

254 jectura urgeant, quod istam voluntatem inducant, cum clerici seculares de facto vivant in saeculo, atque agnationis decorem conservent, quinimo ubi sumus in Principatu Ecclesiastico, ipsi forte magis quam laici; Aut de clericis regularibus professis, & si Religio est etiam incapax in communi, tunc nulla cadit questio, dum isti professi habentur pro mortuis, ac non existentibus in rerum natura, eorumque existentia non impedit purificationem substitutionis.

Si autem Religio est capax in communi, atque non agatur de perpetua successione Religionis, vel Monasterii, sed solum durante vita Religiosi, firma remanente bonorum proprietate pro ulterioribus substitutis, & tunc quidquid plures ex simplici prohibitione alienationis, aut ex aliis levis conjecturis pro exclusione tenuerint, Verius magisque receptum est, talem Religiosum non excludi, quoniam professio in Religione capax non tollit jus sanguinis ac agnationis, nisi urgeat ratio continuatae permanentiae bonorum de facto in agnatione, & familia, ita & raliiter quod nimis urgeat in contrarium verisimilis testatoris voluntas: Argumentum enim deductum ex prohibitione alienationis efficaciter reputatur quando ageretur de perpetua successione

257 Religionis, vel Monasterii, etiam post mortem naturalem Religiosi: p Licet enim etiam Religioso vivente iuxta opinionem Canonistarum receptam in Romana Curia, & in universo foro Ecclesiastico Monasterium succedat in bonis, & juriis Monaco delatis directe ac immediate, non autem mediate ut volunt Civilistae. Artamen id procedit quoad favorabilia, non autem quoad odiosa. q

Facilius autem intrat dicta regula, atque efficacioris desiderantur conjecturae suadentes diversam voluntatem vix ad praxim deducibilem, quando agatur de Religioso professio qui non vivat in claustris, sed in saeculo more secularium, ita ut in eo de facto urgeat ratio conservandis bonorum in familia pro illius decore, ipsique Religiosis permittatur bonorum fructus in particulari, ut sunt milites Hierosolymitani, qui licet sint veri Religiosi, ac etiam interstabilis, de stricta juris censura incapaces domini in particulari; At tamen ex quadam consuetudine Religiosis, redditus patrimoniales, imo etiam Ecclesiasticos, seu alias quaestiones de facto retinent ad liberam dispositionem more secularium; Quinimo quoad magis est, de facili, & quasi de stylo per Religionem eis viventibus, vel morientibus conceditur facultas testandi, ac alias disponendi de ipsa proprietate bonorum patrimonialium, seu alias quam ex propria acquisitione obvenientium. r Idemque ex rationis identitate in professoribus aliarum militiarum, scilicet vero eorum qui de statu seculari magis quam Religioso participant, tunc enim est casus indubitatus. f

Procedit autem dicta regula, seu propositio favore Professorum Religionis capax in communi, in simplicibus, ac ordinariis fideicommissis, ac etiam in primogenituris, ac majoratibus Italiae, aliorumque locorum cum terminis generalibus juris communis regulandis, non autem in Majoratibus Hispaniae, qui ut supra facientes quodammodo eam figuram, quam in Italia, & Germania faciunt feuda, exigunt administrationem, ideoque ex eadem ratione ob quam in illis majoratibus non admittitur vacatio neque temporis momento, ita admittuntur quidem clerici seculares, non autem Religiosi claustrales, absque necessitate inquirendi testatoris voluntatem, solumque videtur quod in dictis Religiosis militaribus more secularium viventibus dicendum sit idem quod de clericis secularibus.

260

261

m disc. 63. cum pluribus seqq. n disc. 40. & 49. eod. tit. o eodem disc. 40. p d. disc. 63. cum seqq. q ibidem. x sub tit. de jurisdict. disc. 92. & sub tit. de testament. l eod. disc. 92. de jurisdict. r disc. 7. hoc tit.

De concursu inter masculos cognatos per unum, vel per duplex medium femininum.

Ubi vero vocatio restricta est ad sexum masculinum, sed non urget alia restrictio ad agnationem, ita ut, juxta supra constitutam regulam, sexus tantum attendatur, non curato medio, vel distinctione agnationis & cognationis, Et tunc adhuc inter ipsosmet cognatos per medium femininum attententes, cadit questio singularitatis, vel pluralitatis medi feminini, seu qualitatis mediati, & immediata: An scilicet vocati censentur solum illi masculi, qui immediate procreati sint ex feminis agnatis, vel per duplex medium femininum, ex altera scilicet femina procreata

264

ex femina agnata, & sic successe; In hoc autem regula est pro omnibus masculis spectato solo sexu, non curato medio, quamvis agnationis artificialiter per illos masculos renovanda ratio habita esset, ex ea clara ratione, quod, five unum, five duo media femina concurrant, semper sunt cognati, ac de extranea familia, illam testatoris sicut renovatur, ideoque id nil referre videtur.

