec
nominaverat. Quare ea omisa sententia verius
credo, verba illa, *sibi iure potuissent competere*,
referenda esse ad Agnellum Episcopum, cujus
filia erat dicta Petronella, ut suadetur ex inte-
gra epistola, quae extat in registro Gregorii, lib.
3. epistola 6. in haec verba: *Perlatum est ad nos,
Petronellam nomine, de provincia Lucania geni-
tam, per exhortationem Agnelli Episcopi fuisse
conversam, resque suas omnes quas habere potuit,
licet sibi iure potuissent competere, tamen eadem
monasterio, quod ingressa est, etiam specialiter
donationis titulo contulisse; morientemque predi-
ctum Episcopum, dimidiam partem substantia sua
Agnello cuidam filio suo, qui notarius nostra esse
fertur Ecclesie, atque dimidiam eidem monasterio
reliquisse. Sed cum propter irruentem Italia cla-
dem ad Siciliam refugissent, dicitur eam saepius
nominatus Agnellus, corruptis ejus moribus, stu-
prasse, atque sentiens gravidam, de monasterio
seduxisse, resque ejus omnes, tam proprias, quam
eas, quas de parte patris ipsius habere poterat, ab-
stulisse.* Unde Divus Gregorius refertur intende-
bat, ipsam Petronellam bona omnia, quae ex sub-
stantia patris habere poterat, licet illa bona pa-
tri potuissent, & debuissent, dum viveret, com-
petere, ex donationis titulo monasterio tradidisse,
simul cum rebus propriis: unde nullo modo
verba illa, *sibi iure potuissent competere*, sunt re-
ferenda ad Petronellam, sed ad Agnellum Episco-
pum ejus patrem, cujus mentionem proxime
Gregorius fecerat.

CAPUT III.

(a) Idem Januario Episcopo Caralitano.

NOs quidem arbitramur, quod ad imminentiam expletionis piarum rerum;
ipse te tuus satis ordo compellat. Sed ne zelum tuum cujuslibet interventus rem-
issionis emolliat, de his etiam te specialiter judicavimus exhortandum. Pervenit
siquidem ad nos, Stephanum vestrum de hac luce migrantem, supremæ (b) volun-
tatis elogio monasterium praecipisse fundari. Cujus desiderium à Theodofia ho-
nesta (c) femina herede ejus, fertur quod haecenus dilatione protrahitur. Quam
ob rem hortamur fraternitatem tuam, ut maximum de praedicta causa studium
geras, atque nominatam feminam commoneas, quatenus intra annale spa-
tium monasterium, quod jussu est, debeat ordinare, & cuncta secundum
defuncti voluntatem sine altercatione constituere. Quod si intra praedicti tem-
poris metam aliqua perficere negligentia, vel calliditate distulerit, ut sive in
loco eo, quo constitutum fuerat, seu (d) certe ibi non poterit, & alibi pla-
cet ordinari, & dilatione interveniente negligitur: tunc volumus, ut fraterni-
tatis tuae aedificetur studio, ordinatisque omnibus, res atque redditus, qui re-
lictus sunt, per te loco ipsi venerabili, sine imminutione aliqua socientur. Sic
enim & ante tremendum Judicem tuum sententiam remissionis effugies, & se-
cundum

cundum piissimas leges, dilatas defunctorum pias voluntates Episcopali supplementis studio,

NOTÆ.

1. (a) *[idem.]* Ita restituo inscriptionem, & litteram ex registro D. Gregorii Magni, lib. 3. *epistol.* 10. ubi reperitur hic textus, & in prima collectione, sub hoc titulo, capite 12. De hoc Episcopo nonnulla notavi in capite nisi, de renunc.
2. (b.) *Voluntatis elogio.]* Elogium in jure variis modis accipitur. Pro causa exheredationis in l. si posthumus 14. in fine, ff. de liberis & posthum. l. 1. §. idem ait, ff. de Carbon. edict. l. 9. C. de suis & legit. apud D. Augustinum lib. de communi vita cleric. ibi: *Ambos exheredavit, illum cum laude, istum cum elogio, & vituperatione.* Apud Ciceronem pro Cluentio, ibi: *Unum est etiam, quod maxime me conturbat, quod elogium recitasti de testamento Ignatii patris, hominis honestissimi. idcirco se exheredasse filium, quod is ob Oppianici damnationem pecuniam accepisset.* Sed frequentius pro testamento, & ultima decedentis voluntate accipitur, l. ultim. §. sic quidem, C. de curat. furios. l. si quis 33. l. si quando 35. C. de inoffic. testam. l. 2. & 3. C. communia de manumiss. l. hac 8. cum sequent. C. qui testamenta, & alii.
3. (c.) *Femina herede.]* Non erat ipsa Theodosia nominata ad exequendum testamentum, sed tanquam hæres tenebatur adimplere.
4. (d.) *Seu certe ibi non poterit.]* Qua de re eadem scripserat idem Gregorius lib. 3. *epistol.* 8. in hæc verba: *[Theodosia religiosa femina in construendo monasterio voluntatem Stephani quondam viri sui complere desiderans, petiit à nobis, ut ad fraternitatem tuam nostras transmitteremus epistolas, quibus per commendationem nostram tuum facilius mereretur auxilium. Asserit siquidem hoc à suo conjugè constitutum, ut in prædio, quod appellatur Picenas, quod ad Xenodochii Thomæ quondam Episcopi jura pervenit, monasterium construi debuisset. Quia igitur in alienis hoc fundare rebus, licet possessor permitteret, Dominus tamen videtur cum ratione refugere, petitionem ejus prævidimus annuendam, id est, ut in domo juris sui, quam Caralis asserit se habere, ancillarum Dei monasterium debeat Domino adjuvante construere. Sed quia prædictam domum suam dicit ab hospitibus, atque supervenientibus onerari, hortamur fraternitatem tuam, ut studeas ei in cunctis concurrere, devotionique ejus tuæ præbeas tuitionis auxilium, ut mercedis defuncti, atque ejus studii, tuus te concursus faciat & sollicitudo participem. Reliquias verò, quas ibidem postulat collocandas, volumus ut à fraternitate tua sub debita veneratione condantur.]*

COMMENTARIUM.

§.
Conclusio
traditur
& probatur.

EX hoc textu sequens communiter deducitur assertio: *Si hæres, vel ille, qui designatus est ad exequendam testatoris voluntatem, per annum negligens fuerit, executio devolvitur ad Episcopum.* Probant eam textus in cap. ultim. 13. quest. 2. cap. admonere 16. quest. 1. cap. de laicis 17. quest. 2. cap. si hæres, cap. tua nos, cap. joannes, 19. hoc tit. Clement. unica hoc tit. Clement. quia contringat, de relig. domib. cap. 1. hoc tit. in 1. collect. Grego-

rius noster lib. 9. *epistol.* 14. & 20. Concil. Ravenanense tempore Clementis V. rubric. 31. ibi: *Et executores post legitimum tempus, hoc est annum, nisi fuerint executi, ulterius se non possunt intrudere, sed Episcopi ordinarii ea exequantur.* Trident. sess. 7. de reform. cap. 15. & sess. 22. capite 6. & sess. 25. cap. 4. l. 6. titul. 8. p. 6. l. 25. titul. 9. l. 7. tit. 10. ead. partit. l. nulli, C. de Episcop. & cleric. authent. hoc amplius, C. de fideicom. l. 5. tit. 10. p. 6. Illustrant ultra congestos in præfenti à Barbosa & Garafía, idem Barbosa de potest. Episcop. 3. p. alleg. 82. Petrus Gregorius in cap. conquirente, cap. 6. de offic. ordin. Robertus lib. 1. rer. judic. cap. 19. Fornerius lib. 6. rerum, quotid. capite 2. Carpio de exequut. lib. 1. cap. 21. & 22. Rouffellius lib. 6. hist. jur. Pontific. cap. 3. num. 9. Anton. August. in epit. jur. lib. 15. tit. 48. Gifanius, & Mornacius in dict. l. nulli. Tondutus lib. 1. resol. canonic. cap. 15. Valenzuela consil. 87. Antonius Gomez, & alii in l. 36. Tauri. Leon tom. 1. decif. 20. Hieronymus Garcia tom. 1. polit. regul. tractatu 8. difficult. 3. dub. 5. Pater Molina de justitia tractat. 2. disputat. 134. num. 5. Castillo lib. 8. de aliment. capite 7. & 54. ubi I. Paulus Melius, Ciarlinus tom. 1. controvers. capite 5. num. 11. Solorzanus tom. 2. de jure Ind. cap. 24. num. 122. & lib. 4. cap. 7. D. Valenzuela consil. 124. num. 24.

Sed hæc assertio difficilis redditur ex sequenti consideratione; nam excoutores ultimarum voluntatum æquiparantur tutoribus. Glossa verborum in ad liberos, in l. tutela 16. de tutel. Baæza de decima cap. 19. num. 22. Carpio de execut. lib. 1. cap. 18. num. 1. quia sicut tutores sunt dativi, & legitimi; ita etiam executores alii sunt dativi, videlicet in testamento designati, d. l. nulli; alii legitimi, ut Episcopi, vel eorum vicarii, nulla de sanctissimis titulis, §. si autem; pluribus relatis docet Valenzuela consil. 87. num. 9. Sed existente tutore dativo non est locus legitimo, nec ille admittitur ad tutelam administrationem, l. in testamento, ff. de legit. tut. l. si tutor, §. si duobus, ff. de tutela, & rationibus, l. 2. C. de testam. tut. ergo similiter existente executore dativo Episcopus tanquam legitimus admitti non debet. Et hoc dubium non admittit docuit Paulus Castrensis consil. 413. Augetur primò hæc dubitandi ratio ex eo, quia Theodosia in præfenti specie, nec in mora erat, nec constitui poterat; siquidem à nemine conveniri valebat pro constructione monasterii; quia in judicio nemo audiendus est agendo, aut excipiendo, nisi ille, cujus interest, l. 3. §. 1. l. stipulatio 38. §. ultim. ff. de verb. obl. l. ille à quo 13. §. si de testamento, ff. ad Trebel. Sed in præfenti casu Theodosia erat hæres ex asse, nec habebat cohæredem, cujus interesset monasterium construi: ergo ex defectu personæ, & actionis Theodosia in mora constitui non poterat. Cum enim plures sunt hæres, invicem se convenire valent, l. Quintus 7. vers. Pomponius, ff. de annuis legat. l. hic, §. idem, ff. famil. ercis. Deinde ex alio capite Theodosia in mora non erat; nam dispositio construendi monasterium incertitudinem magnam continebat; siquidem testator non expressit ejus modum, aut formam, & per consequens talis dispositio ut incertitudinem continens, nulla erat, l. Titia ff.

de legat. 2. l. 3. §. si quis infulam, ff. de eo quod certo loco: ergo si Theodosia non tenebatur præceptum illud adimplere, negligens dici non poterat, nec ob ejus negligentiam Episcopus monasterium construere poterat.

Quæ difficultate ita fulcitur non obstante, vera est præfens assertio, pro cujus expositione sciendum est, nihil aliud esse, quod magis hominibus debeat, quam ut supra eorum voluntas, postquam jam aliud velle non possunt, exitum & effectum habeat, l. vel negare 5. ff. qui testam. aperiantur. l. 1. C. de sacros. Eccles. Unde scribit Plinius lib. 2. epist. 16. se propriam quandam legem sibi dixisse, ut defunctorum voluntates ut perfectissimas tueretur. Eusebius lib. 4. de vita Constant. scribit, generaliter sanxisse, quibuscumque modis expressa testantium judicia valere. Et Quintilianus declamat. 318. ait, nullum sanè majus esse solatium mortis, quam voluntas ultra mortem. Tacitus lib. 2. annal. ibi: Non hoc præcipuum amicorum munus est, prosequi defunctum ignavo questu; sed quæ voluerit, meminisse; quæ mandaverit, exequi. Facit Calliodorus lib. 5. var. epist. 21. Vivat tibi perpetuis sæculis decedentium voluntas, transeat in posteros judicia parentum. Illustrat Spino in specul. testam. 1. p. rubrica. Unde testatores fidelioribus & charioribus amicis suarum voluntatum executionem commendabant, quorum mentio fit in l. quidam, §. penult. l. si à pluribus, ff. de legat. 1. l. si quis Titio 17. ff. de legat. 2. l. alumne 30. ff. de adm. legat. l. alio herede 9. ff. de aliment. legat. l. Divus, ff. si cui plus, novella 131. Justin. novella 68. Leonis, novella Majorani de testam. Illi plerumque dicuntur dispensatores, ut ex eadem novella Majorani notat Cujacius tract. 7. ad Afric. in l. 107. ff. de legat. 1. & nullo designato executore ultimæ voluntatis executio hæredi incumbit, l. 7. tit. 10. partit. 6. Carpio de executorib. lib. 1. cap. 22. num. 9. Illis autem executoribus aliquando testatores certum præscribunt tempus, intra quod suam exequantur voluntatem: quo casu tempus illud est observandum, authent. hoc amplius, C. de fideicommiss. dist. 1. nulli. l. 6. tit. 10. partit. 6. Carpio dicto lib. 3. cap. 1. num. 2. Nullo verò termino assignato annus à jure datur ad exequendam testantis voluntatem, dist. authent. hoc amplius. Et licet eodem jure communi attentò dubium sit, an à die mortis, an verò à tempore aditionis hæreditatis currere incipiat annus; apud nos tamen cum aditio hæreditatis non desideretur ad validitatem eorum, quæ in testamento relinquuntur, l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil. incipiet annus à die mortis testatoris, ut decisum extat in dist. l. 6. partit. ibi: Pista un anno despues de la muerte del testador. Docet Carpio dict. lib. 3. capite 1. num. 10. Etiam sciendum est, morte, negligentia, vel impedimento executorum jus exequendi ultimas defunctorum voluntates devolvi ad Episcopum loci, ubi testator decessit, aut majorem bonorum partem obtinebat, ex juribus supra citatis. An verò ad Judicem sæcularem æqualiter spectet pias defunctorum voluntates ad effectum perducere, quæri solet? Et ad ipsum etiam spectare, resolvunt pluribus relatis Carpio dict. alleg. 82. n. 17. & ita præventioni locum esse, sicut in aliis casibus mixti fori, fusè probant Leon decis. 20. Valentia. Peroyra de manu regia tom. 1. lib. 1. cap. 16. per totum; quia sicut laicus potest à testatore designari suæ dispositionis executor,

ita & judex laicus propter ejus negligentiam, & impedimentum poterit exequi pias defunctorum voluntates.

Ex quibus jam apparet vera præfens decisionis ratio; nam cum Episcopus in concernentibus pietatem, & charitatis officia sit legitimus executor, & in laicos exerceat omnimodam jurisdictionem, cap. 1. & 2. 87. distinct. cap. super quibusdam, de v. f. merito in præfenti deciditur ob negligentiam Theodosiæ in construendo monasterio, quod ædificari jussit testator, executionem similis piæ voluntatis ad Episcopum devolvi; quod nec à jure Romanorum alienum est, nam apud eos testamentorum executio, quoad legata pia, & monumenta construenda, Pontifici incumbit, l. hereditas 50. ff. de petit. heredit. ibi: Heredes ad monumentum faciendum tandem Principali, vel Pontificali auctoritate compelluntur, ad obsequium supremæ voluntatis. Nontamen ex officio, sed ad patris petitionem, l. Quintus Mutius 7. ff. de annuis legat. Illustrant Guther, lib. 3. de jure manuum, & lib. 2. de jure Pontific. cap. 8. Fornerius lib. 6. rerum quotid. cap. 2. immo & ipsa testamenti tabulas solebant Vestalibus tradere, aut in æde sacra custodiendas deponere, l. cum pater, §. donationis, ff. de legat. 1. l. 3. §. proinde, l. finali, ff. de tabul. exhib. l. 4. §. 4. ff. famul. ercisc. Unde Augusti testamentum Vestalibus condemnatum fuisse refert Suetonius in Julio, cap. 8; & in Augusto, Cap. ultim. Idem de Antonii testamento refert Plutarchus in ejus vita. Merito ergo Gregorius in præfenti, atque Imperatores in dist. 1. nulli, & authent. hoc amplius, statuerunt, pias defunctorum voluntates diligenter esse exequendas; & negligentibus earum executionem hæredibus, vel commissariis à testatore designatis, Episcopum debere eas ad effectum perducere, docent Carpius & Barbosa *ubi supra*, Rousselius dist. lib. 6. cap. 3. Quis autem Episcopus proprius sit quoad hanc executionem, originis, vel domicilii testatoris, aut loci, ubi res sitæ sunt, explicant Martha de jurid. p. 2. cap. 10. num. 10. Barbosa de potest. Episcop. 3. p. alleg. 28. num. 15. Baldus & Salicetus in dist. 1. nulli, C. de Episc. & cler.

Nec obstat dubitandi ratio supra expensa; nam licet verum sit, quod si heres, vel commissarius à testatore designatus exequatur voluntatem testatoris, Episcopus non possit se immiscere; tamen si negligens sit, aut jure; vel de facto impediatur prædictam exequi voluntatem, tunc Episcopus potest eandem voluntatem ad effectum perducere; quia ob negligentiam, vel impedimentum hæredis, commissariive, talis facultas ab eis aufertur, & in Episcopum transfertur, ut si tutor dativus suspectus sit, qui remouetur, & alius administrat. Nec obstat primum augmentum ipsius difficultatis; nam licet cum testator aliquid fieri jussit, nulla exinde actio detur, quia præceptum hoc potius ad utilitatem scribentis, quam ad alterius commodum pertinet, ut alibi ratiocinatur Consultus in l. Quintus 7. ff. de annuis legat. officio tamen judicis cogi potest heres, ut defuncti supremam voluntatem adimpleat, l. hereditas, ff. de petit. hered. ubi Faber, Goveanus in l. 1. §. ultim. ff. ad leg. Falcid. & quia publicè interest supremas defunctorum voluntates exitum habere, l. vel negare, ff. quemadmod. testamenta: ideo hodiè cuilibet de populo competit actio pro

exequendis ultimis defunctorum voluntatibus, *authent. de ecclesiasticis titulis, § si autem, distal. nulli, C. de Episc. & cleric. in fine*, ibi: *Universi, qui id quocunque modo cognoverint, vel in viri clarissimi Rectoris provincie vel in urbis Episcopi notitiam deferendi liberam habeant facultatem*. Docent pluribus relatis Carpio *disto lib. 1. cap. 24. Pinellus lib. 1. select. cap. 11. num. 16*. Nec aliud difficultatis augmentum refragatur; nam supponendum est, in presenti specie testatorem præscripsisse modum observandum circa locum, & formam monasterii: & licet testator id non expressisset, nihilominus non idè dispositio vitabatur; siquidem adimpleri, & exequi poterat servatâ formâ, quæ in aliis monasteriis ejusdem Ordinis in usu esse solebat, ut in simili specie ait Consultus *in l. cum pater 77. § vicos, ff. de legat. 2.* cujus explicationem prosequuntur Cujacius *lib. 8. respons. Papin.* ibi: *Formerius lib. 2. rerum quotid. cap. 11. Chesius interpret. jur. cap. 4. num. 9.*

^{10.} Sed præsentî assertioni, & hucusque traditis obstat textus *in cap. Episcopus, 88. dist.* in illis verbis: *Episcopus tuitionem testamenti non suscipiat*. Ex quibus apertè deducitur, quàm alienum sit ab Episcopali statu, & dignitate executionem, seu tuitionem testamentorum admittere. Igitur nec negligente hærede, vel commissario à testatore designato Episcopus debet suscipere tuitionem testamentorum. Augetur hæc difficultas ex eo; nam licet manum opus pietatis sit pupillos tueri, & defendere, nihilominus Episcopis prohibitum est tutorum munus exercere, *authent. presbyteros, in fine, C. de Episc. & cleric. Novella 123. cap. 5. authent. de sanctissimis Episcopis, §. ab eo autem*: quod adèd injustum, & illicitum visum fuit primis Ecclesiæ Patribus, ut testatorem Episcopum, aut clericum testamento suo filiis suis tutorem designantem, communione ecclesiastica privarent, nec pro eo Missæ sacrificium offerri sinerent. Concilium Afric. temporibus D. Cypriani celebratum, quod refert Baronius anno 257 D. Cyprianus *lib. 1. epist. 9. ibi: Non licere clericis in testamento nominare tutores, aut curatores*. Cujus prohibitionis rationem expressit Leo Imperator *Novella 68. his verbis: Veteribus legislatoribus edicere visum est, ne monachi, aut quocunque sacer ordo devinctos habet, tutorum officio fungantur. Intellexerunt enim, qui divino ministerio consecrati sunt, hos ab externarum rerum occupationibus & molestiis liberos esse oportere. Quantum autem alendorum, alioquinque regendorum puerorum cura hominum animos distrabat, ut que Deum debuit colere ne possint, impediat, nemo ignorat. Totâ enim plerumq. vitâ tutores laboriosis istis curis irretiti tenentur*. Quam transcripsit Alfonso hoster *in l. 14. tit. 16. part. 6.* quæ ratio æquè militat in tuitione, seu executione testamenti: Igi-

tur sicut Episcopus non potest designatus à testatore suscipere tuitionem testamenti, seu pupillos; ita nec ob negligentiam hæredis, aut commissarii testamento designati, debet hujusmodi occupationi immisceri. Cui difficultati ut satisfaciamus asserendum est, Episcopum posse non solum ex præsentî juris dispositione executionem, seu tuitionem testamentorum suscipere; verum & virtute designationis à testatore factæ. Nam cum hoc officium circa pias causas versetur; inde est, ut ab Episcopo exerceri liceat, cum ipsius officij proprium sit opus pietatem fovere, *dicta Novella 68. Leonis, cap. Ioannes, cap. penult. hoc tit. Carpio disto lib. 1. de execut. cap. 3. num. 13.* Nec tunc obstat textus *in dicto cap. Episcopus 5. 88. distinct.* cui ut satisficiat Glossa *ibi*, affirmat in eo textu tantum prohiberi, ne testamenta aperiantur coram Episcopo; quæ aperienda sunt coram iudice seculari, *ex l. repetita C. de Episc. & cleric. l. consulta, C. de testamentis*. Glossam sequitur Acuña *in eo textu*. Sed hæc solutio facile vincitur ex ipso canone, ubi non agitur de apertura tabellarum, sed de tuitione testamentorum. Quare hæc omnia sententiâ existimo, in eo textu prohiberi, ne Episcopus per se, & immediatè suscipiat tuitionem testamentorum; non autem prohiberi, quin per presbyterum, aut alium tertium eam suscipiat. Quæ interpretatio colligitur ex canone antecedenti ipsius Concilij Carthag. ubi Patres ita sanxerunt: *Ut Episcopus gubernationem viduarum, & pupillos, & orphanorum, non per seipsum, sed per Archipresbyterum, vel Archidiaconum agat. Et statim sequitur textus in dicto cap. Episcopus*; igitur debet accipi juxta antecedentem, videlicet ut per se non suscipiant tuitionem testamentorum, sed per Archipresbyterum, aut Archidiaconum. Nec quod de tutela dicebamus, refragatur; nam verum est, Episcopum tutelam à testatore delatam exercere non posse: discriminis ratio in eo consistit; nam tutela administratio per plures annos, variaque, & prophana negotia exercetur; executio autem piæ voluntatis brevi tempore expediâ, & adimpleri potest, ut notant I. Justelus *ad canones Ecclies univers. fol. 222.* Adhuc tamen & tutelam legitimam clerici exercere valent, *cap. final. 86. dist. ibi: Nisi forte qui legibus ad minorum ætatis tutelas, sive curaciones inexcusabiles attrahuntur. Et cap. generaliter 16. quest. 1.* quia tunc non tam voluntate, quàm necessitate curis secularibus immiscentur, cum aliàs ab hereditate repellantur, *l. quo tutela 73. ff. de regul. jur. Roussellius lib. 4. histor. jurisdict. Pontif. cap. 5.* & hodie sacerdotem posse designari executorem testamenti, probat Conradus Kling. *libro 5. locorum commun. cap. 32.*

CAPUT IV.

Idem (a) Petro Subdiacono Sicilia.

Indicante. *Et infra*: Cognovi autem Romano referente, quia (b) moriens uxor Redempti unam concham (c) argenteam audis verbis dixerit venundari, & (d) libertis suis tradi; scutellam quoque (e) argenteam (f) monasterio cuidam reliquerit. In quibus utrisque voluntatem ejus per omnia volumus impleri, & ex rebus minimis peccata majora (g) capiamus.

NOTÆ.

N O T Æ.

- (a) *Dem.*] Ita etiam legitur in prima collectio-
ne, *sub hoc tit. cap. 13.* & in ipso Regesto
Gregorii, *lib. 12. epist. 30.* ubi de diversis rebus, &
caulis ad patrimonium Ecclesie Romanæ spectan-
tibus agit D. Gregorius: & circa medium hæc le-
guntur verba.
- (b) *Mor. ens uxor.*] Certum est, jure commu-
ni attento, mulierem absque mariti licentia tes-
tamentum facere potuisse: Ulpianus *in fragmen-
tis, tit. 22. §. mulier.* Unde statutum disponens,
ne uxor testamentum condat absque mariti li-
centia, nullum esse, post Paulum Castrensem, &
alios docet Fragofo *de regim. Christ. Reipubl. lib.
4. disp. 7. num. 8.*
- (c) *Concham argenteam.*] Concha enim est
vas in formam conchæ factum, de quo Paulus
lib. 3. senent. rit. ultim. Consultus in *l. 7. ff. de in-
strum. legat. PP. Concil. Illiber. cap. 48.* ubi plura
adduxi.
- (d) *Et libertis suis eradi.*] Plerumque enim
patroni libertis suis testamento alimenta, alias-
que res relinquebant, *l. patronus 35. ff. de legat. 3.
l. 3. ff. de aliment. legat.* quam me laudato expli-
cat Don Josephus de Retes *lib. 3. de interditiis,
fol. 175.*
- (e) *Scutellam quoque argenteam.*] Et ita cer-
tam designavit, non generaliter scutellam lega-
vit, ut omnes antiquiores hic supponunt, inde
fused tractantes, an in legato generali electio sem-
per sit hæredis, vel legatarii? Quam quæstionem
utramvis propriam hujus loci, omittimus: viden-
di sunt textus in *l. si quando 109. §. hæres, ff. de
legat. 1. l. Titia 38. §. 1. ff. de auro & argento, l.
cum quis 38. §. qui hominem, ff. de solut. l. si lega-
tario 22. §. 1. ff. de fideicom. libert. l. 2. ff. de o-
ption. legat. l. cum post 69. §. gener. ff. de jure dot. l.
si substituto 45. §. 1. l. sequens 48. l. cum res 47.
§. sed si Stichus, ff. de legat. 1. l. si quis 2. ff. de ali-
ment. legat. D. Martinus de Larreatigui *lib. 5. select.
cap. 2. Gomez lib. 1. variar. cap. 12. num. 32.* Cu-
jaciis *tract. 8. ad Afric. in l. si hæres 110. de legat.
1. Pinel. lib. 2. select. cap. 16.**
- (f) *Monasterio cuiusdam reliquerit.*] Licet e-
nim olim Ecclesia, & ecclesiastica personæ ali-
quid ex testamento capere non valerent, *l. 17. §.
20. C. Theodos. de sacros. Eccles.* tamen post Impe-
ratorem Constantinum, & hæredes institui, & le-
gata capere potuerunt, *l. 1. authent. ingressi, C. de
sacros. Eccles. l. Deo nobis, l. si quis ad declinam-
dam, C. de Episcop. & cleric. l. sancimus, C. de do-
nat.* ut etiam sacerdotes Gentilium capere pote-
rant, *l. annua 20. §. 1. ff. de ann. legat. l. 1. §. ad
municipium, ff. ad legem Falcid.* Virgines autem
Vestales, quia victu publico honorabantur, nihil
ex alieno testamento capiebant. Gellius *lib. 1.
noct. cap. 12.* Symmachus *lib. 1. epist. 40.* immo
Diis, quibus capacitas speciali Senatusconsulto
aut constitutione data erat, plerumque legaba-
tur, qui referuntur ab Ulpiano *tit. 22. regul.* & à
Paulo *lib. 4. sent. tit. 3.* In quo Ulpiani fragmen-
to Cujaciis legit, *Minervam Melitensem*, ubi
legitur *Melientem.* Hadrianus verò Turnebus *lib.
7. advers. cap. 21.* reponit *Illyensem*, id est Troja-
nam, non insubtili conjecturâ, quasi legatum
Illyensi Minervæ speciali jure relinqui concedere-
tur, quòd Romanos se oriundos à Trojanis agno-

scerent: unde Romanos Æneadas appellatos, au-
ctor est Justin, *in Novella 47.* Quapropter Illyenses
aliis privilegiis donantur, quæ extant in *l. 1. ff. ad
municip. l. non tantum 17. §. 1. ff. de excus. iur.* Sed
quamvis rectè hoc ita procedat, nihil vetat retine-
re communem lectionem, legereque *Melientem*,
cum suspicari possit ita appellari à Melia urbe Ca-
riæ, ut existimavit Fornerius *lib. 2. rerum quotid.
cap. 8.* Sed jam ad rem: Cùm ergo in aliquibus,
etiam paucissimis, tum Orientis, tum Occidentis
monachis paupertatis monasticæ irrepresser præ-
varicatio, Valentinianus Imperator anno 370. non
Junior, ut voluit Molanus *lib. de piis testamentis,
cap. 34.* sed senior, ut probat P. Theophilus Ray-
naud. *rom. 12. tract. mala è bonis Ecclesia, &c. cap.
8. num. 7.* sanxit ne etiam per subjectam personam
monachi possent aliquid ex testamento capere,
in l. 20. C. Theodos. de Episc. & cleric. cujus consti-
tutionis conscius D. Ambrosius, impium judicans,
paucissimorum avaritiam universo statui monasti-
co præjudicium asserre, hæc ad Valentinianum Ju-
niorem scribit *epist. 31. Nobis privata successione
emolumenta recentibus legibus denegantur, & ne-
mo conqueritur; nos enim putamus injuriam, quia
dispendia non dolemus.* Et infra: *Scribuntur testa-
menta templorum ministris, nullus excipitur pro-
phanus, nullus ultima conditionis, nullus prodigus
verecundia: soli ex omnibus clerico commune jus
clauditur, à quo solo pro omnibus votum commune
suscipitur, officium commune defertur: nulla lega-
ta, vel gravium viduarum nulla donatio; & ubi in
moribus culpa non deprehenditur, tamen officium
multa præscribitur. Quod sacerdotibus Fani lega-
verit christiana vidua, valet; quod ministris Dei,
non valet.* Unde conqueritur D. Hieronymus ad
Nepotianum, *de vita cleric. cap. 7.* his verbis: *Pu-
det dicere: sacerdotes Idolorum, mimi, & auriga,
& scorta, hæreditates capiunt; solis clericis, & mo-
nachis hoc lege prohibetur; & prohibetur, non à per-
secutoribus, sed à Principibus Christianis: nec de
lege conqueror, sed doleo quod meruerimus hanc le-
gem.* Notarunt Fornerius *lib. 1. select. cap. 28.* Vi-
var. *de veteri monach. lib. 6. cap. 3. num. 31.* Ludu-
vel. *de ultimis volunt. fol. 77. & 350.* Baronius *an-
no 309.* Pancirolo *lib. 2. variar. cap. 161.* Valenzue-
la *contra Venetos p. 3. per tot.* Non ergo ea lege Va-
lentinianus excludebat Ecclesias, vel cœtus ullos
sacros aditione hæreditatum, sed tantum privatas
personas ecclesiasticas, vel monasticam profiten-
tes vitam, qui privatas captabant hæreditates, ut
de Antymo, & Sophronico antimonachis refert
D. Hieronymus ad Eustochiam, *cap. 22.* & juxta
hanc veram explicationem defendunt dictam con-
stitutionem Baronius *anno 370. num. 23.* Theophi-
lustom. *12. tract. mala è bonis Ecclesia, fol. 47.* De
jure amortizationis apud alias gentes introducto
agit Altessera *de Ducibus lib. 2. cap. 18. per totum;*
& ipsum impugnantes Valenzuela, Guevata &
Zumel. *contra Venetos.*

(g) *Peccata majora capiamus.*] Ex quibus ver-
bis probatur opinio eorum, qui docuerunt, pec-
catum lethale esse non adimplere voluntatem tes-
tatoris, etsi non observatis juris solemnitatibus
eam declaraverit: quòd etiam probari potest ex
*cap. ultima voluntas 13. q. 2. cap. cum esset, hoc
rit. l. fideicommissum, C. de condit. indeb. disputat
latè Fragofo de regim. Christ. Reipubl. 3. p. lib. 5.
§. 5. num. 151.* Sed quare dicat Gregorius, ipsum
peccata majora capere ex eo, quòd legata non
sol-

solvantur, meritò dubitari potest. Existimò tamen Ecclesiam fuisse heredem institutam, & ita ad eam onus solvendi legata pertinere; quod facillè suadetur tam ex inscriptione hujus textus, quàm ex prioribus verbis hujus epistolæ, compilatis ab Antonio Augustino in *epist. jur. lib. 15. tit. 48. cap. 6.*

COMMENTARIUM.

8. **EX** hoc fragmento epistolæ D. Gregorii sequens deducitur assertio: Legata debentur, quàmvis nudis verbis relicta. Probant eam textus in *cap. relatum, l. 11. cap. cum esses, hoc tit.* Concilium Lugdun. 1. *can. 2. ibi: Si quorumcumque religiosorum voluntas, aut necessitate, aut simplicitate aliquid à legum secularium ordine visa fuerit discrepare, voluntas tamen defunctorum debeat inconcussa manere.* Probari etiam potest ex *l. final. ff. de rebus eorum, l. in testamento 38. ff. de fideicommiss. libert. l. penult. §. ultim. ff. de legat. 2. l. 3. in princip. l. conscribuntur 8. §. 1. ff. de jure codicil. l. filius 18. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. hoc autem, l. recusare 6. §. meminisse, l. Scævola 76. ff. ad Trebellianum, l. 3. C. eod. l. 2. C. de Codicil. l. eam 14. l. 8. in epistola 22. l. ex testamento 29. C. de fideicommiss. Ex quibus probatur, fideicommissa quibuscumque verbis relicta deberi. Illustrant ultra congestos in præsentia Barbofa & Garrana, Cujacius & Covar. hic, Cironius ad tit. de pact. Petrus Gregorius lib. 1. partit. tit. 25. cap. 5. Padilla, & Giphanius in *l. ultim. C. de fideicommiss. Antonius Augustinus in epist. jur. lib. 15. tit. 48. Canisius in dicto cap. reorum. Moron. respons. 69. Ferro Manrique de differentiis utriusque fori, q. 4. n. 33. 31.**

9. Sed in hac assertionem ita pro dubitandi ratione insurgo: Legata non nisi testamento, aut codicillis testamento confirmatis relinqui possunt, l. ab exhereditari 126. ff. de legat. 1. l. illud 13. §. 1. in fine, l. quidam 14. in princip. ff. de jure codicil. l. legatum 36. ff. de legat. 2. & non quibuscumque verbis, sed solemnibus, l. in legatis 21. C. de legatis, §. sed olim, Instir. eodem. Nam illud discrimen versatur inter legata & fideicommissa, quòd legata verbis directis, & legitimis; fideicommissa verò verbis precativis, & obliquis relinquantur, l. penult. ff. de legat. 1. cum proponebatur 64. ff. de legat. 2. l. nuda 21. ff. de legat. 3. notat Valentia ad tit. de legat. cap. ultim. num. 8. Ergo legata in præsentia specie nudis verbis relicta non debebantur, & per consequens nec solvenda erant. Accedit nam ex alio capite legatum monasterio relictum inutile erat, videlicet quia monasterium est corpus incertum, collectivum, constans ex diversis capitibus: sed legatum relictum incertis personis, vel corpori incerto, non valet: quòd ratione municipium, seu collegium heredem institui non posse, docuit Ulpianus in *fragmentis, tit. 22. §. incertum, Instir. de legat.* Ergo & legatum monasterio relictum ob legatarii incertitudinem in præsentia specie non valet.

10. Quà dubitandi ratione minimè obstante, vera est præsentis decisio; nam cum jus canonicum quoad obligandum inter nuda verba, & solennia nullum discrimen agnoscat, *cap. juramenti 22. q. 5. cap. pervenit, de fideiuss.* ideo legata relicta, tam verbis solemnibus, quàm nudis, æqualiter debentur; verè enim hæres ea solvere de-

bet, cum is naturà debeat, quem jure gentium dare oportet, cuiusque fidem sequi sumus, l. cum amplius, §. is naturà, ff. de reg. jur. Sed jus canonicum tantum attendit an legata debeantur, non verò quo jure ea solvere hæres teneatur: ergo rectè in præsentia docet Gregorius, legata etiam nudis verbis relicta esse solvenda. Accedit, nam & jure civili, quò solennia verba legatis relinquentis præscripta fuerunt, cautum etiam fuit fideicommissa nuda, nudisve verbis relicta ab hærede deberi, & præstanda esse, l. nuda, ff. de legatis 3. l. cum proponebatur 64. ff. de legat. 2. sive Græcis, sive Latinis verbis relicta sint, l. fideicommissa 11. ff. de legat. 3. Et eodem etiam jure attentò legata minus solemniter relicta, licet per actionem civilem periri non possint; tamen cum de voluntate constat, debentur naturaliter, neglectis ejusdem juris civilis scrupulosisque, l. final. ff. de rebus eorum, l. in testamento 38. ff. de fideicommiss. libert. Plinius lib. 2. epist. ad Anianum. Jure enim gentium consistunt, unde hujusmodi legata ita relicta, semel soluta, repeti tanquam indebita non possunt, l. 2. l. si veritas 23. C. de fideicommiss. l. fideicommissum 7. C. de condit. indeb. l. 21. tit. 4. partit. 3. quod proprium est naturalis obligationis, l. final. in principio, ff. de jurejur. l. naturalis 10. ff. de oblig. & act. sed illud quod naturà debetur, in foro conscientie solvendum necessariò est, ut probat Covar. in *cap. cum esses, hoc tit.* igitur legata nudis verbis relicta debent præstari, ne (ut ait noster Gregorius in præsentia) si non solvantur, peccata majora committantur.

Nec obstat dubitandi ratio supra expensa, pro cuius solutione, & præsentis textus interpretatio-
ne ibi, nudis verbis, varia adduxerunt Interpre-
tes; aliqui enim existimaverunt, in præsentia specie
relicta fuisse legata non testamento, nec codicillis,
sed coram legitimo testium numero, quinque vi-
delicet Ita Abbas, Zabarella, Ancharanus in præ-
sentia, Barbatia num. 17. Alii verò docuerunt, in
præsentia casu legata relicta fuisse juxta textus in
cap. cum esses, cap. relatum, hoc tit. videlicet coram
duobus, aut tribus testibus. Barbofa in præ-
sentia, num. 4. existimat Gregorium nostrum esse
exaudiendum, cum legata relicta fuerint sine
scriptura, ideoque referri in hoc textu, nudis ver-
bis legata relicta fuisse. Sed his, & aliis solutioni-
bus omissis, verius dicendum est, in præsentia
specie uxorem Redempti testamentum fecisse, in
eoque Ecclesiam heredem instituisse, & postea
cum decederet, legata reliquisse nudis verbis, id
est solennitate in verbis, aut in ipsa ultima dispo-
sitione non observatà. Quæ interpretatio ut fa-
cilis percipiatur, sciendum est, juris civilis con-
ditores in omnibus actibus celebrandis certas præ-
scriptas formas in manumissionibus, emancipa-
tionibus, stipulationibus, testamentis, & simili-
bus actibus, ut ex bonæ notæ auctoribus probant
Brissonijs lib. 1. *select. cap. 11.* qui eas magna sedu-
litate, & cum eruditione congestit in elaboratissi-
mo illo opere de formulis. Revardus lib. 4. *var.*
cap. 9. Doctor Valentia tom. 2. *illustr. crast.* 3. *cap. 2.*
In legatis autem variæ fuerunt formulæ usitate
pro diversitate legatorum. In legato vindicationis
illæ: *Do, Lego, Capito, Sumito, Tibi habeto* l. si
fundum 81. §. Titio, l. hujusmodi 84. §. quibus
ff. de legat. 1. l. in singulos 8. ff. de annuis legat.
l. si ita 15. l. Seje 70 §. liberto, ff. de instructo, vel
instrumento, Ulpianus in *fragment. tit. 24.* Capus
lib. 3.

lib. 2. instit. tit. 5. Paulus lib. 3. sent. tit. 6. Per damnationem verò ita legata relinquēbantur. Heres meus damnas esto dare; Dato, Facito, Heredem meum dare jubeo: dicta l. hujusmodi 84. §. 1. & §. Stichum, l. ab omnibus 104. in principio, l. si heres 124. ff. de legat. 1. l. filia 22. ff. de annuis legat. l. si heres 8. ff. de tritico legat. l. filia 28. l. quibus 40. §. 1. ff. de condit. & demonstr. Per finendi modum ita relinquēbantur: Heres meus finito, vel damnas esto suere Lucium Titium illam, vel illam rem sumere: l. qui quatuor 30. §. 1. ff. de legat. 3. l. 2. ff. de annuis legat. l. ex cui 16. ff. de liber. legat. Per preceptionem ita legabatur: Mevia rem illam, vel illam præcipio, sumo: l. ultima, ff. de dote præleg. l. pediculis 32. §. idem cum quaereretur ff. de auro & arg. Docent Institutorij in §. sed olim, Instit. de legatis, Valentia ad tit. de legat. cap. ultimo, num. 1. Legata igitur ita relicta solenniter, & solennibus verbis relinqui dicebantur; quæ verò sine testamento, & solennitatibus relinquuntur, quia illis opponuntur, nudis verbis relicta dicuntur, ut nuda voluntas dicitur in l. 1. ff. de testam., militis; quia opponitur solenni: & in l. rem legatam, ff. de adimend. legat. nudus consensus, quia advertebat solenni: & in l. videmus, ff. de usuris, nuda proprietas, quæ opponitur plenæ: & in l. Iuris 7. §. sed cum nuda, ff. de pactis, nudum pactum dicitur, quod opponitur solenni. Similiter igitur in præfenti specie legata nudis verbis relicta dicuntur, quia nec solenniter, nec solennibus verbis relicta fuerunt.

Nec obstat augmentum ipsius difficultatis; nam licet verum sit, olim temporibus adhuc Plinii Junioris municipia, civitates, collegia, legata capere non potuisse, ut corpora incerta, Plinius lib. 5. epist. 7. Ulpianus tit. 22. in fragment. tamen primò Imperator Nerva permisit illis fideicommissa singularia, & universalia relinquere; & postea Senatusconsulto Aproiano concessum fuit, ut à libertis propriis etiam directò heredes institui possent. Et tandem Imperator Marcus permisit illis, & omnibus collegiis licitis legare: juxta quam tempo-

rum distinctionem accipiendi sunt textus in l. pater 38. §. fideicommissum 6. ff. de legat. 3. l. si usus fructus 21. ff. quibus modis usus fructus amittatur, l. Julianus 13. §. idem Julianus, ff. de action. empti. l. si quid relictum 117. l. civitatibus 22. ff. de legat. 1. l. quidam 30. l. cum pater 77. §. vicus, de legat. 2. l. 5. l. fideicommissa 11. §. ult. ff. de legat. 3. l. annuum 6. l. liberio 21. §. Lucius, l. 23. cum sequenti, ff. de annuis legat. l. si usus fructus 8. l. legatum 16. l. quidam 17. ff. de usufructu legat. l. 2. l. cum Senatus 20. ff. de rebus dubis, l. municipibus, l. si jurassent, ff. de condit. & demonstr. l. 1. §. ad municipium 4. l. 3. §. ultimo, l. computationi 68. vers. Civitatibus, ff. ad legem Falcidiam, l. municipia 12. ff. ut in possess. l. legatam 4. l. Imperatores 9. §. ult. §. 0. ff. de administr. rerum, l. 3. §. municipes, ff. de suis & legit. l. cum alicui 26. ff. de negotiis gestis, l. ult. C. ut in possess. quæ est pars legis ultimæ, ff. de administr. rerum, l. 3. §. municipes, ff. de suis & legit. l. cum alicui 26. ff. de negotiis gestis, l. ult. C. ut in possess. l. 1. & 2. C. de incertis personis, l. 9. §. final. ff. de juris & facti ignor. l. 9. C. de paganis, l. 3. C. de compens. l. 58. ff. de usufructu, l. 1. C. de Iudeis, junctis Cuiac. ad tit. C. de hered. instit. Donel. lib. 6. comment. cap. 17. Forner. lib. 2. rerum quærit. cap. 11. l. 31. §. 1. de inoffic. testam. l. 2. C. de divers. præd. lib. 12.

Sed superiori assertioni obstat textus in can. 10. Exponitur Concilij Aurel. 4. in illis verbis: Quæcumque Ecclesis à Pontificibus sub competentibus, ac iusto documento fuerint devolutæ, ab heredibus legitimis dignum est ut pro Dei contemplatione serventur. Ex quibus deducitur, non aliter relicta Ecclesiis deberi, quam si iusto & competenti documento fuerint data. Igitur si nudis verbis tantum fuerint relicta, non debebuntur. Cui difficultati satisfaciendum est asserendo, quod licet legata ex æquitate canonica debeant præstari, etiam si verbis minus solennibus relicta sint; debent tamen iusto, ac competenti documento relinquì, id est, ita publice; ut secundum juris principia de veritate constare possit; aliàs si ita relinquuntur, ut de eis constare non possit, nec attentò jure canonico debentur.

CAPUT V.

Idem Bono (a) Episcopo Messano.

Filius noster Faustinus vir eloquentissimus ad nos (b) veniens questus nobis est, quòd pater ejus quondam Peltradius aliqua vestra Ecclesie (c) sepulture suæ gratiæ juris alieni reliquit. Et quidem quid de hac re sæculi leges habeant, & ipsi nobis, & nos audivimus: quia hæres ad solvendum cogitur, si (d) auctor ejus, vel testator aliena legaverit. Sed quia fraternitatem vestram lege Dei, non autem (e) lege sæculi novimus vivere, valde mihi injultum videtur, ut calix (f) electrinus, & puer, qui (g) cujusdam Ecclesie, in possessione ejus positæ, dicæ celestis (h) Consentinae Ecclesie esse perhibetur, à tua fraternitate teneatur. Cùm enim & vir reverendissimus Palumbus nunc Episcopus, tunc verò Archidiaconus, ita fuisse testatus est, vos omnino ejus fidei credere, & aliena restituere debuistis. Tabulam verò auream, quam prædictus vir moriens pariter reliquit, considerare, ut arbitrator, debuistis, quæ esset summa ejus substantiæ, si quid esset unde hi, quos reliquerat, sustentari debuissent, & tunc pro sepultura ejus accipere: cùm secundum nostrum institutum noveris nos illicitam antiquam consuetudinem à nostra Ecclesia omnino vetuisse, nec cuiquam assensum

assensum præbere, ut loca humani corporis pretio possint adipisci. Nam si Gentiles, ut arbitramur, viri Sichimitæ, Abrahæ pro Sara mortua, atque in loco proprio humana sepulturam gratis obtulerunt, & vix magna ejus importunitate coacti sunt, ut pretium de loco sepulturæ perciperent; nos qui Episcopi dicimur, de humanis fidelium corporibus pensâ facere debemus. Hoc ergo fraternitatis vestræ iudicio committimus. Et hoc quoque nobis prædictus eloquentissimus vir questus est, Sifinium defensorem Ecclesiæ tuæ irrationabiliter juri suo mancipia competentia detinere. De quibus etiam iudicio sanctæ memoriæ Maximiani Episcopi, ut ea detentator redderet, esse asserit definitum: sed eorum restitutionem hæcenus voluntariè distulisse. Hortamur ergo fraternitatem tuam, ut si manifestè causa jam iudicata est, quæ statuta sunt, compleantur. Alioquin deputato defensore, ad fratris & Coepiscopi Secundini nostri partes fac iudicium convenire: ut dum cuius sint juris mancipia, de quibus quæstio vertitur, ejus fuerit sententiâ declaratum, nec hic præiudicium, nec ille videatur injuriam sustinere.

NOTÆ.

