

per cum qui esset plurimum majoratum possessor, alii majoratus teneantur ad contritum, pro illo probabilius respondetur, quando alienatio sequatur ex causa indifferenti, secus autem si ex causa particulari unius ex eis, quia tunc ab eius bonis totum capiendum est.

E converso capiendum est in contrarium, non leviter urgeri videbatur, quod istud dici poterat debitorum testatoris, quod cum fisco concordiam ad maiorem summam per fisco praesentia, ita per concordiam ad maiorem redactum; quo postea intrat altera recepta conclusio, quod debita solvenda sunt ex aliis bonis hereditatis univ[er]sali, non autem ex illis fideicommissi particularis, quae erant alieno, vel detrahendis subiecta non sunt, nisi in subsidium, & quatenus alia bona non sufficiunt ex iis, quae ceteris relatis habentur apud Fufar. q. 692. n. 22. Buratt. & Adde. decis. 693. num. 10. Rota dec. 47. & 77. num. 1. & seq. par. 5. recen. & frequenter cum fit conclusio recepta & quotidiana, & idem cum supponeretur, quod haereditas esset idonea in summa, quae fisco ex causa dictae compositionis soluta fuit, & in longè majori, hinc proinde ex reliquis bonis hereditariis istud debitorum solvendum erat, non autem ex destinatis fideicommissio particulari.

Item, quia dicta conclusio, ut perente re legata, damnum sit legatarii, non autem haereditatis, procedit cum duplici praesupposito; Primum scilicet quod agatur de legato consistente in specie, quae taxativè destinata sit, non autem sit demonstrativè, quoniam hoc secundo casu peremptio cedit damno haereditatis, non autem legatarii juxta distinctionem, de qua antiquioribus relatis plenè & magistraliter, Rovit. decis. 57. ubi quod neque favor pie causa in hoc aliquid operatur nisi circa praesumptionem, quod scilicet facilius intrat praesumptio, quod statet demonstrativè, posita enim qualitate taxativa, certum est quod peremptio etiam pie causa damno cedit juxta magis communem & probabilem opinionem, de qua latè Rovit. ubi supra. Cyriac. contror. 336. de Marin. resol. 224. lib. 2. Rota apud Merlin. decis. 456. reperit. decis. 365. par. 5. recen. Romana legati 22. Junii 1650. Corrado, & in illis, de quibus in sua materia sub tit. de legatis, & advertitur etiam quandoque alibi hoc ead. tit. Ac etiam requiritur, ut casus peremptionis, vel diminutionis contingat ipsa re, quae ita specialiter in instrumentis subiecta fuerit, cum quo praesupposito loquuntur jura superius allegata super primo haereditatis fundamentum.

Utrumque extremum desicere in hac facti specie dubitari posse videbatur, praesertim verò istud secundum magis essentiale; Siquidem casus percutiebat univ[er]sam haereditatem, atque dici poterat debitum univ[er]sale indifferens, utpotè consistens in quantitate, pro qua nil referebat, unam, vel aliam rem diltrahi, & consequenter quod distracta essent bona, vel jura applicata fideicommissio particulari, id potius referendum videbatur culpa ipsius haereditatis, seu juxta juris dispositionem debitum solvere debebat ex aliis bonis hereditatis univ[er]sali, non autem ex legato, vel fideicommissio particulari, dum electio non fuerat Principis motu proprio, sed ipsius haereditatis.

Derogatio autem ab ipso Principe concessa fuit ad eisdem haereditatis instantiam, sive pro facilitanda distractione bonorum, vel effectu, atque pro cautela emptoris talium bonorum, seu redemptoris effectu, non autem animo & intentione pervertendi ordinem juris, dum ex derogationis tenore non constabat sibi narratum fuisse, seu alias notitiam habere, quod ex aliis bonis hereditariis potuisset suppleri; Ideoque videbatur applicari posse ea quae habemus in materia Bullae Barothum, quod licet ejus vigore pro debitis Baronis distrahi possint bona per ipsum possessa, fideicommissis & investitis non obstantibus, atamen si adiant alia bona libera, ex illis fideicommissum reintegrandum est, non obstante derogatione, quoniam haec intelligitur sequuta pro cautela emptorum, ac facilitate creditorum, non autem ut debitor eximeretur à debito sibi incumbente; Et in idem ea quae habentur infra disc. 178. de consensu praestito per vocatum ad fideicommissum alienationi bonorum fideicommissariorum, quoniam ille rectè importat fideicommissi remissionem pro cautela emptoris, non autem exitum gravatum alienantem ab eisdem fideicommissi reintegratio in equivalenti, seu pretio cum similibus.

11 Dubitari etiam poterat, quod desiceret alterum extremum, quod bona, & nomina debitorum destinata essent taxativè, cum potius dici posset ea stare demonstrativè, stante quod testator certam summam expresserat, in qua particulare fideicommissum ordinare voluit; In ea enim quaestione; An certae rei destinatio stare dicatur taxativè, vel de-

monstrativè, ut ceteris relatis patet ex collectis per Cyriac. d. contror. 336. Laderch. cons. 159. Rovit. d. decis. 57. Merlin. d. decis. 456. & aliis supra allegatis, distinctio est, quod ut ipsa res destinata praecedat, ita ut principaliter esse dicatur in dispositione, deinde verò subsequitur legatum, seu opus, & tunc stare dicatur taxativè; Aut verò praecedat legatum, seu opus, unde dispositio sit perfecta, deinde desinentur res, vel opus, aut modus pro implemento, & tunc stare dicatur demonstrativè, atque dubitari poterat quod verum foret in hac secunda parte.

Fortius autem, quoniam dicta distinctio de jure quidem vera & recepta, apta est ad inducendam solum praesumptionem absque dubio ex contraria probatione, vel fortioribus praesumptionibus elidibilem, cum ista sit quaestio potius facti & voluntatis quam juris, ut ex eisdem mox allegatis patet; In hac verò facti specie cadere posse videbatur ratio dubitandi, quod hoc probatio, seu fortior praesumptio concurreret, nedum quia testator expresserat summam seu quantitatem, in qua istud particulare fideicommissum ordinare voluit, sed etiam mandavit supplementationem, quatenus & ex aliis bonis effectibus haereditatis contingeret quod de tempore mortis effectus assignati dictam summam non constituerent.

Et quoad dictas auctoritates utriusque Molinæ cogitabam responderi posse procedere cum praesupposito, quod non adesset alia bona ordinatoris fideicommissi, vel ejus in cuius causam distractio facta esset, unde magis percutiunt casum supplementationis faciende ex fructibus, sive quod non congruant rationes ut supra in hac facti specie urgentes.

Considerabam quoque; An applicari possent ea quae habentur supra insinuat disc. 89. sub tit. de feudis super contributo plurium majoratum, vel fideicommissorum pro diminutione, quod unum ex eis passum est, sive quod intraret aequitas ponderata per text. in l. in ratione, §. cum quadam, ff. ad l. falcid. vers. An verò vers. sed de aequitate, & l. cogit. §. inde quaeritur, ff. ad Trebell. cum concord. apud Peregr. art. 4. n. 46. Franch. decis. 293. num. 8. quali quod testator considerato ejus aequitate, non autem considerato dicto infirmo in ea quantitate, dictum fideicommissum particulare ordinavit, aliis non in tanta ordinaturis, ita ut damnus esse deberet proportionabiliter, & pro rata fideicommissi & haereditatis; Et haec ita per discursum &c.

ROMANA FIDEICOMMISSIO DE MARGANIS,

PRO FRANCISCO ET MAURITIO DE ASTE,

CUM HOSPITALIBUS S. JACOBI INCURABILIIUM, S. SALVATORIS AD SANCTA SANCTORUM, ET CONSOLATIONIS.

Causa resoluta per A.C. pro illis de Aste.

An gravatus fideicommissio possit bona fideicommissaria permutare cum se ipso, & alia aequè idonea subrogare; Et incidenter, an ratio conservationis bonorum in familia adjecta prohibitioni alienationis, vel alteri dispositioni, an sit apta restringere praecedens fideicommissum restitutorium, ad favorem omnium descendendum indefinitè ordinatum, ita ut non nisi agnatis conveniat.

S U M M A R I U M.

- 1 Facti series.
2 Permutatio non est de alienationibus prohibitis.
3 Cautela juxta a quo fideicommissarius relevetur ab onere rescindendi melioramenta, & meliorans non damnificatur.
4 Quando ratio ampliet, vel restringat fideicommissum.
5 De lata significatione verbi familia.
6 Fideicommissum particulare interpretandum ex univ[er]sali.

D I S C. CLXVIII.

1 Tullia Cervina, insinuat herede Fabio Margano ex filia nepote, ei sine filio, nepotibus, & descendibus decedenti substituit in domo suae habitationis dicta tria Hospitalia, mandando dictam domum nunquam alienari posse, sed semper remanere debere in familia filiorum, nepotum & descendentium dicti Fabii; Cum autem idem Fabius nupui tradidisset Claricem filiam Jo. Baptistae de Aste cum dote scilicet 12. mill. in quorum solutionem Jo. Baptistae de Aste deditur declarari ab A.C. in eo statu estimatum scilicet 4. mill. spectare ad fideicommissum pro duabus ex rebus partibus, & sic pro fact. 2666. Sed cum tractu temporis Francisus Jo. Baptistae & Claricis filius, cui eadem domus in portione obvenerat, in eadem ex affectione, quod ibi natales habuerit, conspiciam discidium cum notabili sumptu scilicet 60. mill. & ultra construxerit, cupiens illud ab hujusmodi vinculo liberare, necnon ob imminentem certam extinctionem familiae Maganae, de qua solum superius erar unus ex dictis fratribus Sacerdos & Religiosus professus, declarari facere fideicommissum ad dicto Tullio ordinatum ad ipsum ac Mauritiu[m] ex Carolo tratre nepotem, et quomque descendentes pertinere in exclusionem dd. Hospitalium, quorum administratores & agentes imminenti perentiam per motum dicti Religiosi castraverat; Hinc propterea iudicium insinuat coram A.C. per quod citatis dd. Hospitalium administratoribus petit utrumque declarari.

Pro dicto Francisco scribens, quatenus pertinet ad primam petitionem super dicti aedificii liberatione, aliarumque domorum valoris supra narrati scilicet 2666. subrogationem, cum omnino iustam dicebam, ita ut incongrua videretur dictorum Administratorum oppositio; Tum quia inter prohibitas alienationes bonorum fideicommissi non reperitur permutatio, quoties, vel iusta causa vel fideicommissi utilitas concurrat, nisi illa specialiter prohibita sit, ex congestis per Fufar. quest. 530. Atque in praesenti factis iusta causa concurrere liberandi adeo conspiciam aedificium ab hujusmodi onere ei omnino inadeguato, quod ita tendebat etiam in fideicommissi dictorumque priorum locorum utilitatem, quoniam post extinctionem ipsorum de Aste lineae, verisimiliter per longissimum tempus duraturas, dum uterque numerosam prolem habebat, ferè impossibilis redderet probatio identitatis dictae domus fidei penitus aequata, ita ut inextricabilem litem anfractuam pati cogerebatur, cum ita certum habeat corpus integrè pertinens ad fideicommissum.

Tum etiam quia, si de juris communis dispositione juxta plurimum opinionem, clarius verò in Urbe ex Constitutione 22. Gregorii XIII. pro Urbis ornatu, ac pro conspicio aedificio constituendo licitum est exercere retractum coactivum, atque invitatos dominos compellere ad vendendas eorum domus, vel situs, quamvis essent priorum locorum, vel ad fideicommissa spectarent cum hac differentia, quod ubi hujusmodi retractus exerceret in bonis liberis privatorum, sufficit solvere pretium in pecunia, ubi verò in bonis fideicommissariis, vel ecclesiasticis, seu priorum locorum danda est altera res stabiliis equivalentis valoris, quae in praesenti offerrebat, ut pluries ad materiam retractus sub tit. de servitutibus hinc proinde multò magis cum se ipso id fieri poterat.

3 Alia etiam efficaci ratione concurrente, quod ubi in bonis fideicommissariis magna & satis notabilia sunt melioramenta, ita ut facta casu fideicommissi, ferè impossibilis fideicommissario reddatur illorum restitutio, tunc Rota sapienter rationabiliter praedixit cogere gravatum, seu possessorem cum melioramentorum exceptione repellente fideicommissarium ad solvendum huic in pecunia, seu alia re aequivalenti valorem bonorum fideicommissariorum juxta statum antiquum non melioratum, ut sapienter praedixit habetur, praesertim in Romana fideicommiss. de Spiritibus coram Bichio dec. 318. par. 5. recen. n. 37. cum seqq.

Et magis verisimiliter testatitque voluntate in idem accedente, cum ipsa ob affectionem erga propriam natalitiam domum principaliter respexisset videatur, & ad istius conservationem in ejus descendentiis, unde propterea satis probabile esse dicebam, quod multò magis gratum habuisset illam adeo notabiliter meliorari, atque ad formam insignis palatii reduci, in eodem ipsius sanguine & descendentiis verisimiliter duraturi, unde propterea ex pluribus, casibus videbatur planus, qualem quoque iudex censuit juxta petita decernendo, praesertim quia scribentes in contrarium insisten-

do solum in regulis generalibus prohibita alienationis bonorum fideicommissi, ac super testatitque affectione nil deducebant consideratione dignum, quod dubitandi aniam praebere posset; Eo etiam ex hac parte considerato, quod ubi oppositio esset ex parte fideicommissariorum successivè vocatorum de sanguine & descendentiis testatoris, aliquam probabilitatem haberet oppositio, ex eo quod eorum magis interesset bona antiqua majorum conservari, & obtinere, & ob illam memoriam & nobilitatis conservationem, seu affectionem, quam omnes domus habent conductitias, unde propterea nihil interesset, eas in uno, vel altero loco, seu unam, vel alteram equivalentem domum habere.

