reant ipso jure: qui autem testamentum, tale manutenere voluerint, & per quorum manus personis illi fructus præbendæ fuerint ministrati, ipso facto sciant se excommunicationis vinculo innodatos, & quamdiu fructus hujusmodi contra hanc institutionem ipsis ministrati fuerint. Ecclesia ipsa sit sub interdicto posita. " Ex quo textu manifeste colligitur, clericos posse facere testamentum, sed simili facultate abuti, si fructus ex præbendis perceptos alicui legaverint, quia facultatem testandi illi tantum habent de bonis patrimonialibus; de bonis autem, seu fructibus intuitu Ecclesiæ acquisitis disponere non valent, quia illis concessum non est, ex supra traditis.

CAPUT VIII.

a Alexand. III.

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

NOTÆ.

a ALexander III.) Ita etiam legitur in prima collectione, *sub hoc tit. c.* 5. ubi additur pars capitis *Tua nos*: & post Concilium Lateran. *p.* 29. *c.* 8. legitur: *Cenomanensi*. Unde cognoscitur in præsenti referri partem text. *in c.* 1. *de clericis peregrinis*, ubi inscriptionem exposui.

COMMENTARIUM.

DIfficilis admodum profecto est præsens Alexandri constitutio, dum clericis prohibet testamentum facere ex bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis; donare autem etiam in ægritudine modicas res permittit; nam primo talis constitutio, ut invida tollenda est, siquidem permittit viventibus donare, morientibus autem donandi facultatem adimit. Ideo enim lex Furia Caninia sublata fuit *in leg. unic. Cod. de lege Furia toll. Paragr. unic. Instit. eod. tit.* quia permittebat in vitam totam servorum familiam manumittere, morientibus vero eam licentiam adimebat, ut referunt Pancirola *l.* 2. *var. cap.* 28. Olaus *lib.* 2. *paralip. cap.* 10. Antonius Augustinus *de legibus*. Circa quod caput 1. legis Caniniæ notandi sunt textus *in l. testamentum* 51. *ff. de manumiss. testam. l. Papin.* §. 8. *quarta, ff. de inof. l. potestatis* 215. *ff. de V. S. l. si quis* 37. *ff. de condit. & demonstr. l. si quis* 31. *ff. de legat.* 2. *l.* 3. §. *plane, ff. de legit. tut. l.* 69. §. *rogo, ff. de legat.* 3. *l. fin. ff. de reb. dubiis, l.* 6. §. 3. *ff. ad leg. Falcidiam*. Deinde nam aut in præsenti agitur de donatione mortis causa, aut de donatione inter vivos. Si de donatione mortis causa, falsa est constitutio, cum ille possit donare causa mortis, qui & testamentum facere valet, *l. tam in* 25. §. 1. *ff. de don. caus. mort. l.* 1. §. 1. *ff. de tutel.* & *ration.* ergo si clericis non licet testamentum facere de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, nec donare causa mortis illis licebit. Accedit, nam alias aperta fraus fieret sacris canonibus, in quibus testamentum illis facere prohibetur, si in ægritudine possent donare ea bona, quæ in testamento non possunt relinquere: quam ob rationem constitutionem text. *in c. quamquam*, §. *ult. de usuris*, *l.* 6. ad donationem causa mortis protrahunt Glossa *ibi*, *verbo aliter*, Matienz. *in l.* 1. *tit.* 10. *gl.* 2. *l.* 5. *Recopil.* Fachineus *l.* 5. *controv. c.* 62. Gratian. *l.* 1. *discept. c.* 79. *n.* 12. Faber *de error. decade* 43. *errore* 8. ideoque ne fraus fieret legibus Juliis caducariis, Senatusconsulto, cujus mentio fit *in l. Senatus* 35. *ff. de don. caus. mort.* cautum fuit, ut omnes donationes causa mortis ad exemplum legatorum caperentur: quod etiam ex identitate rationis ad alios casus protractum fuit *in l. Marcellus* 15. §. *ult. l. si debitor* 17. *l. illud* 37. *ff. de don. caus. mort. l. cum his* 8. §. 1. *ff. de transact. l. circa* 66. *vers. sicut, ff. ad l. Falcid. l.* 1. §. 1. *ff. si quid in fraud. patroni, l.* 1. §. *in mortis, ff. si cui plus quam per legem, l. fideicommissum* 87. *ff. de legat.* 3. *l. un.* §. *ult. Cod. de caducis tollen. l. ut hæred.* 50. *in princ. ff. de leg.* 1. *judicat. ei cui* 10. *ff. de don. causa mortis, l. quæ sub conditione* 8. §. & *in mortis, l. quæ sub conditione* 8. §. & *in mortis, ff. de cond. instit.* Igitur si prohibitum est clericis legare bona intuitu Ecclesiæ acquisita, nec donare causa mortis illis licebit. Si de donatione inter vivos accipiatur Alexander in præsenti, frustra adjicitur taxativa illa; *moderate*; nam cum clerici veri domini sint fructuum suorum beneficiorum, libere illos donare poterunt, cum donatio effectus sit dominii, *l. sed esse* 26. §. *consulere, ff. de petit. hæred. leg. in re mandata*, C. *mandati*.

Cui difficultati ut satisfaciamus, præsentemque textum exponamus, sciendum est, retenta opinione quam probavi *tit. antecedenti*, videlicet Episcopos, Canonicos, ceterosque beneficiarios vere dominos esse fructuum suorum beneficiorum posseque eos ad libitum inter vivos donare absque eo, quod teneantur ad restitutionem; quod etiam resolvunt Covar. *in c. cum in officiis* 7. *n.* 12. *hoc tit.* Diana *p.* 8. *tract.* 6. *res.* 13. P. Molina *de justitia, tract.* 2. *disp.* 144. & sic quotidie in controversiis forensibus pronunciari pro donatariis Episcoporum, tradunt Molina *l.* 2. *de primogen. c.* 10. *n.* 34. & ibi addentes, Solorzanus *t.* 2. *de jure Indiar. lib.* 3. *c.* 30. *n.* 4. Noguerol *alleg.* 26. *n.* 214. Barbosa *alleg.* 114. fuse Retes *de donat. c.* 12. *per tot.* peccare tamen lethaliter hujusmodi Ecclesiæ Prælatos ita profuse donantes docuerunt PP. Concilii Tridentini *sess.* 25. *de reform. c.* 1. propter obligationem charitatis, qua strictius ipsi tenentur potius quam laici omnia superflua in pauperes erogare. D. Th. 2. 2. *q.* 284. *art.* 7. Unde licet sententia Navarri, quatenus ad restitutionem eos teneri docuit, communiter rejiciatur, quatenus tamen docet eos peccare lethaliter, nimis profuse sine causa donantes, communiter amplectitur, ut testantur Lessius *l.* 2. *de justitia, c.* 4. *difficult.* 2. *per totum*. Barbosa *d. alleg.* 114. Solorzanus *ubi sup. n.* 22. Et licet quoad Episcopos religiosos contrarium tenuerit Abalensis *in c.* 30. *Num. q.* 109. Sarm. *de restitut. 1. part. in defens. monit.* 11. *n.* 2. idem tamen circa donationes factas ab Episcopis religiosis, ac factas a sæcularibus, docuerunt Navarrus *de reddit. qu.* 1. *monit.* 8. & *qu.* 3. *monit.* 25. Soto *l.* 7. *de justitia, q.* 4. *art.* 2. & *lib.* 10. *qu.* 5. *art.* 7. Redoanus *de spoliis cleric. qu.* 3. §. *Et his, n.* 16. Rodriquez *tom.* 2. *qq. regul. qu.* 58. *art.* 8. Sa *verbo Episcopus, n.* 11. Azor. *tom.* 1. *instit. l.* 12. *c.* 7. Sousa *in Episc. relig. n.* 26. D. Josephus de Retes *de donat. c.* 12. *nn.* 34. Circa donationes autem mortis causa, licet jure communi inspecto idem procederet in Episcopis, ac in ceteris beneficiariis, videlicet eos omnes causa mortis donare non posse, ex eo quia ubi alicui prohibetur testamentum facere, & in eo de certis bonis disponere, ne præjudicium fiat illis, ad quos similia bona post mortem ejus perventura erant, etiam donare causa mortis prohibetur, ut contingit in patribus in præjudicium filiorum condemnatis in præjudicium fisci, quibus negatur testamenti factio activa; & ita quia æqualis prohibitionis ratio militat, utramque simul, testari videlicet, & donare causa mortis illis prohibetur; *l.* 1. §. 1. *ff. de tutel.* & *ration. l. filius* 7. §. *ult. ff. de donat. caus. mort. l. disseretis* 10. *Cod. qui testamenta*; docet Fachineus *lib.* 5. *controv. cap.* 25. Osualdus *lib.* 14. *Donel. cap.* 33. *lit.* G, Metillus *lib.* 6. *obs. cap.* 7. pluribus relatis Arias a Mesa *l.* 2. *var. cap.* 39. Unde filiusfamilias, cui ideo testari prohibetur, quia familiam non habet, ut explicat D. Josephus de Retes *l.* 1. *opusc. cap.* 22. *n.* 8. ex consensu tamen patris potest donare. Hodie tamen cum ex consuetudine generali, quam illustrabimus infra *in cap. relatum*, clerici de omnibus bonis disponere possint, quocumque modo ea donare causa mortis valebunt: Episcopi vero, qui testamentum facere nequeant, nec donare causa mortis poterunt. Deinde supponendum est, in præsenti textu Alexandrum agere de donatione inter vivos facta: nam licet referat in ægritudine eam factam fuisse, non ideo talis donatio appellatur mortis causa; tunc enim donatur causa mortis, cum in mortis casum, seu eventum res datur; ita ut in ejus defectum res data redeat ad dominium donatoris. In summa, cum donator magis vult sibi habere rem donatam, quam donatarius, & magis, ut eveniente casu mortis, potius donatarius habeat, quam hæres, *leg.* 1. *l. Senatus* 35. §. 1. *ff. de donat. causa mort. l.* 1. *C. eod. tit. princip. Instit. de donat.* ubi plura Institutarii; late docent Hermosilla *in l.* 2. *tit.* 4. *partit.* 5. *glos.* 1. Donellus *l.* 14. *comment. cap.* 33. Faber *de error. decad.* 43. *cum pluribus sequentibus*, & *l.* 7. *conject. cap.* 20. Cujacius *l.* 17. *Juliani, in l. si alienam* 13. §. *Marcellus, de donat. inter*, & *tract.* 2. *ad Afric. in l. mortis* 22. *ff. eodem tit.* & *l.* 3. *obs. c.* 17. & 120. *cap.* 6. & *l.* 10. *cap.* 18. Fachineus *l.* 5. *controv. cap.* 22. Gentilis *de donat. inter, l.* 2. *cap.* 33. & *l.* 3. *cap.* 34. *cum sequ.* Duarenus *ad rit. de donat. cap.* 1. D. Mathias Guerra *in l. ubi ita donatur, ff. de donat. causa mort.* in qua juris parte de donatione causa mortis observandi sunt textus *in l.* 4. *l. si maritus*, §. *quod legaturus, l. si vir* 52. §. *ult. ff. de don. inter, l.* 9. §. *ultimo, l.* 10. *l.* 11. *l. cum hic* 32. §. *si maritus, ff. eodem, l.* 3. *in princ. vers. Julianus, ff. de lib. leg. l.* 3. *l.* 20. *ff. de legat. prestand. l. nam etsi* 17. *ff. de condict. indeb.* juncto Costa *l.* 1. *select. cap.* 18. *l. licet*, C. *de pactis*, juncto Pinello *l.* 1. *select. cap.* 10. *n.* 43. *l. cum pater* 77. §. *Mævio, ff. de legat.* 2. cum ipso Pinello *l.* 1. *select. cap.* 6. *n.* 32. *l. si quid in fraudem patroni*, juncto Cujacio *tract.* 1. *ad Afric. in l.* 46. *Digest. eodem tit. l.* 3. §. *si debita, l.* 8. §. *sed* & *si mortis, ff. de bonis libert. l. servus* 76. *ff. de hæred. instit. l. mortis* 15. *Dig. de manumiss. l.* 24. §. *pater, ff. de adimend. legat. l.* 5. §. *qui mortis, ff. de his quibus ut indign.* Unde licet tempore ægritudinis fiat donatio, si tamen non in mortis eventum fiat, non mortis causa, sed inter vivos appellatur, & talis præsumitur, textus singularis *in leg. Seja*, §. *ult. ff. de don. causa mort.* docent Covar. *in præsenti rubric.* 3. *part. n.* 36. Julius Clarus §. *donasse, qu.* 4. *n.* 3. Petrus Barbosa *in l. quæ dotis, n.* 8. *ff. solut. matrim.*

Quibus ita animadversis, non obstat dubitandi ratio supra adducta: nam multum interest, an Episcopi, & alii beneficiarii in vita disponant de fructibus beneficii, an vero voluntatem suam in tempus mortis conferant. In primo casu valida est dispositio, quia sibi detrahit quod donat: at in secundo dispositio non valet, quia non sibi, sed Ecclesiæ, quæ in ea bona succedit, detrimentum infert. Nec ratio abrogationis legis Caniniæ huic

