

INNOCENTIVS III. P. R.
IN
CAP. XIII. X. DE TESTAM. ET VLT. VOL.
IVRI CIVILI HAUD DEROGANS
SIVE
DE EFFECTV SINGVLARI
EXTREMAE VOLVNTATIS
IN ALTERIVS DISPOSITIONEM COMMISSAE

COMMENTATIO

QVA

AD AVDIENDAM ORATIONEM
MVNERIS PROFESSORIS IVRIVM PVBLICI ORDINARI

A

~~SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO~~

D O M I N O

CHRISTIANO FRIDERICO
CAROLO ALEXANDRO

MARGGRAVIO BRANDENBVRGICO BORVSSIAE SILESIAEQVE
DVCE REL. BVRGRAVIO NORIMB. VTRIVSQ. PRINCIPATVS REL. REL.

RECTORE ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMO

CLEMENTISSIME SIBI DEMANDATI

AVSPICANDI GRATIA

HABENDAM

D. III. OCTOBR. MDCCCXXXIV.

OFFICIOSE INVITAT

CHRISTIANVS FRIDERICVS GLVCK

IVRIVM DOCTOR

ERLANGAE
EX OFFICINA FRID. LAURENTII ELLRODT.



PROLEGOMENA.

Cogitanti mihi saepe numero, et memoria repetenti, quas vias inierint Romani Praefules, quibusque artibus, ne fraudibus dicam, usi fuerint ad stabilendum amplificandumque, quod sibi vindicaverant, imperium, mirum omnino et singulare admodum videtur, quibus iidem praetextibus et hoc sibi sumserint, ut, cum multis de rebus, quae mere civiles sunt, cultumque religiosum nihil plane respiciunt, tum maxime de causis statuerent testamentariis. Quando nimirum Decretales, quas iussu Gregorii IX. P. R. compilavit RAYMONDUS, evolvimus, exhibet nobis earum Liber tertius integrum *de testamentis et ultimis voluntatibus* titulum, in quo, cave credas, constitutiones Pontificum ibidem relatas ad ea tantum pertinere suprema hominum iudicia, quae *pro anima*, ut olim loqui amabant, et ad pias causas fiunt; minime, potestatem suam ad omnia omnino produxisse testamenta, eoque usque progressos esse Pontifices, ut tum de forma eadem ordinandi ¹⁾, tum de iuribus testamentorum ²⁾ varia sancirent,

1) Vide cap. 10. X. *de testamentis*, in quo ALEXANDER III. contra iuris civilis sanctionem testamenta declarat firma, quae parochiani coram Presbytero suo et duobus vel tribus testibus fecissent.

2) Exemplum eius rei occurrit in cap. 16 et 18. X. *de testamentis*, in quibus filium fideicommissi universali gravatum et legitimam et quartam Trebellianicam deducere posse, statuunt INNOCENTIUS III. et GREGORIUS IX. PP. Quam quidem doctrinam iuri civili manifeste adversari, sciunt omnes, in iurisprudencia no-

stra non profus hospites. Sed cum in hac quaestione tractanda veteres JCI Bononientes in diversas partes abierint, contraria apud Pontifices ex MARTINI JCI auctoritate praevaluit sententia. Vid. GE. LUD. BOEHMERI *diff. de liberis fideicomm. oneratis* §. 17. IO. SCHOENE *Diff. de liberis heredibus institutis, et fideicommissis universali gravatis, praeter legitimam, Trebellianicam detrahentibus*. Breae 1741. FRID. CHRISTPH. HARPPRECHT *Tractat. de iure deducendi duas ut vulgo loquuntur, quartas, occasione cap. 16 et 18. X. de testam.* Tub. 1687. Est quidem

ciunt, a iuris civilis ratione prorsus abhorrentia, inter omnes harum rerum haud imperitos satis constat. Nimis longum profecto et ab instituti mei ratione alienum foret, si ex litterarum monumentis affectata eruditionis specie repetere hic vellem usurpatae huius potestatis origines; sufficiat, attigisse solum id, ex quo multis post Justinianum temporibus (epocham enim in re, quae successive est inducta, certam figere haut licet) testamentariae causae in tota ecclesia, sive Clericorum, sive laicorum fuerint, indicari ab Episcopis coeperunt³⁾, sensum quoque ita increvisse Pontificalem auctoritatem, non tantum circa executionem testamentorum⁴⁾, sed insuper in varias super valore eorundem controversias, ut etiam Decretales epistolas, a Justiniano iure alienas, conderent Pontifices. Verum enim vero quamquam ita se rem habere omnino arbitramur; tamen, quo facilius alii, historiae luce destituti, hoc in genere decipi se passi sunt, eo magis profecto cavendum nobis est ab hoc vitio, ne scilicet Pontifices, si quae forsan in Decretalibus statuerint, iuri civili minus consentanea, idcirco statim ius civile evertisse existimemus. Probe etenim considerandum hoc est, decretales Pontificum Romanorum epistolas, quas Juris Canonici, quo hodie utimur, corpus complectitur, ad diversas personas, quae saepe iure quodam singulari usae sunt, atque varia ad loca directas esse, nec non de multifariis negotiis causisque latis, quae semper singularibus

ANT. CONTIUS, qui in *Disputatione iuris civilis Lib. 1. cap. 3. pag. 505.* (Hanoviae 1607. 12.), licet *cap. Raynuius. X. de testam.* multum lucis ex historia adsperserit, multis tamen rationibus probare nititur, sententiam MARTINI; quam hoc capitulo confirmavit Pontifex, de duabus portionibus deducendis iuri civili esse consentaneam; sed vide, quid contra eum dixerit CELEB. CAR. FRID. WALCHIVS in *elegantissimis ad ECKHARDI hermeneutic. iuris notis p. 597. sq.*

3) Origines iurisdictionis ecclesiasticae in causis testamentariis egregie enuclearunt ANT. LOISELIUS *livre d'Observations du droit Romain et François.* a Paris 1652. p. 126-128. GZ. LUD. BOEHMERUS in *observationibus iuris canonici* (Goetting. 1766.) *Observ. IV. p. 107. sqq.* et FRID. CHRISTOPH. JONATH. FISCHER in *Versuch über die Geschichte der teutschen Erbsolche I Band*

(Wanheim 1778.) *Hauptstück V. Abschnitt 3. pag. 62. sqq.*

4) Existimat LUDOV. THOMASSINUS in opere suo incomparabili *de veteri et nova Ecclesiae disciplina circa beneficia et beneficiarios* *Part. III. lib. 1. c. 24. §. 1.* potestatem illam ecclesiasticam, quae circa causas testamentarias sese exeruit, nixam in primis fuisse necessitate tuendae libertatis testamentorum adversus spoliatorum fraudes. Eo enim evaserant irruptiones et depraedationes sceleratissimorum hominum in defunctorum res, ut compulsis tandem fuerit Ecclesia tuendis defunctorum incumbere testamentis. En *Concilii Tolosani canonem 9.* qui hoc confirmat. *Præcipimus, ut nullus Laicorum aliquid surripere audeat de rebus, aut substantiis defunctorum, nisi quantum ipsi defuncti adhibitis idoneis testibus in iura sua ordinaverint.*

bus sabnixae sunt circumstantiis. Quae cum interdum neque ex decretali ipsa, neque ex integra Pontificis epistola haberi queant, ex temporum illorum historia ac litterarum monumentis hauriendae sunt. Cogitandum porro, pro diverso temporum statu diversam fuisse Ecclesiae disciplinam, nec ubique locorum eandem, sed varios mores variis in locis obtinuisse. Ad quos cum saepe tantum in suis decretalibus respiciant Pontifices, fit, ut cum ius civile infregisse penitus imprudentioribus videantur, illi non nisi de consuetudine Ecclesiae contra innovationes aliorum stabilienda cogitent. Illustre animadversionis huius exemplum praebet illa cui non nota? ALEXANDRI III. P. R. constitutio⁵⁾, qua eadem eum, reiectis iuris civilis ambagibus, novam testandi formam introduxisse, tantum non omnes asserunt iuris canonici interpretes. Enimvero quo eis minus accedere queamus, illorum temporum historia admonet. Cum enim testamenta, laicorum etiam, conferri tunc temporis solerent instrumentis, per Notarios, non nisi Clericos, confectis, et in praesentia duorum testium⁶⁾; hique iidem Jus Justinianum non tam scrupulose amplius observarent, invaluerat inde universalis fere Ecclesiae consuetudo, ut nemo, sive laicus esset, sive Clericus, exacte teneretur more Justiniano testari, sed posset etiam coram solo sacerdote et duobus testibus suum condere iudicium⁷⁾. Velitrensis autem civitatis iudices, cum, libris Justinianis non ita dudum in Italia erutis, et magno applausu exceptis, rebus novis studerent, hominesque contra morem diutius receptum adstringere conarentur, ut in condendis testamentis iuris civilis formam adhiberent, eaque haud observata testamenta rescinderent; ALEXANDER III., ad cuius aures innovatio ista perlata fuerat,

A 2

fuerat,

5) Est haec scilicet *cap. supra dictum 10 X. de testam.* inscriptum *Hubaldo Hostiensis Episcopo, Archipresbytero, et Canonicis Velitrensis*, uti legendum censet GONZALEZ TELLEZ in *Commentar. in Decretales ad b. cap. Tom. III. p. 440.* Fuit enim iam a temporibus EUGENII III. P. R. per annum 1153. Velitrensis Ecclesia cum Hostiensis unita, ut refert VAGUELIUS *Tom. I. Italiae sacrae pag. 58.*

6) Conferri hic omnino meretur LUDOV. THOMASSINUS *de veteri et nova Ecclesiae disciplina P. III. Lib. 1. cap. XXXIV.* ubi multa adducit sta-

tuta synodalia Episcoporum, quibus laicis prohibitum, ne testamenta sua facerent nisi praesente sacerdote, manu laicali prorsus exclusa.

7) Immo ipsis a Conciliis quibusdam agnita haec consuetudo fuit, quae de re THOMASSINUS *c. l. §. 2.* exempli loco adfert *Concilii cuiusdam Castellensis*, in Hibernia anno 1172. iussu regis Angliae HENRICI II. habit, (is qui primus Hiberniam Insulam suo subiecit imperio, sique Concilio cognitores suos interesse voluit,) canonem, quo sancitur, ut aegrotantes testamenti tabulas scribant coram Parocho et testibus,

fuerat, tanquam supremus consuetudinum per Ecclesiam vigentium arbiter atque protector, restitit Velitrensiū aūibus nostro hoc capitulo, rescribens idcirco ad Ostiensem Episcopum et Velitrenses: *Cum esses frater Episcopo in nostra praesentia constitutus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo Episcopatu inolevisse consuetudinem, quoad testamenta, quae sunt in ultima voluntate, ut ab iis, qui potestatem habent super alios, penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem aut quinque testium fiant, secundum quod humanae leges decernunt. Quia vero a divina lege et Sanctorum Patrum statutis et a GENERALI CONSVETVDINE ECCLESIAE id esse noscitur alienum; cum scriptum sit: in ore duorum vel trium testium stet omne verbum, praescriptam consuetudinem penitus improbamus, et testamenta, quae Parochiani vestri coram Presbytero suo, et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema voluntate de caetero fecerint, et firma decernimus PERMANERE, et robur perpetuae firmitatis obtinere: sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis praesumptione qualibet huiusmodi audeat rescindere testamenta⁸⁾. Ex isto itaque historico cap. 10. contextu clare elucet, quantopere hallucinentur illi Canonistae, qui, hoc historiae lumine destituti, ab ALEXANDRO III. sublatum esse ius civile, nova testandi forma introducta, sibi persuadeant aliisque. Cum dudum ante, et saltem post annum millesimum, iure Justiniano dormiente quasi et veluti sepulto, eadem haec testandi forma de consuetudine Ecclesiae fere universali obtinuerit, de qua tantum stabilienda hoc capitulo egit ALEXANDER III. Ex historia itaque, quae, si ullo in litterarum aut doctrinae genere, certe in iurisprudencia nostra canonica, iuxta TULLII effatum, *testis temporum et lux veritatis* dici potest, ex antiquitatibus etiam ecclesiasticis lux semper accendenda est Decretalibus nostris, ex iis eruendi sunt ritus, ex iis cogno-*

scendae

8) Legas velim, ad hoc capitulum ALEXANDRI III. egregie quae adnotaverit laud. THOMASINUS c. l. §. IV. pag. 71. sq. Confer quoque elegantem GEORG. CHRISTOPH. NELLERI *Diff. de testamento Clerici Trevirensis* (Treviris 1761.) Parte II. §. XI-XIV. in ANT. SCHMIDT *Thesaurus iuris Eccles.* Tom. VI. p. 435. Statuunt quidem vulgo, ALEXANDRUM III. disposuisse duntaxat pro terris sibi temporaliter subiectis, sed negat hoc doctissimus NELLERUS c. D. §. XI. quia ALEXANDRO III. hanc consuetudinem

universalem attestanti in cap. 10. fides omnino habenda sit, cum sumserit exinde argumentum: a generali Ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum, nempe quod quis testari debeat, secundum quod leges humanae decernunt. Id tamen certum, in Germania hoc cap. non valere, ubi scilicet iuris civilis dispositio a MAXIMILIANO I. in *Ordinat. Notar. an. 1512*, quoad formam et solemnia testamentorum approbata est, exceptis quibusdam territoriis. eg. Moguntia, Thuringia et aliis.

scendae sunt consuetudines et indaganda instituta Ecclesiae antiqua, ad quae Decretales saepenumero se referunt, et lumen suum expectant. Hoc est, si quid video, quod haud quoque cogitarunt ii, qui in *capitulo XIII. X. de testamentis INNOCENTIVM III.* ius civile correxisse, perperam crediderunt, in quo sc. Pontifex rescripsit, *quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videatur decessisse intestatus*. Admirandum omnino est, quam frequens semper Interpretum Senatus fuerit ad hoc capitulum, et quam diversas in partes hic discedant tum Glossatores, tum ii, qui Pragmaticorum specie superbiunt, tum elegantiores Jcti. In primis etiam CHRISTOPHORUS FRIDERICUS HARPPRECHT in *Diff. de eo, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, sive ad Innocentii III. P. R. cap. XIII. X. de testam. et ult. vol. Observat. Tubingae 1749.* tam docte et eleganter textum hunc explicuit, ut, an addi possit quidpiam, quo maior lux eidem affundatur, diu multumque dubitaverim. Enimvero, re penitus perpensa reperi, ne ab hoc quidem Viro doctissimo omnes Pontificiae decisionis difficultates esse remotas, syrtesque superatas. Offendit virum, et quis est, quem non offenderit? quomodo testatus decessisse dici queat is, qui extremam suam voluntatem in alterius dispositionem commiserit, cum is heredem ex testamento habeat neminem. Quo e lubrico vestigio ut se expediat, ita quidem rem exponit, ut scilicet eatenus testatus videatur decessisse clericus, (nam de iis tantum in hoc capitulo sermonem esse, patebit infra,) ne ius spoliū ab Episcopo exerceri in hoc casu queat, licet alias revera ab intestato alio respectu, quod scilicet ex testamento heredem non habeat, mortuus fuerit, eo magis cum secundum ius civile dispositio talis indeterminata valere nequeat, cui nec Pontificem hac sua decisione derogare voluisse ipse credit; sed quis est, cui non obtusior sit acies, qui non intelligat, quod ne ipse quidem diffiteri potuit doctissimus HARPPRECHTUS, scilicet ex hoc constari atque effici id, quod clericus talis pro parte testatus, pro parte intestatus eo ipso decessisse videatur. An igitur hocce remigio evitaverit Charybdin, tantum abest, ut credam, ut potius Vir Doctus in scyllam incidisse mihi videatur. Ego vero sic mihi potius persuasi, sic sentio, *capitulum illud XIII. X. de testamentis* potissimum lucem suam capere ex more quodam antiquo, quem pro facultatibus supremisque suis voluntatibus conservandis inprimis adoptaverant Canonicorum collegia, ut scilicet sibi constituerent

Manufidelis 2), qui reliquiae ipsorum post fata superstitis substantiae contra spoliationes tum maxime usitatas et adversus quorumcunque ausus vindices et custodes existent, et non solum suprema defunctorum, si quae ordinaverant, iudicia ad suum perducerent effectum, sed etiam, si absque propria rerum suarum dispositione supremum illos obiisse diem contigerit, ea aequae, quae ab Ecclesiis, quam quae aliunde profecta sunt, secundum statuta et consuetudines locorum fideliter dispensarent. Hi etenim, cum heredum locum quodammodo obirent, et defuncti personam sustinere dicerentur, quemadmodum haec omnia ex Antiquitatibus Ecclesiasticis atque monumentis medii aevi infra magis illustranda erunt, recte Pontifex negare poterat secundum temporum istorum disciplinam in primis inter Canonicos receptam, intestatum decessisse Clericum videri, qui hoc modo extremam voluntatem suam in alterius dispositionem et arbitrium commisisset, ideoque in tali casu nequaquam suo uti posse privilegio Episcopum, ad quem rescriptit Innocentius, scilicet Altriffiodorensem illum, cui datum fuerat, Clericorum suae Dioecesis ab intestato decedentium occupandi patrimonium. Quam igitur ob rem, cum, ut ex his intelligitur, quae modo ea de re praefatus sum, haud adeo omnia a praeclarissimo HARPPRECHTO in Dissertatione laudata exposita sunt, atque exhausta, quin, si non messis, saltem spicilegium aliquod interpreti relicta videntur, operam nos haud lufuros esse putamus, si huius Capituli explicationem denuo suscipiamus. Placet autem, quoniam omnis disputatio de eo futura est, utrum Pontifex in cap. XIII. X. de testamentis iuris civilis circa ultimas voluntates alterius dispositioni et arbitrio relicta abrogatam esse voluerit doctrinam, prius, quam ipsam Pontificiae decisionis sententiam et rationes exponamus, definire, quid sit id, quod ius civile ea de re sanciverit.

9) De *Manufidelibus*, in specie Ecclesiasticorum cum Principum cum privatorum in Germania elegantissimam Dissertationem scripsit Celeberr. FRANCISC. ANT. DÜRR Moguntiae 1762. quae, prout meretur, interia est ANTON. SCHMIDT *Thesauri iuris Eccl. praeissimum German.* Tom. VI. pag. 328-381.

SECTIO

SECTIO I.

QUATENUS, SI QVAE ALTERIUS DISPOSITIONI COMMITTITUR
EXTREMA VOLUNTAS, VALEAT SECVNDVM IVS CIVILE,
INQVIRENS.

§. I.

Ius antiquius exponitur.

Quodsi igitur, ea de re, de qua disputamus, quid iuri civili videatur, quaerimus, primum quidem illud vero maxime simile videtur, omnem olim improbatam fuisse supremam voluntatem, quam quis in alterius arbitrium ac dispositionem contulisset. Amplissimum huius rei testimonium nobis praebet GAIUS 3), qui, *satis constanter*, inquit, *veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere*, et hinc concludit, illam institutionem, *quos Titius voluerit*, ideo vitiosam esse, quod *alieno arbitrio* sit permessa. Hoc itaque decrevisse dicit *Veteres*. Sed quinam sint iidem Veteres, non frustra quaeritur? Sunt, et ii quidem bene multi 4), qui in eodem Senatusconsulto, quo captoriae institutiones improbatas sunt, id quod alii SCto Liboniano 5) cautum esse volunt, alii 6) rectius ea ad Senatusconsulta referunt, quae Legi Papiae Poppaeae acceperunt, etiam illud prohibitum fuisse arbitratur, ne quae omnino alterius arbitrio permitteretur suprema voluntas. Cum enim PAPIANVS 7) alibi dicat, captorias institutiones illas improbasse Senatum, *quarum conditio confer-*

tur

1) L. 32. pr. D. de hered. instir.

2) Horum e numero sunt ACCURSIUS in *Glossa ad L. 70. de hered. instir.* et L. 11. C. de testam. milir. et qui sententiam eius derelinquere religioni habuerunt Jcti veteres GAIUS lib. 2. Obs. 117. COVARRUVIAS A LEYVA ad cap. cum tibi. X. de testam. Tom. 1. Opp. p. 709. n. 2. MENOCHIUS Conf. 669. ALCIATUS lib. II. Parergor. c. 31. et alii, quos nominat CHRIST. THOMASIVS in Diss. de captoriis institutionibus §. 6.

3) ACCURSIUS c. 1. cui et CHRIST. THOMASIVS

in cit. diss. §. 17. pag. 20. adsentitur, sed refellit eos CONR. VAN BYNCKERSHOECK in lib. de captoriis institutionibus c. I. in Opuscul. Lugd. Bar. 1719. p. 304. Vid et IO. IAC. MASCOV in Diss. ad SCtum Libonianum §. 20.

4) FRANC. RAMOS DEL MANZANO ad legem Jul. et Pap. Popp. lib. IV. reliquit. 33. n. 25. in Tom. VI. Thesauri Meermae p. 303. et IO. GOTTL. HEINECCIUS in Comment. ad L. Jul. et Popp. Popp. lib. III. C. 4. p. 394.

5) L. 70. D. de hered. instir.

tur ad secretum alienae voluntatis, secretum alienae voluntatis explicant de arbitrio alieno, de quo GAIUS loquitur. Ast perperam profecto. Nam, quae Senatusconsulto vetitae sunt, institutiones captatoriae nequaquam alienum in arbitrium, sed eam semper in conditionem conferuntur, si, qui heres institutus est, eadem quoque ex parte testatorem vel tertium heredem institueret, in qua illum testator heredem scripsit, veluti: *Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto*, aut sic: *Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaveritque, heres esto*, quibus exemplis utuntur IULIANVS⁶⁾ atque PAULVS⁷⁾. Quia igitur talis conditio institutionis captatoriae tentat quasi et ambit alienum testamentum, eoque consilio fit, ut, quemadmodum CORN. VAN BYNCKERSHOECK⁸⁾ egregie rem exprimit, mutua alterius institutio extorqueatur, satis opportune dixit PAPINIANVS, conditionem hamatam quasi conferri ad secretum alienae voluntatis, hoc est, ad futurum alterius, nimirum eius, qui captatur, testamentum veluti inescandum, sicut haec verba eleganter interpretati sunt Viri Summi FRANCISCVS BALDVINVS⁹⁾ et EV. OTTO¹⁰⁾. Quod vero PAPINIANVS secretum alienae voluntatis vocet alterius, qui captatur, testamentum, facit summa veterum Romanorum in occultandis supremis hominum elogiis religio, ob quam viventis testamentum aperire, recitare et resignare, citra poenam legis Corneliae de falsis non licebat¹¹⁾, ut proinde maxime solemne fuerit veteribus, testamenta vocare *secreta iudicia*¹²⁾, aut *secreta iudiciorum*¹³⁾, aut etiam *secreta voluntatis*¹⁴⁾, quem morem loquendi hic etiam PAPINIANVS sequitur. Sed quid est, quod diutius immerer refutandae Glossatorum sententiae, quae dudum iam explosa est a Summis Viris IO. CORASIO¹⁵⁾, IAC. CUIACIO¹⁶⁾, HYGONE DONELLO¹⁷⁾, PETRO DVIRSEMA¹⁸⁾, CHRIST. THOMASIO¹⁹⁾, et CAR.

FRID.

6) L. 1. D. de his, quae pro non scrip.
7) L. 71. pr. D. de hered. instit. Adde HARMENOPULUM Περὶ ἠρῶν lib. V. tit. 8. n. 4.
8) Cir. Opusc. cap. IV.
9) Disputat. I. ex Papiniano pag. 319. (edit. Gundling. Halae 1730. 8.)
10) in Papiniano cap. V. pag. 84.
11) L. 1. §. 5. D. ad L. Cornel. de falsis. L. 38. §. 7. D. de poenis, SÆTONTIUS in Augusto c. 17. vid. THOMASIVS cir. Diff. §. 19. et CLAUD. SALMASIVS de subscrib. et signand. testamentis.

12) L. 1. §. 38. D. de positi.
13) L. 41. D. ad L. Aquil.
14) L. 3. C. de Codicillis.
15) Miscellan. iuris civ. lib. V. c. 13.
16) ad lib. VI. responsor. Papiniani in L. 70. cit.
17) Commentar. iur. civ. lib. VI. c. 19.
18) Coniectur. iur. civ. lib. II. c. 7. p. 243.
19) Diss. de captatoris institutionibus. §. VI. pag. 5.

FRID. WALCHIO²⁰⁾. Quum igitur, quod GAIUS Veterum decreto adscribit, ius nullo ex Senatusconsulto sit, nullus equidem dubito, accedere CHRISTIANO THOMASIO²¹⁾, qui ex constanti Ictorum interpretatione invaluisse putat, ne quod valeret supremum iudicium, alienum in arbitrium collatum. Igitur hi sunt isti Veteres, de quibus GAIUS loquitur, nimirum Iureconsulti Romani, quorum cum esset, leges iuraque interpretari, multa eorum ingeniis constituta sunt iuris capita, quae singularem faciunt veteris iurisprudentiae Romanae fontem, iuris civilis κατὰ ἔξοχὴν sic dicti²²⁾ nomine celebrem. Isti itaque Icti veteres, quibus, THEOPHILO teste²³⁾, concessum erat, ut publice iura constituerent, vel interpretarentur, quique proinde iuris auctores²⁴⁾, immo νομοθέται²⁵⁾ appellantur, cum alia multa, tum etiam illud decreverunt, ut testamentorum iura ipsa per se firma esse debeant, non ex alieno arbitrio pendere. Non satis autem habuit GAIUS, de veteribus dicere, eos hoc decrevisse, sed voculam: *constanter* adiecit; ut significaret, in eo omnes Ictos antiquiores consensisse, neque hac in re, uti in aliis dissidium fuisse inter diversas eorundem Sectas, Proculianos nimirum et Sabinianos; et quamvis hoc Veterum effatum eo tantum consilio hic protulisse videatur Ictus, ut ex eo ostenderet, illam institutionem, quos Titius voluerit, idcirco haud valere posse, quod alieno sit arbitrio permessa; nequaquam tamen credendum est, hoc Veterum decretum eiusmodi heredis institutiones solum respexisse, sicuti ex eo intelligitur, quod de testamentorum iuribus hic generatim fiat mentio, ad quae referenda quoque legata esse, nemo est, qui dubitet. Hinc admodum omnino probabile videtur, quod idem et celeberrimo WALCHIO²⁶⁾ iam placuit, scilicet Veteres iuris auctores omnia olim suprema hominum iudicia, sive heredis institutio ipsa, sive legata tantum hoc modo ordinata fuerint, vitiosa habuisse nullaque, quae alienum

in

20) In Diss. de legato heredis in arbitrium collato. Jenae 1761. §. VII.