Verum id quoque limitatur ex contraria expressa, vel conjecturata voluntate testatoris, ut non nisi de masculis cognatis immediate natis ex feminis agnatis, atque per eam lineam masculinas fenerit, quod neque probabili ratione desitutum est, quoniam illi masculi cognati qui immediate descendunt a femina agnata, ita per unum latus de agnatione participant, atque semiagnati dici possunt, quod non potest verificari in masculis descenditibus per duplex medium femininum, quoniam ita per utrumque latus paternum, ac maternum sunt de diversis familiis, ab illa testatoris omnino effecti extranei; Ad quod dari solet practicum exemplum naturale de arboribus, quae super alia arbore inseruntur, quoniam fructus dicitur de utraque specie participare, sed si super inserta alia facta insertio diversae arboris, tunc antiquus truncus in quo facta est prima insertio remanet omnino extraneus. u

Ac etiam ex alia ratione nimiae difficultatis five inextricabilis litium anfractu, qui post longa tempora resoluta potest, si haec mediorem dupliciter attendenda veniret, & quae consideratur in alia quaestione attendendi magis proximitatem gravati quam gravantis. x Quod inconveniens non intrat quando agatur de immediata procreatione ex femina agnata, cum ita sit proxima & certa dependentia ab agnatione, y Est autem ista questio potius facti & voluntatis quam juris, non habens certam regulam, sed pendens ex singularium casuum circumstantiis ac facti qualitate, ex quibus istam voluntatem deducere oportet.

u disc. 28. cum seqq. ad 34. eod. tit. x disc. 24. eod. tit. y d. disc. 28. & seqq.

An masculi excludant proprias matres, & amitas, quando & quomodo.

Item posita praelatione masculorum supra feminas, quae non omnino excludit, vel inhabilitate sint, sed masculis postpositae atque in eorum defectum vocatae; Et tunc si de tempore aperte successiones reperiantur masculi quamvis ex eisdem procreati, non dubitatur eos excludere proprias matres, multo magis amitas, z Si vero aperto fideicommissio de tempore quo nullus extabat masculus, femina illud agnoscat, ac obtineat, deinde vero ex se ipsa oriatur masculus, intrat questio, an iste propriam matrem repellat, atque ab ea successione, ac bona advocet, & quandoque desitum fuit assertivè; Contrarium autem videtur omnino verius, quoties testatoris voluntas id clarè non suadeat, vel eadem ex nimis vehementibus administris, & conjecturis desumatur, quoniam inhumanum, ac irrationabile videtur. a

z disc. 11. eod. tit. a eod. disc. 11.

An femina vocata post masculos, atque ab istis exclusa, defectis masculis succedat in toto, vel in sola portione a qua exclusa fuit.

Atque in proposito feminae vocatae in defectum masculorum, ac per posterius, cadit etiam questio, an facto casu deficientis masculorum, qui eam a delata successione jam excluderunt, ipsa reintegretur solum ad illam portionem a qua exclusa fuit, & in qua successisset si fuisset masculus, vel potius succedat in tota hereditate fideicommissaria, etiam in ipsorum masculorum portionibus. Et quamvis non desint rationes suadentes ut solum ad propriam portionem reintegretur, verius tamen videtur ut succedat in toto. b

b disc. 27. eod. tit.

268

An qualitas masculina censatur repetita, vel femininarum exclusio desumatur ab exclusione filiorum primi gradus.

269

270

c disc. 33. & seqq. eod. tit. praesertim disc. 43.

De vocabulis cippus, truncus, progenies, linea, generatio & similia an conveniant femininis, vel cognatis.

271

272

273

274

275

276

277

tem pro generato; Et alii ponderant verba, seu dictiones, an scilicet adhibeantur dictiones de, ex, a, vel ab, & similes.

Quamvis autem istae sint ingeniose considerationes resultant praesertim ab acumine Advocatorum, & Consultantium ad causae servitium, vel opportunitatem, Attamen in foro, in ista praesertim materia fideicommissaria, receptum videtur id significare qualitatem masculinam, & per masculum in ipsis successe, quod etiam in materia emphyteutica, vel simili magis receptum videtur. h

Alia vero magis generalia verba nempe descendentes, conjuncti, proximi, atinentes, parentes, sed de parentela, & similia complectuntur omnes masculos, ac feminas, agnatos, & cognatos, nisi aliquod adjectum, seu alia probata diversa testatoris voluntas diversimodè suadeat. i

Datur tamen quandoque dubitandi occasio quando, istis vocabulis generalibus praecedentibus, subsequatur taxativa enumeratio specierum praesertim cum dictione videlicet, vel alia equipollenti, quia nempe vocatis proximioribus, seu atinentibus, deinde dicitur: Videlicet Trius, Sempronius, & Caius, &c. an scilicet ista enumeratio specierum stet taxative, ita ut non nisi istis vocato conveniat, non autem ceteris, quamvis alius sub eodem genere ex vocabuli significatione venientibus, vel potius test praevaleat, ita ut eis defectis alii veniant; Atque in hoc aliqua dignoscitur opinionum varietas; Alioquin volentibus stare taxative, ut dicitur dictionis natura significat; Alii autem volentibus stare solum praevaleat, seu demonstrative.

