

Iacobi Menochij

29 Et ideo requirebatur citatio agnatorum, ut posset sic dispensari; sicuti in individuo huius priuilegiū cōcessi huic familiae Castellionea respondit Soc. Sen. in dicto consl. 246. nu. 5. & nu. 6. lib. 2. & alijs comprobauit supra in dicto quinto & vltimo argumento.

His duobus legitimationibus sublati, sequitur dicē dum, prædictos dom. Ludouicum & Octauianum permanere incapaces omni successione dicti do. Nicolai asserti eorum patris. Nam sicuti attigimus supra, cum 30 iij sint † spuriū nati ex coitu damnato, succedere nullo modo possunt patri, ab intestato, nec ex testamento; nec directe nec indirecte quemadmodum statuit Iustinianus in auth. ex complexu C. de incestis nupt. & in auth. licet. C. de natura. liberis, & post alios egregie scribunt Boerius in q. 127. n. 6. Crat. in consl. 166. n. 11. & Gabriel Paleotus in Tract. de nothis Spurij; filijs cap. 40. in fine. Ex quo sequitur locum esse dispositioni dicti dom. Nicolai testatoris ad fauorem dom. Io. Francisci eius filij vt scilicet, exclusis dictis dominis Ludouico, & Octauiano in capacibus successio iā pertinuerit ad dictum dom. Io. Franciscum & nunc ad domin. Nicolaum eius filium. Verba enim testatoris sunt clara & manifesta, sicuti in specie facti scripta leguntur.

Non obstante nunc duo, quæ aduersus prædictum do. Nicolaum dicti quondam dom. Io. Francisci obiciuntur, ne succedere possit.

Primò obicitur, quod cum & ipse D. Nicolaus non sit concepitus & natus ex legitimo matrimonio. Sed legitimatus à Comite Palatino succedere minimè possit in his bonis feudalibus & donatis; prohibente noua huius † Dominii Constitutione in tit. de feudis cap. ne beneficiorum memoria; cuius verba hæc sunt. Ne beneficiorum memoria intercedunt, sanciū fuit per Mediolanenses Duces, in feudationes, aut cōcessiones qualescumque gratuita, etiam ob benemerita, qualiacum que sint, per eos quomodo cumque facta, aut faciē de bonis immobilibus, iuribus, vectigalibus, aut immunitatibus, quibusvis clausulis, aut derogationibus amplificata, munita. Quæ ius transmittendi ad feminas, aut extraneos, vel de eis alteri disponendi, contineant, transire non possint, nisi tantum ad primi acquirentis descendentes per lineam masculinam, masculos legitimè natos, vel per subsequens matrimonium legitimatos, &c.

His verbis taxatiū nisi tantum ad legitimè natos, vel per subsequens matrimonium legitimatos; omnino excluduntur legitimati per rescriptum. Nam inclusio vnius est exclusio alterius. I. cum Praetor in prin. ff. de indicis, & cap. non ne de præsumpt. ubi copiosè Felix, & taxatiū excludit alios casus aliasque personas; vt post alios tradit iason in l. 1. in prin. nu. 9. ff. si quis iurid. non obtemp.

Respondeatur ex sententia & declaracione Aegidij Bossii in Tract. causatum criminalium tit. de Principiis nu. 332. qui in claris his terminis dixit. Senatum excellensim sua illa. aetate iudicasse. Constitutionē 32 non comprehendere casu, quando feuda † & bona donata à Ducibus iam transuerunt ad legitimatos per rescriptum ante annum 1490. & audio sic etiā fuisse ab eodem Senatu iudicatum de hoc feudo, & donatione pro do. Fabritio filio legitimato do. Bellisarii ac etiam pro do. Nicolaio nostro, dum in ètate pupillari adhuc esset. Et recte quidem existimo fuisse sic indicatum: cum verba dicti ca. ne beneficiorum vers. Noluerunt tamen & c. referantur ad omnia præcedentia hoc est ad alienationes & transmissiones prohibitas, nisi in descendentes legitimè natos, vel legitimatos per subsequens matrimonium. Ut scilicet in his non cōprehenduntur iam facta ante prædictum anno 1490. quæadmodum bona hæc omnia ante annum illum iam tran-

suerunt in do. Nicolaum secundum filii do. Ioannis.