3 Exponitur præsens textus.

huic casui adaptari potest, quia ut recte docet Boetius Epon. *in præsenti, n.* 3. regula illa ad eos pertinet, qui bona propria perfecte, & absolute habent, ut contingit in bonis patrimonialibus clericorum, non vero in bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis. Nec obstat augmentum difficultatis: nam retenta supra tradita sententia, videlicet Alexandrum in præsenti agere de donationibus inter vivos non refragatur taxatio illa, *moderate*, & *eleemosynæ causa donat*: nam omisso Molina *l.* 1. *de primog. cap.* 10. *n.* 40. qui textum hunc accipit de bonis Ecclesiæ, non vero de rebus ejus intuitu acquisitis; omissa itidem sententia Navarri *de reddictibus q.* 1. *monit.* 21. quem sequitur P. Molina *in justitia, tract.* 2. *disput.* 148. *n.* 6. Solorzanus *t.* 2. *l.* 3. *c.* 10. *n.* 130. dum non admittit argumentum a contrario sensu, in præsenti textu dicendum est, clericis in ægritudine constitutis tantum modicas permitti donationes, quia aliæ censentur factæ in fraudem prohibitionis canonicæ, de non disponendo per viam testamenti de hujusmodi rebus, argumento legis *filia* 59. *ff. solut. matrim. c.* 2. *de renunc. in* 6. *l. si filio* 5. *ff. de diversis*; ideoque perinde haberi debent tales immoderatæ donationes, ac si factæ fuissent in testamento, *cap. de his, de sepulturis*, docent Covar. *hic, n.* 2. Sarmiento 4. *p. de reddit. q.* 14. *n.* 6. Barbosa *d. alleg.* 114. *n.* 6. si enim immodicæ donationes clericis de vita periclitantibus permitterentur, facile de omnibus rebus, etiam testamento non condito disponerent in fraudem prædictæ prohibitionis; quæ fraudis suspicio idem jus extorquet in donatione causa mortis, ac in legatis observatur, argumento textus *in cap. tua, de procur. cap. constitutus, de concess. prebend.*

CAPUT IX.

Idem a *Vigiliensi Episcopo*.

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

NOTÆ.

a VIgiliensi.) Ita etiam legitur in prima collectione *sub hoc tit. c.* 5. & post Concilium Lateran. *p.* 29. *c.* 5. Vigilia urbs est Episcopalis Italiæ, cujus Præsul Maurus dictus martyrium subjit sub Trajano, ut refert Carolus a Sancto Paulo *l.* 1. *Geograph. sacr. fol.* 59. & notavi *in c.* 8. *de stat. & qualit.* Commentarium hujus textus dedi supra *in c. cum in officiis* 7.

CAPUT X.

Idem a *Ubaldo Ostiensi Episcopo*, & *Archiepiscopo*, & *Canonicis Velletran.*

CUm esses, frater Episcope, in nostra præsentia constitutus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo Episcopatu consuetudinem inolevisse, quod testamenta quæ fiunt in ultima voluntate, ab iis qui potestatem habent super alios, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione 7. aut 5. testium fiant, secundum quod humanæ leges decernunt. Quia vero a *b* divina lege, & Sanctorum Patrum statutis, & a generali Ecclesiæ consuetudine id esse noscitur alienum, cum scriptum sit; In ore duorum vel trium testium stat omne verbum; præscriptam consuetudinem penitus improbamur, & testamenta, quæ parochiani vestri coram Presbytero suo, & tribus, vel duobus aliis idoneis personis in extrema voluntate de cetero fecerint, firma decernimus permanere, & robur obtinere perpetuæ firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis præsumptione qualibet hujusmodi audeat rescindere testamenta.

NOTÆ.

a OStiensi.) In prima collectione, *sub hoc tit. c.* 9. ita legitur: *Idem Ubaldo Hostiensi Episcopo*, & *Archiepisc.* & *Canonicis Velletran.* post Concilium vero Later. *in append. p.* 50. *c.* 20. ita habetur: *Idem Hubaldo Episcopo Hostiensi*, & *Archipresb.* & *Canonicis Velectur.* sed ubique male; legendum enim est: *Idem Humbaldo Hostiensi Episcopo, Archipresbytero*, & *Canonicis Vellitrensibus*; quæ correctio facile suadetur ex eo, nam temporibus Alexandri III. Humbaldus in rebus gerendis vir solertissimus regebat Ecclesiam Hostiensem, & Cardin. creatus Legatus missus fuit in Angliam ad causam D. Th. Cantuar. ut refert Baron. *t.* 12. *an.* 1167. & 1168. & tandem defuncto Alexand. III. Kalend. Septemb. an. 1181. ejus successor creatus fuit, dictusque Lucius III. ut refert Baron. *ubi sup.* Ughel. *t.* 1. *Italiæ sacræ, fol.* 82. *n.* 41. Ludovicus a S. Carolo *in Bibliath. Pont. in Lucio III.* & ita *Humbaldo*, non *Hubaldo*, legendum est; deinde non *Archiepiscopo*, sed *Archipresbytero*, legendum credo; quia Ecclesia Vellitrensis nunquam fuit Metropolis, sed tantum Cathedra Episcopali decorata; & scribitur tantum, *Archipresbytero*, & *Canonicis*; quia jam a temporibus Eugenii III. per an. 1153. unita erat Vellitrensis Ecclesia cum Hostiensi, ut referunt Baron. *d. an.* 1153. Ughellius *d. t.* 1. *Italiæ, fol.* 58. qui Humbaldum, de quo in præsenti, refert inter Episcopos Hostienses simul & Vellitrenses. De Hostiensi Ecclesia nonnulla notavi *in c.* 3. *de Postul. Prel.*

d *Divina lege*.) Non quia adfit aliquod præceptum divinum circa numerum testium, sed ut duo tantum, aut tres adhibeantur; ut probavi *in c. licet* 23. *de testib.* Nec Alex. in præsenti leges humanas majorem numerum testium in testamentis, & aliis similibus actibus desiderantes, quæ apud omnes fere gentes observantur, esse juri divino contrarias docet; tantum enim Alexander hic intendit improbare consuetudinem illam, quæ in Vellitrensi diœcesi Romanæ Ecclesiæ in temporalibus subjecta (ubi jus canonicum principaliter erat observandum) adversus generales regulas sacrorum canonum erat introducta; illa enim verba, *a divina lege*, profert Alexander III. quasi dicat, ideo consuetudinem, de qua in præsenti, non esse observandam, quia erat aliena a lege divina per SS. PP. statuta, & generalem Ecclesiæ consuetudinem recepta; non vero quia esset contra præceptum divinum introducta: docuit Cæsar *de Eccles. Hierarch. disp.* 1. §. 4. *n.* 11. licet enim juxta jus naturale divinum sufficiens sit ad probationem duorum, vel trium testimonium: non tamen jus divinum stabilire intendit, tanquam necessario certum, nec ita ut censeat plures non posse requiri in nonnullis causis. Quare nisi hominum malitia nimium excresceret, duorum vel trium abundaret testimonium; sed postquam labefactari cæpit humana fides receptum fuit, ejusdem legi naturæ suggerente ratione, ut testimonia firmiora requirantur. Sotus *lib.* 5. *de iustitia*, q. 7. *art.* 3.

CAPUT XI.

Idem *Judicibus* a *Vellitr.*

RElatum est auribus nostris, quod cum ad vestræ discussionis examen aliqua super testamentis relictis Ecclesiæ causa deducitur, vos secundum humanam, & non secundum divinam legem in ea vultis procedere, & nisi 7. aut 5. idonei testes producti fuerint, omnino postponitis exinde judicare. Unde quia hujusmodi causa de judiciis Ecclesiæ, non secundum leges, sed secundum canones debet tractari, & his, divina Scriptura testante, duo, aut tres idonei testes sufficiunt, discr. t. p. A. f. m. quat. cum aliqua causa super testamentis Ecclesiæ relictis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, & tribus aut duobus legitimis testibus requisitis; quoniam scriptum est: In ore duorum, vel trium testium stat omne verbum.

NOTÆ.

a VEllitr.) Vellitra perantiquum, ac nobile Volscorum oppidum, fuit Romanorum colonia, ut refert Livius his verbis: *Vellitras coloni ab urbe missi*, & *colonia deducta a Virginio*, & *Vetustio Consulibus, anno ab Urbe condita* 270. Jam primis Ecclesiæ temporibus fidem Catholicam ibi fundavit Epaphrodius, unus ex 72. discipulis Domini. Tam quoad temporalia, quam spiritualia paret proprio Episcopo, qui ex concessione Summi Pontificis ibi exercet mixtum, & merum imperium. Jam a temporibus Eugenii III. unita fuit hæc Cathedra Episcopalis cum Ostiensi, ut refert Ughellius *t.* 1. *Ital. sa-*

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

ra, fol. 58. Unde in præsenti Alexander rescribit in negotio temporali judicibus Vellitrensibus.

COMMENTARIUM.

2 Conclusio traditur & probatur.

EX his duabus decisionibus sequens deducitur disputanda assertio; „ Testamentum factum coram parocho, & duobus testibus, valet, non obstante contraria consuetudine. " Non est similis decisio, qua probari possit hæc conclusio, eam tamen illustrant ultra congestos in præsenti a Barbosa & Garanza, Fachineus *l. 5. controv. c.* 47. Osualdus *l. 6. Donelli, c. 7. litt. F*, Petrus Gregorius *l. 3. partit. tit. 22. c.* 5. Magdalenus *de numero testium in testam.* 2. *p. q.* 1. Cujacius *in præsenti*, Escobar *de utroque foro, art.* 2. §. 2. Vvilsembachius *disp.* 17. *n.* 8. Pichardus, & alii Institutarii *in §. secum paulatim, Instit. de testam.* Meyrerius *de testamentis, l.* 4. *tit.* 6. Richierius *in authent. hac consultissima, C. de testam.* Duarenus *ad tit. de test. cap.* 5. Bayo *in praxi*, 2. *parr. qu.* 2. Gibalinus *de negot. tom.* 2. *lib.* 5. *c.* 7. *art.* 2. Borellus *t.* 2. *decis. tit.* 5. *n.* 4. Costa *in c. si pater, verbo in suo, n.* 6. *de testam. l.* 6.

3 Impugnatur traditæ assertio.

Sed hæc assertio difficilis redditur sequenti juris consideratione: nam inter alias solemnitates, quæ pro forma substantiali ad valorem testamenti desiderantur, præcipua est, ut septem testes in eo interveniant, *leg. si unus* 12. *l. hæc, C. hoc tit. l. cum tabula* 7. *ff. de bonor. possess. secundum tabulas*, *l.* 2. *C. eodem tit. l.* 3. *ff. si tabulæ testamenti*, §. *sed cum paulatim, Instit. hoc tit.* quorum præsentia desideratur, ut ita voluntates testantium, sine ulla captione serventur, ut ait Constantinus *in l.* 1. *Cod. Theodos. hoc tit.* Ergo coram presbytero, & duobus testibus testamentum factum nullum est. Augetur hæc difficultas ex eo, nam in præsenti casu non solum hæc juris communis dispositio urgebat, verum & consuetudo illi conformis, juxta quam non aliter testamentum valebat, quam si factum esset coram septem testibus; præcipue cum circa numerum testium in testamentis adhibendorum consuetudo attendatur, *l. fin. C. de testamentis*; textus singularis *in c.* 2. *de consuetudine*: docet Burgos de Paz *in l.* 3. *Tauri, conclus.* 4. *n.* 535. Igitur juxta talem consuetudinem testamentum factum absque legitimo testium numero, nullum erat. Deinde, nam hæc juris dispositio consuetudine firmata, non erat contraria juri divino, relato *Deuteron. cap.* 19. *Matthæi cap.* 18. *& in cap. fin.* 35. *qu.* 6. *c. licet, cap. in omni, de testib.* his verbis: in ore duorum, vel trium stat omne verbum. Nam plerumque in jure hoc Pontificio major numerus exigitur veluti septem, *in c.* 1. *& seq. de purgat. canon. in c. Præsul.* 2. *q.* 4. quia ut ex Aristotele *l.* 1. *& hic* refert Sotus *l.* 5. *de justitia, q.* 7. *art.* 2. certitudo non est in omni materia similiter exquirenda; ergo cum præsens consuetudo juri divino non esset contraria, & juri humano consona esset, dicendum videbatur, testamentum non observata ipsa consuetudine factum, nullum esse. Accedit etiam, nam septem testes desiderantur in testamentis ob publicam utilitatem, ut ita securiorem exitum voluntates testantium habeant, §. 1. *Inst. de test.* ibi: „ Propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur. " Et *l. fin. C. de fideicommiss.* ibi: „ Lex etenim, ne quid falsitatis incurrat, per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. " Et *l. jubemus* 25. *C. hoc tit. l. quoniam* 35. *C. de inoffic.* Igitur contra utilitatem publicam Alexander in præsenti statuere non debuit, ne in censuram Theodosii Imperatoris incideret, qui in Novella 2. de testamentis, *tit.* 8. appellavit præsumptionem posteritatis, quæ juris antiqui cautelam in testamentis condendi paulatim immutavit.