1. (a) **B**ono.] Ita enim legitur in registro D. Gregorii lib. 7. *indict. 1. epist. 4.* ex quo Registro præsentem textum, & inscriptionem restituito: in prima autem collectione legitur *Donno*; unde magnum dubium est, an Episcopus hic Bonus appellaretur, & an esset Episcopus Messanenensis, an Messenatis Episcopus esset? Quod latè examinat D. Rochus Pirro *tom. 1. Sicilia sacra, in Ecclesia Messanensi, fol. 287.* qui doctè probat, ex aliis epistolis ipsius Gregorii Donnum, seu Bonum Episcopum hunc, non Messanensem, sed Messenatis Prefulem fuisse. Messenatis est Ecclesia Cathedralis Italiæ; quæ sententia etiam probatur ex præsentis epistola, ubi agitur de Ecclesia Consentina, quæ est etiam in Italia, non longè à Messanensi: unde juxta ipsum Abbatem D. Rochum Pirro præsentis inscriptio ita restituenda: *Donno Episcopo Messanensi.*
2. (b) **Ad nos veniens.** Conquestus enim fuit coram Gregorio filius Faustinus, qui heres fuerat patri suo, eo quod legata à patre relicta solvere tenebatur ex bonis patris; non tamen mancipia, & alia eius bona detineri debebant per defensorem Ecclesiæ prætextu ipsorum legatorum.
3. (c) **Sepultura sua gratiâ.** Olim enim fideles solebant titulo exequiarum aliquam rem Ecclesiæ ubi sepeliebantur, relinquere; unde mortuaria, seu jus mortuariæ dicebatur, *cap. officii, hoc tit. cap. conquerente, de offic. ordin.* Testator, de quo in præsentis, reliquit sepulturæ suæ gratiâ rem alieni juris; & pro sepultura ipsa tabulam auream; quod postremum Gregorius improbat, quia sepulturæ causâ pretium, vel quid loco pretii recipi sacris canonibus prohibitum est, ut dicemus *in cap. ad abolendam, de sepultur.* & notavit Balduinus *in Novella 43. Justin.*
4. (d) **Si auctor.** Propriè auctor dicitur testat or respectu hæredis, quia ab ipso causam possidendi habet, *l. Pomponius 12. § 1 ff. de acquir. possess. ut etiam venditor respectu emptoris dicitur auctor, l. 4. §. ultimo, ff. de action. empti*; Brillionius *de verb. signif. verbo Auctor.*
5. (e) **Lege sæculi.** Immò Ecclesiastici etiam juxta legem sæculi vivere debent, siquidem in causarum decisionibus sepe Ecclesia eis utitur, *cap. 1. ibi: legali provisione; de causa possess. cap. 1. de novi oper. nunc. cap. innovat. de arbitr. cap. 1.*

cap. de capitulis, cap. quoniam, 10. dist. 1. Sed respondendum est discrimen constituendo inter leges civiles, quæ sacris canonibus non opponuntur, nec aliquid animarum salutis contrarium jubent, aut permittunt; & inter eas, quæ Juri canonico adversantur, aut quid illicitum, vel inhonestum permittunt. Priores Ecclesia etiam amplectitur, de quibus in iuribus proximè citatis; posteriores verò improbat, & respuit, de quibus in præsentis, & *in cap. final. de prescript. cap. penult. de secundis nuptiis.*

(f) **Calix electrinus.** Id est ex auro, & quinta parte argenti confectus. Electri enim tria sunt genera. Primum, quod defluente medulla ex arboribus pinei generis, quasi gummi ex cerasis nascitur, densaturque rigore, vel tempore, aut mari; & cum intumescens ætus ex iniulis rapuit, in litora expellitur ira volubile, ut pendere videatur, & per vadum deterrit; de eo electro plura Salmutis *ad Pancivolum tom. 1. memorab. tit. 33.* Secundum electri genus est metallum, quod naturaliter in scrobibus invenit, & in pretio magno haberi, ex Plinio *libro 33. cap. 4.* notat Gualterius *ad Horatium lib. 2. carmin. od. 3.* Tertium est, quod quinta parte argenti auro additâ confectus, de quo *in s. secundum ex aliena, Inst. de verum divif.* quod electri genus apud antiquos fuit magna in æstimatione, unde electrina vase legitur *in l. pediculis 32. §. Neratius, ff. de auro & argento*; & annulos electrinos apud Romanos in usu fuisse, probat Savarus *ad Sidaonium, carmin. 24.* & Helenam apud Rhodos in templo Minervæ calicem electrinum consecrasset, ex Trebellio, & aliis probat Salmutius *vbi supra.* Ex hoc igitur electro, videlicet auro, & quinta parte argenti, confectus erat calix in præsentis textu electrinus dictus: nam temporibus nostri Gregorij Magni jam pace Ecclesiæ reddita pretiosa vasa in Missæ sacrificio deferebantur, ut probat Baronius *in Martyrologia, die 7. Augusti, Saulay in Panopli. sacerdot. tit. de Calice, Vicecomes de ritibus Missæ, volum. 4. lib. 6. cap. 5.* Coriolanus & Vinus *in notis ad Zoepherinum.* & nos dicemus *in cap. finali, de celebrat. Missarum.*

(g) **Puer cuiusdam Ecclesiæ.** Olim Ecclesiæ mancipia ex donatione fidelium, vel simili titulo obtinuisse, iam latè probavimus *in cap. 4. de rerum permur.*

(h) **Consentina.** Consentina, vel Cossentia, hodie Cossenza dicta, est urbs Italiæ, habens Ecclesiæ

Ecclesiam Cathedralē, cujus Episcopus temporibus nostri Gregorii erat Palumbus, ut constat ex hac epistola, & epistola 47. hujus libri, in dicit. 2.

COMMENTARIUM.

Agredimur expositionem textus, qui non solum antiquorum, verum & neotericorum utriusque juris Interpretum ingenia vexavit; summē enim difficilis est, unde ejus sensum genuinum se ignorare fateatur Baldus in l. 1. numero 12. C. de sacrosanctis Ecclesiis; & Gregorium in eo aliqua opinione deceptum fuisse, putavit Vinus lib. 2. selectarum, cap. 26. Sed ut verum ejus sensum percipiamus, supponenda sunt nonnulla juris Casareī principia; quæ circa legatum rei alienæ à testatore relicto supponi solent. Et primò sciendum est, perillam absolutam potestatem testatoribus concessam lege decuriali, permissum etiam esse illis legare rem alienam, cum vi, & effectu de proprio patrimonio disponere credantur, hæredem suum gravando, ut rem alienam à domino redimat, & legatario tradat; & si dominus vendere renuerit, ejus æstimationem præbet. Unde res alienas legari posse, semper constitit, l. cum servus 39. §. constat. l. si dominus 71. §. 3. l. ab omnibus 104. §. in testamento, ff. de legat. 1. l. non dubium 14. §. ultimo, l. qui quatuor 30. §. ultimo, ff. de legat. 3. l. alienus 61. ff. ad legem Falcidiam, l. cum alienam 10. C. de legat. §. non solum, Inst. eodem tit. l. 10. tit. 9. part. 6. Probat Gravius de successu §. legatum. Spinno in speculo testamenti, glossa 8. numero 43. Gomez libro 1. variarum, cap. 12. numero 13. Fachineus libro 1. controvers. cap. 38. Cujacius ad titulum C. de legat. columna 8. & libro 17. quest. Papii, in dicta l. unum, §. si rem, Donellus libro 8. comment. cap. 11. & in dicta l. cum alienam, Arnoldus Vinus libro 2. selectarum, cap. 26. Valentia tom. 3. Illustr. tractat. de legat. cap. ultimo, numero 4. Faber lib. 19. conjectur. cap. 10. Semper enim testator vult voluntatem suam ad effectum perducere, l. si quando 109. ff. de legat. 1. l. quoriam, ff. de rebus dubis; & etiam publicè interest testantium voluntates exitum habere, l. vel negare §. ff. quemadmodum testamentum. Nec hoc casu dici potest, testatorem de re aliena disponere, & eam in legatarium transferre, contra legem conficiuntur 8. ff. de jure codicil. aut dominum rem illam vendere cogi, contra textum in l. invidium, C. de contrahend. emptio, cum tantum damnetur hæres ut rem redimat, aut ejus æstimationem legatario præbet. Et quia hoc dari non potest, si testator hæredem instituat ex aliena hereditate, idè licet legari possit res aliena, non tamen hæres quis institui potest in hereditate aliena. Illud autem olim proprium fuit legari rei alienæ, videlicet ut per damnationem relinqueretur; nam per vindicationem non aliæ res legari poterant, quam illa, quæ utroque tempore, testamento, & mortis ex jure Quiritium in dominio testatoris fuerant. Ulpianus in fragmentis, tit. 24. Gajus lib. 2. Inst. tit. 13. Quod suadet ex l. qui quatuor 30. §. ultimo, ff. de legat. 3. Ulpianus D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

nus in fragmentis, tit. 1. §. justa, & tit. 22. §. cum servum 8. juncta l. Servius 35. ff. de manumiss. testament. l. servus 9. C. de testament. manumiss. aded ut si per vindicationem res aliena legaretur, inutile legatum esset, l. si alienum 49. ff. de hered. institur. Sic intelligitur lex servum filii 44. §. 1. de legat. 1. cum Cujacio, & Duareno; favore enim libertatis solum procedit, ut quæ directò relicta fuit, si ita non potest consistere, reducatur ad fideicommissi causam, l. hæredes 19. §. 1. ff. de fideicommiss. libert. Postea Senatusconsulto Neroniano cautum fuit, ut legatum rei alienæ verbis directis, per damnationem relicto crederetur, Ulpianus in fragmentis, tit. 24. vers. Per præceptionem. Nec Senatusconsultum exaquavit legata, vel legatum vindicationis redegit ad naturam legati damnationis; sed quod minus pactis verbis relicto fuit, justit ut perinde fuisset, ac si optimo relinquendi modo relicto esset, id est per damnationem, veluti si sic relinqueretur res aliena: Rem illam lego. Tunc enim ut valeat legatum, reducitur insolentis formula illa ad legatum pinguius damnationis: & hodie post Justinianum in l. unica, C. commun. de legat. rei alienæ legatum relinqui potest verbis vindicationis, illis videlicet, do, lego, ut docet Vinus dicto cap. 26.

Ex qua differentia lucem accipiunt nonnulla juris difficillima testimonia. Primò textus in l. Exponitur 88. ff. de verborum significatione, ubi Cellius affirmat, prædium alienum legatum, quamvis pecuniâ hereditariâ emptum, non crediti ipsius testatoris fuisse. Ex quo textu deducunt Cujacius lib. 14. observat. cap. 36. Valentia de legatis cap. ultimo, num. 5. rem alienam legari non posse per vindicationem: sicut nec prædium illud, etiam ex pecunia hereditariâ emptum; quia non fuit in dominio testatoris utroque tempore: res enim nummis meis empta, non semper mea creditur, l. 6. C. de rei vind. l. 4. C. communia utriusque jud. l. ultima, C. si quis alteri; exemplis illustrat Fornerius in dicta l. 88. Unde rectè è contrario Cellius ibi responderet, pecuniam relictam ex rebus hereditariis, crediti ipsius testatoris; quia perinde est, ac si ipsam defunctus reliquisset, l. si pecunia 12. ff. de legat. 2. l. hæredes 25. §. ultimo, ff. familia eriscund. late probat Castillo lib. 1. controvers. cap. 4. licet non me lateat, aliter contra Cujacium textum illum exposuisse Gentilem ibi. Secundò ex eadem distinctione lucem accipit textus in l. servum 44. ff. de legat. 1. junctis Pichardo in § non solum, Inst. de legat. Pinello lib. 1. selectarum, cap. 5. numero 66. D. Josepho de Retes cap. 6. numero 15. Tertio textus in l. alienus 61. ff. ad legem Falcidiam, juncto Cujacio lib. 14. observ. cap. 36. Quarto textus in l. Pomponius 13. §. sed & legatario, in fine, ff. de acquirend. possess. qui accipiendus est de legato per damnationem, cum eodem Cujacio lib. 25. observ. cap. 33. cui adjicio, rem alienam in sine dicti §. verè legari dici, cum per damnationem relinquitur; quia tunc legatur validè, utiliterque: quo sensu apud Ulpianum tit. 24. §. per præceptionem, optimum jus legati per damnationem dicitur; & in Novella Martiniani de testamentis clericorum, verè voluntates testantium pro validis ponuntur. Quidam autem ex Præceptoribus

meis non infubtiliter putabat, adverbium verè, aptius accipi posse pro bona fide, ut sumitur in *l. Stichus* 40. §. *Pamphilus*, ff. de *statulib.* ut sensus sit, accessionem temporum inter testatorem, & heredem dari, si modò legatum verè, id est bonà fide, sit acceptum à legatario. Nam si cum mala fide illud accipias, non continuantur tempora, *l. 2. §. si eam rem*, ff. pro *empore*. Ad legatum etiam damnationis pertinet textus in *l. cum verum* 16. §. *ultimo*, ff. de *fideicommiss. libert.* in cuius difficultate fluctuantur Accursius, & Albericus. De legato autem per vindicationem relicto accipiendus est textus in *l. hereditatem*, aliàs *computationi*, §. *ultimo*, ff. ad *legem Falcidiam*; ubi hæres contendebat rem legatam non esse hereditariam, sed propriam ipsius; dubitaturque, an si probetur esse hereditariam, verum sit, ut Macer (seu Maximus, ut Bertrandus vult in *vita Maximi*) loquitur, ejus quoque Falcidiam non posse retineri, id est non solum deductionem vicelima, ad quam textus ille pertinet, ut ex epigrapha apparet, quamque hæres ex legatis retinebant, ut fisco penderent; sed etiam retentionem Falcidiae heredi denegari, quasi id egerit, ut legatum intercederet, argumento ex lege Falcidia 24. *l. beneficio* 59 ff. ad *legem Falcidiam*, *l. rescriptum* 6. ff. de *his que ut indign.* Supponendum igitur est in ea specie, ut dubium procedat, rem illam legatam fuisse per vindicationem; nam si per damnationem relicta esset, non crederetur heredem negare rem esse hereditariam legati everendi causâ; quia præterquam quod inficiatione teneretur in duplum, §. *ex quibusdam*, *Instit. de obligat. que ex quasi contractu.* esset inepta probatio inficiationis; quia etiam constaret rem alienam esse, non ideo periret legatum per damnationem relictum; siquidem eo modo res aliena efficaciter legatur. De legato etiam rei alienæ per vindicationem relicto accipiendus est textus in *l. Stichus* 39. ff. de *manumiss. testament.* ubi asseritur libertatem inutiliter dari eâ formâ: *Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto*: idemque esse dicendum de legato rei alienæ. Quæ comparatio ut vera sit, intelligendus est Paulus ibi de legato rei alienæ per vindicationem relicto, cum simul agat de libertate verbis directis relicta, quæ servo alieno inutiliter datur. Ulpianus in *fragmentis*, titulo 22. §. *cum servus* 8. juncta *l. Servius* 25 ff. de *manumiss. testament.* *l. servo* 9. *C. de testament. manumiss.* *l. 2. §. 1.* ff. de *jure codicil.* *l. si servus* 108. §. *si servus*, ff. de *legat.* *l. generaliter* 24. §. *si quis servo*, ff. de *fideicommiss. libert.* *l. si servo*, ff. *qui est à quibus*: & ita nec res aliena per vindicationem legari potest. Sed difficultatem non levem continet textus ille; nam post Sanatusconsultum Neronianum, sicut legatum minus pactis, id est legitimis verbis relictum præsumitur, quando per vindicationem res aliena legatur; ita libertas directò relicta servo, qui utroque tempore non fuit testatoris, hæc debet in fideicommissariam, ex *dicitur l. generaliter* 24. §. *si quis servo*, *l. 5. ff. de manumiss. testament.* ut contingit in *l. cum maritus* 29. §. *ultimo*, ff. de *pactis dotalibus*; quam doctè exponit Illustrissimus D. Franciscus Ramos in *titulo de legat.* in *l. 1. nu-*

mero 18. ergo debebat in eo textu libertas sustineri ut fideicommissaria. Sed respondendum est, Paulum in *dicitur lege* 39. referendum esse ad jus antiquum, quod procedebat tempore Plautii, ad cujus libros Paulus notas scripsit. Plautius autem floruit ante Senatusconsultum Neronianum, ut notantur Balduinus in *principio Instit. de hered. institut.* Antonius Augustinus *lib. 1. emend. cap. 6.* docuit D. Ramos, ad *titulum de vulgari*, in *principio*, numero 1. quamvis aliter textum illum accipiat Gentilis in *dicitur l. tantum* 88. ff. de *verborum signific.*

Legatum igitur rei alienæ consistit, sed non 10. semper ab hærede debetur, immò plurimum De scientia vel ignorantia testatoris, interest, utrum testator sciens, an ignorans rem alienam legaverit; si enim alienam esse sciens legaverit, debetur: si autem ignorans, non utique, *l. unum* 67. §. *si rem* 8. ff. de *legat.* *l. cum alienam* 10. *C. de legat.* §. *non tantum*, *Instit. eodem titulo*. In casu enim ignorantie non præsumitur testatorem velle heredem suum onerare alienæ rei redemptione, *dicitur l. unum*, §. *si rem*, *l. Stichus* 36. ff. de *usufructu legato*, *l. qui docem* 16. ff. de *dote prælegata*; nisi res legata sit ipsius hæredis; tunc enim si sciens, sive ignoraverit, legatum debetur, *dicitur l. unum*, §. *si rem*: vel si legatum relicto sit personæ conjunctæ, veluti uxori, aut alicui ex cognatis: ex conjectura enim voluntatis testatoris legatum debetur, *dicitur l. cum alienam* 10. *l. Quintus Murrus*, ff. de *auro & argento*: vel si servo alieno libertas relicta sit, *l. Paulus* 39. ff. de *fideicommiss. libert.* Cum autem res hæredis legatur, ejus dominium non transit in legatarium relicta aviâ, *l. magis* 5. §. *si fundus*, ff. de *rebus eorum*. In dubio tamen, an testator sciens, vel ignoraverit, præsumitur testatorem ignorasse; ideo onus probandi transfunditur in legatarium, qui probare debet, testatorem scienter legalis rem alienam, §. *et verius*, *Instit. de legat.* docet Bereta in *repetitione ad nostrum*, folio 12. Sed licet hæc juris principia vera sint, illis tamen adversantur nonnulla juris testimonia. Primò textus in *l. cum pater* 77. §. *evictus*, ff. de *legat.* 2 ubi docetur, filium cui pater rem alienam ut propriam legavit, non habere actionem contra alios fratres cohæredes. Ergo etiam si testator conjunctæ personæ rem alienam legaverit, si ignorans legatum reliquerit, non debetur. Cui difficultati ut facilius ciant, varia adduxerunt Donellus in *dicitur l. alienam*. Caldas de *empione*, cap. 31. numero 12. Petrus Gregorius *lib. 42. synagmaticum*, cap. 32. numero 18 quibus omnibus respondendum est cum Cujacio in *eo textu*, *lib. 8. respons.* *Papin.* & ad *titul. C. de legat. column* 8. dicendo, in eo textu Papinianum non denegare actionem filio ad fideicommissi bona persequenda, sed tantum asserere, quod si bona illi ex fideicommissi causa evicta sint, non habet actionem filius in cohæredes ob evictionem: quod ex eo procedit, quia regulariter hæres rei certæ de evictione non tenetur, *l. si substituto* 45. §. *ultimo*, *l. si legari* 56. *l. si domus* 71. §. *1. l. legatum* 116. §. *ultimo*, ff. de *legat.* *l. heres* 58. ff. de *evict.* Paulus *lib. 5. sentent. tit. 11.* Secundò adversatur textus in *l. Falcidia* 24. §. *ultimo*, ff. ad *legem Falcidiam*; ubi

ubi asseritur, fructus perceptos ex re hæredis legata non esse restituendos legatario, nec in quartam esse imputandos: ex quo textu sic infirgo. Si esset verum, rem hæredis legatam perinde deberi, ac deberetur, si esset ipsius testatoris, fructus in ea specie imputarentur in quartam, ut imputantur cum res proptia testatoris legatur, *l. in quartam*, ff. ad legem Falcidiam: ergo non procedit idem jus in legato rei propriae, ac in legato rei hæredis. Cui difficultati satisfacit Cujacius *lib. 26. observ. cap. 12.* asserendo, quod licet legatum rei hæredis perinde debeat, ac legatum rei propriae; tamen revera res legata aliena est, cum testatoris proptia non sit, argumento legis ultime, *C. unde vi.* Unde cum hæres eam possideat jure proprio, non jure hæreditario, non tenetur fructus ex ea perceptos restituere, aut in quartam imputare. Tertio adverteatur textus in *l. si tibi 86. §. si fundus*, ff. de legat. 1. ex quo constat, rem hæredis à testatore legatam non debere præstari integram ab hærede. Cui difficultati ut satisfaciamus, discrimen est constituendum inter casum, in quo testator unum hæredem ex pluribus, quos instituit, gravare voluit; & illum, in quo ab omnibus legatum reliquit. Primo casu ipse gravatus tantum tenetur ad legati præstationem: secundò vero omnes. Et si quæras, pro quibus partibus? Respondeo, si nomine appellativo, hæredum videlicet, testator legatum reliquit, omnes pro portionibus hæreditariis tenentur; si vero nominibus propriis, pro portionibus vilibus, *l. turpia 54. §. ultimo*, *l. si post 68. §. 1. l. si hæreses 124. ff. de legat. 1. l. legatorum 33. ff. de legat. 2. l. quotiens 23. l. nonnunquam 24. ff. ad Trebellianum.* Quæ distinctione intelligendi sunt textus in *l. si de duobus reis*, *l. si tibi 49. ff. de usufructu*, *l. si qui duobus 15. ff. de legat. 2. l. fideicommissaria 23. §. servum*, ff. de fideicommiss. lib. 1. *l. quidam 14. ff. de jure codicil. l. epistolam 75. ff. ad Trebellianum*, *l. 1. §. Marcellus*, ff. si cui plus quam per legem, *l. plano 34. §. inde*, ff. de legat. 1. *l. generali 32. §. 1. ff. de usufructu legat. junctis Cujacio lib. 3. ad Afric. in dicta l. quidam 14. & in l. 107. de legat. 1. & lib. 12. 99. Papin in l. nonnunquam 24. ff. ad Trebellianum*, Fabro libro 11. conjectur. cap. 19. Madera animadvers. cap. 9.

ii. De re in quartam sit pro parte, & aliena pro parte; vel testator aliquod jus in ea habeat, tunc cum legasse censetur tantum partem, aut jus, quod in ea habebat, *l. si domus 71. §. finali*, ff. de legat. 1. ubi legatum prædii vectigalis tantum consistit respectu domini utilis, quod testator habebat, *l. quod 9. l. servus 98. ff. de legat. 1. l. uxor patris 20. C. de legat. faciunt lex fundus 24. ff. de instrum. legat. lex qui quartus 30. §. qui fundum*, ff. de legat. 3. docent Zasius, & Duarenus in dicta *l. servi 5. §. ultimo*, de legat. 1. Mantica *lib. 9. conject. titul. 1. numero 12.* Gomezius *lib. 1. variar. cap. 12. numero 5.* Menochius *lib. 4. de presump. cap. 118.* in dubio enim creditur, testatorem legare voluisse jus tantum, quod in re habet, dicta *l. quod in rerum*, §. finali, Cevallos *lib. 1. commun. quæst. 747. numero 6.* Nec creditur testatorem hæredem suum gravare voluisse, ut redimeret alie-

D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

nam partem, *l. unum 67. §. si rem*, ff. de legat. 2. Vinius libro 2. selectarum, cap. 26. Nec huic principio obstat si dicas, idem jus dari de parte ad partem, quod de toto ad totum; & appellatione rei totam rem contineri, *l. si dictum*, §. 2. ff. de evict. nec à verbis testatoris facile est recedendum, *l. ille*, aut *ille 25. l. non aliter 69. ff. de legat. 3.* quia respondetur, à verbis, & argumentis recedit, quando constat aliter sensisse testatorem, cum ejus mens potius quam scriptura attendatur, *l. Labeo 7. §. 2. ff. de supellect. legat. 1. ubi 21. ff. de rebus dubiis*: sed voluntas testatoris facile in præsentis casu colligitur ex supra traditis: ergo tantum in jure, quod testator habet in ipsa re, legatum consistit. Nec etiam obstat principium deductum ex *l. si res obligata 57. ff. de legat. 1. l. prædia 6. C. de fideicommiss. §. sed si rem*, Inst. de legat. ubi docetur, hæredem rem pignori obligatam à testatore legatam luere debere: ergo non solum tenetur præstare rem legatam eo modo, quo penes testatorem fuerat; sed integram, & liberam ab omni nexu. Quia respondetur, ex conjecturata mente testatoris rem pignori obligatam legantis, provenire, ut res ipsa luatur ab hærede; nam cum res alieni solutio incumbat hæredi, non legatario, *l. 1. C. si certum petatur*, non creditur testatorem scienter rem pignori obligatam legantem, voluisse à legatario, sed potius ab hærede lui. Nec huic solutioni obstat textus in *l. Marcus 66. §. fundo*, ff. de legat. 2. cujus interpretationem latius prosequuntur Valentia ad titulum de legat. cap. 2. numero 30. Gothofredus animadvers. jur. cap. 20. Vinius *lib. 2. selectarum*, cap. 26. Calatayud. periphra. 20. Nec textus in *l. cum filius 76. §. 2. ff. de legat. 2.* De qua videndus Vinius dicto cap. 26. Nec similiter textus in *l. Juliano 68. ff. de legat. 3.* quem exponit Beteta in præsent. fol. 23.

Supra traditæ tamen principali assertioni, videlicet legatum rei alienæ valere, opponi solent nonnulli textus. Et primò textus in *l. patris 31. ff. de bonis lib. 1.* in illis verbis: *Nihil mittitur profecti ei legatum, quia alienam rem legaverat variis ei libertis.* Ex quibus deducitur, legatum rei alienæ nullum commodum asserere: igitur quia inutile est. Cui difficultati respondendum est, in ea specie legatum non proficere, quia res aliena legata evicta fuit: & cum hæres, ut supra probavi, non teneatur de evictione, ideo quoad effectum legatum inutile est, nec eo casu patronus habet bonorum possessionem contra tabulas; quia agnoscendo illud qualequale legatum, approbavit voluntatem testatoris, & ita postea impugnare non potest. Deinde obstat textus in *l. hæreses 25. §. si testator*, ff. fam. ercisc. in illis verbis: *Ut eam partem, qua testatoris fuit, alicui jubeat tradi.* Ex quibus constat, rem communem à testatore legatam adjudicari uni ex hæredibus: Ergo quia non valet ejus legatum. Cui difficultati respondendum est, in eotextu rei communis legatum valuisse pro ea tantum parte, qua testatoris erat, juxta supra tradita; & ideo Paulum affirmare, eam partem tradendam esse, legatario videlicet, non hæredi: nam si de hærede ageret Consultus, non affirmaret, rem tradendam esse, sed adjudicari-

dicandam. Tertio opponi solet textus in l. si res 52. ff. ad Trebellianum; ubi proponitur, Titio rem alienam fuisse legatam, & legatarium testamento suo dominum rei heredem instituisse, eumque rogasse ut Mavio hereditatem restitueret. In qua specie ait Papinianus, Mavium inutiliter legatum petere: igitur quia non valuit rei alienae legatum. Cui difficultati variis modis satisfacere intendunt Accursius *ibi*, verbo *Legavit*, Cumanus, Immola, & alii antiquiores, Cujacius *lib. 19. qq. Papin. in eodem textu*. Donellus *lib. 7. comment. cap. 25*. Eorum tamen solutio plausibilior videtur, videlicet in specie illius textus fideicommissarium non posse petere legatum rei alienae, quia fideicommissarius non potest habere plus juris in fideicommissio, quam ipse haeres, qui rogatus fuit: sed haeres rogatus non poterat petere ipsam rem legatam, quia per aditionem hereditatis confusa erant actiones: & quia domino res propria legari non poterat, pervenit legatum ad casum, à quo incipere non poterat; & ita ut inutile, nec ab haerede rogato peti poterat, nec in fideicommissarium transmitti. Nec huic solutioni obstat textus in l. plane 34. §. inde, vers. Plane, ff. de legat. 1. ubi in eadem specie ferè contrarium probatur, videlicet legatum inutile non reddi, etiam perveniat ad casum, in quo incipere non poterat. Nam rectè satisfacit Cumanus in dicta l. si res, quem sequitur Cujacius *lib. 6. qq. Pauli, in l. in omnibus 68. ff. de regulis iuris*, asserendo idcirco legatum in eo textu persistere; ne superveniens juris subtilis ratio voluntatem testatoris impediret, qui absolute voluit partem illam ad legatarium pertinere: quae ratio non aderat in dicta l. si res aliena; siquidem testator non expressit se velle, ut etiam res legata ad fideicommissarium perveniret. Etiam opponi solent textus in l. servum 44. §. 1. ff. de legat. 1. l. haeres 58. ff. de evict. l. 9. §. finali, ff. de suppellectil. legat. l. finali, ff. de negotiis gestis, l. qui habebat, 101. ff. de legat. 2. juncta l. testatorem 68. eodem titulo, l. generaliter 24. §. 1. & 2. l. Paulus, ff. de fideicommiss. libert. l. qui uxori, ff. de auro & argento, l. ex facto 17. §. Julianus, ff. ad Trebellianum, l. qui solidum 78. §. 1. ff. de legat. 2. l. 4. ff. de usufructu legat. l. cogi 16. §. sed si servo, ff. ad Trebellianum, l. arbitrio 18. §. si dominus, ff. de dolo, l. cum filius, §. dominus, ff. de legat. 2. l. 2. §. data, ff. de opt. legat. l. Stichus 36. ff. de usufructu legat. l. 108. §. Stichum, ff. de legat. 1. juncto Cujacio *ibi*, tract. 5. ad Afric. l. licet 15, de dona. praeleg. l. quæstum 40. de acquir. domin. l. verius 21. ff. de probat. l. Gajus 39. ff. de pignorat. action. l. ultima, ff. de castrens. pecul. de quibus videndi sunt Goveanus in l. 1. numero 19. ff. ad legem Falcidiam, Cujacius *lib. 14. observat. cap. 36. & lib. 25. cap. 33. & lib. 26. cap. 12. Faber lib. 6. conject. cap. 1. & 8. & lib. 14. capite 10. Pinellus lib. 1. selectarum, cap. 5. numero 70. Cujacius lib. 19. qq. Papin. in dicta l. unum 67. l. 13. §. sed si legatario, ff. de acquir. possess. juncto Cujacio lib. 25. observ. cap. 33. l. 24. §. ultimo, ff. ad legem Falcidiam, juncto eodem libro 26. observ. cap. 12. l. cum pater, §. evictis, ff. de leg. 2. juncto Fabro lib. 6. conject. cap. 1. & §. si cui fund. Instituc. de legat. juncto eodem lib. 6. conject. cap. 8. l. unum 67. §. sed si fundum, de legat. 2. juncto ipso lib. 14. conject. cap. 10. l.*

sed si res aliena 40. ff. de legat. 1. finali, ff. de castrens. pecul. juncto Pinello lib. 1. selectarum, capite 5. numero 70. l. penult. ff. de dota. praeleg. l. si fideicommissaria 23. §. servum, ff. de fideicommiss. libert. l. 2. §. 1. ff. de opt. legat. l. Mavius 66. §. fundo, l. cum filius, ff. de leg. 2. l. qui testamento, ff. de manumiss. testam. l. 14. §. si avia, l. in computatione, §. finali, ff. ad legem Falcidiam, l. Stichus 36. de usufructu legat. l. haeres 72. ff. ad Trebellianum, l. Paro 31. ff. de bonis libert. l. ano 7. ff. de manumiss. l. dotale, ff. de testament. milit.

Sed an jure canonico attentio legatum rei alienae sustineatur, ut valet attentio jure civili, controversum est? Et non valere, probari videtur ex praesenti textu, ubi Gregorius asserit, quod licet ex lege saeculi teneatur haeres rem alienam legatario praestare; tamen non juxta legem saeculi, sed juxta legem Dei vivendum esse: unde deducitur legem saeculi, id est civilem, quae permittit rei alienae legatum, non observari jure canonico attentio. Sed contraria sententia retentâ, quae verior est, videlicet etiam jure Pontificio attentio legatum rei alienae valere, ut praesentem textum exponant, varia adduxerunt juris Interpretes. Accursius in dicta l. cum alienam, C. de legat. Alexander *ibi*, numero 4. & plures relati à Covarruvia in praesenti, numero 6. existimant, jure canonico inspecto legatum rei alienae inutile esse. Sed eorum interpretatio convincitur, tum auctoritate, tum ratione. Auctoritate textus in cap. Episcopus 12. quæst. 5. ubi legatum rei alienae sustinetur, & debetur. Ratione, quia eadem ratio, quae facit ut legatum rei alienae secundum jus civile subsistat, videlicet quia publice expedit testatorum voluntates exitum habere; l. vel negare 5. ff. quemadmodum testam. l. 1. C. de sacros. Eccles. procedit etiam jure canonico inspecto, juxta quod etiam expedit testantium voluntates observari, cap. ultimo, 13. quæst. 2. cap. cum Maribus, de celebrat. Missarum. Ergo eadem vigente ratione, eadem debet esse utriusque juris dispositio, argumento legis illud, ff. ad legem Aquilianam. Accedit, nam lex permittens legatum rei alienae, nullam injuriam continet; siquidem dominus rei non ideo privatur ejus dominio, sed iusto pretio accepto, si vult eam vendere, potest; aliâs haeres estimationem, seu pretium praestando liberatur, dicto §. non solum, Instituc. de legat. & si lex civilis legare rem alienam permittens, injusta esset, improbaretur per Ecclesiam Patres, ut in cap. finali, de praescript. cap. penult. de secundis nuptiis. Nec audiendus est Tuldenus ad titulum C. de legat. cap. 5. qui asseruit, improbari à Gregorio Magno in praesenti legem civilem legatum rei alienae admittentem; sed eam adhuc esse observandam, quia à Gregorio expressè abrogata non fuit. Refellendus etiam, immò & damnandus est Arnoldus Vinius *lib. 2. selectarum, cap. 26.* qui ausus fuit asserere; D. Gregorium errore deceptum fuisse, ut existimaret rei alienae legatum ita sustineri, ut dominus eam vendere cogatur; qui juris lapsus valde alienus est à peritissimo nostro Gregorio Magno. Alii ut praesentem textum exponant, ajunt ideo legatum rei alienae in eo improbari; quia legata erant res Ecclesiae; quo casu legatum nullum est, quia ejus rei aliena-
tio

tio in eo prohibetur, *cap. nullis. de rebus Eccles.* Unde cum omnia ea, quae prohibentur alienari, legari nequeant, *l. cum servus 39. alias lege apud Julianum, §. finali, ff. de legat. 1. l. numm 67. §. 8. ff. de legat. 2. l. 10. ff. de auro & argento;* ideo legatum rei Ecclesiae in praesenti textu relictum non valuit. Ita docuerunt Innocentius & Ancharanus in praesenti, Alexander, Jason, & Caltrensis in *distal. cum alienam*, Fachineus *lib. 5. controvers. cap. 28.* plures, quos laudat & sequitur Luna, & Arelanus *lib. 3. antinom. §.* qui consequenter docent in praesenti casu, nec quoad aestimacionem legatum valere. Sed etiam haec interpretatio convincitur ex eo, nam legatum rei, cuius alienatio non impeditur, sed difficultas est, valet, *distal. l. apud Julianum, §. finali*: ergo valere debet rei Ecclesiae legatum, cum ejus alienatio non impossibilis iudicetur; siquidem potest alienari adhibita solennitate, *cap. si exceptione 12. quost. 2.* Deinde quia praesens decisio non in eo nititur, quod legata sit res Ecclesiae; sed in eo, quod res aliena domino restitui debeat, ut constat ex illis verbis: *A aliena restituere debuisti.* Et ita interpretatio illa huic decisioni minime congruit. Alii tandem docent, in praesenti casu ideo legatum non valere, quia legatus erat calix, qui in commercio hominis non est, *cap. vasa, de consecrat. dist. 1. cap. iustum, de verum permu.* Unde cum legatum rei, quae in commercio non est, inutiliter relinquatur, *disto §. non solum;* ideo legatum in praesenti non valet. Sed etiam haec sententia convincitur ex eo, quia licet res, quae non est in commercio, legari non possit, *l. cum servus 39. §. finali, ff. de legat. 1.* Donellus *lib. 8. comment. cap. 11.* tamen si commercium habeat personae, cui relinquitur, licet aliae non habeant, legatum subsistit, *l. sed §. si 40. ff. eodem titul.* unde licet calix in praesenti specie legari non possit laico, quia ejus commercium non habebat; tamen Ecclesiae utique legari poterat. Unde cum Ecclesiae Messenat, calix legatus esset, ratio commercii non impediabat ipsius legatum valorem.

spicere ad eam partem, an legatum rei alienae valeat nec-ne; sed ad jus fori, & poli in specie sibi proposita. Quod ut clarius demonstratur, praemittendum est, testatorem, de quo in nostro textu, detinuisse calicem, & puerum Consentinae Ecclesiae, & eos legasse Ecclesiae Messenat. Haeres statim res legatas tradidit Ecclesiae Messenat. bona fide. Postmodum cum Ecclesia Consentina, in cuius dominio erant, ab eorum calicem, quam puerum peteret, ipse ab Ecclesia Messenat. tam calicem, quam puerum repetebat. Ecclesia Messenat. restituere renuebat, allegans juris civilis dispositionem, juxta quam haeres tenetur legata etiam rei alienae solvere, & legatarium ea possidentem non teneri haeredi restituere. Quibus perpenis Gregorius Magnus praemittens, quod licet juxta legem saeculi praedicta Ecclesia Messenat. se defenderet quominus calicem, & puerum Ecclesiae Consentinae restitueret; tamen quia juxta canonicam, immo & divinam dispositionem aliena detinens ea restituere tenetur, *cap. in litteris §. de rapr.* & quia haeres tenetur exonerare conscientiam defuncti, *cap. finali, de sepultur.* decrevit injustum esse, ut ab Ecclesia Messenat. res ille detinerentur, cum domino invito auferri non debeat quod suum est; & ita calicem, & puerum restitui debere Ecclesiae Consentinae. Quam interpretationem ut veriolem amplectuntur plures, quos refert, & sequitur Menchaca *de success. creat. §. 21. numero 11. Beteta in praesenti.* Unde constat, Gregorium in hoc textu non constituisse differentiam inter jus canonicum, & civile quoad legatum rei alienae, & ejus valorem; sed tantum in eo, quod cum Ecclesia Messenat. retinens calicem, & puerum Ecclesiae Consentinae, se defenderet legibus saeculi, Gregorius docet non juxta eas leges, quae permittunt rei alienae retentionem; sed juxta legem Dei, secundum quam aliena detinens restituere debet, praesentem casum esse decidendum: non tamen ideo Gregorius improbat rei alienae legatum, ut si testator sciens eam legaverit, haeres teneatur eam redimere, & legatario praestare, aut ejus aestimacionem solvere.

Huic commentario adjungi potest interpretatio textus in *cap. Episcopus 12. q. 5.* quam adduxi in *cap. ...*

His igitur, & aliis interpretationibus omnibus, dicendum est, discrimen a Divo Gregorio assignatum inter jus fori, & jus poli, non re-

CAPUT VI.

Ex Concilio (a) Magocen.

Si haeres iusta testatoris non adimpleverint, ab Episcopo loci illius omnis res, quae his relicta est, canonicè interdicatur, cum fructibus, & caeteris emolumentis, ut vota defuncti impleantur.

NOTAE.

(a) *Magocen.* Ita etiam legitur in prima collectione, *sub hoc tit. cap. 11.* & post Concilium Lateran. *pag. 43. cap. ult.* Sed in nullo ex Conciliis Mogunt. hucusque editis textus hic reperitur: credo tamen in aliquo ex illis editum fuisse; siquidem in uno Concilio Mogunt. actum *D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.*

fuisse de testamentis, & ultimis voluntatibus, constat ex Concilio Mogunt. celebrato anno 1549. *cap. 97.*

COMMENTARIUM.

Conclusio, quae ex hoc textu communiter deducitur ab Interpretibus, sic se habet: *R r 3 Haeres*

MAGOCEN

Conclusio
traditur,
& probatur.

Hæres non adimplens voluntatem testatoris privatur per Episcopum rebus sibi relictis. Probat eam textus in cap. Saluator 11. quest. 1. cap. licet universis, de voto. Concilium Coloniense celebratum anno 1336. p. 13. cap. 10. ubi cavetur, ut hæredibus, qui iusta defunctorum non impleverint, ab Episcopo loci omnis res, quæ eis relicta est, interdicatur, cum fructibus & emolumentis, authent. hoc amplius, C. de fideicommissi, authent. de ecclesiasticis ritualis, §. si autem hæres, authentica de hæredibus & Falcidia, §. si quis non implens, collat. 1. l. si patroni filius, §. qui fideicommissam, ff. ad Trebellianum, ibi: Cur enim non videatur indignus, ut qui deservit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate? Exl. Nefennius, ff. de excusat. tut. ibi: Rectè ergo placuit eum, qui recusat onus quod testator reliquit, & ab eo, quod petit, quodque idem dedit, repelli debere. Et l. tutor 28. §. quæ tutoribus, l. quid autem 35. l. amicissimus 36. ff. de excusat. tut. l. qui tutelam 28. ff. de testam. tutel. l. si quis sepulchrum, §. funus, ff. de relig. & sumpr. l. ultima, ff. de confirm. tutor. l. si speculum, ff. de statulib. Paulus lib. 3. sentent. tit. 5. §. omnibus, l. si quis in suo, C. de inoffic. l. penult. C. de legat. l. cum filio 11. ff. de legat. 1. l. final. titul. 10. partit. 6. ubi Gregorius. Illustrant Sanchez de matrim. lib. 3. disput. 17. numero 15. Molina lib. 2. de primog. cap. 14. numero 22. Carpio de execut. lib. 1. cap. 18. & lib. 4. cap. 3. Covar. & Cujacius in presenti: idem Cujacius ad Paulum dicto lib. 3. titulo 5.

3. Sed hæc assertio difficilis valde redditur ex sequentibus juris considerationibus. Prima nascitur ex eo, nam Episcopus est executor legitimus ultimarum voluntatum, cum causæ quæ exequi debent, sunt piæ, cap. tua nobis 17. ibi: In omnibus piis voluntatibus. Et cap. nos quidem, ibi: Defunctorum piæ voluntates. Et cap. Joannes, ibi: Et piis locis; hoc tit. l. nulli, C. de Episc. & cleric. ibi: Derelictum piæ defuncti propositum. Tridentinum sess. 7. de reform. cap. 15. & sess. 22. cap. 6. & sess. 25. cap. 4. ibi: Qui pro suarum animarum salute legata ea ad usus piæ reliquerunt. Et l. 5. titul. 10. partit. 6. ibi: Mandasse per suam anima: & l. 36. Tauri, l. 10. tit. 4. lib. 5. recopil. docent Matienzo in dicta l. 10. recopil. Carpio de execut. lib. 1. cap. 22. Igitur non rectè in presenti generaliter, & indistinctè asseritur, hæredes non adimplentes voluntates testatorum, per Episcopum esse privandos rebus sibi relictis in eodem testamento. Secunda militat adversus nostrum textum in illis verbis: Ut vota defuncti adimpleantur. Nam obligatio voti personalis est, nec ad hæredes transit. D. Thomas 2. 2. quest. 96. artic. 2. ad 4. docent Panormitanus in cap. veritatis, numero 3. de iurejur. Sotus lib. 8. de iustitia, quest. 2. artic. 2. Igitur in presenti specie hæredes non tenebantur vota defuncti adimplere, & per consequens non erant privandi hereditate. Tertio difficilis est præsens textus in illis verbis: Omnis res, quæ eis relicta est. In quibus docetur, hæredes non adimplentes vota testatorum, reddi indignos omnium rerum, quæ illis relicta fuerant; nam hæredes cum indigni sunt, ex causis infra referendis, privantur hereditate; non tamen auferuntur ab eis prælegata, & similes res sibi relicta, l. cum quidem 12. l. cum qui 18. §. ultimo, ff. de his quæ ut indigni, l. qui fi-

liabus 17. §. ultimo, ff. de legat. 1. l. miles 75. §. ultimo, ff. de legat. 2. l. 4. §. si quis ex unica, ff. de doli except. Igitur non rectè in presenti asseritur, ab hæredibus indignis non adimplentibus voluntatem testatoris, omnia illis à testatore relicta eripi & auferri. Accedit, nam hæres non tenetur adimplere voluntates ineptas defuncti, l. 5. C. de his quibus ut indigni, l. hæredes 50. ff. de petit. hæredis. Igitur indistinctè verum non est, voluntatem testatoris hæredem teneri adimplere. Accedit tandem, nam si in presenti specie hæredes privandi erant rebus sibi relictis in testamento, prius moneri, & citari debebant, authent. hoc amplius, C. de fideicommissi, l. final. titul. 10. partit. 6. ibi: Siendo amonestado; docent communiter repetentes in dicta authent. hoc amplius: Ergo non rectè in presenti PP. Concilii Mogunt. asserunt, hæredes non adimplentes voluntatem testatorum, per Episcopum privandos esse omnibus rebus sibi testamentorelictis.

4. Quibus difficultatibus minimè obstantibus vera est præsens assertio, pro cuius expositione sciendum est, variis ex causis hæredes reddi indignos hereditatis, & illam ab eis, tanquam ab indignis per fiscum eripi, & auferri; de quibus in ritual. ff. & C. de his quæ ut indigni. Prima est, si inultam reliquerint necem testatoris, de qua in l. 3. l. si ideo 7. l. cum fratrem 9. cum duobus sequentibus, C. de his quibus ut indigni, l. 5. §. penult. & per totum, ff. ad Syllanianum, l. 1. l. 27. l. 29. §. final. ff. de iure fisci, l. 14. §. si pater, ff. de bonis liber. l. si servus 50. §. si quis 2. ff. de legat. 1. l. nec supina 6. ff. de iuris & facti ignor. l. si filius 23. ff. de iure patron. l. 1. C. ubi causæ fiscales, l. 1. C. in quibus causis in integ. restit. l. 1. & 3. l. minoribus, cum sequent. de iure fisci, l. item 20. §. hac 12. ff. de petit. hæredis, l. his 18. §. 1. l. ex parte 39. ff. familia ercisund. l. in ratione 11. §. si servus, ff. ad legem Falcidiam, l. si necem 4. l. filius 42. §. ultimo, ff. de bonis liber. l. 4. & penult. de iure patron. l. 3. §. quod si, ff. de suis & legit. Secundò indignus redditur hereditate hæres, qui falsò & calumniosè testamentum impugnavit, l. 4. & 5. l. tutorem 22. l. si testamentum 24. ff. de his quæ ut indigni, ad quam speciem spectant textus in l. Papinianus, §. meminisse, l. penult. §. si hæres, cum sequent. ff. de inoffic. testam. l. si quis rogatus 53. §. 1. ff. de fideicommissi, liber. l. si testamentum 6. l. postquam 47. ff. de petit. hæredis, l. si pars 9. §. ultimo, ff. de inoffic. l. edicto 13. §. penult. l. Senatus 15. ff. de iure fisci, l. 14. §. si patroni, ff. de bonis liber. l. inter 54. ff. de rei vindicat. l. Lucius, §. Sempronia, ff. de legat. 2. l. penult. ff. de except. rei iudic. l. 3. & consequenter, ff. de liberat. legat. l. cum quidam, de bonorum possession. Paulus lib. 4. sentent. titul. 5. §. ultimo. Tertio indignus est hæres, qui prohibuit testatori, ne mutaret testamentum; incidit enim in titulum, Si quis aliquem testari prohibuerit; in quo edicto notandi sunt textus in l. filius 14. §. 1. l. si quis patris 26. ff. ad legem Corneliam de falsis, l. penult. §. Sempronia, ff. de legat. 2. l. 2. §. ultim. ff. ad Trebellianum, Paulus lib. 5. sentent. titul. 12. §. 5. l. 3. ff. de his quæ in testamento, l. quorians 9. §. idem, ff. de hæred. institut. l. curent 22. ff. de rebus, l. 1. §. si unum, ff. de bonor. possess. secund. tab. l. 1. §. si parens 3. ff. si quis à parente, l. item 14. §. aliquando, ff. quod

quod metus causa, l. unic. ff. quibus non compe-
tat honor. possess. Quarto indignus redditur hæ-
res, qui non habuit supremam defuncti volun-
tatem, l. cum quidam 12. ff. de his quibus ut in-
dign. l. planè 34. ff. de legat. 1. l. militis, §. ve-
teranus, ff. de testam. milit. l. penultima, §. 1.
ff. de condit. instir. Aut si testator nomen illius
induxit, l. cum tabulis 16. §. ultimi, ff. de his que
ut indign. l. 2. §. ultim. ff. si tabula testam. l. si
ita 8. §. is autem, l. qui ex liberis 11. §. testamento,
ff. de honor. possess. secundum tabulas: aut si inimi-
citas capitales cum ipso contraxit, l. si inimi-
citas 9. ff. de his que ut indign. l. 3. §. ultim. ff. de adi-
mend. legat.

Similiter etiam qui non paruit voluntati testa-
toris, immo eam neglexerit, redditur indignus
ejus successione, *novella 1. Justiniani, aurbent.
finali, C. de fideicommiss. non tamen ut ab eo eri-
piatur hereditas à fisco tanquam ab indigno: sed
manet penes cohæredem, aut substitutum cum
eodem onere. Quæ privatio justissime introducta
est, quia qui non vult subire onus, non decet
sentire commodum, cap. qui habet, de regulis
juris in 6. Unde qui non vult adire hereditatem,
ut fideicommissum restituat, compellitur adire,
& privatur commodo quartæ partis, quæ illi ut
hæredi competebar, l. ille à quo 13. l. nam quod
14. §. qui compulsus, ff. ad Trebell. & tutor, qui
se excusavit à tutela, privatur legato sibi in eod-
em testamento relicto, l. 5. §. amittere, ff. de his
que ut indign. & qui designatus fuit ad exequen-
dum testamentum, nisi illud exequatur, privatur
legato sibi relicto, *aurbent. de hæredibus &
Falcid. §. si quis.* Rectè ergo in præsentis textu de-
ciditur, quod si hæres non adimpleat volun-
tatem testatoris, quam diligenter adimplere de-
bet, ut exemplis probant Guelle. Benedictus
in cap. Raynarius, verbo Si absque liberis, de tes-
tam. Carpius lib. 4. de execut. cap. 3. Roussellius
lib. 6. historie, cap. 3. numero 5. per Episcopum
priventur omnibus rebus sibi relictis: & sicut ab
hærede indigno fiscus eripit hereditatem cum
fructibus, l. 1. C. de his que ut indign. ita & in
præsentis casu hæres privatur, non solum hære-
ditate, verum & ejus fructibus. Hoc tamen pro-
cedit, nisi testator aperte caveat, ut hæres, vel
legatarius non priventur rebus sibi relictis, et
jam si non paruerint voluntati testatoris, l. sed hac
nimium, ff. de excusat. tut. ibi: *Nisi evidenter
expresserit, velle se dare, etiam si tunc non admi-
nistraverit.* Et l. 1. §. quomodo, ff. ubi pupil. edu-
cari: docet Carpio dist. cap. 18. numero 42. vel
fisco casu minor pena ab ipso testatore inflicta sit,
quia ob eam cessat pena legalis, hoc est privatio
successionis. *Novel. 1. cap. 1. juncta lege non tan-
tium, §. 1. & §. Senatus, ff. de fideicommiss. libert.
l. causam 20. §. puellam, ff. de manumiss. l. in testa-
mento 27. ff. de condit. & demonstr. prosequuntur
alias exceptiones præsentis textus Covar. & Cujacii
in dist. novel. 1.**

6. Nec obstat prima difficultas supra pro dubitan-
di ratione adducta, pro cuius solutione sciendum
est, satis controversum esse apud Interpretes,
utrum Episcopus sit legitimus executor, trans-
acto anno hæredibus, seu commissariis conce-
sso ad implendam testatoris voluntatem, non so-
lum in legatis, & dispositionibus piis, verum
etiam prophanis? In qua questione indistinctè
testatoris testamenti executionem ad ipsum specta-

re probant Glossa in præsentis, & in cap. Sylvester
11. quest. 1. & in cap. Episcopus §. 88. distinct. Ho-
stiensis, Panormitanus, Barbatia, & Cardinalis
in præsentis, quos sequuntur Covar. in præsentis, nu-
mero 3. Gutierrez libro 3. practic. question. 29. nu-
mero 14. Gracianus tom. 3. discip. cap. 563. numero
76. Barbosa alleg. 83. numero 15. Hurtado tom. 2. de
congrua, lib. 6. resol. penult. subresol. 42. qui mo-
ventur primò ex præsentis textu: secundò ex eo,
quia qualibet ultima voluntas pia dicitur, l. 7. ti-
tul. 10. partit. 6. ibi: *Para cumplir la voluntad de
el testador, que es obra de piedad, è como cosa
espiritual.* Faciunt Divus Augustinus lib. 10. de
civit. Dei, cap. 1. Quintil. declamat. 311. ibi: *Li-
bet scrutari etiam defuncti voluntatem, quæ nihil
potentius apud nos, nihil nostro animo sacratius es-
se debet.* Symmachus lib. 10. epist. 54. qui allo-
quens Episcopos ait: *Oro vos justitia sacerdotum,
ut urbis vestra sacris reddatur privata successio.
Dilectè testamenta securi, & sciant sub Principi-
bus non avaris stabile esse quod scripserint.* Igitur
cujuslibet ultimæ voluntatis executio ad Episco-
pum spectat. Deinde, nam defensio viduarum
miserabilium, quæ sunt destitute humano auxi-
lio, ad Episcopum spectat, cap. 1. 87. dist. cap. su-
per, de v. s. Sed nulla alia persona adeò destituta
est, quam defunctus, cap. defensionis 87. distinct. Ergo
cujuslibet ultimæ voluntatis executio ad
Episcopum spectat. Sed contraria sententia verior
est, videlicet in legatis prophanis, & pro eorum
solutione adeundum esse judicem sæcularem pro-
prium hæredis scripti, coram quo à legatariis con-
veniendus est. Quam opinionem ex juribus supra
pro dubitandi ratione adductis, & aliis probant
Glossa verbo *Decretorum*, in cap. retarum, 11. hoc
rit. Bobadilla lib. 2. polit. cap. 17. numero 105 Ma-
tienzus, licet sibi contrarius, in l. 10. tit. 4. lib. 5.
recopil. gloss. 7. num. 2. Carpio de executoribus lib.
1. cap. 22. num. 47. Pereyra de manu Regia part. 1.
cap. 16. num. 13. Nec eà sententiã retentã obstant
contraria fundamenta. Non primum deductum
ex præsentis textu, qui exaudiendus est de piis testa-
torum dispositionibus, juxta alios textus supra re-
latos, in quibus de piis causis semper agitur. Nec
contrarium docet Alfonso noster in d. 10. partit.
qui generaliter non asserit, quamlibet ultimam
voluntatem esse piã; sed tantum agit de legato
pro redemptione captivorum relicto, juxta legem
nulli, C. de Episcop. & cleric. aurbent. de Eccle-
siast. ritibus, §. si quis autem. Ex quibus defun-
pta est dicta lexio. Unde accipi debet de legato
ad piã causas relicto. Nec obstat quod dicebamus
de defensione miserabilium personarum;
nam earum defensio ad Episcopum spectat, qua-
tenus respicit utilitatem ipsarum: at in legatis pro-
phanis non defunctorum, sed potiùs legatariorum
utilitas vertitur; unde adeundus est Judex hæ-
redis, ut ipsum cogat legata persolvere.