21) Laudata Diff. §. VI. pag. 6.

22) BRUNQUELL Histor. iuris P. I. cap. 4. §. 7. CAR. ANT. KEUFFELH Histor. auctoritatis Prudentum. Sect. IV.

23) Paraphr. ad §. 8. I. de iur. nar. gent.

24) L. 39. D. de act. emi et vend. in qua

lege id silentio omittere haud debemus, Iuris auctores hic quoque Veterum appellari nomine. Adde L. 17. D. de iure patronat. et GELIVM lib. II. cap. 10.

25) SCHOLIASTES Basilicor. ad lib. 60. tit. 3. vid. PÜTTMANN. Probabil. iur. civ. lib. sing. p. 169. et GEORG. D'ARNAVD. var. coniectur. lib. II. c. 14. p. 310.

26) Cir. diff. §. 8.

B

in arbitrium testator contulisset. Quod ut eo evidentius appareat, age iam inquiramus, quibus ex rationibus hoc ita Veteres decreverint.

§. 2.

Juris veteris rationes enucleantur.

Varia autem ac diversa argumenta ipsis antiquior testamentorum legatorumque ratio suggererat. Cum enim ea fuerit olim testamentorum indoles, ut non solum pro lege haberentur, quam violare nefas erat, sed etiam legis modo conderentur verbis nimirum imperativis²⁷⁾: *heres esto: Titium heredem esse inbeo: liber esto; sumito; habeto; praecipito; heres meus damnas esto dare*²⁸⁾; haud conveniens profecto legislatoris voci videbatur, voluntatem suam alterius arbitrio committere. Immo si, VLPIANO teste²⁹⁾, *illa institutio: heredem instituo: heredem facio: plerisque improbata fuit*, propterea quod non civilibus verbis, sed minus receptis sit expressa; profecto multo minus probare poterant heredis institutionem arbitrio alieno subiectam. Huic accessit, quod testamentum olim praecipue propter intervenientem mancipationis ritum pro actu haberetur legitimo³⁰⁾; Cum vero ea esset legitimorum actuum natura, ut procuratorem haud admitterent, sed in propria persona essent explicandi; nihil tam naturale videbatur, quam quod nec per alium testandi quisquam facultatem habere, neque extremae voluntatis suae ordinationem alieno arbitrio relinquere possit; eo magis, quod dubia hoc modo

et

27) Primis quoque temporibus ad instar legum in calatis comitis testamenta condebantur §. I. *F. de testam. ordinand.*

28) VLPIANVS in *Fragment Tit. 21. et tit. 24.* penes SCHVLTING. in *iurispud. vet. anteiustin.* p. 633. et 650 lqq. Hinc testatores dicuntur *legem ferre, νομοθετεῖν*. Ita non tantum loquitur CHRYSOSTOMVS ad *Acta Apostolor.* Sermon. I. p. 615. sed et JUSTINIANVS Nov. XXII. c. 2. et quando lege decemvirali POMFONIO teste L. 120. *D. de V. S. cautum est; Paterfamilias uni legasset suae rei, jura ius esto*; Verbum LEGARE hic non accipere debemus in sensu vulgari, ut significet tantum legata relinquere, sed LEGARE in hac lege potius denotat *per modum legis disponere, et veluti legem dicere rebus suis.* Iac. GOTHO-

FREDVS ad *LL. XII. Tab.* Proinde VLPIANVS *Fragment. tit. 24.* legatum describit, quod *legis modo, i. e. imperative, testamento relinquitur.* Vide TRECKEL. *Tract. de origine atque progressu testamentifacti, praesertim apud Rom.* cap. III. §. 4. p. 60. HEINECCIUS *Synagm. Antiquit. Rom.* lib. I. Tit. 13. §. 2. lib. II. Tit. 20. §. 1.

29) In *Fragmentis tit. 21.* Ratio, ut ANT. SCHVLTING. c. l. p. 633. ad hunc VLPIANI locum adnotat, ob quam hae formulae improbatas fuerint, videtur fuisse, quia hic testator refert, narrat, et indicat, nec verba haec habent vim imperandi.

30) TRECKEL *laud. Tractat. Cap. III. §. 32.* et 55. in primis PET. FABER *semestrarium lib. II. c. 23. p. 344.* (Genev. 1660.)

et incerta fieret testantis voluntas, cuius, ut VLPIANVS³¹⁾ loquitur, *certum esse debeat consilium.* His quidem ex rationibus etiam, MODESTINO³²⁾ teste, testamentum non sine significatione quadam atque *ενεργεια* nominabant *voluntatis nostrae instam sententiam de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*, et recte inde subsumebant, voluntatem eam dici *nostram* non posse, cuius determinatio ab alio dependeat, et alienum in arbitrium sit collata. Potius illud esse proprie testamentum, quod, ut Imp. THEODOSIUS et VALENTINIANVS dicunt³³⁾, *testantis meram voluntatem obtinet.* Sed quod in specie legata, heredis vel alterius in arbitrium collata, attinet, omnino suppetebant rationes, ab quas ea quoque, et quidem omni quondam discrimine remoto, vetita existimauerint Veteres atque prohibita. Idem nimirum GAIUS, qui decretum illud JCTORUM veterum memoriae nobis tradidit, in cuius rationibus enucleandis hic versamur, alio loco³⁴⁾, quem Compilatores Digestorum ex eodem quoque *lib. I. de testamentis ad Edictum Praetoris* excerpserunt, ex quo desumpta est L. 32. ut proinde etiam utraque Lex coniungenda videatur EMVNDO MERILLIO³⁵⁾, idem GAIUS, inquam, alibi scripsit: *omnia, quae ex ipso testamento oriuntur, necesse est secundum scripti iuris rationem expediri.* Ista vero *scripti iuris ratio*³⁶⁾ etiam pro-

B 2.

sus

31) In *Fragmentis tit. 22. §. 7.* penes SCHVLTING. p. 634.

32) L. 1. *D. de hered. instit.* TRECKEL *cis. Tractat. Cap. II. §. 1.* DIDAC; COVARRUVIAS A LEYVA in *tit. Decretal. de testamentis interpretat.* ad rubricam. in *Opp. T. I. pag. 1. lqq.*

33) *Nov. de testamentis*, quae est in *Collectio- ne Novellarum Constitut. Imp. Justiniano antecuriorum*, quam RITTERVS *Cod. Theodos. Iacob. Gotbolfredi* adiecit *lib. I. Tit. 9.*

34) L. 16. *D. de condit. et demonstrat.*

35) *Observation. lib. IV. cap. 15.*

36) Sunt, iique celebres omnino, Batavi quidam JCti, qui *ius scriptum* in dicta L. 16. pro testamento exponendum esse arbitrentur. Sunt, inquam, IO. CANNegieterVS ad *difficiliora iuris capita* c. 1. SCHRODERVS *Observat. iuris* lib. II. c. 13. et HENR. IO. ARNTZENIUS in *Miscellaneor. libro* cap. 13. p. 137. Enimvero, quominus his ego vis accedere queam, est, quod CAIVS in d. l. *scripti iuris rationem*, opponat *interpretationi ex aequo et bono.* Dicit nimirum CAIVS:

In his, quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex aequo et bono interpretationem capere. (Huc spectant e. gr. quaestiones facti, quae circa conditiones obveniunt; veluti cum quaeritur, an impleta sit conditio, nec ne, benigne sit interpretatio. L. 10. *D. eod.* cuius exemplum praebet L. 15. *eod.* quae forsitan occasionem dedit Compilatoribus, effatum CAII hoc loco inserendi; vel cum quaeritur, quomodo conditio impleri debeat, L. 13. *D. de ann. legat.* Vide MERILLIVM c. l.) Ea vero, pergit JCtus, quae ex ipso testamento oriuntur, (i. e. quae in ipso testamento disposita, ordinata et expressa sunt, ex eoque firmitatem suam accipiunt) necesse est, secundum scripti iuris rationem expediri. (i. e. explicari ac diiudicari, vid. BRISSON. de *V. S.* voce *expedire.* n. 4. Nam, ut PAPIANVS ait L. 15. *D. ad municip. in fin.* Facti quidem quaestio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit. Ex quo patet, SCRIPTI IURIS RATIONEM Gajo nihil aliud esse, quam quod PAPIANVS in L. 17. *D. de iniust. rupto irrito test. subtilitatem iuris* dicit,

sus non admittere videbatur veteribus his JCTis, quod quis vel legata alieno arbitrio in testamento suo relinqueret. Legata etenim certis formulis olim relinquenda erant, a quibus recedere testatori fas non fuit. Hinc est, quod legata inter negotia stricti iuris olim numerarentur³⁷⁾. Quodsi vero omnium quatuor legatorum generum formulas, sive *per vindicationem*, sive *per damnationem*, sive *per praeceptionem*, sive *per finendi modum* essent relicta, consideramus, quemadmodum eas VLPPIANVS³⁸⁾ nobis exhibet, et BARN. BRISSONIVS³⁹⁾, EMOND. MERILLIVS⁴⁰⁾, ANTON. SCHVLTINGIVS⁴¹⁾, alique illustrant, ad eiusmodi legata nullam quadrare invenimus, adeo ut vel hoc solum satis argumenti videri potuerit JCTis, qui pristino hinc aevo Romae floruerant, ex quo concludere potuissent, haud licere testatori, legatum alienum in arbitrium conferre. His ego ex rationibus persuasum mihi habeo, regulam illam, quam adducit MOPESIVS⁴²⁾, scilicet *quod in alienam voluntatem conferri legatum non possit*, olim definitionem generalem fuisse, licet MOPESIVS eandem sua aetate restrinxerit ad legata in meram alterius voluntatem collata, uti ex exemplo, quod proponit, intelligitur.

§. 3.

*Juris civilis recentioris doctrina.**1) Si heredis institutio in alterius arbitrium collata est.*

Exposita sic Veterum doctrina, proximum est, ut dispiciamus, anne forsitan, quos sequens vidit aetas, JCTi Romani ab ista sententia recesserint. Et hic duplex omnino inspectio videtur discernenda, prout vel ipsa heredis institutio, vel solum

lega-

ti, et cui ibidem opponit id, quod ex aequo et bono sustinetur; aut quod VLPPIANVS L. 29. ff. *mandati Apices iuris* vocat; et alias *summum strictumque ius, ius subtile, rigor iuris* &c. solet appellari, L. 24. §. 9. *D. de fid. lib.* cum quippe a verbis ac legis scriptae praeceptis interpretis animus ne transversum quidem unguem discedit, omni quamvis refragante aequitatis ratione. Hinc intelligitur, quam ob rem ius scriptum contra aequitatem nominetur. Cetero etiam in Or. pro *Cecinna* verba et litteras cum summo iure componit: *Si contra verbis et litteris ac, ut dici solet, summo iure contenditur*; et eodem loco scriptam opponit aequitati, quando dicit: *ab verbo et a scripto plurimis in rebus aequi bo-*

nique rationem esse scindam. Vide CORASII *Miscellan. iur. civ. lib. II. c. 18.*

37) L. 6. D. de in lit. iur. L. 5. D. de eo quod certo loco §. 3. *Instit. de legat.* BOEHMER de actionibus. Sect. I. c. 3. §. 35. et CARRACH in *Annotat. ad Boehmerum b. l. p. 35.*

38) *Fragment. tit. 24. §. 2. sqq.*

39) *de Formul. lib. VII. cap. 67. pag. 596.* (edit. Bachii.)

40) *Observat. iuris civ. lib. VI. c. 32. p. 227.* (edit. Neapol. 1720.)

41) *Iurisprud. vet. Antejustin. p. 649. sqq.* (edit. Ayer. Lipsiae 1737.)

42) L. 52. D. de condit. et demonstrat.

legatum in alterius arbitrium collatum sit a testatore. Priori in casu constans permansit Veterum sententia, id quod ex ipso hoc GAIJ loco luculentissime apparet; ubi hic JCTus, qui sub Hadriano, Pio et Marco vixit⁴³⁾, sua adhuc aetate, vi supra expositi Veterum decreti, illam institutionem, *quos Titius voluerit*, ideo vitiosam habet, quod alieno sit arbitrio permessa. Et idem confirmat POMPONIUS⁴⁴⁾ lib. 7. ad *Q. Mucium* haec adnotans: *Si quis ita scripserit: si Titius voluerit, Sempronius heres esto; non valet institutio.* Nam heredis institutio est caput, atque fundamentum totius testamenti, qua infirmata, nihil valet, quod in testamento scriptum est⁴⁵⁾. Ea igitur ut certa sit, neque incerto alterius arbitrio exponatur, Romanis eo magis visum fuit necessarium, ne fraudibus ac calumniis daretur locus, neve in extranei potestate esset, irritum facere pro suo arbitrio defuncti testamentum; cum quippe publice expediat, ut PAVLVS⁴⁶⁾ ait, *suprema hominum iudicia exitum habere.* Non quidem ignoramus, postea prudenter fuisse introductum, ut in heredibus instituendis prisca verborum solemnitas haud amplius esset necessaria. Sanxit omnino Imp. CONSTANTINVS, aut quisquis alius sit L. 15. *Cod. de testament.*⁴⁷⁾ auctor, ut tabulae testamentorum, quibuscunque verbis, sive imperativis et directis, sive inflexis verbis, conceptae, essent ratae. Sed inde non est inferendum, heredis institutionem alieno iam arbitrio permitti potuisse. Cum enim JUSTINIANVS⁴⁸⁾ adhuc expressis verbis caverit,

B 3

ut

43) BACH, *hist. iurisprud. Rom. Lib. III. c. II. Sect. V. §. 14.*

44) L. 68. D. de hered. institut.

45) L. 1. in fine D. de vulgari et pupill. substitut.

46) L. 5. D. Testam. quemadm. aperiantur.

47) Instituitur quidem dicta Lex 15. CONSTANTINO, et *Autor* quoque *vitae Constantini lib. IV. c. 26.* similem legem CONSTANTINO M. tribuit; nihil tamen fecius IAC. GOTHOFREDUS in *commentar. ad L. un. Cod. Theodof. de ommissa action. imperat.* Tom. I. pag. 109 (edit. Ritter.) et in *comment. ad L. 1. Cod. Theodof. de testam. et codicill.* Tom. I. pag. 376. b. negat, hanc Legem Constantini M. esse, potius, ut vel ex COSS. subscriptis apparet, et ex L. 21. *Cod. de legatis*, illi iungenda, eam esse CONSTANTII existimat. Id quidem certum est, CONSTANTINVM verborum seu formularum solemnitatem

in testamentis tantum parentum inter liberos sustulisse, quod docet L. 1. *Cod. Theod. de fam. ercisc.* (lib. II. Tit. 24.) Caeterum insignis hic notandus est CIVICI error, qui ad l. 20. ff. *qui testam. fac. poss.* existimavit, testamenta per aes et libram a Constantino M. abolita fuisse d. l. 15. *C. de testam.* Enimvero, quae huc trahit, dictae legis verba: *ademptis his, quorum imaginarius est usus, eo solum spectant, ut scrupulosae illae, et typicae inanesque heredum instituendorum formulae, quae observari olim quam religiosissime debebant, in posterum sublatas finto.* VERO similis videtur, quod acute contiecit IAC. GOTHOFREDVS ad l. 1. *C. Tb. de testam.* Theodosii Iun. temporibus ius civile et ius praetorium in testamentis ordinandis in unam coisse consonantiam, atque testamenti per aes et libram usum exolevisse.

48) L. 29. *C. de testam.*

ut a testatore nomen heredis esset scribendum, vel nuncupandum, facile est ad intelligendum, eum iuris antiqui regulam confirmasse⁴⁹⁾.

§. 4.

Quibus in casibus valeat heredis institutio alieno arbitrio permessa.

Enimvero, quamvis firmo satis talo steterit haec veterum Jctorum sententia, quod vitiosa sit, alieno quae arbitrio permessa est, heredis institutio, tamen iuxta ipsam Veterum mentem magis adhuc limitanda haec regula videtur. Quod qua fieri possit ratione, ipsa exempla docent, quae GAJUS et POMPONIVS in locis adductis in medium adferunt. Ex his etenim clare patet, eam solum heredis institutionem nullam esse et inutilem, quae in directam, meram, et absolutam alterius confertur voluntatem, adeo ut in sola tertii voluntate sit repositum, vel quos ille post mortem testatoris hereditate eius potiri velit, vel utrum is velit hereditatem pervenire ad eum, quem testator heredem instituit. Quam igitur ob rem *primum* haud inutilem habuerunt Jcti institutionem eam, quae non in expressam et meram voluntatem alterius, sed obliquam quasi et implicitam est collata, hoc est talem, quae cum facto est coniuncta, quod alter suscepturus est, in sola eius potestate posito, a quo, tanquam a conditione, heredis institutionis pendeat eventus. Eleganter huius generis speciem idem POMPONIVS tractat in loco spha praecedente in medium prolato⁵⁰⁾: Scilicet *si quis Sempronium, inquit heredem instituerit sub hac conditione, si Titius in Capitolium ascenderit: quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii, quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio.* Quaestionis itaque, quam POMPONIVS hic discussit, summa eo redit, utrum valeat heredis institutio, quam testator hac a conditione pendere voluit, si tertius, qui non est heres, factum aliquod susceperit, in sola eius potestate posito? Exemplum petit a facto tum maxime communi omnium, et quotidie obvio, scilicet *si tertius ille in Capitolium ascenderit.* Frequenter enim

Roma-

49) Conferri hic merentur GEORG. STEPH. WIESANDIVS in *Opusculis* p. 92. et PETR. FRANC. LINGLOIS in *Quinquaginta Decisionibus Imp. Lu-*

stiniani (Antwerp. 1622. fol.) Decis. 34. quaest. 2. pag. 326. sq.

50) L. 68. D. de heredib. instir.

Romani, vota exsolvendi, una cum Pontifice, in montem Capitolinum ascendebant. Sic HORATIVS⁵¹⁾ canit:

— — — — — dum Capitolium
Scander cum tacita virgine Pontifex.

Verum etiam litterarum ingenuarumque artium causa Capitolium quam quod maxime tum frequentabatur. Nam in Capitolio Romano fuit olim Bibliotheca communis teste EUSEBIO⁵²⁾, atque OROSIO⁵³⁾, et in ipso olim Appollinis Capitolini templo factae recitationes Poëmatum; huc quoque alludit HORATIVS⁵⁴⁾:

— — — — —; Haec ego ludo,
Quae nec in Aede sonent certantia, iudice Tarpa.
et IDEM alio loco⁵⁵⁾:

— — — — — aspice primum,
Quanto eum fastu, quanto molimine circum,
Spicemur vacuum Romanis varibus Aedem.

TERTULLIANVS⁵⁶⁾ Capitolium omnium Deorum templum fuisse asserit; *Capitolium, inquit, omnium daemonum templum est, in eoque iura civilia et artes liberales docebantur*⁵⁷⁾. Ludos etiam Capitolinos ibidem habitos fuisse, testantur Veteres⁵⁸⁾; hinc non facile locus fuit Romae, qui tanto hominum concursu quotidie celebraretur, quam Capitolium; nec facile quisquam deprehendebatur, qui non in illud ascenderet. Haec sine dubio causa est, quare Jcti Romani, cum speciem ultimae voluntatis proponere volunt, a facto hominis saepe obvio pendentis, exemplum plerumque ab *ascensione Capitolii* sumere soleant⁵⁹⁾. Quaerebatur igitur, ut in viam quasi e diverticulo redeamus, quaerebatur inquam, utrum valeat, si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: *Si Titius in Capitolium ascenderit?* Dubitari omnino poterat. Quid etenim interesse videtur, utrum testator scripserit,

si

51) Lib. III. Carm. 30. v. 8. 9. Vid. IVST. RYCOQVIVS de *Capitolio Rom.* Ev. OTTO in *Comm. ad Instir.* §. IV. I. de verb. obligat. p. 416. (ed. Harpprecht.) IAC. GOTHOFREDVS in *Comm. ad L. 3. Cod. Theodof. de studiis liberal. urbis Rom.* Tom. V. p. 229.

52) In *Chronico, in Commodio An.* 189.

53) Lib. VII. cap. 16.

54) *Sermon. I. Satyr. 10. v. 38.*

55) Lib. II. Epist. 2. v. 92 - 94.

56) De *Spektaculis*, vid. PANZIROLIVS in *Noritam dignitarum utriusque Imperii Sect. II.* p. 171.

57) L. ult. *Cod. Theod. de stud. liberal. urbis Rom.* NARDINVS in *Roma vet.* Tom. IV. Thes. Graeviani pag. 1222. et BORRICHIVS in *antiqua urbis Romae facie.* Ibid. pag. 1550.

58) LIVIVS l. V. c. 50. STATIVS *SYLV.* lib. III. *Ast. V. v. 31. lib. V. Ast. III. v. 231.* IAC. GVTHERICVS de *vet. iure pontificio* lib. III. c. 18.

59) Exempla praebent l. 6. l. 59. §. 5. l. 67. D. de *hered. instir.* l. 7. 11. 29. et 52. D. de *condit. et demonstrat.* l. 108. D. de *legat. 1.* l. 17. D. de *manum. testam.* §. 4. l. de *Verb. Oblig.*

si Titius in Capitolium ascenderit, an, si Titius voluerit? Nonne enim in Titii potestate positum est, utrum ascendere capitolium velit nec ne? et nonne itaque sic eius ab arbitrio dependet, utrum ascendendo in Capitolium, velit Sempronium heredem efficere, an hoc omittendo eundem excludere? Atquin tradiderunt veteres, *ne testamentorum iura alieno ex arbitrio pendeant*, ergo prima facie maxime conveniens videri potest, institutionem heredis sub conditione, *si Tertius in Capitolium ascenderit*, non magis valere posse, quam si conditio illa adscripta fuisset, *si Tertius voluerit*. Sed nihilo tamen minus in alia omnia discedit Jctus. Haud inutilem esse talem heredis institutionem putat, quae facta est sub conditione: *si Titius in Capitolium ascenderit*. Quam eandem sententiam quoque amplectitur MODESTINVS⁶⁰) in ea specie, cum alicui ita legatur: *Titio decem do lego, si Maevidius Capitolium ascenderit*, quod utile legatum arbitratur, *quamvis in arbitrio Maevidii sit, an Capitolium ascendat, et velit efficere, ut Titio legatum debeat*; non tamen poterit, statim MODESTINVS subiicit, aliis verbis utiliter legari, *si Maevidius voluerit, Titio decem do*. Et recte omnino suppetunt enim diversitatis rationes inter utramque hanc conditionem, quas subtili animo, sed more veterum Jctorum paucissimis verbis, hic complexus est POMPONIVS, inquiens, *quamvis non alias heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii; quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio*. Quodsi igitur ex his Jcti verbis iusto brevioribus differentiae rationem, quae utramque intercedit conditionem, plenius excutere et enucleare volumus, videmus illam in eo poni, quod conditio: *Si Titius in Capitolium ascenderit*, non in expressam et meram eius voluntatem conferat heredis ius, acquirendi hereditatem, sed in eam, quae cum facto est coniuncta, quod alter suscepturus est; cum e contrario conditio: *si Titius voluerit*, faciat, ut hereditatis acquisitio a mera alterius voluntate pendeat. Quamvis vero heredis institutio sub conditione, *si Titius Capitolium ascenderit*, tacite etiam in tertii arbitrium collocata videatur, quia factum ascensionis; a quo effectum eius pendere voluit testator, in potestate Titii sit repositum; sufficit tamen, quod scriptura non sit expressa voluntas Titii, quod sit in altera specie, *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*. Sed obiicit, eandem esse expressi ac taciti vim. Verissime omnino, sed multas huius regulae dari exceptiones, egregie, ut nemo haecenus, ostendit

60) L. 52. D. de condit. et demonstrat.