4 Testamenti factio quo jure indulta.

Qua difficultate ita fulcita minime obstante, vera est præsens assertio, pro cujus expositione primo sciendum est, valde controversum esse, quo jure testandi facultas introducta sit? Et quamplurimi asserunt, testandi facultatem a jure gentium originem traxisse: docuerunt Osualdus *l.* 6. *ad Donellum, c.* 5. *littera A*, Covar. *l.* 3. *var. c.* 6. *n.* 7. Peralta *in rubric. de hæred. instit.* Pinellus *in rubr. C. de rescindend.* 1. *p. c.* 1. *n.* 25. Antonius Gomez, & ceteri Tauristæ *in l.* 3. *Tauri*, Spino *in speculo*, 2. *p. rubrica, n.* 20. Benedictus Pinellus *l.* 2. *feleit. c.* 10. Mancinus *de triplici juris collat. c.* 47. Costanus *99. jurist c.* 6. omnium latissime Gilkenius *in l.* 1. *in princip. C. hæred. instit.* ubi pro utraque parte plura argumenta adducit, quorum ego ea tantum referam, quæ plus ponderis habere videntur. Et hæc sententia primo probatur ex eo, nam id dicitur juris gentium, quod apud omnes gentes peræque observatur, §. *jus autem instit. de jure naturali*. Sed testamentorum usus apud omnes fere gentes invaluit, ut probavi *in c.* 2. *de consuet.* igitur quia ab eo jure testamentorum usus provenit. Secundo quia nihil naturali rationi magis consentaneum est, quam voluntatem domini volentis in alium rem suam transferre, ratam haberi, §. *per traditionem, Instit. de rerum divis.* præcipue cum hæc voluntas ultima est, *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* §. *unic. instit. de lege Cæcilia*. Tertio, quia quod jure civili introductum est, pacto in contrarium facto remitti potest, *l. penult. C. de pactis*; at testamenti factionem nulla conventione amittere possumus, *l. pactum* 15. *Cod. de pactis*, *l. hæreditas, Cod. de pactis convent. l. ult. de suis, & legit. hæred.* igitur quia testandi facultas non est juris civilis, sed gentium.

5 Contraria sententia refertur.

Alii tandem contendunt, facultatem condendi testamentum a jure civili originem trahere; ita docuerunt Accursius *in l. ex hoc ff., de justitia, & jure*, Bartolus *ibi n.* 5. Baldus *in l. determinus, n.* 10. *C. de sacros.* Castrensis *in l.* 3. *ff. hoc tit. n.* 3. Balduinus *ad leges Romuli, c.* 26. *n.* 3. Alciatus *l.* 4. *pareg. c.* 25. *& in princip. legis Gallus*, Duarenus *ad tit. de testam. capite quid sit testamentum*, Faber *in jurisprud. tit.* 2. *princ.* 4. *illat.* 2. *& l.* 4. *consect. c. ult. & de erroib. decad.* 13. *errore* 1. & alii congesti ab Osualdo *d. c.* 4. *litt. A*, qui moventur sequentibus juris fundamentis. Primo, nam dispositio, quæ sit tempore habili, si in tempus inhabile conferatur, inutilis est, *l. Scithus* 25. *ff. de manumiss. test.* sed dispositio testamentaria conferitur post mortem testatoris, *l.* 1. *ff. hoc tit.* quod tempus inhabile est, quia mortuus nihil disponere potest: ergo juxta rationem naturalem nemo testamentum facere poterat, nisi lex civilis permitteret. Secundo, quia cum res devenit ad eum casum, a quo incipere non potuit, vitiatur, *l. existimo* 98. *l. pluribus* 140. §. *& si placeat, ff. de verb. oblig. l. debitor* 82. *versic. Quod si vivo, ff. de legat. l. quod pro parte* 11. *ff. de furtis, l.* 3. *in fine, ff. de his, quæ pro non script. leg. falsus* 44. §. *ult. ff. de furtis*, §. *si servus, Instit. de noxal. cap. ult. de jurejur. in* 6. sed testamentum defuncto testatore pervenit ad casum, in quo incipere non poterat: ergo attenta ratione naturali nullum erat, nisi lege civili confirmaretur. Tertio, nam deportatus amittit ea, quæ sunt juris civilis, non vero, quæ sunt juris naturalis, aut gentium, *l. sunt quidam* 17. *ff. de pœnis*, *l.* 3. *leg. deportatus* 14. *ff. de interdict. & releg.* sed deportatus amittit testandi facultatem, *leg. eius* 8. §. *in insulam, ff. eodem tit.* ergo quia testandi facultas juris civilis est. Quarto, quia ea, quæ sunt juris gentium, apud omnes gentes recipiuntur, §. *jus autem, Instit. de jure naturali*: sed testamentorum usus non est apud omnes gentes receptus; siquidem olim Athenienses testamentum non agnoverunt, ut refert Plutarchus *in Solone*; & de Danis idem refertur *in c.* 2. *de consuetud.* & hodie omnibus testari non permittitur, ut probavi *in cap.* 1. *hoc tit.* igitur quia testandi facultas non est juris gentium. Tandem, nam expressa lege decemvirali patribus familias data fuit facultas disponendi de rebus propriis, *l. verbis* 120. *ff. de V. S.* igitur quia testandi facultas a jure civili provenit. Alii mediam eligunt sententiam, & asserunt testamentum quoad originem, & usum esse juris gentium, quoad solemnitatem vero esse juris civilis.

6 Traditæ veræ sententiæ.

In hoc interpretum diffidio veriorem credo sententiam, quam retuli *in d. c.* 2. *de consuet.* videlicet testamentorum usum apud aliquam nationem, seu gentem, cum certa forma, & solemnitate cœpisse: sed postea ab omnibus fere gentibus receptum, & approbatum, specialibusque legibus confirmatum fuisse: unde licet attenta origine testamentum juris civilis esset, tamen quia communi gentium consensu receptum, & approbatum fuit; ideo juris gentium testamentum esse recte dicitur, ut de acceptilatione ait Ulpianus *in l. an inutilis* 8. §. *ult. ff. de acceptil.* quam ita exponit Valentia *l.* 2. *illustrium, tract.* 3. *c.* 2. *n.* 46. Nec hæc sententia retenta obstant fundamenta secundæ sententiæ, in qua docetur, testamentorum usum omnino juris civilis esse, nec juxta rationem naturalem defendi posse. Non primum, pro cujus solutione præmittendum est, aliam habilitatem desiderari tempore dispositionis, aliam vero tempore executionis: nam tempore dispositionis non requiritur habilitas illa, quæ tempore executionis desideratur *l. pater* 17. §. 1. *ff. de castrense peculio*; sed illa, quæ necessaria est ad ipsam dispositionem, veluti quod testator sit sanæ mentis, sui juris, civis Romanus, & alia, quæ necessaria sunt, ut disponens habilis dicatur tempore dispositionis; tempore vero executionis requiritur habilitas; quæ necessaria est ad ipsam executionem, non vero, quæ necessaria est ad dispositionem: nam cum hæc semel perfecta fuerit, non indiget amplius habilitate. Unde si aliquis dum sanæ mentis esset, faceret testamentum, licet postea furere incipiat, testamentum non vitiatur, §. *sed furiosi, Instit. quibus non est permissum facere testamentum*: nam cum mentis integritas solum requiritur ad formandam ipsam dispositionem testamenti, ea semel formata, amplius non requiritur. Unde facile respondetur prædictæ difficultati: nam illud juris principium, quo docemur, dispositionem quæ fit tempore habili, si ad tempus inhabile referatur, inutilem esse, procedit quando executio confertur in tempus inhabile respectu ipsius executionis, ut *in d. l. Stichus* 39. *de manumiss. testam.* quo loco libertas ita data; *Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto*; inutilis pronunciatur, non quia legatum conferatur in tempus inhabile respectu dispositionis: sed quia effectus legati, idest manumissio, conferatur in tempus inhabile respectu ipsius executionis, eo quod directa libertas, de qua agitur, servo alieno dari non potest, *l. servo* 9. *ff. de manumiss. testam.* secus autem si executio conferatur in tempus habile respectu executionis; tunc enim licet inhabile sit respectu dispositionis, valet dispositio, ac proinde testamentum sustinetur, quamvis effectus ipsius conferatur post mortem; quia licet hoc tempus sit inhabile ad disponendum, non tamen est inhabile ad hoc, ut quod semel legitime dispositum fuit, exequatur, sed potius necessarium est: tum quia testamentum non nisi post mortem testatoris exequi potest, *l.* 1. *ff. de testamentis*; tum etiam, quia duo ejusdem hæreditatis in solidum domini esse non possunt, *l. si ut certo*, §. *si duobus, ff. commodati*. Necessarium ergo est, ut prius testator moriendo amittat dominium, quam ut hæredibus, & legatariis acquiratur. Et si adhuc instes, amissionem dominii non solum nocere dispositioni, verum & executioni, veluti cum quis deportatur, aut in adrogationem datur, quo casu testamentum antea factum irritum fit, *l. si quis filio* 6. §. *ejus, ff. de injusto rupto*: igitur etiam cum testator per mortem amittat dominium, dicendum erat inu-

inutile reddi testamentum. Respondeo deportatione, vel adrogatione testatoris rumpi testamentum non tam ob amissionem bonorum, quam ob capitis diminutionem, quam patitur deportatus, dum civis Romanus esse definit, adrogatus vero dum alterius potestati subjicitur; quia capitis diminutiones non solum impediunt testamenti dispositionem, sed etiam ipsius executionem: nam ut testamentum exequatur, requiritur, ut testator civis Romanus, & sui juris factus decedat: quod impedimentum cessat in eo, qui cum his qualitatibus decedit, ac proinde non est, cur testamentum non exequatur. Deinde, nam multum interest, an quis amittat dominium per mortem, an vero per sententiam Judicis, vel aliam similem causam: nam hoc posteriori casu ita dominium amittitur, ut simul alii acquiratur, ac proinde antiquus dominus non potest de eo disponere in præjudicium novi domini. Priori autem casu dominium quod quis amittit per mortem, nullum acquiritur, donec legis, vel testatoris dispositione alicui deferatur; ac proinde jure gentium permissum est decedentibus, ut de bonis suis possint disponere, cum hoc in nullius præjudicium tendat, imo Reipublicæ expediat.

7 Respondetur fundamentis contrariis.

Ex dictis etiam infertur solutio secundi argumenti; sed ut facilius percipiatur, sciendum est, duas esse communes regulas, quæ sibi invicem adversari videntur. Prima asserit rem, quæ devenit ad eum casum, a quo incipere non poterat, vitiari: pro qua faciunt jura supra citata; secunda vero regula docet, factum legitime non vitiari, licet ad eam causam deveniat, in qua non potuit inchoari: quæ probatur expresse *in cap. factum* 73. *de reg. jur. in* 6. *l. in ambiguis* 85. §. 1. *ff. de reg. jur.* §. *ex contrario, Instit. de legat. l. ubi* 5. *in fine, ff. ad legem Falcid. leg. patre* 8. *ff. de his qua sunt sui, l. oratione* 16. §. *ult. ff. de ritu nuptiarum, l. ultima, ff. de tabula testam. l. is qui* 18. *l. qui testamento* 20. §. *ne furiosus, ff. qui testamenta, l.* 5. *l. Gandentius* 6. *C. de contrah. emption.* §. *furiosi*, §. *item prodigus*, §. *item surdus, Instit. quibus non est permissum*. Quare pro hujus diffidii conciliatione varias distinctiones adduxerunt Petrus Faber, Revardus, & Gothofredus *in dicta l. in ambiguis*, §. 1. Donellus *in dicta l.* 140. §. *ult. ff. de verb. obl.* Antonius Gomez *l.* 2. *var. c.* 10. *n.* 21. Tiraquellus *in præf. cessante causa, limit.* 12. Cujacius *l.* 12. *respons. Papin. in l. donationes* 31. *ff. de donat.* Ex quibus illa placuit, quæ ita distinguit: aut res sunt jam perfectæ, vel imperfectæ. Primo casu cum res sunt perfectæ, quia ad finem destinatum pervenerunt, non infirmantur, etsi contingat casus, a quo incipere non poterant, ut in exemplis quæ referuntur *in d. l. patre*, *l. donationes* 31. *l.* 1. *& 2. ff. de donat. inter.* Secundo autem casu, scilicet cum res imperfectæ sunt, nec finem destinatum acceperunt, vitiantur, & adhuc subdistinguendum est: aut casus superveniens impedit negotium ad finem perduci: & tunc vitiatur actus, ut si res promissa antequam tradatur, fiat sacra, *l. inter* 83. §. *sacram, ff. de verb. obl.* aut casus incidens non impedit negotium ad finem perduci, & tunc non vitiat actum, ut in testamento, quod ideo conditur, ut res ad hæredes, vel legatarios perveniant, ac proinde donec hunc finem consequatur, non potest simpliciter dici perfectum; unde si testatori adimantur bona, eo quod postea deportatus, vel adoptatus fuerit, vitiatur testamentum, quia hic casus impedit illud ad finem suum perduci; si vero testator moriatur, testamentum sustinetur; nam talis casus non impedit ejus executionem.