Secundo obicitur eadem Constitutio in dicto cap. ne beneficiorum memoria; qua sanctum est, quod bona feudalia & donata a Ducibus Mediolani transire non possint nisi ad descendentes. Atqui prædictus do. Nicolaus legitimatus est non ex descendebus dicti do. Nicolai testatoris; sed sunt Collaterales, quos vulgus transuersales appellant. Ergo dictus dom. Nicolaus legitimatus admitti non debet ad horum bonorum successionem.

33 Respondeatur † constitutionē in dicto cap. ne beneficiorum memoria esse intelligendam, de descendebus à primo inuestito & donatario: quemadmodum manifestè significant verba ipsius cap. ne beneficiorum memoria; ibi transire non possint, nisi tantum ad primi acquirentis descendentes &c. Nec constitutio hac differentiam constituit inter descendē proximiorem & remotiorem vltimo possessori descendē, vel ipsi primo acquirenti: cum absolutè & simpliter loquitur.

S V M M A R I V M.

1 Substitutionem factam vocatis pluribus sub nomine appellatio extendi ad vltiores extintis primo vocatis. nu. 2.

3 Fideicommissum relictum quia vult testator bona in perpetuum penes familiam remanere, esse perpetuum. Familiae nomen in fideicommissum extendi usque ad vltimum gradum agnationis à persona testatoris denuerandum.

4 Fideicommissum reale effici ex alienatione prohibita per verba in rem concepta.

5 Fideicommissum reale extendi ad transuersales.

6 Haredem non posse impugnare fideicommissum quod testator viuos probavit.

7 Remittere esse quid facti, nec presumi.

8 Fideicommissum, in dubio, non presumi remissum.

9 Fideicommissum non cœseri remissum ab eo qui emit rem, soli aliquando restituendum.

10 Divisiones factas intes fideicommissarios nō inferre fideicommissum remissionem.

11 Caducitatem non posse pacto obstante, presentare tempore belli.

12 Fideicommissum transuersalis non subiacere restitutio ni Dots.

13 Dotis restitutio non fieri ex fideicommisso transuersalis.

14 Sententiam latam aduersus substitutum non nocere sequentibus.

15 Dationem in solutum nocere debitori tantum non alijs habentibus ius in re.

16 Caducitatem non posse declarari per heredes ex persona defuncti.

17 Fideicommissario non nocere conventione inter grauatos.

18 Refutatio nihil operari, nisi cōsuet de iure reservato.

19 Fideicommissarium debere probare bona fuisse in bonis.

20 Fideicommissarium agentem aduersus baredem grautū probare solum, fideicommissum posseditse.

21 Bona Fideicommissaria fuisse in bonis probari signis, in antiquis.

22 Tempus antiquum dici centum annorum.

23 Divisionis Instrumenta, probare bona fuisse in bonis, & situm, & confines.

24 Locationis Instrumenta, probare bona fuisse in bonis cū alijs coniecturis.

25 Enuntiatio eriam inter tertias in antiquis probare.

26 Picturas, & signa, & sculpta in marmore probare, in antiquis.

Bona fuisse in bonis, probari, in antiquis, ex picturis, & sculpturis.

27 Descen-

Consilium MCXI.

19

27 Descendentium masculorum nomine, feminas dicentes etiam si à masculo immediate natas.

28 Fideicommissum extinctum, quod non fuit repositum.

29 Masculorum vocatione à testatore facta, feminas excludi.

30 Masculos tantum qui vocavit, exclusisse dicendum, alias personas diuersas.

Tantum, dictionem ese excludentem diuersa.

FACTI SPETIES.

