

ni adjecto; Et secundò principaliter ob firmata in dictis decisionibus 380. & 408. Merlini, quod scilicet istud prælegatum consisteret in ipsorum bonorum substantia & proprietate, non autem in simplici habitatione; Cùmque in eisdem decisionibus insinuetur, quod propter tale legatum cum persona legatarii non extinguitur transmissi potuerit, hinc inferitur istas decisiones esse præsupponendas, & non posse impugnari, vel ad controversiam deduci, aut contra eas resolutionem capi, ex eisdem Tribunalis receptissimo, & quidem commendabili stylo præsupponendi resolutiones, illaque non revocandi incidenter sub disputatione diversi dubii, sed non nisi cum disputatione dubii particularis, an esset standum, vel recedendum à decisis.

Resolutio, reflectendo ad solam veritatem, non captivavit intellectum; Quatenus enim pertinet ad hoc secundum fundamentum, non negabam dictum assumptum, ex receptissimo stylo Tribunalis resultans, quod decisiones edita super uno dubio, vel puncto, in disputatione alterius dubii, vel puncti sunt præsupponendae; Negabam tamen applicationem ad casum, quodque punctus non esset decisus circa libertatem hujusmodi bonorum, ac transmissibilitatem ad extraneos, cum de hoc non fuerit formiter disputatum, ut clarè comprobatur contextus ipsarum decisionum, ex quibus liquet, disputationem fuisse, an ageretur de simplici legato habitationis jure servitutis personalis; Atque in hoc bene dicitur, quod percuteret ipsorum bonorum proprietatem, seu substantiam juxta distinctionem, de qua præsertim *subris. de servit. disc. 66.* inter triplicem speciem legandi; quod scilicet aliud est legatum domus ad habitandum; Aliud verò legatum habitationis domus; Et aliud legatum facultatis habitandi, ut primo casu veniat ipsa domus in proprietate cum solo onere habitandi cessante cum persona, juxta superius deducta in Romana fideicommissi de Coronis *disc. 131.* In secundo autem importat formalem servitutem cum jure etiam locandi, vel alias durante proprio jure concedendi habitationem domus absque mixtura hæredis; Et tertio importet simplicem facultatem habitandi per personalem, ac alteri non cessibilem, atque isto casu vere erat juxta primam speciem ob mixturam præsertim aliorum possessionum & domorum in eodem Oppido; Sed non exinde inferri potest ad bonorum libertatem, eorumque non inclusionem sub fideicommissio, dum eo etiam posito, rectè subsistere possunt dictæ decisiones Merlini ad favorem filiorum & descendentium dicti primi prælegatarii, tanquam de linea prædicta, contra alios quamvis de genere vocato, de linea in hoc prælegato minus dilecta & subsidiarie vocata; Et propterea advertendam intrare propositionem in eodem Tribunali receptissimam & quotidianam, quod decisiones Rotæ dicuntur tales in iis punctis, qui principaliter disputati fuerunt, atque cadebant sub dubio, non autem super iis que incidenter ac puncto principaliter non disputato ad alium effectum obiter dicuntur, ut pluries *hoc eod. tit.* ac alibi advertitur.

Hinc proinde, totus disputationis cardo pro meo sensu consistebat in ipso articulo principali, an scilicet sub fideicommissio universalis caderet necne istud prælegatum; Et in hoc, quando ageretur de sola substitutione reciproca expresse ac dispositivè ordinata in ipsa institutione Horatii primi hæredis, occasione substitutionis sibi factæ ad favorem ejus filiorum masculorum, admittendam quod obstat dicta regula resultans ab illis verbis restrictivis in omnibus aliis, sive in omnibus restantibus &c. ut advertitur in duobus discursibus proxime præcedentibus; Licet enim pro meo sensu ex quibuscumque etiam levibus conjecturis istius regulæ limitatio de facili admitti debeat, cum in effectu ipsa sit verborum formula resultans magis à stylo, seu formulario Notariorum, quam quod denotet discretam testatoris voluntatem; Attamen quia placuit ita dictam regulam firmare, quoties alia conjectura non urgerent, admittendam cum illa procedendum esse, ut advertitur *disc. præced.*

Verùm quia eadem Rota coram Pamphilio usque ab anno 1601. firmavit adesse alterum fideicommissum magis amplum, implicitè deductum ex dicta ratione, principaliter, ac dispositivè adjecta prohibitioni alienationis bonorum stabulium, itant resultaret limitatio regulæ resultantis ex vulgari *disc. Oldradi conf. 21.* unde filii in conditione positi, non solum non facerent deficere conditionem, sed censerentur etiam vocati & gravati cum successivo fideicommissio juxta *d. decif. 44. & 47. par. 1. recent.* præsuppositas in dictis aliis decisionibus 1138. coram Penia, & 91. coram

Orthobono, quas juxta eundem stylo, de qua supra præsupponere oportebat.

Hinc proinde istis decisionibus retentis, dicebam per necesse resultare inclusionem ipsorum bonorum sub hoc eodem latiori implicito fideicommissio deducto ex dicta ratione perpetua conservationis bonorum ad memoriam testatoris, ac substitutionem familia Fulcorum, dum dicta ratio seu dispositio, ut patet ex verbis supra registratis, æquè percutit reliqua bona cadentia sub hæreditate universalis, ac ista cadentia sub prælegato, ideoque nulla videbatur subesse ratio, ob quam in unis, & non in aliis fideicommissum resultaret, ex vulgari axiomate, quod una & eadem dispositio respiciens plura determinabilia debet omnia pariformiter determinare, ac propterea quod, vel debebant revocari dictæ decisiones, vel quod eis præsuppositis, per necesse dandum esset fideicommissum etiam in istis bonis.

Quinimò observabam, nimium clarum videri hujus testatoris voluntatem sub dicto fideicommissio magis ista bona quam reliqua includendi, nedum quia, ut in facto supponebatur, erant majora & meliora, fed etiam quia erant in patria, & in quibus magis ejus memoriam conservari voluit, mediante habitatione continua unius de familia, unde prolius absonum ac improbabile videbatur, quod reliqua bona minoris qualitatis in exteris locis existentia deberent conservari in familia, & sub fideicommissio ordinato ad conservandam testatoris memoriam, ac familiae honorem, & quod ista meliora & existentia in propria patria, præsertim antiqua domus propriae habitationis transire possent, vel deberent ad penitus extraneos.

Et propterea, verus ac germanus hujus dispositionis intellectus mihi videbatur, quod istud verè & propriè non esset prælegatum contradistinctum ab hæreditate, à qua formiter abscissa essent bona sub eo comprehensa, à qua esset solum quantum destinatio præcipue ac privilegiate portionis, quam haberet primogenitus, seu ille, qui capitis domus figuram facturus esset in patria, habitaturus domos cum subsidio aliorum bonorum relictorum correspondivè ad ipsam habitationem tanquam per quamdam speciem majoratus ita grossolano modo explicati; dum scilicet dixi istud esse legatum ad favorem habitatorum &c. & sic quod revera non intrarent dicti termini generales super questione prælegati cadentis sub fideicommissio necne.

Quodque illa verba ad memoriam testatoris, præsertim contemplationem agnationis, cæteris relatis *Rot. decif. 531. num. 9. & decif. 574. num. 6. par. 5. recent.* Giovagnoni. *conf. 36. lib. 4.*

ROMANA FIDEICOMMISSIO
DE CÆSIS
P R O
D O M I T I L L A C E S I A
C U M
D U C E S I L I C I S.

Casus decisus per Rotam pro Duce, postea concordatus.

An, & quando fideicommissum capiat bona propria hæredis, vel sibi jure proprio competentia; Et quando testator gravare possit heredem in bonis propriis; Et quatenus possit quando censetur voluisse.

S U M M A R I U M.

- 1 Facti series.
- 2 Decisiones causæ.
- 3 De punctis cadentibus sub disputatione.
- 4 An secunda dispositio censetur facta in executione primæ, seu promissionis de faciendò, vel sit nova, & divèrsè remissivè.
- 5 Promissio de donandò, an importet donationem.
- 6 Concedens, vel promittens annum redditum censetur concedere, vel promittere tot bona, quæ illum redditum præbeant.
- 7 Sed prohibitiōe detractionum, quæ non veniant.
- 8 De eodem, & quando veniant etiam illæ, quæ aliis non veniant.
- 9 Quomodo hic punctus decidi debeat.
- 10 Donatarius non potest retrodonare, seu aliis minuire dona-

- 11 Donationem contemplationis matrimonii, & num. 12.
- 12 De materia captatoria, & num. 13.
- 13 Declaratur conclusio, de qua n. 10.
- 14 De eadem materia captatoria.
- 15 Testator potest disponere de bonis hæredis, atque istum gravare in bonis propriis.
- 16 Sed hæc voluntas non presumitur.
- 17 De limitationibus, seu moderacionibus conclusionis, de qua num. 14.
- 18 Quando clarus intret consuetudo, de qua dicto n. 14.

D I S C. CXXXIV.