JOS. AVERANIVS⁶¹). Eandem vero regulam praecipue in ultimis voluntatibus fallere, uterque POMPONIVS et MODESTINVS non solum affirmant, sed et iisdem hinc formulis tanquam illustrioribus exemplis corroborant. *Quaedam, inquit POMPONIVS, in testamentis si exprimentur, effectum nullum habent: quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa: et momentum aliquod habebunt*. Et MODESTINVS idem exprimit his verbis: *Nonnumquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obsutura, hancque regulam illustrat exemplo legati, sub conditione, si Maevidius voluerit, et si Maevidius Capitolium ascenderit, alicui adscripti, et utriusque diversitatem ostendit*. Exinde regulam deducit JOSEPHVS AVERANIVS⁶²): *Si diversa inter se ac dissimillima contineant expressum ac tacitum, non possunt eandem vim atque effectum habere; simulque utriusque conditionis si voluerit, et si in Capitolium ascenderit, differentias iuxta MODESTINI mentem hac occasione egregie exponit*. Illa, inquit, *coninet meram voluntatem: haec factum ascendendi in Capitolium: illa impletur statim ac Maevidius voluerit, haec etiamsi maxime voluerit, tamen impleta non est, nisi Maevidius ascenderit in Capitolium*. *Illud legatum pendet a voluntate Maevidii, hoc a facto ascendendi*. Propterea hoc valet, illud est inutile. Adde, quod ne quidem semper ipsum ascensionis factum in sola voluntate tertii positum esse videatur; quid enim, si vel religio vel muneris ratio vel alia causa istam flagitaret ascensionem? Immo quoque, ne ascendat, multa in causa esse possunt; potest morbo impediri; distineri negotiis, vel, dum piget illum ascendere, et procrastinat, mori, quale exemplum adfert PAPINIANVS⁶³). Tandem et illud utramque conditionem luculenter a se invicem distinguit, quod conditio, *si voluerit*, non nisi a tertio sciente et volente impleri possit; cum e contrario *conditio ascendendi in Capitolium* solo facto, etiam ab eo, qui ignoravit conditionem, impleri possit, siquidem talis conditio in casum collata censeatur, ut recte animadvertit GONZALEZ TELLEZ⁶⁴). Valet itaque heredis institutio, quae non expresse sed oblique tantum atque tacite in arbitrium alterius, veluti conditio, collata est, cuius eventus a facto pendet, quod alter ille suscepturus est, et conditio talis solum efficit,

61) *Interpret. iuris. Tom. I. lib. III. cap. 30.*

62) *pag. 509. sqq.*

63) *Cir. loc. n. 9. p. 511.*

64) *L. ult. ff. de condit. institur.*

64) *In Commentar. in singulos textus V. libror. Decretal. Tom. III. lib. III. tit. 26. ad cap. XIII. X. de testam. n. 4. pag. 449. (edit. Lugd. Bat. 1715. f.)*

ut si tertius factum haud susceperit, atque, antequam e. gr. Capitolium ascendat, decefferit, heredis institutio corruat; ubi autem factam illud susceperit, ita valeat heredis institutio, tanquam si conditio nulla adscripta fuisset⁶⁵⁾. Sed scrupulum hic nobis iniicit JCTUS VLPIANVS⁶⁶⁾. Is scilicet de legato differens, de eoque idem statuens, quod nos modo de heredis institutione diximus, scilicet, quod in arbitrium alterius conferri legatum, *veluti conditio*, hoc est, tacite possit; statim subiicit, *quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, mihi legetur, an, si voluerit?* haec prorsus, repugnare videntur eis, quae de utriusque huius conditionis diversa indole ex POMONIO et MODESTINO modo exposuimus. Quid igitur, pugnam VLPIANVM inter atque hosce Jurisconsultos statuemus manifestam? Statuant alii, ego certe, quo id fiat minus, omnibus intercedo lateribus. Haud immorabor quidem Glossatorum ineptiis; neque refugium in eo quaeram, quod nondum adhuc constet, quanam genuina huius legis verba sint, vulgatam enim lectionem tuetur Codicis Florentini auctoritas, eandem quoque confirmat PETRVS ab AREA BAYDOZA in editione sua Pandectarum Lugd. 1593. eandem denique probant ANT. AVGVSTINVS⁶⁷⁾, JO. ROBERTVS⁶⁸⁾, et SIEGM. REICH. JAVCHIVS⁶⁹⁾; hinc frustra animus sollicitabit, quod alios legere, *veluti conditio non potest*, HALOANDER in margine Pandectarum suarum adnotaverit. Elegantius scrupulum evellant GONZALEZ TELLEZ⁷⁰⁾, JOS. AVERANIVS⁷¹⁾ et JO. VOETIVS⁷²⁾; qui dictam L. I. ita interpretantur; VLPIANVM scilicet illo loco docere voluisse, legatum in alterius arbitrium conferri quandoque, *veluti conditionem*, posse, hoc est, eodem modo, quo confertur, aut conferri potest conditio; quae cum tacite conferatur in alienam voluntatem, si ex facto pendeat ab altero suscipiendo, nihil aliud VLPIANVS tradere voluit, quam id ipsum, quod MODESTINVS, videlicet, quod legatum tacite omnino conferri possit in alterius arbitrium, id quod evenit in conditione, *si Titius in Capitolium ascenderit*, quae, licet pendeat a Titii voluntate, non tamen vitiat legatum, quemadmodum MODESTINVS tradidit in loco supra adducto, cui minime hic contradixit VLPIANVS; Potius quia dubitari forsitan poterat, quomodo haec conditio conferatur in alterius voluntatem, VLPIANVS quam brevissime,

65) IO. VOET in Commentar. ad Pandectas Tom. II. lib. XXVIII. tit. V. §. 29. pag. 257. (edit. Colon. 1769 fol.)

66) L. I. pr. D. de legat. II.

67) lib. I. emendar. c. 3.

68) lib. H. sententiar. c. 11.

69) De negationibus Pandectarum cap. IV. num. 39. pag. 29.

70) In Commentar. in Decretal. Gregorii IX. tit. loco Tom. III. ad c. 13. X. de testam. n. 10. pag. 454.

71) Interpret. iuris lib. II. cap. 22. pag. 259. sqq.

72) In Commentar. ad Pandectas Tom. II. tit. de legatis §. 36. pag. 341.

vissime, ut solet, illud ostendit, et subiicit, nihil interesse, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an, *si voluerit?* Nihil interest scilicet quoad voluntatem Titii, quae utraque conditione continetur, non vero quoad validitatem. Hac itaque ratione VLPIANVS bene conciliari potest cum MODESTINO et POMONIO. Vlpianus nimirum aequiparare solum voluit has conditiones quoad legandi modum, ut ostenderet, in utraque conditione apparere terti arbitrium; cum e contrario Pomponius et Modestinus has conditiones inter se componant quoad validitatem et effectum, cuius intuitu inter utramque hanc conditionem multum, uti supra vidimus, interest.

§. 5.

Visiones STRYCKII dilucidantur.

Sed sunt aliae praeterea limitationes, quas hoc loco in medium proferre solent Doctores, in quibus regulam, quae heredis institutionem in aliena voluntate poni vetat, locum non habere arbitrantur. Recensent eas CASP. MANZIVS⁷³⁾, GONZALEZ TELLEZ⁷⁴⁾, et SAM. STRYCKIVS⁷⁵⁾. Nos in praesenti eas solum brevissime expendemus, quas protulit STRYCKIVS. Is scilicet primum hic quaestionem proponit, *annon testator tertio cuidam committere possit, ut eius vice ultimam voluntatem conficiat, et Caium heredem instituat?* et affirmandam esse putat hanc quaestionem, quia, cum testator iusserit, ut scriptor testamenti Caium heredem institueret, institutio in ipsius arbitrium minime est collata, sed ex praescripto testantis perficitur. Recte quidem Beatus STRYCKIVS! et vere; quem enim vel ipsa non docuit Romana antiquitas, testamentis etiam condendis scribendisque frequenter iam olim adhibitos fuisse Jureconsultos? Tanta eo in genere iam CICERONIS aetate⁷⁶⁾ erat Scaevolae auctoritas, ut nullum fore testamentum recte factum, nisi quod iste scripserit, arbitrarentur. Et Lucius Titius penes SCAEVOIAM lib. 3. Responforum⁷⁷⁾, tanquam inusitatum et incognitum quid in suo testamento adnotat, quod illud scripserit *sine ullo iurisperito*. Sed quotus quisque est, qui non intelligat, istam visionem STRYCKII extra nostrae disputationis aleam esse positam, cum hoc in casu heredis institutio arbitrio tertii haud permittatur, et testamentum, quod testatoris vice et iussu scriptum, perinde habeatur, ac si a testatore ipso esset confectum, modo testator praefens postea ea peragat ipse, quae ad formam testamenti externam et fidem eius requiruntur, totum enim testandi actum tertio committere, iuris scripti ratio pro-

C 2

73) De testamento valido et invalido Tit. VI. XVI. §. 26. sqq. pag. 588. sqq. Quaelst. 24.

76) CICERO de Oratore lib. II. c. 6. Adde SERTONIUM in Nerone. esp. XXVII.

74) c. I. pag. 449.

75) In Tract. de causis testamentorum Cap.

77) L. 88. §. ult. ff. de legatis II.

prohibet⁷⁸⁾. Sed idem beatæ memoriæ STRYCKIUS⁷⁹⁾ aliud deinde cautionis remedium suppeditat contra regulam prædictam. „Cum haud raro, inquit, testatoris interesse possit, ut tertii arbitrio constituatur heres, utpote de quo fiduciam habet, illum rebus testatoris quam optime consulturum, heredemque magis idoneum electurum, quam ipse testator facere posset; pro cautela servabit, ut tres vel quatuor personas exprimat, posteaque subiiciat: *ille heres esto, quem Maevius ex his elegerit*. „Rationem hanc addit. “ Ex certis enim personis electio committi poterit tertio, arg. L. 46. §. *fn D. de fideic. libertat.* quia hoc in casu in alterius voluntatem non confertur principalis testamenti dispositio, sed tantum alteri committitur electio; „Simile quid statuit GONZALEZ TELLEZ⁸⁰⁾: Adhuc tamen, inquiens, supra tradita doctrina, videlicet institutionem heredis in extraneam voluntatem poni non posse, limitanda est, cum non ipsa constitutio, sed electio heredis ponitur; veluti cum testator dicit: *Instituto heredem unum ex consanguineis, quem Titius elegerit*. Additque præter L. 46. a STRYCKIO allegatam, in primis L. 17. §. 1. L. 24. L. 77. §. 4. et 25. D. de legat. II. et L. 7. §. 1. D. de reb. dub. Equidem legum istarum argumento sententiam hanc defendi posse, vix habeo, quod dubitem. Quamvis enim haud diffitear, adductas leges solum de fideicommissis differere, in heredis ipsius electione positus, cuius ex pluribus personis certis præstare illa velit heres; putaverim tamen, cum JOSEPHO AVERANTIO⁸¹⁾, a vero me haud aberrare, si his ex legibus principium deducam, scilicet valere incertam dispositionem, quotiescunque per electionem, alicui a testatore concessam, certa fieri potest; propterea quod hoc in casu non in meram alterius voluntatem heredis institutionem contulit testator, sed tertii arbitrium ad certas personas adstrinxit, e quibus electio heredis fieri debeat. Quod si itaque tertius hic eligit, res in expedito est, et per electionem tertii suprema defuncti voluntas exitum invenit, facta tamen electione, ille variare, eamque revocare amplius non potest, ex quo enim munere sibi demandato functus est, illud expirat. Sed quid? si tertius non elegerit, vel quia morte præpeditus est, vel quia noluit? Dubitatur, utrumne sic inutilis fiat huiusmodi institutio? Minime vero; potius, ut sic nemo defraudetur a commodo testatoris, omnes admittendos esse censet GONZALEZIVS, ex quibus electio fieri debuit. Omnino pro hac sententia stabienda faciunt, si quid video, VLPANI⁸²⁾ verba, qui lib. 2. *Fideicommissi*:

78) L. 9. Cod. de testam. L. penult. ff. qui testam. fac. possunt. L. 21. Cod. de testam. TRECKEL de orig. atque progressu Testamenti fact. apud Rom. Cap. III. §. 55. pag. 161. et IO. GER. SCHLITTE Diss. 1. de negotiis in persona propria explicandis, Cap. II. Sect. II. §. 13.

79) cit. loco. §. 27. pag. 589.

80) l. add. pag. 449.

81) Interpretat. iuris. lib. IV. cap. 13.

82) L. 24. ff. de legat. II.

commissorum, sequentem speciem tractat. Cum quidam ita fideicommissum reliquisset, Rogo restituas libertis meis, quibus voles: *Marcellus putavit, posse heredem et indignum præferre. At si ita, his quos dignos putaveris; petere posse ait eos, qui non offenderint. Idem ait, si neminem eligat, OMNES ad petitionem fideicommissi admitti videri, quasi iam præsentis die datum, cum sic relinquatur, quibus voles, nec ulli offerat.* Similem speciem proponit, et eadem ratione decidit PAPINIANVS⁸³⁾: *Rogo fundum, inquit, cum morieris, restituas ex libertis, cui voles, Quod ad verba attinet, ipsius erit electio: nec petere quisquam poterit, quam diu præferri alius potest. Defuncto eo, priusquam eligat, petent OMNES.* Sed dixerit quispiam, hoc adversari testatoris voluntati, qui non omnibus, sed uni e libertis, quem heres elegerit, restitui fideicommissum voluit? Omnino, inquit PAPINIANVS, *ita eveniet, ut, quod uni datum est, omnes petant, quod non omnibus datum est, sed, ut MARCELLVS penes VLPIANVM in loco ante adducto arbitratur, cum fideicommissum ita relinquatur, ex libertis, cui volueris, voluntas hæc ita interpretanda videtur, nisi offerat, cui heres velit, competere omnibus petitionem, ut scilicet exitum habeat supremum defuncti iudicium, quod publice expedit⁸⁴⁾, et ipsius testatoris interesse præsumitur, qui, cum neminem ipse elegerit, æquali omnes amore censetur dilexisse. Sed quid? si testator ita disposuerit, *ille consanguineorum meorum hereditatem meam habeto, quem Titius in doctrina maxime excellere, aut quem is omnium maxime hereditate dignum putaverit?* unusquisque intelligit, in isto quidem casu, Titio haud eligente, non omnes petituos esse hereditatem, quos defunctus reliquit consanguineos, potius ad prudens iudicis, tanquam boni viri, arbitrium res redigi debet, qui aestimabit, quem is vel ob doctrinæ gloriam vel aliis de causis hereditate dignissimum iudicaverit. Id quod et eo in casu obtinere, non sine ratione statuunt Doctores⁸⁵⁾, si forsitan tot sunt istorum consanguineorum, ut si omnes admitterentur, electio non facta, res elusoria et vana esset; quo casu non nisi dignissimos admittet iudex, ne hereditate ad minimas portiones redacta, defuncti eludatur iudicium, et illud quoque satis conveniens eo in casu videtur testatoris intentioni, nam, ut recte philosophatur SENECA⁸⁶⁾, *ubi mors intercluserit omnia, quaerimus dignissimos, quibus nostra tradamus.**

C 3 §. 6. modo testatoris. Vid. FM. MERILLVS in Expositionib. in L. Decis. Iustiniani. N. XXXIX. pag. 109. (edit. Neapol. 1720. 4.)

85) DIDAC. COVARRUV. & LEYVA ad cap. XIII. X. de testam. n. 14. in eius Operib. Tom. I. p. 55. CASP. MANZIUS de testam. valido et invalido Tit. VI. Quæst. 24 n. 7. MANTICA de coniectur. ultim. volum. L. III. T. I. n. 21.

86) de Beneficiis Lib. IV. cap. 11.

83) L. 67. §. 7. D. de legat. et fideicommiss. II.
84) L. 5. D. testam. quemadm. aper. Nov. I. Praef. §. 1. et cap. I. §. 4. Ex eodem decisionis fonte profluxisse credo l. 4. C. de verb. et rer. significat. ubi IUSTINIANUS heredis institutionem: *ille aut ille mihi heres esto*, ita accipi iubet, ut videatur copulativo modo esse prolata. Ambo igitur veniant aequa lence ad hereditatem, ut sic nemo defraudetur a com-

Limitatio a PETRO FRANC. LINGLOIS regulae praedictae adiecta.

Omittimus reliquas limitationes, quas Doctores adducti doctrinae supra traditae ex iure Romano haec adicere adhuc solent, cum causam nostram proxime haud attingant. Id tamen silentio praeterire haud possumus, quod legimus apud PETRYM FRANCISCVM LINGLOIS⁸⁷⁾. Is scilicet regulam, iuxta quam ab alieno arbitrio pendere non debeat heredis institutio, speciatim quoque inflecti putat in testamentis ad pias causas, ut si testator aliquod genus hominum instituisset, pauperes puta, aut alios auxilio indigentes, quos Titius elegerit; aut si quis totam suam substantiam reliquisset Ecclesiis aut Ptochotrophis, ita tamen, ut a Titii solius arbitrio pendere debeat, quibus ille ecclesiis aut ptochotrophis bona velit distribuere, valet eiusmodi institutio, neque respicienda est, licet nulla certi ptochotrophii vel certae ecclesiae nominatio a testatore facta, sed determinatio eius alieno arbitrio relicta sit, idque pietatis intuitu receptum est. Hoc autem in casu res ita se habet. Si tertius pium illud mandatum suscipit, poterit pauperibus vel ecclesiis res defuncti distribuere, quibuscunque velit; sin vero is non elegerit ipse, institutio idcirco non corrumpit; nam *id, quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non, ut incertis personis relictum, evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat*, sanciverunt Imp. VALENT. et MARGIANVS⁸⁸⁾; sed electio tunc a lege tribuitur Episcopo eius loci, ubi testator domicilium suum habuit tempore mortis, qui tunc pauperibus aut ecclesiis bona distribuet secundum modum a lege praescriptum⁸⁹⁾.

II) De legato in alterius arbitrium collato.

Progredimur ad alteram de legatis inspectionem, quae alterius arbitrio testator submitit. Ea olim sine discrimine reprobata fuisse a veteribus Jctis, ex rationibus eorum supra cognovimus. Verum enim vero, ex quo Senatusconsulto Neroniano, cuius memoriam VLPIANUS⁹⁰⁾ nobis tradidit, cautum est, *ut, quod minus pactis verbis* (id est, conceptis et legitimis verbis) *legatum sit, perinde habeatur, ac si optimo iure legatum esset*; benignior sensim invaluit circa legantium voluntates

Jctorum

87) in L. Decisionibus Iustiniani cit. Decis. quaest. 2. num. 2 pag. 326.

88) L. 24. Cod. de Episc. et Cleric.

89) L. 28. et 49. Cod. eodem. AVERANIUS in Interpretat. iuris lib. IV. c. 13. n. 7. Penes Protestantes haec cura et executio piarum dis-

positionum spectat ad Consistoria, V. BOEMERUS Ius Eccles. Prosest. Tom. II. lib. III. Tit. 26. §. 31 et 32.

90) In Fragm. tit. XXIV. §. 11. apud SCHULTINGIUM in iurispr. vet. antejust. p. 652.

Jctorum interpretatio, adeo, ut, si VLPIANUS⁹¹⁾ iam sua aetate *per omnia exaequata esse legata fideicommissis*, dicat, sint, qui haec ita intelligant, atque si dixisset, varias legatorum species et conceptas de iis formulas iam suo aevo in tantum fuisse sublatas, ut ad legatum etiam tunc suffecerit sola voluntatis declaratio, ut suffecit in fideicommissis, et reliqua, quae in fideicommissis erant pinguiora, ad legatorum naturam, alioquin strictam, fuisse tunc redacta, et translata⁹²⁾. Vtut se res habeat, certum est, ex eo tempore longe aliud iam statuisset iuris auctores, quorum in Pandectas fragmenta sunt relata, neque omnino omnia sine discrimine reiecit legata, quae in alterius arbitrium collata sunt. Quamvis autem hic latum ob oculos se nobis aperire campum videamus, in quem nostra exspatiari posset dissertatio, tamen, cum partim multa eo de argumento egregie iam dixerint CAR. FRID. WALCHIVS⁹³⁾, FRID. ES. PVFFENDORFIVS⁹⁴⁾, JAC. CVIACIVS⁹⁵⁾, EM. GONZALEZ TELLEZ⁹⁶⁾, et GEORG. STEPHAN. WIESANDIVS⁹⁷⁾, quamvis, quod absque carpenti animo dixerim, nequaquam omnes, quae ea de re in legibus Pandectarum occurrunt, remotae sint ab hisce Viris difficultates; partim vero ista disquisitio proxime haud respiciat *cap. XIII. X. de testamentis*, cuius solum contemplatione hic iuris civilis doctrinam praemittendam censuimus; argumentum illud, utut copiosum, tamen in praesentia rerum quasi per transfennam tantum nobis adspicere licet, accuratorem eius disquisitionem in aliud tempus dilaturis. Vt igitur iuris civilis recentioris de legatis in alterius arbitrium collatis doctrinam, prout ea benigniori Jctorum interpretatione magis exulta est, et ad iustiores revocata limites, quam brevissime possimus, ex Pandectarum fragmentis iam ob oculos ponamus, probe ante omnia

91) L. 1. D. de legatis 1. Mirum est, quantum lex ista exercuerit ingenia Interpretum, propterea quod IUSTINIANUS demum §. 3. I. de legat. gloriatur, se omnia legata ita exaequasse fideicommissis, ut nulla prorsus sit inter ea differentia. Igitur sunt, qui hanc legem Emblematis Triboniani annumerare velint, quorum e castis miror adhuc militare elegantem ICUM IANUM A COSTA in Commentar. ad §. 3. I. de legat. verb. Sed non urque, p. 293. cum minus Celebres ICti ea dudum deseruerint. Alii aliter hariolantur, quorum coniecturas et varias interpretationes qui scire cupit, is adeat CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK in Observat. iuris Rom. Lib. VII. cap. 18. Angusti praesentis tractationis limites huic controversiae immorari haud permittunt. Optime sine dubio Vlpiani legem dilucidavit FRANCISCUS DE AMAYA Observationum

iuris lib. II. c. 3. pag. 137. sqq. (Genev. 1633. 4.) Conferri tamen etiam meretur Celeb. CAR. FRID. WALCHIVS in notis ad §. 3. I. de legat. Commentario Instaur. Hoppii adiectis p. 490. et in notis ad Eckhardi Hermeneut. iuris. pag. 431. sq. et CLAUD. CHIFLETIVS de iure fideicommissorum lib. II. c. 6. p. 269. (edit. in Lugdun. 1584. 8.)

92) Sic sentit Io. ROBERTVS lib. II. Sententiar. iuris. cap. 23. sed vide contra quid dixerit CORN. VAN BYNCKERSHOECK c. l. pag. 249.

93) in Diss. de legato heredis in arbitrium collato. Jenae 1761.

94) Observat. iuris universi Tom. III. Ofs. 9.

95) Observat. lib. II. cap. 2.

96) in Comm. in Decretal. Tom. III. p. 449. §. 5. sqq.

97) in Opusculis (Lipsiae 1782. 8.) Spec. 6. pag. 62. sq.

omnia ex eo tempore distinguendum putarunt Jcti, utrum praestatio legati ipsa in arbitrium collata sit, an solum circumstantiae, sub quibus haec praestatio legati fiat, heredis aut alius sint arbitrio relictae. In casu priori legatum vel in legatarii ipsius voluntate positum est, vel heredis, seu alterius arbitrio subiectum. Si prius, certum est, valere legatum, quod testator ita reliquit: *Titio, si voluerit, do lego centum*. Confirmant hoc non solum GAIUS⁹⁸⁾, et ULPIANVS⁹⁹⁾, sed huius rei etiam illa ratio est, quod, cum in legatarii, potestate sit, agnoscere aut repudiare legatum, nec invitus ad illud accipiendum cogi possit, nihil impediatur, quominus, quod tacite inest, etiam expressa conditione relinqui possit; neque vero tamen inanis haec adiectio est, potius id efficit, ut conditionale iam sit legatum, quod, haud expressa illa conditione, purum fuisset; igitur non aliter ad heredes legatarii pertinebit, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere, qui si, antequam hanc suam de legato acceptando declarasset voluntatem, decesserit, corruet legatum. Quamvis alias, quod sine adiectione, *si volet*, legatum sit, ad heredes legatarii

98) L. 65. §. 1. D. de legat. 1. et L. 69. D. de condit. et demonstrat.