8 Dissolvuntur alia argumenta.

Nec obstat tertium fundamentum contrariæ sententiæ, cui variis modis satisfaciunt interpretes. Bartolus ubi supra, existimat deportatum testari non posse jure Romano, posse tamen testari jure municipali: cui fere consentit D. Nicolaus Antonius *l.* 2. *de exilio, c.* 6. *n.* 12. dum quærit rationem, quare jure gentium non defendatur deportati testamentum. Sed convincitur Bartolus ex eo, quia etsi deportatus sibi acquirere possit post confiscationem bonorum, *l. ea sola* 97. *ff. de reg. jur. l.* 21. §. *is qui bona, ff. mandat.* hæc tamen bona cum decedit deportatus, fisco acquiruntur, *l. si deportatus* 15. *ff. de interdict. & releg.* & ideo necessarium hæredem fiscum habet, *l. cum ratio* 7. §. *ult. ff. de bon. damnator.* ibi: *Quod si deportatus sit, quia civitatem amisit, hæredem habere non potest*: & acquisita fiscus accipit, *l.* 2. *C. de bonis proscript.* ibi: *Deportati, nec earum quidem rerum, quas post pœnam irrogatam habuerint, hæredem habere possunt, sed & ea publicabuntur*. Gilkenius *in l.* 1. *C. de hæred. instit. n.* 17. existimat deportato competere omnia, quæ sunt juris gentium, nisi aliquid specialiter adimatur, prout adimitur testamenti factio. Sed rectius respondendum est, deportato non auferri directo facultatem condendi testamentum, sed indirecto; quia auferuntur illi quædam, sine quibus testamentum fieri non potest: unde cum deportatus non habeat civitatem, familiam, bona, larem, de quibus disponat; ideo testamentum facere non potest, ut late docet D. Josephus de Retes *l.* 3. *de interdict. excursu* 5. ubi exponit textus *in l. si mandavero* 22. §. *it cui bona, ff. mandati*: & in illatione prima agit de fideicommissis a deportato relictis, & codicillis ab eo factis. Nec obstat quartum, nam quoties dubitatur, an aliquid juris gentium sit, id æstimandum est ex usu, non efferataram gentium, sed earum, quæ & rationem, & humanitatem aliquam retinent. Balduinus, & Vultejus *in princip. Instit. de jure natur.* Corrasius *in l. omnes, ff. de justitia & jure*, Cujacius *in l.* 142. *de verbor. significat.* Petrus Faber *l.* 2. *semest. c.* 1. *pag.* 7. & *c.* 2. *pag.* 23. nec enim perversæ aliquorum mentes divinam omnium confessionem pervertere possunt. Antonius Augustinus *l.* 4. *emend. c.* 4. quin imo, ut ego existimo, id quod naturalis ratio apud omnes gentes constituit, juris gentium erit, licet a nemine observetur; nam quæ sua natura justa sunt, hominum pravitate corrumpi non possunt; alioquin enim diceremus, jus gentium extinctum fuisse, cum Deus aquarum diluvio terram absorbuit, siquidem eo tempore neminem legi naturali obtemperasse præter Noe, & eos qui erant de domo ipsius, sacra pagina testatur *Genes. c.* 6. *&* 7. ideoque licet testandi facultas apud aliquos recepta non fuerit, non evincitur eam juris gentium non esse. Cui sententiæ non obest textus *in d.* §. *jus autem, Instit. de jur. natur.* quia illud verbum, *custoditur*, sic exponendum est, idest custodiri debet, prout alibi sæpissime. Nec obstat quintum, quia lex XII. Tabul. non dedit, sed tantum confirmavit testamentarias dispositiones, *l. lege obvenire* 130. *de V. S.* at is, qui confirmat, non introducit; sed id, quod ab alio introductum est probat, *l. & quia* 6. *de jurisdict. omn. judic.* Itaque hinc potius apertissime constat, testandi facultatem non fuisse introductam jure civili, sed tantum confirmatam; etsi ratione hujus confirmationis possit etiam juris civilis dici, quemadmodum obligationes, quæ ex gentium juris contractibus nascuntur, *dicta l. ex hoc jure, ff. de justitia & jure*, civiles, & legitimæ appellantur, eo quod jure civili comprobatæ sint, §. 1. *Instit. de obligat.* §. *sed ipsa, Instit. de action.* Ita Donellus *in rubr. C. hoc tit. n.* 9. *vers. Quod autem*. Nec obstat ultimum fundamentum secundæ sententiæ, quia respondeo, quibusdam personis justis ex causis non permitti testamentum facere, quas enumeravi *in cap.* 1. *hoc tit.* non tamen inde evincitur, testandi facultatem omnino juris civilis esse.

9 De solemnitate testamenti.

Deinde sciendum est, abolitis jam illis tribus testamenti generibus, procinctu videlicet, collatis comitiis, & per æs, & libram, de quorum forma, & solemnitatibus agunt Gellius *l.* 15. *noctium, c.* 17. Theophilus, Vigilius, & Vinnius *in princ. Instit. de testam.* Corrasius *l.* 5. *miscel. c.* 12. Duarenus *ad tit. de testam. c.* 5. Revardus *de auctorit. prud. c.* 11. Osualdus *l.* 6. *Donelli, c.* 6. *litt. B*, Marcell. Donatus *ad Suetonium in August. c.* 33. *&* 64. Pinellus *lib.* 1. *feleit. c.* 18. *n.* 18. D. Josephus de Retes *de imagin. vendit. cap. ult.* alia duo testamentorum genera in usu esse cœperunt: aliud in scriptis, aliud non scriptum, nuncupativum dictum, quibus condendis diligens observatio solemnitatum erat, adeo ut nimia, & misera diligentia a Consulto dicatur *in l. penult. in fine, ff. de legat.* 2. Plurimæ enim solemnitates magnis vigiliis prudentum pro testamentis condendis inventæ, & statutæ fuerunt, ut constat ex ipsa rubrica Digestorum, *Qui testamenta, & quemadmodum testamenta fiant, & ex l. si quaramus* 4. *ff. eodem tit. l. Lucius* 88. §. *ult. ff. de legat.* 2. *leg. testandi* 13. *Cod. hoc tit.* Quare ad instruendos testatores librum peculiarem de forma testamenti scripsit Paulus, ut apparet ex indice Consultorum Pandectis prefixo, atque in scriptione, quæ sola ex eo libro superest *in l. si plures* 98. *ff. de legat.* 3. Unde quemadmodum ad preces judici offerendas Romani utebantur Jurisperitis, ita quoque testamenta facturi plerumque Consultum testatores evocabant, *l. Lucius* 88. §. *Lucius, ff. de legat.* 2. quas scrupulosas observationes testatoribus immutare non licebat, *leg.* 1. *Cod. Theodos. hoc tit.* Nam quo gravior est testamentorum auctoritas, eo major adhibenda est cautio, ne aut falsa testamenta supponantur, aut infani hominis verba pro testamento observentur; quod quidem, & alia plura timeri poterant, ob hæredum fraudes: nam ut inquit Plutarchus *in libro de amore prolis*, arena, pulvis, aut pennæ avium varias voces edentium minore numero sunt, quam qui alienas hæreditates ambiunt. Quapropter Romani, ut horum fraudibus occurrerent, simulque succurrerent simplicitati plurium testatorum, nihil diligentius, quam testamenta solemnitatibus munire curarunt: hæ vero pro testamentorum, & temporum varietate variæ etiam fuerunt; ac proinde oportet, ut paucis explicemus, quæ solemnitates in unoquoque testamentorum genere præscriptæ fuerint, & olim, & nunc requirantur. Inter præcipuas autem solemnitates omni tempore præcipua potiorque fuit testium præsentia, de qua requisita tam in uno, quam in alio testamento breviter agemus, & primo de testamento in scriptis.

10 De numero Testium.

Igitur postquam in desuetudine abierunt testamenta collatis comitiis, & per æs, & libram, Prætor, qui curam habebat supplendi jus civile, edicto suo novam testamenti condendi formam introduxit, ut refertur *in princ. Instit. de bonorum possess. & de testamentis*: & cum jure civili quinque testes in testamento per æs, & libram in repræsentationem quinque classium comitiorum, & similiter alii duo, videlicet libripens, & emptor familiæ desiderarentur; ipse in locum earum septem personarum testes septem pro condendo testamento præscripsit. Et licet quinque testes in testamento per æs, & libram tantum adessent, non vero subsignarent. Prætor noviter introduxit, ut septem testes signarent. Osuald. *l.* 6. *Donel. c.* 7. *litt. F*, Pichardus, & alii institutarii *in* §. 1. *de testamentis*. Sed Prætorium hoc testamentum meliorem formam accepit ab ipso jure civili, quo cautum fuit, ut illi septem testes rogati, convocatique uno, eodemque tempore adessent, & subscriberent in testamento. Itaque testamentum hoc a jure civili, & Prætorio formam accepit; a jure civili rogationem & subscriptionem testium: numerum vero, & signacula testium a jure Prætorio, ut refert Justinianus *in* §. *sed cum paulatim, Instit. hoc tit.* Sed paulo diligentius singula hæc exponamus. Primo ergo desiderantur septem testes, *l. cum tabulas* 7. *ff. de bonor. possess. secund. tabul. leg.* 3. *ff. si tabulæ testamenti*, *l. si unus* 12. *l. hæc consultissima, C. hoc tit.* adeo ut uno deficiente, testamentum nullum fit, etiam jure prætorio, *l.* 3. *ff. unde liberi, l.* 1. *&* 2. *tit.* 1. *partit.* 6. *l.* 3. *Tauri, l.* 1. *&* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *recop.* nisi testator rusticus fuerit; ille enim coram quinque testibus testamentum facere potest, *l. fin. C. hoc tit.* ubi Richierius; vel si pater in-

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

ter liberos diſponat, quo caſu duo, aut tres ſufficiunt, *d. leg. hac*, *§. ex imperfecto*, *authent. inter liberos*, *C. hoc tit.* vel ſi coram Principe fiat; ipſe enim ſupplet omnem ſolemnitatem, *l. omnium* 19. *C. hoc tit.* Secundo deſideratur, ut teſtes ſint rogati, & vocati ad ipſum teſtamentum condendum, *l. hæredes* 21. *§. in teſtamentis*, *ff. hoc tit. d. l. hac* 21. & hæc eſt exceptio regulæ legis 11. *ff. de teſtib.* ubi ita legitur: *Ad fidem rei geſtæ faciendam, etiam non rogatus teſtis intelligitur*. Docuerunt Oſualdus *dict. c. 7. litt. E*, Merillus, *lib. 8. obſ. c.* 30. Perez *ad tit. Cod. de teſtamentis n. 9.* quod ita ſtatutum eſſe creditur, ut teſtes magis intendant rei, quæ agitur, ne aliqua fraus, aut falſitas committatur: quæ ſolemnitas etiam jure noſtro Regio neceſſaria eſt, ut docet Burgos a Paz, & alii *in l. 3. Tauri*, *n.* 550. contra Gomezium in eadem lege, *n.* 24. Imo etſi hæc ſolemnitas a jure civili in codicillis non requiratur, *leg. ult. C. de Codicil.* tamen jure Regio verius eſt, hanc ſolemnitatem deſiderari, ut docuerunt Gregorius Lopez *in leg. 7. tit. 1. partit. 6.* Spino *in ſpeculo*, *gloſſ.* 32. *in fine*, Azevedo *in leg. 2. tit. 4. lib. 5. Recop. n.* 34. Guttierez *lib. 2. pract. q. 36. n. 3.* Molina *de primog. lib. 2. c. 8. n.* 24. illud tamen notandum eſt circa hanc ſolemnitatem, non præſumi teſtes fuiſſe rogatos, niſi probetur per ſcripturam notarii, in qua fidem faciat teſtes fuiſſe rogatos, & adhibitos; aut ipſi dum ſubſcribunt, teſtentur ſe vocatos fuiſſe, & rogatos, ut late probant Marcha *de probat. tom. 3. concluſ.* 1354. *per totam*, Azevedus *in d. l. 2. n.* 47. Debent etiam eſſe teſtes præſentes per illud tempus, in quo conditur teſtamentum, quod debet eſſe continuum, *dict. leg. hæres* 21. *§. ult. l. cum antiquitas* 18. *Cod. eod.* ita ut videant teſtes teſtatorem, & ab ipſo ſimiliter videantur. Caſtillo *lib. 3. quotid. c. 1. n.* 75. qui diſputat, an lecti tegumentum, quod nos *Cortinam* dicimus, exiſtens circa lectum teſtatoris, & impediens teſtes, ne illum videant, reddat teſtamentum nullum; quod non ſine cauſa diſputatur, ſæpe enim loco teſtatoris alius ſuppoſitus fuit, qui teſtes feſellit, vocem, & nomen teſtatoris mentitus; nam Cicero *pro Cluentio*, refert quemdam a Julio ſubornatum fuiſſe, ut ſimularet ſe ægrotum, & teſtamentum facere velle, quaſi eſſet Aſinius. Debent etiam ſeptem teſtes ſubſcribere proprio chirographo, non vicaria manu, *l. penult. ff. hoc tit.* quam duram legem eſſe dixit Hothomanus *ibi*, excepto caſu textus *in l. & ab antiquo* 31. *Cod. eod.* ubi jubetur, ut periti pro imperitis ſubſcribant; forma autem ſubſcriptionis, ſi credimus Cujacio *in l. ad textum*, *§. ſi quis*, *ff. hoc tit.* erat ea: *Ego Lucius Titius, ut teſtis ſubſcripſi, & Gaii teſtamentum obſignavi*. Cui ſimilis eſt illa, quæ proponitur *in l. 1. tit. 2. partit. 6*, his verbis: *So teſtigo de eſte teſtamento, que lo hizo tal home ſejendo yo delante*. Illuſtrant plures congeſti a Paz *in ll. Tauri*, *n.* 81. Hodie tamen ſufficit, ut teſtes nomen proprium tantum ſubſcribant, *d. l. 3. Tauri*. Tandem teſtes debent ſignare annulo, aut proprio, aut alieno, non alio ſigno, *l. hæres* 22. *§. 5. ff. hoc tit. l. 5. ff. de bonorum poſſeſſ. ſecundum tab.* Donellus *d. lib. 6. c.* 8. Cujacius *l. 14. obſ. c.* 11. Hothomanus *l. 1. obſ. c.* 20. Bronchorſt *l. 2. miſcel. c.* 16. hodie tamen ex jure noſtro Regio non eſt neceſſarium, *l. 3. Tauri*; ſed tantum ſignum Tabellionis deſideratur, *l. 2. tit. 4. lib. 5. Recop.*