Contemplatione matrimonii contrahendi inter Federicum Cæsum, & Pulcheriam Ursinam, promissit Cardinalis Petrus Donatus Federici patruus de anno 1579. ej facere donationem tot bonorum, quæ darent annum redditum scutorum 3. mill. cum obligatione effectuandi dictam donationem per duos menses antequam matrimonium contraheretur; De anno autem 1583. dicto matrimonio imminente, cum dictus Cardinalis esset Bononiæ Legatus, ibi, nulla facta mentione dicti matrimonii, dictæque præcedentis promissionis, enunciato solo motivo agnationis, eidem Federico donationem fecit plurium bonorum, quorum fructus dictum redditum adæquabant ac forte excedebant, ad onere perpetui fideicommissi cum ordine primogenituræ, prius in linea masculina ipsius Federici, deinde in altera Marchionis Raini, qui postea evasit Dux Cæræ pariter nepotis, atque deinde in altera secundogeniti Ducis Aquæpartæ etiam nepotis, vel agnati de eadem familia; Et denique eidem Cardinalis moriens hæredem instituit eundem Federicum cum eodem fideicommissio, descriptis in testamento omnibus bonis, inter que descripta fuerunt contenta in dicta donatione; Defecta verò dicta linea masculina Federici in Cardinali Petro Donato juniore ultimo ex ejus filiis masculis superstiti Domitilla etiam filia; Hinc Dux Cæræ prætendens ad ejus favorem apertum esse fideicommissum, possessionem omnium bonorum illi, ac forsitan adhuc vivente dicto Cardinali adeptus esse, unde propterea ortu licet cum Domitilla dicti Cardinalis hæredem, ac introducta causa in Rota coram Dunozerro, assumptaque disputatione super possessorio retinende sub die 14. Maji 1657. pro Domitilla responsum fuit, ut patet ex *decif. 993.* inter illas impressas ejusdem Dunozerri; Defuncto autem ad breve tempus præfato Duce Cæræ absque prole, unde propterea ista quoque linea defecit, apertoque fideicommissio ad favorem Ducis Silicis secundogeniti Ducis Aquæpartæ, cum utramque fideicommissum in donatione ac testamento respectivè ut supra ordinatum, esset clarum ac literale, folaque jura Domitillæ consistenter in pluribus detractionibus, inter quas prætendebatur illa tot bonorum, quæ fructarent dictum redditum scut. 3. mill. ad formam dictæ promissionis contemplatione matrimonii, nullum continentis onus; Et converso autem præfatus Dux fideicommissarius prætenderet dictam promissionem jam impletam fuisse cum præfata subsequuta donatione facta in Civitate Bononiæ, ac per Federicum acceptata, continentem dicti fideicommissi onus; Quodque in omnem eventum, ubi etiam ad formam dictæ primæ promissionis Federici jus questum esset ad bona dictum redditum præstantia, liberè & absque onere, adhuc tamen cum dictus Cardinalis in testamento, instituto hæredem eodem Federico, illum nominatim gravasset in omnibus bonis extantibus, super quibus controversia erat, amplissimè prohibita quacumque detractione, dictæque Federicus hæreditatem acceptasset, dicebatur ita omnem dirimi questionem; Hinc propterea concorditer assumpta fuit disputatio super hoc solo puncto in eadem Rota coram Melio in locum Dunozerri interim defuncti subrogato, datoque dubio: An bonus supra donari promissa caderent sub fideicommissio, vel potius spectarent ad Domitillam tanquam libera. sub die 13. Maji 1658. ad favorem fideicommissarii prodiit resolutio, confirmata sub die 10. Decembris 1659. deinde verò per concordiam controversia finem habuit, dictarumque decisionum prima est impressa *dec. 339. p. 12. rec.*

In hujusmodi autem disputationibus, tres fuerunt puncti; Primò in dicta donatio facta in Civitate Bononiæ esset diversa à præcedenti promissione facta in Urbe contemplatione matrimonii ut supra, vel potius eadem; Secundo, quatenus esset diversa; An dictus Cardinalis donator in testamento voluerit etiam bona in dicta promissione contenta includere sub fideicommissio, seu verius sub

prohibitione detractionum includere istam; Et tertio, quatenus voluerit, an potuerit.

Primus punctus videbatur potius facti quam juris, atque licet ego & cæteri pro Domitilla scribentes plures deduceremus ponderationes ad probandam diveritatem, ex iis, quæ in hac eadem causa super hoc puncto habentur in ista materia *subris. de donation. Attamen* reflectendo ad veritatem, semper mihi visum fuit ex circumstantiis facti, atque istius tota serie inspecta, claram videri identitatem, quod scilicet secundus actus fuisset in executionem primæ, ideoque ab initio in congressibus habitis pro directione causæ cum aliis Advocatis, ac defensoribus, sui in hoc voto, in quod, si alii deberent, utique, ex meo etiam tractatu, longè pinguior concordia sequuta fuisset, unde resolutiones, utpotè juxta votum, & probabiles viæ fuerunt.

Idemque super secundo puncto voluntatis circa comprehensionem bonorum sub fideicommissio, quoniam si quæ difficultas non improbabiler adesse posset, atenta sola donatione, illa penitus removebatur ex testamento, dum in eo nominatim testator descripsit omnia bona contenta in dicta donatione, ac alia in hæreditate remanentia, unde propterea de plano intrabat regula vulgaris *textus in l. illa aut ille, ff. de leg. 3.* quod in claris & expressis non intrant præsumptiones & argumenta, & sic quoad comprehensionem ipsorum bonorum contentorum in donatione facta Bononiæ, nulla cedebat difficultas.

Quatenus verò subsisteret hujus partis præsentio circa punctum præcedentem, quod scilicet dicta donatio diversa esset à præfata præcedenti promissione facta contemplatione matrimonii, tali casu, cum in ista promissione nulla bona deducta essent ad speciem, sed solum promissum fuisset in genere donare tot bona, quæ darent annum redditum scut. 2. mill. Hinc dici non poterat ex hujusmodi promissione aliquorum dicti promissoris bonorum dominium promissario questum esse, quoniam quicquid fuit de questione, de qua in celebri Romana donationis de Castellanis coram Coccino *decif. 58. part. 6. recent.* que in materia circumfertur magistralis, ac pluries in dicta sua materia *lib. tit. de donat.* An promissio de donando importet necne donationem ad effectum translationis dominii, vel potius, (ut verius videtur) accedente præsertim juramento exclusâ penitentia producat solam actionem ad supplementum, seu ejus loco ad damna & interesse; Attamen id percutit casum, in quo in promissione certa bona ad speciem deducuntur; Ideoque id cadere non poterat in hac facti specie, in qua promittebatur in genere donare tot bona, quæ hunc redditum fructarent.

Licet enim facta promissione annui redditus, promissa censeantur tot bona in proprietate, ex quibus iste fructus percipiatur ad text. *in l. si quis argentum, C. de donat.* ac in specie cæteris relatis firmant Socini, Jun. *conf. 60. n. 40. cum seq. lib. 4.* Surd. *conf. 319. n. 9. cum seq.* Rota in Romana præsentis supplementi dotis 5. Decembris 1663. coram Cerro; Attamen nunquam id importare poterit aliquam domini translationem; quamvis retinenda esset opinio, quod promissio de danando importaret veram ac perfectam donationem, stante incertitudine resultante à promissione in genere, quæ per promissorem in aliis bonis pro ejus arbitrio adimpleri potuisset; Et consequenter ita remanebat solum actio pro implemento, & ad quanti interest, & sic tanquam creditum seu detraçtio, ideoque non cadebat questio, an sub fideicommissio caderent bona ad heredem gravatum proprio jure competentia, cum in effectu ipsa bona ad ipsum non spectarent, sed solum cadebat altera questio circa prohibitionem detractionum, ac scilicet ista detractionis species veniret necne.

Et in hoc regula videbatur assistere hinc partem, juxta *conf. 7 Oldradi 297. nu. 2.* cum aliis, de quibus pluries in sua materia *subris. de detraçt.* præsertim in Romana fideicommissio de Alberinis, quod scilicet facta prohibitione detractionum, intelligitur de legalibus, non autem de hujusmodi accidentalibus ratione æris alieni seu aliis competentibus, nisi verborum amplitudo, vel aliæ conjecturæ, & circumstantiæ suadeant diversam voluntatem, cujus, ac facti potius quam juris est questio, potissimè verò ubi ad speciem deducta essent aliqua detractiones, puta quia prohibita esset detraçtio legitima, & rebellianicæ; & quacumque alia &c. cum verbum, *aliis.* denotet similitudinem, ex deductis in dicta (sua materia).

Verùm reflectendo ad veritatem, mihi probabilius videbatur, voluntatem assistere pro hujus etiam detractionis dona-

comprehensione, non solum ob generalitatem illorum verborum, *quasi de causa*, quod solum consideratur in hujus cause decisionibus, praesertim in secunda in fine ex generaliter deductis apud Greg. dec. 87. n. 10. & 327. num. 3. & apud Orthob. decif. 67. n. 3. cum similibus, cum ista consideratio videatur nimis vaga, & generalis; Sed ex ea particulari circumstantia, quod cum ageretur de docto, diligenti, & accuratissimo testatore, recte sciente, quod ad effectum constituendi annuum redditum scilicet 3. mill. multa bona stabilia notabiliorum partem ejus assis absorbentia necessaria fuissent, utique clara ejus facultas fuisset, omnia ejus bona tanquam dicto perpetuo fideicommissio in tribus lineis consecraturam distinxit desiderare cum strictissima prohibitione alienationis, ac precepto omnibus per tempore successoriibus; acceptantibus cum obligatione restituendi, si non cogitasset inventarium cum obligatione restituendi, non si cogitasset istam detractionem includere, dum per eam dicta dispositio istam detractionem ordinata, pro notabili parte inanis ac elusa remaneret; Atque iste videtur consideratio, cum quibus in ultimarum voluntatum indagations, sive interpretatione procedendum est, non autem inspicendum quid dicant Oldrad. vel Joannes; & Martinus; & praesertim Consules, sive cum regulis; & propositionibus generalibus.