99) L. 46. §. 1. D. de fideicom. libertat. Sunt etiam, qui L. 43. §. 2. D. de legat. 1. huc trahere, et ULPIANUM, dum ibi ait: *legatum in aliena voluntate poni posse*, exponendum esse velint de voluntate legatarii ipsius, qui scilicet hic *alienus* dicatur respectu heredis; et haec medela omne penitus sublatum est: dissidium existimant, quod alioquin ULPIANUM inter atque MODESTINUM existeret, qui posterior in L. 52. D. de condit. et demonstrat. in alienam voluntatem conferri legatum posse, diserte negat. In ista sententia versantur ACCURSIUS ad L. d. 43. ANT. AUGUSTINUS *Emendat. lib. IV. c. 15.* EM. GONZALEZ TELLEZ ad c. 13. X. de testam. n. 11. Tom. III. *Commentar. in Decretal. p. 454.* DIDAC. COVARRUVIAS A LEYVA ad c. 13. X. de testam. n. 11 et 12. *Opp. Tom. I. p. 55.* et alii. Enimvero iam CHRIST. THOMASIVS animadvertit in *Diss. de captatoris institutionibus §. VI. p. 7.* maxime contortam esse hanc interpretationem, neque est, quod refrager, quamvis in eo quidem exemplum hic adesse doleat; antinomiarum in iure nostro, et testimonium miseriae eius, cum saepe enim, tum etiam hoc loco comperi, verum esse, quod IUSTINIANVS praemonet in *Constitut.*

de confirmat. *Digestor. §. 15. contrarium aliquid in Pandectis positum nullum sibi locum vindicare, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet.* Deinde vero ista etiam consideratio à THOMASIVS sententia me absteruit, quod MODESTINUS sit ULPIANI discipulus, qui, quantum ab ore Praeceptoris sui pependerit, eiusque sententiae adhaerit, ostendunt L. 52. §. 20. D. de furtis, et L. 53. D. de condit. et demonstrat. Vid. HENR. BRECKMANN in *Diatr. de Evrematicis sive in Herennii Modestini librum singularem regi eucymatium Commentar. cap. 10.* (Lugd. Bat. 1706.) Nemo diffiteri quidem potest, ULPIANUM in d. L. 43. §. 2. loqui de mera voluntate tertii extranei, hanc enim ista formula exprimere moris fuit Jctis, ceu patet ex L. 52. D. de condit. et demonstrat., neque tamen idcirco est, quod vel cum THOMASIO pugnam Ulpianum inter et Modestinum statuamus manifestam, vel, de qua Ulpianus dixit, *alienam voluntatem* de legatarii ipsius voluntate intelligamus. Superest alia via, quam STRYCKIVS ostendit in *Tr. de cautelis testament. cap. XX. §. 5. pag. 784.* et hanc nos quoque inibimus, et magis inuenimus, ut patebit infra. Haud satisfacit hac in re Doctissimus WIESANDIVS in *Opusc. cit. loco. p. 62. sqq.* neque arrisit CUPACII interpretatio in *lib. 11. Observat. cap. 2.* quidni autem? alia occasione demonstrabimus.

legatarii transmittitur. *Aliud est enim*, inquit GAIUS¹⁰⁰⁾, *iuris, si quid tacite continetur, aliud, si verbis exprimitur.* Quodsi vero non in legatarii ipsius voluntate positum est legatum, sed arbitrio heredis vel alterius relictum, iterum distinguendum esse praeceperunt Jcti, utrum praestatio legati directe et expresse heredis vel alterius arbitrio subiecta sit, an vero implicite tantum atque tacite in heredis vel alterius arbitrium sit collata. Quoad casum posteriorem praemonendi sunt lectores, legatum variis modis tacite conferri posse in alterius arbitrium. Primum quidem hoc modo: *Lego Titio centum, nisi Caius voluerit; sive; Titio, nisi heres meus voluerit, decem dari volo.* qualem speciem tractat ULPIANVS¹⁾. Eiusmodi vero legatum seu fideicommissum haud inutile esse, idem tradit Jureconsultus, sed valere *quasi conditionale fideicommissum, et primam voluntatem exigere*, hoc est, ut quam primum declararet heres, utrum praestare velit legatum, nec ne: *ideoque*, pergit Ictus, *post primam voluntatem non fore arbitrium heredis dicendi, noluisse*; id est, si heres semel dixerit, se velle legatum praestare, aut saltim non repugnaverit, cum primum potuit, conditio ademptionis cessat, et legatum debetur; quia eiusmodi legata non, nisi facto contradictionis accedente, legatario adimantur. Hinc si heres moriatur, priusquam declaraverit, se praestare nolle legatum, non amplius erit arbitrium heredibus eius, contra dicendi, potius legatario iam perfectum ius erit, legatum percipiendi. Et idem quoque obtinebit, si conditio, *nisi noluerit*, alienae personae fuerit iniuncta, hoc enim in casu debetur legatum, *si tertius ille non contradixerit, non repugnaverit, cum primum poterit*, ut recte hanc formulam interpretatur JOS. AVERANIVS²⁾. Ex hoc vero simul intelligitur, legatum sub conditione, *nisi heres noluerit*, aut, *nisi Caius voluerit*, alicui relictum esse tale legatum, cuius praestatio non directe quidem, at vero tamen tacite seu implicite in arbitrium confertur. Sed quid est, cur *quasi conditionale* illud vocet ULPIANVS? Rationem dicit PAVLVS³⁾: *Quod pure datum est, inquit, si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur.* Atqui si legatum ita relictum est, *nisi heres noluerit*, conditio haec ita comparata est, ut ab ea non tam legati constitutio, quam eius pendeat ademptio, et hinc est, quod illud *quasi conditionale* ab ULPIANO appelletur. Porro tacite confertur legatum in alterius arbitrium, si praestationem eius ab heredis vel alterius facto quodam sive suscipiendo sive omittendo veluti con-

100) L. 65. §. 1. D. cit.

1) L. 11. §. 5. D. de legat. et fideic. III.

2) Interpretat. iuris lib. II. c. 22. n. 7. Vide quoque ARN. VINNIUM lib. II. *select. quaest. c. 25.* Io. ROBERTUM lib. III. *sententiar. receperat.* et Jos.

FERNANDEZ DE RETES lib. IV. *Opusc. Tom. VI. Thesauri Meermann p. 209.*

3) L. 6. pr. D. quando dies legator. adde L. 14. D. de adim. et transf. legat.

ditionem pendere voluit testator, et tali quidem, quod in potestate eius positum est, cuius personae est adscriptum. Huius generis **MODESTINVS**⁴⁾ hoc exemplum adfert: *Titio decem do lego, si Maevius capitolium ascenderit, et PAVLVS*⁵⁾ hanc speciem habet: *si ita legatur, heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit*; hocque utile legatum esse pronunciat, quamvis in potestate eius sit ascendere vel non ascendere; sufficit enim, quod, ut in simili specie **POMPONIVS**⁶⁾ dixit, *scriptura non sit expressa voluntas heredis vel tertii*, ut alias rationes silentio hic omittam, quas supra §. 4. exposui. Ex hisce itaque, in medium quae protuli, exemplis simul manifestum est, valere legatum, quod tacite tantum et implicite in heredis vel alterius arbitrium, veluti conditio, collatum est, id quod etiam confirmat **ULPIANVS**⁷⁾: *in arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditionem, posse, expresse asserens, quem locum supra explicavimus.*

§. 8.

Continuatio.

Quodsi nunc autem praestatio legati directe et expresse heredis vel alterius arbitrio submissa sit. plurimum omnino tunc interesse existimant Romani Prudentes, utrum in *merum* et *plenum* eius arbitrium collatum sit legatum, an vero ei, quasi viro potius bono, illud commissum sit. Huc pertinent sequentia, quae in Pandectis supersunt, Jctorum fragmenta:

ULPIANVS lib. 2. Fideicommissorum⁸⁾.

Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur, si volveris, tamen si ita adscriptum fuerit, si fveris arbitratvs, si pvtaveris, si aestimaveris, si utile tibi fverit visvm, vel videbitvr, debetur: non enim plenum arbitrium voluntas heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum.

IDEM lib. 5. Disputationum⁹⁾.

Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum, si aestimaverit heres, si comprobaverit, si iustum pvtaverit: et legatum et fideicommissum debetur; quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.

IDEM lib. 6. Disputationum¹⁰⁾.

Quodsi ita scriptum sit, si heres volverit: non valebit (sc. legatum). Sed ita demum, si totum in voluntate fecit heredis, si ei libuerit. Caeterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur. Nam et eam libertatem deberi placuit,

4) L. 52. D. de condit. et demonstrat.

5) L. 3. D. de legatis II.

6) L. 68. D. de hered. instituent.

7) L. 1. pr. D. de legat. 2.

8) L. 11. §. 7. D. de legat. 3.

9) L. 75. princ. D. de legat. 1.

10) L. 46. §. 3. D. de fideicommiss. libertat.

placuit, si tibi videbitvr, peto manmittas, ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur. Nam et ita relictum, si voluntatem meam probaveris, puto deberi. Quemadmodum, si te merverit quasi virum bonum, vel si te non offenderit quasi virum bonum, vel si comprobaveris, vel si non reproboveris, vel si dignum pvtaveris.

Haec fragmenta **ULPIANI** quidem de legato solum in heredis arbitrium collato loquuntur, sed non desunt etiam, quae de legatis in *alienum* i. e. extranei arbitrium collatis differunt, quae qualia sunt, in medium iam proferemus. Sunt autem sequentia:

MODESTINVS lib. 7. Differentiarum¹¹⁾.

Non poterit utiliter legari, si Maevius volverit, Titio decem do. Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest.

ULPIANVS lib. 21. ad Sabinum¹²⁾.

Legatum in aliena voluntate poni potest: in heredis non potest.

IDEM lib. 6. Disputationum¹³⁾.

Si ita adscriptum sit si seivus volverit, Stichum liberum esse volo: mihi videtur posse dici, valere libertatem: quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit.

IDEM lib. 9. ad Sabinum¹⁴⁾.

Cum ita legatum sit, pupillo, sive pupillae, Arbitrio tutorum, neque conditio inest legato, neque mora; cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi: quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii.

His ex Fragmentis primum perdiscimus, unde hoc discrimen agnoscere possit, utrum videlicet a testatore heredis vel alterius plenum arbitrium electum, an ei, quasi viro potius bono, legatum sit commissum; scilicet ex ipsis verbis id cognoscitur. Quodsi nimirum testator formula: *si heres volverit*, sive, *si Maevius volverit*, sive, *si libuerit heredi*, (er wolle es ihm in seinen freyen Willen stellen) usus est; apparet, legatum in meram heredis vel alterius extranei voluntatem esse collatum. Quodsi vero verbis usus est: *si fuerit arbitratus* (sc. heres, vel alter nescio quis extraneus); *si putaverit*; *si aestimaverit*; *si comprobaverit*; *si iustum putaverit*; *si utile ei fuerit visum*; *si ei videbitur*; *si legatarium dignum putaverit*; (wenn er es vor gut befinden würde; wenn er es vor rathsam; vor billig hielt; wenn er glaubte, daß der legatarius

D 2

es

11) L. 52. D. de condit. et demonstrat.

13) L. 46. §. 2. D. de fideicommiss. libertat.

12) L. 43. §. 2. D. de legat. 1.

14) L. 1. §. 1. D. de legat. 2.

es veridicte; wenn er es seinem Ermessen nach bedürfte; oder wenn er glaubte, daß es bey dem legatorio angewendet seyn würde;) indicio est, testatorem legatum in heredis seu alterius, quasi viri boni, arbitrium commississe. Id quod in dubio praesumendum esse VLPIANVS tradit; si testator saltim verbo *arbitrii* (Ermessen, Gutbefinden) usus fuerit. Deinde his ex fragmentis intelligimus, in eo quidem omnia esse concordia, quod legatum debeatur, in heredis vel alterius extranei, tanquam in viri boni, arbitrium collatum. Quodsi enim factum fuerit, heres vel tertius, cuius arbitrium electum, munus viri boni ita, ut testator optavit, praestare, eiusque desiderio, uti ipsa aequitas iubet et bona fides, satisfacere debet. Is enim est vir bonus, qui, ut CICERO¹⁵⁾ pulcre imaginem eius exprimit, *nihil cuiquam, quod in se transferat, detrahit, potius prosit, quibus possit, noceat nemini*. Igitur summo studio id aget, ut spem testatoris expleat, turpemque impietatis et invidiae suspicionem evitet. Quodsi igitur ipsa legati praestatio in heredis, quasi viri boni, arbitrio posita est, is etiam viri boni partes adimplere debet, cumque illi nunquam hac in re sui compendii, sed solius aequitatis rationem habere liceat, dispiciet, num aequum sit, an potius iniquum et inutile, legatum solvere, et si ex sententia viri boni aequa videatur legati praestatio, heres, etiam si invitus, solvere debebit, si recuset, iudicis officio adigi poterit ad voluntatem defuncti adimplendam. *Non enim spectandum, inquit SCAEVOLA¹⁶⁾, quod heredibus displiceret, sed id, quod viro bono posset placere;* quo nomine, ut recte inquit B. BRISSONIVS¹⁷⁾, *quilibet iustus, aequus, et prudens consideratusque paterfamilias* accipiendus est. Qui enim ita se gerunt, ita vivunt, ut eorum probetur fides, integritas, aequitas, liberalitas; nec sit in eis ulla cupiditas, vel libido vel audacia, hos; ait CICERO¹⁸⁾, *viros bonos*, ut habiti sunt, sic etiam appellandos putamus. Et idem quoque obtinebit, si tertius, cuius arbitrium electum, absque iusta causa praestationi legati obnitatur, vir bonus iniquae contradictioni eius haud relinquet locum. *Posthaec* vero Fragmenta adducta illud quoque extra omnem dubitationis aleam ponunt, quod inutile legatum sit, in meram heredis voluntatem collatum. In hoc igitur illibata mansit iuris antiqui regula, neque etiam sine ratione. Nulla etenim obligatio conferri potest in voluntatem debitoris¹⁹⁾, cum hoc repugnet naturae ipsius obligationis, quae quippe necessitate debet adstringere debitorem²⁰⁾. Atqui hereditatis

15) de Officiis lib. III. cap. 19.

16) L. 41. §. 4. ff. de fideicommiss. libertat.

17) de Verb. Signifi. v. bonus vir.

18) in Laeko cap. 5.

19) L. 8. ff. de Obligat. et action. L. 17. D. de Verbor. Obligat. L. 46. §. 3. et L. 108. §. 1. D. eodem.

20) Princ. I. de obligat. L. 3. ff. de obligat. et action.

reditatis aditione heres legatariorum fit debitor quasi ex contractu. Ipse testator quoque, ut recte inquit GAIUS²¹⁾ heredem obligare cogitat, cui iniunxit legati praestationem; quodsi vero in eiusdem voluntate simul collocaverit hanc necessitatem, utrum scilicet praestare legatum velit, nec ne; quotus quisque adeo tunc hebes est, qui harum rerum repugnantiam non videat?

§. 9.

MODESTINVS et VLPIANVS conciliantur.

Sed maiores in difficultates delabimur, si ad legatum, in meram tertii seu extranei collatum voluntatem tandem accedimus; non leve enim hic dissidium subesse videtur inter MODESTINVM atque VLPIANVM, quorum prior legatum in alienam voluntatem conferri posse negat, posterior affirmat, quin immo alio loco, quem etiam supra in medium protulimus, non solum hanc suam sententiam exemplo illustrat, *Si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, et hanc quidem libertatem valere putat, sed eandem etiam rationibus corroborat; primum enim, inquit, tertii voluntas veluti conditio adscripta videtur, quae, si tertius voluntatem suam de legato praestando declarat, existit, sin secus, deficit; deinde argumentum duci posse existimat a legato sub conditione, *si Titius Capitolium ascenderit*, alicui relicto, hoc etenim valere nullum dubium est, cum tamen a voluntate tertii perinde pendeat, utrum capitolium ascendere velit, nec ne. Multum sudavit et alit Interpretum cohors in tollenda hac pugna, quam inter VLPIANVM atque MODESTINVM hic adesse conclamarunt, ut breviter supra tetigi in nota 99. §. 7. Temporis et scripturae nostrae angustiae haud patiuntur, ut variis Doctorum interpretationibus heic recensendis ac trutinandis immerer praesertim cum nulla ita comparata sit, ut omnem eximat scrupulum; igitur, omnibus omissis Interpretum traditionibus, de quibus alio loco disputandi dabitur occasio, in praesens tantum, quid mihi ea de re videatur, equidem dicam, et dicam quidem, quam brevissime potero. Non credo autem, VLPIANVM, ut vel maxime videatur, regulam a MODESTINO prolatam penitus subvertere voluisse. Habeo, haud minimi profecto momenti, argumenta, quae, quam id recte statuam, omnino ostendunt. Primum quidem illud per mihi mirum videtur, quando cerno, qua dubitatione, quanta haesitatione, et quo verborum anfractu VLPIANVS in quaestione proposita, utrum valeat libertas, sub conditione, *Si Seius voluerit, Stichus* adscripta, respondeat: *mih i videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est*. Quamvis enim libertatis favore sententiam suam

D 3

tueri

21) L. 7. §. 1. D. de reb. dub.

tueri facile potuisset, cum multa sint hoc nomine contra receptas regulas et iuris rigorem pro libertate introducta²²⁾; tamen, quasi non sufficiat solus libertatis favor, — fuerunt enim non e Sabini solum sed et e Proculi Schola Jureconfulti, qui veterum Regulis inhaerentes, parum favebant libertatibus, et quos eisdem pro Jure stricto contra libertatem saepe respondiisse, sciebat VLPPIANVS²³⁾, quibus certe solus libertatis favor haud sufficiens fuisset visus ad inflectendam rationem iuris: — quaerit adminicula, quibus fulciat sententiam suam, videlicet quod voluntas aliena sit adiecta tanquam conditio, tanquam aliquis eventus, tanquam aliquod factum. Quibus perpensis, credendum est, VLPPIANVM in alio legato, tanto favore non digno, multo aliter profecto responsurum esse. Nam si alia quoque legata recte conferrentur in alienam voluntatem, quis de libertate posset dubitare? Quae amentia esset, si haesitaret in legato libertatis ille, qui in aliis legatis sine haesitatione responderat, posse in alterius arbitrium conferri. Quae igitur si consideras, non dubitamus, te nobis facilem esse futurum, si VLPPIANVM nequaquam generaliter id a se dictum voluisse existimemus, quod *lib. 21. ad Sabinum* tradit, scilicet *legatum in aliena voluntate poni posse, in heredis non posse*. Jam rethorum e Scholis perdiscimus, saepe, quae *κατά τὴν* proferuntur, vera non esse, nisi *κατὰ τὴν* accipiantur. Neque aliter etiam sapiunt veteres Romanorum Jureconfulti, apud quos locutiones generales, ne falsae sint, saepe sunt restringendae ad certas tantum species²⁴⁾. Igitur et VLPPIANI effatum, ut generaliter prolatum, tamen *κατὰ τὴν* intelligendum, itaque temperandum esse arbitramur, ut illud saltem restringamus ad casus illos, in quibus legatum ex ipsa VLPPIANI sententia etiam sub conditione, *si tertius voluerit*, relinqui potest, id quod e. gr. in eo casu procedit, si legatum tale est, quod singularem in iure favorem habet, quale est legatum libertatis: Nam GAIUS²⁵⁾ teste, *libertas omnibus rebus favorabilior est*, et quantumvis etiam, flagrantibus olim Proculianorum et Sabinianorum sectis, inter stricti iuris et benignitatis rationem, fluctuaverit libertatis favor, eundem tamen nova lege confirmavit FLAVIUS JUSTINIANVS²⁶⁾. Verum enim vero cum idem VLPPIANVS eodem in loco, quo legatum libertatis in mera alterius voluntate poni posse ex rationibus supra adductis existimaverat, statim neget, tale legatum eodem modo quoque in heredis volun-

22) L. 122. D. de Reg. Iur. L. 30. D. de liberali causa. L. 28. pr. D. de statu liberis. LINGLOIS ad L. Decisiones Iustiniani Decis. XXXI. Quaest. 2. n. 3. p. 304.

23) Vid. GOTFRID. MASCOVIUS in Diatriba de sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure civili cap. IX. §. 26. pag. 244. sqq.

24) BYNCKERSHOECK *Observat. iuris Romani* lib. VII. c. 18. pag. 253. et HECKHARDVS in *Heremenevt. iuris* lib. I. cap. 5. §. 202.

25) L. 122. D. de reg. iuris.

26) L. 14. C. de fideicom. libertat.

voluntate poni posse²⁷⁾; patet, dari casus, ubi legatum in alienam quidem voluntatem conferri possit, in heredis autem non possit. Et sic veram mihi videor enucleasse VLPPIANI mentem, faciem praefereute STRYCKIO²⁸⁾, cui etiam VLPPIANVS in *d. L. 43. §. 2. ff. de legat. I.* loqui tantum *comparative* visus est, quod scilicet facilius possit in tertii arbitrium conferri legatum, quam in heredis; ex ratione, quae habetur in *L. 7. §. 1. ff. de reb. dub.* quod heres per talem dispositionem plane non obligetur, quem tamen testator per legatum utique obligare cogitat. Neque sic etiam VLPPIANVS et MODESTINVS amplius repugnabunt inter se, cum prior de exceptione, posterior de regula cogitaverit. Quem fugit enim, quod commode admonuit JAVOLENVS JCtus²⁹⁾, *omnem scilicet definitionem, i. e. regulam, in iure civili periculosam esse*; quae verba eo spectant, ut, hoc veluti monito, caute iis regulis utamur, quae sunt in iure nostro a Veteribus prolatae, neque easdem, licet generaliter positas, semper universaliter veras arbitremur, et quarumlibet promiscue causarum casuumque decisionem ex iis petamus; minime, potius regulam quamque, ne falsa sit, ad eas solum species referendam esse, ex quarum collectione earum quaeque confecta est, et, si generaliter ac indistincte posita, per exempla in ea relata, vel ad eam referenda, declarandam esse, non solum JAVOLENVS loco adducto, sed clarius adhuc PAVLVS³⁰⁾ voluit praecipere, inquit, *non ex regula ius sumendum esse, sed ex iure, quod est, faciendam regulam*. Enimvero ne ita quidem omnem, insurgis, sublatam esse VLPPIANVM inter atque MODESTINVM diffensionem. VLPPIANVS, inquit, eodem in loco³¹⁾ ex quo §. *legatum* saepe dictae *L. 43. D. de legatis* explicavimus, inter legandi condiciones, *Si Seius voluerit*, atque *si Seius Capitolium ascenderit*, nihil penitus interesse statuit, quam tamen utramque maxime inter se differre, ostendit MODESTINVS. Ergo semper residebit diffidium. Videamus, quomodo dubitationi huic occurrere queamus. Illud profecto negari nequit, differentiam omnino esse inter utramque hanc legandi formulam, *si Titius voluerit*, et *si Titius Capitolium ascenderit*, si, quemadmodum supra fecimus, utriusque complicatam notionem accurate evolvimus. Neque tamen etiam huic adversatur, si dixerimus, certo modo, et eo quidem in respectu, in quo VLPPIANVS ista

27) Aliter VLPPIANVS *cit. L. 46. pr. de fideicom. liber. sentit* de libertate sub conditione, *si heres voluerit*, fideicommissa; cur autem? inquirunt GONZALEZ TELLEZ *cit. Comment. in Decretal. Tom. III. lib. III. tit. 26. n. 7.* et WALCH *cit. Dissertat. §. 10.*

28) in *Tract. de Causis testamentorum*, Cap. XX. §. 5. pag. 784.

29) L. 202. D. de Reg. Iuris.

30) L. 1. D. eodem. Conf. IAC. GOTHOFREDVS in *Comment. ad L. 202. D. de R. I.* Io. MERCERII *Conciliator. pag. 79 sq.* (edit. Reimold. Duib. ad Rhen. 1712.) et MART. GOTTL. PAVLI *Disp. de Regula Canoniana.* (Vit. 1769.) §. 3.

31) L. 46. §. 2. ff. de fideic. libertat.

ista tradidit, nullam omnino inter utramque hanc legandi formulam esse differentiam. Scilicet iam alio loco ³²⁾, quem supra illustravimus, formulam *si Titius voluerit*, componit cum altera illa, *si Titius in Capitolium ascenderit*, et inter utramque nihil interesse putat, *quoad comprehendendam scilicet voluntatem Titii, et efficiendam, ut utraque conditio contineat Titii voluntatem*, ut recte VLPPIANVM interpretatur JOS. AVERANVS ³³⁾. Hoc in respectu credidit VLPPIANVS, uti sibi licere argumento saltim adminiculante, a legato sub conditione, *si Titius Capitolium ascenderit*, defuncto ad suffulciendam suam, de libertate sub conditione, *si Scius voluerit*. Sticho valide relicta, sententiam, quamvis nemo non intelligit, merito suspectam et fucata esse hanc VLPPIANI rationem, quia utramque hanc conditionem quoad effectum et validitatem ipsius legati invicem componit, quo nomine tamen multum inter sepe dictas formulas interesse, MODESTINVS ostendit, cui et quoad heredis institutionem adstipulatur POMPONIVS, ut supra cognovimus. Libertatis favor, cui etiam addictus fuisse videtur VLPPIANVS, sine dubio in hanc sententiam eundem duxit, ut hoc saltim nomine etiam quoad effectum et validitatem legati nihil interesse putaverit, utrum, *si Titius Capitolium ascenderit*, sit Sticho libertas relicta, an; *si Titius voluerit*? Neque etiam hoc prorsus inauditum est, cum et alia sint multa contra receptas iuris regulas libertatis favore introducta. Hoc igitur casu excepto, stat regula a MODESTINO prolata, *in alienam voluntatem scilicet meram conferri legatum non posse*.

§. 10.

Species quaedam sub MODESTINI regula haud comprehensae, ex Ictorum fragmentis proponuntur.

Haftenus de legato, cuius praestatio ipsa heredis vel alterius arbitrio relicta est. Age iam eas persequamur species, quibus solum circumstantiae, sub quibus haecce legati praestatio fieri debeat arbitrio heredis vel alterius permittae sint, et istas quidem omnes, quotquot earum fragmenta Ictorum in nostris Pandectis exhibent, sub praedicta MODESTINI regula haud contineri praemonemus. Variarum autem in nostris legibus occurrunt visiones, quibus modis circumstantiae possint arbitrio heredis vel alterius relinqui, sub quibus praestatio legati fiat, quae singulariter iam spectandae sunt. Accidit illud I) ubi solum personae electio, cui pluribus legatum sit praestandum, in arbitrium confertur. Eleganter eius generis

32) L. 1. pr. ff. de legat. 2.