Illustris & Reuerendus admodum dom. Franciscus Eustachius Papensis anno 1486 condidit testamentum in quo heredes instituit dom. Philippum, Guidonem, Io. Stephanum & Iulium Cesare eius fratres; ac do. Jacobum eius nepotem ex do. Iacobus fratre premortuo, & quis portionibus. Et decedente uno ex dictis fratribus, perueniant bona in alium fratrem Seniorem & sic gradatim donec omnes fratres erunt defuncti. Prædictis vero omnibus fratribus ac nepotibus defunctis, instituit illum (verba substitutionis hæc sunt) qui iudicatus fuisse dignior, & prudentior ac aptior de domo Eustachiorum: eoque mortuo, pariter succedit ille, qui indicatus fuerit prudentior ut supra; quia vult quod bona in perpetuum remanerent in familia Eustachium, & in prudentiorem ac digniore illorum de Eustachio. Prohibuit etiam dictus testator quamcumque alienationem sub pena nullitatis. &c.

Mortuo prefato testatore, eius hereditate adiuuerunt equaliter dicta bona; adiecto pacto; quod si continget alterum ex eis decadere, quod non obstantibus contētis in (verba pacti hæc sunt) testamento dicti quondam Reuerendi Prothonotary, quod filij & heredes taliter scidcedentis habeant toto tempore eorum vita dimidiā fructuum dictorum bonorum dicti quondam Francisci.

Decebat dictus Iacobus, nullis relictis filiis masculis. Sed duabus filiabus: & ob id in bonis fideicommissi successit dictus Iulius Caesar qui decebat, relictis Emanueli & Io. Antonio filiis. Emanuel tamquam dignior, prudentior & aptior, iuxta testatoris dispositionem, electus fuit heres. Quo defuncto, electus fuit Franciscus dicti Emanuelis filij: & eo defuncto eius frater Antheus: quo pariter mortuo electus fuit Emanuel, & tandem Iob Dominicus, qui nunc in humanis agit.

Præsupponitur etiam in facto ex predicto Cesare nam est Iob. Antonium, Nicolaum, Margaritam, Ursinam & Franciscam. Prædictus Iob. Antonius decebat sine filiis: Nicolaus vero reliquit Ursulam filiam nunc superstitem, quæ vna cum dictis Ursina & Francisca literam iā cōceptam cōtra heredes dicti testatoris prosequitur, petentes partem bonorum iam a Cesare earum patre & aeo possessorū, quæ non fuisse in bonis dicti testatoris, Sed ipsius sui patris & aut tantum contendunt. Et præterea afferunt, bona adiecto testatore possessa, & ab eo fideicommissa supposta, fuisse liberata, propter multos contractus & alienationes ab earum antecessoribus factas.

Præsupponitur etiam in facto, præter dicta bona Casella extare alia bona possessa a patre & aeo dictarum sororum & nepotis, quarum partem sibi deberi haferunt, & adiudicari petierunt. Bona autem sunt, Portus Thodi, iurisdictio Oppidi Sumi, Emphytenses sancte Agate & Sancti Sebastiani, Vineae Montis Castrorum, mobilia: & pars quadam donum Papie seu præmium, Liber Duodecimus.

Antonius

† Franciscus testator † Iulius Caesar † Iacobus

† Emanuel † Iob. Antonius † Iacobus

† Antheus † Franciscus Caesar

† Emanuel Iob Dominicus

† Iob. Antonius † Nicolaus † Margarita, Ursina, Francisca

Vrsula

Initium à Domino.

CONSILIVUM MCXI.

E prima proposita dubitatione, paucis est respondendum, prædictum testatorem ita ordinasse atque constituisse perpetuum fideicommissum in agnatione & familia Eustachiorum, ut succedere nunc debeat

solus dom. Iob Dominicus, exclusis dictis dom. Ursina, Francisca & Vrsula.

Primo probatur illis verbis. Prædictis omnibus fratribus & nepotibus defunctis instituit illum, qui iudicatus fuisse dignior, prudentior & aptior de domo Eustachiorum: eoque mortuo pariter succedit ille, qui indicatus fuerit prudentior ut supra. &c. Hæc verba † si significant, testatorem vocasse non solum primum dignorem & prudentiorem: Sed & alios successiū. Ita egregie simili in casu respondit Ancharanus in consilio 27. Non seruato ordine columna penultiima versic. ex primò, sic arguitur. Testator, deficiens fratribus & nepotibus a se institutis, substituerat duos antiquiores de domo & progenie sua de calcagnis; a dicto onere, quod in perpetuum singulis mensibus