Alia major difficultas fuit circa alterum punctum, praecedentibus dictis piis locis hoc particulare fideicommissum ordinatum non esse ad favorem univ[er]sali descendentiis testatitque, sed esse solum masculinum agnatum in ultimo masculo de Marganis terminandum, stante quod testatitque mandavit domum conservari debere in domo & familia filiorum ac descendentium dicti Fabii, cum dispositionem, seu rationem utpotè non accesserit, sed principaliter ordinatam, dicebam esse aptam ad efformandam novam voluntatem, seu inducendam novum fideicommissum, juxta receptam distinctionem, de qua in vulgato consil. Decii 636.

In contrarium dicebam stare veritatem, qualem etiam eventus declaravit, cum ita pariter iudicatum fuerit, quoniam hic non agebatur de fideicommissio implicito deducto solum ex dicta ratione conservationis dictae domus in familia, quo casu non improbabiler praetendi posset illud extendendum non esse ultra dictam rationem, seu causam ejus productivam, sed aderam praecedens fideicommissum univ[er]sale dupliciter clarum, Primum tempore quia positi erant in conditione omnes dicti Fabii filii nepotes & descendentes in infinitum, qui propterea cenfebatur omnes vocati ex Statuto Urbis, quod locum habet in omnibus, qui in conditione positi sint etiam per vocabulum generale & collectivum descendentes, vel familiae, ut sapienter hoc tit. Et secundò quia aderam favore omnium praedictorum vocato expressè dispositiva, nec dubitavi sub nomine generico filiorum, nepotum & descendentium venire tam masculos quam feminas, potissimè ubi agitur de fideicommissio ordinato per feminam, ut in Romana, seu Urbevetana successione 28. Januarii 1648. Albergato, de qua supra disc. 104. Hoc iudicium posito, dicebam rationem occasione prohibitionis alienationis, vel alia adjectam super conservatione bonorum in familia, vel alio genere, reperi quidem jure canonum, ut novum fideicommissum inducat, seu illud magis restrictum ampliet ad personas sub dicta ratione comprehensas, non autem ut illud restringat, vel corrigat; ubi praesertim praecedit dispositivum & expressum, juxta dec. 228. Celsi, quae videretur magistralis, & pluries in praecedentibus ad intellectum d. consil. Decii.

Ideoque, vel illud verbum familia capiendum eratin ea larga significatione, de qua Bart. & ceteri in l. finali, C. de verb. signif. cum concord. per Tiraq. de renat. lit. n. 1. §. 1. glo. 9. n. 237. Tondur. tom. 2. c. civil. c. 13. num. 21. Rota decis. 101. nu. 13. par. 6. recen. & latius ac particulariter sub tit. de praesumptis, disc. 12. quod tamen mihi non videbatur tutum, quia in dispositionibus per ultimam voluntatem praesertim fideicommissariis, ex communis usu loquendi sub hoc familiae nomine non nisi à natio, seu casta demonstrata videatur, ut admittitur in proxime allegato disc. 13. ac etiam quia testatitque non solo vocabulo familiae usa est, sed addidit alterum domus, quo casu planum est non nisi agnationem, seu castam in proprio & vero sensu venire, ut pluries supra in praecedentibus.

Vel melius, quod id intelligendum esset distributivè, seu praetativè, quod scilicet inter ejus filios, nepotes & descendentes, conservatio esse deberet in eorum domo & familia, ut masculi feminas excluderent, atque istae earumque descendentes, non nisi subsidiarè vocatae censerentur, atque hic intellectus videbatur omnino congruus, & conciliabilis, contrarietatis aliis resultantis exclusivae, & haec videbatur veritas.

AUXIMANA, SEU ANCONITANA
P R O
ANTONIO MARIA GALLO
C U M
ELEONORA PERRETTA DE GALLIS.

Casus disputatus coram A.C. cum ignoto exitu.

An in bonis gravati, seu possessoris fideicommissi comperat hypotheca ob alienationes bonorum, five ob non impleta onera sibi incumbentia. Et quatenus talis gravatus expressit se obligaverit ad onerum implementum, a quo tempore hypotheca defumenda sit, an scilicet a die factae obligationis, vel a die conventionis & non implementi, praesertim in concursu hypothecae dotis restituendae ad favorem uxoris ejusdem gravati.

S U M M A R I U M.

- 1 Facti series.
- 2 An in bonis gravati comperat hypotheca pro reintegratio- ne fideicommissi.
- 3 Hypotheca posterior dotis restituenda vincit anteriorem legalem, licet non vincat expressam.
- 4 Hypotheca expressa, vel tacita gravati fideicommissi a quo tempore incipiat.
- 5 Quid de hypotheca a tutoris, vel alterius administratoris.

D I S C. CLXX.

Alexander de Gallis possessor primogeniturae per Cardinalem Gallum ejus patrum erectae, illam praeventive restituit Bernardino ejus filio, ac plura onera eidem refutario inunxit, illud praesertim dotandi ipsius Alexandri filias, ac respective ipsius Bernardini foreores, aliaque primogeniturae onera adimplendi; Cum autem dicto Bernardino non adimplente, primogenitura, seu in ea successore pro dicto onerum implemento damnus ac notabilem iacturam passa esset, ac propterea pro ejus reintegratioe aliqua ejusdem Bernardini bona libera retinere vellet, eorumdemque retentionem etiam praetenderet Eleonora uxor pro sua dotis restitutione; Hinc proinde, orta inter has partes controversia, introductaque causa coram A. C. ultra punctos concernentes possessorum incidenter disputatos.

Assumpta ex iudicis intentione disputatione boni juris, Scribentes hincinde nihil elaborabant in ea questione, An in bonis gravati pro reintegratioe fideicommissi comperat necne hypotheca legalis, Et in qua affirmativam subsistent Theaur. jur. lib. 2. g. 84. Cyriac. contrav. 282. & alii, quos laet congerit & sequitur Castill. 8. tom. contrav. 45. nu. 12. cum segg. Negativam vero plenè tuetur & probat Merlin. de pignor. lib. 3. tit. 1. g. 3. cujus opinionem perpetuo sequuta est Rota limitationem tantum admittens, quoties in gravato alienante, seu aliis fideicommissum damnificante concurrat mala fides positiva, quae dolum redoleat, ut in Romana fideicommissi seu Salviani 26. Novemb. 1650. cor. Duno. inter suas dec. 869. nu. 23. sepius cum dicta distinctione in aliis canonizata, & praesertim in Nepesina bonorum 25. Maji 1657. cor. eod. dec. 998. nu. 8. in Auximana fideicommissi seu bonorum 28. Jun. 1663. Albergato in fine, & in aliis. Unde propterea, in Rota, & Curia Romana hodie ista est, satis tamen frequens, questio potius facti & applicationis quam juris super verificatioe scilicet male fidei, ex qua dolum praesumptum resultat, atque in hoc versari solent omnes disputationes, quae in materia quodidiana habentur.

Ego vero ad fideicommissarii, seu possessoris primogeniturae defensionem assumptus, eram in sensu, quod extranea esset huiusmodi questio cum inani labore disputata, quoniam ubi etiam huius partis defensores probassent dolum, cujus ratione hypothecam compereret, Adhuc tamen nullus remanebat disputationis effectus in concursu mulieris habentis expressam hypothecam pro dote restituenda, pro qua licet iuxta opinionem in foro receptam non vincat creditoris anteriores expressam & conventionalem hypothecam habentis, vincit tamen indubitanter eos, qui solum tacitam, seu legalem habeant iuxta text. expressi in leg. assiduis, C. qui potiores habeantur, & in S. his consequent. a. ubi de equalitate dotis, atque tanquam absolutum frequenter supponitur in sua materia sub tit. de dote, cum sola questio

cadat quando agitur contra privilegiatos. Et consequenter five fideicommissario comperet hypotheca, five non, idem in concursu mulieris remanebat effectus.

Quare cum Bernardinus in susceptione praeventivae restitutionis primogeniturae, cum hypotheca expressa se obligasset ad adimplendum omnia, quae in erectione primogeniturae continentur, nec non ad dotandum refutantis filias, aliaque gerendum, ex quibus non impletis primogenitura remansit damnificata; Hinc proinde super solo fundamentum hypothecae expressae anterioris insistentium esse dicebam, cum ita cessaret omnis dubitatio; Licet enim apud Scholasticos controversum sit, an dictorum iurium dispositio potiore reddens dotem restituendam adversus viri creditores anteriores, procedat etiam quoad habentes hypothecam expressam, atque in puncto juris verior per eos credita affirmativa; In foro tamen ubique passim recepta est contraria, itaut casus non admittat amplius disputationem solum cadentem in bonis postea acquisitis exiis, quae habentur in dicta materia sub tit. de dote, praesertim disc. 82. cum segg.

Adversus hoc fundamentum replicabant mulieris defensores, quod huiusmodi hypothecae initium defumendum solum esset a tempore alienationis, seu non sequuti implementi, ex quo primogenitura damnificata fuit, quo tempore spectato, mulier remanebat anterior, Verum huiusmodi replicato nullo juris fundamento innixa erat, quoniam dum in actu suscipiendi primogenituram expressit se obligaverat ad adimplendum, ac bonam administrationem; Hinc proinde, ex tunc effectus viri debitor ejus, quod ex eadem administratione resultat ad notat. in l. 1. §. l. qui balneum, ff. qui potiores in pignore habeantur. Ut in proposito habemus de marito suscipiente dotem, ac se obligante ad illius conservationem ac bonam administrationem, quia indubitatum est hypothecam initium sumere nedum a die dotis habite, sed ab ipsa die promissionis, quamvis traditio ex intervallo sequuta sit, ac deinde ex alio intervallo sequuta esset alienatio, vel mala administratio, cum solum in proposito cadat questio in tempore intermedio promissionis & matrimonii exiis, quae habentur in Aelina, seu Recanaten. & in Semen. sub tit. de dote, disc. 78. & 79.

Quinimo & hypothecae legalei tutoris, vel curatoris, seu cuiuscumque legalis administratoris initium sumere a die susceptae administrationis, non autem alienationis, seu rei male gestae probat text. in l. cum oportet, §. finali; Cod. de bonis, quae liberis, cum concordat. atque ex Negulan. & aliis collectis probat Merlin. de pignor. lib. 3. tit. 1. quest. 4. n. 1. & segg. C. num. 8. & habetur deductum in proposito tutoris, vel curatoris testamentarii pluries in sua materia sub tit. de credito, vel sub altero de tutor. & praesertim in Januen. pro Caratano Principe Sancti Nicandri.

Atque in nostris terminis specialibus haereditis gravati; vel fideicommissarii alienantis, seu aliis male administrantis sola controversia est super competentia hypothecae legalis ut supra, sed ea positratione doli; Vel quia altera opinio Theaur. & Castilli, ac aliorum verior videretur, tunc in foro non dubitatur de illius initio a tempore susceptae administrationis ad instar tutoris, ac aliorum de quibus supra, dum illae decisiones in quibus ratione scientiae, ac doli praesumpti, quem absolutum est sufficere, id supponunt tanquam certum, ideoque accedente hypotheca expressa & conventionali, idem sine dubio dicendum veniebat, cum ita adesset contractus expressus, cum quo curatum fuit fideicommissi indemnitati providere, atque propterea credo, vel quod ita iudicatum fuerit, vel quod mulier curaverit super aliis bonis ejus iura experiri, aut quod pariter concordaverint, dum post unicum disputationem, quod sciam amplius de causa actum non fuit.

ROMANA LIBERATIONIS A MOLESTIIS,

P R O

DOMITILLA CESIA ET ALIIS CREDITORIBUS,

C U M

ANTONIO, ET JO. MATTHAEO DE GRIPHONIBUS.

Casus disputatus in Signatura iustitiae, pendet in Rota.

Deapertura, seu restitutione fideicommissi etiam antetempus, vel purificatum conditionem ob alienationes, & disputationes ad text. in l. Imperator,

tor, ff. ad Trebellian. Et quid in praedictum creditorem gravati. Et de alimentis debitis ipsimet gravato, ejusque filiis, & aliis in concursu ejus creditorum ex bonis fideicommissi.

S U M M A R I U M.

- 1 Facti series.
- 2 Distinguntur puncti cause.
- 3 Colluso est difficilis probationis, & probatur etiam cum suspitionibus, & conjecturis.
- 4 Actus collusivus est nullus, & habetur pro insecto, idcirco proceditur executivè etiam contra tertium.
- 5 Eodem modo quo proceditur executivè contra tertium, in quem facta est alienatio licet pendente.
- 6 De materia text. in l. Imperator, ff. ad Trebell. ut ob disputatione fiat locus restitutioni fideicommissi etiam ante factum casum conditionis.
- 7 De errore scribentium extra casum praesum ejusque applicationem.
- 8 Gravatus fideicommissi potest alienare pro tempore ejus vitae, seu ejus iure durante.
- 9 Declaratur conclusio, de qua num. 6. ubi adfuit creditores gravati.
- 10 Possessor fideicommissi postquam illud agnovit, non potest restituere, seu praeventive restituere in praedictum creditorem, vel jus habentium in ejus bonis.
- 11 Multo minus potest providicare per indirectum.
- 12 De alia consideratione ob quam confirmatur restrictio, de qua num. 9.
- 13 Impugnatur, seu declaratur conclusio, de qua supra n. 6.
- 14 Quid ipsi gravato in praedictum ejus creditorum non debeantur alimenta.
- 15 Minus ipsius gravati parentibus & conjunctis.
- 16 Quid de filiis vocatis ad fideicommissum.