33) *Interpretat. iuris lib. II, cap. XXII, n. 12, pag. 262.*

neris speciem proponit VLPPIANVS ³⁴⁾ *Quidam, inquit, cum tres servos legasset, fidei heredis sui commisit, ut ex his duos, quos vellet, manumitteret: fideicommissa libertas valebit, et, quos ex his vellet, heres manumittet. Quare si eos vindicaret legatarius, quos heres vult manumittere, exceptione doli repellitur.* Non dubito, exinde posse recte inferri, valere legatum, ut uni ex cognatis meis, cui heres meus velit, certam ipse summam solvat. Primum enim, VLPPIANO ³⁵⁾ teste, iam ipso iure veteri sub certa demonstratione, id est ex certis personis incertae personae recte legari potuit, quod et totidem verbis repetit Imperator IUSTINIANVS ³⁶⁾ in suis Institutionibus. Deinde, quamvis VLPPIANVS in proposita specie solum de fideicommissio libertatis differit, nequaquam tamen credendum est, VLPPIANVM hic aliquid statuisse ex favore libertatis; minime. PAPINIANVS enim ideam quoque tradit in aliis speciebus: veluti si testator scripserit: *Rogo fundum, cum morieris, restituas ex libertis, qui volens* ³⁷⁾. Sed nullum prorsus dubium relinquit GAIUS ³⁸⁾, qui, de fideicommissio universalis, quo testator heredem, ut hereditatis suae portionem uni coheredum, cuiusnam vellet, restitueret, rogavit, differens, illudque valere adfirmans, elegantissimam hanc rationem addit, cur sententiam istam foveat: *nam enim, inquit, in arbitrio eius, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere; sed cui potius restituat. Plurimum enim interest, utrum in potestate eius, quem testator obligare cogitat, faciat, si velit dare; an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedat.* Quam rationem si perpendimus, nemo profecto dubitabit, non solum in fideicommissis, sed etiam in legatis, et quidem non tantum in legato libertatis, sed quoque in aliis legatis arbitrium posse relinqui, cuiusnam legatum sit praestandum.

§. 11.

De obiecto legati heredis vel alterius electioni ac determinationi relicto.

Altera visio haec contemplanda est, quando testator in legato *determinationem obiecti* arbitrio heredis vel tertii reliquerit; id quod varia ratione contingere potest, vel ut heres aut tertius definiat, quid praestandum sit legatario vel quantum ei praestandum sit. Prius contingit in legato electionis, de quo hanc speciem proponit VLPPIANVS ³⁹⁾: *Si Titio sit sic legatum; quem Scius elegerit, (sc. hominem) et Scius post electionem*

34) L. 46. §. 5. ff. de fideicommiss. libertat.

35) *Fragmentor. Tit. XXV, §. 18.*

36) §. 25. l. de legatis.

37) L. 67. §. 7. ff. de legatis II.

38) L. 7. §. 1. D. de rebus dubiis.

39) L. 12. §. ult. D. quando dies legator.

Electioem decesserit, locus est vindicationi semel acquisitae. Quid vero, si tertius non elegerit? hanc speciem deciderit JUSTINIANVS 40) ita: *Si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel non potuerit, vel morte fuerit praeventus, et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit: utrumne legatum expiret, an aliquod ei inducatur adiutorium, ut viri boni arbitrato procedat electio? Censimus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere iussus est, hoc facere superseuerit, vel minime potuerit, vel quandocumque decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediae aestimationis, ne dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.* Ex his intelligitur I) utile esse legatum, in quo, quid legatario praestandum sit, electioni tertii relicto est; neque II) illud corrumpere, si tertius non eligat, potius III) electionem in hoc casu deferri ipsi legatario, qui tamen ita IV) non optimam rem, quae de genere legato in hereditate adest, eligere poterit, quemadmodum posset, si optio ei expresse legata fuisset 41), aut tertius, cui electio commissa, potuisset, si elegeret ipse; sed re mediocri contentus esse debet. Nullum quoque dubium est, quin hac ratione et ipsi heredi eligendi facultas relinqui possit, ut ex specie ab AFRICANO JCTO 42) proposita videre licet; *si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare iussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo agi posse ait. Sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae deditioe relinquat.* Idem quoque haud obscure apparet ex JUSTINIANI verbis, quando in Institutionibus suis 43) inquit: *si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.* Praemonendi hic sunt lectores, olim, legato generis relicto, cuius species plures in hereditate existunt; si de electione nihil determinasset testator, plurimum omnino interfuisse, utram per vindicationem, videlicet *L. Titio do lego servum*; an vero per damnationem esset relicto, veluti: *Heres meus damnas esto, hominem dare Titio.* In casu enim priori legatarii erat electio; in casu autem posteriori, heredis 44). Cuius differentiae

40) L. 3. §. 1. Cod. *commun. de legat.*

41) L. 2. pr. D. *de opt. vel elect. leg.*

42) L. 110. D. *de legat. 1.*

43) §. 22. l. de legatis.

44) ULIAN. *Fragm. Tir. XXIV. §. 14.* cuius verba feliciter emendavit CUIACIUS *Observ. lib. XVII. c. 28.* Adde L. 37. D. *de legat. 1.* L. 34. §. penult. D. *codem.* L. 23. D. *de legat. II.* L. 45. §. 1. D. *de legat. I.* L. 19. L. 43. §. ult. D. *de legat. II.* Conf. ANT. SCHULTING, in

Jurispr. vet. antejust. ad Vlp. c. l. nor. 38. 39. 40. p. 655. Et ad hanc differentiam praecam legatorum revocandae sunt omnes Pandectarum leges, in quibus electio modo heredis, ut in L. 32. §. 1. L. 71. pr. L. 84. §. 3. *de legat. I.* L. 4. D. *de tris. vin. et oleo leg.* modo legatarii esse dicitur, ut in L. 20. et 108. §. 2. D. *de legat. 1.* L. 2. §. 1. ff. *de opt. vel. elect. leg.* sicut iam observavit IOSEPH. AVERANIUS in *Interpretat. iuris* lib. IV. cap. 13. n. 9.

tiae rationem hanc adfert JANVS A COSTA 45), quia in legato per vindicationem potestas fuerit legatario, utpote domino rei legatae, qua actione agere vellet, l. 108. §. 2. ff. *de legat. 1.* In legato autem per damnationem, potestas fuerit heredi, utram rem dare vellet legatario, l. 29. §. 1. ff. *de legat. 3.* Sed dubito, an haec satisfaciunt lectori causam huius differentiae seiscitanti; periculum faciam, anne distinctius huius diversitatis ratio exponi possit. Equidem vero duplicem huius rei causam invenisse mihi videor, Prima est, quia in formula *vindicationis* aperte ad legatarium oratio dirigitur, in legato *damnationis* vero ad heredem; consequens videbatur JCTis, in priori legandi modo ob ipsam, quibus veluti adglutinati fuerunt, verborum vim, legatarii, in posteriori vero heredis esse debere electionem. Accedebat altera haec ratio; legato *vindicationis* praecipue proprium fuit olim, ut dominium rei tali modo legatae ipso iure transfret in legatarium, neque acquisitio factum requireret heredis, cuius vero factum exigebatur, si damnas i. e. damnatus erat dare in legato *damnationis*. Hinc legatarius rem per vindicationem sibi legatam, ut dominus, poterat actione reali petere, i. e. ex iure Quiritium vindicare, cuius *vindicationis* aliquoties mentio fit in Pandectis 46); cum vero, quas per damnationem legasset, familiae suae res dominio heredis non statim exemisset testator, legatario personalis tantum actio ex legato *damnationis* dabatur contra heredem, qui igitur, ut debitor ex testamento, secundum regulam de illis, qui ad unum vel alterum obligati sunt 47), quod velit, solvere poterat, cum e contrario in legato *vindicationis* heredem rem illam dare legatario oportebat, quam vindicasset, cum vindicando ita praeveniret heredis electionem, uti observavit EM. MERILLIVS 48). Verum enim vero cum sublatum sit hodie praesens illud legatorum discrimen, et omnia legata exaequata, ita, ut, quibuscumque etiam verbis legatum sit relicto, perinde habeatur, ac si per vindicationem relicto esset, quia hodie in omni legato rei testatori propriae pure relicto dominium ipso iure in legatarium transit statim a momento mortis testatoris, ideoque cuicumque legatario potestas est, qua actione agere velit, reali, personali, vel hypothecaria 49); necessario danda fuit nova regula, si genus legatum, quam hic tradit Jv-

E 2

STINIANVS

45) in *Commentar. in Institution. Justiniani ad §. 22. l. de legat.* pag. 311. edit. Ican. 1717 de Water L. gd. Batavor. 1719.

46) L. 19. L. 23. D. *de legat. 11.*

47) §. 33. I. *de action.* L. 2. §. 3. D. *de eo quod certo loco.* L. 95. §. 1. D. *de solut. et liberat.* L. 29. §. 3. D. *de legat. 111.*

48) *Observat. lib. VIII. cap. 13.* qui statuit, in legato *vindicationis* sub alternatione relicto legatarii tunc deum fuisse electionem, cum ageret actione in rem, et legatum vindicare, non si, quod poterat, ageret ex testamento in personam, L. 38. D. *de iud.* L. 84. §. ult. D. *de legat. 1.* L. 66. §. in fundo. D. *de legat. 2.*

49) §. 2. l. *de legat.* L. 1. C. *commun. de legat.*

JUSTINIANVS in §pho Institutionum adducto, secundum quam igitur legatarii esse debet electio, non heredis, nisi aliud testator dixerit, id est, nisi nominatim hoc expresserit, se velle electionem esse heredis, puta, si testator dixerit: *heres, quem volet, servum Sejo dato*, quemadmodum THEOD. MARCILIVS⁵⁰⁾, et JANVS A COSTA⁵¹⁾, haec verba Justiniani recte interpretati sunt. Ex his simul patet, graviter falli B. HELLFELDIVM⁵²⁾, cum statuit, si testator de electione nihil determinavit, heredem dare posse rem, quamcunque velit, modo ne pessimam dat. Perperam. Legatarii potius hoc in casu erit electio secundum novam istam regulam a JUSTINIANO traditam, qui tamen non optimam sibi rem eligere poterit⁵³⁾, hoc enim solum in optione eidem expresse legata procedit, sed rem mediae aestimationis. Potest igitur, ut omnia, quae diximus, paucis complectamur, determinatio eius, quid praestandum sit legatario, electioni heredis vel alterius relinqui, modo eo in casu, quo nulla eius generis, ac legata est, res in hereditate deprehenditur, obiectum legati sit aliqua ratione, saltem natura, determinatum, ne re, in summo genere legata, legatum fiat derisorium, quippe quale esset illud: *Titio lego fundum, sive domum, quem, sive quam heres volet, sive heres meus Sempronio fundum seu domum dato, quem seu quam Caius velit*. Cum enim quaelibet portio fundi poterit fundus dici, etiam si gleba una sit⁵⁴⁾, atque etiam ex materia vilissima domus, et minima domus esse possit⁵⁵⁾, cum neque fundus neque domus natura constituatur, quemadmodum equus, servus, bos, &c. sed patrisfamilias destinatione, maior requiritur hoc in casu demonstratio, ne legatum fiat inutile, si nullum testator fundum nullamve domum in bonis reliquerit⁵⁶⁾.

Eadem vero ratione etiam *quantitatem legati* arbitrio heredis vel alterius relinqui posse, nullum plane dubium est, quo in casu *boni viri arbitrato* definiendum

50) in not. ad §. 22. I. de legat. IANI A COSTAE Commentar. in Institut. adiect. p. 310.

51) in Comment. ad §. 22. I. de legat. p. 311.

52) in iurisprud. forensi Tom. II. §. 1539.

53) L. 37. pr. D. de legat. 1. et arg. L. 3. §. 1. C. commun. de legat.

54) L. 60. D. de V. S. L. 34. §. ult. D. de legat. 1. L. 6 §. 1. ff. commun. praed.

55) L. 24. §. penult. D. de legat. 1.

56) L. 71. in princ. ff. de legat. 1. L. 69. §. 4. ff. de iure dor. Quod si vero testator habeat aliquas domos, aut fundos, unus ex his legatus videbitur, et legatarii erit electio.

§. 22. I. de legat. L. cir. 71. Ratio, cur tam

varie sit constitutum, ea est; quia res incerta de certis legari potest L. 32. §. 1. ff. de legat. 1. atque ideo, cum praesumatur, testatorem de rebus propriis testari non de alienis L. 67. §. 8. ff. de legat. 2. legatus est fundus aut domus incerta de certis, videlicet de his, quae sunt in bonis testatoris: ac propterea valet legatum. Quoties autem testator nullas domos fundosve habet, non legatur res incerta de certis, sed omnino incerta, adeo ut nulla fortasse utilitas sit allatura legatario, cum fundi et domus nostra destinatione, non natura, constituuntur L. 24. §. penult. ff. de legat. 1. AVERANIUS in interpret. iuris Lib. IV. c. 14.

dum erit, quantum pro viribus patrimonii et legatarii conditione praestandum sit, quemadmodum ex huius generis speciebus ab VLPiano propositis⁵⁷⁾ luculenter potest perspici.

§. 12.

Determinatio temporis in arbitrium collata, et formulae, CVM VOLVERIS, in legato vis.

Restat ultima visio, quam leges exhibent, quando nimirum *tempus praestandi legati* in heredis vel alterius arbitrium confertur. Legatum autem tale utiliter relinqui, dubitare nos non sinit VLPiano⁵⁸⁾: *quamquam*, inquit, *in heredis arbitrium conferri, an debeat, non possit*, QUANDO TAMEN DEBEATUR, *conferri potest*. Fiebat illud legatum potissimum dicendi formula: *cum volueris*, ut idem testatur VLPiano⁵⁹⁾ quae igitur formula, cum ea, *si volueris*, haud confundi debet, quippe quae non tam tempus praestationis, quam potius ipsam praestationem, scilicet an velit debere, in heredis voluntatem confert, ut recte vidit JOS. AVERANIUS⁶⁰⁾. Verba autem illa *cum volueris*, legato adscripta, tractum temporis habent, ut VLPiano loquitur⁶¹⁾, scilicet, quamdiu vivat is, a quo legatum praestandum est, qui si decesserit, antequam dederit, heres eius praestabit, modo legatarius tunc adhuc superstes sit, quod si decesserit ille ante heredem, legatum expirat, et ad heredem suum legatarius nihil transtulit, *conditionale enim esse legatum, nemini dubium est, et pendente conditione legati, videri decessisse legatarium*,

Habes igitur genuinam iuris civilis de ultima voluntate in alterius arbitrium collata sententiam, quae quidem omnino praemittenda fuit, antequam scilicet, utrum ea iure canonico sit abolita, nec ne, iustum ferri possit iudicium. Et de isto argumento iam in secunda Commentationis nostrae Sectione videbimus.

57) L. 1. §. 1. D. de legat. 11. L. 14. D. de imp. leg.

58) L. 46. §. 4. D. de fideicom. libertat.

59) L. 11. §. 6. D. de legat. 111.

60) Interpretat. iuris Lib. III. c. 30. n. 10.

61) cir. L. 11. §. 6. D. de legat. 3.

SECTION II.

VTRVM INNOCENTIUS III. P. R. IN CAP. XIII. X. DE TESTAMENTIS
IURIS CIVILIS SANCTIONEM SVSTVLERIT?

§. 13.

*Cap. XIII. X. de testament. ex Gregoriana Compilatione primum
repraesentatur, deinde suppletur atque ex fonte
suo redintegatur.*

Igitur filum orationis nostrae iam nos ducit ad famosum illud Cap. *Cum tibi* 13. X. de testamentis, de cuius genuino intellectu Interpretes mirifice inter se discipulant. Placet vero, antequam diversas Eruditorum sententias recenseamus, ipsum prius capituli *Innocentiani* exhibere textum, atque operam nostram in eo ponere, ut capitulum hoc genuinum habeamus et integrum. Textus autem noster, prout Gregoriana Decretalium Compilatio illum nobis repraesentat, ita se habet:

INNOCENTIUS III. Altissiodoren. Episcopo.

Cum tibi de benignitate: (et infra) In secunda quaestione dicimus, quod, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.

Ita legitur in editione glossata, quae Lugduni apud Hugonem a Porta 1559. f. prodiit, ita quoque legitur in vulgata, quam possideo, Corporis iuris canonici editione *Coloniensi*, quae anno 1670. 4. impressa est. Ita omnes legunt, quas consului, vulgatae editiones. Etiam in egregia *fratrum PITHOEORYM* editione omnia eodem modo leguntur, nisi quod doctissimi Fratres in inscriptione nostri capituli haec addant lineolis inclusa: (c. an. 1212. Roma in Galliam).

In *Bohmeriana* novissima autem editione ponitur annus 1204. in inscriptione, sine ulteriori probatione, quod eo magis miror, quia in cap. 18. X. de V. S. inscriptione annum 1212. retinuit, quod tamen primam constituit Innocentianae Decretalis partem, et cap. XIII. nostro idcirco iungendum est, sicuti etiam *PITHOEX Fratres in notis ad h. cap. 13.* recte iam animadverterunt. Praeterea quoque in *Bohmeriana* post verba: *In secunda* additur: (vero). Omitto variantes quorundam Codicum et editionum lectiones, ne lectoribus meis doctam oscitationem moveam, eo-
que labore superfedere eo magis possum, quod omnium in manibus sit *Bohmeriana*,
quae

quae eas habet, editio, et idem quoque praestiterit doctissimus HARRPRECHTUS in supra laudata ad cap. nostrum XIII. Commentatione. Sic repraesentata genuina cap. 13. lectione, nemo non videt, qui vel fugitivo illud oculo perlustraverit, capitulum hoc, prout in Gregoriana Compilatione Titulo de testamentis insertum est, non integram complecti atque perfectam Pontificis epistolam, sed partem eius, et eam quidem maxime truncatam: Dilacerata, quam hic conspicias, atque hiulca verborum structura satis hoc ostendit. Incipit capitulum, *Cum tibi de benignitate*: omiſſis et reſectis reliquis. Iſta nimirum verba circumſtantias facti complectebantur, quas, quia decisionis rationem ſuggerebant, et ad intellectum eius ſcitu neceſſariae videbantur, praemiſerat Pontifex; has vero in hac noſtra INNOCENTII epistoſa praecedit RAYMUNDVS DE PENNA FORTI, qui et in aliis Pontificum Decretalibus, quas iuſſu GREGORII IX. Collectioni eius inferuit, idem ſibi licere exiſtimavit, ut modo facti momenta, decisionis rationem ſuggerentia ſupprimeret, modo ipſam facti narrationem a Pontificibus ſemper ad decisionis intellectum praemiſſam reticeret, retentis ſolum verbis eius initialibus, additaque nota ei perſamiliari, quam et in noſtro invenis cap., et infra, qua indicat, omiſſa ſupplenda eſſe et repetenda ex integra decretali; quae extat in antiquis Compilationibus, aut in Regiſtris Pontificum¹⁾. Poſt haec et infra, in noſtro cap. ſequuntur verba: *In ſecunda quaestione dicimus*, etc. Ergo duas quaestiones ab Episcopo ſibi proſiſtas in noſtra hac Decretali deciderat Pontifex, quas hic diſſecuit RAYMUNDVS, ſciſſa in duas partes INNOCENTII epistoſa, quarum prima exhibetur infra in cap. 18. X. de Verborum ſignificatione, et quidem eadem ſub inſcriptione, et iisdem retentis verbis initialibus, hoc modo:

IDEM Altissiodoren. Episcopo.

Cum tibi de benignitate ſedis Apoſt. ſit indultum, quod ordinatio rerum Clericorum ab inteſtato decedentium. in tua diſpoſitione permaneat: nos conſulere voluiſti, an appellatio vocabuli Clericorum, tam ad Canonicos, quam ad non Canonicos extendatur: (et infra) Conſult. t. t. r. quod appellatio Clericorum non ſolum alios, ſed etiam Canonicos comprehendit.

Solemne hoc fuit non ſolum RAYMUNDO, ſed etiam anterioribus Decretalium collectoribus²⁾, ut, ſi decretalis diverſa contineret capita, eandem in duas et tres ſaepe partes diſcerperiat, eaſque ſub diverſis collocaverint titulis, quas eadem ex inſcriptione et iisdem ex verbis initialibus cognoviſſimus³⁾.

Con-

1) Conf. Illuſtr. IO. CHRIST. WILH. STERRI Comm. de interpolationibus Raymundi de Penna Forti Decretalium Compilatoris Lipſiae 1754. ECKHARDI Hermeneut. Juris Lib. I. c. VIII. §. 326. ſqq.

2) Vid. Noſtra Praecognita iuriſprud. eccleſ. poſitivae Germanor. §. 38. not. 21. et 23.

3) Memorabile exemplum Innocentianae Decretalis tres in partes ſciſſae nobis praebent c. 30. X. de decimis, c. 44. X. de teſt. et aſtreſe.

Continet igitur *cap. 13.* alterius, quam Altissiodorensis Episcopus INNOCENTIO III. proposuerat, quaestionis decisionem, quae cum absque priori praemissa intelligi haud poterat, omnino utrumque Capitulum iungendum et coassandum fuit ope inscriptionis. Enimvero licet in *cap. 18. X. de V. S.* momenta quaedam facti a RAYMUNDO sint retenta, quae ad decisionis Pontificiae intellectum scitu perquam necessaria sunt, tamen ne ista quidem plene sunt relata, prouti extant in integra Pontificis epistola. Igitur neque prius quidquam neque antiquius nobis sit, quam ut integram Pontificis epistolam ex fontibus, scilicet *Regestis INNOCENTII III.* repraesentemus, ut sic vera, quae Pontifici proposita fuit, species intelligi, atque germana, quae inde pendet, Pontificiae decisionis sententia cognosci possit. Dudum hoc commonuit FRANCISCUS FLORENS⁶⁾, ut in *Gregorii collectione legenda antiquos Collectores semper adhibeamus, in quibus constitutiones Pontificum integros reperimus, quas Raymundus Barcinonensis, Gregorii IX. Tribonianus, passim interpolavit, rescidit, et immutavit, ac saepe contra mentem auctorum.* Et hic quidem multo feliciores sumus iuris civilis cultoribus, quod illis veterum Ictorum libros, et antecedentium Imperatorum constitutiones a TRIBONIANO et sociis eius truncatas et misere saepe dilaceratas, omnes in integro videre datum non sit, nobis autem fontes iuris canonici veteris aequae ac recentioris fere omnes adire liceat, ex quo immortaliter eruditissimorum virorum studio tot Conciliorum collectiones, nec non Canonum et Decretalium compilationes antiquae sint publici iuris factae. Ad haec igitur si recurrimus, etiam integram inveniemus INNOCENTII III. de qua hic quaerimus, epistolam, nullibi vero puriorem hanc reperiemus epistolam, quam apud STEPHANVM BALVZIVM, qui *epistolarum Innocentii III. R. P. libros undecim, iuncta prima collectione Decretalium a Ratnerio, Diacono et Monacho Pompeiano, composita, in unum collegit, magnam partem nunc primum edidit, reliquaque emendavit, Parisiis 1682. II. Tomis in folio.* Ibi nempe *Tomo I. Epistolarum seu Regestor. INNOCENTII III. R. P. Lib. V. ep. 39. pag. 631. sq.* integra Pontificis epistola his verbis legitur:

INNOCENTIVS P. Autissiodorensi Episcopo.

Cum tibi de benignitate sedis Apostolicae sit indultum, quod ordinatio rerum Clericorum ab intestato, decedentium libere in tua potestate ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali removere, quod aliquando inter te et tuos Canonicos⁷⁾ est subortum, super

c. 27. X. de sponsalib. quae a Raymundo sunt excerpta ex una INNOCENTII III. Epistola, quae integra sistitur lib. XV. Epist. 184. edit. Baluz. p. 689.

4) in *Orat. de rebus iuris canon. discendi ratione, in Eius Operib. a Stoerchenio editis Tom. I. pag. 75.*

5) Secundum lectionem Gonzalezianam, ex tertia Decretalium compilatione sub hoc rit. cap. I. restitutam, deest verbum *Canonicos*, hinc ad verba et tuos adiunxit GONZALEZ: *Canonicos videlicet, qui intestatorum successionem sibi vindicabant.*

super duobus nos consulere studuisti⁸⁾. Primo, an appellatio vocabuli clericorum tam ad Canonicos quam ad non Canonicos extendatur. Secundo, an illi, qui in dispositione et voluntate alterius suam committunt ultimam voluntatem⁹⁾, nil per se penitus ordinantes, nec determinantes, quid, cui loco, vel personae, conferri debeat, dicantur decedere intestati? Primae igitur consultationi tuae duximus respondendum, quod appellatio clericorum non solum alios, sed etiam¹⁰⁾ canonicos comprehendit. In secunda vero dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositione¹¹⁾ committit, non videtur decedere intestatus. Datum Laterani.

§. 14.

Variae interpretum de Innocentiani capituli intellectu traditiones.

Restituta sic nostri Capituli integritate, proximum nunc est, ut, quae sit germana Pontificis sententia, cognoscamus. Qua quidem in re mirifice fluctuari video animos interpretum. Sunt primum, qui iuris civilis dispositionem absolute haec abrogatam ivisse INNOCENTIVM, sibi persuadeant, quorum e numero sunt antiquiores non solum, ii qui Glossatores usurpantur, sed etiam recentiores iuris interpretes, inter quos posteriores numerasse sufficiat SAM. STRYCKIVM¹²⁾, et Celeberr. CAR. FRID. WALCHIVM¹³⁾; alii vero in alia omnia eunt, quorum animi iterum in tot varias, easque diversas distrahuntur sententias, ut, si omnes vellem recensere, ascenderent ad numerum vel minimum vicenarium. Sapienti fat erit, accepisse praecipuas. Sunt nimirum, qui cum ANTONIO DADINO ALTESERRA¹⁴⁾, capitulum nostrum solum ad Clericorum testamenta restringendum esse existiment, quia iure canonico in Ecclesiasticis personis et negotiis rigor iuris haud requiritur¹⁵⁾. Alii contra de relictis ad pias causas capitulum intelligunt, haecque vi eius in tertii arbitrium recte conferri posse autumant. In ista sententia versantur EHRNR. FIRHING¹⁴⁾ uterque BOEHMERVS, *Iustus* nimirum *Hemmingius*¹⁵⁾, et *Georgi-*

6) GONZALEZ legit *voluisti*.