D deberent

debet dare unum statuum frumenti pauperibus. Dubitatum fuit, an illa substitutio restringeretur solummodo ad duos antiquiores, qui eo tempore extabantur; uel potius extenderetur ad ulteriores, qui extinti illis duobus primis, extitissent pro tempore? Respondit Ancharanus extendi, & vocatos censeri alios successivae, quia testator substituerat & vocauerat non

2 nomine proprio, sed & appellatio illos antiquiores de domo, & demonstrando, se non personas illorum antiquorum: Sed domum & agnationem suam dilexisse & considerasse Ancharanum fecuti sunt Romanus in consi. 43. num. 13. Fulgosius in consi. 69. & alij multi, quos congregati & probauit in consi. 117. num. 14. & 15. lib. 2. & in consi. 20. num. 34. lib. 3. & in commentarijs de presumptioribus lib. 4. presumpt. 69. num. 15. quo postremo in loco eiusdem opinionis retulit Ludovicum Molinam in lib. 1. de Hispano: primogen. ca. 5. nū. 18. & accedit nunc Melchior Paiae in tract. maioratum, in secunda parte. q. 12.

Secundū suffragantur non parum illa uerba, quia vult quod bona in perpetuum remaneant in familia Eustachiorum. &c. His sanè uerbis voluit testator & fideicommissum esse perpetuum. Quod quidem extenditur usque ad ultimum gradum agnationis & familiæ a persona testatoris primisque hæredis dinumerandum, sicuti scribunt Angelus in §. nos igitur in auth. de restitu. fideicom. Alex. in consi. 56. num. 2. lib. 4. Socin. Sen. in consi. 43. lib. 3. Iason in l. filius familiæ. §. diu in prima lectura. num. 13. & in secunda. num. 15. de leg. 1. & in l. uer. 5. C. de hæred. inst. Decius in consi. 516. num. 16. & alij congregati a Didaco Couuar. in lib. 3. uaria. resolut. cap. 5. num. 4. uer. secundum Et hi? accedunt Matthaus Gribaldus inter consilia Portij Imolensis in consi. 40. nu. 12. cuii subscripterunt multi celebres iurisconsulti, & Cephalus in consi. 13. num. 29. & 31. lib. 1.

Tertio uel ex eo comprobantur prædicta; quod testator voluit fideicommissum esse freale, ex quo prohibuit bonorum a se relictorum quamcumque alienationem; concipiendo uerba prohibitionis in rem, & ob causam iam ab eo expressam, ut bona permaneant in agnatione & familia Eustachiorum. Ita auctoritate quæplurium scripsi in commentarijs de presumptioribus lib. 4. presumpt. 68. num. 26. secundum nouas impressions Colonensem & Taurinensem. Et ilis accedunt nunc Marcus Antonius Eugenius in consi. 62. num. 40. & 31. Iano. Petrus Surdus in consi. 67. num. 23. lib. 1. & Peregrinus in tract. de fideicom. art. 10. num. 54. & art. 32. num. 70. Porro fideicommissum realiter extenditur & transit ad omnes, ad quos bona sunt peruenientia: cum sit onus annexum rei, quod semper rem ipsam concomitatur. sicuti scribunt in specie Ruinus in l. Gallus §. insituens. nu. 44. ff. de lib. & posthum. & in consi. 134. num. 24. & 15. lib. 3. Ripa in l. filius familiæ. diu in num. 108. de leg. 1. quos secutus sum in consi. 444. num. 146. lib. 5. & his accedunt Franciscus Beccius in consi. 24. num. 24. Eugenius in dicto consi. 62. nu. 31. Surdus & Peregrinus in locis supra allegatis, & Petra de fideicommissis. q. 2. nu. 123.