D I S C. CLXX.

Um Antonius Griphonus possessor fideicommissi ordinum ejus avi, vel abavi fratre, prole legitima careret, legitimum curavit Jo. Matthaeum filium naturalem, illumque deinde per Rotam coram Dunozeo declarari vocatum ad dictum fideicommissum, ut ex decisi. 981. ejusdem Dunozei, deindeque ipsi patre, ac filio in eadem domo, eademque mensa viventibus filii dicti Matthaei nomine reportata fuit sententia ab A.C. super facta casu restitutionis etiam ante obitum patris ob disputationes, & alienationes, juxta dispositionem text. in l. Imperator, ff. ad Trebell. cujus sententiae vigore curabat impedire patris creditores, ne mandata contra eum obtemperata exequi possent super fructibus, ac redditibus bonorum fideicommissariorum ipsius debitoris iure durante; Cumque id principaliter interesset Domitillae Cesiae haereditis Marchionis Cesi fratris, & pro majori parte fideiulitoris; Hinc proinde eadem creditoribus assistendo obtinuit ab eodem judice, qui dictam sententiam protulerat praedictorum bonorum fructus deponi, donec auditis partibus desuper provideretur, vel ab ipso, vel a Rota, cui ad instantiam creditorum jam factae commissae causa appellationis dicta sententia.

Cumque ab hac provisione dictus Jo. Matthaeus appellasset, atque assumpta esset iuxta styrum disputatio in Signatura super modo scribendis, An scilicet rescribendum esset de appellatione ad utrumque effectum devolutivum, ac suspensivum, ut praetendebat appellans, vel ad devolutivum tantum cum solita clausula sine prejudicio, ut rescriptum fuit, praeterquam quoad quasdam mensuras summas a iudice decretas pro utriusque alimentis, quorum inspectio Rotae remissa fuit; Hinc proinde in disputationibus desuper habitis in Signatura ut satisfaceret varietati ingeniorum Votantium, quorum alii super uno, alii vero super altero, & alii super altero motivo principaliter insistebant, de tribus actum fuit; Primo scilicet, a processu executivum cum denegatione appellationis suspensivae competens creditoribus adversus Antonium debitorem in vim obligationis cameralis comperet adversus Jo. Matthaeum in vim dictae sententiae possessorum iure proprio independenti; Secundo circa dictos terminos text. in d. l. Imperator, An scilicet esset necne locus dictae praeventivae restitutioni, cum ab hoc puncto penderet inspectio collusionis, a qua pendebat resolutio dicti puncti praecedentis circa ordinem iudicii; Et tertio circa alimenta, quae ex dictorum bonorum fructibus pra-

tendebantur praecipua adversus creditores, tam pro ipsomet Antonio debitore, quam pro Jo. Matthaeo successore, Ac etiam pro ejusdem Antonii matre.

Super primo satis modica dispositio habita fuit, quoniam ex facti circumstantiis, potissime verò ex eo, quod idem iudex qui sententiam protulerat, ita decreverat, collusio habita fuit pro nimis clara, cum enim ista sit difficultas probationis, illius idcirco probatio ex conjecturis & suspitionibus admittitur, Anan. in rubr. decretal. de collus. de reg. n. 3. & alii apud Seraph. dec. 763. n. 8. apud Merlin. dec. 113. num. 4. Fab. de Ann. consil. 102. n. 7. cum segg.

Posita verò collusione resultat actum haberi pro verè insecto, nullumque exinde dominium, vel possessionem abdicari, vel respectivè transferri, l. 1. §. 101. tit. C. de collus. 3. ex eod. & DD. communiter, de quibus plenè Fab. de Ann. d. consil. 104. num. 12. & segg. ubi quod neque ipsi colludenti nocet, Seraph. ad decisi. 763. num. 7. Merlin. d. l. decisi. 23. num. 2. & 3. Et consequenter oppositor dici non poterat tertius possessor titulo singulari translati dominii, qui impediret processum executivum, ut de illo exercendo contra tertium, in quem licet pendente facta esset alienatio, ex collectis per Sard. consil. 355. numer. 12. Cancer. par. 2. variat. cap. 12. num. 17. cum segg. Rot. apud Rojas decisi. 209. numer. 3. & decisi. 268. num. 3. par. 10. recentior. & in aliis. Maxime quia agebatur tantum de provisione pro asservatione, quae ex facti circumstantiis necessaria videretur, ne alias iudicium remaneret elusorium.

Quo vero ad secundum punctum, de quo ut dictum est, Signatura, ut solet, gustare voluit, non ad effectum illum decidendi, cum id ad senon spectaret, sed ad effectum regulandi punctum praecedentem collusionis, a quo pendebat inspectio, an oppositor dici possit verus tertius possessor, qui impediret necne processum executivum.

Scribentes in contrarium transcribendo ea, quae ad materiam huius text. in l. Imperator, ff. ad Trebell. post antiquiores repetentes ibidem plenè deducit Molin. de primogen. lib. 1. c. 16. & cum eo ceteri collecti per Giurb. ad consuet. Messan. cap. 7. §. 109. Mangill. de imper. cap. 44. numer. 12. & omnium latius per elaboratissimum Castill. 8. tom. contrav. super c. 11. numer. 28. quem solum pro meo genio allegare sufficeret ei qui partes transcriptoris facere nollet, ita cum copiosissimis allegationibus chartas implebant ad probandum, quod dicti text. dispositio esset in usu, rejecta opinione Cumani, & Jo. de Inola ibidem afferentium illam hodie non procedere utpotè correctam per jus novam Codicis, per quo tollitur ratio, cui d. l. dispositio innixa est, quod scilicet inter patrem & filium dari non possit cautio, ut erat attempto jure Digestorum, dum id ex iure novo dari potest, quodque sequenda esset opinio Molin. d. cap. 16. num. 6. & segg. ubi verius contrarium dicit utpotè magis communiter receptum, quamvis relata n. 2. & segg. dicta contraria opinioe, ejusque ratione post n. 4. fateatur eam esse urgentissimam, ac penè indissolubilem, & cum Molina post Giurb. & alios pertransit Castill. 8. tom. 8. cap. 43. n. 36.

Scribens Ego pro Domitilla aliusque creditoribus dicebam, quod quidquid esset de praemis in puncto iuris inter gravatum & substitutum, ubi ageretur de talis disputationis qualitate, quod convenienter termini dicti text. neque cautionis, vel alterius provisionis tedium sufficiens iudicaretur, Adhuc tamen eis positus, neque applicabatur ad casum, tam ex facto, quam ex iure, ex facto scilicet, quia in eo non verificaretur illa disputationis species, quae requiritur, ut juxta praefati text. dispositionem hac immatura, seu praeventiva fideicommissi restituitur intrare; Et ex iure, quoniam omnia quae ad materiam huius text. tractantur per DD. collectos per Molinam, Giurbam, Castill. & alios supra recensitos, percurant casum controversiae inter gravatum, non autem fideicommissarium, nullo tertii interesse admixto, imò ad casum nostrum, in quo ipso gravato non querebatur, imò ad urgentia argumenta probabant, colludente, agebatur de principali interesse creditorum, quos terminos quantum percipiunt, superius allegati, ac alii apud eos non percipiunt, neque ad hanc distinctionem dependunt.

Unde propterea inculcabam ea quae addo frequens, ac fortè vitiosa est mea dicendi consuetudo, vim, seu doctrinam consulentis, vel iudicantis hodie non consistere in repletionibus chartarum cum copiosis allegationibus, & cum cumulo conclusionum extranearum, sed super congrua applicatione ad casum praesum, quem ejus particularibus circumstantiis attentis strictè percipiunt conclusiones, ac auctoritates, quae illi adaptatae sint, illud autem semper cogor repetere, quoniam ex eo pendet tot aequivoca tante

que confusiones in hac legali facultate, cum non modico iustitiae, ac veritatis detrimento, adimitur illius adeo replicati documenti, quod iam falsitatem discipulos B. Jo. Evangelistae, qui senio confectus, atque ab eis rogatus de salutaribus documentis, semper illud mutuae dilectionis repetebat, quoniam illud sufficit, ac necessarium est.

Non constat enim de illa dispositione, quae, vel juxta unam opinionem debet esse dolosa, & cum machinatione, vel juxta alteram, quamvis absque dolo, debet esse magna, & talis quod pro iudicis prudenti arbitrio non reputaretur sufficiens remedium cautionis, vel aequipollens, ex deductis post antiquiores ab eo relatis per Molin. d. cap. 16. numer. 12. & 13. ex quo totum desumunt alii moderniores, dum non agebatur de pecunia, de qua proprie loquitur textus, imminuit de mobilibus dispositioni irreparabili subiectis, sed de stabilibus quae extabant, atque dissipata non erant, solumque aliqua facta erat alienatio, vel obligatio fructuum suo jure durante, quod sine dubio dispositionem non importat, quinimo neque prohibitam alienationem, quoniam non data illa adeo ampla prohibitiō hominis, quam Hispani supponunt in illis majoratibus juxta eorum consuetam formulam, sola prohibitio legis non tollit gravato facultatem alienandi bona pro ejus vita, vel jure, salvo jure fideicommissi ex collectis per Fufar. quæst. 525. & 527. laud. Rota dec. 328. n. 27. par. 10. rec. & passim. Est enim principium absolutum in praxi quotidianum, ac frequens, ut in specie hujusmodi alienationis locorum montium fideicommissi subiectorum pro vita, seu jure possessoris habetur pluries sub tit. de Regal. ad hanc materiam locorum montium, ideoque ex solo facto cessat occasio disputandi in radice.

Præterea quando etiam constaret de tali dispositionum qualitate, ita & taliter quod in solum præjudicium gravati dissipantis, maleque gerentis, locus esset dictæ præmaturæ restitutioni ad terminos text. in d. l. Imperator. Adhuc tamen id sine dubio etiam cum sensu veritatis, dicebam recipiendum non esse in hac facti specie in præjudicium creditorum præsertim hypothecariorum, quibus opponentibus, alius vocatus ad fideicommissum præterire non potest, nisi, vel idoneæ cautionis remedium, quo mediante ejus in demerit bene consultum sit circa bonorum substantiam rectè conservandam, vel ad summum, quod sibi decerneretur quædam tenentia, seu administratio ad instar illius tenentis, ac administrationis quæ datur speranti successione donec illa vacat, seu est in pendulo juxta deducta supra d. c. 7. & alibi, ad commodum tamen, ac utilitatem creditorum durante jure gravati eorum debitoris; Vel magis proximè id instar illius tenentis, ac administrationis, quæ datur mulieri de bonis viri vergentis ad inopiam, si quæ bona male administrantis pro dotis assecuratione juxta satis vulgares terminos text. in l. s. conflatante, ff. sol. mar. quoniam fructus exuberantes post matrimonii onera dicta assecuratione non obstant cedunt commodo creditorum, cum similibus.

Quamvis enim ex magis communi, receptaque sententia, de qua alibi hoc eod. tit. frequentius autem sub altero de credito, ille cui delatum est fideicommissum possit illud non agnoscere in præjudicium creditorum, ita ut intrent etiam termini text. in l. qui autem, ff. de fraud. cred. Attamen postquam agnovit, non potest illud repudiare, seu aliàs præventivè restituere in præjudicium creditorum, & si fiat, ipse fideicommissarius consideratur tamquam simplex cessonarius, vel donatarius refusantis ad ejus onera, & debita obligatus pro æquivalentia ejus, quod importat jus refusantis donec vivit, vel durat, perinde ac si actus non esset sequutus, ut ceteris relatis apud Canej. par. 3. var. cap. 14. nu. 172. Fontanell. dec. 39. Giurb. de success. feud. §. 2. glof. 11. nu. 24. Salgad. in labyr. par. 4. rec. 15. per tot. Rot. in Auximana dotum, de qua infra, d. c. 159.

Si ergo per actum expresse, etiam juxta causa vestitum, ac publice, palam, & bona fide id fieri non potest, multò minus absque dubio dicendum est id sequi non posse per hanc viam, Tum quia lex imposta diceretur potius verbiis quam rebus, atque quod directè ac palam fieri non potest, ita indirecè sequeretur contra principia; Tum etiam quoniam ita esset invitare ad delinquendum dupliciter, Primò scilicet committendo collusiones de facili cadentes inter patres & filios, vel alios proximè attingentes ad supplantandos creditores, Et secundo ad faciendum dispositiones, quæ huic præventivæ restitutioni locum aperirent, ideoque pro meo iudicio casus videbatur in capax dispositionis.

Clarius vero in hac facti specie, in qua vocatus ad fideicommissum, magis venire dicebatur, ex providentia, & vo-

luntate Antonii debitoris quam fideicommittentis, quoniam si à patre non fuisset legitimatus, ac agnitus in filium, nullum successione jus haberet, atque bona remaneret libera, dum alii attingentes non sunt de genere vocatorum ut firmatur in ead. dec. 15981. Dunozer. ideoque quodquid sit de puncto, an isti actus merè voluntarii gesti per debitorem, qui jam debita præsertim hypothecaria contraxerat, fieri poterint necne in præjudicium creditorum, ad effectum, ut bona quæ jam erant in statu libertatis, caderent sub vinculo fideicommissi post ipsius debitoris mortem, quod in his dispositionibus examinatum non fuit, neque adhuc occasio dedit formiter disputare, Absolutum tamen dicebam, quod ad minus per dictos actus præjudicari non poterit creditoribus ipsius debitoris jure durante.

