



**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

Caput XIII. Idem Altißiod. (a) Episcopo.

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

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 reddi. 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 reddi. 2. p. cap. 6. num. 1. & 4. p. cap. 1. num. 7. Gutierrez lib. 2. *practic.* 9. 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 præſenti enim Innocentius III. reſcribit Guillelmo de Caſtro Sillignaco, qui mirè tam in ſpiritualibus, quàm temporalibus auxit ipſam diœceſim, variis ædificiis conſtructis, & reparatis, ut reſertur in hiſtoria Episcoporum Altiſſiod. edita à Philippo Labeo tom. 1. *Biblioth. noviffima. fol. 405.* Unde privilegium impetravit ab Innocentio III. ut de inſtatorum bonis liberè diſponeret, ut ita tot expenſis in Eccleſiarum conſtructionibus, & dotibus factis conſulere poſſit, bona inſtatorum clericorum ita piè, & utiliter impendendo. De Eccleſia Altiſſiodorenſi egi in *cap. 14. de præſcript.* Idem jus habuiſſe Pariſienſem Episcopum, reſert Cantiprat. *lib. 2. cap. 45.* ibi: *Andrevinus de venerabili Guillelmo nato Albernia, Pariſienſis Episcopo, quod cum nunciaretur ei quendam Canonicum Eccleſia Pariſienſis inſtatorum deceſſiſſe, &c.* Et de Archiepiscopo Eborac. Mathæus Parisius *ad annum 1181. Qui adhuc vivens à Pa. Alexandro privilegium impetraverat, ut ſi clericus ſua jurisdictioni ſuſſoſitus, agens in extremis teſtamentum non conſiceret, Archiepiscopus haberet facultatem injiciendi manus in bona defuncti.*
- (b) **Rerum clericorum.**] Non patrimonialium; nam in eis ab inſtato clerico habent ſuos hæredes conſanguineos, & agnatos, *cap. cum in officiis. cap. ad hac. cap. relatum, hoc tit.* & illis deficientibus ſuccedit Eccleſia, ut infra dicemus titulo ſequenti; non verò eorum, quæ intuitu Eccleſiæ acquiſierant; nam in eis ſuccedebat Eccleſia, *cap. 1. de ſucceſſ. ab inſtato, cap. penult. de peculio cleric.* nec de eis poterat clericus in præſenti ſpecie diſpoſitionem alteri committere; unde privilegio conſeſſum erat Guillelmo Episcopo Altiſſiod. ut eorum bonorum, in quibus Eccleſia jure communi attento ſuccedebat, nullis adſtantibus conſanguineis liberam haberet admittationem.
- (c) **Et tuos.**] Canonicos videlicet, qui inſtatorum ſucceſſionem ſibi vindicabant.
- (d) **Primo.**] Hæc prima conſultatio reſertur 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 hæred. inſtit. l. fideicommiſſe 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 Alciatus *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. 48.* cujus principii rationem ex diſſinitione teſtamenti petendam eſſe ipſi exiſtamarunt; nam

cùm diſſinitio diſſiniti ſubſtantiam demonſtraret, *l. 1. §. dolum, ff. de dolo, & teſtamentum ſit voluntaris noſtra juſta ſententia, l. 1. ff. de teſtam.* apparet, contra ſubſtantiam teſtamenti fieri, ſi alienæ diſpoſitioni committatur. Duarenus in *diſſ. l. 1. & ad tit. de hæred. inſtit. cap. final. columna finali, Segura in repetitione legis coheredi, §. cum ſilæ, ff. de vulgari, Tiraquellus ad ll. conſubiales, gloſſa 5. num. 5. in fine:* quod explicuiſſe videtur Cajus in *diſſ. 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 cùm quis ita diſpoſuit: *Inſtituo quos Titius voluerit*; vel, *Inſtituo Sempronium, ſi Cajus voluerit*; Sempronius pendet ab aliena voluntate, taliter quod inſtitutio vires, & firmitatem ſumit à voluntate tertii, quo renuente nullus hæres inſtitutus reperitur, & ſic magis tertii, quàm defuncti teſtamentum eſſe videtur, ob idque à veteribus talis inſtitutio improbat. Proſequentur 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. gloſ. 5. num. 2.* Cujacius *lib. 6. reſponſ. Papin. in diſſ. l. captatorias 70 ff. de hæred. 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. gloſ. 1. num. 2.* Unde facile deducitur, ultimam teſtatorum voluntatem in alterius diſpoſitionem conferri non poſſe.