Verius autem videtur, quaestio nem ut potè more aliarum facti potius quam juris, decisionem recipere ex facti qualitate, an scilicet genus quod praecedit, sit univocum, absque dubio complexivum omnium, etiam ultra enumeratos, vel sit equivocum, atque aptum recipere sensum restrictivum, ut hoc secundo casu dicta specierum enumeratio cum praefata dictione, vel equipollenti stet taxative, vel explicative; In primo autem attendenda sit qualitas dispositionis, & an perpetuum ac successivum tractum in sui ordinatione habeat cum verisimili favore, seu contemplatione totius generis.

d Disc. 35. eod. tit. & in seqq. e ibidem. f Disc. 146. g Sub tit. de praemin. disc. 13. h Sub tit. de emphyt. disc. 13. & 14. & hoc tit. disc. 29. i Dico disc. 13. sub tit. de praeminentiis, & hoc tit. disc. 34. cum pluribus seqq.

An proximior postea superveniens revocet successione a remotiore.

Quatenus verò contingat, ut locum non habente suspensione successione superioris infinuata, donec adesset spes, vel potentia proximiorum, seu generis prius vocati, aut praedilecti, admittatur remotior, vel persona de genere minus dilecto, aut subsidiarè vocato, frequenter dubitari solet, an proximior, vel praedilectus superveniens revocet a remotiore jam admisso successione ad bona, ita ut remotioris successio fuerit revocabili, vel irrevocabili; Et in hoc, aut admisso remotioris fuit legitima, de facto potius quam de jure, quia nempe durante spe, vel potentia proximioris, fideicommissum stare debeat in pendulo, five in suspenso, & tunc certum est revocationi locus esse, vel quia successio haberi debeat pro vacua, vel suspensa, atque admisso remotioris tanquam intrusiva non debeat praestare impedimentum illi cui de jure debita est successio, vel quia juxta ea quae superius habentur ad hanc materiam suspensionis, admisso remotioris, interpretandum actum eo modo quo de jure fieri debuit, Importet tamen jure administrationis ad commodum sperati proximioris quatenus nascatur, sin minus ad commodum & favorem sui ipsius, ac propterea titulus administratoris ita resolvatur.

Ubi verò dicta suspensio non intrante, remotior jure successione jam admittitur, tunc apud antiquiores fuit sub non modica quaestione; Verum apud moderniores sententiae receptae videntur pro regula opinio negativa, limitanda more omnium aliarum regularum ex conjecturis, diversam testatoris voluntatem suadentibus, attendendo circa hujusmodi conjecturalem probationem illas regulas quae toties in ista conjecturali materia habentur superius, traditae. p

p Disc. 7. & seqq. & disc. 10. & 11. eod. tit.



De tertia inspectione principali super cessatione fideicommissi ob divisionem, transactionem, derogationem, & alienationem, & de alienationis materia.

Tertia principalis inspectio cadit super fideicommissi accidentali cessatione in toto, vel respectu in parte, quae non ex voluntate testatoris, minime ex dispositione legis, sed ex facto hominis resultat, puta per divisionem, vel transactionem, aut derogationem, ac alias licitam, & validam alienationem, quare de illis distincte agendo.

De Divisione.

Quatenus pertinet ad primam questionem in foro frequentem, an scilicet, & quando per divisionem censetur remissum inter filios fideicommissi onus, unde propterea bona remaneant libera, distinguendum est quod, Aut dividendes habeant scientiam fideicommissi, aut non; Si non habebant, indefinitè intrat regula negativa, quoniam animus non trahitur ad ignorata, neque remitti potest id quod contrahentes ignorabant competere, sive agatur de fideicommissio de presenti ac iam delato, sive de futuro.

Aut verò sciebant, & tunc intrat distinctio inter fideicommissum de presenti iam purificatum, & fideicommissum adhuc non purificatum, sed incertum ac de futuro; Primo enim casu regula est affirmativa; In secundo autem in oppositum est negativa, Utraque autem limitanda ex conjecturis, alique facti circumstantiis arguentibus diversam voluntatem, cujus ac facti potius quam juris est questio, quae proinde tota esse videtur in eo an verum in casu regula, vel in altero limitationis, atque super hoc plerique scribentes nimium certare videntur super divisionis clausulis, ac verbis, praeter tim super clausula, ad habendum, cui magnam vim tribuunt; Fortius verò ubi non est solum caeterata, sed extensa, quasi quod tunc voluntas videatur clara, etiam super fideicommissio de futuro.