11 *Qui teſtes eſſe nequeant.*

Non tamen omnes in teſtamentis teſtes eſſe poſſunt; aliqui enim ob naturæ vitium teſtes eſſe prohibentur. Hi ſunt Furioſus, prodigus, impubes, ſurdus, & mutus, *§. teſtes 6. cum ſequentibus*, *hoc tit. l. 9. tit. 1. partit. 6.* His adjicit Donellus *l. 6. c.* 71. cæcum, quia ſubſcribere nequit; cujus ſententiam ſequor etiamſi demus cæcum ſubſcribere poſſe: moveor, quia ſubſcriptionem, quam fecerit, recognoſcere non poterit, ac proinde ullam fidem non faciet. His etiam adnumerare poſſumus feminas, quæ licet in aliis teſtes eſſe poſſint, *l. 3. §. lege Julia*, *ff. de teſtibus*; tamen in teſtamento eſſe non poſſunt, *d. l. hac conſultiſſima* 21. quia fraudes, quæ in teſtamento inveniri poſſunt, non intelligunt. Donellus *l. 6. c. 7.* vel ob alias rationes, quas ibi congeſſit Oſualdus *litt. H*. Verum hæc ſententia viginti caſibus limitatur ſecundum Menchaca *l. 2. de ſucceſſ. creation. §. 12. cum ſequentibus*. Regulariter tamen femina, ut dixi, teſtis eſſe non poteſt in teſtamento, etiam ex jure noſtro regio, ut probatur *ex d. l. 9.* & docent Burgos de Paz *in l. 3. Tauri*, *n.* 47. Azevedus *in d. l. 2. n.* 42. & Matienzo *in ead. leg. gloſ. 6. n.* 3. idemque eſt jure canonico, ut contra alios defendit Covar. *in c. cum eſſes*, *n. 14. de teſtamentis*, & Pichardus *in d. §. teſtes*, *n.* 18. *cum ſequentibus*. Dubium autem eſt; an feminæ teſtes eſſe in codicillis poſſint? in qua quæſtione exiſtimo, jure civili poſſe, quia nulla lege prohibitæ reperiebantur, ſecundum Accurſ. *in l. qui teſtamento*, *§. mulier*, *verbo non poterit*, *ff. hoc tit.* & relatos a Pichardo *n. 21. in d. §. teſtes*; jure autem Regio teſtes eſſe non poſſe, argumento textus *in l. 10. tit. 1. partit. 6.* & *l. 3. Tauri*, ibi: *En los codicillos intervenga la miſma ſolennidad que ſe requiere en el teſtamento*. His etiam qui vitio naturæ teſtes eſſe nequeunt in teſtamento, annumerari poſſunt hermaphroditi, ideſt homines duplicis, & ambigui ſexus, ac bimembres; ut vocat Juvenalis *ſatyra* 3. hi enim ſi muliebria in illis prævaleant, teſtes eſſe non poſſunt, *l. 10. tit. 1. p. 6.* ex ratione legis *quæritur* 10. *ff. de ſtatu hominum*. Deinde ex variis cauſis alii teſtes eſſe prohibentur, veluti ſervi, qui tales ſunt, *d. l. hac dicta*, *l. qui teſtamento* 20. *§. ſervus*: niſi communi errore pro liberis habeantur, *§. ſed cum aliquis*, *Inſtit. hoc tit.* ex ratione legis *Barbarius*, *ff. de offic. Prætoris*. Latinum autem Junianum recte teſtem adhiberi poſſe, docuit Ulpianus *in fragm. tit. 20. §. Junianus*. Monachos etiam ratione ſtatus ſine ſuperioris licentia teſtes eſſe non poſſe docuerunt Didacus Perez *in l. 1. tit. 2. lib. 5. ordin.* Antonius Gomez *in d. l. 3. Tauri*, *n.* 28. Sed verius eſt, quod licet illicite faciant hujuſmodi actibus ſe ingerendo, non tamen ideo teſtamentum vitiatur, ut reſolvunt Jul. Clarus *in §. teſtamento*, *q. 55. tit. 7. n. 5.* Covar. *in præſenti*, *c. relatum*, *n. 5.* Azevedo *in l. 1. n. 59. tit. 4. lib. 1. recopil.* Molina *de juſtitia*, *tract. 2. diſp.* 127. *n.* 10. Deinde teſtes eſſe prohibentur illi qui damnati reperiuntur ob crimen famoſum, *l. is cui* 18. *§. ult. ff. qui teſtam.* vel ob crimen furti, homicidii, vel aliud ſimile, *l. 9. tit. 1. partis. 6.* Similia autem crimina dicuntur ea, ex quibus infamia juris incurritur, ut docet Gregorius *ibi*, *verbo Semejante*. His accedit qui lege Julia repetundarum damnatus eſt, *ex l. 13. ff. de teſtibus*: nec contrarium probat Ulpianus *in l. qui teſtamento* 20. *§. eum qui* 5. *ff. quis teſtamenta*; nam omiſſis Donello *l. 6. c. 7.* Duareno *ad eumdem tit. c. 5.* Hothomanus *l. 1. obſ. c. 21.* Cujac. *in d. §. eum qui*; qui ita emendat, *adhiberi non poſſe*; aliter textum illum exponit Oſualdus *in d. c. 7. Donel. litt. L*. His etiam adjunguntur adulterii damnati, *l. Sejo* 14. *ff. de teſtibus*; apoſtatæ, *l. 3. C. de apoſt.* & omnes qui quovis judicio improbi, & inteſtabiles eſſe jubentur, *§. teſtes*, *Inſtit. hoc tit.* inteſtabiles autem appellantur, qui inepti redduntur ad teſtimonium dicendum, *dict. l. is cui* 18. *ult. l. cum* 28. *ff. hoc tit.* Illuſtrant Revardus *ad lib. XII. Tabul. c.* 10. Balduinus *ad eaſdem leges*; *c.* 53. Turnebus *l. 26. adverſ. c.* 14. Connanus *l. 9. comment. c. 3. n. 2.* licet minus recte Beroaldus *in notis ad Svetonium*, *in Auguſto c.* 56. putaverit inteſtabilem dici qui teſtamentum facere non poteſt. Etiam prodigus, quia in pœnam teſtamentum facere prohibetur, nec etiam teſtis adhiberi valet, *d. l. is cui* 18. quam erudite exponit Fornerius *l. 3. rerum quotid. c. 3.* Alii tandem teſtes eſſe prohibentur, non in omnibus, ſed in quibuſdam teſtamentis: ut filius in teſtamento patris, & e contra, *§. pater*, *Inſtit. hoc tit.* quem late exponunt Goveanus *in l. 10. ff. de juriſd.* Pinellus *l. 1. ſelect. c. 1. per totum*. Nec hæres in teſtamento, in quo inſtituitur, poteſt eſſe teſtis, licet legatarius poſſit eſſe teſtis, *§. ſed nec hæres*, *Inſtit. ead.* ubi notandi ſunt textus *in l. 14. ff. de rebus dubiis*, *l. 39. §. propoſitum*, *ff. de legat. 3. l. fin. §. 3. C. communia de legat. l. in contractibus*, *ff. de V. S.* junctis Duareno *ad tit. de teſtam. c. 6.* Cujacio *l. 9. obſ. c.* 37. Pinello *ubi ſupra*.

12 *De teſtamento nuncupativo.*

Etiam poſtquam illa priora teſtamenta in uſu eſſe deſierunt, auctoritate prudentum introductum fuit teſtamentum nuncupativum, ideſt ſine ſcriptura factum, abſque eo, quod Prætor in ipſo aliquid mutaret, vel adderet: quod facile ſuadetur *ex l. 1. §. 1. ff. de hæred. inſtit. l. Divus* 24. *ff. de teſtam. milit. leg. hæredes* 21. *§. ult. ff. hoc tit.* & *in leg. 2. C. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* docetur teſtamentum nuncupativum jure civili firmum eſſe conſtitutum, quaſi dicatur teſtamentum hoc nihil a jure Prætorio mutuaſſe: & imperator Valentinianus *in novella de teſtam. tit. 4.* ſeparavit teſtamentum ſcriptum ut juris civilis, & Prætorii; a teſtamento nuncupativo jure tantum civili introducto; non tamen ita in uſu erat ac teſtamentum in ſcriptis; unde non ita frequens ejus reperitur mentio in Pandectarum libris, forſan ex eo, quia cupiebant teſtatores voluntates ſuas celari, nec eas publicari antequam ex hac luce migrarent, ut docet Valentinianus *in Novel. 2. de teſtam. tit. 4.* Circa ejus ſolemnitates, exceptis ſignis, & ſubſcriptionibus, æqualiter in eo deſiderabantur ſeptem teſtes maſculi, puberes, liberi, & rogati, cum ceteris qualitatibus, ac in teſtamento in ſcriptis facto, *d. l. hac* 21. *§. per nuncupationem*, *C. hoc tit. l. ſi quis* 18. *in fine*, *C. de codicil. §. ult. Inſtit. hoc tit.* qui numerus teſtium a jure civili præſcriptus fuit abſque innovatione prætorii juris, *l. 2. C. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas*; & valde neceſſarius fuit, cum voluntas a defuncto nuncupata hoc genere teſtamenti, aliter quam teſtibus probari non poſſit: Imperator Leo *novel.* 42. ubi rationem probandi nuncupativum teſtamentum a veteribus hanc fuiſſe traditam ait, ut ſeptem non indigni fide teſtes affirmarent, ſe audiviſſe cum ita teſtator lingua ſua de rebus ſuis pronunciaret. Unde nullo modo, aut ſtatuto, aut conſuetudine fieri poteſt, ut teſtamentum hoc ſine teſtibus ſubſiſtat, licet introduci poſſit, ut minor numerus deſideretur, ut in teſtamentis militum, ruſticorum, & parentum inter filios conſtitutum fuit *in l. ult. §. 1. C. de teſtam. Novel. 41. Leonis*, *leg. 1. C. Theodoſ. hoc tit. l. 16. C. famil. erciſc.* nuncupativum enim teſtamentum etiam privilegiatum datur inter liberos, ut probant Vviſembech. *diſp. 17. n.* 31. Vinnius *l. 2. ſelect. c.* 18. licet contrarium teneat poſt Martinum, Salic. & Fulgoſium Faber *de error. decad. 35. error.* & *decad. 36. errore 9.* Subſtantia ergo teſtamenti nuncupativi conſiſtit in nuncupatione; quare etſi poſtea redigatur in ſcripturam, ſemper manet nuncupativum, *l. Pamphilo* 39. *ff. de leg. 3. §. 1.* Tandem ſciendum eſt, tot teſtes, tam in teſtamento in ſcriptis, quam in nuncupativo, non deſiderari ad probationem, quia ad eam duo, aut tres teſtes ſufficiunt: *l. ubi numerus*, *ff. de teſtibus*; ſed ad ſolemnitatem. Covar. *in c. cum eſſes*, *n.* 8. Antonius Gomez *in l. 3. Tauri*, *n. 24. & 28.* Unde apud varias nationes non æqualis teſtium numerus deſideratur; in Batavia enim coram tribus teſtamentum factum tenet, ut refert Vinnius *l. 2. ſelect. c.* 19. & de Saxonibus idem refert Richierius *in d. l. hac* 21. *hoc tit.* Jure autem noſtro Regio quid obſervetur, videamus. Et ut ab origine id repetamus, apud Gothos conſtat obſervatam fuiſſe conſtitutionem Theodoſii, quæ extat *in l. 1. C. Theodoſ. hoc tit.* juxta cujus Codicis conſtitutiones Gothi regebantur ex conſtitutione Alarici II. ut jam notarunt Cujacius *in paratitl. ad tit. C. de interdictis*, Cironius *l. 5. obſerv. c.* 1. Sahabedra *in chron. Gothic. c. 9. pag.* 149. Poſtea Rex Alfonſus *in l. 1. tit. 3. lib. 1. ordin.* ſtatuit, ut quinque, aut tres teſtes adhiberentur vicini ipſius oppidi, villæ, aut civitatis ubi teſtamentum fit. Quæ lex explicatur *in l. 3. Tauri*, *l. 1. tit. 4. lib. 5. re-*