Nec obstat secunda difficultas ex natura &
obligatione voti deducta; nam præterquam
quod votum in præsentis non accipitur strictè, sed
pro promissione Deo facta, sed pro desiderio, & de
voluntate testatoris, ut plerumque in jure accipi-
tur, l. scripto, ff. unde liberi, l. in ratione 11. §. hui.
cùm quidam, ff. ad leg. Falcid. l. nihil interest, ff.
de bonis libert. et si votum strictè accipiat in
præsentis, adhuc discrimen constituendum est in-
ter votum reale, personale, & mixtum. Perso-
nale, videlicet jejunandi, peregrinandi, aut re-
citandi

citandi horas canonicas, cum persona extinguitur, nec ad hæredes transit: quare nullus successor tenetur illud adimplere, ex iuribus supra adductis. Votum verò reale, seu mixtum, veluti construendi Ecclesiam, elemosynam faciendi, hæres tenetur adimplere, l. 2. §. ult. ff. de pollic. ibi: *Si forte qui decimam voruit, accesserit ante solutionem, hæres ipsius hereditario nomine decima obstrictus est.* Voti enim obligationem ad hæredem tranfite, constat. Non tamen tenetur hæres votum adimplere vinculo religionis, sed exemplo aliorum onerum hereditariorum; & tanquam æs alienum defuncti suscipere hæredes coguntur, & per excommunicationem compelli possunt illud adimplere, sicut alia opera pia exequi, cap. *enar.* cap. *joannes* 19. hoc *tit.* docent Sylvester in *summa*, verbo *Votum*, Sanchez lib. 3. *summa*, cap. 13. numero 3. Unde et in præfenti ageretur de votis adimplendis per hæredes, accipiendus erat de votis realibus, aut mixtis. Nec obstat tertia difficultas; nam verum est indistinctè, hæredem indignum hereditate non reddi indignum legato; immò plerunquè cui eripitur ut indigno hereditas, similiter prælegatum, non solum pro ea parte, quam capit iure hereditario, sed quam capit iure legati, ut in l. *si sequens*, §. *ultim.* ff. ad *Syllaniamum*, l. *duo* 76. ff. de *condit. & demonstr.* Quare an privetur hæres indignus simul hereditate, & legato voluntatis, quæstio est; ut ait Papinianus in l. *cum quidam*, ff. de *his que ut indigni*, ita ut nec regula generalis trahi possit, sed secundum varietatem casuum diversimodè est respondendum. In casu verò præfentis textus privatur hæres omni emolumento, quia æqualis ratio militabat, ut privaretur tam hereditate, quam prælegato. Prosequitur Cujacius lib. 16. 99. *Papin.* in *dict.* l. *cum quidam*.

8. Nec obstat alia difficultas deducta ex lege non oportet 5. C. de his que ut indigni. in illis verbis: *Non oportet ut indignis heredibus successiones auferri, prætextu quod in sepultura suorum iudicis, vel voluntatibus defunctorum obtemperatum non fuisset.* Ex quibus expressè deducitur, hæredem non privari hereditate ex eo, quod non adimpleverit pias testatorum voluntates circa sepulturam. Cui difficultati ut satisfaciant DD. varia adducunt. Glossa, Cini & Alexander, quos sequitur Molina de *primog.* lib. 2. cap. 14. numero 16. existimant, textum illum abrogatum fuisse per textum in authentica hoc amplius, C. de *fideicommissis*. & ita in eo textu jus antiquum jam abolitum referri. Carpio *dict.* cap. 13. numero 37. existimat, Imperatores in eo textu agere de herede jam aditæ hereditate, cui hereditas non est auferenda nisi monitione permisâ. Et ita Imperatores non negare hereditatem esse auferendam, sed tantum desiderare, ut monitione præmisâ auferatur. Sed hæc interpretatio facile refellitur ex eo, quod absolute in eo textu statuitur hereditatem non esse auferendam ab heredibus ex eo, quod non parverint voluntati testatoris circa curam sepulture. Igitur id generaliter accipiendum est, monitione præmisâ, vel non. Quare his & aliis sententiis omissis, verius dicendum est, in eo textu agi de voluntatibus testatorum ineptis circa eorum sepulturam, quas hæredes adimplere non tenentur, l. *servo* 113, §. *final.* ff. de *legat.* l. *l. cisi* 14. §. 5. ff. de *relig.* & *sumptibus*, l. *quidam* 27. ff. de *condit. institut.* l. *Quintus* 7. ff. de

annuis legat. plerunquè enim simpliciores homines cavebant, ut omnia ornamenta sua cum corpore sepelirentur, *dict.* l. *cisi* 14. §. 5. l. *final.* de *uro & argento*; aut comburentur, Livius lib. 34. aut pecunia simul cum eis in terram defoderetur, ut probat Fornerius libro 1. *rerum quorid.* cap. 18. five ut eorum reliquias in mare projicerentur. Ovidius libro 5. *Fastor.*

*Sæpe tamen patria dulci tanguntur amore,
Atque aliquis moriens hoc breve mandat
opus:*

*Mittite me in Tyberim, Tyberinis vectus in
undis*

Littus ad Inachium pulvis inanis eam.

Displicet heredi mandati cura sepulchri;

Mortuus Ansonia conditur hospes humo.

Scirpea pro domino in Tyberim scatur

imago.

Ut repetat Grajas per freta longa domos.

Cujus præcepti varias afferunt causas Othaldus lib. 8. *comment.* cap. 12. *littera A.* Suarez ad *leg. Aquil.* lib. 2. cap. 2. *sect.* 6. *num.* 9. Amaya lib. 1. *obj.* cap. 6. *num.* 5 D. Josephus de Salas ad *Petronium* pag. 278. ad illa verba: *Descendat igitur.* Omnes enim ineptæ voluntates impunè omituntur ab heredibus, nec ex eo, quod non adimpleverint, debent privari hereditate, *dict.* l. *sevo* 113. §. *ineptas*, Donellus lib. 8. *comment.* cap. 12. Unde rectè ait Alexander in *dict.* l. *hæredes* privandos non esse hereditate, eo quod voluntates testatorum, ineptas videlicet, non adimpleverint. Nec huic solutioni obstat textus in l. *militis* 5. C. de *relig.* in illis verbis: *Militis voluntatem, quam circa monumentum sibi faciendum testamento expressit, & pater, & mater ejus heredum negligere non debent: nam cisi delatio hoc nomine præteritis constitutionibus amota est, invidiam tamen, & conscientiam circa commissum supremum hujusmodi officium, & contemptum iudicium defuncti evitare non possunt.* In quibus idem Alexander docet, hæredes adimplere debere testatoris voluntatem circa sepulturam: licet aliis constitutionibus, videlicet *dict.* l. 5. C. de *his que ut indigni*, delatio prohibita sit. Nam respondendum est, Alexandrum in eo textu agere de voluntate defuncti circa monumentum modicum construendum: licet enim ineptæ voluntates defunctorum, videlicet nimis sumptuosæ, & superstitiosæ, adimpleri non debeant, tamen moderatæ, quæ modicam pompam in monumento, aut sepultura præscribunt, adimplenda sunt, de quibus accipiendi sunt textus in l. 5. C. de *relig.* l. 1. §. 4. §. 6. ad *leg. Jul. pecul.* l. *cuiusque*, §. 5. *idem* 8. ff. de *instit. actione*, l. *filii* 19. ff. de *in rem verso*, l. *multi*, ff. de *condit. & demonstr.* l. *hereditas* 50. ff. de *penit. heredit.* *novella* 59. cap. 6. Unde et si delatio hereditatis ex ea causa, quod ineptas voluntates non adimpleverint, prohibita sit ab Alexandro in *dict.* l. 5. C. de *his que ut indigni*, tamen si voluntas circa modicum monumentum, aut pompam funeris versetur, hæres adimplere eam cogitur, *dict.* l. *militis*, C. de *relig.* quæ cum loquatur de milite, laxiorem pompam circa finem admittit; siquidem in militum funere arma, & quæcunque ornamenta virtute sibi comparassent, equus, & similia deferbantur, ut funus Pallantis describens refert Virgilius lib. 11. *Æneid.* & notari in cap. *finali* de *auctorit. & usu pallii*. Nec obstat ultimum augmentum dubitandi rationis, ubi dicebamus, ad hanc hereditatis privationem necessariam esse moni-

monitionem: nam id verum est, ut docent Padilla in *dist. authentic. hoc amplius*, Matienz. in l. 14. tit. 4. lib. 5. *recopil. glos. l. num. 64.* Capius *dist. capite 18. numero 22.* Sed supponitur in presenti textu talem monitionem adhiberi debere, alias Episcopus, injuste, & contra juris ordinem ipsum heredem successione privaret.

9. Ex presenti textu, & traditis pro ejus expositione, Doctores supra laudati communiter accipiunt textum in *cap. licet, de voto*, ubi refertur, quod cum Rex Ungariæ votum emisisset visitandi Hierosolymam in manu forti, idest cum exercitu & armis, ut eam ab inimicorum tyrannide eriperet; & infirmitate, & morte præventus, illud adimplere non potuisset, in ultimo elogio filio suo Andrea sub paterna interminatione indixit, ut votum illud adimpleret. Et cum filius simile onus à patre injunctum sponte acceptasset, & se implendum denuo promississet, & postea renuissset illud adimplere; Innocentius decrevit, ut votum à patre emissum adimpleat, alias sciat se regno, & hereditate paterna esse privandum. Historiam refert ex Silvio, & Blondo Pancirola *lib. 2. var. cap. 240.* Ex quo textu con-

stat, heredem non adimplentem votum defuncti, privandum esse hereditate, cujus decisionis rationem communiter repetentes *ibi.* & Doctores supracitati ex eo reddunt, quia videlicet votum illud à Rege Ungariæ emissum, non personale, sed potius reale, aut mixtum fuit, quia non solum industria, & labore personali erat implendum, verum & magnis impensis, & sumptibus in belli expeditionem paratis: unde cum obligatio realis adimplendi votum transeat ad heredem, merito juxta presentem textum hæres non adimplens votum illud privatur successione paterna. Sed licet hæc doctrina vera sit, non tamen ideo in eo textu filius privari poterat regno Ungariæ, quod illi non hereditario, sed sanguinis jure deferretur: nec etiam successione paternâ, quatenus legitimam jure nature sibi debitam comprehendebat, in qua nullum onus admititur. Quare alia ratio est ipsius decisionis, videlicet, quod cum filius non solum sponte acceptasset onus à patre injunctum, verum & se implendum tale votum promississet, ideo ob fractam fidem, & violatam propriam promissionem, potuit justè à Pontifice privari regno, & paterna successione, ut latius dicemus in ejus textus commentario.

CAPUT VII.

Ex Concilio (a) Lateranensi.

Cum in officiis charitatis primo loco illis teneamur obnoxii, à quibus beneficium nos cognovimus recepisse; è contra quidam clerici, cum ab Ecclesiis suis multa beneficia perceperint, bona per eas acquisita in alios transferre præsumunt. Hoc igitur, quia antiquis canonibus constat inhibendum, nos indemnitate Ecclesiarum providere volentes, sive intestati decesserint, sive aliis conferre voluerint, penes Ecclesias eadem bona præcipimus remanere.

NOTÆ.

(a) *Lateranensi.* Ita etiam legitur in prima collectione. *sub hoc titulo, cap. 4.* & apud Antonium Augustinum *libro 15. epist. titulo 45.* & in ipso Concilio Lateranensi *capite 15.* ubi repertiuntur verba in presenti transcripta. De hoc Concilio nonnulla notavi in *capite 27. de re scriptis.*

COMMENTARIUM.

1. *Concilio traditur & probatur.* EX presenti Concilii Lateranensis canone sequens deducitur assertio: Clerici de bonis in tenu Ecclesia acquisitis testamentum facere non possunt; de bonis vero patrimonialibus, proprio officio, aut aliunde questis disponere valent. Probat eam textus in *capite 1. & sequenti, 12. quest. 1. capite 1. & sequenti, 12. quest. 3. cap. 1. & per totam 12. quest. 4. cap. fixum.* cum aliis 12. quest. 5. cap. 3. de pignor. Heraldus Episcopus Turon. in suis capitulis. *can. 44.* *De res, quas in sacris ordinibus acquisierint, propriis Ecclesiis derelinquant; hereditaria vero juxta arbitrium proprie voluntatis distribuant.* Tolet. Concil. anno 1244. tempore Joannis XX. *can. 5.* *De substantia Ecclesiarum, que solet per clericorum sobolem deperire, ad usus debitos conservetur, statuimus, quod*

nullus clericorum bona in tenu Ecclesie adquisita, filius. vel filiabus suis det, vel conferat inter vivos, vel in testamento contra canonum instituta dimittat. *Et l. sacrosancta 32. authentic. presbyteros, C. de Episc. & clericis, cap. 6. de hereticis. Concil. Tolet. 2. can. 4.* Concilium Germanicum sub Conrado Cardin. *can. 5.* *ibi: Clerici de rebus Ecclesie nullum possunt condere testamentum.* Oxoniense in Anglia *can. 27.* Ratisbon. *can. 33.* quorum & aliorum verba referunt Crespetius in *summa, verbo testamentum 1.* Antonius Augustinus in *epist. lib. 15. tit. 45.* Illustrant ultra relatos in presenti à Garanna & Barbosa, idem Barbosa *alleg. 115.* Salcedus *de lege polit. lib. 2. cap. 2.* Mancinus *sacri juris contro. dissert. 7. cap. 19.* Valenzuela *consil. 98.* *Quelada variar. quest. 6. num. 25.* Coelius in *not. Cardin. cap. 16. privileg. 18.* Petrus Gregorius *lib. 1. partit. tit. 26. cap. 4.* Molina *lib. 1. de primog. cap. 10. num. 22.* Gutierrez *practicar. lib. 2. quest. 114.* Abulensis in *cap. 6. Marthæ, quest. 24.* Boëtius Epon. & Cujacius in presenti, Michaël Roussellus *lib. 5. hist. juris Pontific. capite 4.* plures relati à Hieronymo Garcia in *summa, tract. 1. difficult. 4. dub. 3.* Fagundez *libro 6. de justitia, capite 10. num. 4.* Ferro Manrique *de different. utriusque fori, quest. 93.* Gibalinus *de negot. tom. 2. lib. 5. cap. 8. articul. unico.* Solarzanus *tom. 2. libro 3. capite 10. num. 9.*

numero 9. Christineus Lupus ad can. 13. Concil. Ephes.

2. Impugnatur, traditur in assertio.

Sed hæc assertio difficilis valde redditur sequenti juris consideratione. Nam qui dominium bonorum suorum habent, de illis in testamento disponere possunt, l. *verbis legis* 120. ff. de v. s. l. *quoniam* 13. vers. *Et in postremis*, C. de inoffic. testam. *autem ingressi*, per argumentum à contrario sensu, C. de sacros. Eccles. Sed clerici beneficiarii habent verum dominium omnium rerum, quæ intuitu Ecclesie adquisierunt, ut probavi supra in titulo de pecul. cleric. Igitur de illis sicut de bonis patrimonialibus etiam in testamento disponere possunt. Cui dubitandi rationi adungi possunt alia, quæ adduximus supra in cap. 1. & dabimus infra, in cap. ad hæc, cap. relatum, hoc titulo.

3. Traditur ratio decisionis.

Quæ dubitandi ratione non obstante vera est præsens decisio, cujus rationem communiter repentes perunt ex defectu domini in rebus intuitu Ecclesie acquisitis; quod plurimi clericis negarunt. Sed hæc sententia facile refellitur ex traditis in cap. final. de pecul. cler. c. Quare eâ ratione omnia verior assignanda est ex eo, quod cum testamenti factio activa sit actus ex genere permissorum, Osvaldus lib. 6. comment. Donel. cap. 5. probavi in cap. 1. hoc tit. ideo clerici beneficiarii de prædictis bonis testamentum facere nequeunt, quia illis permissum non est, immò apertè prohibitum. Quam rationem expresse runt Ecclesie Patres in præsentibus; ibi: *Quia antiquis Ecclesie canonibus*; ut in cap. relatum, cap. quia nos; cap. ad hæc, hoc tit. ubi notanda sunt illa verba, *de iure testari non possunt*; quibus significatur, hanc prohibitionem lege humana introductam fuisse, non verò ex defectu domini in ipsis testatoribus. Et si adhuc quæras rationem similis prohibitionis, eam reddunt Patres in præsentibus textu, in illis verbis: *Cum in officiis charitatis illis primo loco teneamur obnoxii, à quibus beneficium nos agnovimus recepisse*: id est, quod sicut clerici magna ex suis Ecclesiis percipiunt beneficia, post mortem debent eisdem Ecclesiis bona, quæ supersunt, relinquere; est enim quædam obligationis species, quæ dicitur antidotalis, juxta quam qui beneficium accepit, obligatur ad remunerandum, l. *sed etsi* 25. §. *consultus*; ff. de petiti. heredit. cap. 2. Schifordeg. lib. 3. ad Fabrum, tract. 21. cap. 1. Fornerio libro 1. rerum quorid. capite 23. Hunnio ad Treutl. volum. 1. disput. 22. quest. 28. Ergò cum bona supersunt clericis post vitam, tenentur ea relinquere Ecclesie à qua illa acceperunt. In his Hispaniarum regnis generali consuetudine approbatà in l. 13. titul. 8. lib. 5. recep. clericis omnes de rebus etiam intuitu Ecclesie acquisitis disponere valent; quam probant Marienzus & Azevedus ibi; Gutierrez 2. pract. quest. 114. Flores de Menà ad Gammam decis. 315. Valenzuela consil. 98. Solorzanus ubi supra.

4. Dissolvitur dubitandi ratio.

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta; nam licet verum sit, clericos beneficiarios veros dominos esse fructuum suorum beneficiorum; tamen testamentum facere non possunt. Nec novum, aut insolens est, ut qui dominus

est, de bonis suis disponere non possit, ut contingit in filiisfamilias, qui licet dominium habeant bonorum adventitiorum, l. *cum oportet*, C. de bonis quæ lib. de his tamen testamentum facere non possunt, l. *ultim. §. filius*, C. eod. tit. l. *penult. C. qui testamenta*: & ille, qui tenetur bona per fideicommissum restituere, licet interim dominus sit, l. *finali*, ff. de usufruct. earum rerum. l. *species*, ff. de auro & argento; tamen de illis disponere non valent, l. 2. §. *re. que*, ff. ad Trebel. ita etiam quamvis clerici domini sint fructuum suorum beneficiorum, tamen de illis disponere non valent.

Sed supra traditus obstat textus in canone 7. Concilii Tolentani 9. in illis verbis: *Quod si Presbyter, aut Diaconus sit, quos obisse constituerit, non sine cognitione sui Episcopi veni ejus hereditibus adire licebit*. Quæ verba si accipias de bonis intuitu Ecclesie acquisitis, apertè probantur testamentum de illis factum valere. Si verò accipias de bonis patrimonialibus, ad quid necessaria erat Episcopi cognitio, ut hæredes familia bona occupare possent? Pro cujus textus expositione dicendum est, Patres in eo canone agere de clerico, qui testamentum fecit de bonis patrimonialibus, ut constat ex illis verbis, *rem ejus*; quæ ad patrimonialia necessariò sunt referenda; non verò ad fructus beneficii; ideo autem desideratur cognitio Episcopi, nec possunt hæredes propriâ auctoritate bona occupare, ne occasione patrimonii defuncti hæredes occupent bona, quæ ad Ecclesiam spectant, ut constat ex illis verbis: *Ne possint hereditatis adveniente datâ licentiâ, de rebus Ecclesie aut non reddatur ratio plena, aut fraudi non inveniantur illata*. Unde licet Patres sinant clericis de bonis patrimonialibus disponere; tamen prohibent ne hæredes bona ipsa occupare possint sine Episcopi cognitione, ex supra tradita ratione.

Ex supra traditis exponendus est textus in Concilio Germanico celebrato sub Cardinale Conrado, can. 5. & extat apud Antonium Augustinum in epit. juris Pontific. lib. 37. titul. 25. cap. final. & apud Crespetum in summa, verbo Testamentum, in hæc verba: *Sub anatematate prohibemus, ne de cetero clerici gratiâ testandi abutentes, cum de rebus Ecclesie nullum possint condere testamentum, fructus beneficiorum ecclesiasticorum spuris suis, vel concubinis suis dimittant. Qui verò contra hanc inhibitionem venire præsumperint, in signum suæ perditionis ecclesiastica caveant sepulturâ; & quibus tales fructus legantur, eis careant ipso iure: qui autem testamentum tale manutenerent voluerint, & per quorum manus personis illis fructus præbenda fuerint ministrati, ipso facto sciant se excommunicationis vinculo innodatos; & quamdiu fructus huiusmodi contra hanc institutionem ipsi ministrati fuerint, Ecclesia ipsa sit sub interdictione posita*. Ex quo textu manifestè colligitur, clericos posse facere testamentum, sed simili facultate abuti, si fructus ex præbendis perceptos alicui legaverint, quia facultatem testandi illi tantum habent de bonis patrimonialibus; de bonis autem, seu fructibus intuitu Ecclesie acquisitis disponere non valent, quia illis concessum non est, ex supra traditis.

CAPUT VIII.

(a) Alexander III.

AD hæc præsentibus innotescat, quod clerici de mobilibus, quæ per Ecclesiam sunt adepti, de jure testari non possunt. Viventes tamen, & sui compotes, moderate valent aliqua de bonis ipsis, non ratione testamenti, sed elemosynæ intuitu erogare in ægritudine constituti.

NOTÆ

(a) Alexander III. ita etiam legitur in prima collectione, sub hoc tit. cap. 5. ubi additur pars capituli tua nos: & post Concilium Lateranense part. 29. capite 8. legitur *Cenomanensi*. Unde cognoscitur in præsentem referri partem textus in cap. 1. de clericis peregrinis, ubi inscriptionem expoluit.

COMMENTARIUM.

Difficilis admodum profectò est præsentem Alexandri constitutio, dum clericis prohibet testamentum facere ex bonis in viuitu Ecclesie acquisitis; donare autem etiam in ægritudine modicas res permittit; nam primò talis constitutio ut invida tollenda est; siquidem permittit viventibus donare morientibus autem donandi facultatem adimit. Ideo enim lex Furia Caninia sublata fuit in l. unic. C. de lege Furia toll. §. unic. Infrons. eodem tit. quia permittebat in vita totam feruorum familiam manumittere, morientibus verò eam licentiam adimebat, ut referunt Panciroli lib. 2. variat. cap. 8. Olanus lib. 2. paralip. cap. 10. Antonius Augustinus de legibus. Circa quod caput 1. legis Caninæ notandi sunt textus in l. testamentum §. 1. ff. de manumiss. testam. l. Papiantus §. 4. quarta ff. de iusticiis. l. potestatis 215. ff. de v. s. l. si quis 37. ff. de condit. & demonstr. l. si quis 31. ff. de legat. 2. l. 3. §. planè, ff. de legit. iur. l. 69. §. rogo ff. de legat. 3. l. final. ff. de rebus dubiis, l. 56. §. 3. ff. ad leg. Falcidiam. Deinde nam aut in præsentem agitur de donatione mortis causa; aut de donatione inter vivos. Si de donatione mortis causa, falsa est constitutio, cum ille possit donare causam mortis, qui & testamentum facere valet; l. tam is 25. §. 1. ff. de donat. caus. mort. l. 1. §. 1. ff. de iusticiis & ration. ergo si clericis non licet testamentum facere de bonis intuitu Ecclesie acquisitis, nec donare causam mortis illis licebit. Accedit, nam aliàs aperta fraus fieret sacris canonibus, in quibus testamentum illis facere prohibetur, si in ægritudine possent donare ea bona, quæ in testamento non possunt relinquere; quam ob rationem constitutionem textus in cap. quamquam, §. ultim. de usuris, lib. 6. ad donationem causam mortis protrahunt Glossa ibi, verbo aliter, Matienzo in l. 1. titul. 10. gloss. 2. lib. 5. Recopil. Fachineus lib. 5. controu. cap. 62. Gratianus rom. 1. discept. cap. 79. numero 12. Faber de error. deced. 43. error. 8. ideoque ne fraus fieret legibus Iulii caducariis, Senatus-consulto, cuius mentio fit in l. Senatus §. ff. de donat. caus. mort. cautum fuit, ut omnes donationes causam mortis ad exemplum legatorum caperentur: quod etiam ex identitate rationis ad alios casus

protractum fuit in l. Marcellus 15. §. ultim. l. & si debitor 17. l. illud 37. ff. de donat. caus. mort. l. cum hi 8. §. 1. ff. de transact. l. circa 66. §. securi §. ff. ad leg. Falcid. l. 1. §. 1. ff. si quid in fraud. patroni, l. 1. §. in mortis, ff. si cui plus quam per legem, l. & fideicommissum 87. ff. de legat. 3. l. unic. §. ultim. C. de caducis tollend. l. ut heredibus 50. in princip. ff. de legat. 2. junct. l. ei cui 10. ff. de donat. causam mortis, l. qua sub conditione 8. §. & in mortis, ff. de condit. infr. Igitur si prohiberetur est clericis legare bona intuitu Ecclesie acquisita; nec donare causam mortis illis licebit. Si de donatione inter vivos accipiatur Alexander in præsentem, frustra adjicitur taxativa illa, moderate; nam cum clerici veri domini sint fructuum suorum beneficiorum, liberè illos donare poterunt, cum donatio effectus sit domini, l. sed est 25 §. consuluit ff. de petis. heredit. l. in re mandata, C. mandati.

Cui difficultati ut satisfaciamus, præsentemque textum exponamus, sciendum est, retentam opinionem quam probavi in antecedenti, videlicet Episcopos, Canonicos, ceterosque beneficiarios verè dominos esse fructuum suorum beneficiorum, posseque eos ad libitum inter vivos donare absque eo, quod teneantur ad restitutionem: quod etiam resolvunt Covar. in cap. cum in officio §. numero 12. hoc tit. Diana p. 8. tract. 6. resol. 13. Pater Molina de iusticia tract. 2. disp. 144. & sic quotidie in controversiis forensibus pronunciantur pro donatariis Episcoporum, tradunt Molina lib. 2. de primog. cap. 10. numero 4. & ibi addentes, Solorzanus tom. 2. de iure Indiar. lib. 3. cap. 20. numero 4. Noguero alleg. 26. numero 214. Barbosa alleg. 114. fusè Retes de donat. cap. 12. per totum: peccare tamen lethaliter huiusmodi Ecclesie Prælatos ita profusè donantes, ut docuerunt PP. Concilii Trident. sess. 25. de reform. cap. 1. propter obligationem charitatis, quæ strictius ipsi tenentur potius quam laici omnia superflua in pauperes erogare. D. Thomas 2. 2. quest. 284. artic. 7. Unde licet sententia Navarri, quatenus ad restitutionem eos teneri docuit, communiter rejiciatur; quatenus tamen docet eos peccare lethaliter, nimis fusè sine causa donantes, communiter amplectitur, ut testantur Lessius lib. 2. de iusticia, cap. 4. difficult. 2. per tot. Barbosa dict. alleg. 114. Solorzanus ubi supra, numero 22. Et licet quoad Episcopos religiosos contrarium tenuerit Abulensis in cap. 30. Numer. quest. 109. Sarm. de reddit. 1. part. in defens. monit. 11. num. 2. idem tamen circa donationes factas ab Episcopis religiosis, ac factas à secularibus, docuerunt Navarrus de reddit. quest. 1. monit. 8. & quest. 3. monit. 25. Soto lib. 7. de iusticia, q. 4. artic. 2. & lib. 10. quest. 5. artic. 7. Redoanus de spoliis cleric. questio. 3. §. Et ex his, numero 16. Rodriguez

Rodriguez tom. 2. q. 99. regul. quest. 58. articulo. 8. Sa verbo Episcopus. numero 11. Azor tom. 1. institur. lib. 12. cap. 7. Sola in Episc. relig. num. 26. D. Josephus de Retes de donat. cap. 12. num. 34. Circa donationes autem mortis causâ, licet jure communi inspecto idem procederet in Episcopis, ac in cæteris beneficiariis, videlicet eos omnes causâ mortis donare non posse, ex eo quia ubi alicui prohibetur testamentum facere, & in eo de certis bonis disponere, ne præjudicium fiat illis, ad quos similia bona post mortem ejus perventura erant, etiam donare causâ mortis prohibetur, ut contingit in præjudicium fisci, quibus negatur testamenti factio activa; & ita quia æqualis prohibitionis ratio militat, utrumque simul, testari videlicet, & donare causâ mortis illis prohibetur, l. 1. §. 1. ff. de tutel. & ration. l. filius 7. §. ultim. ff. de donat. causâ mort. l. discretis 10. C. qui testam. docent Fachineus lib. 5. controu. cap. 25. Osualdus lib. 14. Donel. cap. 33. littera G. Merillus lib. 6. obs. cap. 7. pluribus relatis Arias à Mesa lib. 2. variar. cap. 39. Unde filiusfamilias, cui ideo testari prohibetur, quia familiam non habet, ut explicat D. Josephus de Retes lib. 1. opuscul. cap. 22. numero 8 ex consensu tamen patris potest donare. Hodie tamen cum ex consuetudine generali. quam illustrabimus infra in cap. relatum, clerici de omnibus bonis disponere possint, quocumque modo ea donare causâ mortis valebunt; Episcopi verò, quia testamentum facere nequeunt, ne donare causâ mortis poterunt. Deinde supponendum est, in præsentis textu Alexandrum agere de donatione inter vivos factâ; nam licet referat in ægritudine eam factam fuisse, non ideo talis donatio appellatur mortis causâ; tunc enim donatur causâ mortis, cum in mortis casum, seu eventum res datur; ita ut in ejus defectum res donata redeat ad dominium donatoris. In summa cum donator magis vult sibi habere rem donatam, quam donatarius, & magis, ut eveniente casu mortis, potius donatarius habeat, quam hæres, l. 1. l. Senatus 25. §. 1. ff. de donat. causâ mort. l. 1. C. eod. tit. princip. Instit. de donat. ubi plura Institutiarii: latè docent Hermosilla in l. 2. tit. 4. partit. 5. gloss. 1. Donellus lib. 14. comment. cap. 33. Faber de error. decad. 43. cum pluribus sequentibus, & lib. 7. coniect. cap. 20. Cujacius lib. 17. Juliani, in l. si alienam 13. §. Marcellus, de donat. inter, & tract. 2. ad Afric. in l. in mortis 22. ff. eod. tit. & lib. 3. obs. cap. 17. & lib. 20. cap. 6. & lib. 10. cap. 18. Fachineus lib. 5. controu. cap. 22. Gentilis de donat. inter lib. 2. cap. 33. & lib. 3. cap. 34. cum sequent. Duarenus ad titulum de donat. cap. 1. D. Mathias Guerra in l. ubi ita donatur, ff. de donat. causâ mort. In qua juris parte de donatione causâ mortis observandi sunt textus in l. 4. l. sed si vir, §. quod legaturus, l. si vir 52. §. ultim. ff. de donat. inter, l. 9. §. ultimo, l. 10. l. 11. l. cum hic 32. §. si maritus, ff. eodem, l. 3. in princip. vers. Julianus, ff. de liberat. legat. l. 3. l. 20. ff. de legat. prestand. l. nam si 17. ff. de condiç. indeb. juncto Costa lib. 1. select. cap. 18. l. licet, C. de pactis, jun-

cto Pinello lib. 1. select. cap. 10. numero 43. l. cum pater 77. §. Marzio, ff. de legat. 2. cum ipso Pinello lib. 1. select. cap. 6. num. 32. l. si quid in fraudem patron. juncto Cujacio tract. 1. ad Afric. in l. 46. ff. eod. tit. l. 3. §. si debita, l. 8. §. sed & si mortis, ff. de bonis libert. l. servus 76. ff. de hæred. instit. l. mortis 15. ff. de manumiss. l. 24. §. pater, ff. de adimend. legat. l. 5. §. qui mortis, ff. de his quibus ut indign. Unde licet tempore ægritudinis fiat donatio, si tamen non in mortis eventum fiat, non mortis causâ, sed inter vivos appellatur, & talis præsumitur: textus singularis in l. Seja, §. ultim. ff. de donat. causâ mort. docent Covar. in præsentis rubric. 3. p. num. 36. Julius Clarus §. donasse, quest. 4. num. 3. Petrus Barbosa in l. que dotis, à num. 85 ff. solut. matrim.

Quibus ita animadvertis, non obstat dubitandi ratio supra adducta; nam multum interest, an Episcopi, & alii beneficiarii in vita disponant de fructibus beneficii, an verò voluntatem suam in tempore mortis conferant. In primo casu valida est dispositio, quia sibi detrahit quod donat: at in secundo dispositio non valet, quia non sibi, sed Ecclesie, quæ in ea bona succedit, detrimentum infert. Nec ratio abrogationis legis Canonicæ huic casui adaptari potest, quia ut rectè docet Boëtius Epon. in præsentis, num. 3. regula illa ad eos pertinet, qui bona propria perfectè, & absolute habent, ut contingit in bonis patrimonialibus clericorum, non verò in bonis intuitu Ecclesie acquisitis. Nec obstat augmentum difficultatis, nam retentâ supra traditâ sententiâ, videlicet Alexandrum in præsentis agere de donationibus inter vivos, non refragatur taxatio illa, moderate, & elemosyna causâ donat: nam omisso Molinâ lib. 1. de primog. cap. 10. num. 40. qui textum hunc accipit de bonis Ecclesie, non verò de rebus ejus intuitu acquisitis, omisâ eadem sententiâ Navarri de redditibus quest. 1. mon. 81. quæ sequitur Pater Molina de justitia tract. 2. diffinit. 148. numero 6. Solorzanus tom. 2. lib. 3. cap. 10. num. 130. dum non admittit augmentum à contrario sensu, in præsentis textu dicendum est, clericis in ægritudine constitutis tantum modicas permitti donationes; quia aliæ censentur factæ in fraudem prohibitionis canonice, de non disponendo per viam testamenti de hujusmodi rebus, argumento legis filia 59. ff. solut. matrim. cap. 2. de renunc. in 6. l. si filia 5. ff. de divortii; ideoque perinde haberi debent tales immoderate donationes, ac si factæ fuissent in testamento, cap. de his, de sepulturis: docent Covar. hic, num. 1. Sarmiento 4. p. de reddit. q. 14. numero 6. Barbosa dict. alleg. 114. num. 6. si enim immodicæ donationes clericis de vita periclitantibus permitterentur, facilè de omnibus rebus etiam testamento non condito disponerent in fraudem prædictæ prohibitionis; quæ fraudis suspicio idem jus extorquet in donatione causâ mortis, ac in legatis observatur, argumento textus in cap. sua, de procurat. cap. constitutus, de concess. præbend.

CAPUT IX.

Idem (a) *Vigiliensi Episcopo.*

Quia nos tua duxit prudentia consulendos, utrum clerici de mobilibus, vel immobilibus possint condere testamentum, consultationi tuæ taliter respondemus, quod licet de his, quæ paternæ successionis, vel cognationis intuitu, aut de artificio sunt adepti, seu dono consanguineorum, aut amicorum suorum, non habito respectu ad Ecclesiam, pervenerit ad ipsos, liberè disponere valeant; de his tamen, quæ consideratione Ecclesiæ suæ perceperunt, nullum de jure possunt facere testamentum.

NOTÆ.

(a) *Vigiliensi.*] Ita etiam legitur in prima collectione, sub hoc tit. cap. 6. & post Concilium Lateran. p. 29. cap. 5. Vigilia urbs est Episcopatus

lis Italice, cujus Præful Maurus dictus martyrium subiit sub Trojano, ut refert Carolus à Sancto Paulo lib. 1. *Geograph. sacr. fol. 59.* & notavi in c. 2. de *etate & qualitat.* Commentarium hujus textus dedi supra in cap. cum in officio 7.

CAPUT X.

Idem *Ubaldo* (a) *Ostiensis Episcopo, & Archiepiscopo & Canonicis Velletran.*

Cum esses, frater Episcope, in nostra præsentia constitutus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo Episcopatu consuetudinem inolevisse, quod testamenta quæ fiunt in ultima voluntate ab iis, qui potestatem habent super alios, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione VII. aut V. testium fiant, secundum quod humanæ leges decernunt. Quia verò à (b) divina lege, & Sanctorum Patrum statutis, & à generali Ecclesiæ consuetudine id esse noscitur alienum, cum scriptum sit: In ore duorum, vel trium testium stat omne verbum; præscriptam consuetudinem penitus improbamus, & testamenta, quæ parochiani vestri coram Presbytero suo, & tribus, vel duobus aliis idoneis personis in extrema voluntate de cætero fecerint, firma decernimus permanere, & robur obtinere perpetuæ firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis præsumptione qualibet hujusmodi audeat rescindere testamenta.

NOTÆ.

(a) *Ostiensis.*] In prima collectione, sub hoc tit. capite 9. ita legitur: *Idem Ubaldo Ostiensis Episcopo, & Archiepisc. & Canonicis Velletran.* post Concilium verò Lateran. in appendice, part. 5. capite 20. ita habetur: *Idem Ubaldo Episcopo Ostiensis, & Archiepisc. & canonicis Velletran.* sed ubique malè; legendum enim est: *Idem Humbaldo Ostiensis Episcopo, Archiepisc. & Canonicis Velletran.* quæ correctio facillè suadet ex eo; nam temporibus Alexandri III. Humbaldus in rebus gerendis vir solertissimus regebat Ecclesiam Hostiensem, & Cardinalis creatus Legatus missus fuit in Angliam ad causam D. Thomæ Cantuar. ut refert Baronius tom. 12. anno 1167. & 1168. & tandem defuncto Alexandro III. Kalend. Septembris, anno 1181. ejus successor creatus fuit, dictusque Lucius III. ut refert Baronius ubi supra; Ughellius tom. 1. *Italia sacra, fol. 82. numero 41.* Ludovicus à Sand. D. D. *Goyzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.*

cto Carolo in *Biblioth. Pontific. in Lucio III.* & ita *Humbaldo*, non *Ubaldo*, legendum est: deinde non *Archiepiscopo*, sed *Archiepisc. & Canonicis Velletran.* legendum credo; quia Ecclesia Velletrana nunquam fuit Metropolis, sed tantum Cathedra Episcopali decorata; & scribitur tantum, *Archiepisc. & canonicis*, quia jam à temporibus Eugenii III. per annum 1153. unita erat Velletrana Ecclesia cum Hostiensis, ut referunt Baronius dicto anno 1153. Ughellius dicto tom. 1. *Italia, fol. 58.* qui Humbaldum, de quo in præsentibus, refert inter Episcopos Hostienses, simul & Velletranes. De Hostiensis Ecclesia nonnulla notavi in capite 3. de *postul. Pralat.*

(b) *Divina lege.*] Non quia adit aliquod præceptum divinum circa numerum testium, sed ut duo tantum, aut tres adhibeantur, ut probavi in capite licet 23. de *testibus.* Nec Alexander in præsentibus leges humanas majorem numerum testium in testamentis, & aliis similibus actibus desiderantes, quæ apud omnes

Si ferè

ferè gentes observantur, esse juri divino contrarias docet; tantum enim Alexander hic intendit improbare consuetudinem illam, quæ in Vellitrensi diocesi Romanæ Ecclesiæ in temporalibus subiecta (ubi jus canonicum principaliter erat observandum) adversus generales regulas sacrorum canonum erat introducta; illa enim verba à divina lege, profert Alexander III. quasi dicat, ideo consuetudinem, de qua in præfenti, non esse observandam; quia erat aliena à lege divina per SS. PP. statuta, & generalem Ecclesiæ consuetudinem receptam; non verò quia esset contra præceptum

divinum introducta: docuit Casar de Eccles. Hierarch. disputat. 1. §. 4. num. 11. licet enim juxta jus naturale divinum sufficiens sit ad probationem duorum, vel trium testimonium? non tamen jus divinum stabilire intendit, tanquam necessariò certum, nec ita ut censetur plures non posse requiri in nonnullis causis. Quare nisi hominum malitia nimium excreveret, duorum vel trium abundaret testimonium; sed postquam labefactari cepit humana fides, receptum fuit, ejusdem legis naturæ suggerente ratione, ut testimonia firmiora requirantur. Sotus libro 5. de justitia, q. 7. art. 3.

CAPUT XI.

Idem Judicibus (a) Vellitr.

Relatum est auribus nostris, quod cum ad vestræ discussionis examen aliqua super testamentis relictis Ecclesiæ causa deducitur, vos secundum humanam, & non secundum divinam legem in ea vultis procedere & nisi VII. aut v. idonei testes producti fuerint, omnino postponitis exinde judicare. Unde quia hujusmodi causa de judiciis Ecclesiæ, non secundum leges, sed secundum canones debet tractari, & his, divinam Scripturam testante, duo, aut tres idonei testes sufficiunt: discr. v. p. A. l. p. m. quæ cum aliqua causa super testamentis Ecclesiæ relictis ad vestrum fuerit deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, & tribus, aut duobus legitimis testibus requisitis; quoniam scriptum est: In ore duorum, vel trium testium stat omnino verbum.

NOTÆ.

(a) Vellitr.] Vellitra perantiquum, ac nobile Volcorum oppidum, fuit Romanorum colonia, ut refert Livius his verbis: *Vellitras coloni ab urbe missi, & colonia deducta à Virginio, & Vestusio Consulibus, anno ab urbe condita 270.* Jam primis Ecclesiæ temporibus fidem Catholicam ibi fundavit Epaphroditus, unus ex 72. discipulis Domini. Tam quoad temporalia, quam spiritualia paret proprio Episcopo, qui ex concessione Summi Pontificis ibi exercet mixtum, & merum imperium. Jam à temporibus Eugenii III. unita fuit hæc Cathedra Episcopalis cum Hostiensis, ut refert Ughellius tom. 1. *Italia sacra, fol. 58.* Unde in præfenti Alexander refertur in negotio temporali judicibus Vellitrensis.

num. 8. Pichardus & alii Institutarii in §. *secundum paulatim, Institut. de testam.* Meyreus de *testamentis libro 4. titul. 6.* Richierius in *authent. hac consultissima, C. de testam.* Duarenus ad *tit. de testam. capite 5.* Bayo in *praxi, 2. part. quest. 2.* Gibalinus de *negot. tom. 2. libro 5. capite 7. articul. 2.* Borellus *tom. 2. decis. titul. 5. numero 4.* Costa in *capite si pater, verbo in suo, num. 9. de testam. lib. 6.*

Sed hæc assertio difficilis redditur sequenti juris consideratione; nam inter alias solennitates, quæ pro forma substantiali ad valorem testamenti desiderantur, præcipua est, ut septem testes in eo interveniant, l. si unus 12. l. hac, C. hoc titul. l. cum tabula 7. ff. de bonor. possess. secundum tabulas, l. 2. C. eodem titul. l. 3. ff. si tabula testamenti, §. sed cum paulatim, Institut. hoc titul. quorum presentia desideratur, ut ita voluntates testantium sine ulla captione ferventur, ut ait Constantinus in l. 1. C. Theodos. hoc titul. Ergo coram presbytero, & duobus testibus testamentum factum nullum est. Augetur hæc difficultas ex eo, nam in præfenti casu non solum hæc juris communis dispositio urgebat, verum & consuetudo illi conformis, juxta quam non aliter testamentum valebat, quam si factum esset coram septem testibus; præcipue cum circa numerum testium in testamentis adhibendorum consuetudo attendatur, l. final. C. de testamentis: textus singularis in capite 2. de consuetudine: docet Burgos de Paz in l. 3. Tauri, conclus. 4. numero 535. Igitur juxta talem consuetudinem testamentum factum absque legitimo testium numero, nullum erat. Deinde

COMMENTARIUM.

EX his duabus decisionibus sequens deducitur disputanda assertio: *Testamentum factum coram paroco, & duobus testibus, valet, non obstante contraria consuetudine.* Non est similis decisio, quæ probari possit hæc conclusio; eam tamen illustrant ultra congestos in præfenti à Barbosa & Garaña, Fachineus libro 5. *controv. capite 47.* Oswaldus libro 6. Donelli, capite 7. littera F. Petrus Gregorius libro 3. *partit. titul. 22. capite 5.* Magdalenus de numero testium in *testam. 2. part. quest. 1.* Cujacius in *presenti, Escobar de utroque foro, articul. 2. §. 2.* Wifenbachius *disputat. 17.*

2.
Conclusio
tradiitur,
& probatur.

de, nam hæc juris dispositio consuetudine firmata, non erat contraria juri divino, relato *Deuteron. capite 19. Matthæi capite 18. & in capite final. 35. quest. 6. capite licet, capite in omni, de testibus*, his verbis: *In ore duorum, vel trium stat omne verbum.* Nam plerumque in jure hoc Pontificio major numerus exigitur, veluti septem, *in capite 1. & sequent. de purgat. canonic. in capite Præsul 2. quest. 4.* quia ut ex Aristotele libro 1. & hic refert Sotus libro 5. de justitia, quest. 7. articul. 2. certitudo non est in omni materia similiter exquirenda: ergo cum præfens consuetudo juri divino non esset contraria, & juri humano consona esset, dicendum videbatur, testamentum non observat ipsâ consuetudine factum, nullum esse. Accedit etiam, nam septem testes desiderantur in testamentis ob publicam utilitatem, ut ita securiorem exitum voluntates testantium habeant, §. 1. *Instit. de testam. ibi: Propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur.* Et *l. final. C. de fideicommiss. ibi: Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat, per duos forte testes compositum testamentum majorem numerum testium exposulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.* Et *l. jubemus 29. C. hoc titul. l. quoniam 32. C. de inoffic.* Igitur contra utilitatem publicam Alexander in præfenti statuere non debuit, ne in censuram Theodosii Imperatoris incideret, qui in Novella 2. de testamentis, titul. 8. appollavit præsumptionem posteritatis, quæ juris antiqui cautelam in testamentis condendis paulatim immutavit.