Verum in ista etiam questione dicendum est idem quod ferè generaliter in omnibus aliis sub hac fideicommissaria materia cadentibus advertitur, ut scilicet tanquam in questione potius facti, ac voluntatis quam juris, certa, ac uniformis regula generalis tradi non valeat, sed in singulis casibus diversimodè decidendum sit juxta eorum qualitatem, ac circumstantias, dividendium verisimilem voluntatem suadentes; Verba autem, sive clausulae attendi solum debeant in casu omninò ambiguo, attendendo potissimum aequalitatem, seu inaequalitatem actionem aliàs resultantem, quoniam cum in futuro reciproco fideicommissio aequalis remaneat dividendium incerta conditio, seu spes circa lucrum, quod alter superstes per alterius praedeceffum facere potest, non de facili hæc voluntas remittendi fideicommissum admittenda est, nisi facti circumstantiæ probabiliter suadeant hujusmodi remissionem in partium intentione fuisse, quia sic eis expediret, ut libertatem disponendi obtinerent; Magnum etiam argumentum desumendo à qualitate fideicommissi, ac habeat longum tractum in universa descendencia, vel e contra, ut primo casu difficilius intert praesumptio remissionis, nec non attempta qualitate bonorum cum aliis iudicis arbitrio pensandis.

Et quoniam super hujusmodi remissionibus, ac divisionibus diversa scripturae concipi solent, quia scilicet primo concipiuntur capitula inter partes, deinde verò desuper fiat instrumentum publicum, quod in aliqua parte diversificet; Hinc proinde intrat dubitatio, an potius capitulis, vel instrumentum deferendum sit; Et regula est quod debeat deferri capitulis, quoniam ista continent verba partium ac substantiam voluntatis earum, instrumentum verò continet verba Notarii; Verum & ista quoque est magis facti, & voluntatis quam juris questio, non recipiens proinde certam ac determinatam regulam generalem, quoniam pro facti qualitate saepe contingit, ut instrumento potius deferendum sit, vel ob nullitatem primæ conventionis contentæ in capitulis, unde secunda instrumentalis habeatur pro prima, vel quia ex intermedii temporis notabili intervallo, sive ex verbis instrumenti, vel aliis circumstantiis constet diversitatem, seu alterationem prodiisse animo novandi, seu reformandi.

Prout circa clausulam ad habendum, aliasque aequipollentes remissionem fideicommissi importare solitas, ac etiam circa promissionem evictionis cum similibus, nimium refert, an divisio, vel alia conventio fuerit super bonis fidei-

commissariis tantum, adeo ut clausula, ac promissio evictionis aliàs fatuz remaneant, vel fuerit generalis aliorum bonorum liberorum complexiva in quibus singula singulis congruè referendo, suam facere valeant operationem.

Magnumque affirmativum, vel è converso negativum argumentum in hoc proposito resultat solet à valore bonorum, habita, vel respectu non habita ratione oneris fideicommissi, quod sine dubio minui de valore juxta unam opinionem in quarta, & juxta aliam in sexta, seu quinta, verius autem prudentis iudicis arbitrio pro fideicommissi qualitate, eiusque magis certa, vel incerta existentia, seu magis proxima, vel remota apertura, ex hoc enim resultat inter dividendes aequalitas, vel inaequalitas, quæ ad excludendam lectionem, seu captionem in dubio magnum inditium præbet.

q disc. 175. & 177. & seq. eod. tit. & tit. de emphyt. disc. 53. r disc. 179. eod. tit. l. dicta disc. 53. tit. de emphyt. & d. disc. 75. & seq. hoc tit. & ibidem.

De transactione.

Quo verò ad cessationem fideicommissi per transactionem, rarus est casus omnimodè cessations per hanc viam, quæ solum diminutionem de sui natura præferre videtur; Siquidem aut lris super qua illa emanata erat super fideicommissi existentia, quam alter colligitis negaret, contendendo de bonorum libertate ob fideicommissi expirationem, vel non inductionem, seu vigore detraktionis; Et tunc quia de transactionis essentia est, ut aliquid hinc inde obtineatur, ac respectu remittatur, ita per quandam arbitrarialem sententiæ speciem dividendo incertum litis eventum, cum aliàs remittendo totum esset inutilis tanquam Leonina; Hinc perneceffe resultat, ut id quod obvenit in agentem ex fideicommissio, sub isto remittendo quatenus ulteriorem habeat tractum successuum; Aut verò lris est super sola pertinentia, & tunc fortius omnia penes utrumque venientem ex eodem fideicommissio tanquam per speciem divisionis, sub eo continuare debent, nisi facti circumstantiæ doceant, per eum penes quem remanet fideicommissi corpus, fere maior pars, aliquid liberatum esse colligant, cujus jus non haberet tractum successuum in ejus descendentiis, vel de suo genere, ad redimendas molestias.

Adhuc tamen in praxi visus est casus canonizationis transactionis in parte super ambigua lite circa solum pertinentiam, cum praesupposito certa essentia fideicommissi, per quam transactionem fideicommissum remaneret destructum. Praesuppositis autem aliis terminis stabilibus, tam scilicet circa dictam circumstantiam, ut transactio non totalem destructionem, sed solum diminutionem, vel divisionem inducat, quam etiam circa alia generalia, ac necessaria transactionis requisita in jure desiderata, etiam super bonis liberis, ac indifferentibus, adeo ut questio reducatur ad solum potestatis defectum ratione fideicommissi resultantem, sive ratione alienationis per legem, vel hominem, seu per utrumque prohibita, sive quia successor veniens jure suo independentem à transigente ejus facti obligari non potuisse contendat; Et tunc non levis questio fuit apud nostros majores, an transactio in parte per gravatum, seu fideicommissi pro tempore possessorem afficiat necne successorem jure proprio vocatum ad fideicommissum à transigente independentem venientem, adeo ut scribentes in variis sententias.