7) GONZALEZ, qui in voluntate et dispositione alterius suam committunt ultimam voluntatem.

8) GONZALEZ, et.

9) GONZALEZ legit, alterius dispositioni committit.
10) in *Tractat. de cautelis testamentor. Cap. XVI. §. 27. pag. 589 et in Uju Mod. Pandect. lib. XXVIII. Tit. V. §. 11. pag. 778.*

11) in *Diff. de legato heredis in arbitrium collaro. §. 15.*

12) in *Innocentio III. P. M. seu Commentariis perpetuo in singulas Decretales huiusce Pontificis, quae per libros V. Decretalium sparsae sunt.* (Lutet. Parisior. 1666. fol.) Lib. III. Tit. 26. p. 432.

13) c. I. X. de dolo et contumacia.

14) in *Iure Canon. nov. method. explic. et de restam. Sect. I. §. 24.*

15) *Iur. Eccles. Proestant. Tom. II. lib. III. Tit. 26. §. 50.*

Georgius Ludovicus, filius¹⁶⁾, aliique. Nec desunt etiam, qui cum INNOCENTIO, illo scilicet Decretalium interprete, cui hac quidem in re fere omnes subscribunt antiquiores¹⁷⁾, opinentur, testamentum, in quo testator voluntatem suam alienae dispositioni commisit, iure canonico eatenus sustineri, ut hic tertius tacite quasi intelligatur heres institutus sub lege, bona defuncti inter pauperes, vel in alios pios usus distribuendi. Sed manum de tabula; plures si cuius interest scire eiusmodi interpretationes, is adeat, si placet, GONZALEZIVM¹⁸⁾, et Celeb. CHRISTOPH. FRIDERIC. HARPPRECHTVM¹⁹⁾, qui contra hos omnes egregie iam dixit, eorumque explosit interpretationes, licet ne ipse quidem, ut supra in praefatione Commentationis nostrae praemonuimus, omnes penitus exemerit dubitationes. His praemissis novum faciamus periculum, utrum capitulo nostro, quidquid ei adhuc desit luminis, ex antiquitate Ecclesiastica adspergi, atque germana Pontificis sententia erui possit.

§. 15.

Florum sparsio ad cap. XIII. inscriptionem.

Quod dudum est ab eruditis viris animadversum, scilicet iuris canonici corpus in plerisque apprimè convenire cum corpore Juris Civilis, illud in eo quoque vel maxime cernitur, quod legibus utriusque Corporis adpositae sint inscriptiones, quae, vel unde decerptae illae sint a Compilatoribus, vel a quibus sint conditae legislatoribus, vel ad quas illae personas directae missaeque sint, et alia indicant. Cum vero tanta sit inscriptionum in iure civili interpretando utilitas, quantam vix quoque dicere²⁰⁾; ego profecto eandem si nostris in iure canonico inscriptionibus tribuendam esse negem; quam id recte faciam, viderint alii; sed certe mentiar²¹⁾. Quam quidem ob rem haud supervacanei credo fore operis, si, quod faciunt ii, qui ad legem civilem interpretandam animum appellunt, ut primum de inscriptione legis videant; idem et mihi faciendum censeam, capitulum aliquod iuris canonici explicaturo, ut scilicet ante omnia de ipsa capituli huius inscriptione dispiciam. Est autem illa, prout in vulgata lectione corporis nostri iuris canonici exhibetur, INNOCENTIVS

INNOCENTIVS

16) *Princip. iuris canon.* §. 615. n. 4.

17) COVARRUVIAS A LEYVA *ad c. 13. X. de testam. n. 13. 16. Oper. Tom. I. p. 55 et 56. PERALTÀ in rubric. de hered. instir. n. 22. et alii.*

18) *Commentar. in Decretal. Tom. III. tit. XXVI. ad cap. 13. nostrum n. 12. f. p. 454. sq.*

19) *De eo, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, sive ad Innocentii III.*

P. R. cap. XIII. X. de testam. et ult. vol. Observationes. Tübingae 1749.

20) Cognita sunt satis hoc in genere HENR. BRENCMANNI et BERN. HENR. REINOLDI scripta, quibus accedit ECKHARDVS in *Hermenevt. iuris lib. I. cap. V. cum notis WALCHII.*

21) De utilitate inscriptionum iuris canonici agam in *Praecognitis iuris canonici, quae propediem prodibunt foras,*

INNOCENTIVS III. *Altiflodoren. Episcopo*; paucis literulis mutatis in *Baluziana* collectione legitur, *Autiflodorensi Episcopo*. Editiones vero Pithoeana et Boehmeriana addunt et annum, sed, ut supra monuimus, diversimode. Secundum istam igitur inscriptionem ita plene restitutam, habes I, *auctorem capituli*, II, *locum et civitatem, ad cuius Episcopum rescriptum*, et III, *annum*, hunc tamen incertum, cum discrepent inter se Pithoeana et Boehmeriana editio. Nos cognoscamus, quam brevissime possimus, de singulis. Nostra itaque inscriptio primum auctorem indicat INNOCENTIVM III. quem unum scimus inter Pontifices tot inclaruisse decretalibus epistolis et quidem maximi omnino momenti, ut ANTONIVS DADIVS ALTESERRA recte eum nuncupaverit *Jurisconsultorum Pontificem, et Pontificum Jurisconsultissimum*. Fuit is, patria Anagninus, patre Trasimundo, ex nobili genere Comitum Signiae oriundus, et *Lotharius* antea vocatus²²⁾. Primum Romae, deinde Parisiis, tandem Bononiae scholasticis insudavit studiis, atque doctrina et moribus ita excelluit inter suos aequales, ut primum a Coelestino in numerum Cardinalium relatus, eoque mortuo in eius locum omnium consensu Pontifex suffectus sit. Celebrata est eius electio sexto Iduum Januarii anno incarnationis dominicae millesimo centesimo nonagesimo septimo²³⁾. Sedit annis XXII. mensibus VI. et novem diebus, obiitque *Perusti* d. XVI. Jul. anni clxxxvi. Si characterem Viri postulas, habeto, quod laudetur ab his, culpetur ab illis. Vtrumque non sine ratione. Fuit omnino vir et ingenio et eruditione praestans; in eo omnium est fama consentiens; sed tamen, ut CAVEVS²⁴⁾ memorat, et gesta eius testantur, immodice superbus, ingentis animi, qui dominandi libidine totus prurivit, in Imperatores, Reges et Principes quosunque arrogantia plane intolerabili, praeterea, ut MATTHAEVS PARIS, satis notus ille scriptor, ad annum 1213. adnotat, *pecuniae sititor insatiabilis, et ad omnia scelera pro praemiis datis vel promissis cereus et proclivis*. Haec tamen de auctore capituli nostri. Progredimur ad reliqua memorabilia, quae inscriptio capituli nostri habet. Indicat illa porro, ad quem rescripserit Pontifex. Etenim *Altiflodorensi Episcopo* inscriptum videmus nostrum hoc capitulum. Observavi,

F 2

solere

22) Ampliorem vitae huius Pontificis descriptionem exhibent ODORIC RAYNALDVS in *Annal. Ecclesiast.* Tom. XIII. p. 1. sqq. ALPHONS. CIACONIVS *Vit. et reb. gest. Pontific.* Tom. II. (Rom. 1677.) pag. 1. sqq. et PLATINA *de vitis et gestis Summor. Pontific.* (an. 1645. 12. sine designatione loci, sed, ut videtur, *Leidae*) pag. 468. sqq.

23) Securus sum AUCTOREM ANONYMUM *de gestis Innocentii. III. R. P.*, quem praemisit STEPH.

BALUZIVS Tom. I. *Epistolarum Innocentii III.* Parisiis 1682. fol. pag. 2. Alii annum clxxx. perhibent, sed utrumque conciliari potest, si tenes, initium anni a die XXV. Martii antiquo more computatum esse ab ANONYMO, de quo computandi modo confer HALTAZIVM in *Calendar. medii aevi* pag. 20. sqq.

24) in *hisor. literar. scriptor. ecclesiasticor.* Vol. II. pag. 256. edit. noviss., et locupletiss. *Basiliae* 1741. fol.

solere Pontifices in hisce inscriptionibus eos, ad quos rescribunt, semper in casu tertio adloqui; idem et Imperatoribus Romanis usu quidem venit, quos tamen interdum etiam in casu quarto in inscriptionibus videmus alloqui eos, ad quos rescribunt²⁵⁾. Sed revertamur ad nostrum Episcopum. Est igitur ille *Altissiodorensis*, seu ut Baluziana habet collectio, *Autissiodorensis*. Cognoscamus primum de illa civitate, unde nomen Episcopo nostro inditum, deinde de ipso quaeramus Episcopo. Civitas, in qua sedit noster Episcopus, est *Altissiodorum*, seu *Autissiodorum*, antiquissimum plane, et sat celebre Galliae oppidum, ad Icaunam fluvium (sur la riviere d'Yonne) situm, Burgundiae pars, olim *Autricus*, hodie vero *Auxerre* Gallis dictum. Est vero Altissiodorum hoc urbs episcopalis, cuius Episcopus suffraganeus est Archiepiscopi Senonensis (*de Senis*), et praest dioecesi, quae CCXXXVII. parochias complectitur²⁶⁾. Ad huius urbis Episcopum itaque capitulum nostrum directum est, sed quisnam ille fuerit, cuius consultationi in hoc nostro capitulo respondit INNOCENTIVS, haud praefert inscriptio. Explenda est igitur ista lacuna ex historia illorum temporum ecclesiastica. Nec desunt, quae defectum suppleant, historiarum monumenta. Exstat nimirum in *Tomo Imo novae Bibliothecae manuscript. librorum*, quae opera et studio PHILIPPI LABBE, *Biturici*, societ. Jesu Presbyteri, publicata est Parisiis 1657. Tomis II. in folio, extat, inquam, cit. Tomo I. pag. 409. *Historia Autissiodorensium Episcoporum*²⁷⁾, in qua *cap. LVIII.* et *cap. LIX.* duo memorantur ac copiose describuntur Episcopi, qui sub INNOCENTIO III. R. P. Ecclesiam Autissiodorensensem successive rexerunt. Prior est HUGO DE NOËRIIS, qui genere, litteris, facundia praeclarus, sed animi magnitudine praeclarior, ex Thesaurario assumtus est in Episcopum anno D. circiter MCLXXXIII. et Romae obiit anno Domini MCCVI. Acquisivit ille Ecclesiae suae decimas et domum Episcopalem de Colengiis, nec non decima Varziaci eandem ditavit. Quodsi iam annus 1204. in editione *Boehmeriana* capitulo nostro praefixus, recte sese haberet, haberemus ita Episcopum eundem, ad quem INNOCENTIVS III. rescripsit, Altissiodorensensem. Sed animus pendet, et non parum distrahitur, cum cogito, fratres РИТНОВОS pro illo adscripsisse annum 1212. quos et *Boehmerus* postea sequitur in inscriptione *cap. 18. X. de Verb. Significat.* quae pars est capituli nostri. Igitur probabilius videtur, quod etiam GON-

25) Exempla collegit ECKHARDVS in *Hermenevrica iuris* §. CCXXII.

26) Conf. MARTIN, ZEILLERVS in *topographia Galliae Frstii* 1656. GONZALEZ TELLEZ in *Commenzar.* ad *cap. I. X. de postular. praelator.* DE MOLEON *voyag. liturgiques de France*, Paris,

1718. p. 157. Collectio *Dytschesmiana* Tomo I. et *Büsching* in *der neuen Erdbeschreibung* Th. II. pag. 419.

27) FRATRUM SAMMARTHANORVM *Galliam Christianam Parisiis* 1716. sqq. fol. inspicere haud contigit.

ZALEZIVS animadvertit, scilicet Episcopum, ad quem Pontifex rescripsit, esse alterum illum, qui sub INNOCENTIO quoque tertio ecclesiae autissiodorensi praefuit. Est is GVILLELMVS DE CASTRO SCILLIGNIACO, ut ab auctore Anonymo *historiae Episcoporum Autissiodorensium* cap. 59. penes LABBEVM pag. 479. appellatur, qui de gestis eius multas paginas implevit. Vt saltim quaedam memorabilia ex eius vita decerpamus, natales fortitus est GVILLELMVS ille in territorio Autissiodorensi, *Castro* nimirum *Scilligniaco*, (al. Seliniaco), unde et cognomen ei inditum, patre *Buchardo*, viro militari, et castri eiusdem domino, e nobili genere S. *Bernhardi* Claraevallensis Abbatis, procreatus. Omnibus litterarum studiis bene imbutus, in primis vero in Juris Canonici scientia sic proventus, ut Jurisconsultus non immerito haberetur, in Ecclesia Senonensi Cathedrali Thesaurariam et Archidiaconatum Pruviniensem, in Autissiodorensi vero adeptus est Decanatum, ad quem absens et in remotis agens regionibus studendi causa a Canonicis Ecclesiae concorditer est electus. Ab omni ambitione procul, cum pridem et Archiepiscopatum Senonensem et Nivernensem Episcopatum singulari modestia recusavisset, praefato Autissiodorensi Episcopo HUGONE rebus humanis exento, omnium consensu ei delatum est ecclesiae istius regimen, quod idem etiam suscepit. Electione Igitur celebrata de ipso sexta feria post purificationem B. Mariae anno Domini MCCVI. et per confirmationem Archiepiscopi approbata, nec non per consecrationem ipsius consummata, ipso adhuc consecrationis die impetravit a PHILIPPO rege Christianiss., ut non solum, quae decedente Hugone Episcopo Rex occupaverat regalia, sine difficultate ab eo reciperet, sed etiam, data non modica pecuniae quantitate, ipsam Ecclesiae suae ab onere regalibus²⁸⁾ immunitatem per privilegium a Rege acquireret, cuius sequentem tenorem praedictus Auctor Anonymus historiae suae inseruit²⁹⁾. *In nomine Sanctae et individuae Trinitatis Amen. Philippus Dei gratia Francorum Rex, noverint universi, praesentes pariter et futuri, quod nos intuitu divinae pietatis et ob remedium animae nostrae, et parentum nostrorum, damus et concedimus in perpetuum Ecclesiae Autissiodorensi. quidquid iuris habebamus in Regalibus sede vacante. Itaque Decanus et Capitulum eiusdem Ecclesiae custodient Regalia sede vacante, et omnes proventus, qui exinde procedent, et praebendas, si quas interim vacare contigerit, ad opus Episcopi, salvo servitio nostro, equitationis nostrae, exercitus, et submonitionis, sicut*

F 3

Episco-

28) Constat, ius Imperantium reditus vacantis praelaturae sibi vindicandi, iuris Regalium nomine venire, quod olim in Germania, et hodie in Gallia adhuc obtinet, vid. PINSSON

29) Tom. I. *Bibl. nov. MS. a Labbe editae* pag. 484.

Episcopi Autissiodorenses nobis fecerunt. Quod ut perpetuum robur obtineat sigilli nostri auctoritate et regii nominis caractere inferius annotato praesentem paginam confirmamus. Actum Parisiis anno Domini MCCVI, &c. Sed et praeterea adhuc GUILIELMI curis multa debet Ecclesia Autissiodorensis, quam et in spiritualibus et in temporalibus mirifice auxit. Etenim non solum in Cathedrali Ecclesia praeter alia, quae ibi provide fecit, et liberaliter contulit, Lectoriam et Succentoriam, per quas totum in legendo cantandove servitium dispensatur, nec non et Scholastriam, quarum antea ita tenues erant proventus, et exiles, ut aegre inveniretur, qui onus reciperet sine fructu, iure conferendi sibi suisque successoribus Episcopis retento, de Capituli assensu, gratis redditibus ampliavit, ipsamque Ecclesiam suam, squalore et senio laborantem, suis sumptibus noviter exstruendam curavit, magnoque opere ornavit; sed etiam ad cultus divini ampliationem in castris Episcopalibus, Apponiaeo videlicet, Tociaco, et Conada Canonicos instituit et Praebendas, praeter alia, quae ad hoc contulit, Parochiales Ecclesias cum suis proventibus eisdem deputans et assignans. Omitto alia, quae in Dioecesis suae utilitatem liberaliter pieque contulit, quae in *historia* saepius memorata *Episcoporum autissiodorensium* multis verbis referuntur. Vnde vel privilegium impetrasse dicunt ab INNOCENTIO III. nostrum hunc *Guillelmum*, ut de Clericorum, si quos intestatos decessisse contigerit, bonis libere disponderet, quo ita tot expensis in Ecclesiarum constructiones atque dotes factis consulere possent, bona clericorum ab intestato defunctorum pie et utiliter sic impendendo. GUILIELMVS autem, cum annos prope quatuordecim tam strenue episcopatum Autissiodorensis rexisset, translatus est dein, invitatus quidem, ad Cathedram Parisiensem, et HONORII III. R. P. iussu ecclesiae illius administrationem suscepit. Sedit Parisiis circiter tres annos et dimidium fere, et mortuus est in Festo B. Clementis anno MCCXXIII. Habes de GUILIELMO de *Castro Scilligniaco*, Autissiodorensi Episcopo, ad quem quidem eundem rescripsisse INNOCENTIVM, magna veritatis specie credere licet.

Tandem de *anno*, quo scripta est INNOCENTII epistola, vix est, quod addam, cum certo definiri nequeat. In *Baluziana* enim collectione Epistolae nostrae annus non adscriptus est, et quantum Pithoeana et Boehmeriana Decretalium editio discrepent inter se, supra cognovimus. Tacent et Codices, tacent, quotquot hucusque extant, corporis iuris canonici editiones, ut fere omnis interclusa videatur via ad veritatem huius rei invenendam. Interim, si quid coniecturae dandum est, probabilior, uti et frequentior, videtur Pithoeorum lectio, qui *annum* 1212. nominarunt, si scilicet, quod verosimile videtur, assumimus, episcopum, ad quem

re-

rescripsit Pontifex, esse GUILIELMVM illum, quem quippe praefulatum suum anno demum MCCVI. ingressum esse, accepimus.

§. 16.

Historia capituli XIII. tum ex integra INNOCENTII III. epistola tum ex historia istorum temporum ecclesiastica exponitur.

Recte omnino et eleganter summus iuris canonici interpres ZEG. BERN. VAN ESPEN³⁰) scripsit: *cum decretales magnam partem desumptae sint ex epistolis Romanorum Pontificum, signanter Alexandri III. Innocentii III. et Honorii III., quibus interrogati responderunt ad difficultates et quaestiones sibi propositas, nemini dubium esse potest, quin consequendo decretalis sensui admodum conveniens sit, statum controversiae, omnesque eius circumstantias eiusque occasionem novisse. Haec vero cum interdum neque ex decretali neque ex integra Pontificis epistola haberi queant, sed ex historicis illius temporis haurienda sint, recte monetur, pro consummata iuris canonici scientia historiarum ecclesiarum, praesertim occidentalium notitiam esse pene necessariam.* Igitur huic monito satisfactorum esse partium video, ut ipsam, quoad fieri potest, controversiae statum, qui nostrae Epistolae causam praebuit, tum ex integra Pontificis epistola, tum ex illorum temporum monumentis exponam. Ex quo luculenter apparebit, quam lepide scripserit, quisquis fuerit interpres ille, qui summam nostro capitulo adspersit: *Tenet testamentum, si quis extremam voluntatem suam alterius dispositioni committit, et dicitur testatus ad pias causas.*

Vt igitur ad rem ipsam progrediamur, illud primum, quod ex integra Pontificis epistola, qualiter ea a BALUZIO restituta est, potest intelligi, praemonendum videtur, scilicet capitulum nostrum continere interpretationem privilegii cuiusdam et indulti Papalis authenticam, quod obtinuerat Autissiodorensis Episcopus. Quod quidem quale sit, Baluziana quoque docet Epistola. Indultum scilicet ex benignitate Sedis Apostolicae fuerat huic Episcopo, ut, si Clerici suae Dioecesis ab intestato decessissent, nemo nisi ipse succederet in bona ab iis relicta, et in sua solum potestate esset, libere de iisdem disponendi, eaque pro suo arbitrio erogandi in bonos usus. Vim huius privilegii vix perspicias, nisi de successione in bona clericorum, qualis eo tempore fuerit, ex antiquitate ecclesiastica haec quaedam delibemus³¹).

Nimi-

30) *Traetat. histor. can. exhibens scholia in canones Concilior. P. X. cap. I. §. 7. p. 189. sq.*

31) *Conferas hic velim LVDOV. THOMASSINVM de veteri et nova Ecclesiae disciplina circa Benefi-*

cia et Beneficiarios (Lucae 1728. fol.) Part. III. Lib. II. c. 38-49. IVST. HENNING. BOEHMERVM in Diss. de successione in bona clericorum singulari Halae 1716. rec. 1739. et GEORG. CHRISTOPH. NELLER

Nimirum licet Clericis eo tempore haud defuerit de bonis suis, etiam per Ecclesiam acquisitis, testandi facultas, quinimo haec libertas Clero inprimis Gallicano variis Conciliis ³²⁾ contra laicorum calumnias ac tergiversationes adserta fuerit et solemniter confirmata, si modo quoad acquæstum ecclesiasticum, quem *peculium Clerici* vocant, in Ecclesiae suae favorem, aut *ad pias saltem causas* testarentur ³³⁾; tamen,

NELLERUM in tribus Dissertationibus I) de Episcoporum testamentatione activa, eorumque testamentis sancte ordinandis. Trevisis 1761. II) de clericorum saecularium testamentatione activa, eorumque testamentis rite ordinandis, Ib. eodem III) de testamento clerici Trevisensis. Ib. eodem. Extant in ANT. SCHMIDT Thesouro Iur. Eccles. Tom. VI. Num. IX. X. XI. p. 382-440.

32) Huc pertinent Decreta Concilii Lugdunensis II. de anno 567. can. 2. Parisensis V. can. 10. et Rotomagensis anni 1189. Concilii Lugdunensis sanctio haec est: *Quia multae tergiversationes infidelium ecclesiam quaerunt privare collatis donariis, id convenit inviolabiliter observari, ut testamenta, quae Episcopi, Presbyteri, seu inferioris ordinis Clerici confecerint, quibus aliquid Ecclesiae, aut quibuscumque conferre videantur, omni stabilitate consistant. Id specialiter statuentes, ut etiam si quoruscumque religiosorum voluntas, aut necessitate aut simplicitate aliquid a saecularium legum ordine videatur discrepare, voluntas tamen defunctorum debeat inconcussa manere, et in omnibus Deo propitio custodiri.* Canones huius Concilii exhibet LE COINTE in Annualibus Eccles. Francor. Tom. II. p. 86. Conf. quoque THOMASSINUS, c. l. cap. 41. §. 3. et 4. pag. 398. Concilium vero Rotomagensis ann. 1189. idem statuit, ut testamentum Clericorum inviolabiliter observetur: et ut bona Clericorum, qui intestati decedunt, per manus Episcoporum in bonos usus distribuantur. Memoriae illud THOMASSINUS, c. l. cap. 47. §. 2. pag. 414. Vide etiam ADELOGI Episcopi Hildensemensis, Constitutionem super testamentis Canonicorum, de anno 1179. quam exhibet G. L. BOEHMERUS in Observat. iur. can. inter Documenta pag. 133. Ibidem etiam varia ipsa invenies Clericorum illius aevi testamenta.

33) ALEXANDER III. in cap. 12. X. de testam. Licet mobilia, per Ecclesiam acquisita, de iure in alias pro morientis a bitrio transferri non possint.

Consuetudinis tamen non est improbandae, ut de his pauperibus, religiosis locis, et illis, qui viventi servierant, sive sint consanguinei, sive alii, aliqua iuxta servitii meritum conferantur. Simile quid legitur in Constitutionibus Synodicis Odonis de Soliaco Episcopi Parisiensis, quas memorat THOMASSINUS c. l. cap. 47. §. 5. pag. 415. Similiter praecipitur Presbyteris, quod mobilia de bonis Ecclesiae acquisita, Ecclesis suis tantummodo legent. Nam de iure aliud facere non possunt. De mobilibus vero suis rationabile faciant legatum. Vid. M. ANT. DE DOMINIS de Republica Ecclesiastica lib. IX. cap. 12. Origines huius consuetudinis, quam non improbandam censet ALEXANDER III. cit. cap. 12. X. de testam. ut in sanctioni Concilii Lateranensis III. de anno 1179. contraria videatur, qua scilicet Clericis in universum denegatur omnis super bonis, per Ecclesiam acquisitis, testamentatio, etiam si vellent ad usus ecclesiasticos disponere, uti videre licet ex cap. 7. 8. et 9. X. de testamentis, — inde repetendae sunt. Cum Episcopi clericorum relicta post obitum eorum sibi vindicarent, ut mox videbimus, et quidem ad eum finem, ut ea secundum Canonum praescripta in pios erogarent usus, hi a suis Praesulibus crebra efflagitarent privilegia, quibus ipsimet indulgebatur, pios, quibus res suas post fata applicari vellent, determinare usus: iis haud difficulter iterato concessis, demum factum est, ut et sine illis praefato modo testari praesumerent, et contra se ponentibus Episcopis, ad consuetudinem provocaverint, quam etiam ALEXANDER III. in cap. 12. cit. in tantum tollerandum pronuntiavit, ut ex mobilibus pauperibus, religiosis locis, et illis, qui viventi servierant, aliqua iuxta servitii meriti conferre valde possent. Vid. DOCHII. FRANC. ANT. DÜRR diff. de manifestilibus. Cap. II. §. V. not. w. et NELLERUM in Diff. de Cleric. saecular. testamentis fact. §. XVI. sqq. et IDEM de testam. clerici Trevis. P. I. §. 7.

tamen, si nihil vivi de bonis suis statuissent clerici, ex constanti Patrum sententia Ecclesia, cui deservierant, ab intestato eis succedebat ³⁴⁾.