4. *Testamentum in factum quod jure videtur.*
 Quæ difficultate ita fulcitâ minimè obstante vera est præfens assertio, pro cujus expositione primò sciendum est, valde controversum esse, quo jure testandi facultas introducta sit? Et quamplurimi asserunt, testandi facultatem à jure gentium originem traxisse: docuerunt Osvaldus libro 6. ad Donellum, cap. 5. *littera A. Covar. libro 3. var. capite 6. numero 7. Peralta in rubric. de hered. instit. Pinellus in rubric. C. de rescind. 1. part. capite 1. numero 25. Antonius Gomez & ceteri Taurisæ in l. 3. Tauri, Spino in speculo, 2. part. rubrica, num. 20. Benedictus Pinellus libro 2. select. capite 10. Mancinus de triplici juris collat. capite 47. Costanus 99. juris capite 6. omnium latissimè Gilkenius in l. 1. in princip. C. de hered. instit. ubi pro utraque parte plura argumenta adducit, quorum ego ea tantum referam, quæ plus ponderis habere videntur. Et hæc sententia primò probatur ex eo, nam id dicitur juri gentium, quod apud omnes gentes peræque observatur, §. *jus autem, Institut. de jure naturali.* Sed testamentorum usus apud omnes ferè gentes invaluit, ut probavi in capite 2. de consuet. Igitur quia ab eo jure testamentorum usus provenit. Secundò quia nihil naturali rationi magis consentaneum est, quam voluntatem domini volentis in alium rem suam transferre, ratam haberi, §. *per traditionem, Institut. de rerum divis. præcipue cum hæc voluntas ultima est, l. 1. C. de sacros. Eccles. §. unio. Institut. de lege Caninia.* Tertiò quia quod jure civili introductum est, pacto in contrarium factò remitti potest, *l. penult. C. de pactis*: at testamenti factionem nulla conventio D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.*

ne amittere possumus, *l. pactum 15. C. de pactis, l. hereditas, C. de pactis convent. l. ultim. de suis & legit. hered. igitur quia testandi facultas non est juris civilis, sed gentium.*

Alii tandem contendunt, facultatem condendi testamentum à jure civili originem trahere: ita docuerunt Accursius in *l. ex hoc, ff. de justitia & jure*, Bartolus *ibi, numero 5. Baldus in l. decernimus, numero 10. C. de sacros. Castrensis in l. 3. ff. hoc titul. numero 3. Balduinus ad leges Romuli, capite 26. numero 3. Alciatus libro 4. parerg. capite 25. & in princip. legis Gallus. Duarenus ad titul. de testam. capite quid sit testamentum, Faber in jurisprudent. titul. 2. princip. 4. illar. & libro 4. conject. capite ultim. & de errorib. decad. 13. error. 1. & alii congesti ab Osvaldo *dict. capite 4. littera A.* qui moventur sequentibus juris fundamentis. Primo, nam dispositio, quæ fit tempore habili, si in tempus inhabile conferatur, inutilis est, *l. Stichus 39. ff. de manumiss. testament. sed dispositio testamentaria confertur post mortem testatoris, l. 1. ff. hoc titul. quod tempus inhabile est, quia mortuus nihil disponere potest: ergo juxta rationem naturalem nemo testamentum facere poterat, nisi lex civilis permitteret. Secundo, quia cum res devenit ad eum casum, à quo incipere non potuit, vitiatur, *l. existimo 98. l. pluribus 140. §. & si placeat, ff. de verb. obl. l. debitor 82. vers. Quod si vivo, ff. de legat. 2. l. quod pro parte 11 ff. de servitut. l. 3. in fine, ff. de his que pro non scrip. l. falsus 43. §. ultim. ff. de furtis, §. si servus, Institut. de noxat. capite ultim. de jurejur. in 6. sed testamentum defuncto testatore pervenit ad casum, in quo incipere non poterat: ergo attentâ ratione naturali nullum erat, nisi lege civili confirmaretur. Tertiò, nam deportatus amittit ea, quæ sunt juris civilis, non verò quæ sunt juris naturalis, aut gentium, *l. sunt quidam 17. ff. de penis, l. 3. l. deportatus 15. ff. de interdicit. & releg. sed deportatus amittit testandi facultatem, l. ejus 8. §. in insulam, ff. hoc titul. Ergo quia testandi facultas juris civilis est. Quarto quia ea quæ sunt juris gentium, apud omnes gentes recipiuntur, §. *jus autem, Institut. de jure naturali*: sed testamentorum usus non est apud omnes gentes receptus; siquidem olim Athenienses testamentum non agnoverunt, ut refert Plutarchus in Solone: & de Danis idem refertur in capite 2. de consuet. & hodie omnibus testari non permittitur, ut probavi in capite 1. hoc titul. igitur quia testandi facultas non est juris gentium. Tandem, nam expressâ lege decemviri patribusfamilias data fuit facultas disponendi de rebus propriis, *l. verbis legis 120. ff. de v. s. igitur quia testandi facultas à jure civili provenit. Alii mediam eligunt sententiam, & asserunt testamentum quoad originem & usum esse juris gentium, quoad solemnitatem verò esse civilis.*****

In hoc Interpretum diffidio veriorē credo, 6. sententiam, quam retuli in *dict. cap. 2. de Traditur consuet. videlicet testamentorum usum apud aliquam nationem, sen gentem cum certa forma, & solemnitate cepisse; sed postea ab omnibus ferè gentibus receptum, & approbatum, specialibusque legibus confirmatum fuisse:*

Si 2 unde

unde licet attenda origine testamentum juris civilis esset, tamen quia communi gentium consensu receptum, & approbatum fuit, ideo juris gentium testamentum esse recte dicitur, ut de acceptatione ait Ulpianus in l. an inutilis 8. §. ult. ff. de acceptil. quam ita exponit Valentia libro 2. illustrium, tract. 2. capite 1. num. 46. Nec hac sententia retenta obstant fundamenta secunda sententia, in qua docetur, testamentorum usum omnino juris civilis esse, nec juxta rationem naturalem defendi posse. Non primum, pro cuius solutione praemittendum est, aliam habilitatem desiderari tempore dispositionis, aliam vero tempore executionis: nam tempore dispositionis non requiritur habilitas illa, quae tempore executionis desideratur, l. pater 17. §. 1. ff. de castrens. peculio; sed illa, quae necessaria est ad ipsam dispositionem, veluti quod testator sit sanae mentis, sui juris, civis Romanus, & alia, quae necessaria sunt ut disponens habilis dicatur tempore dispositionis: tempore vero executionis requiritur habilitas, quae necessaria est ad ipsam executionem, non vero quae necessaria est ad dispositionem; nam cum haec semel peracta fuerit, non indiget amplius habilitate. Unde si aliquis dum sanae mentis esset, faceret testamentum, licet postea furere incipiat, testamentum non vitatur, §. sed furiosus, Instituit. quibus non est permillum facere testamentum: nam cum mentis integritas solum requiratur ad formandam ipsam dispositionem testamenti, ea semel formata amplius non requiritur. Unde facile responderetur praedictae difficultati; nam illud juris principium, quo docemur, dispositionem, quae fit tempore habili, si ad tempus inhabile referatur, inutile esse, procedit quando executio confertur in tempus inhabile respectu ipsius executionis, ut in dict. l. Stichus 39. de manumiss. testam. quo loco libertas ita data: Stichus servus meus, si cum haeres alienaverit, liber esto; inutilis pronunciat, non quia legatum confertur in tempus inhabile respectu dispositionis; sed quia effectus legati, id est manumissio, confertur in tempus inhabile respectu ipsius executionis, eo quod directa libertas, de qua agitur, servo alieno dari non potest, l. servo 9. ff. de manumiss. testam. secus autem si executio confertur in tempus habile respectu executionis; tunc enim licet inhabile sit respectu dispositionis, valet dispositio, ac proinde testamentum sustinetur, quamvis effectus ipsius conferatur post mortem: quia licet hoc tempus sit inhabile ad disponendum; non tamen est inhabile ad hoc, ut quod semel legitime dispositum fuit, exequatur, sed potius necessarium est: tum quia testamentum non nisi post mortem testatoris exequi potest, l. 1. ff. de testamentis: tum etiam, quia duo ejusdem hereditatis in solidum domini esse non possunt, l. si ut cerro, §. si duobus, ff. commodati. Necessarium ergo est, ut prius testator moriendo amittat dominium, quam ut heredibus, & legatariis acquiratur. Et si adhuc testes, amissionem domini non solum nocere dispositioni, verum & executioni, veluti cum quis deportatur, aut in adrogationem datur, quo casu testamentum antea factum irritum fit, l. si quis filio 6. §. ejus, ff. de injusto rupto;

igitur etiam cum testator per mortem amittat dominium, dicendum erat inutile reddi testamentum. Respondeo deportatione, vel adrogatione testatoris rumpi testamentum, non tam ob amissionem bonorum, quam ob capitis diminutionem, quam patiuntur deportatus, dum civis Romanus esse desinit; adrogatus vero dum alterius potestati subicitur; quia capitis diminutiones non solum impediunt testamenti dispositionem, sed etiam ipsius executionem; nam ut testamentum exequatur, requiritur ut testator civis Romanus, & sui juris factus decedat: quod impedimentum cessat in eo, qui cum his qualitatibus decedit, ac proinde non est cur testamentum non exequatur. Deinde, nam multum interest, an quis amittat dominium per mortem, an vero per sententiam Judicis, vel aliam similem causam: nam hoc posteriori casu ita dominium amittitur, ut simul alii acquiratur, ac proinde antiquus dominus non potest de eo disporre in prejudicium novi domini. Priori autem casu dominium quod quis amittit per mortem, nulli acquiratur, donec legis, vel testatoris dispositione alicui deferatur; ac proinde iure gentium permillum est decedentibus, ut de bonis suis possint disporre, cum hoc in nullus praedictum tendat, immo Republica expedit.

Ex dictis etiam inferitur solutio secundi argumenti; sed ut facilius percipiatur, sciendum est, duas esse communes regulas, quae sibi invicem adversari videntur. Prima alletit rem, quae devenit ad eum casum, a quo incipere non poterat, vitari: pro qua faciunt iura supra citata; secunda vero regula docet, factum legitime non vitari, licet ad eam causam deveniat, in qua non potuit inchoari: quae probatur expresse in capite factum 73. de reg. jur. in 6. l. in ambiguis 85. §. 1. ff. de reg. jur. §. ex contrario, Instituit. de legat. l. verbis 5. in fine, ff. ad legem Falcid. leg. patre 8. ff. de his quae sunt sui, l. oratione 16. §. ultimo, ff. de ritu nuptiarum l. ultima, ff. si tabula testam. l. is cui 18. l. qui testamento 20. §. ne furiosus, ff. qui testamenta, l. 5. l. si Gaudentius 6. C. de contrab. emptio. §. furiosus, §. item prodigius §. item furdus, Instituit. quibus non est permillum. Quare pro hujus dissidii conciliatione varias distinctiones adduxerunt Petrus Faber, Revardus, & Gothofredus in dict. l. in ambiguis, §. 1. Donellus in dict. l. 140. §. ultim. ff. de verb. obl. Antonius Gomez libro 2. var. cap. 10. numero 21. Tiraquellus in tract. cessante causa, limit. 12. Cujacius libro 12. respons. Papin in l. donationes 31. ff. de donat. Ex quibus illa placuit, quae ita distinguit: aut res sunt iam perfecta, vel imperfecta. Primo casu cum res sunt perfecta, quia ad finem destinatum pervenerunt, non infirmantur, etsi contingat casus, a quo incipere non poterant, ut in exemplis quae referuntur in dict. l. patre, l. donationes 11. l. 1. §. ff. de donat. inter. Secundo autem casu, scilicet cum res imperfecta sunt, nec finem destinatum acceperunt, vitantur, & adhuc subdistingendum est: aut casus superveniens impedit negotium ad finem perducere; & tunc vitatur actus, ut si res promissa antequam tradatur, fiat sacra, l. inter 83. §. si sacram,

eram, ff. de verb. obl. aut casus incidens non impedit negotium ad finem perducit, & tunc non vitiat actum, ut in testamento, quod ideo conditur, ut res ad heredes, vel legatarios perveniant; ac proinde donec hunc finem consequatur, non potest simpliciter dici perfectum; unde si testatori adimantur bona, eo quod postea deportatus, vel adoptatus fuerit, vitatur testamentum, quia hic casus impedit illud ad finem suum perducit: si verò testator moriatur, testamentum sustinetur; nam talis casus non impedit ejus executionem.

8. *Diffinitio- tur alia argumet- 14.*
 Nec obstat tertium fundamentum contrariæ sententiæ, cui variis modis satisfaciunt Interpretes. Bartolus ubi supra; existimat deportatum testari non posse jure Romano; posse tamen testari jure municipali: cui ferè consentit D. Nicolaus Antonius lib. 2. de exilio, cap. 6. num. 12. dum querit rationem, quare jure gentium non defendatur deportati testamentum. Sed convincitur Bartolus ex eo, quia etsi deportatus sibi acquirere possit post confiscationem bonorum, l. ea sola 97. ff. de reg. jur. l. 21. §. is qui bona, ff. mandat. hæc tamen bona cum decedit deportatus, fisco acquiruntur, l. deportatus 15. ff. de interd. & releg. & ideo necessarium heredem fisco habet, l. cum ratio 7. §. ultim. ff. de bon. damnator. ibi: *Quod si deportatus sit, quia civitatem amisit, heredem habere non potest: & adquisita fisco accipit, l. 2. C. de bonis proscrip. ibi: Deportati, nec earum quidem rerum, quas post penam irrogatam habuerint, heredem habere possunt, sed hæc publicabuntur.* Gilkenius in l. 1. C. de hered. insit. num. 17. existimat, deportato competere omnia, quæ sunt juris gentium, nisi aliquid specialiter adimatur, prout adimitur testamenti factio. Sed rectius respondendum est, deportato non auferri directò facultatem condendi testamentum, sed indirectò: quia auferuntur illi quædam, sine quibus testamentum fieri non potest: unde cum deportatus non habeat civitatem, familiam, bona, larem, de quibus disponat; ideo testamentum facere non potest, ut latè docet D. Josephus de Retes lib. 3. de interd. excursus 5. ubi exponit textum in l. si mandavero 22. §. is cuius bona, ff. mandat. & in illatione prima agit de fideicommissis à deportato relictis, & codicillis ab eo factis. Nec obstat quartum; nam quoties dubitatur, an aliquid juris gentium sit, id æstimandum est ex usu, non essetatarum gentium, sed earum, quæ & rationem, & humanitatem aliquam retinent. Baldinus, & Vultejus in princip. Institut. de jure natur. Corrafius in l. omnes, ff. de justitia & jure, Cujacius in l. 142. de verb. signific. Petrus Faber libro 2. semestr. capite 1. pagin. 17. & cap. 2. pagin. 23. nec enim pervertæ aliquorum mentes divinam omnium consensionem pervertere possunt. Antonius Augustinus libro 4. emend. capite 4. quin immò, ut ego existimo, id quod naturalis ratio apud omnes gentes constituit, juris gentium erit, licet à nemine observetur; nam quæ suâ naturâ justa sunt, hominum pravitatem corrumpi non possunt; alioquin enim diceremus, jus gentium extinctum fuisse, cum Deus aquarum diluvio terram absorbit: siquidem eo tempore neminem lege naturali obtemperasse præter Noë, & eos, qui erant de domo ipsius, sacra pagina testatur Genes. cap. 6. & 7. ideoque licet testandi facultas apud ali-

quos recepta non fuerit, non evincitur eam juris gentium non esse. Cui sententiæ non obest textus in dict. §. jus autem, Institut. de jure natur. quia illud verbum, *custoditur*, sic exponendum est, id est custodiri debet, prout alibi sæpillimè. Nec obstat quintum, quia lex XII. Tabul. non dedit, sed tantum confirmavit testamentarias dispositiones, l. lege obvenire 130. de v. s. ar. is, qui confirmat, non introducit; sed id, quod ab alio introductum est, probat, l. & quia 6. de jurisdict. Itaque hinc potius aperitissimè constat, testandi facultatem non fuisse introductam jure civili, sed tantum confirmatam; etsi ratione hujus confirmationis possit etiam juris civilis dici, quemadmodum obligationes, quæ ex gentium juris contractibus nascuntur, dict. l. ex hoc jure, ff. de justitia & jure, civiles, & legitimæ appellantur, eo quod jure civili comprobatae sint, §. 1. Institut. de obligat. §. sed iste, Institut. de action. Ita Donnellus in rubric. C. hoc titul. numero 9. vers. *Quod autem.* Nec obstat ultimum fundamentum secundæ sententiæ, quia respondeo, quibusdam personis justis ex causis non permitti testamentum facere, quas enumeravi in capite 1. hoc titul. non tamen inde evincitur, testandi facultatem omnino juris civilis esse.

Deinde sciendum est, abolitis jam illis tribus testamenti generibus, procinctu videlicet ^{9.} De solennitate te- rum forma & solennitatibus agunt Gellius lib. 1. de testam. capite 17. Theophilus, Viglius, & Vinus in princip. Institut. de testam. Corrafius libro 5. miscel. capite 12. Duarenus ad titul. de testam. capite 5. Revardus de auctor. prud. capite 11. Osvaldus libro 6. Donelli, capite 6. littera B. Marcel. Donatus ad Suetonium in August. capite 33. & 64. Pinellus libro 1. select. capite 18. numero 18. D. Josephus de Retes de imagin. vendit. capite ultim. alia duo testamentorum genera in usu esse cœperunt: aliud in scriptis, aliud non scriptum, nuncupativum dictum, in quibus condendis diligens observatio solennitatum erat, adeò ut nimia, & misera diligentia à Consulto dicatur in l. penult. in fine, ff. de legat. 2. Plurimæ enim solennitates magnis vigiliis prudentum pro testamentis condendis inventæ, & statuta fuerunt, ut constat ex ipsa rubrica Digestorum *Qui testamenta, & quemadmodum testamenta fiant, & ex l. si queramus 4. ff. hoc titul. l. Lucius 88. §. ultim. ff. de legat. 2. l. testandi 13. C. hoc titul.* Quare ad instruendos testatores librum peculiarem de forma testamenti scripsit Paulus, ut apparet ex indice Consultorum Pandectis præfixo, atque in scriptione, quæ sola ex eo libro superest in l. si plures 98. ff. de legat. 3. Unde quemadmodum ad preces judici offerendas Romani utebantur Juniperitis, ita quoque testamenta facturi plebunque Consultum testatores evocabant, l. Lucius 88. §. Lucius, ff. de legat. 2. quas scrupulosas observationes testatoribus immutare non licebat, l. 1. C. Theodos. hoc tit. Nam quò gravior est testamentorum auctoritas, eò major lege naturalis obtemperanda est cautio, ne aut falsa testamenta supponantur, aut insani hominis verba pro testamento observentur; quod quidem, & alia plura

timeri poterant, ob hæredum fraudes: nam ut inquit Plutarchus in libro de amore proli, arena, pulvis, aut pennæ avium varias voces edentium minore numero sint, quàm qui alienas hæreditates ambiunt. Quapropter Romani, ut horum fraudibus occurrerent, simulque succurrerent simplicitati plurium testatorum, nihil diligentius, quàm testamenta solennitatibus munire curarunt: hæ verò pro testamentorum, & temporum varietate variè etiam fuerunt, ac proinde oportet ut paucis explicemus, quæ solennitates in unoquoque testamentorum genere præscriptæ fuerint, & olim, & nunc requirantur. Inter præcipuas autem solennitates omni tempore præcipua, potiorque fuit testium præsentia, de qua requisita tam in uno, quàm in alio testamento breviter agemus, & primò de testamento in scriptis.

10. Igitur postquam in desuetudinem abierunt testamenta collatis comitiis, & per æs & libram, Prætor qui curam habebat supplendi jus civile, edicto suo novam testamenti condendi formam introduxit, ut refertur in princip. Inst. de bonorum possess. & de testamentis: & cum jure civili quinque testes in testamento per æs & libram in repræsentationem quinque classium comitorum; & similiter alii duo, videlicet libripens, & emptor familiæ desiderarentur; ipse in locum earum septem personarum testes septem pro condendo testamento præscripsit. Et licet quinque testes in testamento per æs, & libram tantum adessent, non verò subsignarent, Prætor noviter introduxit, ut septem testes signarent. Osualdus lib. 6. Donel. cap. 7. littera F. Pichardus, & alii Institutiarii in §. 1. de testamentis. Sed Prætorium hoc testamentum meliorem formam accepit ab ipso jure civili, quo cautum fuit, ut illi septem testes rogati, convocatique uno, eodemque tempore adessent, & subscriberent in testamento. Itaque testamentum hoc à jure civili, & Prætorio formam accepit: à jure civili rogationem, & subscriptionem testium; numerum verò & signacula testium à jure Prætorio, ut refert Justinianus in §. sed cum paulatin, Inst. hoc rit. Sed paulò diligentius singula hæc exponamus. Primò ergo desiderantur septem testes, l. cum tabule 7. ff. de bonor. posses. secund. tabul. l. 3. ff. si tabula testamenti, l. si unus 12. l. hac consulesissima, C. hoc ritul. aded ut uno deficiente, testamentum nullum sit, etiam jure prætorio, l. 3. ff. unde liberi, l. 1. §. 2. tit. 1. partit. 6. l. 3. Tauri, l. 1. §. 2. tit. 4. lib. 5. recopil. nisi testator rusticus fuerit; ille enim coram quinque testibus testamentum facere potest, l. final. C. hoc rit. ubi Richerius; vel si pater inter liberos disponat, quo casu duo, aut tres sufficiunt, dict. l. hac, §. ex imperfecto, authentic. inter liberos, C. hoc rit. vel si coram Principe fiat; ipse enim supplet omnem solennitatem, l. omnium 19. C. hoc rit. Secundò desideratur ut testes sint rogati, & vocati ad ipsum testamentum condendum, l. hæres 21. §. in testamentis, ff. hoc rit. dict. l. hac 21. & hæc est exceptio regulæ legis 11. ff. de testib. ubi ita legitur: Ad fidem rei gesta faciendam etiam non rogatus testis intelligitur. Docuerunt Osualdus dict. cap. 7. littera E. Merillus lib. 8. observ. c. 30. Perez ad tit. C. de testam. num. 9. quod ita statutum esse creditur, ut testes magis intendant rei, quæ agitur, ne aliqua fraus, aut falsitas committatur: quæ solennitas etiam jure nostro Re-

gio necessaria est, ut docent Burgos à Paz, & alii in l. 3. Tauri, num. 550. contra Gomezium in eadem lege, num. 24. Imò etiam hæc solennitas à jure civili in codicillis non requiritur, l. ultim. C. de codicil. tamen jure Regio verius est, hæc solennitatem desiderari, ut docuerunt Gregorius Lopez in l. 7. tit. 1. partit. 6. Spino in speculo gloss. 32. in fine, Azevedo in l. 2. tit. 4. lib. 5. Recopil. num. 24. Gutierrez lib. 2. prætic. quæst. 36. num. 3. Molina de primog. lib. 2. cap. 8. num. 24. Illud tamen notandum est circa hæc solennitatem, non præsumi testes fuisse rogatos nisi probetur per scripturam notarii, in qua fidem faciat testes fuisse rogatos, & adhibitos; aut ipsi dum subscribunt, testentur se vocatos fuisse, & rogatos, ut latè probant Marcha de probat. tom. 3. conclus. 1354. per totam. Azevedus in dict. l. 2. num. 47. Debent etiam esse testes præsentés per illud tempus, in quo conditur testamentum, quod debet esse continuum, dict. l. hæres 21. §. ult. l. cum antiquitas 28. C. eod. ita ut videant testes testatorem, & ab ipso similiter videantur. Castillo lib. 3. quorid. cap. 1. num. 75. qui disputat, an lecti tegumentum, quod nos Corinam dicimus, exiliens circa lectum testatoris, & impediens testes, ne illum videant, reddat testamentum nullum; quod non sine causa disputatur, sæpe enim loco testatoris alius suppositus fuit, qui testes sefellit, vocem, & nomen testatoris mentitus; nam Cicero pro Cluentio. refert quendam à Julio subornatum fuisse, ut simularet se egrotum, & testamentum facere velle, quasi esset Alfinius. Debent etiam septem testes subscribere proprio chirographo, non vicaria manu, l. penult. ff. hoc rit. quam duram legem esse dixit Hothomanus ibi, excepto casu textus in l. 8. ab antiquo 31. C. eod. ubi jubetur, ut periti pro imperitiis subscriberent: forma autem subscriptionis, sicerdimus Cujacio in l. ad textum, §. si quis, ff. hoc rit. erat ea: Ego Lucius Titius ut testis subscripsi, & Gaji testamentum obsignavi. Cui similis est illa quæ proponitur in l. 1. tit. 2. partit. 6. his verbis: So testigo de este testamento, que lo hizo tal home feiendo yo delante. Illustrant plures congesti à Paz in l. Tauri, num. 81. Hodie tamen sufficit ut testes nomen proprium tantum subscriberent, dict. l. 3. Tauri. Tandem testes debent signare annulo, aut proprio, aut alieno, non alio signo, l. hæres 21. §. 5. ff. hoc rit. l. 5. ff. de bonor. posses. secundum tab. Donellus dict. lib. 6. cap. 8. Cujacius lib. 14. observ. cap. 11. Hothomanus lib. 1. obs. cap. 20. Bronchorst. lib. 2. miscel. cap. 16. hodie tamen ex jure nostro Regio non est necessaria, l. 3. Tauri; sed tantum signum Tabellionis desideratur, l. 2. ritul. 4. libro 5. Recopil.

Non tamen omnes in testamentis testes esse possunt; aliqui enim ob naturæ vitium testes esse prohibentur. Hi sunt furiosus, prodigus, impubes, surdus, & mutus, §. testes 6. cum sequentibus, l. hoc rit. l. 9. tit. 1. partit. 6. His adjicit Donellus lib. 6. cap. 71. Cæcum, quia scribere nequit; cujus sententiam sequor, etiam si demus cæcum scribere posse: moveor, quia subscriptionem, quam fecerit, recognoscere non poterit, ac proinde ullam fidem non faciet. His etiam adnumerare possumus feminas, quæ licet in aliis testes esse possint, l. 3. §. lege Julia, ff. de testibus; tamen in testamento esse non possunt, dict. l. hac consulesissima 21. quia fraudes

des, quæ in testamento inveniri possunt, non intelligunt. Donellus libro 6. capite 7. vel ob alias rationes, quas ibi congessit Osvaldus littera H. Verùm hæc sententia viginti casibus limitatur secundum Menchaç. lib. 2. de success. creation. §. 12. cum sequentibus. Regulariter tamen femina, ut dixi, testis esse non potest in testamento, etiam ex jure nostro regio, ut probatur ex dict. l. 9. & docent Burgos de Paz in l. 3. Tauri, num. 47. Azavedus in dict. l. 1. num. 42. & Marizno in ead. l. glos. 6. num. 3. idemque est jure canonico, ut contra alios defendit Covar. in cap. cum esset, num. 14. de testamentis, & Pichardus in dict. §. testes, num. 18. cum sequentibus. Dubium autem est, an femina testes esse in codicillis possint? In qua questione existimo, jure civili posse, quia nullâ lege prohibita reperiantur, secundum Accurs. in l. qui testamento, §. mulier, verbo, non poterit, ff. hoc tit. & relatos à Pichardo num. 21. in dict. §. testes: jure autem Regio testes esse non posse, argumento textus in l. 10. tit. 1. part. 6. & l. 3. Tauri, ibi: En los codicillos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento. His etiam qui vitio naturæ testes esse nequeunt in testamento, annumerari possunt hermafroditæ, id est homines duplicis, & ambigui sexus, ac bimbres, ut vocat Juvenalis satyra 3. hi enim si muliebria in illis prævaleant, testes esse non possunt, l. 10. tit. 1. p. 6. ex ratione legis quaritur 10. de statu hominum. Deinde ex variis causis alii testes esse prohibentur, veluti servi, qui tales sunt, dict. l. hæc dicta, l. qui testamento 20. §. servus: nisi communi errore pro liberis habeantur, §. sed cum aliquis, Instit. hoc tit. ex ratione legis Barbarius, ff. de offic. Prætoris. Latinum autem Junianum rectè testem adhiberi, posse, docuit Ulpianus in fragm. tit. 20. §. spananus. Monachos etiam ratione status sine superioris licentia testes esse non posse, docuerunt Didacus Perez in l. 1. tit. 2. lib. 5. ordin. Antonius Gomez in dict. l. 3. Tauri, num. 28. Sed verius est, quod licet illicitè faciant hujusmodi actibus se ingerendo, non tamen ideo testamentum vitiaur, ut resolvunt Jul. Clarus in §. testamento, quest. 55. tit. 7. num. 5. Covar. in presenti, cap. relatum, num. 5. Azevedo in l. 1. num. 59. tit. 4. lib. 5. recopil. Molina de justitia tract. 2. disp. 127. num. 10. Deinde testes esse prohibentur illi qui damnati reperiuntur ob crimen famosum, l. is cui 18. §. ult. ff. qui testam. vel ob crimen furti, homicidii, vel aliud simile, l. 9. tit. 1. part. 6. Similia autem crimina dicuntur ea, ex quibus infamia juris incurritur, ut docet Gregorius ibi, verbo Semejante. His accedit qui lege Julia repetundarum damnatus est, ex l. 13. ff. de testibus: nec contrarium probat Ulpianus in l. qui testamento 20. §. eum qui 5. ff. qui testam. nam omittit Donello lib. 6. cap. 7. Duareno ad eum titulum, cap. 5. Hothomano lib. 1. observ. cap. 21. Cujac. in dicto §. eum qui, qui ita emendat, adhiberi non posse; aliter textum illum exponit Osvaldus in dict. cap. 7. Donel. littera L. His etiam adjunguntur adulterii damnati, l. Scio 14. ff. de testibus; apostata, l. 3. C. de apost. & omnes qui quovis judicio improbi, & intestabiles esse jubentur, §. testes, Instit. hoc titulo. Intestabiles autem appellantur, qui inepti redduntur ad testimonium dicendum, dict. l. is cui 18. §. ultim. l. cum 26. ff. hoc tit. Illustrant Reyardus ad ll. XII. Tabul. cap. 10. Balduinus ad

easdem leges, cap. 53. Turnebus lib. 26. advers. cap. 14. Connanus lib. 9. comment. cap. 3. num. 2. licet minus rectè Beroaldus in notis ad Suetonium, in Augusto, cap. 56. putaverit intestabilem dici qui testamentum facere non potest. Etiam prodigus, quia in penam testamentum facere prohibetur, nec etiam testis adhiberi valet, dict. l. is cui 18. quam eruditè exponit Fornerius lib. 3. rerum quotid. cap. 23. Alii tandem testes esse prohibentur, non in omnibus, sed in quibusdam testamentis, ut filius in testamento patris, & contra, §. pater, Instit. hoc tit. quem latè exponunt Goveanus in l. 10. ff. de jurisdict. Pinellus lib. 1. select. cap. 1. per totum. Nec hæres in testamento, in quo instituitur, potest esse testis, licet legatarius possit esse testis, §. sed nec hæres, Instit. eod. ubi notandi sunt textus in l. 14. ff. de rebus dubiis, l. 39. §. propositum, ff. de legat. 3. l. final. §. 3. C. communia de legat. l. in contractibus, ff. de v. s. jnnctis Duareno ad tit. de testam. cap. 6. Cujacio libro 9. observ. capite 37. Pinello ubi supra.

Etiam postquam illa priora testamenta in usu esse defierunt, auctoritate prudentum introdu-^{12.} ctum fuit testamentum nuncupativum, id est ^{De Testa-} sine scriptura factum, absque eo, quod Prator ^{nuncupa-} in ipso aliquid mutaret, vel adderet: quod facile suaderet ex l. 1. §. 1. ff. de hered. inst. l. Divus 24. ff. de testam. milit. l. hæredes 21. §. ultim. ff. hoc tit. & in l. 2. C. de bonor. possess. secund. tab. docetur testamentum nuncupativum jure civili firmum esse constitutum, quasi dicatur testamentum hoc nihil à jure Pratorio mutasse: & Imperator Valentinianus in novella de testam. tit. 4. separavit testamentum scriptum ut juris civilis, & Pratorii, à testamento nuncupativo jure tantum civili introducto; non tamen ita in usu erat ac testamentum in scriptis: unde non ita frequens ejus reperitur mentio in Pandectarum libris, forsitan ex eo, quia cupiebant testatores voluntates suas celari, nec eas publicari antequam ex hac luce migrarent, ut docet Valentinianus in Novel. 2. de testam. tit. 4. Circa ejus solemnitates, exceptis signis & subscriptionibus, aequaliter in eo desiderabantur septem testes masculi, puberes, liberi, & rogati, cum cæteris qualitatibus, ac in testamento in scriptis factò, dict. l. hæc 21. §. per nuncupationem, C. hoc tit. l. si quis 18. in fine, C. de codicill. §. ultim. Instit. hoc tit. qui numerus testium à jure civili præscriptus fuit absque innovatione prætorii juris, l. 2. C. de bonor. possess. secundum tabulas; & valde necessarius fuit, cum voluntas à defuncto nuncupata hoc genere testamenti, aliter quàm testibus probari non possit, Imperator Leo novel. 42. ubi rationem probandi nuncupativum testamentum à veteribus hanc fuisse traditam ait, ut septem non indigni fide testes affirmarent, se audivisse cum ita testator lingua suâ de rebus suis pronunciatet. Unde nullo modo, aut statuto, aut consuetudine fieri potest, ut testamentum hoc sine testibus subsistat, licet introduci possit, ut minor numerus desideretur, ut in testamentis militum, rusticorum, & parentum inter filios constitutum fuit in l. ult. §. 1. C. de testam. Novel. 41. Leonis, l. 1. C. Theodos. hoc tit. l. 16. C. famil. ercisc. nuncupativum enim testamentum etiam privilegium datur inter liberos, ut probant Wisem-
sch,
4

boeh. *disput.* 17. *num.* 31. Vinius *lib.* 2. *select.* cap. 18. licet contrarium teneat post Martinum, Salic. & Fulgosium Faber *de error. decad.* 35. *error.* 4. & *decad.* 36. *errore* 9. Substantia ergo testamenti nuncupativi consistit in nuncupatione; quare et si postea redigatur in scripturam, semper manet nuncupativum, *l. Pamphilo* 39. *ff. de legat.* 3. §. 1. Tandem sciendum est, tot testes, tam in testamento in scriptis, quam in nuncupativo, non desiderari ad probationem, quia ad eam duo, aut tres testes sufficiunt, *l. ubi numerus*, *ff. de testibus*; sed ad solemnitatem. Covar. *in cap. cum esses*, *num.* 8. Antonius Gomez *in l. 3. Tauri*, *num.* 24. & 28. Unde apud varias nationes non aequalis testium numerus desideratur; In Batavia enim coram tribus testibus testamentum factum tenet, ut refert Vinius *lib.* 2. *select.* cap. 19. & de Saxonibus idem refert Richierius *in dicta l. hac* 21. *C. hoc rit.* Jure autem nostro Regio quid observetur, videamus. Et ut ab origine id repetamus, apud Gothos constat observatam fuisse constitutionem Theodosii, quae extat *in l. 1. C. Theodos.* *hoc rit.* juxta cujus Codicis constitutionis Gothi regebantur ex constitutione Alarici II. ut jam notarunt Cujacius *in paratit. ad tit. C. de interd.* Cironius *lib.* 5. *absero*, cap. 1. Sahabedra *in chron. Gothic.* cap. 9. pag. 149. Postea Rex Alfonso *in l. 1. tit. 3. lib. 1. ordin.* statuit, ut quinque, aut tres testes adhiberentur vicini ipsius oppidi, villae, aut civitatis ubi testamentum fit. Quae lex explicatur *in l. 3. Tauri*, *l. 1. tit. 4. lib. 5. recopil.* Et licet *in dicta l. 1.* mentio fiat septem testium, pars illa non est Regis Ildefonsi, sed praecedentis, Philippi videlicet, ut in Glossa marginali notatur. Attenta autem ipsa lege prima, si testamentum fiat coram Tabellione, debent adesse tres testes ipsius oppidi; si absque tabellione, quinque etiam vicini; si verò cum Tabellione fiat, & testes vicini non sint, septem desiderantur, aut quinque. Quoad praxin ergo hujus Regni discrimen est constituendum inter testamentum in scriptis factum, quod vulgò dicimus, *Cerrado*; & inter testamentum nuncupativum: nam in testamento scripto aliqua requisita juris civilis immutata sunt: si quidem apud nos non desiderantur signa testium, sed tantum subscriptiones; & si aliqui ex testibus subscribere nesciant, alii pro eis subscribere valent, ita ut ultra subscriptionem Tabellionis septem subscriptiones reperiantur, Gomez *in dicta l. 3. Spino de testam. gloss.* 31. *num.* 19. In testamento verò nuncupativo, quod nos dicimus *abierro*, quinque testes, si vicini sint; aut tres cum Tabellione, si penuria testium detur, vel si sint exteri testes, septem requiruntur, *d. l. Tauri*: nec desideratur ulla scriptura, immò coram testibus nuncupata voluntas sustinetur, ut docent circa hunc numerum testium, & ejus qualitates varia dubia resolventes, Matienzo, & Azeved. *in d. l. 2. Menchaca de success. creat.* §. 25. *num.* 21. Gregorius Lopez *in l. 2. tit. 6. partit. 1. Tauri* *in d. l. 3. Didacus Perez in l. 1. ordin.* Flores à Mena *lib.* 1. §. 1. Illud tamen notandum est, tempore pestis praedictam solemnitatem non desiderari; immò cum minori conditum testamentum sustineri. Valenzuela *consil.* 124. *num.* 13.

13.
Traditur
ratio deci-
dendi.

Quibus ita animadvertis facile apparet vera ratio praesentis assertionis; nam cum ad probationem cujuslibet actus duo, aut tres testes suf-

ficiant, juxta textum *in d. cap. in omnibus*, *cap. licet*, & ibi tradita, *de testibus*, *l. ubi numerus*, *ff. eod. tit.* & major numerus tantum ad solemnitatem ob nimias juris civilis scrupulositates in testamentis desideretur, & jus Pontificium insuper habitis scrupulosis juris Caesarei subtilitatibus, tantum intendat defunctorum voluntates exitum habere, *cap. nos*, *cap. si heredes*, *cap. in dicante*, *hoc rit.* ideo Alexander in praesenti statuit, ut testamentum coram paròcho, & duobus testibus factum, valeret, nec ex defectu solemnitatis, videlicet majoris numeri testium testamentum corruerent; & cum voluntates pia, omni jure attento, fovende sint, *l. sunt*, *ff. de relig. l. hac* 22. *C. hoc rit.* ideo legata pietatis causa relicta licet duobus tantum testibus sine praesentia parochi relicta sint, sustinentur, & praestari debent, cum pietatis causa multa introducta sint; quae attento jure scripto non defenderentur, ut patet ex cunctulatis à Tiraquello *in tract. de privil. pia causa*. Et licet testamentata minus solemnia invalida sint, etiam in foro conscientiae, ut probant Vasquez *in opus. de testamentis*, *cap. 3. dubio 1.* Suarez *lib.* 5. *de legibus*, *cap. 24. num.* 4. Valentia 2. 2. *disput.* 5. *quest.* 6. p. 5. *questiunc.* 1. contra Molinam *de justitia tract.* 2. *disput.* 81. Malderum *tract. de justitia*, *cap. 11. dubio 5.* Comitolum *respons.* 7. §. 1. Reginaldum *lib.* 25. *num.* 105. Lessium *de justitia*, *cap. 19. §. num.* 12. tamen relicta in illis piis locis, aut piis causis, semper debentur in utroque foro, ut probant Lessius, Comitol. & Molina *supra*. Covarr. *in cap. retatum* 1. *hoc rit.* Theophilus *supra*, *fol.* 49. Juxta ergo Alexander III. in praesenti statuit, testamentum coram Presbytero, & duobus testibus factum valere; & si ad piis causas fiat, id est, aliqua pietatis causa in eo relinquuntur, tantum coram duobus testibus factum subsistere. Prosequuntur Cujacius & Covar. *in praesenti*.

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta, in qua dicebamus, tam ex jure scripto, quam ex consuetudine septem testes desiderari in testamentis. Pro cujus solutione examinandum est an decisio praesentis textus sit correctoria juris communis, & procedat tantum inspecto jure canonico? Et impius Duarenus *ad rit. de testam. cap. de effectibus solennit.* asserere non erubuit, Alexandrum III. in praesenti corripisse jus civile, parum acutè illud divinum diciturum: *In ore duorum vel trium stat omne verbum*; in contrarium inducens; quem sequitur Wisembach. non magis orthodoxus *disp. de testam. num.* 8. Sed eorum sententia omisit, verius dicendum est, solemnitatem testium jure Caesareo inductam in praesenti abrogatam esse non indistinctè, & absolute, sed tantum in terris subjectis Ecclesiae quoad spiritualia, & temporalia, ut parebat provincia illa Velitrensis, ut supra in inscriptione probavi. Unde cum provincia illa pertineat ad Romanam Ecclesiam etiam in temporalibus, rectè potuit Alexander III. statuere, ut testamentum coram paròcho, & duobus testibus factum, valeret: nec ideo improbatur ab Alexandro consuetudo Hostiensis diocesis, quia, contraria esset juri divino, sed quia tendebat contra Ecclesiae dispositionem, quae (divina auctoritate favente) admittit testamentum coram paròcho, & duobus testibus factum in terris sibi subjectis quoad temporalia, ut docuerunt Covar. *in praesenti*,

fenti, num. 12. Fachineus lib. 6. contro. cap. 47. Alciatus in cap. novit. de iudiciis, num. 47. Nec tantum testamentum ita conditum valet, & effectum sortitur in terris Ecclesie Romanæ subiectis, sed ubicunque, ut probat Arnoldus Vinius lib. 2. select. cap. 19. Christinus tom. 1. decis. 51.

Adhuc supra traditis obstat textus in can. 10. Concilii Tholosani, in illis verbis: *Volumus ut qui Concilium extremam voluntatem voluerit testamento firmari, sub testimonio fiat proprii confessoris, aut eo absente, sub presentia Ecclesiastica persona, restibus ordinatis, & accitis bona fama, quos voluerit testator adesse.* Refert Crespetius in summa, verbo Testamentum, ut fieri, & tueri debeat. Ex quibus aperte deducitur, testamentum tantum coram parochofactum, valere: Ergo frustra in presenti desiderantur duo, aut tres testes simul cum parochof. Pro cuius canonis expositione sciendum est, in

aliquibus provinciis Gallie, ut executio & cognitio testamentorum spectaret ad iudicem ecclesiasticum, cautum fuisse, ut sacerdotes, qui agrotos in confessione audiebant, eos admoneant, ut coram Notario Curie Episcopalis, & ipso sacerdote testamentum facerent, ut constat ex Bochetto lib. 3. Decreti, tit. 22. cap. 4. 5. & 6. & refert Rousseus lib. 6. histor. iur. Pontif. cap. 3. num. 15. immo et si testator aliter disposuisset, sepulturam ecclesiasticam privabatur. Concilium Narbon. can. 3. ibi: *Quod si testator neglexerit evocare presbyterum, vel ecclesiasticam personam, ecclesiastica ipse sepulturam privetur; & qui testamentum receperint sine prescripta solemnitate, ab ingressu Ecclesie arceantur.* Refert Crespetius ubi supra. Unde textus in dicto can. 10. accipiendus est juxta morem ipsius regionis; non vero inde deducitur, in aliis Provinciis idem jus esse observandum.

CAPUT XII.

Idem Electo & Capitulo (a) Cassanen.

Relatum est auribus nostris, quod quia statuimus in Lateranen. (b) Concilio, ut bona per Ecclesiam acquisita ad eam clericorum obitu devolvantur: dubitatis, an hoc sit de immobilibus tantum, vel de mobilibus sentiendum? Responsioque nostro quaeris edoceri, an praescripta bona in usus Episcopi, vel eorum, qui decedenti successerunt, de jure transeant, vel communi utilitati Ecclesie debeant applicari. Primo itaque breviter respondemus, quod generaliter bona quaelibet per Ecclesiam acquisita, ei debeant post acquirentis obitum remanere. Nomine autem Ecclesie non solum Episcopus intelligitur, vel successor clerici morientis, ubi est collegium clericorum; sed communis congregatio, quae rerum illarum debet canonicam distributionem, aut curam habere. Ubi autem in loco decedentis tantum (c) unus est ordinandus, is ea bona, sicut & alia ipsius Ecclesie (d) in timore domini dispenset. Licet autem mobilia per Ecclesiam acquisita, ut diximus, de jure in alios pro decedentis arbitrio transferri non possint, consuetudinis est tamen non improbandae, ut de his pauperibus, religiosis locis, & illis, qui viventi servierant, sive consanguinei fuerint, sive alii, juxta servitii meritum conferatur. Caterum quae ex hereditate, vel artificio, aut doctrina proveniunt, pro decedentis arbitrio dividantur. Quia vero nonnulli in diversis Ecclesiis beneficia possident, ita distinguimus, ut quae habuerint, per aestimationem congruam dividantur.

NOTAE.

(a) Cassanensi.] Ita etiam legitur in secunda collectione, sub hoc tit. cap. 1. Cassanenensis Ecclesia est in magna Gratia, cuius Praelato refertur Alexander in praesenti: & quia adhuc non erat confirmatus, nec consecratus, sub nomine tantum electi illi refertur Pontifex, juxta ea quae notavi in cap. 5. de electione.

(b) Lateranensi.] Relato in cap. cum in officio, hoc tit.

(c) Unus est ordinandus.] Haec verba exposui in cap. majoribus 8. de praebendis & dignitatibus.

(d) Ecclesie.] Bona relicta ab Episcopo, cui debeantur, jam exposui in cap. 4. de officio ordinarii. Circa fructus autem obtinuit, ut pro rata anni fructus dividantur inter defunctum, & successorem, ut late probant Sarmientus de reddit. 4. p. cap. 6. Covar. lib. 1. variar. cap. 15. num. 12. Molina lib. 1. de primog. cap. 11. num. 4. Valascus de partit. cap. 36. ex num. 9. Castillo de usufructu

cap. 79. Escobar de ratiocin. cap. 20. num. 23. Garcia de benef. 2. p. cap. 1. ex num. 94. Baptista Costa de ratione rate 9. 29. Eleganter Robertus lib. 3. rerum iudic. cap. 4. vers. Tertia opinio: nisi aliud consuetudine introductum sit, ut probant Solorzanus tom. 2. de jure Inaerarum. lib. 3. cap. 5. ex num. 45. Nogueroi allegat. 26. artic. 1. dixi in d. cap. 4.

COMMENTARIUM.

In hoc textu etiam agitur de testamentis a clericis conditis ex bonis propriis patrimonialibus, & ex aliis intuitu Ecclesie acquisitis, juxta ea quae adduxi in cap. cum in officio, hoc tit. cujus declaratio in praesenti fit, illudque specialiter hic cavetur, videlicet consuetudine introduci posse, ut clerici de bonis intuitu Ecclesie acquisitis in testamento disponent possint; quod quia generaliter in his Regibus observatur, immo & talis consuetudo approbata reperitur

in l. 13. tit. 8. lib. 5. *recopil.* examinandum venit, an talis consuetudo non solum in foro exteriori procedat, verum & in interiori securè observetur? Et talem consuetudinem improbarunt Navarrus de reddis. 1. p. num. 81. & in apolog. 3. p. monit. 1. & 2. Gregorius Lopez in l. 53. tit. 6. *glos.* 1. moti ex sequentibus. Primò, quia hæc consuetudo gravamen Ecclesiæ infert, siquidem privat eam omnibus bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, quæ defunctis presbyteris illi debentur, *ex cap. 1. infra, tit. 1.* sed consuetudo, quæ infert gravamen Ecclesiæ, improbatur, & non admittitur: ergo præsens consuetudo rejicienda est. Accedit, quia in specie non dissimili alia consuetudo improbatur in *cap. quia sepe, de elect. in 6.* Deinde quia Alexander in præfenti approbat tantum eam consuetudinem, quæ clericis de rebus mobilibus tantum disponere permittit: ergo à contrario improbat generalem consuetudinem, juxta quam clerici de omnibus bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis testamentum facere possunt. Contrariam tamen sententiam, quam ut veriore amplectimur, defendunt Matienzo, & Azevedo in *dicta l. 13. recopil.* Covar. in *dicto cap. cum in officiis, num. 9.* Sarmient. *de reddis. 2. p. cap. 6. num. 1. & 4. p. cap. 1. num. 7.* Gutierrez lib. 2. *practic. q. 14.* Valasco *de partit. cap. 35. num. 9.* plures, quos referunt Solorzanus tom. 2. *de jure Indiarum, lib. 3. cap. 10. num. 11. & 66.* Valenzuela tom. 1. *consil. 98. num. 30.* Salcedo *de lege polit. lib. 2. cap. 2.* quæ sententia probatur ex capite præfenti, *vers. Nisi, de offic. ordin. in 6. extravag. suscepti, de elect.* Joannis XXII. quam expendit Covar. *ubi proxime, num. 26. ex cap. cum tibi, junctâ communi interpretatione, de verb. sign. extravag. postulasti, de præbend. & dignit. & ex cep. ad hæc 7. hoc tit. in 1. collect. cujus verba retuli in cap. ad hæc 12. de præbend. ubi Alex. III. jubet observari consuetudinem, juxta quam clerici, qui à Kalendis Martii usque ad Kalendas Novembris decedebant, fructus totius anni distribuere, & de eis ad libitum distribuere. Nec hoc argumentum evitat Navarrus in apolog. *quæst. 3. monit. 8. num. 7.* prout optime notavit Sarmiento *dicta 4. p. cap. 1.**

num. 12. Accedit, nam omnia, quæ possunt concedi privilegio, possunt introduci consuetudine, *cap. 1. de privil. in 6. cap. super quibusdam, de verb. signif.* Sed Julius III. anno 1549. in *extravag. Cupientes*, quam refert Navarrus *de spoliis, §. 6. num. 1.* omnibus clericis in Curia degentibus permisit testamentum facere de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis: & hodie Presbyteri Cardinales virtute privilegii de omnibus bonis disponunt, ut refert Cohel. in *notis. Cardin. cap. 16. privil. 18.* Igitur & consuetudine introduci potest, ut clericis de omnibus bonis, etiam intuitu Ecclesiæ acquisitis testamentum faciant. Tandem, nam prohibitio, ne clerici de his bonis in testamento disponant, est juris positivi, ut supra probavi in *cap. 1. & in cap. cum in officiis*: Igitur in contrarium consuetudo præscribi potest. Quæ sententiâ retenti non obstant contraria fundamenta. Non primum, nam cum per hanc consuetudinem reducatur facultas testandi ad jus gentium, juxta quod unicuique licet de rebus suis disponere tam in vita, quam in morte, inde facultate hac utendo clericus nullum præjudicium Ecclesiæ infert, cum jus, quod illi competeat ad ea bona, juris positivi esset, & ita per contrariam consuetudinem abrogari posset. Nec etiam obstat textus in *dicto cap. quia sepe*; nam magnum discrimen versatur inter hanc consuetudinem, per quam facultas testandi clericis conceditur; & eam, per quam bona decedentium clericorum Sede vacante Episcopali ad Capitulum, & ejus singulares personas devolvuntur; præsens enim consuetudo rationabilis est, illa autem irrationabilis. Nec etiam obstat præsens textus; nam Alexander III. consuetudinem testandi de bonis mobilibus approbando non improbavit consuetudinem generalem disponendi de omnibus rebus mobilibus, & immobilibus; nec poterat improbare consuetudinem nostri Regni, cum posterior sit. Manet ergo, validè & licitè virtute prædictæ consuetudinis posse clericos disponere de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, etiam in testamento; quod in Gallia, & aliis Regnis etiam observari probat Solorzanus *ubi supra.*

CAPUT XIII.

Idem *Altißiod.* (a) *Episcopo.*

CUM tibi de benignitate Sedis Apost. sit indultum, quod ordinatio (b) rerum clericorum ab intestato decedentium liberè in tua potestate, ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali remove, quod aliquando inter te, & (c) tuos est subortum, super duobus nos consulere voluisti. Primò, an appellatio vocabuli clericorum, tam ad canonicos, quam ad non canonicos extendatur. Secundò an illi qui in voluntate & dispositione alterius suam committunt ultimam voluntatem, nihil per se penitus ordinantes, vel determinantes, quid cui loco, vel personæ conferri debeat, dicantur decedere intestati. Primæ igitur consultationi tuæ duximus respondendum, quod appellatio clericorum non solum alios, sed & canonicos comprehendat. In secunda verò dicimus, quod qui extremam voluntatem alterius dispositioni committit, non videtur decedere intestatus,

NOTÆ.