Demum quoad tertium ac ultimum motivum potestatis, An scilicet postea voluntate, potuerit dictus Cardinalis donator hujusmodi onus adicere illis bonis, quae contemplatione matrimonii ut supra simpliciter, & liberè donari promissum fuerat; Ego & ceteri more Advocatorum ingenium acuentes, ac etiam pro scripturarum ornatu, sive ad illam ingenii ostentationem, quae ignaro vulgo placere solet, cum superfluis evagationibus, duo fundamenta deducebamus; Primo quod cum ageretur de donatione facta contemplatione certi ac determinati matrimonii, quantum etiam admitteretur, ad illam non teneri vocatos filios ex eo procedente uti filios, ita ut jus, vel interesse primariam non haberent, atque bonorum donatorum dominium soli sponte acquireretur. Adhuc tamen ob interesse secundarium, quod uxor, & filii habere dicuntur in hujusmodi donationibus, ille retrocedit non possunt, ut ceteri antiquioribus relatis firmatur apud Franch. decif. 205. Merlin. dec. 517. allatis decif. 44. par. 6. recent. late Venturini. consil. 15. Rotam Romanam donationis de Jordanis 14. Maji 1677. coram Melioto impress. decif. 229. p. 11. recent. in Urbinate. pecuniaria coram Veroflo. impress. post Pattell. decif. 42. cum plur. seq. & in eadem 23. Junii 1668. coram Vicecomite, & pluries in sua materia *sub tit. de donat.*

Et secundo quod iste modus disponendi, relinquendi scilicet bona alicui sub lege, ut ipse haeres, vel legatarius bona propria sine dispositioni supponeret, sapere videtur quamdam speciem dispositionis captoriae, quam non dubitatur de jure esse improbam, ad communiter notata per Civillistas in l. captoriae, ff. de legat. 1. & in l. captoriae, C. de test. militar. & Canonistas in cap. cum ribi de testam. ex relatis per Marr. de success. part. 4. quest. 11. art. 2. late Surd. qui multos colligit decif. 68. ubi A. Aden. Rota decif. 178. & 350. par. 6. recent. decif. 23. par. 11. numer. 3. & seq. coram Duno. decif. 925. cum aliis in sua materia *sub tit. de testam.* ubi advertitur hanc proprietate esse veram captoriam, non autem illam, quam ex antiquioribus ibi relatis distinguendo plures casus exemplificat Rota decif. 350. par. 6. ex num. 4. ad 13. & dicta decif. 23. par. 11. late advertitur apud Martin. Andr. decif. 73. num. 14. & Castill. tom. 2. conrov. cap. 6. num. 1. & seq. in dicto tit. de testam.

Neutrum tamen motivum substantiam habebat; Non quidem primum, quoniam ut advertitur in dicta sua materia *sub tit. de donat.* praesertim in dicta Romana de Jordanis, & Urbinate. pecuniaria, in quibus supra allegatae decisiones prodierunt, nullitas actus verè ac proprie intrat in illis fraudulenti retrodationibus, seu albaranis, & declarationibus, quae occulte fiunt inter donantem, & donatarium ad eludendam sponsam, vel ejus parentes; Sive quando agatur de solo interesse secundario uxoris, & filiorum, quando actus gestus per sponsam donatarium petuit donationis emolumentum in fructu durante matrimonio, vel etiam ad summum ipsius fortis dispositionem cum omnimoda denudatione filiorum etiam post matrimonium dissolutum, ita ut elusa remaneat illa probabilis spes pinguioris status, & successio filiorum, quae considerata dicitur etiam in illis donationibus, quorum dominium solum sponte, non autem filiis acquiritur; Se-

cus autem ubi factus laudabilis, qualis reputatur erectio primogenitura, ut advertitur dicta decif. 23. par. 11. recent. & in alia praecedente edita in eadem causa coram Orthobono inter suas decif. 182. cum aliis in Mantuana fendi *sub tit. de feudis disc. 9.* & per quem actum non judicatur uxori ac filiis in bonorum fructu durante matrimonio, minusque in forte post illud dissolutum, donec filii, vel descendentes superstant, considerato solum aliquo praejudicio feminarum.

Quemadmodum enim si idem vir donatarius decedens, quoties ad hujusmodi donatione iure impliciti fideicommissi vocati non sunt filii sui filii, sed solum isti habent illud interesse, quod nostri vocant secundarium, non dubitatur, quod relicta filii legitima, de reliquis parerè disponente potest in quoscumque extraneos, vel in eosdem qui qualitate haereditaria habentes, ad debita, & legata, aliaque onera quantumvis voluntaria tenentur, ita nulla penitus dubitandi ratio subesse videtur, cur, & hic actus fieri non possit, cum reverè conclusio procedat in actibus fraudulentis, & collusivis, vel ad summum etiam in sinceris, per quos praedictus pinguior ac decentior substantiarum onerum matrimonii, eodurante, exhibi deducit.

Quo verò ad alterum motivum, quicquid sit de materia captoriae in casu suo, & an intrent necne plures distinctiones, quae in ea dati solent; An scilicet adiciatur per unam conditionis quae vitetur, vel vitari remaneat, & an relevet, quod id fiat bono animo, honestumque finem habeat, cum aliis de quibus apud allegatos, ac alios apud eos, & in dicta sua materia *sub tit. de testam.* praesertim in Romana hereditatis de Spatis; Omnia haec extranea erant ac causa, unde propter eam consuetudine fallacia Consulenti ad causae servitium continebant inanes evagationes ac superfluas chartarum reptiones, cum verè ac proprie non intrarent termini captoriae, qualis dicitur, quando quis captare vult aliena bona cum pallio honoris in suis, quia nempe instituto te, si tu institueris me, vel alium quem ego volvero, ita cum hoc improbo artificio alienas hereditates ac successores captando, eo modo quo pisces cum elapso in hamo captantur.

Id enim continet gravamen, quod testator adiecit et quomodo honorat, etiam in ejus bonis propriis, atque in jure receptum est, ut cessantibus restrictionibus, de quibus infra, testator disponere possit de bonis propriis haereditatis, vel alterius quem honorat, illaque supponere eidem fideicommissio, cui ejus hereditatem ac bona propria suppositi, ad text. in l. unum ex familia, ff. de test. fundum, & l. Imperator, ff. de sententia, & l. compater, ff. de legat. 2. gloss. Bart. Cuman. & alii in d. ff. de test. fundum, cum aliis apud Duran. decif. 93. & 119. ubi advertitur de potestate non dubitari, sed solum quaestio est voluntatis, quae in dubio non praesumitur; cum praesumptio sit aliquem testari velle de propriis non autem de alienis; Fortius verò si dispositio iuxta consuetam formulam, dicat in bonis suis, &c. Sed si constet de voluntate, non dubitatur de potestate, etiam ipso haerede, vel honorato postquam hereditatem, vel dispositionem acceptavit contradicente; Multò magis, & absque dubio, ubi, ut in praesenti, talis contradictio non accedit, minimeque concurrat aliqua ex rationibus dubitandi de hujusmodi potestate gravamen honoratum etiam in bonis propriis.

Primo scilicet, ubi gravamen esset de universa ejusdem honorati hereditate omnium ejus bonorum, & jurtum complexiva, adeo ut ita remaneret adempta testandi facultas ex deductis per Peregrin. de fideicom. art. 33. num. 49. & seq. quod in praesenti non intrabat, dum agebatur de certis bonis tantum, secundò ubi gravamen excederet emolumentum, quia nempe solum importaret bona propria, in quibus quis gravatur, quam ea, in quibus honoratur, quo casu probabilius videtur hujusmodi gravamen, non quidem vitari in totum, sed moderari ac reduci ad limites emolumentum, per quamdam speciem reductionis hujusmodi contractu ad justitiam & aequalitatem, ex deductis per Peregrin. conf. 63. lib. 4. ubi concordantes, quae difficultas pariter non intrabat, cum emolumentum aliorum bonorum haereditarium adeo quare ac excederet.

Clarius verò ac extra omnem dubitationem, quoniam verè ac de facto iste donatarius, seu honoratus nullum subiebat damnum, vel gravamen in bonis propriis ex propria industria, sive ex suorum majorum successione obventis, adeo ut ejus patrimonium diminui diceretur, sed erat in bonis propriis ejusdem gravantis, quae ex quadam juris fictione, vel subtilitate ex titulo lucrativo spectare dicebantur ad gra-

gravatum jure proprio; Ac etiam (& satis ad rem) & quod donatario oneri non contradicente, sed illud liberè acceptante contra omnem verisimilitudinem, dum agebatur de summa adeo notabili, sed probabile argumentum resultat, quod ab initio id in utriusque facta esset, quae talis intentione concordaret ipsa promissio facta esset, quamvis non explicaretur, ideoque resolutiones probabiles videntur, solumque dubitandi ratio procurrere poterat voluntatem, an scilicet secunda donatio facta esset accumulativè cum prima possessione, vel potius continere dispositionem diverfam, & quatenus res se haberet iuxta hanc secundam partem, an sub prohibitione detractionum veniret ista ut supra, & quae dubitandi ratio dedit ansam concordiae.

ANNOT. AD DISC. CXXXIV. & seqq.