Hodie verò in foro juris questio in abstracto decisa videtur, ac extra controversiam posita, cum bona, vel mala fidei distinctio; Si enim ex facti qualitate constat, eam prudentem, ac bona fide in partem esse, & tunc valida est, successoris etiam independentis obligatoria; Si verò constat collusivè, ac mala fide sequantur esse, & tunc cessat, quoniam isto casu reputatur illicita voluntaria alienatio sub hoc specioso pallio velata.

Ac propterea etiam istæ questiones desuper sunt potius facti, ac applicationis, an in una, vel altera distinctiois parte versemur; Idque pendet à dubii litis eventus probabilitate, vel improbabilitate, sive ista majori, vel minori, & an id quod remittitur prudentis iudicis arbitrio adæquet necne, ita ut dignoscatur, ac fideicommissi possessor qui legalis administratoris personam gerere dicitur, prudentem ac bene ejus partes in hoc expleverit necne; Atque in dubio, bonæ potius quam malæ pro ædâ validitate ac subsistentia juris praesumptio afficit, contrariis tamen probationibus, vel fortioribus praesumptionibus elidibilibus.

Hanc

Hanc tamen juris, vel interpretum benignitatem, aliqui in abusu quodammodo convertentes, adeo extendunt, ut credant, vel solum recessum à lite ob istius molestias, vel minus probabilem opinionem, quinimo dictum unius Doctoris ad id sufficere; Verum id continet æquivocum, quoniam ista propositio rectè procedit pro generali necessario requisito transactionis ad litium validitatem, in rebus indifferentibus, & ne alias utpote in re omninò clara, invalida remaneat etiam respectu ipsorum transigentium eorumque heredum, fere aliàs dependenter venientium; Non autem ad istum effectum, ad quem, ultra dictum requisitum generale, desideratur alterum speciale talis probabilitatis super litis eventu, quod fideicommissi possessor ita prudenter occurrenti majori formidato damno, in tuto more bonis administratoris, ac prudentis æconomis, fideicommissum ponere judicaverit, adeoque termini sunt nimium dispares.

Prout æquivocum est hanc malam fidem desumere voluntatem ex qualitate læsonis, & an hæc ad metem enormitatis ascendat necne; Id enim juxta unam opinionem, (non tamen omninò tutam neque ubique receptam,) generaliter procedit in quacumque transactione in parte super rebz indifferentibus, ac inter habentes earundem rerum liberam dispositionem, jure emptiois, & venditionis regulanda a trecto valore pendente abstinentia dubilitis eventus.

Non autem ad hunc effectum concedendi prohibitio disponere, ac obligare successorem venientem jure suo, ut utrumque facere possit, quoniam ut supra, id etatenus conceditur, quatenus nulla causa necessitatis, vel utilitatis, ac prudentiæ ita exegerit, ad instar eorum que in jure habentur de transactionibus aliisque contractibus, initis per administratores Ecclesiarum, pupillorum, minorum, ac aliorum sub necessaria legali administratione viventium, adeo ut quodlibet damnium tale quale, vel absentia utilitatis, iustæque causæ, læsionem redolere videatur.

Dicta verò regula cum bonæ fidei consensu pro actus validitate, ac subsistentia firmata, non procedit in majoratibus Hispaniæ, ubi, vel de illorum peculiarium natura in multis diversificata à fideicommissis, majoratibus, ac primogeniis cum juris communis dispositione regulandis; Vel quia apud illos sapientes contraria opinio simpliciter negativa magis recepta sit, in hoc diverso jure vivitur.

Quod à simili habemus in feudis antiquis pacti, & providentiæ, in quibus successor veniat jure suo independentem à transigente, quoniam adhuc generaliter dicta theoria seu distinctio recepta est, & tamen in aliquibus ditionibus ob leges peculiare, neque id recipitur, fed etiam transactio quantumvis bona fide in parte alienationis generali prohibitionem venit.

a Eisdem locis de quibus supra lit. v. b Sub tit. de emptioe, & venditione, & ibidem proxime supra. c Ibidem dict. lit. v. d Ibid. & d. disc. 49. sub tit. de feud.

De fideicommissorum derogationibus.

Essare quoque, vel minui solent fideicommissa ob legis positivæ, vivæ, vel mortuæ derogationem dupliciter contingentem, Vel scilicet ob aliquam eorum generalem derogationem in certis casibus ex lege municipaliter statutam, ut exempli gratia est in Statu Ecclesiastico Constitutio Clementina, que vulgo nuncupatur Bulla Baronum; Vel ob derogationem, seu dispensationem resultantem à jure communi favore dotis, & alimontorum, ac libertatis, cum similibus; Vel demum ex speciali gratia concessa per Principem, seu Magistratum ad id potestatem habentem.