NOTÆ

- (a) **Altiſſiodorensis.**] Ita legitur in tertia collectione, *sub hoc tit. cap. 1 & in cap. cum tibi. de verb. sign.* in eadem collectione, ex quo ita huius textus integram restituo, in presenti enim Innocentius III. rescribit Guillelmo de Castro Sillignaco, qui mirè tam in spiritualibus, quam temporalibus auxit ipsam diocèsim, variis ædificiis constructis, & reparatis, ut refertur in historia Episcoporum Altiſſiod. edita à Philippo Labeo tom. 1. Biblioth. novissimæ. fol. 405. Unde privilegium impetravit ab Innocentio III. ut de inestatorum bonis liberè disposeret, ut ita tot expensis in Ecclesiarum constructionibus, & dotibus factis consulere possit, bona inestatorum clericorum ita piè, & utiliter impendendo. De Ecclesia Altiſſiodorensi egi in cap. 14. de præscript. Idem jus habuisse Parisiensem Episcopum, refert Cantiprat. lib. 2. cap. 45. ibi: *Andrevinus de venerabili Guillelmo nato Albernia, Parisiensis Episcopo, quod cum nunciaretur ei quendam Canonicum Ecclesia Parisiensis inestatum decessisse, &c. Et de Archiepiscopo Eborac. Mathæus Parisius ad annum 1181. Qui adhuc vivens à Paulo Alexandro privilegium impetraverat, ut si clericus sua jurisdictioni suppositus, agens in extremis testamentum non conficeret, Archiepiscopus haberet facultatem injiciendi manus in bona defuncti.*
- (b) **Rerum clericorum.**] Non patrimonialium; nam in eis ab intestato clerici habent suos hæredes consanguineos, & agnatos, cap. cum in officio. cap. ad hac. cap. relatum, hoc tit. & illis deficientibus succedit Ecclesia, ut infra dicemus titulo sequenti; non verò eorum, quæ intuitu Ecclesiæ acquirerant; nam in eis succedebat Ecclesia, cap. 1. de success. ab intestato, cap. penult. de peculio cleric. nec de eis poterat clericus in presenti specie dispositionem alteri committere; unde privilegio concessum erat Guillelmo Episcopo Altiſſiod. ut eorum bonorum, in quibus Ecclesia jure communi attento succedebat, nullis adstantibus consanguineis liberam haberet administrationem.
- (c) **Et tuos.**] Canonicos videlicet, qui inestatorum successionem sibi vindicabant.
- (d) **Primo.**] Hæc prima consultatio refertur in cap. cum tibi, de verb. signif.

COMMENTARIUM.

Notum est, ultimam testantis voluntatem in alterius dispositionem conferri non posse, l. illa 32. l. ex facto, l. si quis ita, l. si quis Sempronius 68. ff. de hered. instit. l. fideicommissæ 11. §. quamquam. ff. de legat. 3. l. nonnunquam 52. ff. de cond. & demonstr. l. utrum. 7. §. cum quidam 5. ff. de reb. ambis. l. fideicommissaria 46. ff. de fideicommiss. libert. l. 1. §. si ab ipso. ff. de collat. bonor. l. penult. §. si patronus. ff. de bonis libert. l. 11. tit. 3. p. 6. Illustrant Alcianus lib. 2. parerg. cap. 32. Cujacius lib. 2. observ. cap. 2. Connanus lib. 10. comment. cap. 6. Robertus lib. 2. recept. sentent. cap. 11. Acosta lib. 1. select. cap. 21. Sarmient. lib. 2. select. cap. 11. Antonius Augustinus lib. 4. emend. cap. 10. Vinius lib. 2. select. cap. 25. Bronchorst. enantioph. cent. 3. assert. 4. §. cujus principii rationem ex diffinitione testamenti petendam esse ipsi existimant; nam

cum diffinitio diffiniti substantiam demonstrer, l. 1. §. dolum, ff. de dolo, & testamentum sit voluntaris nostræ juxta sententia, l. 1. ff. de testam. apparet, contra substantiam testamenti fieri, si alienæ dispositioni committatur. Duarenus in dicta l. 1. & ad tit. de hered. instit. cap. final. columna finali, Segura in repetitione legis coheredi, §. cum filie, ff. de vulgari, Tiraquellus ad ll. conubiales, glossa 5. num. 5. in fine: quod explicuisse videtur Cajus in dictal. illa institutio, ibi: Testamentorum jura per se firma esse oportere: hoc est, testamentorum dispositiones per se firmas esse debere, robur, & firmitatem à seipsis, & non ab alio accipere; nam lege XII. Tabul. quod quis de bonis suis disposuisset, confirmavit lex verbis legis, de verb. signif. princip. Instit. ad leg. Falcid. potestas quippe hæc personalis ad alterum transferri non potest; etenim cum quis ita disposuit: *Instituo quos Titius voluerit*, vel, *Instituo Sempronium, si Caius voluerit*; Sempronius pendet ab aliena voluntate, taliter quod institutio vires, & firmitatem sumit à voluntate tertii, quo renuente nullus hæres institutus reperitur, & sic magis tertii, quam defuncti testamentum esse videtur, ob idque à veteribus talis institutio improbat. Prosequuntur Connanus lib. 10. comment. cap. 6. num. 3. Costa in cap. si pater, 1. p. verbo Pauperis, num. 5. de testam. in 6. Corraſius 5. Miscel. cap. 13. Spino in specul. testam. gloss. 5. num. 2. Cujacius lib. 6. respons. Papin. in dicta l. captatorias 70 ff. de hered. instit. Donellus 8. comment. cap. 15. Antonius Faber decad. 51. error. 4. Castillo 2. controvers. cap. 6. num. 22. Matienzo in l. 5. tit. 4. lib. 5. recopil. gloss. 1. num. 2. Unde facile deducitur, ultimam testatorum voluntatem in alterius dispositionem conferri non posse.

Quæ assertio primùm procedit in institutione hæredis, quæ ad eam in voluntatem alterius conferri non potest, ut nec arbitrio, sive libero sive justo conferri valeat; in quo sensu verbum *Arbitrio*, quo utitur Consultus in dictal. illa 32. accepit Sarmientus lib. 2. select. cap. 6. num. 4. Quæ sententia non malè confirmari potest ex l. filio 17. ff. de injusto rupto, ubi si filius præteritus velit testamentum patris approbare, adhuc tamen attento juris civilis rigore nullus momenti esse supponitur; quod ex eo provenire existimant Faber lib. 9. conject. cap. 14. Osualdus lib. 6. comment. cap. 6. littera C ne alioquin ex arbitrio filii hæredis institutio pendeat. Cui doctrinæ objici solet, substitutionem esse secundam hæredis institutionem, & tamen ea ex voluntate instituti pendet, ut constat ex vulgari ejus formula ibi: *Titius hæres esto, & si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto*. Sed responderetur cum Sarmiento d. cap. 6. num. 5. Osualdo d. lib. 6. cap. 32. littera A. substitutionis jus non pendere ex voluntate libera primi instituti, sed ex tacita, & à contrario sensu deducta, ut in l. fideicommissa 11. §. si sic, ff. de legat. 3. immò principaliter pendere ex testantis voluntate, & judicio; non enim aliter voluit testator substitutum hæredem esse, quam si primò institutus factò, vel verbo hereditatem non adierit; quomodo etiam exponendus est textus in l. si quis 68. ff. de hered. instit. ubi docetur, posse fieri institutionem sub ea conditione, si Titius in Capitolium ascenderit; quia hoc casu institutio confertur in expressam voluntatem Titii, sed potius in velatam

latam, sub conditione videlicet, quæ pendet ex facto ipsius. Nec obtinet si infes, in Titii potestate esse ascendere, vel non ascendere; ac proinde nihil interesse inter hanc conditionem, *Si in Capitolium ascenderit*; & illam, *Si voluerit*. Nam respondeo adhuc institutionem propriè non pendere ex voluntate Titii, sed potius ex facto involuntario ipsius; quia ut rectè explicant Costa *lib. 1. select. cap. 21. num. 5.* Donellus *diu. lib. 8. cap. 15. conditio, si voluerit*, non nisi sciente, & volente impleri potest; conditio verò ascendendi in Capitolium facta, & ab eo qui ignoravit conditionem, impleri potest; quippe talis conditio in casum collata censetur. Nec contrarium probatur in *l. 2. ff. de condit. & demonstr.* ubi apertè docetur, conditionem ascendendi in Capitolium adimpleri non posse nisi ab sciente, non verò ab eo, qui per accidens ascendit. Nam respondeo cum Sarmiento *dicto cap. 6. num. 31.* textum illum procedere quando conditio adjicitur ipsi hæredi instituto, vel legatario; nam tunc scienter, & deliberatè ab eis impleri debet: nos verò loquimur quando hæc conditio ponitur in personam tertii, quia tunc, cum casualis sit, sufficit ut casu adimpleatur. Adhuc tamen suprâ tradita doctrina, videlicet institutionem hæredis in extraneam voluntatem poni non posse, limitanda est, cum non ipsa constitutio, sed electio hæredis ponitur, veluti cum testator dicit, *Institutio hæredem unum ex consanguineis, quem Titius elegerit*: nam cum institutio directè fiat à testatore, electio rectè tertio committi potest; siquidem eo non eligente, omnes consanguinei admittuntur, argumento legis *si quis 17. §. 1. l. cum quidam 24. l. cum pater 77. §. hæreditatem, ff. de legat. 2.* & faciunt textus in *l. utrum 7. §. cum quidam, ff. de rebus dubiis, l. fideicommissoria 46. §. ult. ff. de fideicommiss. libert. l. id quod pauperibus 24. l. nulli, l. si quis 38. C. de Episcop. & cleric. docent Covar. hic, Acoſta in *dicto cap. si pater, verbo Pauperes, num. 6.* Castillo *lib. 2. controu. cap. 6. num. 23.* Deinde limitatur prædicta doctrina cum non ipsa institutio, sed portionum distributio tertio committitur; quod dispositionis genus consistere, probatur ex *l. cum filius 76. §. pater, ff. de legat. 2.* Item cum in vim declarationis institutio in alterius voluntatem conferatur, dum tamen à testatore hæres ore proprio nuncupetur, *l. hæres 21. ff. hoc tit.* veluti si testator dicat, *Instituo hæredem, quem scripsi in quadam scheda, qua est apud Titium*: nam licet declaratio Titio committatur, tamen institutio directè fit à testatore, & ita sustinetur, argumento legis *quoties 9. §. si quis nomen, l. hoc 29. l. nemo 58. leg. assè 77. ff. de hæred. instit.* docuit Covar. in *præsenti, num. 7.**

Quoad legata licet Christophorus à Castelleone relatus à Cumano in *l. 1. ff. de legat. 2. num. 5.* & Alciatus *ibi, num. 6.* existimaverint, ea relinqui posse in meram tertii voluntatem, ex eadem lege 1. accipientes textum in *dicta l. illa 22.* in illis verbis: *Testamentorum iura, pro hæredum institutionibus, quæ ad caput testamenti spectant, l. 3. ff. de his que in testamento, §. ante hæredis, Instit. de legat.* tamen rectè eos refellit Acoſta *lib. 1. select. cap. 21. num. 9.* qui inter legata & institutiones nullam in hac parte verari differentiam docuit; sed cum aliena voluntas variè dici possit, videlicet vel legatarii, vel

hæredis, vel alterius extranei, de his tribus singillatim agendum est. Et quod attinet ad primum, nemo est qui nesciat, legatum, vel fideicommissum in voluntatem legatarii relinqui posse, veluti, *Lego Titio centum, si ipse voluerit: l. si ita 65. §. 1. ff. de legat. 1. l. 66. ff. de condit. & demonstr. l. 30. tit. 9. partit. 6.* Cujus rei illa ratio est, quod cum in legatarii potestate sit agnoscere, aut repudiare legatum, nec inuitus ad id accipiendum cogi possit, idcirco quod tacitè inest, etiam expressâ conditione relinqui potest; qua conditionis expressio faciet legatum conditionale, non purum, *d. l. si ita 65. §. 2. d. l. si ita 69.* Nec obstat si quis dicat, hujusmodi legatum ex eo purum videri, quod illa conditio, *si soluerit*, tacitè à jure inſit, *l. inuito, ff. de regul. juris*; tacita autem conditio à jure, licet à testatore exprimitur, nihilo magis facit legatum conditionale, *l. 3. ff. de legat. 1. l. seruo 47. in fine, l. condiciones 99. l. aliquando 107. vers. Item, ff. de condit. & demonstr. l. hæredes, vers. Tractari, l. si dies, vers. Si sub conditione, l. si Titio 22. vers. Quadam, ff. quando dies legati cedat.* Nam responderi solet, conditionem, *si voluerit*, aliter exprimi, quàm à jure inest; nam à jure non inest, ut legatarius velit: nam etiam ignoranti acquiritur, *l. cum pater 77. §. surdo, l. legatum 20. ff. de legat. 2. l. si tibi 86. §. cum seruus, ff. de legat. 1. l. si partem 19. ff. quemadmodum seruitutes*: cum eo ipso, quod non repudiatur, retrò legatarii fuisse intelligatur, *l. seruum 44. §. 1. ff. de legat. 1. l. 1. §. sed utrum, ff. si quid in fraudem patris*; expressâ verò conditio, *si voluerit*, supervacua non habetur, cum eâ adjectâ fiat, ut ignoranti legatum non queratur, nec consistat antequam legatarius constituat se velle, exemplo hæredis sui, cui si conditio, *Si voluerit*, in institutione adjicitur, institutio conditionalis ex eadem ratione fit, *l. jam dubitari 86. vers. Non abs re, ff. de heredib. instit.* licet aliud sit in hærede extraneo, ex regula *dictæ legis 3. ff. de legat. 1.* atque ita docent Accursius in *d. l. aliquando, verbo Adierit*, Bartolus in *d. l. 3. num. 3.* ubi Jafon *num. 3. & 8.* Alciatus *num. 8.* Cujacius *ad finem.* Donellus *lib. 8. comment. cap. 15. in princ. & c. 32. vers. Sæpe numero.* Sanchez *lib. 5. de matrim. disput. 1. num. 7.* Sed hæc interpretatio, licet vulgò recepta, nec rita satis, nec firma est, quamvis utrunque defendi posse, defendat Duarenus; nam convinci videtur, primò ex *d. l. si ita 65. §. 1. vers. Aliud*, in qua ostenditur, conditionem, *Si voluerit*, tacitè in legato contineri, alioquin si non inesset, non rectè posset legatarius illud repudiare. Deinde, nam si conditio, *Si voluerit*, tacitè non inesset ex eo, quod ignoranti queritur legatum, utique hæc ratio vim suam haberet in legato damnationis: arqui quod ignoranti legatum queratur, & quod rectè viâ tranſeat, non nisi in legato vindicationis locum habet, *d. l. legatum 20.* cum suprâ adductis: ergo aut fateri debent textum in *dicta l. si ita 65. §. 1.* in legato tantum vindicationis accipiendum, quæ nimia restrictio est; aut dare debent rationem, quâ usi sunt, non satis esse adæquatam, cum omnibus legatis non conveniat. Quare omiſſâ aliâ solutione Ripæ in *dicta l. 3. num. 35.* cui subscribunt Duarenus *ibi*, & Menochius *lib. 4. præſump. 201. num. 57.* quæ non ad rem institutam, sed ad jus transmissionis accommodatur, multò planius dici posse existimo, conditionem

De legatis
in volun-
tatem ali-
enam re-
latis,

conditionem *si volet*, in legato expressam, amplius continere, quam tacitam; nam tacita eam habet sententiam, *si voluerit*; expressa, si declaraverit se velle habere legatum; atque ita quod amplius habet, quam antea non habebat, est declaratio voluntatis, quae sola efficit legatum conditionale; atque ita alio modo exprimit, & alio modo inest; quod forsitan veteres, & noviores hujus sententiae auctores explicare voluerunt; sed vel verbis defecti, vel verbis redundantes suam sententiam non explicuerunt.

6. Succedit secundus casus, cum legatum relinquatur in meram voluntatem heredem, quod in iustitiam relinquitur notum est; *l. Senatus 43. §. legatum, ff. de legat. 1. l. fideicommissaria 11. §. quamquam, ff. de legat. 3. l. fideicommissaria 46. §. quod si ita, ff. de fideicommissis, libert.* non ex ratione textus in dicta *l. illa instructio*; sed ex alia potiori, videlicet quia in voluntatem debitoris poni non potest, an obligetur, vel non, *l. sub hac 80. ff. de obl. & act. l. stipulatio 17. l. à Titio 108. §. ultimo, ff. de verb. oblig. l. hac venditio 7. in principio, ff. de contrahend. empr. l. in vendentis 23. C. eodem, l. 2. §. Scavola, ff. de eo quod certo loco.* Sed licet legari substantia, ipsamque praestare, vel non, in voluntatem heredem poni non possit; tamen eius accidentia, ut electio rei, *l. si quis à filio 32. §. si quis plures, ff. de legat. 1. vel persona, l. si quis servum 8. §. si inter duos, ff. de legat. 2. l. virum 7. §. cum quidam, ff. de rebus dubis, & tempus debendi, l. centesimis 46. §. penult. ff. de verb. oblig.* in heredem arbitrio relinqui possunt. Quo modo accipiendus est textus in *l. uxorem 41. §. Scavola, ff. de legat. 3.* in cuius specie non legari substantia, sed accidens, videlicet tempus debendi, positum fuit, ut exponit ibi D. Josephus de Retes *lib. 4. opuscul.* Nec contrarium probat textus in *l. quodcumque 45. §. ultimo, ff. de verb. oblig.* ubi docetur, nullam veram differentiam inter stipulationem conceptam *si voluerit*; vel *Cum voluerit*; & utramque conceptionem pariter conditionem continere probat lex *si Titio 22. ff. quando dies legat.* Nam respondeo, illud procedere quoad induendam conditionem, ita ut sensus sit, quod sicut stipulatio conditionalis est concepta sub illa formula, *Si volueris*; ita etiam si concipiatur sub illa, *Cum volueris*. Ceterum cum agitur de imponenda obligatione in personam heredem, aut promissoris, multum interest; nam in conditione, *Si volueris*, tota dispositio pendet ex voluntate ipsius, cui imponitur; in conditione verò, *Cum volueris*, sola temporis adiectio ex ipsius voluntate pendet; unde consequens huic doctrinae est, legatum relictum, *cum voluerit heres*, intercidere, si legatarius decedat antequam heres constituatur se velle, nec ad legatarii heredes transmitti, quasi in diem incertum relictum, *ex l. dies incertus, l. heres 79. in principio, ff. de condit. & demonstr. l. 4. ff. quando dies legat.* ex diverso si ipse heres decedat antequam praestare se velle dicat, tunc eius heres legatum solvere cogitur, *dicta l. fideicommissaria 11. §. hoc autem, dicta l. uxorem 41. §. Scavola, ff. de legat. 3. l. servos 20. ff. de manumiss. test. am.* quod favore ultimarum voluntatum receptum esse, notant Acoſta *lib. 2. selectarum, cap. ult. num. 8.* D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

Menchius *lib. 4. praesumpt. cap. 90. & in l. ult. ff. qui sine manumissione*, docetur, quod si servus venditus sit, ut manumittatur cum emptor voluerit, moriente emptore libertas servo competit. Nec huic doctrinae obstat textus in *l. centesimis 46. §. ultimo, ff. de verb. oblig.* ubi Paulus scribit, hanc stipulationem, cum promissor voluerit, ita inutilem esse, si antequam ipse constituat se velle, decedat; nam omnis solutionibus traditis à Bartolo *ibi, Jafone numero 11. Acoſta dicto cap. ultimo, Roberto libro 2. recept. cap. 12. Hothomano libro 1. observ. cap. 8. Sarmiento lib. 2. selectarum, cap. 6. num. 24.* dicendum est, textum illum procedere in contractu stricti iuris; in quo propter verborum rigorem ita demum videtur promissor obligari; si vivus declarat se velle; quod secus est in contractu oneroso, de quo in dicta *l. ultima*; cum credatur eam fuisse contrahentium intentionem, ut emptor omnino libertatem servo praestaret, tantumque tempus praestationis illius arbitrio relictum esse: unde dum velle potest, expectatur; ubi verò mors intercedit, quia cessat voluntas, in ultimo vitae spiritu incipit libertas competere: etiam etsi in meram, & apertam heredem voluntatem legatum relinqui non possit, tamen in obliquam, & ejus arbitrium relinqui valet, quia non de libero heredem arbitrio; sed de arbitrio boni viri sensisse testatorem creditur, quo modo aliqui accipiunt textus in *l. si sic 75. §. ultimo, vers. Proinde, ff. de legat. 2. l. Lucius 14. ff. de fideicommissis, libert.* Sed de his infra agemus.

7. His tamen valde refragatur textus in *l. fideicommissaria 46. ff. de fideicommissis, libert.* ubi aperte docetur, valere libertatem servo relictam, si heres voluerit, cum contrarium dicendum esset juxta supra tradita, & ibi Ulpianus ipse agnovit in *vers. Quod sic. Quare* aliqui docuerunt, Ulpianum se ipsum correxisse, & quod in principio proposuerat, in sequenti vericulo mutasse. Nec dissimilis omnino est interpretatio Connani, qui *libro 10. comment. cap. 6. interrogative legit textum illum usque ad vericulum, quod si ita.* Sed his omnibus sententiis, Cumanus in *l. illa 32. numero 12. ff. de hered. instit.* cui subscribit Costa *lib. 1. selectarum, cap. 22. num. 1.* existimat, textum in dicta *l. fideicommissaria 46. in principio*, accipiendum esse de fideicommissaria libertate, quam Ulpianus affirmat valere sub conditione si heres voluerit; vericulum autem, *quod sic*, accipiendum esse de libertate directa, ut indicant illa verba: *Stichum liberum esse volo; & hanc inutilem esse sub conditione, si voluerit.* Cujus differentia illam rationem affert Costa, quod in libertate fideicommissaria heres jura patronatus consequitur, *§. qui antiem, Instit. de singulis rebus.* Quae de causâ facile creditur, heredem libertatem praestaturum: quae ratio cessat in directa libertate. Quam Cumanus interpretationem, etsi plerique impugnent, acriter defendit Acoſta *ubi proxime*, distinguens inter libertatem valere, & libertatem deberi: atque ita existimat libertatem fideicommissariam sub conditione, *si heres voluerit*, valere quidem, non tamen deberi, quousque heres constituat se velle: quo casu incipiet deberi, impletâ scilicet conditione; & in hoc casu explicandum

candum esse affirmat, quod Ulpianus in *dicta l. fideicommissaria 46. in principio*, ait, pendere ex nutu hæredis; directam verò libertatem, si hæres voluerit, non solum non deberi interrim dum hæres non constituit se velle; sed nec valere, etiam si hæres se velle declaret, quasi ab initio huiusmodi legatum omnino inutile sit. Sed quamvis hæc Costæ sententia subtilis sit, everti tamen videtur ex traditis à Sarmiento *dicto lib. 2. selectarum, cap. 6. num. 15.* quare alii asseruerunt, Ulpiani sententiam in *dicta l. fideicommissaria 46. in princip.* cum duobus versiculis sequentibus, non aliam esse, quam affirmare, valere libertatem collatam in voluntatem hæredis, legatarii, vel tertii, si modò voluntas in vim conditionis accipiatur, quasi ille versiculus, *quia conditio*, ad omnes tres casus præcedentes referatur: quod verò subjicit in versiculo, *quod si ita*, sic accipiendum est, ut si non in vim conditionis hæredis voluntas accipiatur, sed in plenum ejus arbitrium conferatur, tunc etiam libertas inutilis sit. Nec obstat si objicias, legatum in hæredis arbitrium etiam in vim conditionis collatum non consistere, ex *dicta l. 43. §. legatum*. Quia responderi potest, id locum non habere jure singulari in libertate fideicommissaria, de qua in principio ipsius textus, quod innuere videtur Ulpianus in illis verbis: *Quamvis nihil aliud*, &c. & evincitur ex ratione legis *sub hac 7. ff. de oblig. & act.* quæ ratio cessat in libertate fideicommissaria; cum enim libertas pietatis causâ relicta sit, facillè intelligi potest, heredem præstare velle, argumento legis *cum is 32. §. mulier, ff. de condi. indeb.* Item ex alia ratione, de qua Acofta *ubi supra*. Aliter Accursius in eodem textu, verbo, *quod si ita*, respondet, dum ait in initio illius textus tantum proponi libertatem dari posse ita, *Hæres si voluerit, fides tua committo, ut Stichum manumittas*. Sed non affirmari libertatem ita datam valere, usque ad versiculum, *quod si ita*, ubi Ulpianus expressè respondet, libertatem ita relictam non valere. Hæc tamen Accursii expositio sustineri non potest: tum quia divinatoria est; tum etiam, quia si libertas inutiliter datur per illam formulam, *si hæres voluerit*, contonum non erit affirmare in principio ipsius legis posse de eo dubitari. Sed his solutionibus omisiss pro hujus textus expositione, & aliorum, in quibus de fideicommissis agitur, existimabam, quod licet legata ex nutu & mera voluntate hæredis pendere non possint, nec in ejus voluntatem relinquunt, tamen fideicommissa eo modo relicta, ut ex nutu mero hæredis pendeant, valere ex eo, quia in fideicommissis non militat ratio supra adducta, nec deducta ex *dicta l. illa institutio*; imò potius juxta primævam naturam ipsorum, solutio eorum pendet ex nutu & voluntate hæredis, *princip. Instit. de fideicommiss. heredit.* Et licet Imperator Augustus imposuerit necessitatem hæredibus solvendi ea, ut in eodem textu refertur, atque ita exæquata fuerint legatis, *l. i. ff. de legat. i.* tamen testator expressè ea relinquendo in meram voluntatem hæredis, fideicommissa reponit in pristinam naturam, nec eorum substantiæ aliquid contrarium disponit; tantum enim remitti necessitatem

ab Imperatore Augusto impositam; nec contra ipsius Imperatoris constitutionem disponit, sed ejus beneficio non utitur, apponendo conditionem, *si hæres velit*. Quare cum naturæ fideicommissi non repugnet, immò consonum sit, ut ex nutu, & voluntate hæredis pendeat, ideo licet legatum in voluntatem meram hæredis poni non possit, fideicommissum tamen ita relinqui valet, ut ex ejus nutu pendeat, ut in *dicta l. fideicommissaria 46.* in cujus principio ait Ulpianus: *Fideicommissaria libertas ita potest dari: Hæres si voluerit, fides tua committo, ut Stichum manumittas, quamvis nihil aliud testamento potest valere ex nutu hæredis*. Ubi notanda sunt illa verba. *Ex nutu hæredis*, quæ propriam, & antiquam fideicommissorum conditionem redolent; & tunc rectè ait Consultus, ultra fideicommissa nihil aliud ex nutu hæredis pendere posse. Prosequitur Ulpianus in §. 1. & ait: *Planè & si ita, Si Stichus voluerit, potest ei libertas inscribi*. In quo §. agit de voluntate ipsius manumittentis; nam sicut filius invitus non emancipatur, *l. penult. C. de emancipat. liber.* Paulus *lib. 2. sentent. tit. 25.* ita nec servus invitus manumittitur. Quare legimus aliquos servos repudiassè libertatem sibi relictam, quorum exempla referunt P. Faber in *regula Iroito, ff. de regul. jur.* Fornerius *lib. 4. rerum quorid. cap. 3. per totum*; & ita sicut legatum relinqui potest, si legatarius voluerit, ita & libertas, si Stichus velit. In §. 2. ait Ulpianus: *Sed si ita scriptum sit: Si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius in Capitolium ascenderit*. In quibus §§. mutat speciem, non solum cum libertas in tertii voluntatem relicta est, sed etiam incipit agere de libertate directò relicta, ibi: *Liberum esse volo*. Et licet in eo casu videbatur dicendum, libertatem non valere, quia erat relicta in meram tertii voluntatem, ut de aliis legatis statim dicemus; tamen contrarium docet Ulpianus, quia favor libertatis hoc evincit, ut quemadmodum legatum relictum sub conditione, *Si Titius in Capitolium ascenderit*, valet, quia creditur illum ascendurum in Capitolium pietatis causâ, seu sacrificandi gratiâ, & ita legatum valiturum ipso ascendente in Capitolium; ita præsumitur favore libertatis Titium, in cujus voluntatem illa relicta est, oporturum potius ut servus ad libertatem perveniat, quam ut sub durâ servitutis jugo permaneat. Et licet in aliis actibus conditio illa non aliter adimpleri possit, quam si Titius sciens animo implendi impositam conditionem declaret, ideoque vitetur dispositio, *dicta l. si ita 65. §. illi si volet, ff. de legat. i.* tamen ne libertates pereant jure singulari receptum est, ut in illa conditione, si Titius voluerit, voluntas Titii non consideretur ut causa efficiens dispositionis, sed ut quælibet alia conditio casualis, similis illi, si Titius in Capitolium ascenderit. Et quemadmodum illa impletur, sive sciens, sive ignorans Titius Capitolium ascenderit; ita quoque & illa, *Si voluerit*, adimpletur, quomodocunque constet, Titium voluisse, sive sciat, sive ignoret conditionem. Quæ expositione admisa facillè eo casu sustinetur libertas, cum tunc dispositio

tio ex sola voluntate testatoris perficiatur, & conditio effectum tantum dispositionis, sicut cetera conditiones, suspendat. Tandem in §. 3. retentâ eadem specie libertatis directæ, ait Ulpianus, quod si ita scriptum sit: *Si heres voluerit*, non valebit, libertas videlicet directâ, quia in voluntatem hæredis legatum, aut libertas directò poni non potest, ex ratione suprâ expensâ. Nec obstabit si dicas, etiam ob favorem libertatis eandem interpretationem hujus conditionis, *si velit*, admitti debere, sive apponatur in persona hæredis, sive in persona tertii: sed in persona tertii non vitiat libertatem, imò interpretatur, ita ut valeat: ergo & in persona hæredis. Nam respondeo, quod licet illa interpretatio admittatur favore libertatis, quando confertur in libertatem tertii, non obstante regulâ dictæ legis illa institutio; non tamen admittitur quando confertur in voluntatem hæredis, quia eo casu non solum obstat dispositio dictæ legis *illa institutio*; sed altera, quæ non minorem vim habet, nempe quod non potest in voluntate debitoris esse, an debeat, *dicta l. utrum, §. cum quidam. de rebus dubiis*: contra quam regulam impossibile erat, quod legatum valeret, & sic licet in tertii voluntatem tacitam, & velatam conferri legatum possit, in voluntatem tamen hæredis inutiliter confertur: unde cum libertatis fideicommissaria naturæ contrarium non sit, ut pendeat ex nutu hæredis, idè fideicommissaria libertas ita relicta, *Si heres voluerit*, valet; directâ verò non valet.

8. Qua distinctione admittâ inter legata, & fideicommissa, exponendus est textus in *l. Lucius 14. ff. de fideicommiss. libert.* ubi libertas per fideicommissum relicta fuit sub ea conditione, si hæredi placeret. Et docet Modestinus, libertatem valere. Cujus textus difficultatem ut DD. communiter dissolvant, affirmant, textum illum esse accipiendum non de libero hæredis arbitrio, sed de arbitrio hæredis, quasi boni viri; quo modo legata in hæredis arbitrium relinqui possunt, *l. si sic 75. in principio, ff. de legat. 1. l. fideicommissa 11. §. quamquam, ff. de legat. 3.* idque significare docent verbum, *Placet*, quo utitur Modestinus, ut notarunt *ibi* Bartolus, Albericus, & Gothofredus. Sed hæc interpretatio præterquam aliena est à verbo *Placet*, quod simplicem & absolutam voluntatem exigit, non regulatam juxta boni viri arbitrium, & aperte convincitur ex *l. cum proponas 8. C. de fideicommiss. libert.* ubi docetur in eadem specie servum libertatem non consequi refragante uxore hærede instituta, cum libertas relicta esset, si uxori placuisset. Et licet ut hanc difficultatem effugiant Accursius, & alii, quos laudat, & sequitur Caldas de nominatione, *1. p. quest. 5. num. 18.* exaudiendum esse dicant textum illum adjectâ particulâ *maximè*, vel cum uxor justam contradicendi causam habuit, ex *l. servos 20. ff. de manumiss. testament. l. cum pater 77. §. rogo, ff. de legat. 2.* hoc tamen quàm alienum sit ab ejus textus littera, facile quilibet agnoscat. Unde existimabam ex prædictâ differentia legatorum, & fideicommissorum explicandum esse textum in *dicta l. Lucius 14.* nam cum loquatur de fideicommissaria libertate, D.D. Gonzal. in *Decretal. Tom. III. Pars I.*

tate, potuit relinqui in voluntatem hæredis, & ex ejus nutu pendere, juxta naturam fideicommissorum, & ita eo renueate libertatem non competere, ex *dicta l. cum proponas.*

Ex suprâ traditis exponendus etiam textus est in *l. fideicommissa 11. §. sic fideicommissum*, Exponitur *ff. de legat. 3.* qui valde difficilis est ex eo, quod verba illa, *Nisi heres meus voluerit*, in effectu significant, si heres voluerit; nam cum prædicta formula hæbeat in se duplicem negationem, unam inclusam in dictione *nisi*, & alteram in verbo *voluerit*, affirmativæ equipollet, *l. duobus 237. ff. de verb. signif. l. quibus 40. §. quidam, ff. de condit. & demonstr.* Costa *lib. 1. selectarum, capite 24.* Unde textus ille probat, in voluntatem hæredis legatum conferri posse, contra hucusque tradita. Cujus textus interpretatio ea communis est, quod in ejus specie conditio non fuit adjecta substantiæ legati, sed resolutioni; nam legatum purum est, ademptio verò conditionalis, posita in voluntatem hæredis: ita Bartolus in *l. 1. de legat. 2. opposit. 3.* asserens legatum poni posse in voluntate hæredis extinctiva, non verò substantiva, quem sequuntur in *dicta l. 1. Baldus num. 4. Alciatus numero 9. Peralta numero 57. Panormitanus in præsent. num. 9. Covarruvias numero 10.* Sed refellitur interpretatio hæc ex eo, quod sicut præstatio legati non potest pendere ex voluntate hæredis, *dicta l. Senatus, §. legatum, de legat. 1.* ita nec ipsius ademptio, *l. legata 14. §. quibus, ff. de adimend. legat. docent Jason num. 2. Baldus num. 11. in l. captatorias, C. de testament. milit.* Deinde quia et si contractus, qui sub conditione resolvuntur, puri censeantur, *l. 2. ff. de in diem adject.* tamen legata, quæ sub conditione adimuntur, sub contraria conditione data intelliguntur, *dicta l. legata, vers. Nam pure, l. si legatum 10. ff. de adimend. legat. dicta l. quibus 40. §. quidam*: unde legatum ademptum sub conditione si heres noluerit, censetur datum sub contraria, si voluerit, & per consequens valere non debet. Omittâ ergo hæc solutione veriùs dicendum est, textum illum non loqui de legatis, ut voluit Cujacius; sed potiùs de fideicommissis, ut constat ex illis verbis: *Sic fideicommissum*; & *ibi: Quasi conditionale fideicommissum est.* Cum ergo juxta suprâ tradita fideicommissum in voluntatem hæredis poni possit, & ex ejus nutu pendere, rectè Ulpianus docuit, valere fideicommissum ita relictum, *Nisi heres meus voluerit*. Nec obstabit si intes ex eadem lege, in §. *quamquam*, ubi Ulpianus docere videtur, fideicommissum in voluntatem hæredis conferri non posse; nam si rectè verba illius textus expendantur, non affirmant fideicommissum in voluntatem hæredis collatum non valere, sed potiùs non deberi, ut constat ex illis verbis: *Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeat, si voluerit, &c.* Quibus signanter usus fuit Ulpianus; quia licet tale fideicommissum valeat, cum tamen ex nutu hæredis pendeat, *dicta l. fideicommissaria 46.* non potest dici deberi, & quod ab hærede possit extorqueri. Illustrant textum illum Robertus *lib. 2. sentent. cap. 10. Menchaca de success. progress. §. 27. num. 26. Padilla in l. 1. de legat. 2. num. 51. Petrus Fa-*

ber in l. in personam 22. §. 1. ff. de reg. juris, Osvaldus lib. 8. Donelli, cap. 15. littera K. Potest etiam non infubtiliter textus in dicto §. sic fideicommissum, explicari, si observemus quod regulariter dictio, nisi, est exceptiva, ponens contrarium præcedentium, l. 2. §. finali, ff. de custodia reorum: unde verba illa, nisi heres meus noluerit, non æquipollent illi conditioni, si heres meus voluerit; quia illa conditio, nisi, indicat negativam non, & affirmativam sic; quæ affirmativa dictio conditionem exprimit pro oratione sequenti; negativa verò respicit, & determinat præcedentem orationem: & ita cum illæ duæ negationes extent supra diversa, & determinent diversa, non producant affirmativam, l. 2. ff. de in jus vocando, l. si vero, §. de viro, ff. solut. matrim. Equipollent ergo tantum illi conditioni, si heres meus non contradixerit, vel, nisi heres meus declaraverit se nolle; ac per consequens valet, quia quod dicimus, legatum poni non posse in hæredis voluntatem, eo casu procedit, quo legatarius nullo modo potest consequi legatum, nisi hærede volente, & voluntatem suam exprimere, dicta l. Senatus, §. legatum: at in specie dicti §. sic fideicommissum, legatarius potest consequi legatum nulla præcedente voluntate hæredis; non enim ejus voluntas desideratur, ut legatum valeat, sed ejus contraditio, ut non subsistat; unde si heres simul ac adierit hereditatem, furere incipiat, & in furore decesserit, fideicommissum omnino debetur; quia nolle non potuit, ut in l. 2. §. finali, ff. solut. matrim. Rursus si heres decedat nullâ factâ contraditio, quia non apparet de contraria voluntate, legatarius consequitur legatum, ut ex l. quam 7. in princip. ff. de peculio, deducunt Costa lib. 1. select. cap. 24. Sarmient. lib. 2. select. cap. 6. num. 20. Adjecit insuper Ulpianus in dicto §. sic fideicommissum; quæi conditionale fideicommissum esse, quia secundum verba non est conditionale, intrinsicus tamen redditur conditionale ex hæredis contraditio. Difficilior tamen est mens ejusdem Ulpiani in illis verbis: Et primam voluntatem exigit; ut notavit Cumanus ibi. Omissis tamen his, quæ vulgò circumferuntur, observo, quod licet hæc conditio, quæ quodammodo est negativa, debeat habere tractum successivum usque ad mortem hæredis, l. quicquid 99. §. final. ff. de verb. oblig. intrinsicus tamen, inspectâ convertibili, seu æquipollenti, est affirmativa conditio, consistens in potestate hæredis, atque ita adimplenda est protinus, ubi aditâ hereditate interpellatur per legatarium, argumento legis 1. §. item 8. ff. ad legem Falcidiam; junctâ lege si penum 24. ff. quando dies legati; & ideo talis conditio exigit, & desiderat necessariò primam voluntatem, quia protinus ubi dicit se nolle, non potest amplius velle, l. apud 20. ff. de optione legat. vel si interpellatus nolit dicere se velle, aut nolle, habebitur pro volente, ex ratione, aut regula legis jure civili 24. ff. de condit. & demonstr.

10.
De legato
in voluntatem
tertiis relicto.

Succedit ultimus casus, cum testatoris dispositio in extranei voluntatem confertur. Et quidem in expressam voluntatem confertur non posse, probatur expressè in dicta l. illa instructio, & aliis supra adductis: illustrant Cujacius in l. Senatus 43. §. legatum, ff. de legat. 1. Donel-

lus lib. 8. comment. cap. 15. Rodericus Suarez de captatoria voluntate, num. 1. Fachineus lib. 1. controvers. cap. 58. Duarenus ad tit. de heredi. instit. cap. 3. vers. 6. Sarmient. lib. 2. selectarum, cap. 6. Corralius lib. 5. Miscel. cap. 13. Costa lib. 1. select. cap. 21. Carpio de execut. lib. 2. perorum. Vinius lib. 2. select. cap. 25. in velatam verò relinquere posse, ut si Titius in Capitolium ascenderit; quia eo ascendente purificatur conditio, & ignorans, aut reuens potest ascendere. Sed tunc obstat difficilis, licet vulgò notus, Ulpiani locus in l. 1. ff. de legat. 2. in illis verbis: In arbitrium alterius confertur legatum veluti conditio potest, quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legatur, an si voluerit. Ex quibus deducitur, posse legatum in alterius voluntatem absolute confertur: igitur quia ultima dispositio in extranei arbitrium poni potest. Cui difficultati variè occurrunt Donellus dicto cap. 15. & in l. 43. ff. de verb. oblig. Connanus lib. 10. comment. cap. 16. num. 3. Cujacius lib. 2. observ. cap. 2. Robertus lib. 2. sentent. cap. 11. Charondas lib. 1. verosimil. cap. 21. P. Faber in l. 22. ff. de R. I. Et communis sententia est, ut arbitrium à mera voluntate distinguatur; nam legatum relicto, si Titius voluerit, non valet, quia in meram Titii voluntatem confertur, dicta l. illa 32. l. si quis Sempronius 68. ff. de heredi. instit. l. utrum 7. §. cum quidam, ff. de rebus dubiis, l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonstr. relicto autem sub ea conditione, si Titius arbitratu fuerit, consistit, quia non in meram voluntatem, sed in arbitrium confertur, l. si sic legatum 75. in princip. ff. de legat. 1. l. fideicommissa 11. §. quamquam, de legat. 3. cujus distinctionis ratio ex eo proficitur, quod quando legatum ponitur in mera Titii voluntate, omnino pendet ab ejus dispositione; nam & si injustè dixerit, se nolle legatum præstari, ejus voluntati standum est, potestque iniquum æquo præferre, l. cum quidam 24. ff. de legat. 2. Cæterum cum ponitur legatum in arbitrio tertii, non tam pendet ab ejus voluntate, quam ab arbitrio boni viri, & ad idem recurritur, si malè, & injustè fuerit arbitratus; idque expressè Ulpianus docet in dicto §. quamquam, ibi: Non enim plene arbitrium voluntatis hæredi dedit, sed quasi viro bono. Et in dicta l. si sic legatur, ibi: Quoniam quasi viro potius bono, cū commissum est, non in meram voluntatem hæredis collatum. Agnovit Alfonso noster in l. 29. tit. 9. partit. 6. ibi: Si entendiere mi heredero, o en albedrio de mi heredero, vale la manda que assi fue dexada. Et tibi: Mas si el testador dixesse, mando a Fulano de mil maravedis, si quis esse tal homo, no valdria tal manda, porque es fecha a uno, è es puesta señaladamente en albedrio de otro: ubi Gregorius, & Covarruvias in presenti, Donellus dicto lib. 8. cap. 15. ubi Osvaldus littera F. arbitrari enim in hac parte non est velle, sed re perpensa à viro bono dicere, quid sit æquum, & voluntati testatoris magis consonum. Donellus dicto cap. 15. Cujacius l. 2. observ. cap. 2. Sed hæc distinctio licet vera sit, non tamen convenit Ulpiano in dicta l. 1. siquidem de legato non in arbitrio, sed in voluntatem relicto loquitur, ut colligitur ex vericulo, quid enim; ubi Ulpianus rationem illius generalis sententiæ, quod in arbitrium alterius confertur potest, confirmat exemplis, quæ

que ad meram voluntatem pertinent; nam hæ conditiones, si in Capitolium ascenderit, & si voluerit, non dependent ab arbitrio boni viri, sed à mera, & simplici voluntate, dicta l. cum quidam, dicta l. si quis Sempronium. Nec obstat verbum illud, arbitrium; nam licet mentio arbitrii à testatore facta pro boni viri arbitrio accipiatur, dicta l. si sic legatum, dicto §. quamquam; tamen Jurisconsulti eo verbo utuntur in suis responsis pro nuda & simplici voluntate, dicta l. illa 32. dicta l. utrum 7. §. cum quidam. Quare hæc omiſſa sententiâ, & aliâ Rogerii, quam sequuntur Donellus dicto lib. 2. cap. 15. ubi Ofvaldus littera P. dicendum est, Ulpianum in dicta l. 1. docere voluisse, in meram voluntatem tertii legatum conferri pro modum conditionis quandoque posse, quod evenit in conditione, Si Titius in Capitolium ascenderit, quæ licet pendeat à mera Titii voluntate, non tamen vitiat legatum, dicta l. si quis Sempronium, d. l. nonnunquam; & ut ostenderet, talem conditionem in meram voluntatem conferri, subjicit, nihil interesse inter illam conditionem, & hæc, Si Titius voluerit, quoad voluntatem scilicet; quia utroque casu in voluntatem Titii legatum positum videtur; unde deducitur, mentem Ulpiani fuisse æquiparare solum has conditiones quoad legandi modum, non quoad validitatem; nam quoad hoc constat diversas esse, dicta l. si quis Sempronium, dicta l. si sic, dicta l. nonnunquam. Præferuntur in dicta l. 1. Cumanus, & Socinus; ex qua doctrina illud deducitur, quod licet communis distinctio inter arbitrium, & meram voluntatem vera sit, tamen non convenit decisioni textus in dicta l. 1.

ii. Adhuc supra traditis obstat textus in l. Sena-
 Expresitur
 l. Senatus, ruz 43. §. legatum, ff. de legat. 1. in illis verbis:
 Legatum in alienam voluntatem poni potest, in hæ-
 redis non potest. In quibus aperte docetur, testa-
 toris dispositionem in extranei voluntatem con-
 ferri posse. Decius in l. captatorias, num. 9. C. de testam. milit. verba illa interpretatur ita, id est in alieno arbitrio boni viri, juxta proximè adducta. Sed hæc interpretatio non potest admitti: tum quia non convenit verbis illis, in aliena voluntate: tum etiam ex illis, in hæredis non potest, quæ non procederent si priora de boni viri arbitrio intelligerentur, cum in arbitrium etiam hæredis, quasi boni viri, legatum conferri possit. Caterùm si sic legatum, vel fideicommissum sit relictum, si altimaverit hæres, si comprobaverit, si iustum putaverit, legatum subsistit; quoniam quasi viro potius bono commissum est. Alii docuerunt, textum in dicto §. legatum, intelligendum esse de aliena voluntate tacita, velata, & conditionali, in quam conferri legatum potest, veluti si Titius voluerit. Ita sentiunt Connanus lib. 10. comment. cap. 6. num. 3. Zalius in dicto §. legatum, Covar. in presenti, num. 8. Sed hæc interpretatio difficilis etiam redditur ex eo, quod si prior pars dicti §. legatum, accipiatur de legato relicto in extranei voluntatem tacitam, & velatam, falsa redditur secunda pars, ubi docetur, in voluntatem hæredis legatum conferri non posse, cum potius in hæredis voluntatem tacitam, & velatam utiliter conferatur, l. 3. ff. de legat. 2. probat Robertus lib. 2. sentent. cap. 10. Quare his omiſſis sententiis, & aliis traditis à Genoa in conciliat. le-
 D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

gum, fol. 376. dicendum est cum Accursio ibi, verba illa, aliena voluntate, exaudienda esse de legatario, qui alienus dicitur respectu hæredis, argumento textus in l. 1. ubi Glossa verbo Extraneo, ff. de Carbon. edit. unde cum legatum validè relinquatur in voluntatem legatarii apertam, rectè in eo textus docetur, in ejus voluntatem legatum poni posse, in hæredis non posse. Etiam juxta supra traditas distinctiones exponendi sunt textus in l. penult. §. si patroni, ff. de bonis libert. l. si qui 13. ff. de acquir. hæredis. l. tutor 20. ff. de testam. tur. l. Theopompus 14. ff. de dote præleg. junctis Ofvaldo lib. 25. Donelli, cap. 5. littera B. Amaya in l. 2. C. de iure fisci, l. si Pamphilo 10. l. filium 21. ff. de oprion. legat. cum Larreategui lib. 5. selectarum, cap. 3. l. 5. ff. de aliment. legat. l. cum tale 72. §. si Titio, l. pater 101. ff. de condit. & demonstr. l. rogo, l. si uxori, ff. quando dies legat. l. Thais, §. 1. ff. de fideicommiss. libert. l. servos 20. ff. de manumiss. testam. juncto Cujacio ibi, tract. 1. ad Afric. l. finali, C. commun. prad.

Ex hucusque ita diffusè traditis apparet difficultas præsentis textus, dum in eo Innocentius III. ait, eum qui extremam voluntatem suam in alterius dispositionem commisit, non videri decedere intestatum. Cujus decisionis difficultatem variè explicant repetentes hîc, & alii laudati à Cenedo collect. 67. ad Decretales. Tiraquel. privil. 64. pia causa, Petro Gregorio lib. 42. syntagmatum, cap. 2. num. 4. Castillo lib. 2. contrrov. cap. 6. Fachineo lib. 5. contrrov. cap. 57. Sarmient. lib. 2. select. cap. 6. num. 33. Peregrino de fideicommiss. artic. 33. à num. 66. Fabro de error. decad. 51. errore 4. & 5. Egidius in l. 1. p. 6. §. 1. à num. 1. C. de sacros. Eccles. P. Bajo-Arroyo in repetit. ad hunc textum: & Antonius Augustinus adeo gravem eam agnovit, ut aliis explicandam reliquerit lib. 4. emend. cap. 5. Sed ut ab antiquioribus incipiamus, Glossa hic, verbo Dispositionem, existimat benignè contra juris civilis regulas procedere præsentem decisionem, ut in cap. cum esses, hoc cit. Innocentius verò, cui ferè omnes antiquiores hîc subscribunt, teste Covarruvia num. 13. Peralta in rubric. de hæred. instit. num. 22. Mancino genial. cap. 110. existimat, ideò hîc testamentum valere, quia testator committendo voluntatem suam alienæ dispositioni, tacitè intelligitur eum hæredem instituisse, ut bona sua inter pauperes, vel in alios pios usus distribuatur. Quæ interpretatio sustineri non potest, cum omnino divinatoria sit. Aliam solutionem offert Sarmientus dicto cap. 6. num. 36. scilicet captatorias institutiones jure canonico permissas esse, & de his Innocentium in præsentem esse accipiendum. Sed hæc interpretatio in pluribus peccat. Primò quia verius est, dispositionem in alterius voluntatem collatam, captatoriam non dici, nec ad Senatusconsultum, quo captatorie voluntates improbantur, pertinere; nam captatoria dispositio illa dicitur, in qua quis alterius hereditatem captat, sive aucupatur, veluti: Titium hæredem instituiam, si me hæredem instituerit; ut in l. 1. ff. de his que pro non scriptis. Harmenopolus lib. 5. promptuarii, tit. 8. quod & ipsa nominis origo, seu vocis significatio ostendit; nam captatoria dicitur à verbo captare, quod est aucupari, ut in l. 1. ff. si quis aliquem testari, ibi: Qui dum captat hereditatem

legitima. Et in l. si majores, C. de transact. § manet, Instit. de societ. explicant Antonius Augustinus lib. 4. emend. cap. 15. Alciatus lib. 2. parerg. cap. 51. Cujacius ad titulum Instit. de societ. & lib. 16. observ. cap. 11. Corraus lib. 5. Miscel. cap. 13. Duarenus ad tit. de hered. instit. cap. 3. & 7. Pratejus, Brissonius, & Calvinus verbo Captatoria. Guibertus Costanus lib. 1. qq. juris, cap. 7. Colta lib. 1. selectarum, cap. 21. num. 7. Sarmient, lib. 2. select. cap. 4. Donellus lib. 6. comment. cap. 19. Faber de error decad 51. errore 4. Pinellus lib. 1. select. cap. 10. in qua juris parte observandi sunt textus in l. 34. C. de transact. l. adeo 59. ff. pro socio, l. filius 114. §. ut heredem, ff. de legat. 1. l. stipulatio 61. ff. de verb. oblig. l. licet, C. de pactis, l. uxorem 41. §. ejus, ff. de legatis 3. l. ex facto 17. in princip. & §. 3. ff. ad Trebellianum, l. 3. §. 3. ff. de aliment. legat. l. testamento 11. & l. 14. ff. de condit. instit. l. 19. ff. de injusto rupto. l. 11. §. 21. l. 41. §. etiam 8. l. 68. §. 1. ff. de hered. instit. & hujusmodi captatoria institutiones, nec in testamentis militum sustinentur, dicta l. captatorias 11. C. de testam. milit. nam licet in eis juris civilis solemnitates remittantur, l. 1. ff. de testam. milit. non tamen remittuntur ea, quae ad honestatem, & bonos mores pertinent, l. si a milite 29. §. editum, ff. de milit. testam. ex qua ratione nec jure canonico etiam ob piam causam hujusmodi dispositiones approbari poterant, ut probat Covar. hic, num. 13. licet contrarium tenent Antonius Augustinus lib. 4. emend. cap. 15. in fin. Constat ergo ex superioribus, plurimum à captatoria dispositione distare, quae alienae commissa est voluntati. Nec contrarium probat Papinianus in dicta l. captatorias, nam verba illa, In secretum alienae voluntatis, exponenda sunt, id est, in dispositionem testamento contentam; aliquando enim ultima dispositio appellatur secretum voluntatis, l. 1. si quis tabulas, ff. de positi, l. 3. C. de codicil. & rectè, cum ultima voluntas secreta esse soleat usque ad disponentis mortem, l. miles 75. §. final. ff. de legat. 2. adeo ut qui vivi testamentum aperuerit, actione injurarum teneatur, dicto §. si quis tabulas, & ob id puniri soleat, l. si quis aliquid 38. §. qui vivi, ff. de poenis.