Ad hanc materiam quando Testator gravare valeat haereditatem in bonis propriis, videri poterunt deducta *sub tit. de testam. disc. 44. & 48. in hoc tit. disc. 267.* Posterior decisio prodita in casu, de quo decif. 134. habetur impressa decif. 134. par. 23. Prima ex decisionibus enunciatis disc. 137. est impressa eadem par. 13. decif. 515.

Ad praecedentem discursum plurimum faciunt sequens discussus, ac Volum. Decisum.

CONGREGATIONE DEPUTATA

Illustris. & Reverendiss. DD.

EMERIX, CACCLE, BONCOMPAGNI, ALBANI,

ET DE ASTE.

D I S C U R S U S

REVERENDISSIMI D. EMERIX

Sac. Rota Decani, & unius ex Praelati deputati.

In Causa Ferrarient. Fideicommissorum de Turchis.

Inter Illustriss. DD. de Bentivolis, & Bevilacqua ex una,

Ac Illustrissimos DD. de Flafchis partibus ex altera.

Mercurii 19. Martii 1687.

Anno 1602. decessit Marchio Alphonfus Turcum cum Testamento, in quo, instituta primogenitura super quibusdam particularibus ejus bonis, La Valle di Marimorta nuncupat, & relicta cuilibet ex filiabus scitis 10. mill. pro dote, in reliquis omnibus ejus bonis, juribus, & actionibus, tam praesentibus, quam futuris, haereditate universalem instituit Marchionem Casarem filium infantem, alioque filios masculos natiuros, & post ordinatum perpetuum fideicommissum in ejus, & Marchionis Annibalis illius Fratris, descendencia masculina, voluit, & ordinavit, quod tota ejus hereditas eodem ordine, modo, & forma, & ac eisdem tenore masculos suorum filiarum, adjecta tam haereditas instituit, quam substituit expressa prohibitione Trebellianica.

Subjunctum deinde ad hoc, ut nullo tempore dubitari possit (sub verba praecisa Testamenti) *qualifano li beni immobili restati nella sua Eredità, e sottoposti al fideicommissio, ne accorra alla facoltà suoi discendenti, o altri chiamati, come disopra, in occasione di tempo della sua morte tenuti, posseduti, e restati nella sua Eredità, haereditaria, & ordinato che siano descritti con le loro qualità, quantitate, e confini nel fine del presente Testamento, secondo si contiene in un Inventario fatto da esso Testatore.*

Defuncto Testatore Marchionis Livia Mater, & Turcis Casaris unici haeredit superstitis, & adhuc infantis, curavit de curiam in eodem Banco, seu apud eundem Mercatorem, penes quem a Testatore depositae fuerant; Et defuncto postmodum etiam Annibale sine prole, ac successore inter filios Casare sine Testamento; Orta est controversia inter filios Annæ, & Camille, & ejus Sororum consanguinearum, & filios, ac descendentes masculos Catharinae, & Eleonore, illi ex utroque latere conjunctarum, super bonis immobilibus, ut supra, in Testamento descriptis tanquam de hereditate, & fideicommissio Alphonfi Testatoris; Et li-

cet nulla cadat quaestio inter partes, quin illa essent supposita fideicommissis avitis, adeoque propria Casaris haereditas, seu ei debita; Nihilominus post lapsum quinquaginta circiter annorum emanavit sententia Actoribus favorabilis, quae, cum fuerit in secunda instantia per A. C. Cavallerium, & in tertia per particularem Congregationem revocata, contigit hodie coram nova Congregatione a Sanctissimo Domino Nostro deputata, de illius viribus ex integro inquiri.

Et quia cause defensores utrimque diffusè scripserunt, & agitur de articulo exemplari, in quo non omnes Domini eidem rationibus movebantur. Ideò pro clariore, & solidiore resolutione mihi ordinarunt, ut tam praecipua fundamenta defensorum hinc inde, quam etiam fortiora motiva, quibus quisque eorum nitebatur, hic breviter referrem, maturius in altera Congregatione examinanda.

Fundamentum principale Actorum defensores constituunt in l. unum ex familia, ff. de legatis 2. & in l. filiusfamilias, ff. de legatis 1. in quibus tribuitur Testatori facultas disponendi de re haereditaria, seu bonis ei debitis ex alio titulo, ut in specie examinando eodem textu tradunt Bellon. Sen. cons. 9. n. 10. Fontanell. de pat. nup. claus. 4. gloss. 5. n. 38. & dixit Rota coram Durano decif. 93. & coram Coccin. decif. 1507. utroque n. 1. & 2.

Nec obstat asserere, quod eatenus subfineatur gravamen super bonis propriis haereditatis, vel ei debitis, quatenus, computatis accessionibus, seu fructibus medio tempore perceptis, non excedit emolumentum proveniens ex hereditate Testatoris, iuxta alios textus in l. Imperator 72. in §. Si centum, & l. cum quidam, & l. cum Pater 79. §. Si tria fratres, ff. de legatis 2. & l. quod de bonis 15. §. quod Anus, ff. ad leg. falcid. Quia iura ista Digestorum dicebant fuisse correctæ pro jus novissimum C. in fin. de iur. deliberat. & per Auth. in §. hinc nobis, de haereditate, & falcid. quando prout in praesenti hypothetice, haeres gravatus super bonis propriis ad haereditatem nullo confecto Inventario, ut liquet ex verbis, Auth. in dicto §. hinc nobis, ibi: *Si vero non fecerit Inventarium &c. non retinebit falcidiam, sed complebit Legatarios, & fideicommissarios, licet pura substantia morientis transcendat mensuram Legatorum dato, & tenet Bald. in Auth. sed cum Testator, §. sed contra istud oppono, C. ad leg. falcid. Roman. in Auth. similiter, n. 104. circa finem, vers. 3. ego. C. eodem, Corneus in d. Auth. sed cum Testator, sub num. 2. vers. & tamen optime &c. Molin. in addit. ad Alex. cons. 67. litt. B. circa fin. vers. & est veritas, lib. 4. Menoch. cons. 272. num. 68. usque ad 75.*

Et quamvis Bellon. Rolan. Fachin. Phanucc. Merlin. aliique Doctores inferius allegandi, teneant Correctionem Juris veteris Digestorum, habere locum quoad legatarios, & fideicommissarios particulares tantum, non autem quoad universales; Eorum tamen opinione declarandum esse subdebant cum subdistinctione, quam tradit Beltram. in addit. ad Gregor. decif. 421. num. 15. vers. praedita tamen opinio &c. & sequitur Censal. ad Peregrin. de fideicommissis, l. 35. fol. mibi 225. §. Quarto observo, vers. quomodo &c. Posth. resoluit. Civil. 24. numer. 26. Fontanell. de pat. nup. claus. 5. numer. 34. & seq. nimirum, quod Jura vetera Digestorum non sint correctæ in casu fideicommissi universalis, in quo Testator specificè non disposuit de bonis haereditatis restituendis cum universa ipsius hereditate; Secus verò quando, prout in praesenti, nominatim de illis disposuit, assignando rationem differentiae, quia nimirum in primo casu haeres deducendo sua credita, vel retinendo bona propria non contravenit voluntati Testatoris, quae in eo versatur, ut factis prius deductionibus a jure permittis, restituit jus universale fideicommissi, licet consistat in jure inuito, ut docet Castren. in l. ita tamen 27. §. Si ex Trebelliano, ff. ad Senatus Cons. Trebell. & in l. ab omnibus 107. §. Si Socero, ff. de legatis 1. & conf. 77. num. 1. in fin. hb. 2. Insecundo verò haeres gravatus retinendo bona propria nominatim subiecta restitutioni fideicommissi universalis expressè contravenit voluntati Testatoris, non secus ac si renueret solvere legata, & fideicommissa particularia excedentia virtute haereditatis.

Idque etiam comprobare conabatur; Tam ex littera textus in dicto §. Hinc nobis, Auth. de haereditate, & falcid. in quo Imperator, postquam pluries copulative loquutus fuit de legatariis, & fideicommissariis, & fancivit haereditatem non conficentem inventarium teneri complere legatarios, & fideicommissarios, subdit, *licet pura substantia morientis transcendat mensuram legatorum dato*, nullamque in hac ampliatione fecit mentionem de fideicommissis, quae non debent ceteri inconsultò omitti,

maligantibus hæredibus, prout sæpe contingit, cogentur pro consequenda re particulari, & exigui valoris assumere questionem super integro statu hæreditario, & graventur majori onere probationum, quam res petita mereatur; Et tertia demum quia ex legatis, & fideicommissis particularibus hæres detrahit falcidiam solum in subsidium, adeoque in hoc casu major urget præsumptio occultationis bonorum, quam in alio fideicommissi universalis, in quo hæres usque ab initio scit se absolute posse detrahere Trebellianicam, ut in specie ponderat Fachin. *controver. jur. l. q. c. 38. in resp. ad 1. argum.* Tum quia adversus illam urget inconcussum juris principium, quod in correctoriis, & pœnalibus non fit facienda extensio de casu ad casum ex identitate, vel majoritate rationis, sed ea quæ expressè innovata non leguntur, veterum legum, sanctionumque regulis relicta intelliguntur, ut inquit text. in l. *præcipimus, in fin. C. de appell.* & ad rem nostram notat Peregrin. de fideic. art. 3. n. 76. Rota cor. Cassad. d. dec. 3. n. 8. de reslam. & d. dec. 519. n. 3. p. 4. div. Tum etiam quia in contrarium stat communis opinio Bart. Baldi, Imole, ac aliorum graviorum DD. supra laudatorum in §. *de contra verò reorum defensores*, ut bene advertit Bellon. jun. in cit. *conf. 99.* qui individualiter loquitur in casu quo testator specificè disposuerat de Domo hæredis, & n. 42. ait, *in restitutione hereditatis, seu fideicommissi universalis non venire bona propria illius, etiamsi testator hoc dixerit, nisi hæres perceperit ex hereditate fructus æquivalentes, & in principio sequentis Consilii testatur ter fuisse judicatum juxta suam opinionem.*