Episcopi vero, utpote quibus administratio omnis facultatum ecclesiasticarum ³⁵⁾, ac praeterea ius competiit vacantia conferendi beneficia, huiusque intuitu deportus ³⁶⁾ non minus, quam et ex possessionibus Ecclesiasticis parta ad communem mensam et Cathedrali Ecclesiam revocandi; Episcopi, inquam, sese nomine Ecclesiae intelligi existimabant, bonaque Clericorum, quaecumque fuerant, ab intestato decedentium, sibi vindicabant ³⁷⁾. Supponebant enim, in dubio credendum esse, supellectilem aliaque mobilia, quae Clerici reliquerant, ex bonis ecclesiae profecta esse, hinc illa ad ius ecclesiae pertinere, ad eamque reverti debere ³⁸⁾. Ius spoli hoc posteri vocarunt, quod mox plura spolia genuit. Cum enim Clericorum successores agnati, nulla patrimonialium ab iis, quae per Ecclesiam acquisita ad eam devolvenda erant, bonorum separatione facta, haud leve sentissent, aut se sentisse ventillasset damnum, non raro contigit, ut ii, praeveniendo

34) CONCIL. TOLETAN. IX. c. 4. anni 655. penes GRATIANUM C. XII. qu. 3. c. 2. CONCIL. PICTAV. c. 1. X. de praebend. GREGOR. IX. c. 1. X. de testam. CONCIL. LATERANENSE c. 7. X. eod. et CONCIL. ALTHEMENSE in cap. 1. X. de success. ab intest. Ex legum civilium praescripto hereditas intestati Clerici, non nisi deficientibus cognatis, ad Ecclesiam devolvitur. L. 20 et Auth. Licentiam. §. item si quis. 1. Cod. de Episcop. et Clericis. Nov. 131. cap. 13. Capitular. addit. 3. cap. 31. Si quicumque ex gradu ecclesiastico sine testamento et sine cognatione decesserit, hereditas eius ad Ecclesiam, ubi servavit, devolvatur. Similiter de Sanctimonialibus. Ex ista legum civilium sanctione sine dubio originem suam ducit can. 7. Caus. XII. quae 5. qui falso adscriptus est CONCILIO TRIBURIENSIS; scaturiginem huiusce erroris feliciter detexit DOCTISSIMUS CAR. SEBAST. FERARDUS in aeterno opere, quod inscribitur: Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti, corrupti ad emendationem Codicum fidem exacti, difficultiores commoda interpretatione illustrati. PAR. I. cap. 59. pag. 425. (edit. Vener. 1777. 4.)

35) Can. 40. et 41. Apostol. CONCIL. ANTIQ. de 341. c. 24. et 25. penes GRATIANUM, Caus. XII. quae 1. can. 22 23. 24. ESPEN in Iur. Eccles. Tom. I. p. 2. tit. 22. cap. 6. §. 5.

36) Deportum nomine veniunt Parochiarum vacantiam reditus; de quibus conf. THOMASSINUS, de vet. et nov. Eccl. discipl. P. III. lib. II. c. 37. VAN ESPEN in Iure Eccl. univ. P. II. tit. 36. cap. 1. §. 20. BOEHMER I. E. Proest. Tom. I. lib. I. tit. 6. §. 67.

37) Huic rapinae species et color appingebatur ex necessitate revocandorum quasi in primaevum suum fontem rivulorum, cum a Cathedrali Ecclesia scaturissent caeterae omnes. Quapropter cum accidisset, ut Ecclesiae sic evacuae relictae fuerint, malo huic iam anno 615. CONCILIVM PARIENSE P. c. 8. obicem ponere studuit. Comperimus denique cupiditatis instinctu, deficiente Abbate vel Presbytero, vel his, qui per titulos deservierunt, praesidium quodcumque in mortis tempore dereliquerint, ab Episcopo, vel Archidiacono diripi, et quasi sub augmentum Ecclesiae, vel Episcopi in usum Ecclesiae revocari, et Ecclesiam Dei per pravae cupiditatis expoliatarum relinqui. Scaturimus observandum, ut n. que Episcopus, aut Archidiaconus exinde aliquid auferre praesumat; sed in loco, ubi moriens hoc dereliquerit, perpetualiter debeat manere.

38) ESPENIUS Iur. Eccles. P. II. tit. 33. c. 8. §. 11.

niendo in eorum substantiam integram involarint, eamque sibi abstulerint. Neque etiam defuit plebejorum pauperumque turba rapax, quae non tantum in clericorum exanimorum, sed in extremis quoque adhuc constitutorum aedes irrueret, easque expilaret³⁹⁾. Quin immo tanta tunc omnium animos inceserat clericorum relicta spoliandi cupido, ut ipsi Reges, Duces, Comites et Ecclesiarum advocati, quorum fuisset, contra has pravas depraedationes Ecclesiarum, eorumque, qui illis adscripti erant, custodire facultates⁴⁰⁾, nullo anathematis fulmine perterriti⁴¹⁾, ex defensoribus ipsimet in depraedatores degenerarent. Diutinae, quae hinc oriebantur, et non semel cruentae eorum, qui huic praedae inhiabant, concertationes effecerunt, ut Praesulum nonnulli ius in relicto ab intestato Clericorum peculium succedendi contra Saecularium spoliationes a Sede Apostolica sibi acquirerent⁴²⁾. Neque etiam difficiles se praebebant Pontifices in concedendis eiusmodi privilegiis, quia animadvertabant, non aliter posse his laicorum depraedationibus modum finemque poni, nisi caducis his successionebus ad potestatem Episcopi revocatis⁴³⁾. Et eandem quoque ob rem variis Conciliis particularibus⁴⁴⁾ Episcopis haecce potestas eodem tempore stabilita fuit, ut Clericorum bona, qui intestati decessissent, per manus eorum in bonos distribuantur usus. Satius tamen semper duxerunt Episcopi, praesidium sibi accersere Sedis Apostolicae, ad clericorum intestatorum successiones adeundas; partim ut ea a laicorum spoliationibus magis tuti praestarentur, rixaeque evitarentur, aut saltem brevius sopiri lites possent; partim ut in sua solum potestate et arbitrio haberent Clericorum res, ab intestato decedentium, inprimis etiam Canonorum, quorum relicta ab intestato bona alias ob declarationem ALEXANDRI III. toti collegio, non soli Episcopo obventura fuissent⁴⁵⁾.

Tale

39) THOMASSINUS *de vet. et nov. Ecclesiae discipl. P. III. Lib. II. c. 52 - 56.*

40) SYNOD. MOGUNTIN. anni 813. in Claustro Basilicae S. Albani celebrata *can. 50.* in HARVINI *Actis Concil. Tom. IV. pag. 1007.*

41) CONCIL. CLAROMONTANVM anno 1095. Arverniae in Gallia praesidente VRBANO Papa habitum penes GRATIANVM *can. 45. Caus. XII. quae est. 2.* CONCIL. LATERANENSE II. sub INNOCENTIO II. an. 1139. Romae habitum, apud GRATIANVM *loc. c. can. 47.*

42) THOMASSIN. *Part. III. Lib. II. cap. 47. §. 8.* in fine pag. 417. BONIFACIUS VIII. *cap. 9. de officio ordinarii in 6to.* et THOMASSINUS *c. l. cap. 56. §. 2. pag. 446.* Conf. quoque NELLEKUS

in *Diff. de Clericor. saecular. testamentifaci. §. XVII.*

43) THOMASSIN. *c. l. cap. 56. §. 3. pag. 446.*

44) CONCIL. ROTOMAGENSE de anno 1189. SYNOD. WORCESTRENSIS de anno 1270. *can. 37.* De his, qui decesserint intestati, sic duximus ordinandum, ut de decimis et omnibus bonis eorum, quae tempore mortis inventa fuerint, disponat Episcopus, secundum quod viderit expedire; convertens ea in solutionem debitorum defuncti, si qua fuerint, et alios pios usus, secundum quod pie viderit faciendum.

45) *cap. 12. X. de testam.* „Nomine autem Ecclesiae non solum episcopus, vel successor Clerici morientis, ubi est collegium clericorum, sed

con-

Tale igitur alios inter⁴⁶⁾ et Altißiodorensium Antistes privilegium contra spoliatores impetraverat⁴⁷⁾, ut ordinatio rerum Clericorum suae scilicet dioecesis, ab intestato decedentium, libere in sua potestate ac dispositione permaneret, quod etiam ius Spolii alii⁴⁸⁾ nuncuparunt. An illud ab INNOCENTIO III. evicerit Episcopus, dubii aliquid habere videtur ob verba Epistolae generatim concepta; *cum tibi de benignitate sedis apostolicae sit indultum* &c. potuit et Antecessor Pontifex antecessori Episcopo iam idem dedisse, ut observat celeb. HARPPRECHTUS⁴⁹⁾. Baluziana saltem epistola illud plane haud infert. Forsitan scripturus fuisset Pontifex; *cum tibi de benignitate Sedis nostrae* &c. si ipse Episcopo privilegium illud concessisset. Interim tamen GONZALEZIUS⁵⁰⁾, et THOMASSINUS⁵¹⁾, quorum et ALTESERRA⁵²⁾ inclinare videtur, pro certo ponunt, ipsam INNOCENTIVM III. nominatim Guillelmo de Silligniaco id dedisse privilegii, ut de clericorum intestatorum bonis libere disponere posset, quod etiam probabile videtur. Sed haec subtilia facessant, quia ad intellectum epistolae nostrae nihil conferunt. Altioris indaginis quaestio est, utrum privilegium Episcopi solum pertinuerit ad *acquasum* Clericorum intestatorum *ecclesiasticum*, i. e. ad bona, quae per ecclesiam sunt adepti, seu quae consideratione

G 2

Eccle-

communis congregatio intelligitur, quae rerum illarum debet *canonicam distributionem et curam habere*. Caeterorum quidem Clericorum, qui scilicet collegium haud formabant, nimirum Parochorum intestatorum bona iam de iure communi dispositioni Episcopi subiecta erant, ut ex Conciliis ante memoratis intelligitur, quibus addendum CONCIL. CLAROMONTAN. anni 1095. penes GRATIANVM *c. 46. Caus. XII. qu. 2.* et idem etiam observavit BOEHMERUS in *lur. Eccles. Prozeß. Tom. II. L. III. Tit. 26. §. 50. n. 2.* Sed circumscripta erat ordinatio Episcopi circa tale Pontificis indultum, et ad canonicam illam distributionem obligata, cuius mentionem facit ALEXANDER *cit. cap. 12.* Haecce canonice distributio in eo consistebat, ut intestati parochii successio in partes scinderetur quatuor; quarum una Episcopo, altera Ecclesiae, tertia pauperibus, quarta cognatis, si qui essent, debebatur, sin deficerent idonei cognati, vacant eorum portio accrescebat Episcopo, qui illam in usum Ecclesiae diligenter distribuere debebat. *cap. 2. X. de succ. ab intest.* De distributione hac rerum Ecclesiae temporalium in quatuor portiones egegie disputavit THOMASSIN. *P. III. lib. II. c. 12 - 24.*

46) Liceat haec solum commemorare ROGERVM Archiepiscopum Eboracensem, qui idem obtinuit privilegium ex ben. vate ALEXANDRI III. ut MATTHAEUS PARIS *ad ann. 1181.* refert: *Eodem anno Rogerus Eboracensis Archiepiscopus diem clausit supremum XII. Kalendas Decembris, qui adhuc vivens a Papa Alexandro privilegium impetraverat, ut si Clericus suae iurisdictioni suppositus, agens in extremis testamentum non conficeret et propriis manibus bona sua moriens non distribueret, Archiepiscopus haberet facultatem iniiciendi manus in bona defuncti.*

47) THOMASSIN. *P. III. lib. II. cap. 47. §. 8.* in fine pag. 417.

48) v. BOEHMER in *Diff. de successione in bona clericor. Cap. II. §. 11.*

49) in *Diff. de eo, qui extrem. vol. in alt. dispoße committit. §. 7.* in fine.

50) *ad cap. 13. X. de testam. Commentar. Tom. III. pag. 448. not. a.*

51) *de vet. et nova Eccl. discipl. P. III. lib. II. c. 47. §. 8.* in fin. pag. 417.

52) in *Innocentio III. lib. III. tit. 26. ad cap. 13. pag. 432.*

Ecclesiae perceperunt, ut ALEXANDER III. loquitur⁵³⁾; an vero simul ad bona Clericorum patrimonialia, i. e. ea bona, quae, uti idem ALEXANDER III. ⁵⁴⁾ declarat, paternae successionis vel cognationis intuitu, aut de artificio sunt adepti, seu dono confanguineorum, aut amicorum, non habito respectu ad Ecclesiam pervenerunt ad ipsos? GONZALEZIVS⁵⁵⁾ putat, privilegium Episcopo indultum unice intelligendum esse de rebus Clericorum non patrimonialibus, quia in patrimonialibus bonis Clerici heredes suos confanguineos et agnatos ab intestato habuissent, eamque in rem adducit cap. cum in officiis 7. cap. ad haec 8. et cap. relatum 12. X. de testament. Sententiae huic subscribunt etiam J. H. BOEHMERVS⁵⁶⁾, CHRISTOPH. FRID. HARPPRECHTVS⁵⁷⁾, et quidquid fere recentiorum Jctorum est. Sed obitat I, quod ex verbis privilegii ipsius, prouti ea iuxta Baluzianam Epistolam ab INNOCENTIO III. relata sunt, nulla restrictio talis appareat; II, quod adducta capitula solum de facultate testandi, quatenus ea Clericis iure Decretalium competiit, loquantur; neutiquam vero de successione ab intestato; III, quod sanctiones iuris canonici, quae de successione Ecclesiae in bona Clericorum intestatorum agunt, nullum statuunt bonorum discrimen. Provoco ea de re ad CONCILIVM ALTHEIMENSE, ex quo desumptum est c. 1. X. de succ. ab intestat. ubi dicitur; *Sed hoc ibidem inventum est de Episcopis, Presbyteris et Clericis, ut si per hereditatem, vel alio modo intuitu personae aliquid acquiserint, donare eis liceat, cui voluerint, dum vivunt. Si autem ante obierint, quam hoc fecerint, altari cui serviunt, omnia perpetuo sanctificentur, et in ius Ecclesiae tradantur.* Jam vero Altissiodorensium Antistes vi privilegii sui successit in Ecclesiae locum. Dicto quidem capiti Rubrica et Glossa addidere clausulam, qua scilicet decretum illud ad Clericos arctatur, quibus nulli sunt proximi, et qui intestati obeunt: *Si decedat intestatus, et non habet confanguineos, succedit Ecclesia;* Sed, quod eleganter animadvertit LVD. THOMASSINVS⁵⁸⁾, quantum etiam consentiat hoc additamentum iis temporibus, quibus et Rubricae et Glossae conscriptae sunt, tam immaniter tamen dissentit ab ipsius Canonis sententia, et ab usu eorum temporum et locorum, quibus conscriptus est, adeoque et a temporibus iis, quibus sub GREGORIO IX. libri ipsi Decretalium orbi Christiano promulgati sunt. Quod vero tale ius iis temporibus non in Germania, sed praecipue etiam in Gallia obtinuerit, eius rei testimonium praebet ineluctabile CONCILIVM ROTOMAGENSE anni 1189. huius tenoris; *Statuimus, ut testamentum Clericorum in-*

53) c. 8. et 9. X. de testament.

54) c. 9. X. de testament.

55) c. l. nox. b. pag. 448.

56) Iur. Eccles. Prorest. T. II. lib. III. tit. 26.

§. 50. pag. 1022.

57) cit. diss. §. XV. num. III. pag. 32.

58) P. III. lib. II. c. 47. §. 8. p. 417.

violabiliter observetur, et, ut bona Clericorum, qui intestati decedunt, per manus Episcoporum in bonos usus distribuantur. Nullibi exprimitur, hereditariis an ecclesiasticis ex rebus emerferit peculium Clericorum ab intestato relictum. Obstat denique IV, communis eorum temporum doctrina, quod, quae in mobilibus intestati superessent, ex bonis ecclesiasticis comparata esse viderentur, adeoque haec sine ulteriori inquisitione per canones deberent Ecclesiae; in quo tamen quantum laesi fuerint heredes ab intestato, lubenter equidem confiteor, et temporum istorum historia docet, quanta hinc inde contentione de intestatorum successione certatum sit. Quam late interim patuerit Episcopi nostri privilegium, peraeagre tamen, ut in historia capituli nostri pergamus, illud tulerunt Canonici Cathedralis Ecclesiae, idque modis omnibus infringere concupiverunt. Igitur iactarunt primum, se non comprehendere hoc privilegium; quasi nimirum privilegium, quod scriptum esset de Clericis, pertineret tantum ad minores Clericos, non ad Canonicos. Sed tergiversationi huic ipsimet diffidentes, aliud visum est iis superesse lectius remedium, quo se subducerent privilegio Episcopi. Scilicet moris fuit Ecclesiasticorum iis temporibus ubique recepti, ut ad reprimendam tum maxime grassantem expilatorum audaciam, qua et in testata Ecclesiasticorum bona involarent, amicos sibi non vulgari fiducia dignos eligerent, quorum curae demandabant, ut illi relictas ipsorum post fata superstitis substantiae contra spoliatores et adversus quorumcunque ausus vindices et custodes existerent, atque non solum ultimas eorum, si quas ordinaverant, voluntates exequerentur, sed etiam, si forte subitae mortis incerta praecoccupatio extremae dispositionis facultatem ademisset, ea aequae, quae ab Ecclesiis, quam quae aliunde profecta sint, secundum statuta et consuetudines locorum fideliter pieque erogarent. Dicuntur isti in medii aevi documentis vulgo *Manufideles*⁵⁹⁾,

G 3

licet

59) CONCIL. COLONENSE de a. 1266. can. 7. Statuimus, ut nullus laicus, cuiuscunque dignitatis vel conditionis existat, de bonis Clericorum, sicut in vita, ita et in morte testamentum suum faciendi, et de rebus suis disponendi per se, vel per alios, quibus hoc commiserit, liberam habeat facultatem. Et illos, qui contra hoc statutum de bonis et rebus Clericorum decedentium ausu sacrilego se iniecerint, nisi sint ipsorum Clericorum MANUFIDELES, seu ultimorum executores voluntatum, ex nunc sententia excommunicacionis innodamus. Etiam in aliis medii aevi Diplomatis antiquioribus, ut infra patebit, hocce vocabulum iamiam occurrit. Doctissimus

FRANC. ANTON. DÜRR, qui, ut iam supra commemoravi, elegantissimam Dissertat. de manufidelibus in specie Ecclesiasticorum tum Principum tum privatorum in Germania. Moguntiae 1762. Cap. 1. §. 4. nominis Etymon ita explicat: a praefixis, inquit, Germanorum ac Romanorum saeculis sacra fidei iudicabatur manus. SERVIVS ad Virgil. lib. 3. v. 607. GER. NOODT probabil. lib. IV. c. 21. p. 103. eamque ad nostra usque tempora in negotiis amicitiae, in quibus turpe videretur, de amici fide minus sollicitum esse, in fidelitatis pignus iuramenti loco amicus amico praehere solet; quemadmodum vero ab haec manus stipulatione suum sortitus est mandataris

licet subinde etiam testamentarii⁶⁰⁾, immo testatores et ordinatores⁶¹⁾, alibi quoque gadiatores, seu gardiatores⁶²⁾ nuncupari soleant. Inventum istud Manufidelium constituendorum, utpote libertati Ecclesiasticae admodum favens, inprimis etiã Canonorum adoptaverant Collegia, quae scilicet invicem sese per statuta capitularia obstringebant, ut eorum quilibet suos quotannis Manufideles eligat, vel iam electos confirmet⁶³⁾. Eundem igitur hunc morem Canonici quoque Altissiodorenses inter se recipiebant, ut ita et contra ius spoli sui Episcopi sese defenderent. Clerici itaque Altissiodorensis Ecclesiae, cum rerum post fata a se relictarum ordina-

rius nomen, (HEINECCI Academische Meden lib. 3. tit. 27. §. 953.) ita a vero aeque haud abesse existimat, si et inde petatur Manufidelium etymon, quippe qui conventionem primitus manulem deponendo fidem sunt constituti, ut espropter audierint data quasi *Manu fideles*; id quod illustrat testamento PETRI Archi-Praesulis Moguntini anno 1319. condito, penes GUDENUM in Cod. Diplom. Tom. III. Dipl. 133. pag. 179.

60) Vide Litteram OTTONIS episcopi Hildens. ducis Brunsvic. de iure executorum testamenti Canonorum de a. 1279. penes BOEHMERUM in Observat. iur. can. p. 137. et IOANNIS MONIK Praepositi Tzevenensis et Bremensis testamentum de a. 1397. penes eundem BOEHMERUM cit. Observ. pag. 146.

61) Hoc nomine veniunt in Testamento Eckhardi de Dernbach Canonici Westphaliensis de a. 1278 quod extat in L. B. de GUDENUS Cod. Diplomatic. Tom. I. Dipl. 354. pag. 769. Porro eadem testatorum appellatio occurrit in Ultima voluntate Hermannii, quam exhibet BOEHMERUS in Observat. iur. can. pag. 139. et in littera Ottonis Episc. Hildens. de ann. 1279. not. praecedente iam ex BOEHMERO memorata.

62) Ut in CONCIL. AVENIONENS. Cap. 2. in HARDUIN. Aff. Concilior. Tom. VII. pag. 655.