5. recopil. Et licet *in d. l. 1.* mentio fiat ſeptem teſtium, pars illa non eſt Regis Ildefonſi, ſed præcedentis Philippi videlicet, ut in Gloſſa marginali notatur. Attenta autem ipſa lege prima, ſi teſtamentum fiat coram Tabellione, debent adeſſe tres teſtes ipſius oppidi; ſi abſque Tabellione, quinque etiam vicini: ſi vero cum Tabellione fiat, & teſtes vicini non ſint, ſeptem deſiderantur, aut quinque. Quoad praxim ergo hujus Regni diſcrimen eſt conſtituendum inter teſtamentum in ſcriptis factum, quod vulgo dicimus, *Cerrado*; & inter teſtamentum nuncupativum: nam in teſtamento ſcripto aliqua requiſita juris civilis immutata ſunt: ſiquidem apud nos non deſiderantur ſigna teſtium, ſed tantum ſubſcriptiones; & ſi aliqui ex teſtibus ſubſcribere neſciant, alii pro eis ſubſcribere valent, ita ut ultra ſubſcriptionem Tabellionis ſeptem ſubſcriptiones reperiantur. Gomez *in dicta l. 3.* Spino *de teſt. gloſſ. 31. n. 29.* In teſtamento vero nuncupativo, quod nos dicimus *abierto*, quinque teſtes, ſi vicini ſint, aut tres cum Tabellione, ſi penuria teſtium detur, vel ſi ſint exteri teſtes ſeptem requiruntur, *d. l. Tauri*: nec deſideratur ulla ſcriptura, imo coram teſtibus nuncupata voluntas ſuſtinetur, ut docent circa hunc numerum teſtium, & ejus qualitates varia dubia reſolventes, Matienzo, & Azeved. *in d. l. 2.* Menchaca *de ſucceſſ. creat. §. 25. n. 21.* Gregorius Lopez *in l. 2. tit. 6. part. 1.* Tauriſtæ *in d. l. 3.* Didacus Perez *in l. 1. ordin.* Flores a Mena *l. 1. q. 1.* Illud tamen notandum eſt, tempore peſtis prædictam ſolemnitatem non deſiderari imo cum minori conditum teſtamentum ſuſtineri. Valenzuela *conſil.* 124. *n.* 13.

13 *Traditur ratio decidendi.*

Quibus ita animadverſis, facile apparet vera ratio præſentis aſſertionis; nam cum ad probationem cujuslibet actus duo, aut tres teſtes ſufficiant, juxta textus *in d. c. in omnibus*, *c. licet*, & ibi tradita, *de teſtibus*, *l. ubi numerus*, *ff. eod. tit.* & major numerus tantum ad ſolemnitatem ob nimias juris civilis ſcrupuloſitates in teſtamentis deſideretur, & jus Pontificium inſuper habitis ſcrupuloſis juris Cæſarei ſubtilitatibus, tantum intendat defunctorum voluntates exitum habere, *c. nos*, *c. ſi hæredes*, *c. indicante*, *hoc tit.* ideo Alexander in præſenti ſtatuit, ut teſtamentum coram parocho, & duobus teſtibus factum valeret, nec ex defectu ſolemnitatis, videlicet majoris numeri teſtium, teſtamenta corruerent; & cum voluntates piæ, omni jure attento, fovendæ ſint, *l. ſunt*, *ff. de relig. l. hac* 22. *C. hoc tit.* ideo legata pietatis cauſa relicta licet duobus tantum teſtibus ſine præſentia parochi relicta ſint, ſuſtinentur, & præſtari debent, cum pietatis cauſa multa introducta ſint, quæ attento jure ſcripto non defenderentur, ut patet ex cumulatis a Tiraquello *in tr. de priv. piæ cauſæ*. Et licet teſtamenta minus ſolemnia invalida ſint, etiam in foro conſcientiæ, ut probant Vaſquez *in opuſc. de teſtamentis*, *c. 3. dubio 1.* Suarez *l. 5. de legibus*, *c. 24. n. 4.* Valentia *2. 2. diſp. 5. q. 6. p. 5. §. 1. quæſtiunc. 1.* contra Molinam *de juſtitia*, *tr. 2. diſp.* 81. Malderum *tr. 1. de juſtitia*, *c. 11. dub. 5.* Comitolum *reſponſ. 7. q. 1.* Reginaldum *l. 25. n.* 105. Leſſium *de juſtitia*, *c. 19. a n.* 12. tamen relicta in illis piis locis, aut piæ cauſæ, ſemper debentur in utroque foro, ut probant Leſſius, Comitol. & Molina ſupra, Covar. *in c. relatum 1. hoc tit.* Theophilus *ſupra*, *fol.* 49 Juſte ergo Alexand. III. in præſenti ſtatuit, teſtamentum coram Presbytero, & duobus teſtibus factum valere; & ſi ad pias cauſas fit, ideſt, aliqua pietatis cauſa in eo relinquantur, tantum coram duobus teſtibus factum ſubſiſtere. Proſequuntur Cujac. & Covar. *in præſenti*.

14 *Diſſolvitur dubitandi ratio.*

Nec obſtat dubitandi ratio ſupra adducta, in qua dicebamus, tam ex jure ſcripto, quam ex conſuetudine ſeptem teſtes deſiderari in teſtamentis. Pro cujus ſolutione examinandum eſt, an deciſio præſentis textus ſit correctoria juris communis, & procedat tantum inſpecto jure canonico. Et impius Duarenus *ad tit. de teſtam. c. de effectu ſolemnit.* aſſerere non erubuit, Alexand. III. in præſenti correxiſſe jus civile, parum acute illud divinum dicterium, *In ore duorum, vel trium ſtat omne verbum*, in contrarium inducens; quem ſequitur Vviſembech. non magis orthodoxus *diſp. de teſtam. n.* 8. Sed eorum ſententia omiſſa, verius dicendum eſt, ſolemnitatem teſtium jure Cæſareo inductam in præſenti abrogatam eſſe, non indiſtincte, & abſolute, ſed tantum in terris ſubjectis Eccleſiæ quoad ſpiritualia, & temporalia, ut parebat provincia illa Velitrenſis, ut ſupra in inſcriptione probavi. Unde cum provincia illa pertineat ad Romanam Eccleſiam etiam in temporalibus, recte potuit Alex. III. ſtatuere, ut teſtamentum coram parocho, & duobus teſtibus factum, valeret: nec ideo improbatur ab Alexandro conſuetudo Hoſtienſis diœceſis, quia contraria eſſet juri divino, ſed quia tendebat contra Eccleſiæ diſpoſitionem, quæ (divina auctoritate favente) admittit teſtamentum coram parocho, & duobus teſtibus factum in terris ſibi ſubjectis quoad temporalia, ut docuerunt Covar. *in præſenti*, *n.* 12. Fachineus *l. 6. controv. c.* 47. Alciatus *in c. novit*, *de judiciis*, *n.* 47. Nec tantum teſtamentum ita conditum valet, & effectum ſortitur in terris Eccleſiæ Romanæ ſubjectis, ſed ubicumque, ut probat Arnoldus Vinnius *l. 2. ſelect. c.* 19. Chriſtineus *t. 1. deciſ.* 52.

15 *Exponitur concilium Toloſanum canon. 10.*

Adhuc ſupra traditis obſtat textus *in can. 10. Conc. Toloſani*, in illis verbis: " Volumus ut qui extremam voluntatem voluerit teſtamento firmari, ſub teſtimonio fiat proprii confeſſoris, aut eo abſente, ſub præſentia Eccleſiaſticæ perſonæ teſtibus ordinatis, & accitis bonæ famæ, quos voluerit teſtator adeſſe. „ Refert Creſpetius *in ſumma*, *verbo Teſtamentum*, ut fieri, & tueri debeat. Ex quibus aperte deducitur, teſtamentum tantum coram parocho factum, valere: ergo fruſtra in præſenti deſiderantur duo, aut tres teſtes ſimul cum parocho. Pro cujus canonis expoſitione ſciendum eſt, in aliquibus provinciis Galliæ, ut executio & cognitio teſtamentorum ſpectaret ad judicem eccleſiaſticum, cautum fuiſſe, ut ſacerdotes, qui ægrotos in confeſſione audiebant, eos admonerent, ut coram Notario Curiæ Epiſcopalis, & ipſo ſacerdote teſtamentum facerent, ut conſtat ex Bochello *l. 3. Decreti*, *tit. 22. c. 4. 5. & 6.* & Refert Rouſſelius *l. 6. hiſt. juris Pontif. c. 3. n. 15.* imo & ſi teſtator aliter diſpoſuiſſet, ſepultura eccleſiaſtica privabatur. Concilium Narbon. *can. 3.* ibi: " Quod ſi teſtator neglexerit evocare presbyterum, vel eccleſiaſticam perſonam, eccleſiaſtica ipſa ſepultura privetur; & qui teſtamentum receperint ſine præſcripta ſolemnitate ab ingreſſu Eccleſiæ arceantur. „ Refert Creſpetius *ubi ſupra*. Unde textus *in d. can.* 10. accipiendus eſt juxta morem ipſius regionis; non vero inde deducitur, in aliis provinciis idem jus eſſe obſervandum.

C A P U T XII.

Idem *Electo & Capitulo* a *Caſſanen*.

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

N O T Æ.

1 a *Caſſanenſi*.) Ita etiam legitur in ſecunda collectione, *ſub hoc t. c. 1.* Caſſanenſis Eccleſia eſt in magna Græcia, cujus Prælato reſcribit Alexander in præſenti: & quia adhuc non erat confirmatus, nec conſecratus, ſub nomine tantum electi illi reſcribit Pontifex, juxta ea quæ notavi *in c. 5. de electione*.

b *Lateranenſi*.) Relato *in c. cum in officiis*, *hoc tit.*

c *Unus eſt ordinandus*.) Hæc verba expoſui *in c. majoribus 8. de præbendis & dignitatibus*.

d *Eccleſiæ*.) Bona relicta ab Epiſcopo, cui debeantur, jam expoſui *in c. 4. de offic. ordin.* Circa fructus autem obtinuit, ut pro rata annui fructus dividantur inter defunctum, & ſucceſſorem, ut late probant Sarmientus *de reddit. 4. p. c. 6.* Covar. *l. 1. var. c. 15. n. 12.* Molina *l. 1. de primog. c. 11. n. 4.* Valaſcus *de partit. c. 36. ex n. 9.* Caſtillo *de uſufructu*, *c. 79.* Eſcobar *de ratiocin. c. 20. n. 23.* Garcia *de benef. 2. p. c. 1. ex n. 94.* Baptiſta Coſta *de ratione rata*, *q.* 29. Eleganter Robertus *l. 3. rerum jud. c. 4. v. Titiæ opinio*: niſi aliud conſuetudine introductum ſit, ut probant Solorzanus *t. 2. de jure Indiarum*, *l. 3. c. 5. ex n.* 45. Noguerol *alleg. 26. art. 1.* dixi *in d. c. 4.*

COMMENTARIUM.

In hoc textu enim agitur de teſtamentis a clericis conditis ex bonis propriis patrimonialibus, & ex aliis intuitu Eccleſiæ acquiſitis, juxta ea quæ adduxi *in c. cum in officiis*, *hoc tit.* cujus declaratio in præſenti fit, illudque ſpecialiter hic cavetur, videlicet conſuetudine introduci poſſe, ut clerici de bonis intuitu Eccleſiæ acquiſitis in teſtamento diſponere poſſint; quod quia generaliter in his regnis obſervatur, imo & talis conſuetudo approbata reperitur *in l. 13. tit. 8. l. 5. recopil.* examinandum venit, an talis conſuetudo non ſolum in foro exteriori procedat, verum & in interiori ſecure obſervetur? 2

Et

BIBLIOTECA CENTRAL U.A.N.L.