De prima specie derogationis habetur sufficienter adum in sua sede, ad quam relatio sufficit; e Idemque de secunda, de qua pariter actum est abundè in sua sede. Solumque à simili sub ista fideicommissaria materia cadunt ea, que propriam non adeo adaptantur sedem habentia, que necesse est alienationis bonorum fideicommissi pro redemptione possessoris fideicommissi ab hostibus, vel latronibus, similibus accidentalibus non culposo infortunio, qui tamen casus regulandi videntur ad instar dotis, atque cum eisdem terminis, vel requisitis, tam circa recursum subsidiarium, quam circa descensivam qualitatem, ac propria culpa caretum.

Licet enim aliqui scribentes, plerique casus non adeo necessarios, sed committere dignos recentent; Atque alij, etiam ad fideicommissum transverialis, vel extraneis id

Card. de Luca, Lib. X.

extendant; Attamen id in solo puncto juris recipiendum non est. Bene tamen hujusmodi ponderationes deservire possunt pro sequenti tertia derogationis specie; ad justum modum, justamque causam suppeditandam Principi, vel Magistratui potestatem habenti ad derogandum, seu dispensandum.

e Sub tit. de feud. ad materiam Bullæ Baronum, disc. 73. & seq. f Sub tit. de dot. disc. 35. cum plur. seqq. & latius, disc. 145. g Disc. 161. & 163. hoc tit. h Ibidem.

De cessatione fideicommissi ob licitam alienationem in vim derogationis, seu dispensationis concessæ per Principem, vel Magistratum.

Requentior igitur, ultra jam insinuatum casum dotis, vel Bullæ Baronum, in foro inspectio est super speciali derogatione fideicommissi, quæ in gratiam ejus possessoris, per Principem, vel Magistratum, qui sufficientem potestatem habeat concedatur; Atque in hac duplex cadit questio, potestatis, & voluntatis; Prima verò subdividitur inter supremum Principem, ac alios inferiores Magistratus, & altera indefinitè procedit, praesupposita potestatem pro certa.

In supremo Principe, qui condendi, vel dissolvendi legem positivam facultatem habeat, sive illi dispensandi, variz sunt opinionis; Una scilicet simpliciter negantium, quasi quod huic disponendi potestati de rebz suis post mortem, utpotè à jure nature, vel gentium provenientis, Princeps derogare non valeat, seu aliàs commutare, aut dispensare.

Alteræ est id limitatè concedentium, ex necessaria, vel publica, seu aliàs omninò urgenti, ac probabili causa, & non aliàs.

Tertia est simpliciter, ac indefinitè affirmativa, considerans solum justam causam pro consilio.

Et quarta est secundæ, ac tertiæ conciliativa, distinguendo foros, ut scilicet tertia procedat, ac de facto recepta sit in foro externo; Secunda verò procedat in interno; Hujus proinde examen spiritibus medicis relinquendo, ac etiam primam opinionem reservando pro Scholam, & Academicarum pabulo; Quatenus ad forensia pertinet, certum est dictam tertiam opinionem simpliciter affirmativam receptam esse, ex jam initio infirmata ratione, quod verè testandus esse, ex jam aliàs confertendi suorum bonorum dispositionem post mortem, provenit ex juris positivæ benignitate, non autem ex jure nature, vel gentium, ideoque nil prohibet, ut quod lex positiva concessit, eadem, vel Princeps, qui lex viva dicitur, tollere valeat, atque ut aliqui dicunt, utid quod Cæsar concessit, idem Cæsar tollat.

In aliis verò Magistratibus, questio est potius facti quam juris, super facultate scilicet, quam talis Magistratus cum explicita supremi Principis concessione, vel cum implicita, & virtuali à legitime indicta consuetudine resultantem, quoniam etiam ea que supremo Principi reservata sunt, communicari possunt Officialibus & Magistratibus tanquam Ministris, ac instrumentis, ipsius Principis voluntatem explicantibus; Difficultas enim circa Regalia majora consistit in omnimoda concessione ab eo independentem, vel quia nemo sibi potest constituitæ æqualem, vel quia dicuntur jura inseparabilia à Principatu seu Corona, à qua non possunt avelli, sed quoad Officiales, ac Ministros dependentes nemo dubitat.

Unde propterea si Magistratus, publicè & palam longo, seu notabili tempore cum reiteratione ac frequentia actum dispensat super his, que Principi reservata sunt, exinde resultat probatio concessæ potestatis, quamvis de illa non constet expresse, ideoque in Italia plures habemus Magistratus hanc facultatem habentes.