Quæ aſſertio primùm procedit in inſtitutione hæredis, quæ ad eò in voluntatem alterius conferri non poteſt, ut nec arbitrio, ſive libero ſive juſto conferri valeat; in quo ſenſu verbum *Arbitrio*, quo utitur Conſultus in *diſſ. illa 32.* accepit Sarmientus *lib. 2. ſelect. cap. 6. num. 4.* Quæ ſententia non malè confirmari poteſt ex *l. ſilio 17. ff. de inſuſto rupto*, ubi ſi filius præteritus velit teſtamentum patris approbare, adhuc tamen attento juris civilis rigore nullus momenti eſſe ſupponitur; quod ex eo provenire exiſtimat Faber *lib. 9. conſect. cap. 14.* Oſwaldus *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 reſpondetur 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, quàm ſi primò inſtitutus factò, vel verbo hæreditatem non adierit; quomodo etiam exponendus eſt textus in *l. ſi quis 68. ff. de hæred. inſtit.* ubi docetur, poſſe fieri inſtitutionem ſub ea conditione, ſi Titius in Capitolium aſcenderit; quia hoc caſu inſtitutio conferitur in expreſſam voluntatem Titii, ſed potiùs in velatam

4.
De hæredis inſtitutione.

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. §. hereditatem, 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 inest, *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. Traiani, 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*, superuacua 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 omisâ aliâ solutione Ripæ in *dicta l. 3. num. 35.* cui subscribunt Duarenus *ibi*, & Menochius *lib. 4. præsumpt. 201. num. 57.* quæ non ad rem institutam, sed ad jus transmissionis accommodatur, multò planius dici posse existimo, conditionem

De legatis in voluntatem alienam relatis,

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 huius 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 heredis, quod inuiciter relinqui notum est; *l. Senarius 43. §. legatum, ff. de legat. 1. l. fideicommissa 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 heredis 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 heredis 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. Iosephus de Retes *lib. 4. opuscul.* Nec contrarium probat textus in *l. quodcumque 45. §. ultimo, ff. de verb. oblig.* ubi docetur, nullam verari differentiam inter stipulationem conceptam *si voluero*; vel, *Cum voluero*; & utramque conceptionem pariter conditionem continere probat lex *si Titio 22. ff. quando dies legat.* Nam respondeo, illud procedere quoad inducendam 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 heredis, 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 huius doctrinae est, legatum relictum, *cum volueris* heres, interciderit, si legatarius decedat antequam heres constituat 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. fideicommissa 11. §. hoc autem, dicta l. uxorem 41. §. Scavola, ff. de legat. 3. l. servus 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.*

Menochius *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 juris; 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 heredis voluntatem legatum relinqui non possit, tamen in obliquam, & ejus arbitrium relinqui valet, quia non de libero heredis 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 interum 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. 19.* 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* c. 14. ff. de fideicommiss. lib. 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 vincitur ex l. *cum proponas* 8. C. de fideicommiss. lib. 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 prædicta 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. Omisâ ergo hac 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. Rufus si heres decedat nullam factam 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; quæsi conditionale fideicommissum esse, quia secundum verba non est conditionale, intrinsecus 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. intrinsecus tamen, inspecta convertibili, seu æquipollenti, est affirmativa conditio, consistens in potestate hæredis, atque ita adimplenda est protinus, ubi adita hereditate interpellatur per legatarium, argumento legis 1. §. item 8. ff. ad legem Falcidiam; juncta 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.
Delegato
in voluntate
tertiarii
relictio.

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 relinqui posse, ut si Titius in Capitolium ascenderit; quia eo ascendente purificatur conditio, & ignorans, aut renuens potest ascendere. Sed tunc obstat difficilis, licet vulgò notus, Ulpiani locus in l. 1. ff. de legat. 2. in illis verbis: In arbitrium alterius conferri 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 conferri: 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 relictum, 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. relictum 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 à uno, è es puesta fennaladamente 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 relictio loquitur, ut colligitur ex vericulo, quid enim; ubi Ulpianus rationem illius generalis sententiæ, quod in arbitrium alterius conferri potest, confirmat exemplis, quæ

que ad meram voluntatem pertinent; nam hæc 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, & hanc, 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. Senatus, ff. de legat. 1. in illis verbis: Legatum in alienam voluntatem poni potest, in hæredis non potest. In quibus aperte docetur, testatoris dispositionem in extranei voluntatem conferri 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. Caterum 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 consiliat. 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. edict. 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. hæredit. l. tutor 20. ff. de testam. tur. l. Theopompus 14. ff. de dot. 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 est. 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

Tt 3 legiti-

12.
Refertur
prima hu-
jus textus
interpre-
tatio.

RINO

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. 12. 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 deced. 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.
Referretur
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 decedisse, & 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. consiciuntur 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, cùm 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 cùm 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. qua 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, cùm in canonica portione Ecclesiæ parochiali debita, sola consuetudo attendatur, cap. certificari, de sepul-

turis. Hæc autem canonica portio ex certis legatis non detrahitur, 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, cùm 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-