Et demum quod non parum dubitari possit de voluntate testatoris, quod intellexerit disponere de bonis etiam uti debitis hæredi ex antiquioribus fideicommissis, sed dumtaxat præsuppositivè quod essent sua libera, & in sua hereditate comprehenderetur, dum semper loquutus fuit de suis bonis, & de sua hereditate, adeoque in dubio amplectenda sit opinio excludens voluntatem gravandi hæredem in bonis propriis, cui tanquam iniquè modis omnibus occurrendum monet Jurisconsultus in supracitata l. *cum pater, §. Titio fratri, de leg. 2.* Quodque nec minus probari potest hæredem, qui de tempore delate hereditatis erat infans, scivisse, illa sibi esse debita ex fideicommissis avitis, & nihilominus se conformare voluisse cum voluntate defuncti, prout debet, ac effectum ut poster inde inferri ipsum voluisse quasi contrahere cum fideicommissariis, & se tacite obligare de illis etiam restituendis, tamen si transcenderent emolumentum hereditatis paternæ, juxta text. in §. *heres quoque legatorum nomine, Instit. de oblig. qua ex quasi contrahit.* cum nihil tam contrarium consensu sit, quam error, seu ignorantia, ut inquit Juriscons. in l. *si quis per errorem, de jurisd. omn. jud. & in l. consensisse, de iud. & notat glo. in l. ex maleficiis, §. 1. verb. ignorans, ff. de oblig. & act.*

Ac proinde inclinabant pro confirmatione posteriorum intentiarum, relevata ulteriore discussione cause ad aliam Congreg. quam primùm faciendam. Tanto magis quia ad est exacta descriptio bonorum facta de ordine testatoris in fine testamenti, ut in simili advertit Rota d. dec. 519. n. 1. par. 4. *diver.* & diligens inventarium tutelare confectum à Marchionissa Livia Matre, & Tutrice hæredis, distinctumque computum pecuniarum hereditariorum retentum in ratione Bancaria, qua utebatur testator. Ex quibus excluditur quælibet suspitio fraudis, & occultationis bonorum, perinde ac si fuisset confectum inventarium hereditarium, ad tradita per Caltrenf. in l. *cum tales, §. Titius, n. 2. versio. ad vertesse, ff. de condit. & demonstr. Giovas. conf. 19. sub n. 20. l. 2. Cancr. var. ref. p. 3. c. 2. n. 131. Fontan. de pact. nupt. claus. l. 4. §. 1. n. 28. cum seqq. & signanter, n. 42. ad med. vers. Si enim, & n. 45. cum seqq. Rota cor. Cocc. dec. 1886. a. n. 10. usque ad 23. & in Bonon. fideic. de Glavarinis 23. Januarii 1673. §. *Idque bene coram me*, & in Senogall. fideic. 30. Aprilis 1677. §. *in omnem casum*, & 21. Aprilis 1679. §. *sed amplius*, cor. Reverend. Bourlemont & in Rom. hereditatis de Vellis 10. Decembris 1681. & 1. Junii 1682. coram R. P. D. Ursino.*

Et in omnem casum videretur concedenda restitutio in integrum, adversus inconsulto aditam hereditatem, quæ ex capite enormissime lesionis competit etiam majori, ut tradit Capyc. Latr. *consil. 57. per tot.* & dixit Rota dec. 82. n. 3. & seqq. p. 9. dec. 32. n. 1. & seqq. p. 12. & in S. Severini inventarii 23. Januarii 1662. coram bo. mem. Avunculo meo, & in Anconitana, seu Maceraten. census 1. Julii 1676. coram Reverendis. Bourlemont, & in alia Anconitana fructuum 22. Junii 1678. §. *non subsistit, coram me*, & illius hæredibus, Calvin. de equit. l. 2. c. 81. n. 10. cum aliis ibi allegatis, & c.

Non obstante lapsu, nedum quadrienni à Jure præscripti ad inchoandam, & terminandam causam restitutionis in integrum, in l. *final. C. de temp. restit. in integr. §. 6. l. de restit. in integr. in 6. sed etiam 80. & ultra annorum ab obitu testatoris, & 60. ab obitu Marchionis Cæsaris primi hæredis; Quia tempus à Jure definitum non incipit currere nisi à die scientiæ enormissime lesionis, quæ lucucque non videbatur probata, cum adhuc incertum, & indefinitum sit, an subsisteret gravamen in bonis propriis hæredis, unde talis læsio oriretur, ad tradita per Cenal. ad Peregrin. de fideic. art. 35. §. *secundum ampliatur, fol. mibi 227. Phanucc. de invent. qu. 239. n. 2. l. cum concord. & c.**

CONGREGATIONE DEPUTATA

Illustriss. & Reverendiss. DD.

EMERIX, CACCIÆ, ALBANI, BONCOMPAGNI ET DE ASTE.

VOTUM DECISIVUM EXTENSUM

A REVERENDISSIMO DOMINO EMERIX

S. Rotæ Decano, & uno ex Prelatis deputatis.

In Causa Ferrariorum Fideicommissorum de Turcbis.

Inter Illustrissimos D. de Bentivolis, & Bevilacqua ex una,

Ac Illustrissimos DD. de Flachis ex altera.

Martis 19. Augusti 1687.

DOmnia, in hac tertius discussione causa, fuerunt in voto pro confirmatione sententiarum latarum in Curia denegantium Comitibus de Flachis Actoribus immisionem in bonis, de quibus agitur, quia partes conveniunt nos versari in fideicommissio universalis, & quod bona possessa per Marchionem Alphonium Testatorem, super quibus petunt immisionem, essent debita Marchioni Cæsari hæredi ex fideicommissis avitis, quodque iste nihil consequutus fuerit ex hereditate testatoris, quod adquire, vel compensare possit valorem bonorum et debitorum ex præfatis fideicommissis, idèquæ de plano vifa fuit deneganda immisio, deficientibus tam expressa voluntate testatoris disponendi de bonis hæredi debitis, quam etiam testate, & specificæ acceptatione hæredis.

Deficit expressa voluntas testatoris, & specificæ acceptatione hæredis, quia neque in institutione, neque in substitutione, toto progressu testamenti ullum legum verbum expressum comprehensivum bonorum hæredis, sed testator semper loquutus fuit de suis bonis, & relative ad illa disposuit; Unde excluditur, non solum in testatore voluntas disponendi de bonis debitis hæredi ex antiquioribus fideicommissis, ad tradita per Parif. *conf. 98. numer. 14. lib. 2. Cephal. consil. 516. numer. 13. lib. 4. Fufax. de substitut. quest. 648. numer. 2. & melius quest. 649. numer. 6. Peregrinum de fideicommissis. articulo, 6. numer. 12. versicul. Tertio considerabam*, Andreol. *controverf. 220. numer. 9.* cum aliis concordantibus adduct. per Rotam coram Priori decif. 378. num. 5. & sequentibus, sed etiam acceptatio hæredis, quæ sine scientia non inducitur, juxta Text. in l. *ad probationem, ibique glossa, Cod. de locato, & condutto.*

Non obstat, quod testator mandaverit nominatim describi in calce testamenti etiam bona debita hæredi ex antiquioribus fideicommissis superaddita ratione: *affinche non si possi dubitare, quali siano li beni immobili restati nella sua eredità, e sottoposti al fideicommissio, ne occorra alli suddetti suoi Descendenti, o altri chiamati, come di sopra, in occasione di provare la loro identità, e che fossero da esso Signor Testatore tenuti, posseduti, ereditati nella sua eredità, h'è voluto, & ordinato, che siano descritti con le loro qualità, & quantita, e Confini nel fine del presente Testamento*, adeoque dubitandum non videatur, quin voluit de illis disponere, per Textum in *leg. sequens, quest. 70. ff. de legatis secundo*. Tum quia antecedens declaratio se vellet disponere de bonis suis, operatur quod subsequens preceptum, & ratio nominatim descripti boni bona, impostet solum voluntatem disponendi de bonis hæredis, præsuppositivè, quod essent sua libera, non autem uti de suppositis antiquioribus fideicommissis, & debitis hæredi jure proprie vocationis, ut de simili descriptione bonorum fideicommissariorum facta per testatorem, quod censetur facta ad abun-

abundantiorè cautelam, & coherentèr ad illius voluntatem antecedenter expressam, tradit Gratian. *discept. 404. n. 5. & 6.*

Tum etiam quia, quatenus per modum suppositi admitteretur preceptum describendi eadem bona importare juxta sensum partis aliquam voluntatem disponendi de illis, etiam uti debitis hæredi, exinde dumtaxat sequeretur, quod voluisset disponere juxta terminos Juris, & imputationem fructuum et permittam, ad hoc ad limites hereditatis, & ad ratam emolumentum habiti per hæredem, subsisteret gravamen impositum super bonis et debitis, non autem quod voluerit de illis disponere etiam ultra vires hereditatis, & emolumentum, quod hæres esset consequentur, dum id ulterius non expressit, ut in specie notant Angel. de Peruf. in l. *filius familias 17. §. apud Marcellum, propè fm. vers. quia non est verisimile de leg. 1. Gabr. conf. 102. n. 8. & 11. l. 2.*

Prout nec relevat, quod specificæ acceptatio, & scientia gravaminis in re sibi debita non requiratur in hærede, sed sufficiat simplex aditio hereditatis abque beneficio legis, & Inventarii. Quia contrarium procedit, quando hæres de tempore delate hereditatis est (prout in præsentè erat) Infans, & Testator disposuit de bonis debitis hæredi uti suis, & per viam fideicommissi universalis, ut distinguendo inter fideicommissum universale, & particulare forntarum discussio articulo firmavit Rota in celebri Viterbiens. castrorum coram Cocc. dec. 1303. num. 2. & 3. & dec. 1623. num. 7. & 8.