63) Celeberrim. DÜRR sic. Diff. Cap. II. §. VII. not. f. illustre Capituli S. Petri Moguntini exemplum adducit, quod statutum tale condidit anno 1264. Ex quo. cum ad illustrandum nostrum cap. 13. X. de testam. mirum quantum faciat, nonnulla haec excerptisse iuvabit. In nomine Domini Amen Decanus, Scholasticus, Cantor, totumque capitulum Ecclesiae S. Petri in Moguntia. De voluntate et consensu unanimi

inopinatis casibus et animarum nostrarum salutem propter libertatem Ecclesiasticam providere volentes, taliter ordinavimus atque statimus, quod quilibet tam Prelatorum, quam Canonorum Ecclesiae nostrae MANUFIDELES eligat, qui testamenti seu ordinationis rerum suarum, si quam fecerit, tum mobilium quam immobilium executores existant. Si autem de rebus suis inter vivos vel mortuos nihil disposuerit, et ita deceaserit, iidem MANUFIDELES de rebus eius disponant, secundum quod salutem anime suae sub periculo animarum suarum viderint expedire. — Haec autem ordinatio quolibet anno in quadragesima infra dominicam invocavit, et festum Palmatum in Capitulo publicetur; Ita si quis testamentum, si quod fecerit, vel MANUFIDELES, quos elegerat, mutare voluerit, super hoc liberam habeat facultatem; Alioquin MANUFIDELES ab ipso selecti remaneant, cum non intelligatur decedere intestatus, qui testamentum vel ordinationem rerum suarum alterius potestati committit. Hoc nihilominus adicientes, quod si Canonici non condito specialiter testamento decedens, obligatus debitis non fuerit, vel saltem talibus debitis teneatur, ad quorum solutionem res suae mobiles sufficiant; Manufideles ipsi unum gratiae, quem habet in praebenda, in alios usus convertere non possint, nisi Ecclesiae secundum antiquam consuetudinem hactenus approbatam. Hac igitur ordinatione seu statuto prehabito memorato termino a summo usque ad ultimum quilibet MANUFIDELES publice per Decanum nostrum in Capitulo nostro, ut moris est, elegerit, et omnia, quae praemissa sunt, data fide loco iuramenti servare promissit. Acta haec sunt Anno Domini MCCI. XIV. Extat in GUDENI Cod. Diplom. Tom. II. Diplom. 114. pag. 150.

dinationem nec Episcopo relinquere, nec ipsi tamen pios determinare usus vellent, quibus res suas post mortem applicari cuperent, aut praepediti possent; suis solebant committere manufidelibus, ut secundum suam animi sententiam et arbitrium ipsorum nomine disponerent de substantia a se relicta, prout salutem cuiusvis melius expedire viderint⁶⁴⁾. Jam ecce moritur Ecclesiae Altissiodorensis Canonicus. Reliquit codicillum, in quo haec fere verba leguntur: *Ego ROBERTVS, Ecclesiae Cathedralis Autissiodorensis Canonicus capitularis, universis et singulis, praesentes literas inspecluris, notum facio ac testor, quod, si ex ordinatione divina, cui demissime me subiticio, e vivis me evocari contingat, ne forsitan ab intestato decepsisse censear, in veros, legitimos, ac indubitatos ultimae voluntatis meae Executores penes hanc Ecclesiam Cathedralis constituerim et nominaverim, prout hisce constituo et nomino Reverendissimos et nobilissimos viros REGINALDVM DE SILIGNIACO, Ecclesiae Autissiodor. Decanum, GUYDONEM DE MELLOTO, Ecclesiae eiusdem Scholasticum, HENRICVM DE PAGO eiusdem Ecclesiae Autissiod. Cantorem, et perillustrem virum, HENRICVM Comitem de Alexia, coniunctim ac divisim, et quemlibet eorum in solidum, dans et concedens iidem plenam et absolutam facultatem et potestatem, de omnibus et singulis bonis meis, in quantum de iidem in vivis aliter non disposui, vel per ultimae voluntatis elogium non disponam, ordinandi ac disponendi, prout viderint et iudicaverint, salutem animae meae salubrius in Domino expedire; in quorum fidem ac testimonium haec Executoriales Litteras manu propria subscripsi. &c.* En porro alius decedit eiusdem Ecclesiae Canonicus, qui ne quidem codicillum talem relinquens, nuncupative commisit manufidelibus suis, ut secundum arbitrium suum ipsius nomine post obitum eius substantiam suam ordinent, atque de omnibus ac singulis bonis suis disponant, prout salutem eius melius expedire noverint. Igitur nihil per se penitus ordinans, nec determinans, quid, cui loco, vel personae conferri debeat, animam efflavit uterque Canonicus. Episcopus, verbis privilegii sui inhaerens, quod ipsi Clericorum suae dioecesis intestatorum hereditates addicebat, utriusque Canonici tanquam intestati bona vindicat. Resistant Canonici, conclamantes, hoc adversari libertati ecclesiasticae. Grave idcirco Episcopum inter et suos Canonicos suboritur scandalum. Det veniam huic verbis benevolus lector, quod tum fere omnibus erat in ore, et ab INNOCENTIO III. ipso usurpatum est, ut ex Baluziana epistola intelligitur. Notamus enim,

64) De consuetudine, testamentificationem in alterius conferendi arbitrium, inprimis etiam in Gallia tum temporis recepta, testatur non solum GREGORIUS TURONENSIS lib. VIII. cap. 42. Bertramnus vero, reversus ex Synodo, a febre

corripitur, accessitque Valdone Diacono, qui et ipse in baptismo Bertramnus vocatus est, summam ei Sacerdotii deputat, amissaeque conditiones tam testamenti, quam benevolentiarum ipsi committit; sed etiam ipsa nostra INNOCENTII epistola.

enim, vocem *scandali* denotasse isto revo rixam, iurgium, dissensionem acriorem, iniuriam, notante DV FRESNE *Tom VI. glossarii pag. 128.* Haec obiter tantum. Episcopus igitur de privilegio, de libertate ecclesiastica contendebant Canonici. Causam uterque ipse dicat. Quid causae dixerit Episcopus, facile coniectura augurari licet. Suffragari scilicet Episcopo ius civile Justinianum videbatur, cuius usus iam Seculo XII. per totam fere Galliam sese diffuderat⁶⁵); Cum enim ex iuris civilis sententia⁶⁶) *intestati* proprie appellentur, qui, cum possent testamentum facere, hoc tamen non fecerunt, aut fecerunt quidem, sed non iure; profecto Canonici isti, qui suarum rerum ordinationem post mortem suam commiserant suis Manuſidelibus, Episcopo eo magis *intestati* decessisse videbantur, quo minus iidem heredem instituissent, quo sine nullum concipi testamentum posse, in confesso est, cum ipso JUSTINIANO teste⁶⁷) veluti caput atque fundamentum intelligatur totius testamenti heredis institutio. Aderat et aliud iuris civilis adiumentum Episcopo, scilicet quod secundum istud testamentorum iura ipsa per se firma esse oporteat, non ex alieno arbitrio pendere⁶⁸). Hae procul dubio fuerunt illae quasi hastae, quas, sibi a iure civili ministratas, in Canonicos torquebat Episcopus, defunctorum, quos dixi, hereditates tanquam ab intestato sibi vindicans. Videamus, quas retorserint Canonici. Haud quidem abnegarunt illi Episcopo, quod a Pontificia sede ei indultum fuerat, privilegium, sed, cum istud de *intestatorum* tantum clericorum successione loqueretur, Episcopum illo neque contra se, quippe qui essent *Canonici Ecclesiae Cathedralis*, unum cum Episcopo corpus, Ecclesiaeque Senatam constituentes⁶⁹), adeoque maiori, quam clerici simplices, dignitate conspicui; neque etiam in praesenti casu uti posse, contendebant; cum haud *intestati* decessisse videantur clerici, qui, ut tum moris erat, supremam rerum suarum ordinationem in manuſidelium dispositionem commisissent. Frustra itaque conari Episcopum, Canonicis eripere libertatem, quam ipsa Concilia omnibus tunc indulgissent Clericis⁷⁰). Praeterea quoque satis notum esse, *heredum*

65) Vid. *Histor. iuris Gallicani epitome* a Io. MART. SILBERRADIO conscripta, et HEINECCI HIST. IURIS, auctae RITTERI ET SILBERRADI NOTIS, (*Argentorati 1765.*) adiecta, §. IX. et X. pag. 1092. 1093.

66) L. 64. D. de Verb. signif. L. 1. pr. ff. de suis et legitim. L. 8. §. 2. ff. de bonor. poss. contra zab.

67) §. 34. I. de legar. adde L. 1. D. de hered. instit.

68) L. 32. pr. D. de hered. institur.

69) cap. 4. X. de his, quae sunt a Praelato suo cons. Cap. can 7 Catj XVI. qu. 1. ALTESERRA Innocent. III. ad cap. 18 X. de Verbor. significat. pag. 628.

70) CONCIL. CLAROMONTAN. anni 1098. penes GRATIAN. can. 46. *Caus. XII. qu. 2.* Verbis: *Id ipsum de Presbyterorum seu clericorum aliorum rebus per Episcopum, vel per suprädictas personas, aut CUI DEFICIENTES COMMISERINT, fiat.* Idem comprobatur CONCIL. COLONIEN. de an. 1266. can. 7. cuius verba supra nos. 59. in medium protuli.

redum locum obire dispensatores istos, defuncti personam in omnibus sustinentes⁷¹), adeo ut vel ob hanc rationem iuxta communem istorum temporum disciplinam ne quidem intelligantur decessere *intestati*, qui ordinationem rerum suarum alterius potestati commisissent⁷²). Episcopus, *volens omnem materiam scandali removere*, (utor verbis INNOCENTII III. ipsis, prout in *Baluziana* epistola referuntur) retulit rem ad Pontificem, ratus, hunc eundem fore optimum beneficii sui interpretem, et arbitrum, eumque litteris suis consuluit super hisce duobus. Primo: *an privilegio suo comprehendantur etiam Canonici, adeoque appellatio vocabuli Clericorum tam ad Canonicos, quam ad non Canonicos extendatur?* Secundo: *an illi, qui in dispositione et voluntate alterius suam commisissent extremam voluntatem, intestati obisse censendi sunt?* Vtrique huic consultationi respondet INNOCENTIVS, rescripto desuper ad Episcopum Altiſſiodorensem dato, et primae quidem ita, *quod appellatio Clericorum non solum alios, sed etiam Canonicos comprehendat*; Ad secundam vero respondet: *quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videatur decessere intestatus.* Scissum est postea hocce INNOCENTII rescriptum a Compilatoribus duas in partes, quarum prima in cap. 18. X. de Verbor. Signif. altera vero in cap. 13. X. de testamentis refertur.

§. 17.

Ex historia Decretalis praenarrata ostenditur, INNOCENTIVM III. in cap. 13. X. de testamentis nequiquam ius civile abrogare voluisse.

Ex genuina haec, quam tum ex integra Pontificis epistola, tum ex fide dignis litterarum monumentis hausi, capituli nostri historia diiudicet iam lector, utrum Pontificem iuris civilis in hac causa abrogandi ulla cupido inceserit? Ad sequen-

71) Sic Manuſideles debitores defuncti non solum convenire, sed et a creditoribus conveniri poterant; vid. Dular *cit. Diss. Cap. III. §. XI.* BOEHMER *Observat. iur. canon. Obs. IV. §. VII.* pag. 122. Adde CONCIL. EXONIENSE anni 1287. cap. 50. apud DAV. WILCKINS *Concil. Magnae Britann.* Tom. II. pag. 156. 157. ubi iura et obligationes Executorum ultimarum voluntatum amplissime definiuntur.

72) Fuisse hanc communem istorum temporum doctrinam, *statutum Capituli Perrensis Moguntini de anno 1264.* quod supra nos. 63.

adposui, tam evidenter comprobatur, ut, de eo qui dubitet, haud sane intelligam, cur non idem, Sol sit, an nullus sit, dubitare possit. Neque etiam est, quod putes, invaluisse forsitan hanc opinionem demum, postquam INNOCENTIVS ediderit hoc rescriptum, cum enim rescriptum illud in cap. 13. solum ininteresse Episcopi Altiſſiodorensis peculiare respiciat, vix credendum est, illud iam ante promulgationem Decretalium Gregorii IX., quibus inferum est, publici iuris fuisse, aut Canonice Capituli S. Petri Moguntini cognitum.

sequentia tamen momenta attendat velim quam qui maxime; I, *cap. 13*, de quo hic quaerimus, esse partem *rescripti Pontificii*, in rescriptis autem Pontificum Romanorum non magis *ius novum* esse quaerendum, quam in rescriptis Imperatorum in Codice; *nisi manifesta eius appareant vestigia*⁷³⁾. Pontifices enim, sicuti Imperatores Romanos secuti sunt in plerisque, ita quoque exemplo illorum in suis rescriptis, ad relationes seu consultationes aliorum de quaestionibus dubiis⁷⁴⁾ emissis, ius iam constitutum seu commune exponere atque deficiens supplere fuerunt soliti. Proinde cum lex correctoria haud praesumatur, multo profecto minus iuris civilis correctio praesumi potest in decretali Pontificis epistola, cum, quoties Pontifices a iuris civilis rigore recedere gestiunt, iidem, probe intelligentes, qui essent fines potestatis suae, et quod ius certum ac civile eliminare, potestati Pontificiae haud conveniat, prolixius illud additisque rationibus exprimere soleant⁷⁵⁾. Enimvero brevitatis nimia nostri capituli praesumptionem talem penitus excludit. Cogitet II, lector, INNOCENTIVM III, etiam si verba decisionis nostri capituli generatim concepta videantur, tamen de *Clericis* tantum, atque in specie de *Canonicis*, dioecesi Episcopi Altissiodorensis subiectis, *et non de quibuscunque*, laicis forte, decedentibus loqui, id quod ex integra Pontificis epistola patet; III, Penes clericos, inprimis vero Canonicos, eo tempore more fuisse receptum, ab ipsis Conciliis agnito, ut ad praecavendas spoliationes, tum temporis adeo usitatas, suos sibi quisque *mansuetales* constituendi, eorumque dispositioni extremam committendi rerum suarum ordinationem; facultatem habuerit; IV, Ad hanc consuetudinem, utpote in Gallia tum temporis non minus frequentem, sese referre INNOCENTII responsum; quod et animadvertit ALTESERRA⁷⁶⁾. V, Fuisse communem istorum temporum doctrinam, *quod non intelligatur decedere intestatus, qui rerum suarum, post sua relictarum, ordinationem Executorum eiusmodi commiserit dispositioni*, ut praecedente spatio effectum est; quae quidem etiam ex hoc fundamento defendi poterat, quod, quando clericus decedens Manusidelis sui arbitrio suam voluntatem ultimam committit, naturaliter satis dicatur *testari*, i. e. declarare, se nolle, ut ordinatio rerum suarum sit in potestate Episcopi, sed penes alium, cui commisit. Est enim, Imperatore teste in *prooem. Instit. de testam. ordinand.* testamentum

73) REINOLDVS in *Opusculis* a IUGLERO editis pag. 397. et *sqq.* in primis pag. 403. Vide quoque, si lubet, *Dissertaz.* meam inaugural. de *testamentis privatis. solemn. probaz. per septem testes instruenda* §. 8. pag. 62. et *Praecognita mea iurisprud. eccles. positivae Germanorum* §. 34. quae propediem exhibunt.

74) Vide ECKHARD. in *Hermeneut. iuris.* Cap. VIII. §. 322.

75) Exemplo esse potest INNOCENTII III. cap. 12. X. de foro competente.

76) in *Innocentio III.* ad nostrum cap. 13. pag. 432.

mentum quasi ex eo dictum, quod sit *testatio* i. e. declaratio *mentis*, et in sensu latiori *quancunque voluntatis declarationem* continet, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit⁷⁷⁾. Eamque hanc doctrinam VI, Pontificem, absque ullo penitus animo, novi quid statuendi, cuius quippe nulla vestigia apparent in tota INNOCENTII epistola, solum in nostro capitulo approbasse, ad eum scilicet effectum, ut *ius spoli*, vi privilegii Episcopo Altissiodorensi alias competens, eo in casu exerceri ab eodem nequeat, quo clericus testatores constituit, quorum arbitrio rerum suarum ordinationem post obitum reliquit, ita ut hoc in casu ius illud Episcopi clericorum intestatorum bona vindicandi, tanquam odiosum, canonicisque contrarium, non immerito restringendum esse, INNOCENTIVS putaverit. Quibus omnibus rite perpensis cuilibet credo in oculos incurret, quantum abhorreat Pontifex ab illa multorum opinione, qui eum iuri civili, quod testamentorum iura ex alieno pendere arbitrio non vult, vel quidquam derogare voluisse existimant. Quod si enim haec Pontificis intentio fuisset, alio prorsus modo concipiendum fuisset INNOCENTII III. responsum, ac conceptum illud legitur; At enimvero et historia capituli nostri et ipsa verborum structura satis docet, INNOCENTIVM III. neutiquam consultum de eo fuisse, *utrum extrema voluntas valide in arbitrium alterius conferri possit?* de eo enim quoad Clericos scilicet nemo facile in Gallia eo tempore dubitabat, sed utrum is clericus, qui manusideli suo extremam rerum suarum ordinationem commiserit, nihil per se penitus determinans, quid, cui loco, vel personae conferri debeat, intestatus decessisse censendus sit, ad eum scilicet effectum, ut vi privilegii Episcopo competat ordinatio rerum defuncti? hanc solum quaestionem decedit INNOCENTIVS III. et negative quidem secundum temporum istorum, quam exposuimus, doctrinam atque consuetudinem. Sed heus, quaeso, utut contraria tibi Pontificis decisio iuris civilis rationi videatur, tamen, si vel eidem, haud ita quaquam repugnare, tibi demonstrarem, ecquid erit pretii? Constat nimirum, Executores illos ultimarum voluntatum, quos MANUSIDELIS antiquior aetas appellavit, relicta clericorum bona in pios erogare usus debuisse iuxta praesumptam defunctorum mentem, et Ecclesiae cuiusque statuta⁷⁸⁾; iam vero quantopere vel ipsae leges civiles velint, ut, quae ad pias causas sunt relicta, omnibus adimpleantur modis, supra in priori Sectione §. 6. docuimus.

H 2

§. 18.

77) Vid. HENR. CHRIST. SENCKENBERG in *Disquisit. de testam. public. origine* cap. I. §. 1. et 2.

78) in *Statuto Capituli S. Petri Moguntini*, quod supra in medium produimus, dicitur: *Si de rebus suis inter vivos nihil disposuerit Canonici,*

Usus hodiernus cap. 13. X. de testam.

Cum igitur rescriptum Pontificis in dicto cap. 13. X. hunc solum sensum habeat, ut circa dispositionem rerum clericalium is, qui a defuncto constitutus est, praefertur Episcopo, cui ius spoli est concessum, non quidem, ut Manusidelis ille alium proprie heredem instituat, sed ut ex verosimili defuncti mente secundum Ecclesiae cuiusque statuta bona defuncti, quemadmodum fecisset Episcopus, in pios usus erogat, ut quoque visum est LVD. ENGELIO⁷⁹⁾, et PAUL. IOSEPH. A RIEGER⁸⁰⁾, non video, quid absurdi involvat, si statuamus, sub *iisdem circumstantiis*, quas cap. 13. praesupponit, adhuc hodie, praesertim in locis, ubi iura spoli non plane deserunt, dicendum esse, *intestatum decessisse haud videri eum, qui extremam voluntatem suam in alterius dispositionem contulit* ad excludendum scilicet Episcopum, vel eum, cui in casu intestati ius de relictis clericorum disponendi competit⁸¹⁾. Negandum itaque et pernegandum est, cap. 13. decisionem praebere posse sciscitanti, utrum valeat ultima voluntas, quam testator in alterius arbitrium contulit, quippe de qua quaestione Pontifex haud consultus, non respondit; haec potius quaestio si oritur, decidenda illa erit ex principiis Iuris Civilis, quae nec

INNO-

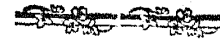
nonicus, et ita decesserit, iudem Manusidèles de rebus eius disponant secundum quod saluti animae suae sub periculo animarum suarum viderint expedire. Atquin formulae pro anima, pro animae salute, pro animae redemptione, pro animae remedio disponere, non solum in chartis medi aevi antiquiorum nostrorum, sed etiam in LL. Rem. L. 42. C. de Episc. et Cleric. Nov. 115. c. 3. §. 13. occurrentes, referent HEINECCIO in Elem. iur. Germ. lib. II. Tit. VII. §. 179. 188. non nisi ad pias causas, ad pios usus disponere denotant, quapropter etiam eiusmodi piae dispositiones (Seelgerät) vocabantur. De formula in remedium s. salutem animae confer quoque LVD. PHILIPP. BEHLEN diff. de causis secularisationum illegitimis et legitimis, Moguntiae 17. 6. §. XV. in SCHMIDT Thes. iur. Eccles. I. VI. p. 91. Fuit nimirum per ista secula communis hominum persuasio, animae saluti consulendum esse necessario per dispositionem in favorem Ecclesiae aliusve piae causae faciendam; hinc probrosum quodammodo existimabatur, sine testamento decedere, propterea quod Christianus, intestatus a vivis abiens, nullamque eleemosinam decernens, nul-

lam aut exiguam suae salutis curam habuisse videretur, sicuti observavit LUD. ANT. MURATORIUS Tom. V. Antiquitarum Italiae medii aevi Diff. LXVII. Ut ergo eiusmodi ignominiae eriperentur, quicumque intestati diem clauderent, in ventus sensum alicubi fuit mos, ut Episcopus defuncti hominis loco testamentum consideret, hoc est, id statueret in Eleemosynas erogandum, quod relicturus fuisset crederetur Christianus, vita defunctus, si testamentum suum vivens scripsisset. Vid. CONCIL. LONDINENSE c. 23. de no. 1268. et CONCIL. EXONIENSE can. 50. in fine apud WILKINS. Concil. Magnae Britanniae. Tom. II. p. 11. et 157. Conf. III. BOEHMERUS in Observat. iur. can. Obf. IV. §. VIII.

79) Collegium univ. Iur. Canonici lib. III. tit. 26. n. 15.

80) Institut. iurisprud. eccles. ff. Part. III. §. 400. pag. 292. (edit. noviss. Vindobon. 1778. 8.)

81) ZEG. BERN. VAN ESPEN in Iur. Eccl. univ. P. II. Tit. XXXII. cap. VIII. §. 16. et HARTFRECHT Diff. laud. §. XVIII.



INNOCENTIUS hoc suo rescripto abrogare voluit. Hinc recte, ex principiis adductis, in Camera Imperiali in causa de Gablen iudicatum quondam esse refert L. B. DE CRAMER⁸²⁾, irritam esse dispositionem ac prorsus nullam, si quis simpliciter extremam rerum suarum ordinationem soli beneplacito et voluntati executorum reliquisset, quantumvis illa a Clerico fuisset condita, cum ex recepta Imperii praxi, ad evitandas omnes fraudes ac falsitates, Clerici etiam secundum ius commune ac civile testari obstringantur, iuraque manusidelium in Germania hodie unice ex iuris Romani, et Constitutionum cuiuslibet territorii ac Dioecesis determinatione et analogia diiudicanda sint, ita, ut illius, qui alio, quam Leges in condendis testamentis praescripsere, modo executores sibi constituerit, ne quidem quoad eiusmodi Executores valeat dispositio, et testamento, quoad omnia sua capita nullo, etiam Executoris evanescat constitutio, quod sit, si quis ultimam facultatum quarumlibet suarum dispensationem simpliciter, absque ulla piae causae mentione⁸³⁾, Executorum mero reliquerit arbitrio. Eatenus igitur rectam utique viam instat Doctissimus DÜRRIVS⁸⁴⁾, si scripsit: *Clericus idcirco, totum hereditatis suae assenti tali ratione Manusideli suo simpliciter absque mentione causae piae dispensandam transmittens, quoad patrimonialia intestatus moritur, quorum agnati secundum successionis ordinem heredes veniunt, et in illorum defectu, fisco Episcopi excluso, Ecclesia successor existit*⁸⁵⁾. Sed quando pergit: *Circa patrimonialia, vero quod bene notandum, constitutio saepe dicti Cap. 13. X. de testam. usque quaque tunc subintrat, et sic tenetur Manusideli ea omnia et singula ad verosimilem defuncti mentem secundum Ecclesiae cuiusque statuta in pios expendere usus*; ista quidem, si ad veram Pontificis in nostro capitulo mentem, quam ex historia in antecedentibus exposuimus, tanquam ad lapidem lydium referantur, valde dubito, utrum recte se penitus habeant. Ego potius, si quid video, plurimi omnino quoad patrimonialia, ut Vir Doctus loquitur, h. e. quoad acquaesum Clerici defuncti ecclesiastici interesse puto, utrum hodie in Dioecesi quadam acquaesum ille vi privilegii seu consuetudinis cuiusdam iuri spoli in casu intestati adhuc sit obnoxius, an vero non, sed, quod hodie consuetudine fere generali obtinet⁸⁶⁾, una cum patrimonialibus defuncti Clerici bonis ad heredes eius ab intestato devolvatur. In casu priori vera erit DÜRRIVS sententia iuxta cap. cit. 13.; in casu vero posteriori minus recte calculos subduxisse mihi videtur Vir Doctus, nam si par est utriusque bonorum substantiae et acquaesum et patrimonii conditio, ita, ut de utraque aequali prorsus iure disponendi, eamque in heredes transmittendi, clerico competat facultas, Clericus profecto pro parte testatus pro parte vero intestatus decessisse videretur, si Manusideli saltem de patrimonialibus disponendi relinqueretur potestas, quod tamen neque iura civilia neque iura canonica ne quoad Clericos qui-

82) Weislavische Beyträge 3. Th. N. XII. pag. 62. sqq.

83) Vid. Celeb. DÜRR diff. de Manusidelibus Cap. 1. §. 5.

84) in Diff. laudata cap. III. §. 6.

85) CONCIL. CARTHAG. III. cap. 48. elat. Caus. XII. qu. 5. can. 6. et 7. et L. 20.

Cod. de Episc. et Cleric. Nov. 171. cap. 13. THOMASSIN. l. c. P. III. L. 2. c. 39. §. 8. BOEHMER I. Eccl. Protest. Lib. III. Tit. 27. §. 17.

86) Vid. G. L. BOEHMERUS in Princip. Iuris Canon. §. 560.

quidem admisserunt 87). Proinde hoc in casu irritam potius eiusmodi extremam dispositionem esse arbitror, nisi defunctus Clericus expresse commiserit manus delibus suis, ut iidem omnia et singula bona eius ad pias causas erogent.

§. 19.

Conclusio.

Sed plura dicere, vetat et temporis penuria, et praesentis commentationis scopus; quin immo pene vereor, ne iustas, quibus huius generis scriptiones circumscribi vulgo solent, transilierim lineas. Sed veniam petimus damusque vicissim. Quodsi enim delectamur, cum scribimus, quis est tam invidus, qui ab eo nos abducat? sin laboramus: quis est, qui alienae modum statuat industriae? Igitur iam propero, et omni quidem festinatione propero, ut Lectoribus meis indicem id, cuius causa haec omnia iusto prolixius a me conscripta sunt.

Contigit nimirum mihi, cui haud scio an quidquam contingere potuisset vel ad existimationem gloriosius, vel ad voluptatem uberius, contigit, inquam, mihi, qui hucusque in Academia Halensi patria munere Doctoris Iurium functus sum, ut SERENISSIMI PRINCIPIS MARCHIONIS BRANDENBURGICI, CHRISTIANI FRIDERICI CAROLI ALEXANDRI, PATRIS PATRIAE OPTIMI ET RECTORIS ACADEMIAE MAGNIFICENTISSIMI, clementia haud indignus iudicatus fuerim, qui provinciam Professoris Iurium ordinarii in illustri Academia Friderico Alexandrina publice obirem. Sicuti vero hanc a CLEMENTISSIMO PRINCIPE in me collatam munificentiam gratissima et obstrictissima mente veneror, ita quoque, non tam consuetudine, quam potius ipsa pietate commotus, devotissimi animi sensu publice exprimam, vota quoque pia pro perpetua OPTIMI PRINCIPIS incolumitate nuncupaturus sum. Quam quidem ob rem solemnem orationem habiturus, SERENISSIMOS, qui hanc Academiam illustri SUA praesentia ornant, PRINCIPES, PRORECTOREM huius ACADEMIAE MAGNIFICVM, ILLVSTREM PROCANCELLARIVM, PATRES CONSCRIPTOS SVMME VENERABILES, ILLVSTRES, CONSULTISSIMOS, EXPERIENTISSIMOS, EXCELLENTISSIMOS ET AMPLISSIMOS, GENEROSISSIMOS NOBILISSIMOSQUE ACADEMIAE CIVES ET COMMILITONES, OMNESQUE denique LITTERARVM FAVOR'ES humanissime oro obtestorque, ut mihi publice *de difficultatibus studii iuris Canonici feliciter superandis* die Octobr. verba facturo benevoli adeste, grataque frequentia favere velint.

87) Fortasse huc etiam quadrat, quod scripsit GAIVS in *L. 7. D. de bonis libertor.* Scilicet *absurdum videri, iudicium defuncti partim comprobare, partim vero evertere.*

57.837.2.28 ✓

17/10/20