13.
Refertur
alia inter
pratio

Alii textum hunc accipiunt, quando in alterius voluntatem non confertur principalis dispositio, seu substantia testamenti, sed tantum committitur electio hæredis incerti ex certis, vel sub certa demonstratione: quod fieri posse supra probavi, & constat ex lege fideicommissaria, §. finali, ff. de fideicommiss. libert. l. utrum, §. cum quidam, ff. de rebus dubiis Sed etiam hæc interpretatio eodem vitio divinationis laborat; veram autem interpretationem tradit Abbas antiquus hic, quem, licet non satis rem exponentem, commendarunt Ancharanus num. 3. Imola num. 4. Fachineus dicto cap. 57. Ii enim rectè affirmant, præsentis textus verum sensum petendum esse ex integra ejus littera, quam supra retuli; ex qua constat, quod cum Altissiodorensis Episcopus à Sede Apostolica impetrasset privilegium disponendi de rebus clericorum ab intestato decedentium, duo quæsit ab Innocentio III. primum, an hoc privilegium ad Canonicos extenderetur? & affirmative responderet Innocentius in cap. cum tibi, de verb. signif. Secundò quæsit, an eo privilegio comprehen-

derentur bona illorum, qui supremam voluntatem alterius dispositioni committunt? & Innocentius negative respondit, quia intestatus non videtur decedere, qui suam ultimam voluntatem in alterius dispositionem committit; ideoque privilegio non esse locum. Dubitandi ratio nascebatur ex eo, quia præcipua testamenti pars est hæredis institutio; à qua testamentum vires capit, l. 1. ff. de hered. instit. §. ante hæredis, Instit. de legat. & qui sine hærede decedit, ab intestato moritur, l. 1. ff. de suis & legitimis, l. intestatus 64. ff. de verb. signif. Sed in præsentis specie clerici nec hæredem instituerant, nec testamentum fecerant: igitur dicendum videbatur, ab intestato decessisse, & ita dispositionem bonorum ad Episcopum spectare. Contrarium ramen decrevit Innocentius, quia in simili casu defunctorum voluntates præcipue attenduntur, l. in conditionibus ff. de condit. & demonstr. idcirco latior in ultimis voluntatibus fit interpretatio, cap. cum dilecti, de donat. l. in testamentis, ff. de R. I. ut testantis suprema voluntas effectum habeat, ob publicam utilitatem, cui convenit extrema hominum judicia exitum habere, l. vel negare 5. ff. quemadmodum testam. Summa ergo nixus æquitate Innocentius Episcopo Altissiodorensi negavit dispositionem bonorum eorum clericorum, qui in alterius voluntatem dispositionem suam reliquerant, iniquis, non videri eos intestatos decedere. Quæ verba quamdam impropriam continent, l. naturaliter 12. ff. de acquir. posses. l. 1. §. deicise, ff. de vi & vi armat. non enim illi intestati decedebant, ut privilegio Episcopo concessio locus esset, licet hæredem ex testamento non haberent. Sic etiam si quis codicillos tantum faciat, relicta in eis debentur, l. conscribuntur 8. l. ab intestato 16. ff. de iure codicil. & eorum respectu non videtur decedere intestatus, Salicetus in l. final. C. famil. ercisc. Nec obtabit si dicas, neminem posse testatum, & intestatum decedere, ex regula legis in nostrum, ff. de R. I. nam respondeo, regulam illam procedere in iure testandi, quod institutionem hæredis respicit; fieri enim non potest, ut quis sit hæres, & non sit rerum omnium dominus; quoad alia verò rectè potest quis testatus, & intestatus decedere: unde pater, qui filiis suis tutorem non dedit, quoad tutelam dicitur intestatus, l. intestato 3. ff. de suis & legit. Poterit etiam responderi in præsentis, Innocentium non assumere testatoris voluntatem alterius voluntati committi posse, sed alterius dispositioni, seu ordinationi; ut si dicat testator, Volo ut Titius nomine meo testetur; vel, Quod disposuerit Titius, ut testamentum meum observari volo: quod genus dispositionis valere notum est, siquidem per eam tantum declaratio voluntatis committitur, l. si is 66. ff. de procurat. l. quem hærediz, ff. de rebus dubiis; ut etiam in matrimonio voluntas per alium exprimi potest, cap. final. de procurat. lib. 6. & in electione ecclesiastica, licet hæc electio non valeat: Eligo quem Titius voluerit, cap. 2. de elect. in 6. cap. 2. de postulat. Prelat. eodem libro: & tamen commissio facta ut Titius eligat nomine meo, valet, cap. quia propter, de elect. & ita similiter, Institutio hæredem quem Titius voluerit, non valet: at verò Titius nomine meo testetur, valet. Facit praxis apud nos recepta ex l. 32. Tauri; plerumque enim accidit, ut

ut qui nolunt, aut non possunt sua testamenta ordinare, amico fideli eorum ordinationem committant, qui nomine defuncti disponunt, servatâ formulâ ipsius legis 31. Tauri, quam post repentes ibi latè exponit Carpio *lib. 1. de execut. testam.* quo casu excluduntur consanguinei, & illis deficientibus fîscus; quia qui simile manda-

tum dedit, non videtur decedere intestatus: unde cum virtute privilegii in præsentî casu Episcopus admitteretur ad bona defuncti ab intestato loco Ecclesiæ, quæ nullis extantibus consanguineis vocabatur ad successiorem, ideo si tertius testetur, & disponat de bonis defuncti, excluditur Ecclesia, & per consequens Episcopus.

CAPUT XIV.

Idem C. tit. Sancti Laurentii in Lucina Presbytero Card.
Ap. Sed. (a) Legato.

Officii, Et infra: Secundò quæstisti, cum quis in testamento relinquit Episcopo propriam portionem, & alia multa monasteriis, vel Ecclesiis, aliisque dimittit, utrum Episcopus ex illis (b) legitimam petere possit portionem. Adjicis autem, an cum quis ex testamento in fraudem modicum constituerit (c) mortuarium, & alia dimiserit pro anima sua plura, nihilominus possit Episcopus exigere portionem de aliis à canone constitutam. Nos autem super his consultationi t. t. respondemus, quod si portionem illam cum conditione legavit Episcopo, ut esset eâ solâ contentus, & eam Episcopus acceptavit, quia per hoc aliis renunciassè videtur, de cæteris non possit exigere portionem: quod si eam ipse absolute relinquit, portionem sibi debitam poterit nihilominus de cæteris vindicare. Si verò confiterit, quod in fraudem modicum constituit mortuarium, ut in cæteris Episcopus portione debita fraudaretur, quia fraus, & dolus alicui patrocinari non debent, Episcopus portionem ex illis poterit exigere à canone constitutam, salvis (d) indulgentiis Pontificum Rom. quæ quibusdam Regularibus sunt concessæ.

NOTÆ.

(a) *Ateran.*] Ita etiam legitur in tertia collectione, sub hoc titulo, capite 2. hanc tamen inscriptionem exposui in capite officii, de electione, ubi alias partes hujus Decretalis congesti.

(b) *Legitimam.*] Ita portio hæc Episcopo debita appellatur, quia à lege Ecclesiastica taxata est, sicut portio illa, quæ debetur filio in bonis paternis, dicitur legitima in l. Papinianus, §. si quis mortis, ff. de instic. testam. l. quæ nuper 31. C. eod. Similiter portio debita patrono, quia à lege taxata est, legitima dicitur in l. fin autem 29. veris. Ex duobus, ff. de jure patron. l. 3. §. coetus, l. si patronus 19. ff. de bonis libert. Prosequuntur Schifordeg. lib. 2. tract. 13. quest. 2. Mancinus in tract. de legitima, quest. 1. per totam. Circa quotam autem partem hujus portionis, omisâ Glossâ in præsentî, dicendum est, quartam partem præscriptam esse, ut exprimitur in cap. conquirente, de officio Ordin. cap. de quarta, de præscript. exemplo quartæ portionis decimarum, & oblationum, quæ etiam Episcopo competit, cap. confisso 12. quest. 2. dicta. cap. conquirente, ubi post antiquiores probat Abbas num. 2. l. 5. tit. 13. part. 1. Covar. in præsentî. P. Gregorius in dict. cap. conquirente, latè Barbosa de potest. Episcop. 3. p. alleg. 86. licet in aliquibus provinciis consuetudine introductum sit, ut tertia pars præstetur cum onere reparandi Ecclesiam, cap. de his 10. quest. 1. cap. 1. 2. & 3. 10. quest. 3. ad quam consuetudinem fortè respexit Pontifex in cap. requisisti 15. hoc tit. nec id mirum, cum in canonica portione Ecclesiæ parochiali debita, sola consuetudo attendatur, cap. certificari, de sepul-

turis. Hæc autem canonica portio ex certis legatis non detrahatur, de quibus in cap. fin. hoc tit. cap. ex parte, d. v. f. Clement. dudum, de sepule. latè docent Valasco consult. 105. Gutierrez libro 1. canonic. capite 35. num. 8. Barbosa d. 3. part. alleg. 75. a n. 43. & alleg. 86. per totam.

(c) *Mortuarium.*] Mortuarium est, quod titulo exequiarum Ecclesiæ relinquitur, ut probat Cironius ad tit. de sepulturis, ubi & nos dicemus: sed tunc difficilis est præsens textus; nam hæc portio ex mortuariis non Episcopo, sed Parocho debetur, cap. certificari, cap. in nostra, de sepulturis, ubi dicemus: ergo non Episcopo talis portio debetur. Agnovit difficultatem Nicol. Lemaitre lib. 2. de iuribus Episcop. cap. ultimo, qui asserit hoc jus quartæ mortuorum, quod debetur Episcopis, perantiquum esse, compete- reque ipsis ex eo, quod Episcopi olim plerunque funeribus præerant. Concil. Tribur. can. 15. ibi: *Ubiunque temporum, vel facultas locorum tulerit, apud majorem Ecclesiam, ubi Sedes est Episcopi, sepultura celebretur.* Unde D. Dionysius de Eccles. hierarch. capite 7. refert moris fuisse mortuos ad Episcopum deferri, his verbis: *Sumentes mortuum ad Pontificem ducunt quasi coronis donandum sacris; postea venerabilis Præsul precem super eo sacratissimam per agit: finita prece, osculatur Episcopus mortuum, & omnes post illum. Postquam omnes osculati sunt, infundit Pontifex mortuo oleum.* Unde deducit Lemaitre, Episcopo tanquam interessenti sepulturæ, deberi portionem illam. Sed hæc solutio sustineri non potest, cum temporibus præsentis textus jam Parochiis divisus, Parochi præsentent sepulturis, non verò Episcopi: quare dicendum est cum Petro Gregorio in dict. cap. conquirente, num. 5. diversam esse portio-

nem. quae debetur Episcopo, ab ea, quae debetur parochi; nam Episcopo debetur quarta ex ipsa portione Parochi praestita, ut de quarta decimarum docetur in dict. cap. conquirentie. cap. de quarta, de praescript. latius dicemus in cap. cum super 8. de sepulchris.

3. (d) *Salvis indulgentiis.* Quibusdam enim monachis, tam Innocentius III. in dicto cap. in nostra, quam alii Pontifices concesserant, ut ex legatis piis sibi relictis nullam portionem canonicam tenerentur praestare Episcopis, ut probat Rodriguez in compend. regul. resol. 18. per tot.

COMMENTARIUM.

4. **EX** hac Innocentii Decretali sequens communiter deducitur assertio: *Legatum creditori relicto sub conditione, ut eo pro debito contentens sit creditor, compensat ipsum debitum, nec amplius legatarius petere potest.* Probat eam textus in l. si compensandi ff. de hered. insti. l. cum ab uno ff. de legat. 2. l. unica. §. sciendum, C. de rei uxor. action. l. si pars, §. 1. l. penult. & ultim. ff. de inoffic. testam. l. 5. in princip. ff. de his quae ut indign. l. Imperator 70. §. si centum, ff. de legat. 2. l. parentibus 8. C. de inoffic. testam. Illustrant ultra congestos in praesenti à Barbosa & Garana, Castrensis, & P. Barbosa in l. si cum dotem 22. §. si pater, ff. solut. matrim. Faber lib. 17. conject. cap. 7. & 9. Colta in cap. si pater, verbo legavit, de testamentis, num. 17. Schifordeg. ad Fabrum lib. 2. tract. 13. quest. 10. Olwaldus lib. 8. Donel. cap. 9. littera D. plures quos laudat Arias à Meta lib. 2. var. cap. 8. Castillo de usufruct. cap. 46. per totum, & de alimentis cap. 18. I Paulus Melius in ejus addit. cap. 18.

5. **Sed** haec assertio difficilis redditur sequenti juris consideratione; nam portio canonica, quae debetur Episcopo, illi competit ut patrono, & superiori Ecclesiarum, ut probant Petrus Gregorius, & Barbosa ubi supra: sed portio debita ob reverentiam patronalem, non potest minui quolibet praetextu, l. si patronus 20. ff. de donat. igitur non potest portio canonica Episcopo debita praetextu compensationis minui, etiam si expressè compensationis gratia à testatore relinquatur, ut docetur in cap. requisisti, hoc tit. Augerur haec difficultas ex eo; nam nemo potest rogari plus restituere, aut remittere, quam illi relictum est, l. filius, §. apud Marcellum, ff. de legat. 1. l. si legatarius 8. ff. de legat. 3. l. 1. §. si is qui, l. ex factis, §. non tantum, ff. ad Trebell. ergo etsi Episcopus legatum agnoscat, non repellitur a supplemento, prout plus est in portione, quam in legato. Accedit, nam testator legatum relinquendo Episcopo in compensationem portionis sibi debite, satis innuit velle tantum compensationem admitti pro modo legati, cum compensatio tantum detur usque ad concurrentem quantitatem, l. Titia 34. §. qui invita, ff. de legat. 2. l. quod bonis 15. §. cum fideicommissum, ff. ad leg. Falcidiam, l. si constat 4. C. de compens. l. cum aliter 11. ff. eod. tit. ergo etsi compensatio admittatur usque ad concurrentem quantitatem, ad id tamen, quod superest in portione, Episcopus agere poterit.

6. **Qua** dubitandi ratione non obstante, vera est praesens assertio, pro cujus expositione sciendum est, debitorem posse legare creditori id quod debet, quando re, tempore, loco, aut

causa legatum emolumentum continet, aliàs legatum inutile est, §. ex contrario, Instit. de legat. ubi plura Institutarii, Cujacius lib. 10. qq. Pauli, in l. debitor 82. ff. de legat. 2. Faber lib. 4. conject. cap. 12. licet in contrarium expendi soleant textus in l. cum quis decedens 37. §. codicillis, ff. de legat. 3. l. si dare 25. l. existimo, ff. de verb. obl. l. si cui 49. §. Julianus 6. aliàs l. si fideiussor, ff. de legat. 1. l. 1. §. 10. ff. ut legatorum, l. Aurelius, §. eum qui, l. cum heres 14. ff. de liberat. legat. l. cum pater 77. §. si Titio, ff. de legat. 2. l. si mandavero 22. §. si hi 3. l. qui negotia 34. §. 1. ff. mandati, l. idemq. 7. ff. qui prioriores, l. 3. C. arbitrium tutel. l. cum pater 29. ff. de jure dot. l. pater 7. ff. de dote praeg. junct. l. si filia 20. §. 1. ff. famil. ercisc. l. pater 17. §. 1. ff. de Castrensi pecul. l. Sulpitius 49. ff. de donat. inter, l. 3. C. de P. S. l. 1. §. 1. ff. de public. l. assignare 7. ff. de assignand. libert. l. quia in eum 16. ff. ad leg. Aquil. l. si in metallum, §. item si servo, ff. de his quae ut indign. l. penult. §. ultim. ff. de verb. obl. l. si mater 11. §. eandem, ff. de except. rei judic. l. 49. §. 6. l. 84. ff. de legat. 1. l. unum 67. §. si duo, de legatis 2. juncto Cujacio ibi, l. 6. §. ultim. ad leg. Cornel. de falsis, l. Mævius 66. in princip. de legatis 2. l. 3. §. ultim. & l. 4. de lib. legat. cui oblat lex 49. §. si Titio, de legat. 1. juncto Cujacio lib. 7. qq. Papin. in l. 71. §. Titio, de cond. & demonst. l. cum heres 51. ff. ad Trebell. l. pater 17. §. 1. de Castrensi pecul. l. cum quis 37. §. codicillis, de legat. 3. Sed quia non idem debitum, nec debiti nomine testator idem legat, sed diversum expressè, vel tacitè, compensandi animo, queritur an simul legatum, & debitum legatarius capiat, vel tantum alterutrum? Ad quod difficultis responsio est: circa quam quaestionem sequentes casus sunt distinguendi.

7. **Primus** casus est cum expressè testator creditori suo legatum reliquit sub ea conditione, ut eo contentus sit; nam si legatarius agnoscat legatum, non potest jam debitum exigere, nec illud petendo audire, & merito; nam cum creditor tale legatum agnovit, non potuit illam conditionem, seu onus, tanquam legati partem rejicere, argumento legis si legatario 22. in princip. ff. de fideicommiss. libert. l. 4. l. sed duobus 5. ff. de legat. 2. l. legatarius 38. in princip. ff. de legat. 1. l. si libertus 41. in princip. ff. de bonis liberti. adeo ut si legatarius retro agnitionem legatum restituit paratus sit, audiri non debeat, ex dict. l. Imperator 70. §. sciendum; licet aliud observetur in legatario minore, cui aetas beneficio indulgetur, ut quod legati nomine percepit, postea reddere possit, l. si minor 33. ff. de minor. l. tutor 26. ff. de liber. legat. in qua re turpiter labitur Antonius Faber lib. 17. conject. c. 7. & 9. & cum eo Schifordeg. d. lib. 3. tract. 13. quest. 10. An vero si in eo casu amplius sit in debito, quam in legato, legatarius ad supplementum agere possit, dicemus infra in solutione rationis dubitandi. Haec casui similis est ille, cum creditor debitori legatum reliquit animo compensandi, licet nulla expressè facta compensationis mentione; tunc enim agnoscendo legatum, rejicitur à debito, l. cum pater, §. Titio, ff. de legat. 2. l. si debitor 13. ff. ad leg. Falcid. l. si compensandi 6. C. de hered. insti. Unde si maritus uxori legatum reliquit, alterutro contenta esse debet, ut vel legatum ex testamento petat, vel dotem actione ex stipulata repetat, l. si filia 20. §. item Papinianus, ff. famil. erciscund.

eriscend. l. quod pure 6. ff. quando dies legat. l. 2. §. 1. l. penult. & ultim. ff. de dote preleg. illustrant Cujacius, & Giphanius hic, Faber lib. 4. conject. cap. 9. Schifordeg. tract. 13. quest. 4. quo casu accipiendus est textus in l. cum ab uno 53. ff. de legat. 2. junctis traditis pro ejus expositione à Pichardo in §. si filium, num. 57. Instit. de offic. judic. Cujacius lib. 3. obs. cap. 16. Faber dict. lib. 4. conject. cap. 9. §. 11. Fachineus lib. 2. controuv. cap. 52. Arias à Mesa lib. 2. var. cap. 8. Etiam ad ipsum casum referendus est textus in l. cum pater 77. §. qui dotale, ff. de legat. 2. ubi fidei commissum datum animo compensandi cum dotali pradio fuisse docuerunt Castrensis ibi, Cujacius libro 8. respons. Papin. Petrus Barbosa in l. si cum dotem, §. si pater 3. ff. solut. matrim. Faber libro 4. conject. capite 11. Osualdus lib. 8. comment. cap. 7. littera H. Secundus casus contingit, quando debitor creditori simpliciter legatum reliquit; nullâ factâ debitione. Circa quem casum discrimen constituendum est inter debitum voluntarium, & necessarium. Debitum voluntarium appellatur, quod inspecta origine ex debitorum voluntate, & expressâ conventionem contractum est; necessarium verò, quod ex necessaria causa, legis scilicet auctoritate potius quam ex debentis voluntate cœpit. Igitur si voluntarius debitor creditori legaverit, compensatio cessat, & utrumque peti potest, quia donatio natura, quæ legatis inest, satis ostendit, testatorem potius voluisse exercere liberalitatem, quam debitum legando solvere, princip. Instit. de legat. juncta leget. ff. de donat. Ceterum necessarius debitor compensandi animo legasse videtur, quia contractæ obligationis necessitas liberalitatis præsumptionem excludit, argumento legis rem 18. ff. de adm. legat. quam Bart. traditionem probant plures, quos refert & sequitur Barbosa dict. §. si pater. à num. 2. Menoch. lib. 4. præsump. 109. §. 110. Robertus lib. 2. animad. cap. 16. Gomez lib. 1. var. cap. 12. num. 27. Caldas lib. 1. forens. cap. 16. num. 1. Gutierrez de tute. 3. part. cap. 5. à num. 2. Castillo de usufruct. capite 46. à num. 6. Gonzalez dict. cap. 31. à num. 2. Gratianus 1. tom. discept. cap. 134. à num. 16. Marinis tom. 1. decis. 349.

8. Quæ utraque distinctionis pars probari potest sequentibus juris principis. Pro priori enim parte facit lex creditorum 83. ff. de legat. 2. lex creditorum 16. C. eod. tit. alteraque aperte corroboratur ex l. Titia 34. §. qui invita, in fine, ff. de leg. 2. ibi: præterea cum putaverit se efficaciter, &c. quibus verbis significat, quod si pater filiâ invitâ dotem legaverit, dotis, & legati compensatiorem fieri, quia quamvis adhuc genero dotem debeat, l. qui hominum 34. §. si gener. ff. de solut. debitum tamen necessarium fuit, quasi sine patris voluntate contractum; nam ipse existimabat se dotem proprio jure, atque invitâ filiâ petere posse, ut doctè expendit Barbosa in dict. §. pater, num. 7. Pro eadem etiam parte adducit Robertus dict. cap. 16. textum in l. pater 54. ff. ad leg. Falcid. sed minus rectè, ut ostendit Schifordeg. dict. tract. 13. quest. 2. faciunt etiam textus in authent. præterea, C. unde vir & uxor, l. 7. tit. 13. petis. 6. ubi cavetur; legatum conjugii relictum compensari cum quarta, quæ ex bonis defuncti conjugii superstiti, & inopi deberetur, idque non aliâ ratione, quam quia quartæ do-

bitum necessarium est, ex juris dispositione: ut probarunt Barbosa in dict. §. si pater, numero 2. Gratianus 1. tom. discept. cap. 120. num. 39. unde probanda est supra tradita distinctio, licet ab ea discesserint Duarenus in dict. §. si pater, Corrafius lib. 3. miscel. cap. 1. Cujacius sub nomine Mercat. lib. 2. cap. 16. Faber lib. 4. conject. capite 9. Fachin. dict. libro 5. cap. 35. Schifordeg. dict. tract. 13. quest. 2. & sequent. ex qua distinctione deducitur, legatum à marito uxori simpliciter relictum cum arrhis, non compensari, immò utrumque peti posse: Ratio est, quia licet arrhæ ex legis dispositione ad mulierem spectent, ex l. 15. Tauri; tamen illarum debitum ex voluntate mariti promittentis provenit, & ita compensatio eo casu cessat, ut docuerunt Covar. hic, num. 5. Castillo de usufructu, cap. 46. num. 9. & alii laudati à Morquecho lib. 4. de divis. bonor. cap. 11. num. 17. nec etiam legatum uxori relictum compensatur cum sponsalitia largitate, quam jure nostro Regio mariti morte uxore lucratur, ex l. 52. Tauri, l. 4. tit. 2. lib. 5. recopil. Morquecho ubi supra, à num. 8. Ex eadem etiam utriusque debiti distinctione sunt qui existimant deducendam esse rationem differentie, quæ olim versabatur inter actionem rei uxoriæ, & actionem ex stipulatu, casu quo maritus uxori, cui dotem debebat, legatum reliquerit; nam si mulieri sola rei uxoriæ actio competeret ad dotem recuperandam, alterutro contenta esse debebat, ut vel dotem suo jure, vel legatum ex testamento peteret, & unius electione ad aliud transire non poterat: ex edicto de alterutro à Prætoribus propositum in l. ultim. C. Theodos. de testam. de quo exaudiendi sunt textus in l. filia 20. §. Papi-nianus 8. ff. famul. ercisc. l. 6. ff. quando dies legat. l. 53. de legat. 2. l. Lucius 78. §. maritus 14. ff. ad Trebel. l. 4. de collat. dotis. Videndi sunt Cujacius lib. 3. obs. cap. 16. & lib. 17. 99. Papin. in l. 51. ff. ad Trebel. & lib. 19. 99. Pauli in l. qui dotem 46. ff. solut. matrim. & in recit. ad leg. 2. de dote prelegat. & ad l. 8. §. si quidem uxori, de leg. præst. Faber 4. conject. cap. 9. Valentia lib. 3. illustr. ad tit. de legat. cap. 2. à num. 16. Si autem mulieri actio ex stipulatu pro dote competeret, cessabat edictum de alterutro, & ideo mulier non tam legatum ex testamento, quam dotem actione ex stipulatu petere poterat, ut innuitur in l. unica, §. sciendum, C. de rei uxoriæ action. ubi hanc differentiam agnoverunt Giphanius, & Cujacius lib. 3. observ. cap. 16. Schifordeg. dict. tract. 13. quest. 4. Præceptor D. Franc. Ramos in l. unic. C. de rei uxoriæ, quem suppresso nomine transcripsit Arias à Mesa lib. 2. var. c. 7. & 8. cujus differentie ratio non aliunde peti potest, quam ex superiori distinctione; nam cum obligatio, & actio rei uxoriæ sine voluntate mariti juris auctoritate ad æquitatem accommodata induceretur, necessarium debitum est, potius quam voluntarium, si credimus Barbosa in dict. §. si pater, num. 4. unde maritum non est, quod legati, & dotis compensatiorem locus esset: at in actione ex stipulatu, quia mariti voluntate obligatio contracta est, l. continuis 137. §. 1. ff. de verb. obl. debitum quoque voluntarium judicatur, & ideo compensatio cessat, ut notavit Costa in dict. cap. si pater, i. p. verbo Legavit, num. 19. Gratianus 1. p. discept. cap. 198. n. 13. quæ ratio facit, ut etiam compensatio cesset in casu textus in l. 2. C. de jur. dotium, quam explicat Menochius

Menochius *de presump. lib. 3. c. 10. n. 11. & 12.*

9.
Exponitur
diversis
textibus

Ex qua utriusque actionis differentia lucem accipit textus in *l. qui dotem 46. ff. solut. matrim.* ubi Paulus proponit, maritum stipulanti uxori dotem promississe, & postea legasse quaedam sub conditione, ne dotem peteret; si enim non ex stipulatu, sed per actionem rei uxoriae dos repetenda esset; supervacua esset adiectio illa, ut legato contenta esset, ut notavit Cujacius *lib. 19. qq. Pauli.* ibi: Quod autem adjicit Paulus, retentam eadem specie mulieri adhuc dotis petitionem contra haeredes competere, si legata capere non possit, forsan propter legem Papiam, ita exaudiendum est, si de actione ex stipulatu agatur, non verò producendum est ad actionem rei uxoriae, in qua legato agnito mulieri proflus dotis petitio deneganda erat propter satisfationem, quã eo nomine tenebatur uxor ex edicto de alterutro; quæ cautio cum in actione ex stipulatu cessaret, idcirco Paulus docet, non videri mulierem propter agnitionem legati, quod capere non poterat, repudiassse actionem de dote, argumento textus in *l. mater 16. ad finem. ff. de inoffic. testam. l. si vero 8. ff. de operis libert.* Sed supra traditã utriusque actionis differentia obstant textus in *l. cum heres, §. 1. l. Lucius 78. §. maritus. ff. ad Trebel.* ubi aperte docetur, edicto de alterutro locum non esse, cum mulier à marito haeres ex parte instituta est, & rogata restituere hereditatem; in qua specie docetur, mulierem posse quartam jure hereditario capere, & etiam dotem; cum ex edicto de alterutro, aut dotem, aut quartam capere deberet, præcipue cum in ea specie non actio ex stipulatu, sed rei uxoriae tantum competeret. *l. dotale 13. §. ultim. ff. de fundo dotali.* Cui difficultati ex Cujacio, & Schifordeg, respondet Arias de Mesa *dict. lib. 2. cap. 10. num. 10.* ibi: Ex eo, quod maritus uxori hereditatis partem reliquit, & dotem prælegavit; satis constat, se velle mulierem utrumque capere, compensatione cessante ex edicto de alterutro; quod adeo verum est, ut idem procedat etiam si actione rei uxoriae dos peteretur, ut notat Cujacius in *dict. l. unic. §. sciendum.* unde apparet, Papinianum in *dict. l. cum heres,* recte mulierem hoc casu cum alio creditore comparasse, taciteque innuisse extra hunc casum plurimum differre mulierem ab alio creditore, quippe alius creditor semper in ratione Falcidia, & quartam, & debitum consequitur, *l. quod bonis 15. §. quod avus, l. qui fundum 87. §. si quis, ff. ad leg. Falcid. l. in imponenda 6. C. eod.* Prosequitur late Arias à Mesa *lib. 2. var. cap. 10.* ubi exponit textum in *l. cum ab uno 33. ff. de legat. 2.* & juxta relatos casus accipiendi sunt textus in *l. 1. C. de crim. expil. l. 7. si vir & uxor, ff. de donat. inter. l. 8. vers. Ceterum, de bon. libert. l. 16. de liber. causa, juncto Fabio *lib. 4. conject. cap. 9. l. 2. §. necessaria, de administr. rerum, l. si peculium 8. §. sicut, de pecul. leg. l. 9. & 10. ff. de legat. praest. ubi Cujacius, l. sed si adeo 75. ff. ad leg. Falcid. Costa in cap. si pater, l. 1. p. verbo Legavit, de testam. in 6. l. 28. §. ultim. de donat. inter. l. servo 69. §. si testator, de legat. 1. l. 6. §. ultim. ad leg. Corn. de falsis, l. 10. de duobus reis, l. 4. C. qui potiores. l. Merio 41. §. 1. de legat. 2. l. penult. §. ultim. ff. de aliment. legat. l. Paulus 42. §. ex his, cum l. antecedenti, de bonis libert. l. Tira 34. §. qui in vita, de legat. 2. l. cum haeres 51. ad Trebel.**

His suppositis ut ad nostrum textum accedamus, exponendum est, quo in casu ex supra relatis Innocentius loquatur? Et certè tres casus præfatus Pontifex proponit. Primus est quando testator legatum reliquit Episcopo ea conditione, ut portionem canonicam sibi debitam ex legatis relictis Ecclesie, seu monasterio non peteret; quo casu ex supra traditis pro expositione primi casus, si petat prædictam portionem, non auditur, etiam si minus consequutus sit per legatum, quàm illi debetur ex canonica portione, quia agnoscendo legatum tacite renunciavit juri, quod ad quartam habebat. Nec contrarium fundetur ex *l. si quando 35. §. & generaliter, C. de inoffic. testam.* ubi docetur, filium simpliciter agnoscen-tem legatum à patre relictum cum onere, ut illud pro legitima haberet, non videri agnoscendo legatum renunciasse supplemento legitime. Cujus textus argumento idem in supplemento canonice portione admittunt Hostiensis & alii in præfenti. Sed respondendum est cum Castrensi in *dict. §. ultimo;* quem sequuntur Mantica *lib. 10. de conject. tit. 2. num. 19.* Baza de decima tutoris, *cap. 5. num. 46.* Gutierrez de tuel. *3. part. cap. 5. num. 73.* multum referre inter onus, quod ipso jure nullum est, & inter onus quod ipso jure consistit. Primo casu accipiendus est textus in *dict. §. ultimo;* ubi cum onus in legitima ipso jure rejiciatur, *l. quoniam 32. C. eod. tit.* idcirco filius legati agnitione non intelligitur onus approbare. Secundo verò casu, quia onus ipso jure consistit, tunc is, qui simpliciter legatum agnoscit, tenetur onus amplecti, quo casu procedit præfatus textus, ubi cum onus Episcopo impositum efficax sit, idcirco legatum agnoscendo creditur supplemento portione renunciasse. Nec tunc obstat textus in *cap. requisisti 15. vers. Secus autem, hoc tit.* ubi docetur, conditionem, ne canonicam portionem Episcopo præstaret Ecclesia, cui sub illa conditione legatum relictum est, nullius momenti esse: unde idem dicendum videbatur in conditione adjecta Episcopo, ne canonicam portionem accipiat. Sed in promptu diversitatis ratio inter utrumque conditionem occurrit ex eo, quod onus Episcopo impositum, ei soli præjudicium affert, & ita proprio facto renunciare valet, ex *l. penult. C. de pactis.* Ceterum conditio, ne Ecclesia canonicam portionem suo Episcopo præstet, contra jus canonicum est, cui privato facto derogari non potest, ex regula legis quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. Secundus casus ab Innocentio deciditur quando testator Episcopo legatum reliquit indistinctè; nullam factam compensationis mentionem: & docet eo casu posse petere legatum, & portionem sibi debitam. Cujus sententia illa ratio vulgò asserti solet, quia cum testator canonice portione debitor non sit, ut aperte innuit Innocentius hic in princip. & in cap. sequenti, hac de causa legatum cum canonica portione non componatur: ita Abbas hic, num. 4. Covar. num. 4. Accedit, quia cum legatum sit donatio, *l. legatum 36. ff. de legat. 2.* inde fit, quod cum testator simpliciter legatum reliquerit, creditur non aliam mentem habuisse, quàm donationis conferendæ; & ita noluisse propter legatum canonicam adimere portionem, præsertim cum legatum ex testatoris judicio, canonicam verò portionem Episcopus proprio jure assequatur, unde compensationi locus non est, ut in legato creditori indistinctè relicto

relictio etiam procedit, *dict. l. creditorem 85.* Tandem tertium casum proponit Innocentius, quo testator modicum mortuarium reliquit, ut in ceteris Episcopis portione debita fraudaretur. Et decidit eo casu adhuc Episcopum exigere posse canonicam portionem ex aliis rebus, ne alioquin dolus testatoris Episcopo noceat. Consonant textus in *cap. requisisti, cap. ultim. hoc titul.* non tamen satis liquet inter repetentes in presentia, quomodo hic dolus probetur, ejusque exemplum congruum afferatur, ut videtur ex traditis à Joanne Andrea, & Anton. numero 13. Ancharano numero 5. Immo la num. 15. Innocent. num. 1. Cardin. *quest. 6. num. 3.* Covar. num. 17. qui casum illum referunt, cum testator fraudandi Episcopi causa minus legavit, quam in portione canonica erat. Sed illis omnia dicendum est, Innocentium agere non de legato relicto Episcopo in fraudem portione canonice, sed cum testator mortuarium modicum reliquit, id est funeris causa modicam quantitatem constituit, & alias res monasteriis, seu Ecclesie legavit, suppresso nomine mortuarii, eo animo, ut Episcopus quartam portionem ex eis non exigeret: quo casu recte ait Innocentius III. ne ex dolo testatoris fraudetur Episcopus, ex illis rebus etiam titulo mortuarii non relictis canonicam portionem illi solvendam esse, ut etiam docetur in *cap. final. hoc tit.*

35. *Dispositio*
non ad-
debita
ita

Nec obstat dubitandi ratio supra adducta ex exemplo quartæ debite patrono; nam in presentia specie nullum onus, seu gravamen injungitur Episcopo in portione sibi debita; sed tantum legatum datur cum compensationis conditione. Nec obstat Episcopum gravari non posse plus remittere, quam illi legatum est; nam respondeo discrimen esse constituendum inter legatum quantitatis cum onere amplioris quantita-

tis certæ, & inter legatum quantitatis cum onere speciei majoris pretii, vel incertæ quantitatis. Primo casu certum est, adhuc agnito legato legatarium non teneri ultra modum quantitatis legati, *dict. l. Imperator, §. si centum.* Secundo verò casu cogitur legatarius percepto legato rem propriam præstare, etsi majoris pretii sit, quam quantitas relicta, *dict. §. si centum, vers. Enim verò.* Differentiæ ratio est, quod in priori casu, cum quantitas certam habeat æstimationem, facile apparet legatarium in plus quam acceperit, onerari: secundo verò casu cum species incertam, & variam habeat æstimationem, idcirco legatarius, qui legatum percepit, tenetur ad præstationem rei suæ, etsi majoris pretii; quia videtur tanti æstimasse, *l. sed si non servus, ff. ad leg. Falcid. l. si mihi 97. ff. de legat. 1.* explicat Faber *lib. 17. conjeçt. cap. 6.* Quo modo intelliguntur textus in *l. civitatibus 122. §. ultimo, ff. de legat. 1. l. pœnales 32. §. ultim. ff. ad leg. Falcid.* & inde apparet presentis textus vera sententia, in cujus specie ideo Episcopus semel legatum agnoscens, petere non potest portionem canonicam, etsi appareat in ea plus esse, quam in legato; quia tempore legati percepti quantitas, quæ erat in canonica portione, erat incerta, quæ incertitudo æstimari debet ad instar oneris speciei; quo casu quia tanti videtur æstimari, idcirco non tam onus speciei, quam onus incertæ quantitatis consistit, etsi in ea plus sit. Quæ interpretatio mirè probatur in *l. tutor 26. ff. de liberat. le. ar.* ubi onus remittendæ actionis tutelæ, quia incertum erat, facit, ut licet legatarius per illam plus consequi posset quam per legatum; si tamen post agnitionem legatum illud onus subire recuset, doli mali exceptione rectè dicitur submoveri: docuit Arias à Mesa *lib. 2. variar. cap. 8, num. 17.*

CAPUT XV.

(a) Idem.

Requisisti de iis, quæ testator pro anima sua legat in ultima voluntate, qualiter sint inter Episcopum, & Ecclesias dividenda? Et quidem regulariter verum est, quod Episcopus debet de his secundum diversas consuetudines tertiam, vel (b) quartam portionem habere. Sed considerandum est diligenter, utrum testator legat hoc modo: Relinquo (inquit) istud Episcopo; aut, Relinquo istud Ecclesie; vel Relinquo istud Episcopo, & Ecclesie; aut, Relinquo istud Episcopo, & relinquo istud Ecclesie. In primo casu distinguendum est, utrum relinquatur illud Episcopo ab extraneo, an à propinquo? Si ab extraneo, generaliter verum est, quod præsumitur esse relictum intuitu Ecclesie, non personæ. Unde Cathedralis Ecclesia canonicam de illo potest petere portionem, quemadmodum Episcopo competit sua portio, si aliquid ipsi Ecclesie relinquatur: & hoc utique verum est, nisi testator exprimat, quod velit illud esse tantum Episcopi, non Ecclesie. In quo casu servanda est dispositio testatoris; secus autem, si exprimat, quod velit illud esse tantum Ecclesie, non Episcopi; quia privata dispositio testatoris non potest generalem constitutionem canonis (c) immutare. Nec est contrarium, quod in (d) canone legitur, videlicet, quod Pontifices, quibus ab extraneis aliquid, aut cum Ecclesia, aut sequestratim dimittitur, aut donatur (quia hoc ille qui donat, pro redemptione animæ suæ, non pro commodo Sacerdotis probatur offerre,) non quasi suum proprium, sed quasi dimissum Ecclesie, inter facultates Ecclesie computabunt; quoniam hoc est verum, cum testator ita sequestratim legat illud Episcopo, quod non exprimit, utrum velit ad Episcopum

Episcopum tantum, & non ad Ecclesiam pertinere. Si verò relinquatur illud Episcopo à propinquo, præsumitur esse relictum non intuitu Ecclesiæ, sed personæ, nisi fortè contrarium probaretur; & de isto nihil potest Ecclesia petere in vita ejus. Quod si relinquatur Episcopo, & Ecclesiæ, de illo canonica inter ipsos est divisio facienda. Si verò istud Episcopo, & istud Ecclesiæ relinquatur, sive æqualia, sive inæqualia sint relicta, reducenda sunt ad divisionem canonicam faciendam inter Episcopum, & Ecclesiam Cathedralē, nisi ambo velint esse testatoris dispositione contenti; quam propter ultimæ voluntatis favorem satis decens est observare, ubi neque fraus (e) intervenit, neque dolus, nec quisquam nimium defraudatur debita portione. Secus autem, si aliquid legetur Episcopo, aliquid capellis, vel monasteriis, aut aliis piis locis; nam in hoc casu, quod legatur Episcopo, ejus est præcipuum cum Ecclesia Cathedrali: quemadmodum si cuilibet alii legaretur: & de illis, quæ his legantur, portionem canonicam nihilominus obtinebit; quoniam non est tanta communitio inter Episcopum, & Capellas, vel monasteria, seu alia pia loca, quanta est inter ipsum, & Ecclesiam Cathedralē, cui est spiritali conjugio copulatus. Unde quæ acquirit Episcopus, non illis, sed isti tantum acquirit. Illud autem est generaliter observandum circa eum qui potest propriam possidere prælationem, vel administrationem Ecclesiæ non habentem, quod si ei aliquid specialiter relinquatur, non solum à propinquo, verum etiam ab extraneo, intelligitur esse relictum non intuitu Ecclesiæ, sed personæ, nisi probatio (f) in contrarium appareat; & idcirco de illo non Episcopus, nec Ecclesia potest in (g) vita ejus sibi aliquid vindicare, & hoc intelligitur esse verum, cum fraus minimè procuratur, quæ si detecta fuerit, patrocinari non debet.

N O T Æ.

1. (a) *[Dem.]* Ita etiam legitur in tertia collectione, sub hoc titulo, c. p. 3. nullibi tamen exprimitur cui rescribat Innocentius; credo tamen legendum esse, *Idem eidem*; ita ut eidem Cardinali rescribat Pontifex ac in capite antecedenti.
- (b) *[Vel quartam.]* Juxta supra tradita capite antecedenti, & adducenda in cap. suo, hoc titulo.
2. (c) *[Immutare.]* Non enim omne præceptum testatoris obligat, immò si quid præcipiat testator, quod pietatem, quod existimationem, quod verecundiam, quod leges, quod honestatem, quod canones lædat, quodve derisorium sit, pro non scripto haberi debet, *l. condiciones 14. l. filius 15. ff. de condit. inst. l. nemo 55. l. si quis inquilinos 112. §. ultimo, cum l. sequenti, §. ultim. ff. de leg. 1.* veluti si prohibeat legitimam liberis debitam præstare, *l. filium 24. C. famil. ercisc.* si prohibeat jus accrescendi, *l. si ita quis 74. ff. de hered. inst. l. 1. §. 2. C. de testam. milit.* si

jubeat se cum pretiosis ornamentis sepeliri, *l. servo 113. §. ultim. ff. de legat. 1.* & aliis casibus congestis ab Antonio Matthæo in *collegiis juris, disput. 22. per totam.* Item si testator prohibeat, ne Episcopus se immisceat executioni piæ voluntatis, Carpio de *executoribus lib. 1. c. 26. num. 34.*

(d) *[Canone.]* Cap. Pontifices 12. quest. 3.

(e) *[Fraus intervenit.]* Juxta caput officii, capite final. hoc tit.

(f) *[Probatio in contrarium.]* Cui tamen hæc probatio incumbat, jam exposui in cap. 1. hoc tit.

(g) *[Vita ejus.]* Nec post mortem, si habeat consanguineos ab intestato venientes; aliàs Ecclesia succedit proprio Prælatu, ut dicemus in cap. 1. infra titulo proximo.

Præsens textus etiam spectat ad eandem partem, portionis videlicet canonicæ debite Episcopo; & in eo varii casus proponuntur, in quibus debetur, vel non; datur fraus, vel committitur: quos quia sedulò retulit, & exposuit Cujacius in præfenti, consultò omitto.

C A P U T XVI.

(a) *Idem Episcopo* (b) *Tuscano.*

Raynuntius de Clera duas habens filias, Alterocham videlicet, & Adjectam, matrem insuper Cleram, & uxorem nomine Adelasiam, in extremis (c) positus condidit testamentum, Alterochæ filix puberi ultra dotem quam ei dederat, domum, & quendam hortum in eodem testamento relinquens: Adjectæ verò impuberi reliquit cætera (d) bona sua, adjiciens, ut Alterocha, & (e) sobotes quam gestabat in utero, eidem impuberi succederent, si (f) absque liberis moreretur. Mortuo itaque testatore tutores (g) impuberis eam cum omnibus bonis eidem relictis à patre jure (h) Lombardo cuidam P. nomine tradiderunt, quæ (i) filium ex eo suscipiens, tandem sine liberis est defuncta: cujus bona idem P. maritus ejus superstes aliquanto tempore possedit in pace, qui cum alia muliere matrimonium contrahens, & filios suscipiens

suscipiens ex eadem, diem clausit extremum. Postmodum inter (i) Alterocham, & filium ejus ex una parte, & filios ejusdem P. & Raynerium tutorem eorum ex altera, super bonis prædictis ejusdem Adjectæ suscitata materia quæstionis, cœperunt coram G. judice Tuscan. ad invicem litigare, coram quo Alterocha, & filius ejus bona quondam Raynuntii, tanquam ex causa (k) fideicommissi, vel substitutionis, sibi debita petierunt, tutore filiorum prædicti P. ex adverso dicente, quod obstabat illis annalis præscriptio, usucapio pro dote, ac longi temporis silentium diuturnum. Insuper allegabant, quod de bonis illis tam tertia Cleræ matris testatoris, & tertia Adelaisæ uxoris ejusdem, quam & quarta per Trebellianum nomine ipsius Adjectæ erant ante omnia deducenda. Dicitur verò judex supradictum Raynerium tutore nomine pupillorum in restitutionem bonorum Raynuntii condemnavit, & tertiâ Cleræ primò deductâ, quam Adjectæ, ac viro suo (l) donaverat: de qua substitutione, quam fecit Raynuntius, non videtur aliquatenus cogitasse: deductâ quoque tertiâ Adelaisæ, quam ipsa P. venderat supradicto: præcepit etiam idem judex, de his rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant, secundum Tuscanæ consuetudinem civitatis. Deduci præterea (m) quartam per (n) Trebellianum idem judex injunxit, cum etiam quilibet extraneus restitutione gravatus, eam deducere potuisset: sed utraque pars ab illa sententiâ (o) provocavit. Cum autem propter hoc partes ad nostram præsentiam accessissent, dil. fil. G. S. Mariæ in Porticu Diac. Card. concessimus auditorem: cum autem coram G. Diac. Card. auditore à nobis concessio fuisset diutius ligatum, ipse de mandato nostro sententiam supradicti judicis, videlicet in eo, quod dixit tertiâ Cleræ, & tertiâ Adelaisæ integraliter deducendas, pronuntiavit injustam, & ab ea legitime provocatum, definiens sic illas tertias (p) deducendas, ut (q) legitima portio jure (r) naturæ debita Alterochæ, illa salva sit in utraque, ad cujus restitutionem dictum Raynerium condemnavit. In eo verò, quod quartam per Trebellianum idem judex censuit retinendam, sententiam confirmavit ejusdem, ita videlicet, quod fructus (s) de bonis ipsius, quos à tempore litis contestatæ percepit à prædictis P. & filiis ejus post mortem Adjectæ, computentur in ea; qui si suffecerint ad eam, & fructus ejus, eo nomine alia deductio nulla fiat, alioquin juxta quantitatem fructuum perceptorum computationis ratio habeatur. Quia verò pater Adjectæ ipsam in legitima non potuit (t) aggravare, (u) legitimam ipsam, videlicet ejus partis, quæ sibi debebatur, ab intestato deducendam censuit, & etiam tertiâ retinendam; ita quod deductio fiat tantummodo de his rebus, de quibus secundum Tuscanæ consuetudinem civitatis fieri consuevit. In eo autem, quod prænominatus judex condemnavit Raynerium nomine pupillorum ad residui restitutionem Alterochæ ac ejus filio faciendam, ipsius sententiam confirmavit. Nos igitur ejusdem Cardinalis sententiam ratam habentes, ipsam auctoritate Apostolica confirmamus.

NOTÆ.

(a) [Dem.] Ita etiam legitur in tertia collectio-
ne, sub tit. de sententiâ & re judicata: sed
minus rectè præfens decisio sub eo titulo compila-
ta erat, cum tota ejus controversia circa suc-
cessionem testamentariam versetur, & tantum inci-
denter dicatur, sententiam in ea causa latam fuisse,
& partim approbatam, partim reprobam: qua-
re rectius in hac sexta compilatione jacet sub hoc
titulo de testamentis.

(b) [Tuscan.] Alibi legitur *Tusculan.* ut Glos-
sa marginalis notavit, & rectè; nam Tuscanensis
Ecclesia, quæ erat in Italia, unita fuit Viterbien-
si Ecclesiæ per Cælestinum III. ut probat Ughel-
lius tom. 3. *Italia sacra*, fol. 306. unde non po-
terat præfens causæ cognitio ab Innocentio III.
committi Episcopo Tuscanensi, cum jam ejus
tempore non esset Ecclesia Tuscanensis: quare
in præfenti inscriptione, & textu semper le-
gendum est, *Tusculan.* Tusculum autem in prima
Italiæ regione collocatum est in montibus, qui
propius Albanum contingunt, quosque vulgus
D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.