Minus facit, quod sicuti in fideicommissio particulari sufficit pro acceptatione gravaminis simplex aditio hereditatis, ita etiam in fideicommissio universalis ordinatio cum specificacione, & nominatione bonorum hæredis, quod æquiparatur fideicommissio particulari juxta ratiocinium Beltramin. in addit. ad Gregorium decif. 421. sub num. 15. quia in tantum ignorantia gravaminis in re propria, vel aliis et debita, non excusat hæredem ademptum, quando agitur de fideicommissio particulari, in quantum scit, vel scire debet, quod non conficiendo Inventarium incurrit pœnam satisfaciendi de proprio legatariis, & fideicommissariis particularibus, ut post Parif. *conf. 2. numer. 29. & seq. lib. 3.* ponderat Rota coram Coccin. *dicta decif. 1623. num. 15.* Quod in præsentè casu non possit imputari, seu exprobari Marchioni Cæsari, licet gravatum fideicommissio universalis cum specificacione nominatione bonorum sibi debitorum ex fideicommissis Avitis, ex quo tam ipse, quam illius Tutrix probabiliter creditur, se credere potuerit, vel quod non posset gravari in bonis sibi debitis ultra emolumentum, juxta dispositionem Textus in *leg. Imperator 72. §. scientum, & §. cum quidam, ff. de legat. secundo*, & opinione Bartholi, aliorumque veterum Juris interpretum, de quibus infra; maxime quia de eo tempore adhuc non proderat in lucem distinctio excogitata per Beltraminum inter fideicommissum universale cum specificacione bonorum hæredis, & aliud sine illorum specificacione. Vel quod bona, de quibus Testator asseruit disponere tanquam suis, essent ipsius libera, quodque eorum specificacione fuerit demandata ob abundantiorè cautelam, ad hoc ut in futurum hæredes non gravarentur onere probandi illorum identitatem, ut in specie tradit Gratian. *discept. 404. num. 5. & 6.* non militat contra ipsum eadem ratio, quæ militaret contra hæredem gravatum legatis, & fideicommissis particularibus.

Tanto minus, quia vices Inventarii supplere possunt exacta descriptio bonorum facta de ordine Testatoris in fine Testamenti ex firmatis per Rotam decif. 519. num. 1. par. 4. *diverf.* & diligens Inventarium tutelare confectum à Marchionissa Liviamatre, distinctumque computum pecuniarum hereditariorum, & pupillariorum retentum in eadem Ratione Bancaria, qua utebatur testator; ex quibus, sicuti constat certitudinaliter de statu hereditario, & excluditur præsumptio subtrahentis bonorum, ita etiam succursu debet indemnitati Infantis, ne per additionem inconcursu factam à Tutrice abque consecutione Inventarii legatis, remaneat gravatus in bonis propriis ultra emolumentum hereditatis, ut in fortioribus terminis docet Caltrenf. in l. *statamen, §. fidei Trebellianum, num. 2. & ibi Alex. n. 3. ff. ad Trebell. Mantie. de concess. lib. 7. tit. 8. num. 1. Cancr. var. ref. par. 3. cap. 2. num. 131. & Rota coram Cocc. dec. 1886. a. num. 10. usque ad 23. & in rec. dec. 16. num. 1. & seq. cum aliis concord. adductis per Rot. in Senogall. fideic. 30. Aprilis 1667. §. *in omnem casum*, & 21. Apr. 1679. §. *sed amplius* cor. Reverendiss. Bourlem. & Card. de Luca, Lib. X.*

in Rom. hereditatis de Vellis 10. Decembris 1681. & 1. Junii 1682. cor. R. P. D. Ursino.

Nullatenus subsistente, quod non appareat de cujus mandato, & ad quem finem fuerit confectum istud inventarium, quod ulterius impugnatur tanquam defectuosum, ex quo in eo non leguntur distinctè descripta fideicommissilia manstonum nobilium Palatii Ferrariorum, nec mobilia Palatii Ariani, & Coloniae, neque libri Introitus, & exitus, allaque plures scripte hereditariae, tam Marchionis Alphonsi Testatoris, quam Marchionis Hippolyti Avi, quia inventarium fuisse confectum de mandato Marchionissæ Livie matris pro indemnitate pupilli, constat ex partita solutionis mercedis Norarii factæ, mediante ratione Bancariae Aventi, & ad allegatos defectus inventarii, licet fati esset respondere, quod istud olim fuit productum à Comitibus de Flachis pro fundamento illorum intentionis, adeoque hodie amplius ab eis impugnari non possit, ex traditis per Gratianum *discept. 577. num. 11. & firmatis per Rotam decif. 431. num. 7. & 8. par. 13. & decif. 174. num. 14. & seq. par. 17. rec.* præsertim post lapsum 40. annorum, quod distulerunt hanc exceptionem opponere, nihilominus Domini eos singillarim examinando, existimabant omissionem descriptionis fupellectilium manstonum nobilium Palatii Ferrariorum illarum parietes fuerant, juxta morem Regionis, denudatæ Peristomatibus, aliisque ferreis mobilibus, quæ fuerant asportata in vestiarium, & leguntur rescripta inter alias res in eo repositas. Defectum verò descriptionis mobilium Palatii Ariani, & Coloniae non esse habent, in consideratione ad tam enormiter gravandum hæredem, dum ex accurata ipsorum descriptione facta in inventario confecto post obitum Marchionis Cæsaris, citatis etiam Comitibus de Flachis, constat, illa consistere in paucis mobilibus pro usu Coloniae, ita ut ferè major fuisset impensa in transmittendo Notario ad illa describendum, quam illorum valor, ut in specie pro excusando defectu Inventarii, ponderat Phanuccius *inter vtrast. diverf. de invent. qu. 244. num. 271.* Defectum autem librorum Introitus, & exitus, aliarumque scripturarum concernentium statum hereditarium, suppleri ex partibus rationis Bancariæ Aventi, per quam fuerunt factæ omnes solutiones de mandato Testatoris, etiam consistentes in modica summa paucarum librarum, ut bene ostendebant Informantes.

Ac ulterius ponderabant, quod ab anno 1623, quo fuit mota lita, & per Marchionem de Bentivolis, & Bevilacqua, reos conventos, oppositum contra lusummodi inventarium, & statum hereditarium ab Authoribus Com. de Flachis, qui tanquam filia, & Gener Testatoris præsumuntur magis informati de illis statu; Imò nec ab ipsis Comitibus de Flachis Actoribus usque ad huc adinventum aliquid, quod dici possit doctor Marchionis Cæsaris subtrahit, vel alienatum, non obstantibus peritis diligentibus per eos factis in Archivio, & apud Tabelliones Ferrariorum.

Hæc sufficere videbantur pro confirmatione præcedentium sententiarum, etiam ommissa discussione articuli potestatis disponendi de bonis propriis, vel debitis hæredi, quæ excluda voluntate Testatoris remanet inefficax, Verum ad plene satisfaciendum omnibus adductis a scribenibus pro Comitibus de Flachis, hæc quoque defecere Domini respondebant ex Textu in *leg. Imperator 72. §. scientum, & §. cum quidam, & in l. cum Pater 79. §. Titio fratri, ff. de leg. 2.* in quibus Papinianus respondit eatenus sublimeri gravamen impositum à Testatore super bonis propriis, vel debitis hæredi, quatenus iste æquivalens emolumentum consequatur ex hereditate Testatoris, computatis accessionibus, seu fructibus medio tempore perceptis, ut bene explicat Barthol. *num. 3. Bald. in dicta leg. cum Pater, §. Titio, in princip. ff. de legat. 2. Benedic. numer. 1. & 4. ibique etiam Imola numer. 3. Bald. in dicta leg. cum Pater, §. Titio, in princip. ff. de legat. 2. Benedic. in cap. Raynuius, versio. si quisque liberis, ff. de fideicommiss. consil. 25. ad medium, & numer. 60. titul. de fideicommiss. consil. Soccin. junior. consil. 57. numer. 19. lib. 3. Gabriel. consil. 202. num. 8. cum duobus sequentibus, & c. E contra, cum aliis adductis in præcedenti discussio, §. E contra, quos malè interpretantur scribentes ex adverso loqui de Jure Digestorum non confiderato jure novissimo Authoritarum, quoniam, cum distinguendo dicant, quod Testator in particularibus potest, in universalibus non potest disponere ultra vires hereditarias, per necesse habuerunt.*

- pro omnibus interesse habentibus, ubi est in instrumento, non autem in scriptura privata.
- 11 Ad materiam leg. quoties, Cod. de donat. qua sub modo.
- 12 Quando invet. questio, an in donatione contemplatione matrimonii erigi possit primogenitura.
- 13 An sponsus primus donatarius possit gratificari uni, vel aliquibus filiis ex matrimonio procreatis.
- 14 Quando invet. questio, de qua num. p. antecedenti, & v. 4.
- 15 Potestatem fideicommissi potest convenire primogeniturae.
- 16 Donator potest declarare donationem dubiam.
- 17 De circumstantia, ob quam donans recte adjicit omni fideicommissi donationi.
- 18 Declaratur conclusio, quare donatio contemplatione matrimonii non recipiat alterationem.
- 19 Obligatus facere multiplicem, si negligit, tenetur, ac si illud factum esset.
- 20 An & quando secundus actus reservatus respiciat substantiam fideicommissi, vel solum modum, & accidentia.
- 21 Testator potest prohibere gravato ne possit detrudere melioramenta.
- 22 Quid ubi expense pro illis facta non sunt solute, sed ad est as invenim.