Omnès igitur questiones in hac materia esse videntur circa defectum voluntatis, vel circa subreptionem, ac obreptionem gratiæ, quod non recipit certam ac determinatam regulam generalem, cum pariter decisio pendeat ex facti qualitate, ac singulorum casuum circumstantiis particularibus, ex quibus pro iudicis prudenti arbitrio inspicendum est, an sit expresse non verum, ob quod Principes moveri poterit ad concedendum id quod aliàs verisimile non fuisset concessurus, vel difficilis; Aut è converso tactum fuerit id, quod si fuisset expresse, vel similiter à concessione retraxisset, vel difficultiorem esset, puta quia minus vera sit causa, ob quam derogatio concessa est, sive quia narratum non sit, quod adesset alia bona libera, sive minus qualificata, aut quod exposita non sit aliqua testatoris dispositio prohibitiva dictæ derogationis, vel particularis

Ll 2 aff-



affectio erga rem alienatam, cum similibus circumstantiis, ex quibus inferri possit ad subreptionem, vel obreptionem, vel defectum intentionis, circa quae non datur certa regula, ideoque dicitur materia iudicis arbitraria, ea generali regula cadente, ut attendi debeat stylus, vel praxis illius Principatus, vel Magistratus, seu illius Principis in specie, cum ex hoc praeritum regulatur in genere haec materia.

299 In casu autem valde derogationis, adhuc plura excitari solent dubia, quae frequentiora sunt in Hispania ob illorum majoratum frequentiam, ideoque Doctores Hispani magis quam alii de huiusmodi dispensationibus, seu facultatibus agunt, & potissimè; Primò an concessa facultate uni quae in toto, vel in parte non utatur, talis facultas transeat ad successorem, & verior videtur opinio negativa.

300 Secundò si utatur in excessu, an actus corruat in totum, vel potius subsineatur pro parte licita; Et quando agitur de materia dividua verius est subtrahi partem, prioresque actus ad facultatem referri, ubi verò est individua, sive quod obstat individuum voluntatis partium aut ipsius Principis, vel Magistratus concedentis, cadit probabilis dubitatio quod utile per inutile vitietur, eo modo quo in alienationibus bonorum Ecclesiae, vel feudorum.

Tertiò an gravatus, vel fideicommissi possessor qui talem facultatem obtinuit, teneatur de iure supplere, seu reintegrare fideicommissum de eius bonis liberis, vel de aliis spectantibus ad hereditatem eisdem, qui ordinavit fideicommissum, si sicut esset particulare, atque probabilius videtur affirmativa.

Quartò si in eadem derogatione, seu facultate adiecta sit lex obligatoria ipsius possessoris fideicommissi ad redimendam rem alienatam, seu ad extinguendum censum impositionis, aut debitum contractum intra certum tempus, an scilicet facultario dictam conditionem statim tempore non adimplente, id praerudicet tertio in quem facta est alienatio, seu cum quo contractum est debitum, & probabilius videtur negativa, quoties onus in iunctum est ipsi gravato, seu possessori alienanti, vel debitum contrahenti.

Quintò frequentius ubi pretium ex alienatione, vel debito obtentum erogatum non est in causam expressam, an scilicet emptor, vel creditor teneatur de implemento, seu versione esse sollicitus, atque super hoc variae habentur opiniones; Distinctio autem cum qua conciliari videntur, ea est quod; Aut implementum praeritum est pro forma, seu per viam conditionis, & non dubitatur de illo emptorem, vel creditorem teneri esse sollicitum, atque alias actum corruere; Aut per viam modi, adeò ut ille qui facultatem concessit, sequutus dicatur fidem ipsius gravati, seu possessoris fideicommissi alienantis, vel debitum contrahentis, ad quem directum sit onus adimplendi, & tunc secus.

Verum quia nihil est in iure pacificum, atque plures alias adhibent distinctiones, an scilicet alienatio, vel alter contractus fiat ex causa voluntaria, vel necessaria, ut uno casu emptor non teneatur esse sollicitus, altero autem sic, sive an sibi imputari possit necne non implementum; Hinc proinde ad omnem difficultatem removendam, per emere volentes bona fideicommissaria, vel super eis acquirentes census aut aliud ius in vim dictae derogationis, seu dispensationis, curari solet cautela in Apostolicis praeritum derogationibus adiecta solita, quod emptor, vel creditor non teneatur de hoc esse sollicitus.

301 Super causis autem ob quas huiusmodi derogationes ac facultates concedi soleant, vel debeant, neque certa regula statui potest, cum totum pendeat ex facti qualitate, potissimum verò ex more regionis, vel stylo Principatus, cum in una regione, vel Principatu huiusmodi derogationes conleant esse difficiles, ac rarae, non nisi ex magna causa concedi solita, in aliis autem facilis ac frequentes.

302 Ita pariter dicendum est circa modum, an scilicet magis congruat dare facultatem vendendi tot bona, ut cum pretio occurrat possit illis gravati necessitatibus quae sunt causa concessionis; Vel potius, denegata facultate alienandi eam, concedere hypothecam, seu imponendi censum cum obligatione eisdem gravati, aliorumque in fideicommissio successorum cum cumulo, ac multiplico alicujus partis fructuum singulis annis faciendo debitum extinguere, ut in bona remanent in sua integritate; Atque primo aspectu melior videtur haec posterior via, ut ego etiam aliàs credebam, atque aliorum Pontificum, seu eorum Officialium consuevit aliquando esse constans opinio; Verum experientia docuit contrarium, quoniam ubi proceditur per viam omnimoda