Quodque isto casu, in quo fideicommissi, vel majoratus possessor ære alieno prematur, non sit practicabilis dispositio dicti text. in l. Imperator, quæ captio, ac fraudulentam cautelam induceret, Ponderabam quod nullibi magis quam apud Hispanos receptum est dictæ legis dispositionem esse in usu, ut apud Molin. & alios collectos per Castill. dec. 8. rom. cap. 43. num. 28. & seqq. Et tamen ut patet ex eod. copioso, ac elaborato tractatu Salgad. in labyr. cred. alique Hispanis, nil in ea regione frequentius est, quam concursus creditorum super Majoratibus pro jure, ac vita possessoris, qui adeo fuit imprudens, ac dilapidator, magnoque æri alieno se subiecit, quod formaliter creditorum concursum pati cogitur, ita enim cum hoc alio remedio intendendo per filios, unico verbo omnium creditorum molestia evitentur abque toto litibus, & ambagibus super ipsius possessoris alimentis, & aliis.

Hinc inanis, ac evagatorius laboraret ad adeo laudabilis Romana Curia stylo abhorritus agendi de materia dicti text. in l. Imperator in genere, seu in abstracto, quoties controversia esset inter ipsos gravatum, & vocatum tantum absque mixtura præjudicium creditorum, vel alterius; Et tamen isto casu mihi nullatenus quatrabant firmata per Molinam, & Castill. ac alios pro majori parte Hispanos, quodque sumendo argumentum ab effectu, rei praxi, in Italia præsertim, atque in simplicibus fideicommissi aliam peculiarem hominis provisionem non habentibus, verior esset opinio Cumanii super dictæ legis non usu, vel quod omnino probabilior, ac recipienda esset opinio Bal. in rubr. c. de revocand. his que infr. cred. n. 13. quæ tamquam singularis laudatur per Alex. in eadem l. Imperator, num. 3. male autem rejicitur per Molin. d. c. 16. nu. 26. ut scilicet capiendum sit cautela remedium, per quod consultum quidem fit fideicommissario, sed non inde cesset medi temporis commoditas ad favorem creditorum.

Et quidem contraria sententia continere videtur quemdam irrationabilem rigorem solite legis innixum nulla probabilis ratione vestitum, quem rigorem praxis forensis præsertim in Italia tempore judicis consuevit, ut in his terminis videmus de illa cautione, quam lex exigit ab hæredes gravato, quoniam usus eam recipit pro illis bonis, in quibus ejus ratio viget, ut sunt mobilia, & alia consumptionis subiecta, non autem stabilia; Et quoad tertiam speciem censuum, & locorum montium admittuntur remedia inhibitionis juxta dec. 828. in fin. Dunozer. ubi concordantes, de quibus infra in Melevitana d. c. 200. Ac etiam habetur in usufructu eorum rerum, quæ uti consumuntur, ac simillimum, in quibus antiquitas, legali rigori ad literam in hærendo, adeo de forma exigebat cautionem, quod nisi ea daretur, inutile credebatur legatum, moderna verò prudentior æquitas hunc rigorem temperavit, dando locum iudicis arbitrio pro congruo temperamento, per quod utriusque, proprietarii scilicet, ac usufructuarii indemnitas consultum fit, ut in sua materia usufructibus, sub tit. de servitut. cum similibus; Cùmque de facto ex tot Rotæ aliorumque Tribunalium decisionibus videamus id huicque prædicatum non esse, ita eodemur, vel verius esse dictæ legis rigorosam dispositionem non esse rectam, vel, & verius, non de facili ad praxim reduci illam dispositionis speciem, quæ ad hunc effectum necessaria est, quoniam ubi non agitur de fideicommissi in gratiam fideicommissarii principaliter ordinato, sed primo in gratiam gravati, non de facili in dispositione intrat ratione doli, ac malitiæ, sed potius intraret ratio prodigalitatis, & amentitiæ, unde dari non debet illud fideicommissum ita penale, quod exigit locum, ut pluries in præcedentibus, ideoque solum sit locus iudicis administrationis; Quæ tamen ita obiter insinuat abque maturo iudicio, ac formali dispositione, utpote extra causæ necessitatem, dum ex aliis cessabat disputatio ut supra.

Demum

Demum quoad tertium punctum alimentorum, tres erant personæ, pro quibus illa petebatur cum potioritate adversus creditores, Primò scilicet ipse Antonius debitor, & fideicommissi possessor, Secundo dictus Jo. Mattheus vocatus, Et tertio prædictorum mater, & avia respectivè; Neutri tamen dicebam debere; Non quidem ipsi Antonio præsertim solum tanquam debitori, ac possessori fideicommissi, præscindendo ab eo privilegio, quod sibi daret qualitas militiæ Sancti Stephani, quam obtinebat, cum nullibi in jure cautum sit, creditorem teneri debitori præstare alimenta, nisi ea quæ Romanæ præsertim Curie præstare alimenta ad favorem carceratis, juxta deducta per Rotam dec. 269. par. 4. rec. tom. 2. & per Scannatol. in ejus praxi visitationis carceratorum.

Et quamvis scribentes in contrarium insisterent in iis que desuper habentur apud Salgad. in labyr. par. 1. cap. 24. Attamen istud erat æquivoquum clarum, quoniam id procedit in Hispania, & in illis majoratibus ex lege, vel stylo particulari, idque non indifferenter, ac favore omnium, sed pro constitutis in Dignitate, ut sunt Duces, Marchiones, & Comes, in quibus intrat ratio text. in l. Miles, & cap. Odoardus, pro favore publico.

Quovèro ad matrem, & multò minus cum hæc omnino extranea esset testatrix, Et quamvis apud eundem Salgad. d. cap. 24. habeatur quod etiam parentibus, ac fratribus ex majoratum fructibus, alimenta danda sunt, adhuc tamen erat in proposito æquivoquum solemne, id enim percutit obligationem possessoris ipsius majoratus, ut tanquam dives ac idoneus ex majoratum fructibus, qui considerantur tanquam bona libera, & propria teneatur explere illam alieni obligationem, quæ de jure sibi incumbit, secus ubi habet; quia totum absorbatur ab ære alieno.

Et quoad ipsum Joannem Mattheum, quando ageretur de fideicommissi ascendentis, intrare possent ea quæ habentur d. c. 169. juxta terminos Auth. res que, c. commun. de leg. sed cum ageretur de fideicommissi transversalis, alienandi obligatio non intrat, ut advertitur supra in Romana fideicommissi, seu Salviani de Pacificis d. c. 163. Ex sola verò spe, seu vocatione ad fideicommissum (seclusa ratione sanguinis) hoc alimentorum jus non resultat, ut d. c. seq. ad huc tamen causa pendet in Rota sine dispositione.

ANNOT. AD DISC. CLXX.

Super hac materia vide nota ad d. c. 5. de Donat. ubi enunciantur decisiones editæ in casu, de quo agitur in hoc d. c. 171.

ROMANA DONATIONIS DE JORDANI

PRO CREDITORIBUS GASPARI JORDANI

CUM EJUS FILIIS.

Casus variè decisus per Rotam.

De eadem materia alimentorum, quæ in concursu creditorum gravati fideicommissi, isto vivente præterantur per filios in spe vocatos ad fideicommissum.

SUMMARIUM.

- 1 Facti series.
2 Resolutiones cause.
3 De alio puncto principali, an filii essent vocati.
4 Quod filii vocati ad fideicommissum pro alimentis sint potiores creditoribus gravati.
5 Declaratur ubi agitur de bonis fructiferis.
6 Idem in alimentis, & sumptibus litis.
7 Quod jus alimentorum habeant filii in bonis donatis contemplatione matrimonii.
8 Examinatur conclusio, de qua nu. 4. & distinguitur ubi agitur de fideicommissi ascendentis, & de illo transversalis, & de ratione differentie.

D I S C. CLXXI.

Guido Jordanus intuitu matrimonii per Gasparem filium contrahendi cum Anna, donationem ei fecit scut. 22. mil. pro quibus promittit assignare tot merces ejus tabernæ, seu fundachi, prout ad aliquos annos dictum fundacum filio cessit valoris scut. 26. mil. ex quibus bonificatis dicti 22. mil. reliquum in diversam conventionem ces-

sit; Cùm autem patre defuncto, Gaspar foro cessisset, eo que fugam arripiente, in eius bonis formatus esset concursus creditorum, atque adistos repellendus, filii ex d. matrimonio adhuc constante superstitibus, præterendentes vocatos esse ad dictam donationem totum assensu aboriente, introducta causa cor. A. C. iste ne merces fundachariæ, aliaque bona mobilia perirent, mandavit ea vendi, ac pretium investiri in loca montium, quorum partem lite pendente, assignavit quibusdam creditoribus cum obligatione restitutionis anterioribus & potioribus, & ad omne mandatum, etiam cum fructibus medi temporis; Cùmque post sententiam in dicto Tribunali emanatam ad favorem dictorum filiorum super eorum vocatione, introducta causa in Rota cor. Melio, sub die 14. Maji 1657. ad favorem eorumdem prodidisset resolutio, quæ habetur impressa dec. 239. p. 12. rec. hinc dicta decisione edita eorum bonum jus probante, iidem assumpserunt alterius dubii dispositionem contra creditores, an ex dictis effectibus debitoris eis deberentur alimenta, atque sub die 18. Junii ejusdem anni coram eodem Melio prodidit etiam affirmativa resolutio confirmata sub diebus 15. Junii 1663. coram Priolo, & 22. Martii 1666. cor. Bourlemont in locum Melii respectivè subrogatis, sed reposita causa sub die 9. Junii ejusdem anni 1666. coram eodem Bourlemont, recessum fuit a decisis, atque in hoc statu causa quoad hunc punctum reperitur; Quo verò ad punctum principale, an in dicta donatione filii essent vocati, ut filii impliciti fideicommissi, vel potius, acquiritur donatione soli sponso, ipsi tantum haberent interesse, quod vocatur secundarium, habetur in sua materia in hac eadem causa sub tit. de Donation. ubi habetur, probabilis videtur etiam pro veritate, talem vocationem non adesse, quamvis in contrarium deciderit, super quo pendet revisio, cujus occasione sperandus remanet recessus.

Fundamentum autem ultimæ resolutionis pro creditoribus fuit ex solo facto, ut infra, non recedendo ad conclusionem juris in præcedentibus decisionibus firmata ipsorum filiorum favore, quod scilicet vocati ad fideicommissum in fructibus bonorum fideicommissariorum pro eorum alimentis, tanquam creditores fideicommittentis essent potiores creditoribus gravati, seu possessoribus fideicommissi, juxta opinionem, quam tenent plures, quos referunt, & sequuntur Peregr. de fidei. art. 4. 2. n. 86. Fufar. q. 3. b. n. 1. & seqq. Grat. d. sept. 82. num. 32. cum seqq. reiecta contraria opinione, quam tenent alii, quos referunt, & sequitur Salgad. in labyr. p. 1. c. 24. num. 128. & seqq.

Dicebam enim scribens pro creditoribus (atque Rota in dicta ultima propositione complexa est motivum) quod quidquid sit de dicto jure articulo in genere, ubi etiam recipienda esset prima opinio in præcedentibus decisionibus firmata, Attamen id intelligitur in bonis fructiferis, & super eorum fructibus, ex quibus tantum hæc alimenta provisionalia præterantur, ex iis que in simili habeantur de alimentis, & sumptibus litis, ex deductis in utraque decisione hujus causæ coram Bourlemont, cum aliis per adden. ad Baratt. dec. 707. num. 11. Unde cum in hac facti specie istud præsupponitur, seu præterantur fideicommissum non consideret in bonis fructiferis, sed in puro credito quantitatis debendo filii sub conditione quatenus parti supervivant, hinc proinde nullum liberat fundamentum, in quo ista præsentio possit figurare pedes, dum in bonis fideicommittentis aliud non aderat, nisi nomen debitoris infructiferum, adeo incertum utpote debitum sub certa conditione eventuali, quæ caducari poterat per filiorum præmordientiam, ideoque reflectendo etiam ad solam veritatem, ista posterior resolutio omnino probabilior videbatur, retentis tamen terminis dictæ questionis, cum quibus processum fuit.

Difficultas verò mea erat, stante, quod tunc matrimonium adhuc durabat, quod, tanquam, quam dictis filii, 7 seclusa etiam eorum vocatione, seu interesse primario, competeret potioritas adversus creditores viti, seu sponsi donatarii pro alimentis, & oneribus matrimonii, cujus inuitu donatio facta est, tanquam pars ipsius contractus matrimonialis, juxta ea, quæ dato etiam solo jure secundario firmant Bombin. conf. 59. n. 16. Rovet. conf. 88. lib. 2. Grat. d. sept. 92. num. 34. cum seqq. ac præterea ad instar eorum materia sub tit. de donation. & habetur actum in eadem sua materia habemus in materia assecurationis dotis etiam consentiens in quantitate, pcti possit, ut quantitas hæc investiretur in effectus fructiferos, unde ex fructibus possit ita consultum esse, Verum de hoc puncto in his dispositionibus actum non fuit, quoniam ille per scribentes pro dictis filii

filii ex ceteris non fuit; atque paulo post cessavit hujus difficultatis occasio, ob dicti matrimonii dissolutionem per mortem mulieris.