D I S C. CXXXV.

Alexander de Cardellis intuitu certi matrimonii per Afridubalem filium contrahendi, de anno 1616. promissit per apocham donare domum, & alia bona sub fideicommissio, ac multiplico ordinando, ac explicando in instrumento infra 15. dies desuper conficiendo, ad quod processum fuit, de immediata sequenti, ubi ordinatum fuit in domo, & quibusdam aliis bonis specificatis fideicommissum cum ordine primogeniturae pro solis primogenitis pro tempore, disponendo etiam quod fructus quorundam censuum, ac effectuum eidem primogeniturae assignatorum in sorte sc. 9. m. multiplicari deberent usque completeret summam sc. 40. m. ad ejusdem primogeniturae favorem, de aliis bonis disponendo cum legibus ad rem non facientibus, siveque reservata facultate nominandi, seu deputandi administratorum, qui dicti multiplici curam haberet, quodque omnia melioramenta, tam per primum donatarium, quam per successores pro tempore faciendi in domo donata detrahi non possent, sed illis ipsi primogeniturae donata, seu incorporata conferentur; Cum autem ex Afridubale superfluo fuisset Carolus unicus filius, eoque binubo defuncto, ultra filias feminas, fuissent superfluo duo filii masculi, Afridubal filii primogenitis ex prima uxore, & Carolus posthumus ex secunda, inter ipsos, seu eorum pupillorum tutores orta est controversia super possessione in bonis a patre possessis; Pretendente siquidem tutore Afridubalis primogeniti detrudere jure dictae primogeniturae, non solum domum, & bona in donatione comprehensa, sed etiam bona propria ipsius Caroli, vel Afridubalis senioris pro reintegratione multiplici in parte neglecti; Replicabat tutor posthumus, quod ex defectu potestatis in hujusmodi bonis contemplatione certi matrimonii donatis, & ad quos omnes filii uti filii vocati fuerunt, dicta primogenitura erigi non poterit; Quodque data etiam validitate dictae erectionis, non exinde subsisteret pretentio reintegrationis multiplici, stante quoque donator sibi reservaverat facultatem deputandi administratorum, qui ejus curam haberet, unde ita cessabat onus donatarii; Et ulterius quod a summa multiplicanda demenda essent scuta 7. m. erogata in donationem filiae ejusdem Afridubalis, stante ipsius donatoris praecipito de feminis donandis; Ac demum quod si qua actio dicto primogenito ad id competeret ad bona propria dd. Afridubalis, & Caroli. exercibilis tamen non esset ad bona provenientia a dicto Alexandro donatore in eadem donatione comprehensa; Primogenitura tamen non applicata, utpote subsistentia fideicommissio ad favorem omnium filiorum, ac descendendum; Alia etiam excitata controversia super dissolvendo are alieno per Carolum ultimum defunctum contracto cum ejusdem artificibus, seu cementorum venditoribus, pro notabilibus melioramentis in dicta domo factis, an scilicet dicti artis alieni dissolutio incumberet primogeniturae, vel hereditati; Et sic quomodo erant controversiae puncti, super quibus in toto compromissio in tres qualificatos Praelatos, pluribusque coram eis habitis disputationibus, ad nullum determinationem devenit, dum honesta concordia compromissum terminavit.

De tertio puncto extractionis dotis a multiplico. An fieri non poterit, non concurrente caute subditi aliorum bonorum liberorum existentiam, stante fideicommissitantis praecipito, habetur actum in hac eadem causa sub tit. de dote, disc. 37.

Quatenus vero pertinet ad primum, An scilicet per instrumentum initum in executionem praecedenti apochae, donatio contemplatione matrimonii restringi poterit necne ad solum primogenium alius exclusi; Scribentes pro secundo genito dicebant, quod licet disputent DD. an pater, qui contemplatione certi matrimonii donationem fecit sponso, & filiis ex eo nascituris, possit ex intervallo adijcere dictam donationem fideicommissum, vel alio onus; Atque affirmativam teneant Berengar. in c. unico de filiis natis ex matrimonio ad Morzine, n. 12. & Boer. dec. 204. n. 3. Mediam vero cum distinctione tenent Mainard. dec. 36. l. 5. Negativam tamen firmant, ac veterem dicunt Cancr. p. 2. var. c. 7. n. 120. de Marin. ref. 165. l. 2. & firmatur Rota in Rom. donationum de Alaleona 28. Januarii 1656. & 25. Maji 1657. coram Verospio, de qua causa habetur infra disc. 128. & in Rom. donationis de Ceva 4. Decembris 1662. cor. Bevilag. & in aliis ejus confirmatoriis, & de qua pariter causa infra disc. 137.

Et magis proximè, quod facta donatione sponso, & filiis, stante quod ita omnibus filii illic jus quatum fuit, quamvis adhuc non natis, Tum ob stipulationem patris primi donatarii, quae ex veriori magisque recepta sententia sufficit, ac pluries in sua materia sub tit. de donationibus. Tum clarius implicat stipulationem Notarii pro omnibus, quorum interest, sub intellectum in vobis obligationis cameralis, ut non possit ex intervallo erigi primogenitura in aliorum praerudicium, Casan. consil. 52. a. num. 47. ad 63. Cancr. part. 1. var. cap. 8. de donat. numer. 180. Et conferunt omnes alia auctoritates, quae habentur in questione examinata in Mantuana feudi sub tit. de feud. disc. 9. an scilicet in feudis erigi possit primogenitura, atque super his copiose, nihilumque elaborata allegationes retexebantur.

Quod autem in hac donatione omnes filii vocati essent, dicebant idem scribentes esse in contrarium; Quicquid enim sit de questione, an facta donatione contemplatione certi, ac determinati matrimonii, filii ex eo procreandi cenentur vocati ex persona propria, quamvis eorum expressa, & verbalis vocatio non concurreret; Ubi etiam regulariter admittenda esset negativa, quae in effectu est verior, ac magis recepta, adhuc tamen vera, & recepta est limitatio ex conjecturis, juxta ea quae plene deducta habentur pluries in dicta sua materia sub tit. de donat. praesertim in Romana donationis de Jordanis, ac in Rota decisionibus in ea causa editis coram Melio, & Priolo, quae prima est impressa dec. 229. part. 12. recent. & in Urbinate. pecuniaria coram Verospio impressa, apud Patell. dec. 42. cum plur. leg. longas pariter, ac elaboratas allegationes super hoc retexendo ex eisdem decisionibus deductas.

Quo posito dicebant, quod in dicta apochae, licet expressa mentio filiorum non haberetur, attamen ad eorum favorem concurreret, necum conjecturalis, sed verbalis, ac expressa probatio, dum in ea dicitur donationem fieri cum fideicommissio, & multiplico, quae verba per se suffragantur filiorum vocationem, cum verbum fideicommissi, verificabile non sit in ipso primogenito donatario, atque tanquam servitus compati non possit cum libertate, quae est servitus contradietoria.

Et quamvis dicta apochae non contineret actum perfectum, de praesenti, sed promissionem de futuro, facienti scilicet dictam donationem, attamen alius, & quasi ex integro realluendo questionem examinatam in Rom. donationis de Castellanis cor. Cocce. dec. 58. par. 5. rec. & decis. 393. p. 5. Dicebat quod ubi non expectatur factum tertii, & ad quos perfectio recipere debet, quoad ipsum promittentem, promissio de faciendo habetur pro facta, atque per eam jus irretactibile acquiratur, ut advertitur in d. Rom. donationis de Alaleona infra disc. 138. super hoc nimium se diffundendo.

Et converso scribens Ego pro Afridubale primogenito, obiter ac pro eo movit onus multiplicitate, quae per Advocatos deduci solet, ac debet, ob varietatem ingeniorum, quae sepe praedictarum similibus illi diversitati, quam experimur in stomachis, qui navescentes necantem, & ambrosiam, magis cepas, ac alia gustant. Dicebam, quod illud dici posset, ut ex dicta promissione vocati essent filii uti filii, adhuc tamen dici non poterat, quod ipsi quatuor essent filii irretactibile de consensu primi donatarii juxta materiam

teriam, tex. in l. quoties, C. de don. qua sub mod. dum res adhuc erat integra, atque matrimonium contractum non erat, ipsique filii neque nati neque geniti, nullaque aderat Notarii, vel alterius stipulatio pro eis. Minusque cadebat illa implicita stipulatio, quae incise dicitur in obligatione cameraria, cum id procedat in illa obligatione, quae contrahitur per publicum instrumentum, quod habet Notarii interventum non autem per apocham privatam, Duran. dec. 287. num. 9. in Rom. seu Ferrarini. pecuniaria 14. Maji 1687. Verospio, & in aliis pluries, Ideoque actus remanet revocabilis, ex iis quae ex Bart. & aliis in eadem l. quoties, habentur apud Ceval. comm. contra comm. q. 249. Rovit. dec. 89. Fab. de Ann. conf. 32. Merlin. lib. 1. controv. 59. Rot. dec. 37. p. 7. recent. & frequenter.