Et talem consuetudinem improbarunt Navarrus *de reddit. 1. p. n.81.* & *apolog. 3. p. monit. 1. & 2.* Gregorius Lopez *in l. 53. tit. 6. gloss. 1.* moti ex sequentibus. Primo, quia hæc consuetudo gravamen Ecclesiæ infert, siquidem privat eam omnibus bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, quæ defunctis presbyteris illi debentur, *ex c. 1. infra tit. 31.* sed consuetudo, quæ infert gravamen Ecclesiis, improbatur, & non admittitur: ergo præsens consuetudo rejicienda est. Accedit, quia in specie non dissimili alia consuetudo improbatur *in c. quia sæpe, de elect. in 6.* Deinde quia Alexander in præsenti approbat tantum eam consuetudinem, quæ clericis de rebus mobilibus tantum disponere permittit: ergo a contrario improbat generalem consuetudinem, juxta quam clerici de omnibus bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis testamentum facere possunt. Contrariam tamen sententiam, quam ut veriorem amplectimur, defendunt Matienzo, & Azevedo *in dict. l. 13. recopil.* Covar. *in dicto c. cum in officiis, n. 9.* Sarmient. *de reddit. 2. p. c. 6. n. 1.* & *4. p. c. 1. n. 7.* Guttierez *l. 2. practic. q. 14.* Valasco *de partit. c. 35. n. 9.* plures quos referunt Solorzanus *t. 2. de jure Indiarum, l. 3. c. 10. n. 11. & 66.* Valenzuela *t. 1. consil. 98. n. 30.* Salcedo *de lege polit. lib. 2. c. 2.* quæ sententia probatur ex capite *præsenti, v. Nisi, de offic. ordin. in 6. extravag. suscepti, de elect.* Joannis XXII. quam expendit Covar. ubi *proxime, n. 26. ex c. cum tibi*, juncta communi interpretatione, *de verb. sign. extravag. postulasti, de præbend. & dignit.* & *ex c. ad hæc 7. hoc tit. in 1. coll.* cujus verba retuli *in c. ad hæc 13. de præbend.* ubi Alex. III. jubet observari consuetudinem, juxta quam clerici, qui a Kalendis Martii usque ad Kalend. Novembris decedebant, fructus totius anni distribuebant, & de eis ad libitum disponebant. Nec hoc argumentum evitat Navar. *in apolog. q. 3. monit. 8. n. 7.* prout optime notavit Sarmiento *dict. 4. par. c. 1. n. 12.* Accedit, nam omnia, quæ possunt concedi privilegio possunt introduci consuetudine, *c. 1. de privil. in 6. c. super quibusdam, de ver. sign.* Sed Jul. III. anno 1549. *in extravag. Cupientes*, quam refert Navarrus *de spoliis, §. 6. n. 1.* omnibus clericis in Curia degentibus permisit testamentum facere de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis: & hodie Presbyteri Cardinales virtute privilegii de omnibus bonis disponunt, ut refert Cohel. *in notit. Cardin. c. 16. privil. 18.* Igitur & consuetudine introduci potest, ut clerici de omnibus bonis, etiam intuitu Ecclesiæ acquisitis testamentum faciant. Tandem, nam prohibitio, ne clerici de his bonis in testamento disponant, est juris positivi, ut supra probavi *in capit. 1.* & *in capit. cum in officiis*: igitur in contrarium consuetudo præscribi potest. Qua sententia retenta, non obstant contraria fundamenta. Non primum, nam cum per hanc consuetudinem reducatur facultas testandi ad jus gentium, juxta quod unicuique licet de rebus suis disponere tam in vita, quam in morte; inde facultate hac utendo clericus nullum præjudicium Ecclesiæ infert, cum jus, quod illi competebat ad ea bona, juris positivi esset, & ita per contrariam consuetudinem abrogari posset. Nec etiam obstat textus *in d. c. quia sæpe*; nam magnum discrimen versatur inter hanc consuetudinem, per quam facultas testandi clericis conceditur; & eam, per quam bona decedentium clericorum Sede vacante Episcopali ad Capitulum, & ejus singulares personas devolvuntur; præsens enim consuetudo rationabilis est, illa autem irrationabilis. Nec etiam obstat præsens textus; nam Alexander III. consuetudinem testandi de bonis mobilibus approbando, non improbavit consuetudinem generalem disponendi de omnibus rebus mobilibus, & immobilibus; nec poterat improbare consuetudinem nostri Regni, cum posterior sit. Manet ergo, valide & licite virtute prædictæ consuetudinis posse clericos disponere de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, etiam in testamento; quod in Gallia, & aliis Regnis etiam observari probat Solorzanus *ubi supra.*

C A P U T XIII.

Idem *Altissiod.* d *Episcopo.*

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

N O T Æ.

1 a ALtissiodorensi.) Ita legitur in tertia collectione *sub hoc tit. c. 1. cum tibi de verb. sign.* in eadem collectione, ex quo ita hujus textus integram restituo: in præsenti Innoc. III. rescribit Guillielmo de Castro Silligniaco, qui mire tam in spiritualibus, quam temporalibus auxit ipsam diœcesim, variis ædificiis constructis, & reparatis, ut refertur in historia Episcoporum Altissiod. edita a Philippo Labeo *t. 1. Bibl. novissimæ, f. 405.* Unde privilegium impetravit ab Innoc. III. ut de intestatorum bonis libere disponeret, ut ita tot expensis in Ecclesiarum constructionibus, & dotibus factis consulere possit, bona intestatorum clericorum ita pie, & utiliter impendendo. De Ecclesia Altissiodorensi egi *in c. 14. de præscript.* Idem jus habuisse Parisiensem Episcopum, refert Cantiprat. *l. 2. c. 45.* ibi: „ Audivimus de venerabili Guillielmo nato Alverniæ, Parisiensi Episcopo, quod cum nunciaretur ei quemdam Canonicum Ecclesiæ Parisiensis intestatum decessisse, &c. „ Et de Archiepiscopo Eborac. Matthæus Parisius *ad ann.* 1181. „ Qui adhuc vivens a Papa Alexandro privilegium impetraverat, ut si clericus suæ jurisdictioni suppositus, agens in extremis testamentum non conficeret, Archiepiscopus haberet facultatem injiciendi manus in bona defuncti.

2 b *Rerum clericorum.*) Non patrimonialium; nam in eis ab intestato clericis sunt hæredes consanguinei, & agnati, *c. cum in officiis; c. ad hæc, c. relatum, hoc tit.* & illis deficientibus succedit Ecclesia, ut infra dicemus titulo sequenti; non vero eorum, quæ intuitu Ecclesiæ acquisierant; nam in eis succedebat Ecclesia, *c. 1. de success. ab intestato, c. penult. de peculio cler.* nec de eis poterat clericus in præsenti specie dispositionem alteri committere, unde privilegio concesum erat Guillelmo Episcopo Altissiod. ut eorum bonorum, in quibus Ecclesia jure communi attento succedebat, nullis adstantibus consanguineis, liberam haberet administrationem.

c *Et tuos.*) Canonicos videlicet, qui intestatorum successionem sibi vindicabant.

d *Primo.*) Hæc prima consultatio refertur *in c. cum tibi, de verb. signif.*

COMMENTARIUM.

3 NOtum est, ultimam testantis voluntatem in alterius dispositionem conferri non posse, *l. illa 32. leg. facto, l. si quis ita, l. si quis Sempronius 66. ff. de hered. instit. l. filia 11. §. quamquam, ff. de legat. 3. l. nunquam, 52. ff. de condit. & demonstr. l. cum quidam 8. ff. de rebus dubiis, l. fideicommissaria 46. ff. de fideicommiss. libert. l. 1. §. si ab ipso, ff. de collat. bonor. l. penult. §. si patronus, ff. de bonis libert. l. 11. tit. 3. p. 6.* Illustrant Alciatus *l. 2. parerg. c. 32.* Cujac. *l. 2. observ. c. 2.* Connanus *l. 10. comm. c. 6.* Robertus *l. 2. recept. c. 11.* Acosta *l. 1. select. c. 21.* Sarmient. *l. 1. select. c. 11.* Antonius Augustinus *l. 4. emend. c. 10.* Vinnius *l. 1. select. c. 25.* Bronchorst. *enantioph. cent. 3. assert. 48.* cujus principii rationem ex diffinitione testamenti petendam esse ipsi existimarunt, nam cum diffinitio diffiniti substantiam demonstret, *l. 1. §. dolum, ff. de dolo*, & testamentum sit voluntatis nostræ justa sententia, *l. 1. ff. de testam.* apparet, contra substantiam testamenti fieri, si alienæ dispositioni committatur. Duarenus *in dicta l. 1.* & *ad tit. de hæred. instit. c. fin. columna finali*, Segura *in repetitione legis cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulgari*, Tiraquellus *ad ll. connubiales, glossa 5. n. 5. in fine*: quod explicuisse videtur Caj. *in dict. l. institutio*, ibi: *Testamentorum jura per se firma esse oportere*; hoc est testamentorum dispositiones per se firmas esse debere, robur, & firmitatem a seipsis, & non ab alio accipere; nam lege XII. Tabul. quod quis de bonis suis disposuisset, confirmavit lex *verbis legis, de verb. signif. princip. Instit. ad l. Falcid.* potestas quippe hæc personalis ad alterum transferri non potest; etenim cum quis ita disposuit, *Instituo quem Titius voluerit*; vel *Instituo Sempronium, si Cajus voluerit*; Sempronius pendet ab aliena voluntate, taliter quod institutio vires, & firmitatem sumit a voluntate tertii, quo renuente, nullus hæres institutus reperitur, & sic magis tertii, quam defuncti testamentum esse videtur, ob idque a veteribus talis institutio improbatur. Prosequuntur Connanus *l. 10. comm. c. 6. n. 3.* Costa *in c. si pater, 1. p. verbo Pauperis, n. 5. de testam. in 6.* Corrasius *5. Miscel. c. 13.* Spino *in specul. testam. glos. 5. n. 2.* Cujacius *l. 6. respons. Papin. in dicta l. capratorias 70. ff. de hered. instit.* Donellus *8. comm. c. 15.* Antonius Faber *decad. 51. errore 4.* Castillo *2. controv. c. 6. n. 22.* Matienzo *in l. 5. tit. 4. l. 5. recopil. gloss. 1. nu. 2.* Unde facile deducitur, ultimam testatorum voluntatem in alterius dispositionem conferri non posse.

Quæ assertio primum procedit in institutione hæredis, quæ adeo in voluntatem alterius conferri non potest, ut nec arbitrio, sive libero, sive justo conferri valeat; in quo sensu verbum *Arbitrio*, quo utitur Consultus *in d. l. illa 32.* accepit Sarmientus *l. 2. select. c. 6. n. 4.* Quæ sententia non male confirmari potest *ex l. filio 17. ff. de injusto rupto*, ubi si filius præteritus velit testamentum patris approbare, adhuc tamen attento juris civilis rigore, nullius momenti esse supponitur; quod ex eo provenire existimant Faber *l. 9. conject. c. 14.* Osualdus *l. 6. comm. c. 6. litt. C*, ne alioquin ex arbitrio filii hæredis institutio pendeat. Cui doctrinæ objici solet, substitutionem esse secundam hæredis institutionem, & tamen ea ex voluntate instituti pendet, ut constat ex vulgari ejus formula ibi: *Titius hæres esto, & si Titius hæres non erit, Sejus hæres est.* Sed respondetur cum Sarmiento *d. c. 6. n. 5.* Osualdo *d. l. 6. c. 32. littera A*, substitutionis jus non pendere ex voluntate libera primi instituti, sed ex tacita, & a contrario sensu deducta, ut *in l. fideicommissa 11. §. si sic, ff. de legat. 3.* imo principaliter pendere ex testantis voluntate, & judicio, non aliter voluit testator substitutum hæredem esse, quam si primo institutus facto, vel verbo hæreditatem non adierit; quomodo etiam exponendus est textus *in l.* 4 De hæredis institutione.