Quatenus vero pertinet ad dictam conclusionem, seu articulum juris in genere, an scilicet posita existentia bonorum fructiferorum fideicommissi, intraret potioritas pro alimentis eorum, qui jus habent in spe, quia nempe ad fideicommissum vocati sunt; Considerabam clarum equivo- cum videri dictam questionem ita examinare in gene- re, atque decisionem desumere ex Doctorum numero, & quanam opinio esset magis communis, non pendendo rationes, ac fundamenta, & sic, ut nostrum modernum vi- tum est, permanendi in cortice, ac foliis, nullatenus autem reflectendo ad truncum, seu radicem; Decisio siquidem pro meo iudicio pendere videtur à qualitate huiusmodi vocatorum qui alimenta petant, ut insinuat *disc. pre- cedenti*; Si enim essent transverales, multo magis si penitus extranei, adeo ut aliud jus, vel titulum ad alimenta non haberent, nisi vocationis, ac sperata successione, Et tunc sine dubio verior est, ac tenenda opinio negati- va, quam referet & sequitur Salgad. ubi supra; solidissima enim remanet ratio per cum deducta, quod interim gra- vatus, & fideicommissi possessor est verus, ac perfectus do- minus, atque bonorum fructus, utpotè restitutioni non subiecti, ad ipsum pertinent pleno iure, tanquam ejus bona libera, proindeque affecta sunt creditoribus, & converso autem vocati ad fideicommissum nullum jus habent de præ- senti, cum vocatio, seu substitutio aliud non tribuat nisi so- lam spem eventuallem, ac incertam, quæ potest non con- tingere futura necessitate successione, quatenus conditio perficeretur, Idq; verum etiam si tales vocati, ac sperantes es- sent filii, vel descendentes ipsius gravati, quoties gravans est frater transveralis, vel extraneus, in cuius defuncti bonis non haberent jus sanguinis bonorum perceptorum, dum qualitas filiationis, vel descendentiæ percipit jus alimentorum in bonis ipsius gravati patris, vel ascendenti, quæ nulla extant utpotè à creditoribus absorpta; Quodq; transveralibus non deur in bonis fideicommissi jus alimentorum, eodem mo- do, quo non datur jus dotis resultans ex dispositione *Auth. res que, C. comm. delegatis*, habetur supra *disc. 163.*

Ubi vero vocati essent de descendentiis testatoris, ac potissimum per eandem directam lineam ipsius gravati, & tunc verior, ac recipienda videtur dicta alia opinio, quam referunt, & sequuntur Peregrin. & Gratian. ac alii, de quibus supra, atque sequuta est Rota in prioribus hujus causæ decisionibus, Idque non ratione vocationis, & ob- solem spem successione, ut aliqui male putant, sed ratio- nem sanguinis, ac defensionis qualitatis, ob quam ascenden- tium bona affecta sunt pro descendentiis alimentis, quo- rum debitum dicitur testatoris, & consequenter intrat ab- solutum principium, quod creditores defuncti, quantum- vis chirographarii, atque in sola personali actione vincunt creditores heredis, quantumvis anteriores, hypotheca- rios, & privilegiatos, juxta ea, quæ in proximis, ac omni- no similibus terminis dotium ex beneficio *Auth. res que* constituendarum puellis descendens ex bonis fideicom- missi, plene habetur *sub tit. de fidei. ad materiam Bulla Ba- ronnem, disc. 78. & 79.* ubi, & in aliis ad eandem materiam receptum habetur quod prædictæ *Auth.* dispositio, vel ratio fortius conveniat alimentis masculorum; In hoc enim differt alendi obligatio, quæ de jure incumbit ascendenti- bus, ab illa quæ incumbit transveralibus, quod illa utpotè debita ratione sanguinis, non terminatur cum vita, sed una cum bonis, quæ pro eis affecta sunt, est transitoria ad hæredes, & successores, ista vero, utpotè sola ratione cha- ritate dicitur merè personalis, ac terminatur cum vita, & non est transitoria, ut habetur *d. disc. 78. & 79. de fidei.*

RONONIEN. DE CACCIALUPIS

P R O
CAROLO ANTONIO DE CACCIALUPIS
C U M

TERTIIS POSSESSORIBUS BONORUM.

Responsum pro veritate.

An transactio inita per heredem gravatum cum præterentibus habere jus super bonis fideicom- missariis, censetur facta nomine proprio, & ad propriam utilitatem, unde uti valeat iuribus

cessis, vel dimissis contra fideicommissarium, Vel potius censetur inita hereditario nomine. Et incidenter, an vocato ultimo genito ejus, qui plures habebat filios, veniat primogenitus, qui de aliis defunctis remansit unicui.

S U M M A R I U M.

- 1 *Facti series.*
- 2 *Transactio presumitur facta per heredem nomine hereditario.*
- 3 *Ex quibus dignoscatur an cessio sit translativa, vel extintiva.*
- 4 *Ubi inter heredem nomine proprio, & transigentem nulla adest lis, quæ adest cum hereditate, tunc transactio censetur facta nomine hereditario.*
- 5 *Alius presumitur sensus eo modo quo licet fieri poterat, & propterea voluntas regulatur a potestate.*
- 6 *Heres beneficiarius dicitur administrator hereditatis.*
- 7 *Tutor, vel alius administrator reportare non potest voluntarias cessiones contra pupillum, vel alterum cuius bona administrat.*
- 8 *Ex pretii quantitate deducitur quid in contractu deducendum sit, & qualis fuerit partium intentio.*
- 9 *Transactio nihil dat de novo, neque ille qui obtinet bona obtinere dicitur ab altero transigente, sed jure suo primo.*
- 10 *De dispositione text. in l. per diversas & l. ab Anastasio, Cod. mandati, & de eorum limitatione ad favorem rei possessoris quando procedat, & quando vere quis datur possessor & reus.*
- 11 *Vocato ultimogenito alicuius, an veniat primogenitus, qui per mortem aliorum sit primus & ultimus.*
- 12 *Doctrinis specialibus non habentibus contradictorem esse deferendum.*
- 13 *Referuntur casus aliquorum decisionum scientiam ad rem super dicto puncto, de quo num. 11.*

D I S C. CLXXII.

Florianus de Caccialupis, instituto Ludovico filio ad- optivo, fideicommissum perpetuum ordinavit in ejus de- scendentia, qua defecta vocavit filium ultimogenitum Al- dobrandini de Malvetis, in quo familiam artificialiter reno- vaturus, fideicommissum pariter in universa descendentiâ ordinavit; Defuncto autem Carolo Antonio filio, & ultimo de linea masculina dicti Ludovici, scripto hæredes Joanne ex sorore nepote pariter, cum onere assumendi ejus fami- liam, & cum fideicommissum in universa ejus descendentiâ, contra istum litem excitavit filii superflites ex primogeni- to dicti Aldobrandini, cuius alii filii prædecesserant sine prole, & introducta causa in Rota, cum ea restringeretur ad punctum, an dicta substitutio concepta de ultimo ge- nito ejus, qui tunc plures habebat filios, conveniret primo- genito, qui ob aliorum mortem solus filios suscepit, ob articuli novitatem ac difficultatem nulla capta fuit re- solutio, bene pro reo contra actores, ut dicta vocatio eis non conveniret scribente Marta *conf. 193.* Hinc deventum est ad concordiam per quam reus, soluta actoribus quadam summa, omnium iurium cessionem reportavit; Cum autem dictus Joannes ex pluribus contraventionibus caducitatem à testatore demandatam incurrisset, eique vigore Carolus Antonius filius fideicommissum agnovisset, per mortem etiam patris postea subsecutum alio jure restitutorio confirmatum, isque iudicium instituit per vindican- dis bonis fideicommissariis contra tertios possessores in quos dictus Joannes hæres gravatus distraxerat, isti vero deducentes omnia iura eorum auctori competentia, oppo- nebant de iuribus dictorum de Malvetis, ex quibus præcedebant bona controversa per dictum Carolum Antonium fideicommissum ultimo gravatum utpotè ad liberam ejus dispositionem non existentia, fideicommissum per eum ordi- nato supponi non posse; Hinc proinde ex parte actoris de duobus consultus fui. Primo, scilicet an hæredibus, vel creditoribus dicti Joannis hæres gravati competere jura per Malvetios in vim dictæ transactionis cessa, quod pen- debat à puncto, an dictus Joannes transegerit, ac iurium cessionem reportaverit nomine proprio, vel potius nomi- ne hereditario; Et secundo super subsistentia iurium com- petentium præfatis de Malvetis cedentibus.

Respondi, extraneum, vel superfluum videri assumere alio- rem inspectionem hujus ultimi puncti, à quo epul- dem actoris defensores de partibus credebant salutem causæ

causæ pendere, ob dictorum iurium incompetentiam ex fir- matas in dicto *conf. 193.* Mart. cum clarum mihi videretur cessionem, seu transactionem prædictam hereditario nomi- mine, atque ad hereditatis commodum sequutam esse, un- de propterea nil referbat, an jura cedentium subsisterent nec ne, & consequenter quod epuldem hæres transigentis creditoribus, vel aliis ejus personam & jura representanti- bus aliud non competere, nisi tanquam per speciem detra- ctionis repetitio summe ex causa dictæ transactionis solute, quatenus de proprio id sequutum esset, fecis autem de pec- uniis ac effectibus ejusdem hereditatis.

Quod autem dicta transactio hereditario, non autem proprio nomine inita esset, observabam, etiam cum sensu veritatis, id ex pluribus comprobari; Primo scilicet ex præ- sumptione iuris, ut transactio, vel alia conventio inita per heredem super iuribus hereditatem concernentibus, quoties expresse dictum non est, fieri proprio, ac privato nomi- mine, presumatur facta nomine hereditario, ex iis que cæteris relatis habentur apud Cavaler. *decif. 374.* Rot. *decif. 384. part. 4. divers.* apud Dunozet. *decif. 836. nu. 12. repetit.* post Merlin. *de leg. decif. 199.*

Secundo, quia ad effectum ut cessio facta dici posset magis ipsi hæredi ex persona propria, & tanquam tertio, dicere opus esset istam esse voluntariam cessionem translativam, quod repugnabat verbis, actem subiectæ materiæ; Ver- bis scilicet, quoniam ut ex Galletat. *de renunc. lib. 1. c. 4. nu. 1. & seqq.* & aliis bene firmat Rot. in Auximana dotium 26. Maji 1655. coram Bichio, ac pluries advertitur *sub tit. de renunc.* & ab altero *de contract.* inter alia ad que monemur advertere debere pro diligendo, an cessio sit extintiva, vel trans- lativa, est ille circumstantia, an jura cessa stent in dativo, vel in accusativo, ut primo casu sit extintiva, in secundo autem translativa; verba autem concordie stabant juxta pri- mam partem, Et clarius quoniam aderant etiam verba de- notationis liberationem, liberationem, & quietantiam.

Idem aliter comprobabat subiecta materia, quoniam idem aliter dicitur esse illa intellectualis distinctio plurium per- sonarum formalium in una persona materiali, quæ per reos præterebatur, & sic quod alia esset persona propria dicti Joannis, & altera esset illa hæres gravati ab eodem representata, exinde sequeretur, quod inter ipsum conside- ratum ex persona propria, & dictos de Malvetis, nulla penitus adeerat lis, & consequenter nullatenus cadere pote- rat terminus transactionis, cuius jure dicta cessio sequuta fuit, qui terminus bene cadebat cum altera persona heredis, cum qua erat lis, sine qua non datur transactio.

Tertio, quia in dubio ad inspicendum an cessio sit extin- ctiva, vel translativa, Et quoties verba pluraquam clara non urgent, interpretatio sumenda est à potestate, five an actus sit licitus, vel illicitus, interpretando eo modo quo actus va- leat, atque delictum excludatur, ut cæteris relatis in specie advertitur *dec. 83. & decif. fin.* post Merlin. *de signor. repetit. dec. 114. & decif. 232. p. 10. res.* In hac autem facti specie cum hæres beneficiarius, & gravatus dicitur hodie legalis admi- nistratores ex deductis per Rovit. *dec. 48. n. 11. & seqq. Cypic.* *l. art. cons. lib. 62. n. 67.* ubi concordantes & pluries *sub tit. de heredes, & sub altero de credit.* atque inter cedentes, & ip- sum heredem accerrima penderet lis in Rota, ipseque con- stanter impugnare jura cedentium, utique illicitum, atque manifeste turpitudinis fuisse contra hereditatem ab eo admi- nistratum pro ea supplantanda ad proprium commodum vol- untariam reportare cessionem iurium litigiosorum, ex iis que de tutore, vel alio administratore voluntariæ, ac affe- ctatæ abque probabili causa reportante cessiones contra pu- pillum, vel alium sub ejus administratione viventem habent deducta per Menoch. *conf. 123. n. 3. Cravet. conf. 129. n. 10. & H. Galeotti. lib. 2. contror. 62. nu. 5. & alios.*