Verum hic inanis erat labor, inanisque chartarum repletio, ex consueto Advocatorum stylo, magis tamen extero, quam Romano a Curia superflua abhorrente (quamvis hodie in parte corrupto) quoniam hujusmodi inspectiones intrans, quando ex matrimonio plures procreantur filii, inter quos intrat questio, an per erectionem primogeniturae, seu per aliam dispositionem aliquid possit praerogari, alii vero sperni; Haec autem non cadebant in hac facti specie ex eius particularibus circumstantiis, dum ex matrimonio, juxta praemissam facti seriem, superfluo fuerat a. Carolus unigenitus, unde cessabat questio inter primos, vel ultimos genitos, ipseque primogenituram expressè acceptaverat, cuique observantiam promiserat; Neque ex dicta apochae praetendi poterat vocatio neporum, ac ultionum descendendum, ideoque ex facto cessabat hujusmodi questionum occasio in radice, adeo ut sola brevis responsio causa Patroni in facto, toto copiosis allegationibus sufficiens videretur.

Verum, ut praemissis etiam ad superabundantiam satisficerem, Dicebam quod quicquid sit de questione, an sponso primus donatarius, postea etiam contemplatione filiorum, possit unum, vel plures praerogari, & gratificari, in qua affirmativa tenet Cancr. d. p. 3. c. 7. de part. n. 116. cum leg. negativam vero Fontanell. class. 59. part. 1. numer. 6. cum leg. & super utraque opinione dicitur Castill. l. 4. c. 5. m. 16. cum leg. & l. 5. c. 48. & in qua regulae magis assilunt opinioni negativa, juxta ea quae habentur supra in Rom. fideicommissi de Boncompagnis disc. 55. & in aliis ibi proximè sequent. Ac etiam, an congrueret eis quae de facultate erigendi primogenituram in feudis praeter, & providentia novis, vel respectu antiquis juxta unam opinionem habentur in d. Mantuana sub tit. de feud. disc. 9.

Iste inspectiones cadunt, quando certa est vocatio filiorum, unde nulla dubietate cadente circa substantiam, illa solum versetur circa modum, seu accidentia, cum tunc intrat consideratio tollendi jus quatuor alii filii, Et in his terminis, atque cum hoc praepositio loquuntur omnes, de hoc merito dubitantes; Verum haec dubitatio in praesenti non cadebat, quoniam donator in dicta apochae referavit quidem sibi facultatem ordinandi in instrumento in bonis donatis fideicommissum, ac multiplicum, sed non dixit ad quorum favorem, & quomodo, unde propterea id remanebat in terminis simplicis velleitatis, atque futura reservata dispositio non percutiebat modum, seu accidentia, ita ut substantia esset iam declarata, & perfecta, juxta casum, de quo supra in Romana censum, seu fideicommissi disc. 118. Sed percutiebat ipsam substantiam juxta casum, de quo infra in Rom. donationis de Silla disc. 140. Unde propterea, quando donator non explicato dicto secundo obliisets, ad summum quo praetendi poterant in idem coincidentia, vel se quod ita consenserit ordinatum fideicommissum favore filiorum, juxta ea quae habentur infra in Firmana fideicommissi de Bolognesis disc. 143. Vel quod ex hac reservatione resultaret conjectura contemplationis filiorum; Sed dum idem donator jam ejus voluntatem per secundum actum declaravit quod scilicet intellexisset sub illo vocabulo fideicommissi tunc, cum sensu etiam veritatis, dicebam cessare omne principium dubitandi, quoniam ut advertitur in Bonon. primogeniturae de Luparis disc. 7. ac in aliis pluries, istud vocabulum fideicommissi non convenit solum illi regulari, ac simpliciter fideicommissio, quod admittit pluralitatem, sive simultaneum concursum plurium personarum ejusdem generis in eodem gradu per naturam, vel ex legis fictione existentium, sed est vocabulum generale, quod congruit etiam primogenituris, & majoratibus; Ideoque quando in apochae donator dixit vel ordinare fideicommissum, dum neque ad personas se restrinxit, neque modum expressit, non prohibebatur pro libito, tam circa perso-

nas, quam circa modum disponere, etiam ad favorem extraneorum post filios ex matrimonio procreatos, dum illis nullum jus quatuor fuerat, ut ita distinguendo habetur infra in d. Rom. donationum de Alaleona, & in Rom. donationis de Ceval. disc. 137. & 138.

In idem suffragante recepta propositione, de qua supra in dicta Rom. fideicommissi de Boncompagnis disc. 55. & alibi pluries in hoc eod. tit. frequentius vero in sua materia sub tit. de donat. quod licet donator post jam perfectam irrevocabilem donationem inter vivos nil statueret, vel fati valeat, per quod praedicitur illis, quibus per donationem jus quatuor est, ne quod directè prohibetur, indirectè concedatur; Attamen ubi agitur de voluntate ambigua, non prohibetur facere declarationes, quibus deferendum est; Potissimè verò, ac extra dubium, ubi sunt verisimiles, nullumque continent commodum, vel interesse ipsius declarantis, cujus ita nil intereat, an filii, & descendentes, juxta unum, vel alterum ordinem successuri essent; Verisimilius verò erat in mente habitum esse istum primogeniturae ordinem, per quem impedita scilicet bonorum in plures, melius familiae, ac descendente in eam decore, & nobilitate conservantur in eo, qui ipsius familiae capitis figuram faciat.

Omni que penitus difficultas cessare videbatur ex qualitate instrumenti die immediatè sequenti celebrati, cum ejus tenor ostenderet summo studio, & accurata diligentia sub maturo judicio, & censura plurium Juris Consultorum, ac Sapientum ordinatum fuisse, adeo ut quodammodo impossibile videretur, ut id sequutum esset eo brevi intervallo inter apocham, & ipsum instrumentum; Id enim clarum praeserebat probationem, quod quando in apochae reservata fuit facultas ordinandi fideicommissum relative ad instrumentum, istud jam praerudicium esset; Nimium quoque suffragante superius insinuata consideratione, quod id sequutum fuit remanendo integra, antequam matrimonium celebraretur, unde non solum intrabat id, quod dictum est, ut filii nascituris nullum jus quatuor esset, dum nemo pro eis stipulatus fuerat juxta terminos, seu materiam tex. in l. quoties, C. de rei vendit. Sed etiam quod intrare non poterat conclusio, de qua supra, & in sua insinuatione Urbinate, & Rom. de Jordanis sub tit. de donation. quod in donationibus contemplatione matrimonii gesta intrat donantem, & donatarium attendenda non sint ob praerudicium tertii, qui aliis matrimonium non contraxisset, dum quando initum fuit matrimonium, cujus pars hac donatio erat, jam sequutum erat instrumentum, ideoque ex pluribus istè punctus mihi videbatur omnino planus, ac disputatione indignus.

Quo vero ad secundum punctum multiplici, cum illud in verbis injunctum esset ipsi Afridubali primo donatario, alii que pro tempore successoribus, etiam sola acceptatio dispositionis sufficiebat, ut ipsi ad id tenerentur, quodque eo non adimpleto, obligati remaneret ad reintegrationem loco damnorum, & interesse, & quanti intererat succipit mandatum adimpletum esse; Multo magis, & absque dubio, dum tam primus, quam secundus, ad formam legis in eadem donatione praescriptae, expressè se obligaverant omnia in ea contenta adimplere, unde magis de plano intrabat dicta obligatio, de qua in his specialibus terminis multiplici habetur decis. 85. part. 4. recentior. tom. 2. & decis. 668. eadem p. 4. tom. 3. in Rom. multiplici 5. Novemb. 1635. coram Pirovano, & in eadem 10. Martii 1654. cor. Melio, & advertitur pluries in sua materia sub tit. de usur. & interesse.

Non negabantur haec per scribentes in contrarium, sed dicebatur, quod cum donator sibi reservasset facultatem deputandi administratorem, ac praerudicendi, quomodo istud multiplicum gubernandum esset, hoc non sequito, donatio remansisset libera juxta terminos textus in leg. streptamentum, Cod. de institut. & substitut. & leg. cum pater, §. finalis, ff. de legatis secundo, cum concordant. in Romana fideicommissi de Brenis 3. Februarii 1665. coram Cerro; Verum obiectum erat facilis solutio cum distinctione in eisdem juribus tradita, & de qua habetur particulariter actum in dicta Romana censum, seu fideicommissi supra disc. 118. An scilicet reservatio percuteret substantiam, & rectè procederet dicta propositio, secus autem ubi percuteret accidentia, seu modum, atque in hac secunda parte sine dubio verisimiliter, quoniam substantia multiplici faciendi per donatarium erat certa, & perfecta, solumque donator ad superabundantiam, ac augmentativè ad majus vinculum adijciendum reservare sibi voluit hanc facultatem, qua-