Quarto & ultimo, omnis difficultas cessat nostro in casu, in quo omnes, qui in his bonis successerunt, hoc fideicommissum, ut perpetuum agnouerunt & approbarunt: præfertim do. Cæsar pater dictarum Virsina & Franciscæ, & dictæ Virsula auus, ex cuius persona tanquam eius hæredes bona hæc petunt. Prædictus enim, dom. Cæsat curauit tanquam dignior, prudentior, & aptior, iuxta testatoris dispositionem eligi, qui hoc in fideicommisso succederet. Quemadmodum ergo si ipse uiueret, non posset huic facto contradicere, iuxta l. post mortem ubi Bartolus ff. de adoptio. & Afflictus in decisi. 335. num. 11. & in specie fideicommissi respon-

derunt Iason in consi. 77. numero. 2. lib. 2. Decius in consi. 185. numero. 6. & Natta in consi. 289. num. 51. versi. sed omisso isto li. 2. Ita nec eius filia & nepotes, quæ eis hæredes extiterunt, iuxta l. cum a matre. C. de rei vindica. & multis conprobauit in consi. 89. lib. 1. ubi numero 50. in specie fideicommissi recensui per multos affirmantes.

Secunda est dubitatio, an ex contractibus diuisiōnibus, alienationibus alijs gestis ab hæredibus & successoribus dicti testatoris censeatur remissum fideicommissum: atque ita eius bona sic effecta libera, ut aliqua eoru portio ptingat ad dictas feminas? Et quidē sine magna controuersia respondendum est, fideicommissum remissum minimè fuisse. Est enim satis superque fundata intentio do. lob. Dominici negantis remissum fuisse hoc fideicommissum: cum remittere sit quid facti, quod non presumitur. l. in bello. §. facta. ff. de capt. & postl. reuers. & copiosè scripti in commentarijs de presumptioribus lib. 6. presumpt. 6. & fideicommissum in dubio non presumi ex aliquo actu remissum respondit Paulus in l. a. substituto. in prin. de leg. 1. cum dixit fideicommissarium ementem rem sibi aliquando restituendam non censeri remississe ipsum & fideicommissum. Et hinc dicimus ex diuisiōnibus & factis inter fideicommissarios non presumi; sicuti copiosè disserui in commentarijs de presumptioribus lib. 3. presumpt. 118. nu. 9. & ibidem nu. 11. dixi, idem else quando diuisio fuisse iuramento firmata & num. 12. subiunxi, idem else, quando diuidentes in uicem promiserunt de eniōne.

Nunc superest, ut satisfacia in objectionibus sumptis ex aliquibus actibus gestis inter predictos hæredes & fideicommissarios dicti Francisci prothonotarij testatoris, quibus dicitur remissum & extinctum dictum fideicommissum.

Primo obiectum, quod anno 1523. lite uertente, inter Iano. Bartholomeum filium Guidonis Antonij, ex una: & Emanueli ac Iano. Bernardinum fratres filios Iulij Cæsaris ex altera, circa electionem hæredis, iuxta testatoris dispositionem: compromissum fuit in prepositum Lumelli, & Augustinum Senesum arbitros, qui declararunt: ex illis perticis octo centum terræ relictis in hæreditate & bonis dicti Prothonotarij testatoris, quæ possidebantur per Iacobam Iacobini filium: Emanuel haberet tercentum, Iano. Bartholomæus tercentum: & Iano. Bernardinus ducentum, quas singulis adiudicarunt. Hæc adiudicatio & diuisio, que repugnat dispositioni testatoris, qui uoluit, quod mortuis fratribus & nepote a se institutis eligeretur dignior, prudentior, & aptior, qui sibi in fideicommisso succederet, significat, uideri remissum fideicommissum. Non enim duo hæc contraria simul statre posant: quod scilicet succedit dignior & prudentior: sicut unus tantum: & quod tres sint hæredes diuisiōis inter eos portionibus.

Respondet primo prædictum laudum nullum sortitum fuisse effectum uel ex eo constat, quod solus Emanuel qui iam anno. 1518. die 22. Junij electus fuerat hæres & fideicommissarius iuxta dispositionem testatoris posset semper omnia bona testatoris etiam portionem illam, quæ peruenierat ad dictum Iacobum testatoris nepotem.

Respondeatur secundo admisso etiam, citra uerbi præiudicium quod laudum & diuisio sortita fuisse effectum: attamen hinc non sequitur renuntiatum & remissum fuisse fideicommissum; sicuti dixi supra ex his, quæ scripsi in dicta præsumptione 118. numero nono, & 10. Non enim præiudicare potuit futuri hæredibus & fideicommissariis: sicuti dicimus etiam infra.