Quarto, quoniam à pretii quantitate magnum resultat ar- gumentum voluntatis partium, & quid in contractum deducere voluerit ex Alex. *conf. 26. lib. 4. & alios.* Menoch. *de sac. lib. 4. tit. 9. m. 8.* Rot. apud Greg. *dec. 126. num. 9.* ubi Ad. in Romana apothecæ, seu pecuniaria 8. Junii 1654. & 25. Junii 1655. Bichio, & in aliis frequenter; Unde cum summa in dicta transactione deducta, esset quid minimum comparatione bonorum cedentium sub fideicommissum præ- terito per actores cedentes, inter quos, ac dictum heredem cessionarium, nulla cadebat arca sanguinis conjunctionis, vel alia benevolentie causæ, quæ donationem suadere posset, hinc proinde nedum vehementer argumentum, sed pro meo iudicio clara resultabat probatio, quod actores suorum iu- rium insubstantiam, vel minimum dubietatem agnoscentes, ita modico accepto reliquum tenuerint heredi, seu

hereditari que nihil de novo acquisivit, sed solum tan- quam per remotionem obstaculi confirmavit suum prima- rium jus, ex quo, non autem ex novo jure dimittentis, tran- sigens obtinere, ac possidere dicitur ad text. in *l. profundo, C. de transact.* ubi Bart. *num. 3.* Castren. *num. 7.* & ceteri de quibus Molin. *de primog. l. 4. cap. 9. nu. 22. circa fin.* ubi Add. & latus Castill. *8. tom. contror. cap. 36. §. 2. Rot. decif. 306. num. 6. part. 5. rec. Romana Cafalis 18. Junii 1660.* Cerro & frequenter; Multo magis, ac extra dubium his omnibus in- simul, ac unitim consideratis, cum vulgari regula, *ut sin- gula que non profunt &c.*

Et nihilominus ubi etiam aliqua subesse posset difficultas, adhuc tamen observabam nullum effectum exinde resultare, atque huiusmodi questionem inanem esse, quoniam cum ista jura essent abque dubio litigiosa, nimiumque dubia, ita intrabat dispositio text. in *l. per diversas & l. ab Anastasio, C. mandat.* ut solum cessionario sufficere solvendi id quod pro cessione obtinenda solum est, & de quo fre- quenter habetur *sub tit. de credit.* præsertim in Neapolita- na pecuniaria in qua prodierunt dec. 27. Januarii & 23. Maji 1653. cor. Melio; Licet enim dictorum iurium dispositio procedat in non possidente, qui tanquam voluntarius litium redemptor, agendo, jura cessa experiri velit, cum dictæ leges prodierint in odium redemptorium litium, ideoque locum non habeant in iis qui excipiendo curant se tueri in possessione bonorum, in qua reperitur, ut in dicta sua materia *sub tit. de credit.* atque est vera & recepta limita- tio, attamen ut bene firmatur in dictis *decif. editis* in Nea- politana pecuniaria coram Melio, id procedi quando ali- quis iusto titulo reperitur in possessione rei, in qua recipiat, vel timeat molestias, ad quas evitandas, sumque jus ad possessionem confirmandam, ita prudenter, & bona fide curat alia jura cumulare, secus autem ubi possidens ex uno titulo, tanquam merè voluntarius litium redemptor diver- sorum iurium cessionem affectat, ut proprium auctorem sup- plantaret, eique dominii deducatur ad superabundantiam, etiam in casu quo liquido constaret dictam cessionem nomi- ne proprio factam esse.

Hinc proinde, ut initio præmissum est, inanis remane- bat altera inspectio super iuribus prædictorum cedentium; Et nihilominus & quando de hoc agi debuisset, probabilius contra dictos de Malvetis repondendum esse dicebam ob speciales auctoritates Alciat. *conf. 101. l. 9.* & Menoch. *conf. 97. nu. 99.* & Mant. *de consuet. lib. 8. tit. 10. nu. 8.* ac etiam ob auctoritatem individualem Mart. qui Doctor veritatis dicitur *d. conf. 193.* ubi plura deducit probabilia fundamenta, quod vocatio ultimogeniti ejus, qui plures habebat filios, non conveniat primogenito qui ultimus remansit, dum in contrarium nulla datur specialis auctoritas, ideoque dicebam intrare propositionem de qua Mart. *ead. conf. 183. nu. 3.* Rot. *decif. 721. nu. 3. rec. & decif. 122. in fin. part. 5.* ut doctrinis specialibus contradictorem non habentibus de- ferendum sit, ubi potissimum non convincentur de aequi- voco, an sint repugnancia principis; Hæc autem super hoc secundo puncto ita obiter insinuabam, prædictarum auctoritatum allegatione contentus, articulo formiter ac mature non examinato, cum necessitas ut supra non suppe- teret, neque huc usque occasio dedit id particulariter dispu- tandi; Licet enim desuper aliquas habeamus decisiones pro- ximas, non tamen illæ percipiunt punctum præcisum, si- quidem in Ariminen. secundo genitura 18. Maji 1653. cor. Bichio *impress. p. 11. rec. dec. 377.* disputatur de casu proximo, sed non omnino individuo, idemque in duabus vicem pu- gnantibus decisionibus editis in Imolen. successione 14. Martii 1659. & 28. Martii 1660. coram Bichio, & quæ cau- sa per concordiam finem habuit.

ANNOT. AD DISC. CLXXII. & seqq.

A D hanc materiam transactionis notatum fuit supra ad *disc. 140.*

MANTUANA PRIMOGENITURÆ

S E U
TRANSACTIONIS.

P R O
MARCHIONIBUS FERDINANDO ET NICOLAO
DE GONZAGHIS.

Responsum pro veritate.

An & quando transactio inita per gravatum, vel feu- datarium, aut similem, afficiat successorem in fideicom-

deicommissio, vel feudo, venientem jure proprio independentem.

S U M M A R I U M.

- 1 Falli series.
- 2 Successor in fideicommissio habet electionem agendi, vel ad bona alienata, vel contra gravatum alienantem pro pretio.
- 3 Quod hac secunda via sit tutior.
- 4 An & quando transactio afficiat successorem in fideicommissio.
- 5 Quod in feudis antiquis pacti & providentia non possit evadere primogenitura.
- 6 Permutatio non est alienatio prohibita.
- 7 De consuetudine Mantuana alienandi feuda.
- 8 Pro regulanda transactione attenditur illius tempus.
- 9 An in successione feudorum Mantuae femina proximiores excludant masculos remotiores.

D I S C. CLXXIII.

F eudum Curie Podii usque ab anno 1332. concessum per mensam Episcopalem Mantuanam Aloysio Gonzague primo Mantuae domino, hujus aded propagatae familiae stipiti juxta seriem, de qua in alia Mantuana feudi *sub tit. de feud. disc. 10. & 11.* in notabili parte devenit in Joannem, qui in ejus testamento condito de anno 1614. fideicommissum ad formam majoratus inter ejus filios & descendentes instituit. Cumque multis intermediantibus actibus, vel ad rem non facientibus, vel in discussu praepositis, feudum praedictum ex titulo cujusdam permutationis cum aliis bonis de anno 1622. devenisset in Ducem Mantuae, iste illud reliquit cuidam ejus filio legitimo, a quo successores in dicto majoratu vendicavit, reservato in sententia jure Ducis successoris; Hinc proinde iste litem movit, quae occasione dedit concordiae, quae mediante possessore majoratus Dux cessit bubulcas 900. terrarum, reliquum vero totum ad ejus favorem remansit; Mortuo autem transigente, cum dictus majoratus dictis Marchionibus delatus esset, atque super dicta transactionis substantia ex parte ejusdem Ducis ex remedio *diffamari*, lis in eo Senatu introducta esset, sententia etiam favorabili reportata; In hoc statu ex parte dictorum Marchionum de consilio pro veritate ad eorum directionem requisitus, respondi, ut sequitur.

Præcipue controversia punctus est super validitate, vel invaliditate transactionis, si enim actus est invalidus, ita ut majoratus possessor, illum facere non poterit in præjudicium successorum, intrat de plano juri conclusio, ut successor in fideicommissio, vel majoratu electionem habeat agendi, vel contra tertium, in quem facta est alienatio pro rei fideicommissaria vindicatione, vel contra gravatum alienantem pro reintegracione fideicommissi, & quantum interest alienationem non esse factam, sive scienter sive ignoranter id gestum sit ad text. *in l. quidam, §. final. ff. ad trebel. l. plane, §. qui rogatus, ff. de legat. 1. cum concord. per Paris. conf. 5. num. 26. lib. 2. Cephal. conf. 761. num. 14. & 15. Peregr. de fideic. art. 45. num. 20. Fular. de substit. qu. 558. n. 1. & 627. n. 54. Cyriac. controv. 5. n. 25. bene Merl. dec. 831. num. 1. & 2. & 844. n. 1. Rota in Bonon. successoria. Maji 1646. coram Bichio, §. nam provata, & in eadem 18. Martii 1652. coram Celso, §. justitia vero, inter suas dec. 141. n. 4. & alias quotidie.*

Atque tali casu, ex duabus viis tutior ac honestior reputat illa agendi contra alienantem sui ejus haeredes, ut bene admonet Cephal. ubi supra, quem in proposito laudat Rota in d. Bonon. successoria coram Bichio, *impress. dec. 402. par. 9. rec. num. 2. & 4.* Quod & mihi placet, nedum ex ratione circuitus considerata per Cephal. sed etiam quia tertius, in quem alienatio facta est, de facili poterit se tum pretendere ratione ignorantiae juxta terminos text. *in l. fin. §. final. de legat. 2.* Licet enim ex veriori sententia istius legis dispositio non procedat, ubi unus ex alienantibus est fideicommissi conficius, Neque ubi agitur de fideicommissio, seu majoratu erecto in re particulari ut alibi advertitur; Attamen opus est hanc etiam affirmare dispositionem, quae agendo contra gravatum alienantem evitatur. Etforsus id in presenti casu dicendum videtur, cum illi, in quem facta est alienatio, sit longe diutior ac potentior Adversarius.

Neque ad hunc effectum opus est aliquam discussionem prius facere contra tertium, dum indefinitè fideicommissario datur electio unius ex duabus viis, & sic relicto iudicio

pendente cum Duce, consultus esset agere contra haeredes dicti alienantis, maximè quia Dux sententiam favorabilem reportavit.

Econverso autem, si transactio est bene facta, ita ut etiam successores proprio jure venientes afficiat, tunc vanum est de una, vel altera via quaerere, dum neutra competit.

In hoc igitur articulo, An transactio per fideicommissi, vel majoratus possessorem facta, successoribus jure proprio venientibus praedicit; Quaequid antiquiores nostri variaverint; Communis ac recepta est hodie distinctio, ut id pendeat ab eo, an transactio bona, vel mala fide inita sit, ut primo casu afficiat, secundo autem non; Bonae autem, vel male fidei cognitio pendet à probabiliore dubietate, quam habere poterat. Iis, seu controversia, super qua transactum fuit; Si enim erit, tunc probaverit dubia, ita ut incertus esset litis eventus, atque totalis fidei incumbencia timeri poterat, tunc valida est transactio, quoniam ita transigens prudenter utile negotium pro fideicommissi, vel majoratus successoribus gessisse videtur, eos assecutando de illa rata per concordiam obtenta, quae cum ille amitti poterat, Econtra verò si malus litis eventus probabilior dubius non erat, tunc transactio tanquam sonans in voluntariam alienationem sub colorato transactionis titulo inquam non praedicitur.

Ut ita distinguendo post plures ab eis allegatos Peregr. de fideic. art. 52. n. 88. Fular. de substit. qu. 562. num. 2. plenè Castill. qui pro utraque parte disputat *in r. de alim. alias 8. tom. controv. c. 36. §. 2. lare Cyriac. in terminis feudilib. controv. 3. n. 2. cum sequ. & n. 18. cum sequ. & per tot.* ubi doctè multos casus distinguit, atque indubitam credit validitatem transactionis, quoties cum bona fide resultant à probabili dubietate, concurrat etiam assensus, vel licentia Domini directi; Atque hanc distinctionem perpetuo sequuta est Rota Romana praesertim plenè ac doctè in Romana successione de Comitibus 26. Junii 1647. & 26. Junii 1648. cor. Ghislerio *impress. dec. 44. & 48. post Cenal. ad Peregr. in Rom. fideic. de Carulis 20. Novemb. 1647. cor. Verospio dec. 123. p. 10. rec. Romana fideic. de Barifanis 27. Junii 1650. cor. Celso inter suas dec. 101. in Rom. donat. 9. Novemb. 1650. & 29. Aprilis 1652. cor. Rojas, in Imolen. praed. 6. Junii 1653. coram Alberg. in Rom. manutentionis 27. Martii 1656. cor. eodem, in Urbina. pecuniaria 11. Febr. 1658. cor. Verospio, & in pluribus aliis, de quibus hoc *r. plur. res. & sub tit. de feud. disc. 49. & alibi*, ita ut videatur conclusio hodie receptissima, Ideoque sit quaestio potius facti quam juris super dicta distinctionis applicatione, an scilicet controversia esset clara, vel dubia, & in qua parte distinctionis facti circumstantiae ostendant versari.*

Ad hoc igitur dignoscendum considerare oportet primum alienationis actum sub titulo permutationis sequutum de anno 1622. inter Ducem Ferdinandum, ac Pirrum Mariam, & successore primam concordiam initam de anno 1632. inter Ducem Carolum primum, & Marchionem Franciscum, à quibus actibus resultant jura & praerogationes Ducis Caroli Secundi, super quibus transactum fuit; Si enim isti actus aliquam habebant probabilem dubietatem, tunc satis dubitari posset de jure Marchionum Ferdinandis, & Nicolai nunc venientium, considerando maximè geminationem concordiarum, cum actus geminat in quacumque materia semper efficaciores ac fortiores simplicibus reputari solent.

Multa ergo pro dicta permutatione subsistenda deduci possent, Primum, nempe negando facultatem erigendi in hujusmodi feudis majoratus, vel primogenituras, per quas successore restringitur ad unum contra legem investituræ, quæ omnes descendentes vocat ex deductis per Schrader. *de feud. p. 7. c. 2. per tot. Rosenh. de feud. c. 7. concl. 11. Bardellon. conf. 93. num. 73. & sequ. Manent. conf. 106. & alios*, de quibus in d. Mantuana feudi *sub tit. de feud. disc. 10.* Et licet in casu, de quo agitur, sive ex natura feudi imperio prius, & cum facultate alienandi, sive ex consuetudine Mantuana, per quam haec feuda videtur esse in libero commercio, sive etiam ob Domini assensum, verius videatur fideicommissum, seu majoratum erigi potuisse ex deductis in d. alia Mantuana feudi *sub tit. de feud. disc. 10.* Attamen negari non potest esse articulum disputabilem habentem opinionem hinc inde, nam licet una opinio sit altera probabilior, hactamen non tollit anam dubitandi.