Tusculanos appellat, de quibus Martialis ibi:
Albanos quoque Tusculanosque colles.

Non longius distat ab urbe, quam duodecim mil-
liaribus. Hinc Dionysius lib. II. ait: *Ad Tusculum*
oppidum Latini nominis perveniunt, hanc minus
centum stadiis à Roma distans. Tusculana E-
piscopalis Cathedra perantiqua est, ut probat
Ughellius tom. 1. *Italia sacra*, fol. 261. Nicolao
ejus Præsuli, & Ecclesiæ Romanæ Cardinali mis-
sa est præfens epistola: & quia urbs illa cum aliis
adjacentibus, tam in spiritualibus, quam tempo-
ralibus paret Romanæ Ecclesiæ, ut probat Cohel.
in notis. *Cardin.* v. 15. congreg. 21. ideo hæc causa
temporalis etiam inter laicos agitata disceptatur
coram judice Ecclesiastico.

Calus præfens textus ita contigit. Ray-
nuntius habens matrem, cui tertia pars bono-
rum ejus debebatur ex consuetudine civitatis
Tusculanæ; item & uxorem, cui similiter
alia tertia pars bonorum debebatur ob con-
suetudinem ipsius verbis; habens etiam duas
filias, unam Alterocham (quam primam
appellabimus) puberem; aliam Adjectam
dictam

2.
Species re-
feruntur.

Uu

dictam (quam secundam dicemus) impuberem, testamentum fecit, & in eo primæ filiæ puberi dotem, quam illi tempore matrimonii dederat, domum, & hortum reliquit: secundam, quæ erat impubes, heredem ex asse instituit, eique, si sine liberis decessisset, substituit primam filiam puberem, cum filio, quem in utero gestabat; & decessit. Tutores filiæ secundæ eam jam puberem, ut iusti erant in testamento, Petro nuptui tradiderunt, assignatis in dotem univærsis bonis, quæ habebat: sed ipsa absque liberis decessente, & per consequens fideicommissi conditione adimplerâ, Petrus aliam duxit uxorem, ex qua filium suscepit; & tertiam partem bonorum, quæ ex consuetudine ad matrem testatoris diximus pertinere, titulo donationis accepit; aliam etiam partem tertiam, quæ ad uxorem testatoris spectabat, ob consuetudinem comparavit, & decessit. Postmodum prima filia pubes testatoris, & filius, substituti dati, bona testatoris ex causa fideicommissariæ substitutionis sibi debita petebant à filio Petri. Tutores ejus petitionem repellebant, asserendo primò, bona titulo pro dote longo tempore fuisse possessa, & per consequens usucapta: secundò ex bonis testatoris duas tertias partes à matre, & uxore testatoris habuisse titulis donationis, & emptionis; & ex alia tertia parte, quam petebant, quartam partem sibi competere ex Senatusconsulto Trebelliano: quibus auditis, & perpensis, iudex apud quem causa disceptabatur, primò deductis omnibus his, quæ tutor deduci postulabat, reliqua, quæ supererant, restitui iussit ex causa fideicommissi filiæ primæ, & ejus filio; à qua sententia utraque pars appellavit ad Innocentium III. Prima filia se lætam conquerendo in eo, quod duæ tertie partes, matris testatoris, & uxoris ejus, sibi restituere non iussisset: tutores filii Petri, quia ipsos damnavit in restitutionem bonorum, quæ supererant, cum jam omnia essent legitime usucapta. Pontifex iudicem dedit Gregorium Cardinalem, qui in partem approbavit iudicis à quo sententiam, in partem reprobat. Emendavit in eam partem, quatenus iusserat duas tertias partes matris, & uxoris testatoris non esse restituendas, iussitque ut ex illis portionem legitimam, quæ ad primam filiam pertinebat, restituerent; quia donando, aut vendendo mater ejus, seu avia, illam prægravare non poterant. In partem approbavit jubendo, ut quæ superessent, restituerent, deductâ quartâ ex Senatusconsulto Trebelliano, in quam imputarentur fructus post contestationem litis percepti: adjecit etiam, ut deduceret & aliam quartam jure legitimâ sibi debitam. Quam Cardinalis sententiam Pontifex confirmavit; sed quia in ea varia juris principia referuntur, & proponuntur, paraphrastico ordine textum percurramus.

3. (c) *In extremis postus condidit testamentum.* Cum enim voluntas hominis deambulatoria sit usque ad vitæ supremum exitum, l. si quis 22. ff. de legat. 1. usque ad illud tempus durat testandi facultas, l. 3. ff. de adimend. legat. l. 1. C. de sacros. Eccl. l. 25. c. 1. part. 6. nam sola corporis adverfa valetudo consensum non tollit; potest enim quis in extremis postus do-

nare, & quomodocunque contrahere, l. alumna 30. §. final. ff. de adimend. legat. l. Seja 42. §. cum pater, ff. de donat. causa mort. l. si pater 47. §. quadam, ff. de fideicommiss. libert. & hereditatem adire, ut probat Baldus in l. final. §. 1. C. de bonis que lib. argumento textus in l. avia, C. de iure delib. facit textus in l. ultim. ff. quando dies legat. Sic similiter in ultimo vitæ tempore testamentum facere poterit, & tale testamentum valebit, l. Pamphilo 39. ff. de legat. 3. §. 1. ibi: *In discrimine vitæ positum per infirmitatem.* Et l. etsi 5. ibi: *In discrimine vitæ constituta;* C. ad Trebell. l. jubemus, C. de testament. docent Richierius in l. 15. C. eodem tit. Carranza de partu, cap. 2. §. 1. sectione 1. licet in articulo mortis positus permitendum non esse testamentum facere, doceat Gothofredus in l. hac, C. eodem tit. unde quod scribitur Rothomanus in princip. *Institur. de testam.* perraro testamenta à moribundis condi solita, verum non est, immò contrarium ex hoc textu, & similibus deducitur, & experientia docet: quod ex natura humanæ conditionis factum arbitror, quâ rarus est, nisi mortis metu admonitus, qui in testandi cogitationem deveniat: unde Valerius libro 7. capite 7. in princip. ait, testamentum esse actorem hominis, & præcipua curæ, & ultimi temporis; nempe quia ex communi hominum more in tempus imminens mortis differatur, ut notavi in capite 1. hoc tit. Prudentius tamen esse, non expectato vitæ discrimine testamentum condere, admonemur saceris in litteris, *Eccl. cap. 33. vers. 34. & cap. 38. Isaia.*

(d) *Reliquit cætera bona.* Hic disputant fusi Doctores, quomodo præteritis filiabus testamentum sustinetur, sed non rectè, cum institutio præcessisset, & ita disputationem hanc omittimus: videndus est Covarruvias in præsent. ti, §. 1.

(e) *Et soboles quam gestabat in utero.* Difficile est quod hic asseritur, videlicet, posthumum fuisse cum matre substitutum datum; nam certum est, substitutionis, & institutionis causam æqualem esse, l. mulier 20. §. ultim. ff. de condit. institur. sed posthumus alienus, ut est nepos, & maxime ex filia, non potest institui, l. posthumus 6. ff. de inoffic. testam. l. placet 4. cum l. sequenti, l. si quis posthumus 9. in princip. §. 1. l. filius 28. §. si quis eo tempore, ff. de liberis & posthumis, cum aliis congestis à repetentibus in l. Gallus, ff. de liber. & posthumis, Gilkenio videlicet, Goveano, Boëtio Epon. Spanochio, Pichardo & Valentia, Fabro libro 9. congest. capite 2. Fachineo libro 10. contror. capite 41. Schifordeg. lib. 3. tractatu 16. quest. 3. Carranza de partu. §. 1. à numero 119. Igitur substitutio posthumi in præsent. specie sustineri non poterat. Cui difficultati respondendum est, quod licet principium illud procederet tempore medtæ Jurisprudentiæ, tamen post Justinianum posthumi institutio sustinetur, §. posthumus, *Institur. de legat. §. 1. Institur. de honor. possess.* Unde præsens textus accipiendus est juxta jus novum.

(f) *Si absque liberis moveretur.* Cujus conditionis vim, & effectum exposui in cap. in præsentia, de probat.

(g) *Impubes*

(g) *Impuberis.*] Raynuntius filia tutores dedit, quia innupta erat, & per consequens impubes, ut bona ejus administrarent, & præcipue suo tempore illam nuptui collocarent; plerumque enim testatores hoc officium tutoribus injungebant, *l. tutor, ff. de ritu nupt.* aliquando indefinite, non destinando ipsam certo marito; aliquando certas nuptias præfiniendo, *l. non est 66. ff. de ritu nupt. l. qui pupillam 7. ff. ad leg. jul. de adult. l. pater 101. ff. de condit. & demonstr. l. si patris 6 C. de interd. matrim. l. 69. §. nuptiis, ff. de jure dot.* Hothomanus de ritu nupt. capite 3. Si pater non designavit, potest tutor ad libitum cui voluerit nuptui collocare, dum tamen ipse, aut filius ejus illam in uxorem non accipiant, quia id Senatusconsulto prohibitum est, *l. non est 66. ff. de ritu nuptiar. l. si tutor 7. C. de interd. matrim. l. libertum 64. l. non solum 67. §. 2. l. 59. ff. de ritu nupt.* ne matrimonio contracto tutelæ administratæ rationes conturbentur: docent Franc. Hothomanus de ritunupt. capite 3. Gutierrez de tutel. 2. part. capite 12 adeo ut si tutor matrimonio pupillam sibi adjunxerit, adulterii pœnâ coerceatur, *l. qui pupillam, ff. ad leg. jul. de adult.* in qua prohibitione notandi sunt textus in *l. filium 28. §. si quis, ff. de liber. & posthumis, l. tutor, 15. ff. de sponsal. l. 4. & 17. C. de excusat. tut. l. 17. cum l. nonnunquam 32. §. ultim. ff. de adopt. l. 13. ff. de his que ut indign. l. unic. C. unde vir & uxor, l. uxori 27. ff. de usufruct. legat. l. si concubina 17. ff. rerum amot. l. 4. & 6. C. de incest. nupt. cum l. ultim. C. de interd. matrim. l. tutor, ff. de testam. tut.*

Amplius etiam in præsentî specie tutoribus testator injunxit, ut cum filiam nuptui collocarent, dotem eidem assignarent; quod erat proprium officium tutoris, adeo ut olim feminae tutorem non habenti tutor daretur, ut promitteret, dicere, aut daret dotem. Ulpianus *titul. 12. regul.* ubi ait, ex lege Julia de maritandis ordinibus ei mulieri, quam ex illa lege nubere oportet, tutorem dari, si legitimam tutorem non habeat ad dotem dandam, dicendam, promittendam; & hic dicebatur specialis tutor, *l. non tantum, ff. de tutoribus, l. sive generalis, de jure dotium, l. mulier, C. eodem.* Antonius Hothomanus de ritu nupt. cap. 28. & similiter aliquando præscribatur à testatore certa dotis quantitas: plerumque autem casu jus sit testator, ut omnia bona dotis nomine darentur, quod plerumque in matrimoniis contingebat, *l. mulier 72. ff. de jure dot. l. 4. C. eodem vir.* quo casu præsentia tantum, & non futura comprehendî docuit Scipio Gentilis de estimat. rerum, in fine.

(h) *Jure Lombardo.*] Cujacius in præsentî exultimat legendum esse, *viro Lombardo*; quia ita legitur in quodam perverto Decretalium exemplari, quod apud ipsum esse refert; motus etiam ex eo, quia non est speciale jus apud Longobardos, quod præsentî litteram retineamus, sequentia cogunt. Primum, quia ita legitur in dicta tertia collectione, & in aliis exemplaribus MSS. quæ præmanibus habeo. Deinde quia tam in nuptiis contrahendis, quam in lucris conjugalibus communicandis, dotibus restituendis, & aliis ad nuptias pertinentibus, *D. D. Gonzal. in Decretal. Tom. III. Pars I.*

bus, plura specialiter sunt cauta jure Longobardorum *lib. 2. titul. 1. legum ipsorum*; ex quo infra aliqua dabitur: unde non incongruè in præsentî signanter exprimitur nuptias contractas fuisse secundum jus Longobardorum.

(i) *Qua filium ex eo suscipiens tandem sine liberis.*] Id est, licet filium susceperit, tamen ipsâ vivâ decessit, unde verè sine liberis decessit: licet enim conditio *si sine liberis decedat*, deficiat, si gravatus susceperit unicum filium, filiamve, *l. 1. C. de condit. insert. l. jubemus 6. §. sin autem, C. ad Trebel. l. non est sine liberis 148. ff. de V. S. l. pater 101. §. 1. ff. de condit. & demonstr.* probavi supra in capite in præsentia, de probat. tamen si vivo ipso hærede rogato decesserit, ita ut mortis tempore nullum superstitem habeat, conditio adimpletur, & est locus fideicommissio, *l. ex facto 17. §. si quis autem, ff. ad Trebel.* nam qualitas liberorum adjecta verbo *Decesserit*, refertur ad tempus mortis, *l. 4. §. si extraneus, ff. de noxal.* unde in præsentî specie licet filia gravata suscepisset unum filium, nihilominus cum tempore mortis sine liberis reperiretur, locus fuit fideicommissaria substitutioni.

(j) *Inter Alterocham, & filium ejus ex una parte.*] Ex his verbis colligitur, primam testatoris filiam simul cum filio bona postulasse, quod quidem difficile est ex eo, quod quando pater instituit filium, & nepotem ex eo, ordine successivo instituisse creditur, ut patri primò, & eo deficiente, filio deferatur hæreditas, *l. Gallus, §. & quidam rectè, ff. de liber. & posthumis.* Quod duplici ratione inductum creditur. Prima, propter necessitatem instituendi filium, quæ cessat in nepote vivente ejus patre: secunda, propter ordinem dilectionis, quia sicut præsumitur pater plus diligere filium quam nepotem; ita credendum est velle hæreditatem prius filio deferri, & inde nepoti, ut docet Bartolus in dict. §. *& quid si tantum, numero 4.* qui licet pro hac sententia adstruenda adducat textus in *l. cum pater 77. §. à te peto, ff. de legat. 2. l. hæredes mei 57. §. peto, ff. ad Trebel.* & si rectè perpendantur, superiorem sententiam non probent; non ideo tamen ab ea est discedendum, ut docent Mantica libro 4. de conjecl. titul. 8. Menochius libro 4. de præsumpt. capite 70. Ergo non rectè in præsentî admittuntur simul mater, & filius. Sed his non obstantibus pro sententia hujus textus, videlicet simul filium, & matrem admitti ad fideicommissum, faciunt textus in *l. final. vers. alia, C. de impuberum, & aliis, l. penult. §. instituto, ff. de leg. 2.* facit etiam textus in *l. si mulieri, ff. de usufructu accresc.* ubi docetur, quod si usufructus uxori, & liberis relinquatur, uxor, & liberi usufructum simul habent. Facit etiam textus in *l. si ego 26. ff. de acquir. hæredit.* ubi probatur, quod si extraneus simul cum filio institutus sit, in dimidiam partem illum vocari; unde docuerunt DD. idem procedere debere in nepte simul cum filio instituta. Docent, & defendunt hanc sententiam Covarruvias in præsentî, §. 2. per tot. Faber de error. decad. 33. errore 8. Fachineus libro 8. contro. capite 17. quæ sententia si retineatur,

responderi potest textui in d. §. *Et quidam recte*, quod institutio, de qua ibi, nullo alio modo sustineri poterat, quam si Filius vivo testatore decessisset, & ideo facta censetur, ut admittantur ordine successivo, etiam adhuc contraria sententia potius placeat, pro qua facit textus in l. final. C. de dotis promissione, & eam defendit Nieto in repetit. ad hunc textum. Non obstat textus in dict. l. penult. §. instituto, ff. de legat. 2. ubi legatum filio, & nepoti relictum, æqualiter inter eos dividitur; quia responderetur ex voluntate testatoris in specie conjunctionem admitti, ut ex textu verbis expressè constat. Nec etiam obstat textus in dict. l. si mulieri; ideo enim ibi utriusque pariter accedit usufructus, quia relictus per dictionem, *etiam*, quæ magis copulat, quam conditio, ut constat ex his quæ tradit Bartolus in dict. §. *Et quidam*, & post eum Donellus lib. II. comment. cap. 18. Nec adversatur textus in dict. l. final. C. de impub. ubi ideo admittuntur filii cum patre, quia verbis testatoris illis cautum est per dictionem illam *etiam*, & quia vocati erant extranei testatoris, in quibus charitatis ordo, & instituendi cessat necessitas. Tandem nec contrarium probat præsens textus, & in capite Raynaldus, infra; quia etiam in illis filii admitti fuissent cum matre, intelligitur non ad succedendum, sed ad litigandum, propter jus futurum, quod sperabant, ut probat Nieto in præfenti.

(k) Ex causa fideicommissi, vel substitutionis.] Ex causa substitutionis peti non posse videtur, non ex vulgari, quia vulgaris substitutio expirat per aditionem hæreditatis, l. post aditam, C. de impuberum: minus ex pupillari, quia adveniente pubertate evanescit, §. masculino, Institut. de pupillari, sed utrumque in præfenti specie præcessit, hæreditatis videlicet aditio, & pubertas, cum jam nupta, & filios habens decessisset: ergo ex substitutione peti bona non poterant. Sed responderetur de fideicommissio, seu ut aliqui volunt, de fideicommissaria substitutione sub conditione si sine liberis facta, hic agi; licet enim verum sit, fideicommissariam substitutionem propriè institutionem non esse, ut ex l. qua sub conditione 8. §. in fideicommissis, ff. de condit. instit. l. tutores 39. §. hærede, ff. de administr. tut. probant Faber in Papiniana, tit. 12. princip. 7. illat. 32. Goveanus in rubrica de vulgari, numero 4. & 5. Vultejus in princip. Institut. eodem titulo, numero 2. Faber libro 15. coniect. cap. 10. & de error. decad. 34. error. 2. Oualdus lib. 6. Donell. cap. 23. littera l. Castillo libro 2. contrrov. capite 21. numero 28. Schifordeg. lib. 2. tract. 6. quest. 4. & 5. Pichardus ad titulum de vulgari, cap. 3. numero 3. & à substitutione distingui fideicommissum, ejusque restitutionem ut rem diversam judicari, §. ultim. Institut. de pupil. substit. l. recusare 6. §. Titius 5. ff. ad Trebell. l. ultim. §. sed quia 3. C. commun. de leg. nihilominus tamen aliquando substitutio dicitur in latiori significatione, ut in l. coheredi 41. §. quod si hæredem, ff. de vulgari, l. hæredes mei 57. §. càm ita, & §. finali, ff. ad Trebell. l. eam quam 14. C. de fideicommiss. l. Scævola 76. ff. ad Trebell. Manet ergo, præfentem textum accipiendum esse de fideicommissio, aut substitutione latè supra, ut Innocentius edocet, nec est cur ipsum peccasse in jure civili dicamus, ut nimis

impudenter fecit Cujacius in novella 92. unde cavendum est ab Acosta in cap. si pater, l. p. verbo Hæredes, num. 14. de testam. lib. 6. qui asserit, in præfenti textu factam fuisse substitutionem compendiosam; nam hæc sententia præfenti textui non adaptatur.

(l) Donaverat.] Quæ donatio quatenus valeat jure communi inspecto, seu speciali Longobardorum, exponit Jacobus Cujacius in l. 1. C. de pactis, fol. 70.

(m) Præterea quartam per Trebellianum.] Ex his verbis deducitur, tam matrem, quam uxorem Raynuntii tertiam partem habuisse in bonis testatoris; quod difficile videtur, cum Raynuntius reliquisset duas filias, & certum sit tam in successione testamentaria, quam legitima primam causam esse filiorum, adeo ut illis existentibus nec mater, nec uxor admittantur, authentica in successione, C. de legit. hæred. novel. de hæredibus ab intestato, §. 1. quibus consonat lex 3. tit. 13. partit. 6. lex 10. tit. 12. lib. 3. fori, & lex 6. Tauri; idque naturali ratione suggerente, l. scripto 7. §. ultim. ff. unde lib. l. cum ratio ff. de bonis damnat. etiam olim mulier ducta per coemptionem, in portionem virilem vocatur. Ulpianus in fragmentis, tit. 22. Revardus ad l. 12. Tabul. cap. 21. quo ergo jure tam mater, quam uxor Raynuntii in præfenti casu perceperunt duas tertias partes bonorum ipsius testatoris? Quam difficultatem agnoverunt Glossa in præfenti, verbo Tam tertiam, & omnes antiquiores, qui varia adduxerunt pro ejus solutione. Hothomanus illustrium quest. 37. existimavit, sententiam judicis in præfenti specie laram injustam fuisse, & falso niti fundamento: sed illum rectè refellit Fachineus lib. 5. contrrov. cap. 11. major autem, & supinus est error eorum, qui docuerunt; ex omnibus bonis Raynuntii tertiam partem deducendam esse matri, & aliam tertiam uxori. Nec felicius Edmundus Meril. lib. 1. observ. cap. 39. præfentem textum accipit, ut eodem jure, quo uxor exigit tertiam partem bonorum mariti, etiam mater deducat aliam æqualem partem: idest sicut uxor tertiam partem conlaborationis etiam mariti detrahit ex bonis constante matrimonio quæsitis, ob consuetudinem Longobardorum; ita etiam mater aliam tertiam partem deduxit ex bonis quæsitis à patre ipsius Raynuntii constante matrimonio. Sed hæc interpretatio convincitur; nam pars hæc conlaborationis deducitur statim soluto matrimonio, cap. 2. ubi dicimus, de donat. inter. Unde credi non potest, matrem Raynuntii post mortem viri sui expectasse filii mortem: quare his, & aliis omnibus sententiis, verius dicendum est, uxori tertiam partem deberi, non bonorum mariti, sed conlaborationis, idest bonorum constante matrimonio acquisitorum, ob consuetudinem Longobardorum, quæ in aliis regionibus pro lege observabatur, ut apud Ripuarios tit. 37. de dotibus, ita cavetur: *Et tertiam partem de omni re, quam simul conlaboraverint, sibi studeat vindicare.* Et in capitul. Caroli, lib. 4. tit. 9. ibi: *Tertiam conlaborationis.* Et in l. Francica, capite 9. ibi: *Volumus ut uxores defunctorum maritorum tertiam partem conlaborationis, quam simul in beneficio conlaboraverint, accipiant.* Hanc igitur tertiam partem uxor Raynuntii in præfenti specie exigit, mater autem aliam

aliam tertiam partem consequuta est, non virtute hujus consuetudinis, sed quia legibus Longobardorum non solum filii, verum & defuncti parentes admittuntur ad tertiam partem bonorum, l. 6. tit. 14. lib. 2. legum Longobard. ibi: *Parentes proximi, aut heredes uncias quatuor, quod est tertia pars.* Recte ergo iudex in presenti casu iussit detrudere duas tertias partes: unam, quae debebatur uxori virtute conlaborationis; alteram, quae debebatur matri jure successione; unde deducitur, in divisione bonorum Raynuntii aliam rationem esse ineundam, quam vulgo assignant Interpretes in presenti. Glossa enim ait, bona omnia in uncias 54. dividenda esse, ex quibus 18. hoc est tertia pars, ad matrem pertinent, ex reliquis 36. uxori 12. dentur pro tertia parte, reliqua bona ad filios spectant. Glossam sequuntur Fachineus lib. 5. controu. cap. 1. §. denique, Hothomanus ubi supra. Sed hæc computationis ratio corrigitur ex supra traditis, cum de omnibus bonis mariti non deducatur tertia pars uxoris. Quare dicendum est, ex bonis acquisitis constante matrimonio, primò tertiam partem deduci uxori, tum ex omnibus bonis ipsius Raynuntii tertiam partem deduci matri, & reliquas partes ad filias spectare; non tamen uxorem admitti ad aliquam partem bonorum defuncti.

(n) *Per Trebellianum.*] A tempore legis de-cemviralis usque ad tempora Augusti fideicommissa ad eò infirma erant, ut penderent tantum ex pudore & verecundia hæredis rogati, ita ut si ipse vellet, præstaret, nec ulla necessitas solvendi erat, §. 1. *Institut. de fideicommissis.* Cujacius ad *Novel. 1. & lib. 15. 99. Papin. in l. 11. ff. de his que ut indigni.* unde naturaliter tantum debebantur, quia obligatio naturalis ex pudore, & æquitate estimatur, l. *Stichum, §. naturalis. ff. de solut. l. cum amplius, §. si natura. ff. de reg. jur.* postea ab eodem Augusto statutum fuit, ut vires haberent, cogerebanturque hæredes ad eorum præstationem, proprio constituto Prætor, qui de fideicommissis jus diceret, dicto *princip. Institut. l. 4. in fine. ff. quibus ad libertatem proclamare, l. 2. C. qui potiores.* Ulpianus autem in *fragmentis, tit. 27. §. fideicommissa,* dum scribit de fideicommissis cognitionem fuisse in Provinciis Præsidum Provincialium, in urbe Consulium, aut Prætoris fideicommissarii, ita accipiendus est, ut de minoris pecunie fideicommissis Consules; de cæteris Prætores fideicommissarii cognoscerent. *Quintil. lib. 3. Institut. cap. 8. ibi: Non debet apud Præto-rem petere fideicommissum, major enim prætoris cognitione summa est.* Facit textus in *l. penult. §. 1. ff. de iurisdic. docent Cujacius lib. 21. observ. cap. 34. Hothomanus in d. princip. Institut. immò & aliquando Imperatorem de fideicommissis magnæ quantitatis cognovisse, constat ex *l. 26. ff. de probat. Ammian. Marcel. lib. 2.* Sed etiam mutatâ naturâ fideicommissorum, nomen remanuit, ut in aliis juris casibus contingere jam notarunt *Donellus lib. 7. comment. cap. 15. Fornierius lib. 2. select. cap. 9.* sed cum per aditionem hæredes rogati oneribus hæreditariis implicarentur, ita ut omnes actiones activæ, & passivæ in ipsos, & contra ipsos darentur, l. 2. *C. de heredit. action.* quia qui semel hæres est, non potest desinere esse hæres, l. *ei qui 88. ff. de hered. institut.* idèd Aneo Seneca, & Trebellio Consulibus factum est Senatusconsultum Trebellianum, quo*

cautum fuit, ut legis ministerio omnes actiones in fideicommissarium transirent, l. 1. §. 1. *l. restituta, §. eodem, ff. ad Trebel.* & sic fideicommissarius loco hæredis habebatur, l. 2. *l. ex asse 28. l. postulante 44. ff. ad Trebel.* Sed quia adhuc satis prospectum non erat hæredibus rogatis, qui ob nullum, aut minimum lucrum recusabant hæreditatem adire, & sic fideicommissa intercidebant, aliud Senatusconsultum factum fuit Consulibus Pufione, & Pegaso, quo duo statuta fuerunt. Primum, ut hæredes ultra dodrantem restituere gravati, quartam partem sibi retinerent, ut hoc præmio quartæ invitati, hæreditatem adirent, §. *sed quia, Institut. de fideicommiss. heredit.* Secundum, ut possent cogi hæreditatem adire, & restituere. Et quia hæc quarta inventa fuit ad exemplum Falcidiæ, solet quarta Falcidia appellari, l. *coheredi 41. §. cum filiis, vers. Quod si, ff. de vulgari, l. Tertia 86. ff. ad leg. Falcid. l. in ramentum 27. §. quod si Mevius, ff. ad Trebel.* & cum Imperator Justinianus Senatusconsultum Pegasianum transfudisset in Trebellianum, idèd quarta Pegasiana dicitur Trebellianica in hoc textu, & in *cap. si pater hoc tit. lib. 6. ad quod Senatusconsultum Trebellianum spectant textus in l. si mulier 59. ff. de iure dotium, l. si post constitutam 22. ff. de constit. pecun. l. ultim. de transact. l. acceptis 93. ff. ad leg. Falcid. l. 8. §. ult. ff. de legat. 2. l. 29. ff. de testam. milit. l. 4. §. ultim. ff. de bonis libert. l. hæres 21. ff. de fideiuss. l. 15. §. 1. ff. ut legat. l. Stichum 95. §. aditio, ff. de solut. l. Plautius 43. ff. de condit. & demonstr. l. 1. §. hæc actio, ff. de positi, l. 23. & 24. ff. ad Syllan. l. 1. §. si præterit, ff. quando actio de pecul. Quare rectè in presenti specie iussit Iudex quartam deduci. Hæc tamen quarta hæreditatis est, non verò bonorum, l. *si legatus 30. §. 1. ff. ad Trebel. l. 1. & 2. C. eod. tit. Costa in dicto cap. si pater, verbo Trebellianica, Faber de error. decad. 11. error. 2.* Unde pro ea parte remanet obligatio æris alieni penes hæredem rogatum. Nec contrarium docetur in *l. etsi sine, C. ad Trebel.* ad cuius solutionem videndus est *Carballo in cap. Raynaldus, 1. p. numero 94. hoc tit.* Aliquando tamen hæc quarta deduci non potest, veluti si ejus detractionem testator prohibeat, *authent. sed cum testator, C. ad leg. Falcid. docent Donellus lib. 7. comment. cap. 29. ubi Ofualdus littera A. Galbanus de usufructu cap. 20. in fine; aut si testator miles sit, l. in testamento 12. C. ad leg. Falcid. cui ne obstat lex 1. §. in filii, ff. ad Trebel. videndus est *Valentia tom. 1. illustr. tract. 2. cap. 5. vel si Princeps rogatus sit restituere, l. ex asse, §. ultim. ff. ad Trebel.* & in aliis casibus congettis à *Menchaca de success. progress. §. 27. num. 21. Petro Gregorio lib. 42. synagm. cap. 51. num. 8. Peregrino de fideicommissis artic. 3. num. 63.***

(o) *Ab illa sententia provocavit.*] Uttraque pars appellavit à sententia inferioris pro ea parte, pro qua gravata erat, ut in *l. 1. & ultim. C. de appel. cap. 18. vers. Uttraque, hoc tit.* appellavitque ad Romanum Pontificem, quia ut supra notavi, Tuscanella quoad spiritualia, & temporalia paret Romanæ Ecclesiæ. Innocentius autem causa cognitionem commisit Gregorio S. Marie in Porticu Cardinali Diacono, cui graviora negotia ipse delegabat, ut refert *Spondanus in continuatione Baronii, anno 1199. num. 8.*

(p) *Tertius deducendas.*] In hæc parte injustam dixit

dixit iudex sententiam, quia licet duæ tertiæ partes deducendæ essent, non tamen integræ; sed ita ut portio legitima præstaretur Alteroche; & pro ea parte rescinderentur tam donatio, quam venditio. Et ut hoc juris principii conveniat, supponendum est, donationem fuisse inofficiosam, & venditionem simulatam, sine pretio, donandi animo factam; tunc enim filia poterit revocare donationem pro parte suæ legitimæ, l. 1. & per totum C. de inoffic. donat. l. 4. C. de contrahend. emption. docent Vinius lib. 2. select. cap. 33. Raguellius in l. 25. C. de donat. inter Hunnius ad Trenti. volumine 2. dissert. 20. quest. 52.

14. (q) *Ut legitima portio.*] Quæ variis nominibus appellatur: debita portio in l. Papinianus, §. quoniam, ff. de inoffic. l. scimus, C. eodem; portio legitima in l. omni modo, l. que nuper, C. eod. debitum bonorum subsidium in l. si totas, C. de inoffic. donat. quarta natura in l. cum ratio, ff. de bonis damnat. l. scripto, ff. unde liberi: portio substantiæ apud D. Lucam cap. 15 ubi agebat filius Prodigus: Pater da mihi portionem substantiæ, qua me contingit. Sic & l. si quis 33. C. de inoffic. Illustrant Osualdus lib. 19. Donelli. cap. 4. littera T. Mancinus de legitima, q. 1. Merlinus eod. tract. q. 1 lib. 1.

15. (r) *Jure naturali.*] Valde controversum est, an portio legitima debeatur filiis jure naturali, an verò civili? Et jure civili eam deberi, atque inductam fuisse, docent Gailius lib. 2. pract. cap. 22. Rodericus Suarez in l. quoniam. limit. 2. numero 2. ubi Valdes littera A. Petrus Gregorius lib. 4.4. syntagm. cap. 4. Menchaca de success. creat. §. 20. num. 298. Tellus Fernandez in l. 10. Tauri, num. 4. Costa in cap. si pater. verbo Privare, 3. p. Sarmient. lib. 2. select. cap. 4. Faber de error. decad. 14. error. 5. & decad. 74. error. 7. Borel. tom. 3. decis. titul. 14. pro quibus faciunt sequentia juris principia. Primum, nam si legitima deberetur jure naturæ, non posset tolli aliquo in casu: sed plerumque non præstatur: igitur quia non provenit à jure naturæ. Probatur minor, primò in filiabus, quas olim Patres impunè præteribant, §. 1. Instit. de exheredat. liber & in filiis justè exhereditatis, qui nec prætorio admittuntur ad successionem, l. non putavit 8. ff. de bonor. poss. contra tabul. in filiis, qui ante Orphicianum non admittebantur ad matris successionem, l. ex testamento, C. ad Orphic. Deinde nam si deberetur jure naturali, non posset juramento remitti: sed validè cum juramento renunciari potest: ergo quia ejus obligatio non provenit à jure naturæ. Contrariam sententiam, immò legitimam jure naturali filiis deberi, docuerunt Donellus lib. 19. comment. cap. 4. Cujacius in Novella 18. Vultejus in §. penult. Instit. de inoffic. Molina lib. 1. de primog. cap. 1. numero 16. Pichardus in rubric. de heredit. qua ab intest. numero 61. Spino de testam. gloss. 17. numero 19. Larreatigui lib. 7. select. cap. 6. Valascus de partition. cap. 17. & 18. pro qua sententia faciunt textus in cap. si pater, hoc titul. in 6. cap. jus naturale, l. distinct. l. cum ratio, ff. de bonis damnat. l. scripto, §. ultim. ff. unde liberi, l. nam & si 15. ff. de inoffic. l. final. ff. quorum bonor. auhent. de hered. & Falcid. §. primum igitur. Deinde nam legitima succedit loco alimentorum, ut latè probat Valentia 3. tom. de liber. & posthum. cap. 1. sed alimenta filiis naturali lege debentur,

l. 1. §. jus naturale, ff. de justitia & jure, post Surdum, Laram, & Castillum probat Fragofo tom. 3. de regim. Christ. Reip. lib. 4. disput. 1. ergo & legitima. Tertia sententia est eorum, qui discrimen constituunt inter substantiam legitimam, & ejus quotam partem. Quoad substantiam ajunt esse juris naturalis, quoad quotam verò partem esse juris civilis: ita docuerunt Cujacius in Novella 18. Vultejus in §. penult. Instit. de inoffic. Roxas de success. cap. 7. numero 7. Covar. & alii, quos referunt, & sequuntur Valdes ad Roderic. Suarez ubi suprâ, littera A. Pichardus in rubric. Instit. de heredit. qua ab intestato, numero 61. Pacius Methodic. ad Codicem, titul. 28. cap. 6 numero 30. Quâ opinione retentâ non obstant prioris sententiæ fundamenta. Non primum, nam quamvis verum sit, patrem non teneri, mediâ Jurisprudentiâ attentâ, filias institueri, aut nominatim exheredare, ideò licet præteritæ fuissent, testamentum valebat; non ex eo dicendum est, legitimam fuisse sublatam filiabus, quia illæ succedebant præteritæ patribus jure accrescendi; & si fratres fuissent instituti in testamento, in quo præteritio filiarum continebatur, succedebant filiæ in virilem, seu æquam portionem, cum cæteris fratribus; & si extranei fuissent instituti, filie præteritæ dimidiatam partem hereditatis auferbant, ut constat ex Ulpiano in fragmentis, titul. 22. §. scriptis, Paulo lib. 3. sentent. titul. 4. §. filio, Cujacio & Theophilo in §. 1. Instit. de exhered. liberor. ubi videndum est Hothomanus, Gilkenius in l. maximum vitium, C. de liberis præteritis. Sed & illam differentiam inter præteritionem filiorum, & filiarum sustulit Justinianus in l. maximum, C. de liber. præterit. ubi eos, qui has differentias introduxerunt; meritò appellat naturæ accusatores, quasi naturam accusent, cur non omnes masculos generaverit. Nec obstat difficilis auctoritas Numeror. cap. 27. quam pertraserunt juris Interpretes, aut ei non rectè responderunt. Sed ex Theologorum sententia respondendum est, apud Hebræos filios tantùm masculos vocatos fuisse ad possessiones paternas, quæ erant bona immobilia, non filias, ex eo, quod volebat Deus certitudinem familiarum conservari, propter Messiam, ad cognitionem veritatis; nam cum Prophetæ dixissent, Dominum nostrum Jesum Christum nasciturum de tribu Juda, & semine David, ad convincendos Judæos unaquæque tribus & familia habuit distinctas possessiones, quæ non poterant vendi in perpetuum, aut alienari, ut constat ex Levitico, cap. 25. ideò Christo vivente fatebantur Judæi ipsum de tribu Judæorum fuisse: cum autem familia non posset conservari in fœminis, quæ sunt fines familiarum, & transeunt in familiam mariti, & earum filii maritorum, non ipsarum nomen sumunt, & sic possessio unius stirpis in aliam transibat, & confundebantur familiæ, meritò ad filias non pertinebat hereditas patris, nisi in defectum filiorum: ad filios autem pertinebat, quia hi conservant familiam patris, & hereditatem transmittunt ad posterum cum nomine familiæ. Quæ solutio colligitur ex his quæ tradit Abulenfis suprâ, cap. 27. Numeror. q. 3. 4. & 22. His addendum censeo, nullo modo potuisse filias Israël queri de hac justissima lege, quia propter rationes suprâ adductas dicendum est, Domini esse terram, & omnes habitantes in ea, Deuteronom. cap. 10. ibi: *Domini Dei*

Dei tui calum, & terra, & omnia quae in ea sunt. Quam terram dedit hominibus, psalmo 113. benedicti loco Judaeis terram Promissionis, ut conlatur ex capite 4. & sequentibus Deuteronomii, & capite 9. ibi: *Nec dicas in corde tuo: Propter injuslitiam meam introduxit me Dominus, ut terram hanc possiderem.* Datam tamen fruendam, quamdiu Dominus voluisset, ita ut in dominio Dei terra maneret, juxta illud Psalmi: *Domini est terra, & plenitudo ejus.* Videndus Donellus lib. 2. comment. cap. 4. Quare rectè potuit Deus, qui gratias terram Promissionis dedit, vocare filios Judaeorum ad possessiones paternas, exclusi filiiab. Ex quibus satisfactum est superiori difficultati, circa quam hac scribere volui; quia alii difficultate perterriti omiserunt respondere. Nec ex eo mihi imputari potest, quod in alienam messem falcem immiserim, cum proprium sit eorum, qui jura interpretantur, omnium doctrinarum notitiam artigisse. Non obstat secundum argumentum, quo probatur legitimam posse tolli filio exheredatione paterna, d. *ambens. ut cum*, de appellacione cognosc. §. *aliud quoque capitulum*, & §. *causas*, collat. 8. Respondetur enim filios posse paterna hereditate privari propter quatuordecim causas contentas in §. *causas*, quod ratione naturali fit, non solum jure civili: nam cum filii parentibus debitam reverentiam jure naturali exhibere teneantur, l. *veluti erga Deum* 2. de justitia, & jure, quos veluti Deos venerari tenebantur jure Romano, Fornerius lib. 1. select. cap. 14. Connanus lib. 2. controu. cap. 13. numero final. latè Solorzanus de parricid. crim. lib. 2. cap. 2. pag. 109. & 110. summam cum ratione factum est, ut filii erga parentes ingrati quacunque ex quatuordecim causis in dicto §. *causas*, expressis, possint exheredari; vincit enim ratio ingratitudinis rationem alteram naturalem, quae legitima debetur filiis in bonis parentum, & haec veluti inferior illi cedit. Costanus lib. 1. 99. juris, cap. 15. numero 21. Pichardus in rubric. Institut. de heredit. quae ab intestat. deferuntur, numero 61. impius Bronchorst. cent. 1. miscel. controu. ad lect. 25.

16. Nec obstat tertium argumentum ex quo dicebamus, ante Senatusconsultum Orficianum non habuisse filios legitimam in bonis matris, quo etiam praecipuo argumento moveretur Antonius Faber ubi supra, cum affirmaret, legitimam filiorum esse juris civilis, idè in totum tolli posse lege, vel statuto. Quia responderetur, quod licet filii ad hereditatem matrem non vocarentur ex lege XII. Tabul. ex ea ratione, quia non erant sui heredes, Ulpianus in fragment. titul. 26. §. 7. tamen vocabantur alio jure, praetorio videlicet, ex titulo unde cognati, ut conlatur ex princip. Institut. de Senatusconsulto Tertylliano. Praetor enim aequitate motus eos admittebat, l. 2. ff. unde cognati, Petrus Gregorius lib. 45. synagm. cap. 2. à num. 3. Osualdus lib. 9. Donelli. cap. 2. littera A. donec factum fuit Senatusconsultum Orficianum anno Christi 161. ex quo admittuntur filii ad successionem matris, ut mater admittatur ex Tertylliano ad successionem filii, ut probavi in cap. constitutum, de in integrum restit. Nec obstat ultimum fundamentum deductum ex dicto capite quamvis pactum, cui respondent Bronchorst, & Costa ubi supra, in ea specie dotem filiae obtinere locum legitime portionis, d. l. *quoniam*, & fi-

liam dote accepta, licet modicam, renunciaffe cum juramento hereditati paterna; ac proinde cum non renunciaffet in totum legitimam, sed quata legitimam, juramentum est obervandum, siquidem legitima est juris naturalis, non verò quata legitima.

Manet ergo, legitimam filiorum quoad substantiam esse juris naturalis, non quia legitima sit debita efficaciter ex jure naturali, sed quia causa pietatis naturalis eam induxit, & quasi extorsit à jure hanc obligationis efficaciam; unde nec statuto, aut consuetudine in totum tolli poterit. Fachineus lib. 5. controu. cap. 32. Covar. de matrim. 2. p. cap. 8. §. 6. Molina de primog. cap. 1. num. 10. Borellus ubi supra, Sarmiento lib. 2. select. cap. 14. num. 6. Osualdus d. cap. 4. Donellus duplici littera T. Matienzo in l. 2. gloss. 1. num. 3. lib. 5. recopil. Similiter nec Principem eam in totum tollere posse, docuerunt plures relati à Valdes ad Rodericum Suarez in d. l. *quoniam*, ampliat. 10. unde cum concedit facultatem instituendi majoratum, semper adjicit clausulam illam; *Dum tamen alimenta ceteris filiis relinquantur.* Molina d. l. 2. cap. 15. Poterit tamen portio legitima minui statuto, vel à Principe; quia cum lege civili portio hac taxata sit, alia lege augeri, vel minui valet. Molina dicto lib. 2. cap. 1. num. 11. Gomez in l. 40. Tourt. num. 47. Sed qua lege civili quata pars legitima assignata sit, satis dubium est. Goveanus lib. 2. variar. cap. 1. Duarenus ad tit. de inoffic. & Baldwinus in §. in quartam, Institut. eodem taxationem illam à lege Falcidia provenire docuerunt. Donellus d. lib. 19. cap. 4. & Hothomanus exercit. cap. 4. legitimam ad exemplum legis Falcidiaë introductam esse ajunt. Concinius lib. 1. success. cap. 3. Revardus de auctorit. prudent. cap. 2. & Hortensius in princip. Institut. de inoffic. putant eodem jure, quo introducta est querela, moribus videlicet, eodem jure introductam esse quotam legitimam. Cujacius lib. 3. observ. cap. 8. hanc taxationem repetit à quadam constitutione D. Marci: sed merito ab ea sententia discessit in notis ad Paulum lib. 3. capitulum. ubi agnoscit hanc quartam antiquiorem esse. Quod etiam ex Plinio probat Revardus ubi supra, unde credit Cujacius, fortassis quotam hanc ad legem Gliciam referri, de qua in epigrapha legis 2. ff. de inoffic. Wisembach. d. ff. 23. numero 3. ingenuè fatetur, se hoc ignorare. ego assentio Cujacio, quia licet capita legis Gliciae non extent, tamen in ea de legitima filiorum agi docuerunt Pancirolo lib. 7. var. cap. 23. Cujacius lib. 2. observ. cap. 21. & lib. 3. cap. 8. & lib. 4. cap. 14. Hunnius ad Tre. cler. volum. 1. disput. 13. q. 1. Avendanno de metu lib. 2. cap. 9. Didacus Perez ad titul. de inoffic. testam. Superest ut exponamus quamnam, seu quata portio hereditatis pro legitima filiis assignata esset? Et jure Digestorum, ac Codicis quartam partem ejus portionis, quam quis habiturus erat ab intestato, fuisse legitimam filiorum, constat ex l. Papinianus 8. cum suis §§. ff. de inoffic. l. cum queritur 6. l. parentibus 2. C. eodem. Sed postea jure novo authenticorum sancitum fuit, ut pater, qui unum, duos, tres, vel quatuor filios haberet, trientem, id est quatuor uncias illis relinqueret; si plures, sex uncias, id est semissem illis praestaret, authent. de triente, §. 1. authent. novissima, C. de inoffic. docet Faber de error. decad. 11. errore 9. Jure nostro Regio omnia bona teneret pater filiis relinquere, excepta

cepta quinta parte, de qua disponere potest, l. 28. *Tauri*, l. 12. *titul. 6. lib. 5. recopil.* ubi exponunt Matienz. & Azeved. Jure verò Longobardorum, de quo in presenti textu, si pater duas habeat filias, ut in presenti casu, dimidia pars hereditatis illis debetur, *lib. 1. tit. 20. ubi: Ut filia medietatem hereditatis habeant.* Unde verba illa, *legitimam portio*, referenda sunt ad dimidiam hereditatis partem; & cum legitima debeatur filiis, tam jure naturali, quam civili, creditores respectu legitimæ dici possunt, siquidem illam extorquere valent ab invitis; nisi justis ex causis exhereditati reperiantur, l. *cum ratio* 7. ff. *de bonis damnat.* creditores enim appellantur, qui debita extorquere possunt quocumque efficaci remedio à jure prodito, per quod obligatio naturalis ad effectum exactionis possit perducì, l. *creditores* 10. ff. *de verb. signif.* Sed nihilominus absolūtè, & propriissimè filii creditores non sunt, quia hæc obligatio pietatis non adstringit bona parentum, nec majus vinculum inducit, quam memoriæ, & miserattonis filii exhibendæ in morte, ut habeant undè se alant. nec ipsis præferantur extranei: sed reverentiæ paternæ datum est, ne filii vivis parentibus de bonis ipsorum solliciti sint, nec se præbeant acerbos creditores: sin prius, esse voluntatem patris de rebus suis disponentis, instar legis serva; sin vultur expecta cadaver: verba sunt Ant. Roberti *lib. 3. judic. cap. 6.* quare filius queri non potest de donationibus à patre factis, nec de aliis alienationibus, l. *Papinianus* 8. §. *quarta* 9. ff. *de inoffic. testam.* quia hæc quæ proveniunt ex pietatè, non ex jure, sed æquitate potius, quam acerbitate mensuranda sunt, ut docent uterque Faber; Antonius in *Papin. titul. 2. princip. 2. illar. 3.* Petrus *lib. 2. semestr. cap. 1.* in quo à legitima patronis debita distat legitima filiorum, & parentumque; quippe patronis datur Faviana, & Calvisiana ad revocandas alienationes in ipsorum fraudem factas à libertis, l. 1. §. *final.* ff. *si quid in fraud. patron.* quia hoc est debitum rigorosum, & legale, ut quarta quæ impuberi adrogato debetur ex constitutione D. Pii, d. l. *ultim.* quæ æris alieni loco deducitur, l. *Papinianus* 8. §. *si quis impubes* 15. ff. *de inoffic. magisque considerunt vetera jura de pietate erga filios; parentesve, quam de gratitudine erga patronos, aut amore erga impuberes adrogatos; cujus differentia alios effectus referunt Classici in l. 1. §. si impubere* 21. ff. *de collatione bonorum*; Molina *lib. 1. de primog. cap. 16. ex numero 7.* ubi addentes; Alvar. Valac. *de partit. cap. 22. numero 21.* Noguerol. *alleg. 27. numero 2. & 3.* unde non placet nimia æquiparatio, quam inter utramque legitimam facit Carballo *de una & altera quarta*, l. 1. p. num. 5. & 6.

18.