Secundo obiectum, quod anno. 1531. Venerandum

Capitulum Ecclesiæ Sæcundum Trinitatis declarauit caducitatem contra Cæsarē pro quibusdam bonis Casellarum, ob Canonem non solutum. Quæ sanè caducitas operari videtur, vt bona sint reuersa ad Ecclesiæ extinto iure fideicommissi; & consequenter, non ua inuestitura facta in Eustachios, censeri unum dominium.

Respondet primò prædictam Caducitatem, & nouam inuestituram concessam dicto Cæsari præsumi fraude factum: cum ipsem Cæsar electus deinde hæres dicti Prothonotarij testatoris possederit omnia ipsa bona Casellarum tamquam hæres.

Respondet secundò, prædictam caducitatis declarationem nocere non potuisse Antheo patri dom. Iob Dominici, qui tunc erat in humanis, & ad quem pertinebat successio, mortuo ipso Cæsare, sicuti verè successit. Is enim vocandus erat ad iudicium, ex quo de suo iure & interesse agebatur; iuxta regulam l. de vnō quo que ff. de re iud.

Respondet tertio caducitatē illam non potuisse declarari stante pacto scripto in prima inuestitura;

11 quod tempore belli non posset contrahi & caducitas, quod sanè pactum seruari debuit, ut tradit laton in le. 1. nu. 11. & in l. 2. nu. 1. C. de iure Empfij. & si iure comuni alter cauatum sit, secundum Corbulum post alios in Tract. de iure Empfij. & reliqui in l. 1. & in l. vlt. C. de iure Empfij. & alijs per multi, quos longa serie congregati in commentarijs de presumptioribus lib. 3. presumpt. 112. columnā vlt. secundum nouas, impressions Colonensem & Taurinensem.

Respondet secundò, admissio citrā veri præiudicium, quod prædicta caducitas potuerit declarari contra predictos: attamen citandus erat Emanuel, qui e tempore dictæ declarationis erat in possessione dictorum bonorum tamquam hæres dicti Prothonotarij testatoris: & hinc forte factum est; quod dicta inuestitura concepta dicto Cæsari sortita non sit effectum: cu ut supra dictum fuit, ipsem Cæsar, mortuo dicto Emanueli eius patruo, electus hæres dicti Prothonotarij possederit dicta bona Casellarum tamquam hæres: & non tamquam de novo inuestitus à dicto capitule Sancti Inuentij.

Quinto obiectum, quod anno 1556. die 25. Ianuarij Cæsar, Franciscus, & Antheus, facta prius mentione testamenti & fideicommissi dicti Prothonotarij, conuenerunt & pacti sunt: quod dicta bona Casellarum diuideretur in stipites, hoc est, quod dimidia esset Cæsaris: altera dimidia Francisci, & Anthei. Et quod hæc diuisio obseruator non solum inter ipsos diuidentes. Sed etiam inter eorum descendentes in infinitum. Et quod in posterum nulla amplius fieret electio hæredis, secundum testatoris dispositionem. Hæc sanè diuisio significare videret remissum fuisse dictum fideicommissum: cum aliter succedit voluerunt quam ex ipso fideicommisso ordinatum fuerat.

Respondet, quod quatuor dicta conuentio mutat ordinem succedendi, dum scilicet tollit electionem hæredis, repugnat quidem testamento: id quod fieri non potuit. Cum nullius sit valoris conuentio, qua

17 fit in præiudicium & fideicommissarij ut post Decium in consilio 39. columnā 2. & in consilio 44. colum. 2. respondit Alba in consilio sexto, numero 4. Sed quatenus vult masculos in infinitum succedere, & bona in infinitum conseruari inter masculos, & in agnatione, & familia, confirmat ipsum fideicommissum: & feminæ descendentes a dicto Cæsare eiulque hæredes non possunt impugnare prædictam conuentione, l. cum a matre. C. de rei vindica. & latissime scripsi in consilio 89. lib. 1. Et quidem hæc sola ratio

Tomus Duodecimus.

D 2 ostendit