Secundò, dici poterit primum alienationis actum gestum fuisse per viam permutationis cum Curia del The, quae per

CIVITATIS CASTELLANAE FIDEICOMMISSI

P R O DOMINICO TENALIA.

Consilium pro veritate.

De eadem materia, An transactio obstat fideicommissario jure proprio venienti independenti à transigente.

S U M M A R I U M.

- 1 Falli series.
- 2 Transactio non bona fide inita non praedicit successoribus in fideicommissio.
- 3 Secus si fiat bona fide.
- 4 Declaratur opinio Castill. & aliorum Hispanorum.
- 5 Quid in feudis.
- 6 Prælatio masculorum feminis intelligitur discretive in qualibet linea.
- 7 Fideicommissum quod pendeat ex conjecturis dicitur dubium.

D I S C. CLXXIV.

Ritus instituit Felicem fratrem, ejusque filios masculos in infinitum, atque masculis non extantibus feminas & descendentes pariter in infinitum, hisque etiam deficientibus, substituit filios Lepidi & Andronici pariter fratrum, eorumque successores in infinitum cum prohibitione alienationis, ac dispositione, quod bona semper stent firma pro cippo, quodque filiae feminae succedere non valeant nisi deficiente sexu masculino.

Deceffit post testatorem Felix condito testamento, in quo instituta Flaminia unica filia superstiti in dote, seu legitima, haeredes scripsit dictos Lepidum & Andronicum fratres, & sequuta deinde morte Lepidi, superstiti Andrea, inter istum ac Andronicum ex una, & dictam Flaminiam ex altera orta est lis tam super hereditate Felicis, quam super fideicommissio Britii, composita deinde per concordiam, per quam Flaminia assignata fuit medietas bonorum utriusque hereditatis; Mortuus autem dictis omnibus transigentibus, superstitibus solum Dominico unico mascululo Andronici filio, & Maria filia Flaminiae, praetendere cepit Dominicus veniens jure proprio ac independenti ab Andronico patre, vel Andrea patruela, se utpotè à dicta concordia non adstrictum vendicare posse à Maria bona spectantia ad fideicommissum Britii, illi innoxio fundamento, quod cum testator voluerit ejus bona semper firma stare pro cippo, atque filias feminas non succedere, nisi deficiente sexu masculino, hinc resultare ejus vocationem esse claram in exclusionem Flaminiae, seu Mariae feminarum. Ideoque transactionem utpotè in re non dubia emanatam tanquam collusivam, & mala fide initam sibi non ob stare ad text. *in leg. Imperator. ff. ad Trebell. & firmat veros. cap. 26. §. 2. ac firmavit etiam saepe Rota, praesertim in Bonon. fideicommissi de Blanchis coram Rojas inter suas dec. 387. & 343. in Romana fideicommissi de Maximis 11. Januarii 1649. coram Cerro dec. 272. numer. 21. part. 10. recent. & in aliis.*

Metamen super ista ejus praerogatione pro veritate consulto, & an expediret litem promovere, respondi non leve difficultatem contra ipsium sentire, proinde non de facili litem susceptionem consulere; Licet enim vera sit dicta conclusio, cujus fundamento innixi aliqui Consules ad litem impellebant, ut scilicet transactio super repartum dubia, utpotè collusiva, & mala fide inita non obliget successores jure proprio, ac independentes venientes, Attamen verissima etiam ac passim recepta est altera opposita conclusio, ut quoties agitur de re dubia, validè per fideicommissarium, vel alium legitimum defensionem transigatur, quodque transactio bona fide inita, obliget etiam successores independentes, & jure proprio venientes, ut allegatis Peregrin. Fular. Cyriac. & reliquis bene firmatum habetur in Romana successione de Comitibus 26. Junii 1647. & 26. Junii 1648. coram Ghislerio, quarum posterior est *dec. 228. part. 10. rec.* & quae reputantur in materia magistratuum frequentissimè in aliis canonizata, praesertim *dec. 152. num. ult. & 253. num. 11. post Zacch. de oblig. Camer. Romana manutentionis 27. Martii 1658. coram Albergato, & in aliis, de quibus disc. praeced. cum hodie sit conclusio plana, proinde*

permutatio fideicommissario prohibita non videtur ex deductis per Fular. *de substit. qu. 530.* ubi ceteri; Et licet responderi valeat id procedere, ubi permutatio est cum re utillori, & magis commoda fideicommissio, quae utilitas foret in casu, de quo agitur, non concurrat, attamen, vel dici potest contrarium esse justificabile, vel rem habere suas dubietates, quod sufficit ad effectum, de quo agitur.

Tertio, dici poterit permutationem praedictam licite factam esse ob consuetudinem Mantuanam, per quam non obstante investitura pacti, & providentiae hujusmodi feuda sunt in commercio, & cum solo Domini assensu in agnatorum praedictorum alienari possunt, de qua consuetudine testantur omnes DD. Mantuanis, ac etiam firmavit Rota, quae illos allegat in alia Mantuana honorum 16. Maji 1654. & 28. Januarii 1655. coram Cerro; Et quamvis responderi possit dictam consuetudinem percutere solum prohibitionem legis, non autem ubi alia hominis prohibito etiam accedit ex deductis per Cyriac. *controv. 23. & 224. Manent. dec. 17.* cum illis in dicta alia Mantuana feudi 30. Maji 1659. coram Verospio, de qua d. tit. de feud. disc. 10. Attamen certum est, articulum esse disputabilem, ita ut quando de his agebatur in Rota in dicta Mantuana coram Verospio, timor haberetur de diverso exitu; Neque dictae decisiones, ac modernorum auctoritates, quae hodie id clarius firmant, videntur reverentiam status attendendo sit, sed ille de anno 1622. utper Orthob. *dec. 28. n. 11. & 12. cum sequ.* ubi quod unus Doctores auctoritas sufficere videtur ad justificandam transactionem, quo tempore attentio, certum est hujusmodi articulum esse magis dubium.

Quarto igitur quia Princeps Mantuae de plenitudine potestatis dicto fideicommissio seu majoratu derogavit; Et licet responderi possit, quod iuxta plurium opinionem, id non esset Principi licitum nisi ex juxta causa respiciente publicam utilitatem maxime in feudis, & bonis Ecclesiasticis ab ejus jurisdictione exemptis, Attamen, ultra quod contraria opinio videtur ac periculosa est de Principis potestate disputare, maxime coram ejus Magistratibus, ut in fidei Senatu.

Ideoque simul combinando omnia dicta motiva, quorum relevancia, vel probabilitas dubietas in uno ad transactionem justificandam sufficeret, satis dubitari poterit, quod illa sit substantialis, dum hodie ob serbentium numerum, ac opinionum, & decisionum varietatem, ferè nihil in jure clarum dici poterit, atque litium eventus semper sunt incerti, ut vidimus in dicta alia Mantuana feudi disputata in Rota coram Verospio super pacto fideicommissi, in scilicet illa solis masculis deberetur, ut in eorum feminis, an excluderentur concurrere possent, etiam stante regulari natura feudorum in genere, ac quomodo stante particulari natura, seu obfervantia istorum feudorum Mantuae ex deductis per Surd. *conf. 502. & in duabus penit. ac doctis Senatus Mantuani decisionibus, in quibus subsecutus observantia annorum 300. & ultra, alique circumstantiis concurrentibus, ad veritatem etiam reflectendo, pro claro & indubitato credebatur, successione solis masculis debita esse, non autem feminis in masculorum exclusionem, & nihilominus eventus docuit contrarium, quia pro femina in masculi exclusionem responsum fuit, ut in decisionibus 29. Novembris 1655. & 25. Maji 1657. coram Verospio, ut advertitur *sub dict. tit. de feud. disc. 11.* Sive enim bene, si male, ita sequutum est, hoc unum est, quod causatum exitus, quoties pendet à nudis articulis juris, sive in casu, sive in dubio pro eis stet praesumptio, ac respondendum veniat, ut in his praecisis terminis transactionis factae per fideicommissi possessorem, ut successores fideicommissarii praedicti, dictum fuit in dicta Romana successione de Comitibus 26. Junii 1647. & 26. Junii 1648. coram Ghislerio, & in aliis.*

Quare his ratiis, cum res suas habeat difficultates, consilium omnino puto agere, contra haeredes Pirri Mariae, qui primum actum praedictum fecit, non autem contra Ducem potentiorum Adversarium, Atque cum dictis haeredibus, quatenus honestè concordare occasio se offerat, illam non respiciemus, cum res suas difficultates habere possit; Cum praesupposito tamen, quod 900. bubulcae terrae per dictum Ducem Joanni Sigismundo in ultima concordia assignatae, cedant ad commodum & beneficium majoratus, cum omnes supra dictae conclusiones de transactione subsistenda, pro cedant cum praesupposito, ut quod ex transactione percipiunt fideicommissarium commodo cedat.

que remaneat solum quaestio potius facti quam juris, in impediendo scilicet, an in casu bonae, vel male fidei verumur pro applicanda una, vel altera propositione, utraque vera.

Et licet Castillus dicto tom. 8. contrav. cap. 36. §. 2. ac ceteri apud eundem, in casu etiam bonae fidei contrarium verum dicant, Attamen, quicquid sit de substantia talis opinionis in eorum casu, ipsi loquuntur in terminis majoratum & primogeniorum Hispaniae, in quibus, vel ob Regiam auctoritatem, cum qua fieri solet erectio, quasi quod absque eadem facultate super eis contrahi non valeat, vel ob leges municipales, sive ob receptam consuetudinem, est opinio fundata in peculiari illorum primogeniorum ac majoratum natura non extendenda ad reliqua fideicommissa jure communi regulanda.

Quod etiam habemus in feudis utriusque Siciliae, in quibus ob peculiarem, ac magis strictam prohibitionem resistentem a Constitutione Constantinae de memoriae, transactio absque Regio assensu non subsistit, quoties percipit obligationem ipsius corporis feudi, quamvis istud penes feudatarium remaneat, atque bona fide fiat, licet de jure communi secus receptum sit, ut disc. 49. sub tit. de feud. cum similibus.

Pendente igitur decisione in puncto bonae, vel male fidei, cum ista regulanda sit a magis probabili, vel improbabili dubietate eventus litis super fideicommissi pertinentia; Hinc proinde prudenter transigentes se gessisse videntur, quia probabiliora videbantur jura Flaminiae, dum ejus vocatio erat literalis ante vocationem filiorum Lepidi & Andronici in illis verbis; Haec institutio Felice sui filii in insinuo, & in evento non vi fossora masculi, succedens in filio femine, & descendens da esse in insinuo, h. quali non est h. ba. s. insinuo in filio Lepido, & Andronico, ex quibus verbis vocatio dicitur Flaminiae remaneat literalis, unde si quae latio, vel mala fides in hujusmodi transactione considerari posset, illa potius concurreret ex parte Flaminiae, seu Mariae.

Nec obstat videbatur, quod testator perpetuam bonorum permanentiam pro cippo desideravit, cum expressa dispositione, quod filiae feminae succedere non valeant, nisi deficiente sexu masculino; Dicebam enim hujusmodi dispositionem percipere casum, in quo defectus descendens masculis & feminis Felice predilecti, transitus fieret ad lineas minus dilectas Lepidi & Andronici, in quibus servari voluit eundem ordinem, quem jam in linea predilecta Felice servaverat, & sic dicta dispositio intelligenda veniebat discretive, & in qualibet linea; Ita etiam assistente juris recepta propositione, ut scilicet vocatis masculis & feminis cum ordine praestationis, id intelligatur discretive, & in qualibet linea, ita ut feminae lineae admittantur vincant masculos lineae admittantur nisi expressa, vel conjecturata mens testatoris repugnet ex deductis per Peregr. de fideicom. art. 26. & ibi late Censal. in addit. fol. 47. Fontanell. dec. 134. & seq. Baratt. & Adden. dec. 107. dec. 249. par. 7. rec. & admittitur apud Othob. dec. 177. & in eadem Terracinen. de Pilorcis 15. Maji 1648. coram Ghislerio dec. 183. p. 10. rec. in quibus contrarium firmatur ex diversa testatoris voluntate; Multo magis dum in praesenti favore feminarum praecedebat dispositio clara, unde alias attempto diverso intellectu resultaret repugnantia, seu subitanea correctio in dubio non praesumenda, proindeque facilis dicta dispositio intrabat.

Et nihilominus ubi etiam subtilizando praetendi potuisset ex conjecturis diversam voluntatem testatoris deduci ad praedictam propositionis limitationem, ac subitaneam correctionem inducendam, negari non posse dicebam casum esse dubium, cum semper dubium dicatur illud fideicommissum, quod ex conjecturis deduci praetenditur, ut dec. 189. n. 16. & 17. par. 7. rec. Bonon. successione de Barbettis 19. Junii 1654. coram Bichio, & in aliis, praesertim quia non solum resistebat dicta juris regula discretivae praestationis in qualibet linea, dum potissimum verfabatur in dispositione transversalis, sed etiam altera non admittendi repugnantiam, seu instantaneam correctionem in eadem dispositione, ideoque casus dupliciter remanebat dubius, & consequenter de bona fide transactionis videbatur non posse dubitari, proindeque consulti, ut a proposita litis susceptione abstineret, atque puto quod consilio acquieverit.