(1) *Fructus de bonis ipsius.* In hac parte approbavit Juxed superior sententiam inferioris, quia potest partim illam approbare, & partim reprobare, *cap. cum Joannes* 10. *de fide instrum. cap. Raynaldus, hoc tit. l. ultim. C. de jure patron.* Disputant repotentes in presenti, quæ legata, seu similes obventiones impurentur in quartam Trebellianicam: quod fuse etiam examinant Donellus *lib. 7. cap. 30.* ubi plures Osualdus; Carballo in *dicto cap. Raynaldus*, 4. p. cap. 3. *per totum.* Sed nos de fructibus tantum impudentis, vel non, breviter agemus: & circa hanc difficilem quæstio-

nem, & ut dissidentia jura Doctores componant, varios casus distinguunt, ut constat ex traditis à Gomezio *lib. 1. variar. cap. 15. num. 13.* Peregrino *de fideicommiss. art. 49. per totum.* Cujacio *lib. 20. qq. Papin. in l. 3. §. nonnunquam, de usur. & lib. 12. observ. cap. 10.* Donello *ad tit. de usuris, cap. de fructibus, & lib. 7. comment. cap. 25.* Fabro *de error. decad. 11. error. 3.* & *lib. 7. conject. cap. 3. & 4.* Carballo *dicto cap. 3. num. 50.* Primus est cum fructus sunt percepti ante hereditatis additionem: tunc enim augent hereditatem; & veniunt in restitutionem, l. *ita tamen* 27. §. 1. ff. *ad Trebel. l. item* 22. §. *non solum*, ff. *de petit. heredit. l. 2. C. eodem tit.* cum enim efficiantur unum simul cum hereditate, tenentur hæres simul restituere: *Costa in cap. si pater, verbo Oblitua; hoc tit. in 6.* immò & si pendeat tempore additionis, veniunt etiam in restitutionem, l. *Centurio* 15. ff. *de vulgari. dictal. ita tamen* 27. §. 1. l. in *Falcidia* 9. ff. *ad leg. Falcid.* textus optimus, qui ex hoc principio lucem accipit, in l. *uxori* 24. ff. *de usufructu legat.* fructus enim pendentes pars rei censentur, l. *fructus* ff. *de R. P. l. Julianus*, §. *si fructibus*, ff. *de action. empri. l. final.* §. *fructus*, ff. *quæ in fraudem.* Secundus casus est, cum jam est hereditas adita; & hæres simpliciter rogatur eam restituere; tunc enim fructus lucro hæredis cedunt, nec veniunt in restitutionem, d. l. in *fideicommissum*, d. l. *ita tamen*, §. 1. *del. postulante* 44. ff. *ad Trebel.* docent plures relati à Carballo supra, num. 51. qui ita exponunt textus in l. 2. §. 1. ff. *de petit. heredit. l. item*, §. *item*, ff. *eodem*, d. l. *ita tamen*, §. *si servum.* Hi enim fructus non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur; unde cum hæres tantum restituere teneatur quæ sunt hereditaria bona; & fructus hereditarii non sint; eos non restituit. Quod etiam procedit etsi testator dicat, *Quidquid ad re ex hereditate perveniat, restituas*; l. *quod his verbis* 83. ff. *ad leg. Falcid. l. hæres mei* 56. ff. *ad Trebellianum.* Carballo ubi supra, numero 58. ubi exponit legem *Bullista* 32. ff. *ad Trebel. sive adiciat. Quicquid supererit ex bonis*; tunc enim tantum fructus superflui debent restitui, l. *deductus* 58. §. *penult.* ff. *ad Trebel.* & tunc ne obstat lex 3. §. *nonnunquam*; ff. *de usuris*; videndus est Carballo ubi supra, numero 62. Tertius casus est ubi fructus post mortem percepti fuerunt; nam hæc herediti nocet, d. l. in *fideicommissum*, d. l. *postulante* 44. l. 3. in *princip. de usuris*; & tunc fructus restituit, *dictal. ita tamen*, §. 1. l. *uxori* 24. ff. *de usufructu legat. l. si quis* 23. l. *cum res* 43. §. *ultim.* ff. *de legat. 1. l. patronus*, ff. *de legat. 3. l. Titia* 87. l. *si quis servum* 84. ff. *de legat. 2.* Donellus *dicto lib. 7. cap. 26.* Carballo supra numero 66. & cum per litis contestationem constituatur reus evidenter in mora, l. *item* 20. §. *petitam*, ff. *de petit. heredit. fructus post litis contestationem percepti in restitutionem veniunt*; ut docet Innocentius in presenti, cui consonant textus in l. 1. §. 3. *C. de usur. & fructibus*, l. *quæstrum* 43. §. *ultim.* ff. *de legat. 1. l. 37. tit. 9. partit. 6.* Et licet in presenti textu legatur, à tempore litis contestata, non ideo negatur; & ante & post interpellationem constitui hæredem in mora; ut docetur in l. *si quis servo* 86. l. *Titia* 89. §. *usuras*, ff. *de legat. 2.* His suppositis circa presentem quæstionem, an fructus impudentur in quartam, discernim est constituendum inter eum casum, in quo fructus ab hærede percipiuntur ex judicio testatoris; & inquit

inter eum, in quo percipiuntur ob negligentiam fideicommissarii, quia videlicet hereditatem petere neglexit. Primo casu fructus percepti imputari debent, *l. deducta 58. §. ante diem, ff. ad Trebel. l. quod bonis 15. §. fructus, ff. ad legem Falcidiam*; nisi sint filii heredes instituti, & rogati, *l. iubemus, in princip. & §. ult. C. ad Trebel.* Secundo vero casu fructus interim percepti imputantur, *l. mulier 22. §. si haeres, ff. ad Trebel.* Idem autem in praesenti casu Innocentius iussit fructus perceptos imputari, etsi filia rogata esset, quia moram commiserat, & tunc restituit fructus sicut quilibet extraneus, & per consequens eos imputare tenetur. Latius profequitur Carballo *ubi supra.*

19. (c) *Non potuit aggravare.* Patrem non posse ullum gravamen, etiam temporis, vel conditionis apponere in legitima filiorum, docetur in *l. quoniam, l. omni modo 30. l. scimus 36. C. de inoffic. l. ii. tit. 4. part. 6.* Illustrant Hothomanus de quarta legitima, Connanus *lib. 4. comment. cap. 10.* Donellus *dicto lib. 19. cap. 4.* Jul. Pacius in *method. ad Codicem, lib. 3. tit. 28. cap. 6.* Menchaca de *success. creat. §. 10. Costa lib. 1. select. cap. 13. num. 3. & 4. & in §. & quid si tantum, 4 p. num. 47.* Molina *lib. 2. de primog. cap. 1.* plures Carballo *ubi supra, num. 551.* Olvaldus *dicto cap. 4.* Donellus *duplici littera N.* Vinius *lib. 1. select. cap. 22.* Ratio est, quia legitima non ex iudicio patris, sed ex legis provisione debetur; unde gravamen legitimae impositum pro non scripto habetur, argumento legis *ab eo, C. de fideicommiss. Unde non potest ususfructus legitimae alii relinquere, ut contra Carpollam defendit Arnoldus Vinius lib. 1. select. cap. 22.* & cum fideicommissum inter gravamina enumeretur, *l. coheredi, §. si filia, ff. de vulgari*, inde ex legitima fideicommissum relinquere non potest: quoad ad verum est, ut si reciprocum sit, non subsistat, abrogata jam lege *si pater 12. C. hoc tit.* docent Rodericus Suarez in *dicta l. quoniam, ampliat. 6.* Petrus Gregorius *lib. 44. synagoga, cap. 5. num. 18.* Donellus *dicto cap. 4.* Sed hac doctrina nobilem patitur exceptionem, videlicet nisi filius consentiat gravamini; tunc enim illud adimplendum est, *l. si quando, §. 1. C. de inoffic. l. multi, ff. de liber. & posthum. l. cum donationis, C. de transact.* quo modo vulgo accipitur textus in *cap. licet, de voto*: docent Covar. in *cap. Raynaldus, §. 2.* Menchaca *lib. 1. de success. creat. §. 10.* Valdes in *addit. ad Suarez, dicta ampliat. 10. littera H.* Antonius Gomez *lib. 1. variar. cap. 11. num. 31.* Gutierrez de *juram. 1. p. cap. 19.*

10. Sed supra traditis primò obstat textus in *cap. 10. Dicitur si pater, hoc tit. in 6.* ubi ait Bonifacius, patrem qui filiam in re certa instituit, & filium in re certa, liquis bonis, adiciens, ut filia impubere decedente, filius sit haeres; et si filius ante eam aetatem decesserit, filia succedat; & si utrumque decedere contingat, ad pauperes universa bona deveniant, ut illic disponere, ita ut mortuis filiis pauperes admittantur ad omnia bona, nec eo casu matrem detrahere legitimam ex bonis filiorum, nec filios deducere partem, quae ex lege conceditur illis in bonis patris: unde deducitur, posse filios privari legitimam sibi debitam per patrem. Cui difficultati respondendum est, idem in ea specie substitutionem utilem esse quoad omnia bona, quia nihil per eam filiis additur, sed illis datur haeres, honorque adjicitur; unde non rectè ex hac causa de patre querunt, *l. Papinianus 8. §. si quis impuberi, de inoffic. Donellus lib. 19. cap. 4. Costa in d. d. cap. si pater, verbo Debita, num. 14.* Nec potest mater de inofficioso agere, quia non filiorum, sed patris testamento excluditur; unde succedit regula in *dicta l. Papinianus, §. sed nec impuberi*; idem licet ab ipsis nequeat privari successione legitima, à patre excludi potest virtute substitutionis pupillaris, quae testamentum patris continet; *l. patris & filii 20. de vulgari, l. in ratione 11. §. quod vulgo, ad legem Fal. idiam*; per quam substitutionem capiunt pauperes non solum ea bona, quae ex parte ad filios pervenerunt, sed etiam aliunde quaesita, ut contra Menochium *lib. 4. de praesumpt. cap. 38.* defendit Fachinus *lib. 4. controuv. cap. 42.* quia ad substitutos pupillares universa bona pertinent pupilli, *l. sed si plures 10. §. ad substitutos, ff. de vulgari*, ne aliam partem testati, partim intestati decedant; obtineantque iuste bona, quia ab eo illa accipiunt, qui disponendi facultatem habet. Nec huic interpretationi obstat quod in praesenti textu iisdem ferè verbis testator usus fuit in substitutione, quam fecit in favorem primae filiae, & non per fideicommissum dedisse creditur hereditatem: ergo similiter in *dicto cap. si pater*, illa substitutio fideicommissaria iudicanda non erat. Nam omnia solutio eorum, qui volunt praedictam substitutionem in his iuribus factam fuisse compendiosam, cujus effectus est, ut in vim directae valeat intra tempora pubertatis, postea vero in vim fideicommissariae; dicendum est, magnum discrimen versari, cum testator ita disponit: *Filia impubes haeres esto, & si sine liberis accesserit, alia pubes in bonis succedat*; ac si dicat: *Filia haeres esto, filius haeres esto, eosque invicem substituo, & postremo decedenti Titius haeres esto*; ut in *dicto cap. si pater.* In primo casu unica tantum substitutio fieri potest, cum alia filia pubes sit, alia impubes, nec sit facta reciproca substitutio; & idem fideicommissaria facta creditur, quia utilior est testatori: in secundo autem casu compendio verborum plures substitutiones continentur, videlicet duplex, vulgaris, & pupillaris, *l. iam 4. ff. de vulgari*; & idem in hoc casu id voluisse testator creditur, ut directò voluntas servetur. Nec absurdum sequitur ex eo, quod unum, & idem verbum substituo, aut succedant, modò trahatur ad substitutionem directam, modò ad obliquam, postquam placuit, quibuslibet verbis institutionem induci, *l. quoniam 15. C. de testamentis*; & per consequens substitutionem etiam, argumento legis mulier, §. final. *ff. de condit. instit.* quia voluntatem testatoris potius quam verba inspicimus.

21. Etiam supra traditis, videlicet, nullum gravamen, etiam temporis, vel conditionis, legitimae filiorum apponi posse, obstat textus in *l. si filii 25. l. 25. C. de inoffic. testam.* ubi conditionem à filia matre adijci posse, si pater filios emancipaverit, docetur. Igitur quia gravamen conditionis legitimae filiorum apponi potest. Cui difficultati, omnia sententia Gomezii *lib. 1. variar. cap. 11. num. 27.* qui asserit decisionem illam sublatam esse per textum in *dicta l. quoniam*, placet sententia eorum, qui docuerunt, à legitima filiorum subduci

subduci, & removeri onus, & gravamen, non autem conditionem emancipationis, de qua in eo textu; quia ea non onerosa, sed utilis est filiis, cum mater, quae de mariti moribus secus suspicabatur, eam adiceret, ut bona filiis conservarentur, nec ea pater dissipare posset: ex qua causa plerumque haec conditio adjicitur, ut in l. final. ff. de petit. heredit. l. 3. §. si haeres, ff. de minor. l. penult. ff. unde liberi, l. Divi. ff. de jure codicil. l. mater, §. 1. ff. si quis omnia causa, l. avia, l. duos, ff. de condit. & demonstr. l. 2. C. de insti. & substit. l. final. C. de donat. quae sub modo, & aliis congestis à Cujacio ad Afric. in l. 46. ff. de hered. insti. Olvaldus ad Donellum lib. 9. cap. 15. littera G. ubi autem conditio legitimae adjecta filiorum commodum respicit, implenda est, ut in terminis hujus conditionis probat Justinianus in l. si quis in suo 22. §. legis, C. de inoffi. test. quae novior constitutio est, quam dicta lex quoniam, ut ex subscriptione ejus constat.

22. (u) Legitimam ipsam, videlicet ejus patris. Ultimo loco pro horum verborum expositione examinanda est illa fatis vexata quaestio, an videlicet filius gravatus fideicommissis, simul possit deducere duas quartas, legitimam videlicet sibi jure naturae debitam, & quartam Trebellianicam, ex Senatusconsulto Trebelliano sibi competentem? Et duas quartas posse deducere, probatur validissimis fundamentis. Primum ex praesenti textu, & in cap. Raynaldus, infra, hoc tit. ubi deciditur, filium utramque quartam deducere posse: secundo ex l. quoniam 67. ff. ad leg. Falcid. ubi in simili casu permittitur duplex quarta deductio; Falcidia videlicet, & legis Juliae. Cum enim Titio plus legatum esset, quam ei capere licebat, detrahitur prius Falcidia, & postea id quod ipse capere non potest: ergo similiter in fideicommissi restitutione filius deducit prius quartam ex lege Glicia, & postea aliam ex Trebelliano. Idem etiam docetur in l. 3. §. 2. ff. eodem tit. ubi etiam duplex deductio Falcidia, & Trebellianica permittitur. Quarto probatur ex l. quamquam 10. C. ad leg. Falcid. juncto Accursio ibi, verbo Falcidia. Quinto facit Novella 39. cap. 1. quam expendit Fachineus lib. 5. contrrov. cap. 2. Ratione etiam haec sententia valde suadet; nam quarta legitima debetur filio jure naturae ut filio, altera debetur ut extraneo; quia rogatus est restituere hereditatem: sed quotiescunque competit alicui duplex auxilium ex diversis causis, utrumque locum habet, l. qui non militabat 78. §. ult. ff. de hered. insti. l. quotiens 91. ff. de reg. jur. & non est novum, unum, & eundem duplex commodum capere, l. tuto rem 22. ff. de his quo ut indign. Deinde nam filius videtur capere legitimam ut quoddam debitum, Novella de heredit. & Falcid. in praefatione, §. 1. & cap. 1. §. 1. unde ex residuis bonis potest deducere quartam Trebellianicam, l. irrum 8. C. ad leg. Falcidiam, l. pater 14. ff. eodem, l. unic. §. igitur, C. de rei uxor. action. ubi deducitur debitum, & postea quarta Falcidia. Octavo facit lex Papinianus, §. meminisse, ff. de inoffi. ubi fideicommissis gravatus, si de inofficio agat, tantum perdit quod ratione legitimae habiturus erat, non quartam Trebellianicam: ergo si querelam non proposuisset, haberet & quartam legitimam, & Trebellianicam. Ultimo facit praxis plurium Tribunalium, in quibus receptum est, filium deducere duas quartas; & ita judi-

caste Senatum Subaediae refert Faber in suo Codice lib. 6. tit. 27. diffini. 4. Idem de Curia Frisiae testatur Sanderus lib. 4. tit. 7. diffini. 6. & de supremo Senatu Hollandiae refertur decij. 9. & 17. ejusdem Senatus: de Senatu Parisiensi idem tradit Aeneas Robertus lib. 4. rerum judic. cap. 17. & in judiciis quotidie observari docet Claudius Batandier in tract. de legitima, artic. 13. num. 68. & toto terrarum orbe in scholis, & judiciis receptam esse hanc sententiam testatur Guido Papae quest. 52. quibus argumentis moti Fachineus lib. 5. contrrov. cap. 2. Mangilius de impuris, quest. 1. num. 16. Borellus tom. 3. decij. tit. 17. plures, quos refert & sequitur Carballo in cap. Raynaldus, 1. p. num. 47. hoc tit. Meyrerius de testam. lib. 1. tit. 16. num. 16. contraria sententia negant, filium deducere posse duas quartas, sed tantum unam, videlicet legitimam. Pro qua sententia faciunt diversa jura, & rationes aperte. Primum facit lex 1. jubemus 6. C. ad Trebel. ubi in praesenti specie deciditur, filium unam tantum portionem, seu quartam deducere posse. Secundo facit textus, quem indissolubilem dicunt Doctores, in l. filium quem, C. familiae ercisc. ubi filius gravatus tantum deducit unam quartam; quod etiam docetur in l. cohæredis, §. cum filia, ff. de vulgari. Faciunt textus in l. liberto 21. §. 2. ff. de annuis legat. l. filium 24. C. famul. ercisc. l. quamquam 10. C. ad leg. Falcid. ubi docetur in terminis hujus textus, quadrante dumtaxat retento, hereditatem restitui. Probat & Justinianus in Novella 1. cap. 1. §. 1. ubi aperte solius legitimae deductionem filius concedit. Rationibus etiam firmatur haec sententia. Primum nam proprietatis, & natura quaratarum haec est, ut unius deductio impediat, & excludat aliam, & altera in alteram imputetur, l. mulier 21. §. 2. ff. ad Trebel. l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid. l. si quando 35. §. 2. C. de inoffi. l. 8. §. si quis 15. eodem tit. & ubi ex alia lege quarta portio hereditatis deducitur, Falcidia, seu Trebellianica cessat, l. Papinianus 8. §. si quis impubes, & §. 9. ff. de inoffi. l. 1. §. penult. ff. si cui plus quam per legem: ergo post deductionem quartae legitimae cessat Trebellianica. Deinde nam testatoribus concessum est disponere de dodrante hereditatis suae, l. 1. ff. ad legem Falcidiam: ergo non licet facultatem illam minuire deducendo duas quartas. Facit etiam, nam quarta Trebellianica inventa fuit ad similitudinem legis Falcidia, ut hujus portionis praemio invitati haeredes adirent hereditatem, & fideicommissi restituerent, ut supra probavi: sed haec ratio cessat in filio, qui habet portionem legitimam: igitur alia quarta ex Trebelliano illi concedi non debet. Tandem fulcitur haec sententia exemplo deducto à Patronis, quibus similiter legitima portio in bonis liberi debetur, princip. Insti. de success. libere. dicemus in cap. 2. infra proximo titulo: sed patronus fideicommissis gravatus, tantum unam quartam deducit, l. 1. §. interdum, ff. si cui plus quam per legem: ergo similiter filius unam tantum quartam deducit. Ultimo facit praxis Hispaniae nostrae, ubi haec duplex deductio locum non habet, filiis haeredibus institutis, & restituere rogatis hereditatem, ut referunt Costa supra, num. 5. Gregorius Lopez in l. 12. tit. 5. partit. 6. Matienzo in l. 1. glof. 19. tit. 4. lib. 5. recopil. Parladorius lib. 1. rerum quorisd. cap. 11. num. 7.

num. 7. Molina lib. 1. de primog. cap. 19. num. 8. Bronchorst. enantioph. cent. 3. assert. 67. Igitur filii duas quartas deducere non possunt.

In hoc Interpretum dissidio pro vera sententia deducenda, varia adducunt Interpretes. Alii qui asserunt, discrimen constituendum esse inter eum casum, in quo filius rogatus est purè hereditatem restituere; & inter eum, in quo rogatus est restituere sub conditione. Primo casu docent, non deducere nisi unam quartam, secundo verò legitimam, & Trebellianicam. Ita tenuerunt Peregrinus de fideicom. artic. 3. num. 51. Pichardus in §. sed quia heres, num. 21. Instir. de fideicommiss. heredit. Padilla, Caldas, Menchaca, & alii apud Carballum d. 1. p. num. 24. Mancius de legitima, q. 58. Christineus tom. 1. de cis. 245. per rotam. Sed eorum sententia refellitur; siquidem non facile ratio differentie reddi potest inter utrumque casum, ut latè probat Carballo ubi supra. Quare alii existimant, discrimen constituendum esse inter jus canonicum, & civile; ita ut jure Pontificio inspecto, filius possit deducere duas quartas, ex præsentì textu, & dicto cap. Raynaldus, jure verò civili attento tantum una quarta deduci possit. Ita tenuerunt plures relati à Carballo supra num. 18. quibus addendi sunt Hothomanus q. 4. Donellus lib. 7. comment. cap. ult. Bachovius ad Treutl. volum. 2. disp. 14. thesi 2. Goveanus in l. 1. C. ad legem Falcid. num. 9. & 10. Tuldenus ad tit. C. ad Trebell. num. 4. Perez ad eundem titulum, num. 11. Arnoldus Vinius lib. 2. select. cap. 29. Bronchorst. cent. 3. assert. 67. Wisembach. disp. 23. num. 25. & disp. 24. num. 21. quorum sententia libenter adhero, cum jus canonicum liberorum commodis semper prospicere curaverit, cap. cum haberet, de eo qui duxit in maritum. Unde cum agnoscerent Ecclesie Patres, filium quoad legitimam gravari non posse, statuerunt, ut gravari restituere hereditatem, quartam legitimam jure proprio, aliam verò quartam ex Trebelliano deducerent. Nec eà sententia retentà obstant prioris opinionis fundamenta. Non textus ind. l. 67. ad Falcid. nam ibi heres non deducit duplicem quartam, siquidem partem tantum retinet jure Falcidia, partem verò ob vitium, & incapacitatem legatarii: in præsentì verò utramque partem suo jure habere contendit filius, quod jus civile non admittit. Similiter si nepos adrogatus, ab avo exheredatus sit, non habet querelam inofficiosi, quasi non habeat legitimam, cum obtineat quartam sibi debitam ex constitutione D. Pii, l. Papinianus 8. §. si quis impubes. ff. de inoffic. Cujacius lib. 8. observ. cap. 3. Nec etiam obstat textus in dicta l. 3. fatemur enim, in ea specie duplicem deductionem fieri; unam ex legatis, alteram ex fideicommissis: sed

si assem spectemus, unius tantum quadrantis deductio est. Nec etiam obstat textus in dicta l. 10. C. eod. tit. quia in ejus specie non deducitur duplex quarta, sed filia, cui pater antea dotem dederat, fideicommissio gravata quartam ex Trebelliano deducit ex hereditate, quia verà tantum ea quantitas reperitur in hereditate, l. sequens 68. ff. de leg. 2. in qua dos non reperitur, dicta l. pater 14. ad leg. Falcid. Nec interest, quod dos imputatur in legitimam, l. quoniam 29. C. de inoffic. quia id procedit cum agitur de querela inofficiosi testamenti proponenda; contrarium verò procedit, si non queratur, an querela locus sit. Nec obstat etiam dicta novella 39. cap. 1. quæ si rectè perpendatur, potius probat nostram sententiam, ut considerat, & expendit Vinius lib. 2. select. cap. 29. Nec obstat sextum fundamentum ex dicta l. tutorem 22. nam textus ille procedit quando una eademque persona duarum vicem gerit; scilicet verò si pro una habeatur, ut filius, quia tunc unam quartam tantum deducit. Accedit nam cum in legitimam imputentur quæcunque capit filius jure hereditario, sequitur ut quarta Trebellianica, quæ capitur jure institutionis, ex l. ex tribus, l. quoniam, C. de inoffic. imputetur. Nec obstat septimum fundamentum, ubi dicebamus, legitimam deduci tanquam res alienum; nam potius verum est, legitimam non dici proprie, & verè à patre deberi, cum ad eam nulla competat actio filio, nec ejus respectu pater debitor dicatur; tantum enim appellatur debitum naturale, l. scimus 36. §. illud. C. de inoffic. unde filius non est creditor respectu legitimæ. Nec obstat octavum, deductum ex l. Papinianus, §. meminisse: nam non valet argumentum à contrario sensu, quando absurdum sequitur in jure: unde licet in ea specie non egisset filius de inofficioso, nihilominus unam tantum quartam retinet; legitimam autem non amittit eo casu, quia jure legitimo eam capit, non verò ex iudicio patris. Nec obstat tandem, quod dicebamus de usu & praxi diversorum tribunalium, in quibus observatur, quod filius duplicem quartam deducat; nam id procedit juxta jus Pontificium, quia secundum illud duplicis quartæ deductio datur; at verò in Regno nostro, & aliis potius in hac parte attenditur jus civile, & observatur. Illud tamen notandum est, in his Provinciis, ubi jus canonicum receptum est, prius deduci quartam legitimam, & postea quartam Trebellianicam, ut docuerunt Hothomanus supra, Faber decad. 11. error. 9. quia cum portio legitima fideicommissio gravari nequeat, in besse tantum gravatus censetur heres, & sic ex eo deducere debet quartam Trebellianicam. Osvaldus dicto lib. 7. cap. ultimo, littera I.

CAPUT XVII.

Gregorius IX. (a) *Nomon. Episcopo.*

TUa nobis fraternitas intimavit, quod nonnulli, tam religiosi, quam clerici saeculares, & laici, pecuniam, & alia bona, quae per manus eorum ex testamentis decedentium debent in usus proprios expendi, non dubitant aliis usibus applicare. Cum igitur in omnibus piis voluntatibus sit per locorum Episcopos providendum, ut secundum defuncti voluntatem universa procedant, licet etiam a testatoribus id contingeret (b) interdicti: mandamus quatenus executores testamentorum huiusmodi, ut bona ipsa fideliter, & plenarie in usus praedictos expendant, monitione praevia compellas.

NOTÆ.

- i. (a) *Nomon.* Legendum est *Noviodun.* Noviodunensis enim, sive Noviomensis, Belgarum urbs est propè Isaram fluvium: ab Antonino Noviomagus vocatur. Habet Ecclesiam Cathedralen B. Mariæ dicatam, cujus Praesules Comites Noviodunenses, & Pares Franciæ dicuntur, ut refert Chenu in serie Episcoporum ipsius Ecclesiae. Gerardo Episcopo missa est praesens decisio, cujus praecclare animi dotes ita in epitaphio sepulchri ejus exprimuntur.

*Quid generis, quid opum, quid mundi gloria
vana?*

*Sors humana: super omnia vanus homo.
Novioni Praesul, Par Regni, nobilis heres
Bajochie, rutilans lande, Gerarde jaces.*

*Morum norma, bonis inhians, reprobans mala,
mundus*

*Carne, manu, lingua, juris amator eras.
Tū talem, tantum brevis opprimit hora, sub-
intrat*

*Invida mors, capit hac fossula quinquepe-
dum.*

*Transitus iste tuus sic vita perennis in ortum;
Transcat occasus, sic tibi vita Deus.*

(b) *Interdicti.* Episcopus enim veteribus ipsis testatoribus, possunt exequi eorum piis dispositiones, cum id vergat in ipsorum testatorum favorem: nec potest testator jus hoc Episcopo dicecesano competens tollere. Petrus Gregorius in cap. *conquerente*, cap. 6. num. 3. de offic. Ordinis. Carpio de execut. lib. 1. cap. 26. num. 34. Commentarium hujus textus dedi in cap. nos 3. cap. si heredes 6. hoc tit.

CAPUT XVIII.

(a) *Idem.*

RAynaldus Peponis filius, hæres ab ipso institutus hoc modo, ut patruis suis hæreditatem restitueret, si absque (b) filiis masculis moreretur, cum eis (mortuo Pepono) super quibusdam bonis hæreditatis ejusdem in (c) tres arbitros compromissit: quorum duo, mortuo reliquo (prout ex forma compromissi poterant) procedentes, taliter arbitrati fuerunt, quod neutra pars haberet licentiam transferendi quocunque modo in alium res praedictas, nisi in eorum filios masculos ex ipsis legitime descendentes; & quod contra hoc fieret, non valeret. Porro dictus R. prolem non habens, condidit testamentum, in quo medietatem partis suae de rebus praedictis, quibusdam avunculis suis; aliam verò medietatem, & reliqua bona paterna uni ex patruis suis, & ejus filiis legavit, adjiciens ut bona, in quibus ex testamento, vel ab intestato dicti hæredes R. possent succedere, si venirent contra legatum dictis avunculis suis debitum, ad ipsos pro determinatis portionibus devenirent. Demum eodem R. naturæ debitum persolvente, ac uno ex patruis hæreditatem adeunte, praedictam tum dicti avunculi adversus eundem patruum, & filios ejus coram iudice communitali Urbevenat. (d) moverunt quaestionem, petendo pro rata, quæ eis contingit, legatum praedictum, & restitui eis, si contra ipsum illi venirent, quæcunque occasione testamenti ejusdem R. ad ipsos pervenerant, vel poterant pervenisse. Praefatus Iudex ab illorum impetitione super legato ipsos absolvens, ad restitutionem aliorum bonorum sententialiter condemnavit eosdem. A cujus sententia cum ambæ partes nostram audientiam appellassent, petente utraque parte dicti iudicis sententiam infirmari, quatenus contra se fuerat promulgata; & quatenus pro se faciebat, executioni mandari, dilectus f. n. O. S. (e) Nicolai in carcere Tullianea. Diacon. Cardin.

Cardin. lite coram se legitime contestatâ, quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem debitam jure naturæ, in qua (f) gravari nequivit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione gravatus deducere potuisset, propter quod in rebus prædictis avunculis legatis portiones eandem habuit R. præfatus, easque potuit in ultima voluntate legare, ac per hoc legatum tenuit usque ad tertiam, & quartam præfatas, licet ipsas non expresserit in legando, pronuntiavit (non obstante præmissio arbitrio, quod ne hoc legatum teneret, non poterat impedire,) judicem ipsum in eo, quod super hoc dictum patrum in totum absolvit, qui confessus est se pro medietate possidere prædicta, perpetam judicasse, condemnavitque ipsum ad restitutionem medietatis tertiar, & quartæ partis ipsius legati pro rata, quæ dictos avunculos de ipso contingit, & in residuo præfati judicis sententiam confirmavit. Cæterum in eo, quod idem judex dictum patrum, & ejus filios totaliter in aliis, quæ in secundo articulo petita fuerant, condemnarat, malè ipsum pronuntiasse decrevit, quia filii ejus contra voluntatem testatoris non inveniuntur aliquid commississe, cum nihil de petitis reperi fuerint possidere. Verum in portione, quam patruus habebat in bonis eisdem, in quibus ejus institutio, & legatio, ac adjectio pœnæ tenebat pro rata eosdem avunculos contingente, de prædicto legato confirmavit sententiam judicis supradicti, eodem patrum & ejus filios in residuo absolutis, & salvo nihilominus ei ex jure institutionis beneficio legis Falcidiae in restitutione præfati legati, si intra tempus legitimum voluntati paruerit testatoris, cum inventarium fecerit, & contra voluntatem testatoris lex Falcidia inducatur. Nos itaque ipsius Cardinalis sententiam ratam habentes, eam auctoritate Apostolica confirmamus.

NOTÆ.

(a) *Dem.*] Gregorius videlicet IX. cui tamen rescribat, non constat. Famofam, celebremque esse præsentem Decretalem dixerunt Glossa, & Lantancus *hic*, Carballo in solemnî commentario ad hunc textum.

(b) *Absque filiis.*] Cujus conditionis effectus exposui *in cap. in præsentia, de probationibus.*

(c) *In res.*] Juxta adducta *in cap. 1. cap. uno, de arbitrio.*

(d) *Urbevenat.*] Urbeventum, sive Urbs Verus, est civitas Italiæ, quæ in temporalibus, & spi-

ritualibus subest Romanæ Ecclesiæ, ut refert Ughel. *tom. 1. Italia sacra, fol. 382.* Unde in præfenti casu etsi negotium merè temporale esset, & disceptaretur à judice sæculari, communitatis Urbevenat. appellatum fuit ad Romanum Pontificem tanquam ad immediatum superiorem.

(e) *Sancti Nicolai.*] Titulus Sancti Nicolai in Carcere Tulliano, Diaconalis est, ut refert Cohel. *in notit. Cardin. cap. 6.*

(f) *Gravari.*] Juxta tradita in textu antecedenti, ex cujus paraphrasi præfens commentarium petendum est, post uberores relectiones Covaruvia, & Carballi.

CAPUT XIX.

(a) Idem.

Joannes (b) clericus, & P. laicus executores ultimæ voluntatis O. clerici S. Crucis, qui venerabilibus, & piis locis de bonis suis in ultima voluntate legavit, mandans insuper satisfieri creditoribus per eosdem, post mandatum susceptum per Diocesanum cogi debent explere ultimam voluntatem.

NOTÆ.

(a) *Dem.*] Gregorius videlicet IX. cui tamen rescribat, seu de quo diocæsano Episcopo loquatur, non constat.

(b) *Joannes Clericus.*] An clerici possint testamento nominari executores ultimæ voluntatis,

sive ad præstationem legati, ut *in l. 107. ff. de legat. 1. dationem, ut in l. 9. ff. de aliment. legat. sive distributionem, ut in l. quidam 96. §. 5. ff. de legat. 1. l. 7. ff. si cui plus quam per legem*; seu ad nudum ministerium, ut *in l. 17. ff. de legat. 2. exposui in cap. nos 3. hoc tit.* ex quo commentario præfens petendum est.

CAPUT XX.

(a) Idem.

DE his quæ in (b) ornamentis, vel pro eis, seu fabrica, (c) luminariis, seu (d) anniversario, (e) septimo (f) vigesimo, tricesimo die, sive aliis, ad perpetuum cultum divinum legantur Ecclesiis, vel reliquis piis, locis, canonica portio (dummodo in fraudem non fiat, ut eâ Episcopus, seu Parochialis Ecclesia debeat defraudari,) deduci non debet.

NOTÆ.

(a) *Idem.*] Gregorius videlicet IX. qui præsentem constitutionem edidit circa portionem canonicam debitam Episcopo, motu proprio, non ab aliquo Episcopo consultus.

(b) *Ornamentis.*] De quibus egi in capite I. de pignor.

(c) *Luminariis.*] Sive in cera, sive in oleo, de quibus aliqua notavi in cap. I. de offic. sacrif.

(d) *Anniversario.*] Missarum usus in die anniversario depositionis defuncti, à temporibus Apostolorum originem ducit, ut prodit Divus Athanasius in homilia de defunctis, his verbis: *Univerſa enim hæc Apostoli, discipulique, Deum super sacrificia placantes, uti Deo gratum est, & sacrificia, & preces, & psalmodiarum cantum, anniversariaque defunctorum memoriam observandas præceperunt.* Itaque dicebatur anniversarium, quia quotannis celebrabatur. Grimoldus Abbas in lib. sacrament. ibi: *Missæ in anniversario unius defuncti: Præſta Domine, quæsumus, ut anima famulæ tuæ, cujus anniversarium depositionis diem celebramus.* Hujus anniversarii meminerunt D. Clemens lib. 8. constit. cap. 48. ibi: *Peragatur dies tertius mortuorum in psalmis, in lectionibus, atque orationibus, propter eum, qui tertiâ die resurrexit: item nonus in commemorationem superstitum atque defunctorum: etiam quadragesimus, secundum veterem formam.* Moſem enim hoc modo populus luxit, nec non anniversarium pro memoria ipsius. D. Gregorius Nazianz. in oratione in funere Cesaris fratris, ibi: *Alia persolvimus, alia dari sumus; anniversarios enim honores, & commemorationes offerentes.* Tertullianus de corona militis, cap. 3. ibi: *Oblationes pro defunctis, pro natalitiis annua die facimus.* Et de monogamia cap. 10. ibi: *Pro anima ejus (nempe mariti) oras, & refrigerium interim postulat ei, & in prima resurrectione confortium, & offert annuis diebus dormitionis ejus.* Et de exhortatione ad castit. cap. 11. ibi: *Et jam repete apud Dominum, cujus spiritus postules, pro qua alias oblationes reddas.* Origenes in librum 3. job, ibi: *Convocantur in anniversariis diebus memorie, vel parentum defunctorum, vel amicorum, seu quorumcumque, qui in fide discessissent, sacerdotes simul, & laici; atque in eo cœtu, primum quod in fide discessissent, gratulantur, & sibi primum & tranquillum exitum quisque precatur.* D. Cyprianus lib. 1. epist. 9. alia Gazeus ad Cassianum collat. 19. cap. 1. Quin & apud Gentiles anniversaria sacra, ac solennia erant, ut interpretatur Festus, quæ certis temporibus, annisque fieri solebant, quæ Jurisconsulti solennia mortis nuncuparunt, l. *Mevia* 44. ff. de manum. test. am. l. *libertis* 18. §. ultimo, ff. de aliment. legat. plura Gutherus lib. 2. de jure man.

cap. 11. Kirmanus de fueribus num. 41. Rationem autem hujus anniversariae commemorationis reddiderunt Albinus Flaccus lib. de divin. offic. cap. 43. ibi: *Anniversaria dies ideo repetitur defunctis, quoniam nescimus qualiter eorum causa habeatur in alia vita.* Amalarius lib. 3. de Eccles. offic. cap. ultim. ibi: *Anniversaria dies ideo repetitur pro defunctis, quoniam nescimus qualiter eorum causa habeatur in alia vita: sicut Sanctorum anniversaria dies in eorum honorem ad memoriam nobis reducit super utilitate nostra; ita defunctorum ad utilitatem illorum, & nostram devotionem implendam.* De hoc etiam anniversario die egi Tertullianus lib. de monogam. adhortans viduam, ut annua die emortuali (sic enim cum Plauto vocavit recurrentis mortis obitæ diem) pro mariti dormitione curet oblationem per Sacerdotem. Apud eundem lib. de coron. milit. cap. 1. locus est, qui in hanc sententiam immeritò torfit nonnullos, ibi: *Oblationes pro defunctis, pro natalitiis annua die facimus.* Quem expendit Theoph. tr. 15. in Heer. spir. sect. 1. p. 3. Illustrat Vicecomes lib. 4. de Missa ritibus, c. 13. & 14. Gazeus ad Cassianum collat. 19. cap. 1. Jul. Lavourus variar. lucubr. lib. 2. tit. 15. num. 68. Omitto generalem anniversariam defunctorum commemorationem, cujus originem & rationem post alios tradiderunt Tamayo à Salazar, die 2. Novembris, in Martyrol. Hispan. Corjolanus in chron. anno 1024. P. Herrera in origine divini officii.

(e) *Septimo.*] Non solum apud Christianos, verum & apud Hebræos, ac Gentiles in usu fuit defunctorum exequias diversis temporibus, & ritibus celebrare; apud omnes enim gentes defuncti corpus humatum, seu sepulture traditum est, aut combustum, juxta diversitatem nationum, quam illustrabimus titulo sequenti, à quo die incipiebat luctus, & perdurabat aliquando per septem dies; nam mortuo Jacob, ejus filii planctum fecerunt in area Achad septem diebus. Genesis cap. 50. quod tempus assignavit Rex Salomon in luctu faciendo pro morte filii sapientis, cap. 23. Ecclesiast. unde & Ecclesia consuevit per septem dies sacrificia pro defunctis offerre, cap. nullus, 44. dist. D. Ambrosius in Theod. mon. & lib. de fid. resurrect. Sanctus Augustinus g. 172. in Genesis. Petrus Damianus opusc. 35. capite 7. Cujus ritus rationes reddiderunt D. Amb. morat. de fide resurrect. his verbis: *Quia dudum dies mortis inter lacrymabiles aspectus debuit animum inclinare fraternum, qui totum tenebat; nunc quoniam die septimo ad sepulchrum redimus, qui dies symboli fraternæ quietis est.* Albinus de divin. offic. c. de tertia septima, & tricesima die, ibi: *Dies septimus nihilominus officii deputatur isdem, ut anima suo corpori reconcilietur, septenarius namque numerus* ex

ex ternario constat, & quaternario; & ternarius anima tribuitur, quaternarius corpori deputatur, propter quatuor notissimos, quibus constat, humores. Est ergo quasi quadam rixa corporis & anime, qua carne illicente, eamque suis illecebris attrahente peccavit. Ut ergo anima suo corpori purificetur, holocaustum septima die peragitur. Aliam causam, seu rationem hujus mortis tradit Amalarius lib. 3. de Eccles. offic. cap. 44. his verbis: Purgatio mortui hominis per sacrificium sacerdotis tertia die, & septima congruit natura humane. Constat homo ex anima, & corpore; anima tribus quasi quodammodo columnis erigitur, ut diligit Deum ex toto corde, & ex tota anima, & ex tota mente: corpus vero quatuor notissime elementis subsistit. Peccatum anime, qua neglexit cultum Dei in cogitatione, in vita, & intellectu, humiliter confitendo offerimus Deo tertia die, ut ab his peccatis purgetur. Similiter peccatum quod per corpus gessit, cupimus purgare in quarto die, post tertium diem, id est septimo post mortem suam. Duobus modis committitur peccatum, aut faciendo ea qua non debuimus facere; aut omitendo ea qua debuimus facere. Usque ad septimum diem, in quo numero designatur uniuersitas; omnia peccata qua egit, & non debuit agere, deslemus, & pro his rogamus seorsum pro anima, & seorsum pro corpore. Aliastationes adducunt Jul. Laurus lucubr. tit. 2. c. 15. n. 81. Vicecomes de ritibus Missæ lib. 3. c. 9. Apud Gentiles etiam in usu fuit sacrificium novendiale, quod fiebat nono die ab obitu, seu die, quo defunctus sepulture traditus erat. Apulejus lib. 9. ibi: Jamque nono die ritè completis apud tumulum solemnibus. Et Horatius in Epod. ibi:

Novendiales distipare pulveres.

Donatus in Phormione: In nuptiis septimus dies inaugurationem voti habet, ut in funere nonus, quo parentalia concluduntur. Plura Lipsius ad lib. 6. Taciti, in illis verbis, novendialem eam cenam dixisset. Dorleans ibi, fol. 528. Baptista Pius tom. 1. thesauri crit. c. 115. Stuchius de sacrificiis, fol. 151. Heredesque, & ceteri defunctorum propinqui intra illos novem dies in iudicium vocari venantur in l. si ex re, §. illud, ff. de stipul. servor. authent. ut cum, de appellat. §. meminimus. Ant. Perez ad tit. C. de relig. num. 13. Narbona in horographia, hora 24. à num. 18. & hi novem dies ferie novendiales vocantur, quia nono post mortem die, completis ad tumulum solemnibus, funeri finis imponeretur. Joannes Kirmanus lib. 4. de funer. cap. 1. Festus Pompejus verbo Novendiales ferie, Ofwaldus lib. 23. Donelli, cap. 2. litt. X. & intra novendiale, sive iustorum perfolutionem, piaculum contrahebat hæres hereditatem adeundo. Festus Pompejus verb. Ferrius, ibi: Everriator est, qui accepta iure hereditate, iusta facere defuncto debet, qui si non fecerit, aut quid in eare turbaverit suo capite luat. Cujus piaculi mentio extat in l. au Prætor 7. §. in causæ 3. de jure delib. Et ita capitalem penam contrahi docuit Ant. Silvius lib. singulari ad leges Regias, cap. 25. quare vix erat ex hereditas unus, qui intrepido ausu hereditatem adiret, cum per illos novem dies funesta familia esset, ut colligitur ex l. si ex re 28. §. ult. de stipul. servor. ubi extat præclara Gothofredi nota. Hæc tamen pena in mactationem anniversariam porcæ ante fruges, quæ ob id præcidanea appellabatur, commutata fuit, ut monent Turnebus lib. 17. advers. cap. 20. Joann. Kirmanus de funeribus lib. 4. cap. 1. Jacobus Gutherus de jure manuum lib. 1. cap. 16. De Missa die nona pro de-

functis offerenda agunt Clemens Rom. lib. 8. constit. cap. 42. Sanctus August. quest. 172. in Genesim, qui videtur id reprehendere; sed reverà tantum reprehendit abulum quorundam deflentium in eo ritu ad novendialia Ethnicorum. Jure igitur nihil labis in eo ritu agnoscit Alcuinus lib. de divinis offic. §. penult.

(f) Vigesimo, tricesimo.] Consonat caput ex parte 3. de V. S. sed vereor, ne in utroque textu legendum sit, trigesimo, & quadragesimo, cum in sacris canonibus, & apud Sanctos Patres, tam diei trigesimi, quam quadragesimi mentio reperitur, cap. nullus, 44. dist. cap. quia alii 13. q. 2. Et diei tricesimi meminerunt D. Ambrosius in orat. de obitu Theodosii, ibi: Sed in Deuteronomio scriptum est, quia planxerunt filii Israel Moysen diebus triginta, & consummati sunt dies luctus. Utraque ergo observatio habet auctoritatem, quæ necessarium pietatis impletur officium. In testamento B. Ephrem hæc verba extant apud Suriium tom. 1. Cum trigesimum diem complevero, mei memoriam faciatis. Albinus Flaccus dicit, cap. de tertia septima & tricesima die pro mortuis. Amalarius lib. 3. de Eccles. offic. cap. 44. & lib. 4. cap. 42. Alcuinus lib. de divin. offic. §. penult. & diei quadragesimi meminerunt D. Clemens lib. 8. constit. cap. 48. ibi: Peragatur dies tertius mortuorum in psalmis, in lectionibus, atq. orationibus propter eum, qui die tertia resurrexit. Item nonus in commemorationem superstitum, atq. defunctorum; etiam quadragesimus secundum veterem formam. Moysen enim hoc modo populus luxit. D. Ambrosius de obitu Theodosii, ibi: Ejus ergo Principis, & proxime conclamavimus obitum, & nunc quadragesimum celebramus, assistente sacris Altaribus Honorio Principe; quia sicut Sanctus Joseph patri Jacob quadragesima diebus humanationis officia detulit, ita & hic Theodosio Patri iusta persolvit. Et cum de his diebus, tertio, septimo, nono, trigesimo, & quadragesimo, plura eruditè cumlaverint Spondanus de Cameterius p. 3. lib. 1. cap. 16. Vicecomes tom. 2. de ritibus Missæ, lib. 4. ex cap. 6. usque ad 16. Tamayo in Martyrol. Hispan. die 2. Novembris. Cohel. in notis. Cardin. cap. 15. privileg. 40. Jul. Laurus dicit, cap. 15. ex num. 70. Menardus ad concord. regul. cap. 7. fol. 218. de die vicefimo nullus est qui agat, unde credo legendum esse, trigesimo; & quadragesimo.

COMMENTARIUM.

Portionem canonicam Episcopo deberi ex legatis piis, oblationibus, & aliis, quæ occasione funeris Ecclesiæ obveniunt, docetur in cap. 1. cum sequent. 10. quest. 3. cap. de his, cap. decretum 10. quest. 1. cap. constitutum 16. quest. 1. Clement. dudum, de sepult. cap. de quarta, de prescript. cap. conquerente, de offic. ordin. cap. dudum, de decimis, cap. cum olim, de censibus, cap. ex parte 31. cap. cum inter, de V. S. l. 5. §. 6. tit. 13. p. 1. cap. officii, cap. requisisti, hoc tit. sicut apud Romanos Curia ex testamentis decurionis quartam vindicabat, l. sancimus. C. de sacros. Eccles. docent post Lapum, & Petrum de Ubaldis in tract. de canonica portione. Covar. hic, Barbosa de potest. Episcop. 3. p. alleg. 86. & lib. 3. juris Eccles. cap. 19. per tot. Solorzanus de jure Indiar. tom. 2. lib. 3. cap. 22. num. 24. Jul. Laurus lucubr. tit. 2. cap. 15. Lemaitre de jurib. Episcopor. lib. 2. cap. 2. Corvinus lib. 2. aphorism. jur. Pontif. tit. 37. quæ debetur

debetur triplici ex causa. Prima in recognitionem superioritatis, ut contingit in aliis iuribus Episcopo competentibus, de quibus in *cap. conquirente, de offic. ordin.* Secunda ob communicationem, quæ inter Episcopum, & Ecclesiam sibi subiectam reperitur, *dist. cap. requisisti, vers. Secus.* Tertia ad curam, quam habet omnium Ecclesiaturæ suæ Diocesis. Barbosa *dist. cap. 19. num. 2.* etsi aliqui docuerint, hanc canonicam portionem sublatam esse postquam jus cathedrali Episcopo datum est, & taxatum in Concilio Bracharense relato in *cap. 1. 10. quest. 3.* in illis verbis: *Placuit ut nullus Episcoporum cum per dioceses suas ambularet, præter honorem Cathedralis sue, id est duos solidos, aliquid aliud super Ecclesias tollat.* Tamen contrarium rectè defendit Lemaître *dist. cap. 2.* ideo enim in eo canone decernitur, quod Episcopi ab hac canonica portione se abstinerent, quia Ecclesia inopes reperiebantur, nec habebant unde possent expensis necessariis subvenire; quo casu certum est, canonicam portionem Episcopo non deberi, ex hoc textu, & similibus; post illum enim canonem adhuc in Hispania reperimus, tertiam partem oblationum Episcopos percepisse; siquidem in Concilio Toletano 4. celebrato era 671. sexaginta ferme annis post Concil. Brachar. in *can. 33.* mentio fit hujus canonice portionis: & in Concilio Toletano 7. *can. 4.* non prohibetur Episcopis tertiam partem oblationum tollere, sed tantum ab iniquis exactionibus se temperare. Rursus Concilium Toletanum 9. *can. 6.* permittit ut Episcopus tertiam sibi debitam auferat, & det quod voluerit: in Concil. Toletano 16. relato in *cap. 3. 10. quest. 3.* permittitur Episcopis tertiam illam partem tollere, modò Ecclesiis reparandis invigilent: refertur in *cap. 3. 10. quest. 3.* Circa quotam verò partem hujus portionis canones non consentiunt. Quarta pars præfinitur in *cap. requisisti, vers. Et quidem.* Et regulariter quarta tantum supponitur in iuribus compilatis sub causa 10. *quest. 3.* & aliis supra adductis; immò in Concilio Aurelian. 1. *can. 15.* jubetur,

ut Episcopus medietatem oblationum percipiat, ut refertur in *cap. antiquos 10. quest. 1.* Et in *cap. de his, ead. causa & quest.* tertia pars tantum conceditur. Pro quorum canonum concordia dicendum est, ex oblationibus factis in Ecclesia ipsa matrice Episcopum dimidiam partem sibi vindicare; ex aliis verò factis inferioribus Ecclesiis, tertiam tantum; unde textus in *dist. cap. antiquos,* ad primum casum; textus verò in *dist. cap. de his,* ad secundum referendi sunt, ut docet Lemaître *ubi supra.* Illud certum est, quod cum hæc canonica portio, sit tota juris ecclesiastici, consuetudine minui, augeri potest, immò & in totum tolli, ut in his Regnis Hispaniæ, in quibus loco ipsius canonice portionis tantum Episcopus percipit lucuosam, ut referunt Solorzano, & Barbosa *ubi supra,* qui de hac portione late agunt: in præsentum tantum proponitur exceptio hujus doctrinæ, videlicet ut canonica portio non præferatur de rebus relictis pro fabrica, aut luminaribus Ecclesiæ, nec de relictis pro anniversario, sacrificiisve dicendis septimo, nono, trigesimo, & quadragesimo die; quod etiam probatur in *cap. ex parte 31. de V. S.* nisi in fraudem canonice portionis Episcopo debita id fiat, id est, nisi oblationum nomine mortuarie, ea relinquuntur, ut Episcopus canonica portione sibi debita privetur. Nec deducitur hæc portio ex legato relicto pro armis, equisve ad expeditionem Terræ sanctæ, *cap. in nostra 10.* ubi dicimus, *de sepulturis.* Jure etiam civili non deducebatur quarta falcidia ex legato Diis relictis pro ornamentis templorum, & suppellectili sua. Paulus *lib. 4. senem. tit. 3.* ibi: *Lex Falcidia, itemque Senatusconsultum Pegasianum deducto omni ære alieno, Deorumque donis quantam residua hereditatis ad heredem soluis pertinere: nisi legati relicti Diis commodum ad eorum Flamines perventurum esset; nam tunc Falcidia locum habebat, l. 1. §. ad municipium, ff. ad leg. Falcid.* etsi textus illos aliter conciliant Goveanus in *dist. §. ad municipium,* Cujac. in *notis ad ipsum Paulum,* Fomet. *lib. 2. select. cap. 25.*