in l. si quis 68. ff. de hæred. instit. ubi docetur posse fieri institutionem sub ea conditione, si Titius in Capitolium ascenderit; quia hoc casu institutio non confertur in expressam voluntatem Titii, sed potius in velatam, sub conditione videlicet, quæ pendet ex facto ipsius. Nec obstabit si instes, in Titii potestate esse ascendere, vel non ascendere: ac proinde nihil interesse inter hanc conditionem, *Si in Capitolium ascenderit*; & illam, *Si voluerit.* Nam respondeo adhuc institutionem proprie non pendere ex voluntate Titii, sed potius ex facto involuntario ipsius; quia ut recte explicant Costa *l. 1. select. c. 21. n. 5.* Donellus *dict. l. 8. c. 15.* conditio, *si voluerit*, non nisi a sciente, & volente impleri potest, conditio vero ascendendi in Capitolium facto, & ab eo qui ignoravit conditionem, impleri potest; quippe talis conditio in casum collata censetur. Nec contrarium probatur *in l. 2. ff. de condit. & demonstr.* ubi aperte docetur, conditionem ascendendi in Capitolium adimpleri non posse, nisi ab sciente, non vero ab eo, qui per accidens ascendit. Nam respondeo cum Sarmiento *d. c. 6. n. 31.* textum illum procedere quando conditio adjicitur ipsi hæredi instituto, vel legatario; nam tunc scienter, & deliberate ab eis impleri debet: nos vero loquimur quando hæc conditio ponitur in personam tertii, quia tunc, cum casualis sit, sufficit ut casu adimpleatur. Adhuc tamen supra tradita doctrina, videlicet institutionem hæredis in extraneam voluntatem poni non posse, limitanda est cum non ipsa constitutio, sed electio hæredis ponitur, veluti cum testator dicit, *Instituo hæredem unum ex consanguineis, quem Titius elegerit*: nam cum institutio directe fiat a testatore, electio recte tertio committi potest; siquidem eo non eligente, omnes consanguinei admittuntur, argumento legis *si quis 17. §. 1. l. cum quidam 24. l. cum pater 77. §. hæreditatem, el 1. ff. de legat. 2.* & faciunt textus *in l. utrum 8. §. cum quidam, ff. de reb. dub. l. fideicommissaria 46. §. ult. ff. de fideicommiss. libert. leg. pauperibus 24. leg. nulli, leg. si quis 28. C. de Episcop. & cleric.* docent Covar. *hic*, Acosta *in dicto c. si pater, verbo Pauperes, n. 6.* Castillo *l. 2. controv. c. 6. n. 23.* Deinde limitatur prædicta doctrina cum non ipsa institutio, sed portionum distributio tertio committitur; quod dispositionis genus consistere probatur *ex l. cum filius 76. §. pater, ff. de legat. 2.* Item cum in vim declarationis institutio in alterius voluntatem confertur, dum tamen a testatore hæres ore proprio nuncupetur, *l. hæredes 21. ff. hoc tit.* veluti si testator dicat, *Instituo hæredem, quem scripsi in quadam schedula, quæ est apud Titium*: nam licet declaratio Titio committatur, tamen institutio directe fit a testatore, & ita sustinetur, argumento legis *quoties 9. §. si quis nomen, l. hoc 29. l. nemo 58. leg. asse 77. ff. de hæred. instit.* docuit Covar. *in præsenti, n. 7.*

5 De legatis in voluntatem alienam relictis. Quoad legata licet Christophorus a Castellione relatus a Cumano *in l. 1. ff. de legat. 2. n. 5.* & Alciatus ibi, *n. 6.* existimaverint, ea relinqui posse in meram tertii voluntatem, ex eadem lege 1. accipientes textum *in d. l. illa 12.* in illis verbis: *Testamentorum jura*, pro hæredum institutionibus, quæ ad caput testamenti spectant, *l. 3. ff. de his quæ in testamento, §. ante hæredis, Instit. de legat.* tamen recte eos refellit Acosta *l. 1. select. c. 21. n. 9.* qui inter legata & institutiones nullam in hac parte versari differentiam docuit; sed cum aliena voluntas varie dici possit, videlicet vel legatarii, vel hæredis, vel alterius extranei, de his tribus singillatim agendum est. Et quod attinet ad primum, nemo est qui nesciat, legatum, vel fideicommissum in voluntatem legatarii relinqui posse, veluti, *Lego Titio centum, si ipse voluerit*: *l. si ita 65. §. 1. ff. de legat. 1. l. 66. ff. de condit. & demonstr. l. 30. tit. 9. partit. 6.* Cujus rei illa ratio est, quod cum in legatarii potestate sit agnoscere, aut repudiare legatum, nec invitus ad id accipiendum cogi possit, idcirco quod tacite inest, etiam expressa conditione relinqui potest; quæ conditionis expressio faciet legatum conditionale, non purum, *d. l. si ita 65. §. 1. d. l. si ita 69.* Nec obstat si quis dicat, hujusmodi legatum ex eo purum videri, quod illa conditio, *si voluerit*, tacite a jure insit, *l. invito, ff. de regul. juris*; tacita autem conditio a jure, licet a testatore exprimatur, nihilo magis facit legatum conditionale, *l. 3. ff. de legat. 1. l. servo 47. in fine, l. conditiones 99. l. aliquando 107. v. Item, ff. de condit. demonstr. leg. hæredes, v. Tractari, l. si dies, v. Si sub conditione, l. Titio 22. v. Quædam, ff. quando dies legati cedat.* Nam responderi solet, conditionem, *si voluerit* aliter exprimi, quam a jure inest, nam a jure non inest ut legatarius velit: nam etiam ignoranti acquiritur, *leg. cum pater 77. §. surdo, l. legatum 80. ff. de legat. 2. l. si tibi 86. §. cum servus, ff. de legat. 1. l. si partem 18. ff. quemadmodum servitutes*; cum eo ipso, quod non repudiatur, retro legatarii fuisse intelligatur, *l. servum 44. §. 1. ff. de legat. 1. l. 1. §. sed utrum, ff. si quid in fraudem patroni*; expressa vera conditio, *si voluerit*, supervacua non habetur, cum ea adjecta fiat, ut ignoranti legatum non quæratur, nec consistat antequam legatarius constituat se velle, exemplo hæredis sui, cui si conditio, *Si voluerit*, in institutione adjiciatur, institutio conditionalis ex eadem ratione fit, *l. jam dubitari 86. v. Non abs re, ff. de hæredib. instit.* licet aliud sit in hærede extraneo, ex regula dictæ legis *3. ff. de legat. 1.* atque ita docent Accursius *in d. l. aliquando, verbo Adierit*, Bartolus *in d. l. 3. n. 3.* ubi Jason *n. 3. & 8.* Alciatus, *n. 18.* Cujac. *ad finem*, Donellus *l. 8. comm. c. 15. in princip. & c. 32. v. Sæpe numero*, Sanchez *l. 5. de matrim. disput. 1. n. 7.* Sed hæc interpretatio, licet vulgo recepta, nec tuta satis, nec firma est, quamvis utcumque defendi posse, defendat Duarenus; nam convinci videtur, primo *ex d. l. si ita 56. §. 1. v. Aliud*, in qua ostenditur conditionem, *Si volet*, tacite in legato contineri, alioquin si non inesset, non recte posset legatarius illud repudiare. Deinde, nam si conditio, *Si volet*, tacite non inesset ex eo, quod ignoranti quæritur legatum, utique hæc ratio vim suam haberet in legato damnationis: atqui quod ignoranti legatum quæratur, & quod recta via transeat, non nisi in legato vindicationis locum habet, *d. l. legatum 80.* cum supra adductis: ergo aut fateri debent textum *in dicta leg. si ita 65. §. 1.* in legato tantum vindicationis accipiendum, quæ nimia restrictio est; aut dare debent rationem, qua usi sunt, non satis esse adæquatam, cum omnibus legatis non conveniat. Quare omissa alia solutione Ripæ *in dict. l. 3. n. 35.* cui subscribunt Duarenus *ibi*, & Menochius *l. 4. præsumpt. 201. n. 57.* quæ non ad rem institutam, sed ad jus transmissionis accommodatur, multo planius dici posse existimo, conditionem *si volet*, in legato expressam amplius continere quam tacitam; nam tacita eam habet sententiam, *si voluerit*; expressa, si declaraverit se velle habere legatum: atque ita quod amplius habet, quam antea non habebat, est declaratio voluntatis, quæ sola efficit legatum conditionale; atque ita alio modo exprimit, & alio modo inest, quod forsan veteres, & noviores hujus sententiæ auctores explicare voluere, sed vel verbis defecti, vel verbis redundantes suam sententiam non explicuerunt.

Succedit secundus casus, cum legatum relinquitur in meram voluntatem hæredis, quod inutiliter relinqui notum est, *l. Senatus 43. §. legatum, ff. de legat. 1. l. fideicommissa 11. §. quanquam, ff. de leg. 3. l. si fideicommissaria 46. §. quod si ita, ff. de fideicommiss. libert.* non ex ratione textus *in d. l. illa instituo*; sed ex alia potiori, videlicet quia in voluntatem debitoris poni non potest, an obligetur, vel non, *l. sub hac 70. ff. de obl. & act. l. stipulatio 17. l. a Titio 108. §. ult. ff. de verb. obl. l. hæc venditio 7. in principio, ff. de contrahenda empt. l. in vendentis 3. C. eodem, l. 2. §. Scævola, ff. de eo quod certo loco.* Sed licet legati substantia, ipsumque præstare, vel non, in voluntatem hæredis poni non possit; tamen ejus accidentia, ut electio rei, *l. si quis a filio 32. §. si quis plures, ff. de legat. 1.* vel personæ, *l. si quis servum 8. §. si inter duos, ff. de legat. 2. l. utrum 7. §. cum quid, ff. de rebus dubiis*, tempus debendi, *l. centesimis 47. §. penult. ff. de verb. oblig.* in hæredis arbitrio relinqui possunt. Quo modo accipiendus est textus *in l. uxori 51. §. Scævola, ff. de legat. 3.* in cujus specie non legati substantia, sed accidens, videlicet tempus debendi, positum fuit, ut exponit ibi D. Josephus de Retes *l. 4. opuscul.* Nec contrarium probat textus *in l. quodcumque 45. §. ultimo, ff. de verb. oblig.* ubi docetur, nullam versari differentiam inter stipulationem conceptam *Si voluero*; vel, *Cum voluero*; & utramque conceptionem pariter conditionem continere probat lex *si Titio 22. ff. quando dies legati.* Nam respondeo, illud procedere quoad inducendam conditionem, ita ut sensus sit, quod sicut stipulatio conditionalis est concepta sub illa formula, *Si volueris*; ita etiam si concipiatur sub illa, *Cum volueris.* Ceterum cum agitur de imponenda obligatione in personam hæredis, aut promissoris, multum interest; nam in conditione, *Si volueris*, tota dispositio pendet ex voluntate ipsius, cui imponitur; in conditione vero; *Cum volueris*, sola temporis adjectio ex ipsius voluntate pendet: unde consequens huic doctrinæ est, legatum relictum: *cum voluerit hæres*, intercidere, si legatarius decedat, antequam hæres constituat se velle, nec ad legatarii hæredes transmitti, quasi in diem incertum relictum, *ex l. dies incertus, l. hæres 79. in principio, ff. de condit. & demonstr. l. 4. ff. quando dies legati*, ex diverso, si ipse hæres decedat antequam præstare se velle dicat, tunc ejus hæres legatum solvere cogitur, *d. l. fideicommissa 11. §. hoc autem, dicta l. uxorem 41. §. Scævola, ff. de legat. 3. l. servos 20. ff. de manumiss. testament.* quod favore ultimarum voluntatum receptum esse notarunt Acosta *l. 2. selectarum, c. ult. n. 8.* Menochius *l. 4. præsumpt. c. 90.* & *in l. ult. ff. qui sine manumissione*, docetur quod si servus venditus sit, ut manumittatur cum emptor voluerit, moriente emptore libertas servo competit. Nec huic doctrinæ obstat textus *in l. centesimis 46. §. ult. ff. de verb. oblig.* ubi Paulus scribit, hanc stipulationem, cum promissor voluerit, ita inutilem esse, si antequam ipse constituat se velle, decedat; nam omissis solutionibus traditis a Bartolo ibi, Jasone *n. 11.* Acosta *d. c. ult.* Roberto *l. 2. recept. c. 12.* Hothomano *l. 1. observ. c. 8.* Sarmiento *l. 2. select. c. 6. n. 14.* dicendum est, textum illum procedere in contractu stricti juris, in quo propter verborum rigorem ita demum videtur promissor obligari, si vivus declaret se velle; quod secus est in contractu oneroso, de quo *in d. l. ultima*; cum credatur eam fuisse contrahentium intentionem, ut emptor omnino libertatem servo præstaret, tantumque tempus præstationis illius arbitrio relictum esse: unde dum velle potest, expectatur; ubi vero mors intercedit, quia cessat voluntas, in ultimo vitæ spiritu incipit libertas competere: etiamsi in meram, & apertam hæredis voluntatem legatum relinqui non possit; tamen in obliquam, & ejus arbitrium relinqui valet, quia non de libero hæredis arbitrio, sed de arbitrio boni viri sensisse testatorem creditur, quo modo aliqui accipiunt textus *in l. si Sejo 75. §. ult. v. Proinde, ff. de legat. 2. l. Lucius 14. §. de fideicom. l.* Sed de his infra agemus. 6 De legato relicto in voluntatem hæredis.

His tamen valde refragatur textus *in leg. fideicommissaria 46. ff. de fideicommiss. libert.* ubi aperte docetur, valere libertatem servo relictam, si hæres voluerit, cum contrarium dicendum esset, juxta supra tradita, & ibi Ulpianus ipse agnovit *in v. Quod sit.* Quare aliqui docuerunt, Ulpianum seipsum correxisse, & quod in principio proposuerat, in sequenti versiculo mutasse. Nec dissimilis omnino est interpretatio Connani, 7 Exponitur l. fideicommissaria 45. ff. ad fidei. commiss. libert.

l. 10.