SPOLETANA FIDEICOMMISSI

INTER

ILLOS DE ROSA.

Discursus pro veritate.

De divisione inter plures gravatos, vel fideicommissarios, an per se prejudicetur successoribus venientibus ex propria persona, ita ut per eam fideicommissum respectu sublatum censetur; Et an descendentes unius lineae ob deterioratam, dissipatam, vel evictam eorum portionem, regressum habeant ad portionem extrantem; Et an onera adjecta uni portioni correlative ad eius excrecentiam durent, si talis portio diminutionem patiatur.

S U M M A R I U M.

- 1 Fidei series.
2 Evictio qua sequitur ex natura rei, praestanda non est inter dividentes.
3 Declaratur.
4 Item non praestatur evictio, qua sequatur ex culpa possessoris.
5 Quando filii, vel descendentes ferant iniquitatem patri.
6 Facta hereditatis divisione singuntur respectu dividendum duo hereditates.
7 Diviso tanquam species licite alienationis officit omnes etiam ex propria persona venientes.
8 Causa factiva seu correlative conventiones, vel obligationes cessant cessante causa.
9 Declaratur.
10 Diviso dicitur species transactionis, seu species permutationis.
11 In parcaula prior est conditio possidentis.

D I S C. CLXX.

In testamento, cum quo decessit Epiphanius Rosa condito anno 1639. haereditas insinuit Antonium & Petrum ejus germanos fratres cum perpetuo successivo fideicommissio ad favorem omnium filiorum & descendendum ab eis in insinuit etiam cum reciprocis de linea ad lineam bene extensa, & cum stricta prohibitione alienationis, subjungendo per capitulum, seu periodum novae orationis inceptivum, ut quotiescunque dicti haereditas vellent inter se dividere, talis divisio fieri debet per Antonium & Franciscum Petri filium absque eo quod dictus Petrus posset se ingerere in hujusmodi divisione, quia facta, Petrus ejusque descendentes pro eorum portione contenti esse debent; Cumque haereditas constitueret in bonis triplicis speciei, Una scilicet in stabilibus liberis & allodialibus, Altera in mobilibus, & tertia in duabus tenuis emphyteuticis de directo dominio Camerae Apostolicae, devotum est ad divisionem omnium aliorum bonorum, in divisio remanentibus dictis tenuis emphyteuticis cum bonis allodialibus eidem annexis, super qua divisione, aliquid mutis praetensionibus tam circa solutionem aris alieni hereditarii, quam circa fruges & animalia ortis controversas, eas compromiserunt in duos arbitros, qui laudum protulerunt, in quo nulla facta mentione aliorum bonorum, eorumque divisione jam facta processerunt ad divisionem dictarum tenuitatum emphyteuticarum cum allodialibus eidem annexis, assignando Antonium majorem tenentem Serravallis, & Petro tenentem minorem Lanciani & Rustani, atque pro adequandis partibus, ac supplemento ejus, quod in hac secunda portione deficiebat, declaravit teneri Antonium ejusque successores solvere singulis annis Petro ejusque successoribus scuta 275. providendo in reliquis super solutione aris alieni hereditarii cum animalibus & frugibus, aliaque differentias decidendo ad rem non facientes; Eo solum ad rem adjecto, quod si coningeret dictam tenentem Lanciani per defectum lineae masculinae, vel alias quam ob non solutionem canonis devolvi ad Cameram, Petrus ejusque successores habere deberent medietatem dictae tenentis Serravallis cum annexis, cessaret autem onus dictae annuae praestationis scutorum 275. dictumque laudum a partibus acceptatum fuit cum promissione observantiae.

Cum autem ob non solum canonem ab Antonio dicta major

De Fideicommissis, Disc. CLXXV.

major tenuta Serravallis devoluta esset ad Cameram, quae accepta caducitate illam alteri concessit; Hinc due ortes fuerunt controversiae inter praedictorum Antonii & Petri successores, Primo scilicet an successoribus Antonii, quorum portio per dicta tenentis amissionem, ita remanebat longe inferior, jus competeret provocandi ad novam divisionem, vel ex quadam actione evictionis agendi ad adequationem portionum, & sic ad medietatem dictae alterius tenentis minoris cum suis annexis; Et secundo, an successoribus Petri jus competeret petendi ac obtinendi ex aliis bonis fideicommissariis in portionem Antonii obventis dictam annuam praestationem scutorum 275. non obstante quod in hac portione non adesset amplius dicta tenuta Serravallis, atque desuper incertum est, ex qua parte pro veritate consultus.

Quoad primam partem, praetensionis scilicet successivum Antonii super nova divisione, vel obtinenda portione adequatione, in puris terminis juris, pro successoribus Petri de plano respondendum esse censui, etiam si ob lineam finitam, vel alium casum non culposum, sed ex natura rei dicta tenuta devoluta esset. Tum quia dividentes seiebant hujusmodi bonorum utilitatem periculosa, & quod devolutioni subiecta essent, ideoque regula est ut inter dividentes praestanda non sit evictio, quae de rei natura sequitur, quoties ignorantia talis qualitates, sed diversa credulitas alium non suadet, ut post DD. in l. si familiae, C. fam. l. c. i. c. Petregr. de fideicom. art. 52. n. 58. & 60. Fufar. de substi. qu. 599. n. 9. cum seq. Michalor. de frat. p. 3. c. 29. n. 11. cum seq. Rosental. de feud. cap. 9. concl. 54. n. 17. in fine, & in glos. litt. F. ubi late cum aliis sub tit. de feud. disc. 44.

Tum clarior quia, si que in his terminis difficultas cadere posset, illa est ubi concurrerit inaequalitas, quia nempe unus dividendum omnia bona allodialia, & tuta in ejus portionem capiat, Alter vero obtinet periculosa, puta emphyteutica, seu feudalia, vel fideicommissaria, ut constat ex deductis per Rosental. loco citato in glos. litt. F. Fufar. ibidem, n. 13. cum seq. Michalor. n. 23. sed ubi bona divisa sunt ejusdem qualitates, ac naturae, & sic aequaliter devolutioni subiecta, tunc licet non desint contactantes, vel distinguentes, de quibus Peregrin. dist. art. 52. n. 64. Attamen magis communis ac recepta videtur, ut ille qui rei facturam, seu evictionem passus est, nullam habeat contra alium actionem, dum commune erat periculum, quod sicuti in uno contingit, ita in alio contingere poterat, ex deductis per Rosental. dicta glos. litt. F. & Peregr. ubi supra, ac etiam desumptum ex toto discursu Fufar. n. 17. ubi et alibi principaliter ponderat rationem mutui periculi.

Et si haec procedunt; ubi evictio sequuta esset absque culpa possessoris, & ex natura rei, multo magis ubi sequuta est culpa illius, in cuius portione obvenit, cum tunc videatur casus indubitatus per text. clarum in l. si fratres, C. comm. uris. Jud. ubi scribentes Fufar. qu. 599. n. 4. Michalor. d. cap. 39. n. 10. & n. 12. in fine, ubi in individuo exemplificat culpam ob non solum canonem.

Est bene verum, quod dicta conclusio in praesenti non inquaret ob expressam arbitrorum provisionem, ut in casu devolutionis unitis tenentis, portiones adequari deberent in altera superstiti, quae provisio specialis cessare facit regulas juris, ut concordant omnes superius allegati, dictaque provisio licet percurentis solum casum devolutionis alterius tenentis minoris, de qua forte magis dubitari poterat, videtur sine dubio trahenda ad casum conversum ob rationis identitatem, ac aequalitatem inter contrahentes servandam; Verum hujusmodi provisio difficultatem in proposito inferre non videbatur, quinimo potius roterqueri, dictamque conclusionem comprobare in casu culposae devolutionis ob non solum canonem, dum hic expressis excipiebatur.

Neque obstat posse considerandum quod descendentes praedictae non debent factum dicti Antonii, a quo independenter & jure proprio veniebant, quoniam sicuti factum culposum possessoris praedictae successoribus quamvis jure proprio venientibus quod Dominum directum, ac ad effectum devolutionis, ita fortis praedictae debet quoad tertios, quoniam in jure non omnino incongruum est, ut filii ac descendentes ferant iniquitatem patris, seu ascendentis; bene tamen omnino incongruum est, ut talis culpa non debeat nocere filiis ac descendentes culposi, nocere autem debeat tertio, cum ejus damno ipsi relevari debeant, ideoque propter fortunam imputari debent filii, cum iniquum patrem, vel ascendentem habuerint, qui eorum portionem devoravit, cum sufficiat divisionem fuisse justam, & aequalem de tempore quo inita est, non curata subsequenti deterioratione, ut advertunt Peregr.

de fideicommissis art. 10. n. 36. & Berous conf. 108. n. fin. lib. 1.

Hinc si aequaliter, ac bene divisa hereditate fideicommissaria consistente in mobilibus, ac se moventibus, vel jurebus & actionibus, Unus dicta jura & mobilia bene conferret, Alter vero dissipet, proflus incongruum est dicere, quod descendentes dissipatoris praetendere possint reintegrationem a portione alterius; Prout si unus praedia fideicommissaria in suam portionem obventa bene colat & conservet, Alter vero deserat, ut patiatur adificia ruere, atque praedia rustica inundari &c. tunc nulla juris ratio, vel dispositio dictarum descendentes hujusmodi mali administratoris reintegrandos esse ex portione ejus, qui bene administravit, quoniam ut advertit Peregrin. art. 52. n. 18. & 53. quando hereditas possidet per plures, qui ex legis judicio, & fortius concurrente etiam illo testatoris bona hereditaria dividunt, finguntur tota hereditates, seu patrimonialia separata, quot sunt portiones cum suis separatis administrationibus a testatore deputatis; Ideoque ubi evictio non ortur ex facto ejusdem testatoris, per quod jure quaedam retractionis fingitur ea bona nunquam fuisse in hereditate, omne infortunium, quod in uno patrimonio a casu, vel a culpa resultet, redimere non debet in praedictum alterius; Sicuti et converso, si fortuna, vel diligentia praebet in una portione augmentum, ac meliorationem, ista non cederet ad commodum alterius, ideoque in hac prima parte mihi videbatur, quod versarem in casu plano.

Multa siquidem habentur in Orbe exempla de pluribus ejusdem feudatarii dependentibus castra & feuda dividua ab illo acquisita dividentes, quorum unus ob selloniam, vel aliud delictum patitur feudorum amissionem cum praedictio totius ejus lineae ac descendentie, altera vero linea seu castra & bona retinet; Sive si unus ex gravatis fideicommissum, unde bona cadant sub Bulla Baronum defruente fideicommissum, non per hoc successores recurrant ad portionem cohaereditis, Vel quod uno dissipante bona libera sequatur, ut bona fideicommissaria absorbeantur a dotibus constitutendis ex authent. res qua &c. cum similibus.

Quo vero ad alteram inspectionem annuae praestationis scutorum 275. quam est converso descendentes Petri petebant a descendentes Antonii ex restantibus bonis allodialibus in eorum portione fideicommissaria obventis; Quando totus assis hereditarius complexivus omnium bonorum tam allodialium, quam emphyteuticorum ab initio tanquam unum corpus nulla facta distinctione divisus esset, atque ex Arbitrorum judicio posita fuissent in consuetu, in una portione tenuta major Serravallis & alia bona per dictos Antonii dependentes possessa, In altera vero portione tenuta minor Lanciani, ac alia bona possessa per descendentes Petri, pro adequandis autem portionibus aliis inaequalibus Arbitrati gravassent in genere portione majorem Antonii ad favorem alterius portionis minoris in dicta annua praestatione, Tunc data ab initio justitia divisionis, dicendum veniret idem, quod in praecedenti casu dictum est ad favorem descendendum Petri; Quomodo enim si pro eadem adequatione faciendi portioni minori Petri assignata fuissent in specie tot domus, vel praedia allodialia, non possent descendentes Antonii ob eorum portionem diminutam ex causa edictionis dictae tenentis regressum habere ad bona praedicta ex autoritatibus & rationibus, de quibus supra, ita pariter denegare non possent dictam praestationem eidem bonis infixam, utpote illorum loco substitutam, cum aliis divisio dicatur legitima & a jure probata alienatio, quae ubi bona fide inita est, omnes successores afficit, quamvis ex propria persona venientes, Rosental. d. cap. 9. concl. 54. Fulgin. de emphyt. tit. de alienat. qu. 1. n. 4. Gratiar. discipul. 997. n. 4. Surd. conf. 308. n. 24. Fufar. & Michalor. locis citatis, apud quos ceteri.

Nisi tali casu ex parte descendendum Antonii allegari posset injustitia divisionis, atque Arbitrorum irrationabile judicium, faciendo satis inaequalem divisionem, dum in una portione ita posita essent bona feret omnia, vel pro majori parte periculosa, in altera vero allodialia & tuta, de quo tamen in praesenti superfluum censui querere, dum non eramus in casu; Verum difficultas non levis erit, quod partes, ita exigente bonorum natura & diversa qualitate, istam hereditatem in duo diversa patrimonialia distinguere voluerunt, Unum nempe consistens in bonis liberis, ac allodialibus non periculosis ad perpetuam conservationem apertis, & istud aequaliter jam divisum, ex quo tempore, ac illic sequuta divisione cujuslibet lineae descendentes perpetuum ac irrevocabile jus quaesivum fuit; Alterum vero patrimonium emphyteuticum consistens in dictis duabus