alienationis alicujus partis bonorum, certa, & limitata est fideicommissi iactura in illis tantum bonis ab eo dismembratis absque tractu successore, sed ubi proceditur per viam impositionis census, vel alterius annuonieris, tunc negligente possessore fideicommissi solvere fructus, istorum cumulus, talis fieri potest, quod reliqua omnia bona totumque altem fideicommissarium tractu temporis absorbeant; Nil suffragante dicta cautela adhiberi solita super cumulo, ac multiplico alicujus partis fructuum pro extinctione facienda, quoniam eadem cautela adhiberi solet in casu alienationis, quod scilicet aliqua pars pretii destinatur multiplico duraturo usquequo confuetur summa quae adequet bona alienata, & fideicommissum reintegret, ut de his multiplicis alibi pluries habetur, sed punctus est concurrente negligentia id adimplendi, ut frequentius contingit, quoniam in casu alienationis, talis negligentia non causat majus damnum, sed solum impedit majus lucrum, seu reintegrationem antiqui status, in altero autem impositionis census, vel alterius oneris, cumulus fructuum absorbere potest totum; Ac etiam quia fructus passivi censuum, vel alie usurae, & accessiones frequentius esse solent majores, quam sint fructus bonorum, & quod magis, sunt certi, ac invariabiles, quales non sunt fructus bonorum subiecti sterilitatibus, aliisque casibus quos adeò frequentes habemus occasione remissionis pensionis, vel restituti per conductores peti soliti.

303 Omnes autem praedictae, ac similes quaestiones cadentes in ista materia derogationis fideicommissi sunt, ut dictum est, potius voluntatis, quam potestatis, ideoque ad instar ferè omnium aliarum quaestionum in hac universa fideicommissaria materia cadentium certam, ac determinatam decisionem, seu regulam generalem non recipiunt, sed pro facti qualitate, ac singulorum casuum particularibus circumstantiis particularem decisionem recipiunt pro iudicis prudenti arbitrio, non regulando ex eius voluntate inordinata, atque ut forenses vulgò dicere solent *de jure cervellotico*, sed assumendo personam boni viri, ac attendendo pro norma, seu lumine generales propositiones juris, juxta opiniones in foro magis receptas, quae congruè ad casum adaptentur.

304 i *Disc. 165. cum seqq. hoc tit. latius sub tit. de regal. disc. 148. & dicto tit. de feud. ad materiam Bullae Baronum, disc. 73. & seqq. l. Disc. 161. hoc tit. in Locis supra cit. lit. l. n. ibidem discursus, vel relativè.*

De alienationibus.

Demum circa hanc tertiam principalem inspectionem cessationis accidentalis fideicommissi in aliquibus bonis quamvis ipsius fideicommissi existentia adhuc vigeat, ex causa scilicet valide ac licite alienationis, aliàs tamen quam ex causis, vel remediis praecedentibus insinuat, dupliciter illa sequi solet; Primò scilicet absque omnimoda iactura, & diminutione fideicommissi, quod in alia bonorum specie reintegratum remaneat, ut contingit in casu permutationis; Et secundo per omnimodam dismembrationem, ac diminutionem absque recompensa.

305 Prima species regulariter est licita quoties per testatorem expressè prohibita non sit, cum lex eam non prohibuerit, dummodo tamen non sit damnosa, fed potius utilis, vel saltem prudens, atque ex iusto, ac rationabili motivo sequuta.

In altera verò specie, quoties alienatio tangat bonorum substantiam ac proprietatem, non autem solam commoditatem, seu jus gravati, regula generalis est negativa, quod scilicet fideicommissio gravatus prohibitus est alienare ipsius fideicommissi bona.

306 Limitationem autem recipit (ultra illam ex causa detractionum, de qua in quarta sequenti principali inspectione) quoties feret pro dissendendo aere alieno ipsius testatoris; Quod tamen diceret ac sano modo intelligendum est, quatenus scilicet prudenter, ac bona fide, non autem culposè ac imprudenter, quia nempe cum pecunia, vel mobilibus, seu aliis inferioris conditionis bonis ad alienum dissolvi possit; Quod quid sequatur pro debito in forte principali, vel etiam fructibus ipso testatore vivente decursis, qui speciem sortis habent, non autem pro fructibus post mortem decursis quid dicuntur potius debitum heredis quam defuncti.

307 Procedunt haec in voluntariis alienationibus, quae per gravatum fiant, ac in suis, & habentibus ab eo causam praerudicium,

dicium, non autem in praerudicium creditorum defuncti, vel eorum qui cum iudicis autoritate emunt creditoribus instantibus, quoniam creditores praeritum hypothecarii dictum ordinem servare non tenentur, neque attendere an debitorum fructuum post mortem testatoris decursorum sit ipsius gravati, quoniam quoad eos totum dicitur debitum defuncti, eorumque electio est ad quae bona hypothecam; aliaque iura experiri velint.

308 Creditorem aliqui, probabilem ignorantiam fideicommissi in proposito excusare, potissimè autem ubi est ex utraque parte emptoris, ac venditoris, ut scilicet tunc emptor sit tutus, fideicommissario autem jus competat petendi reintegrationem fideicommissi ex bonis gravati alienantis quatenus extant, ita ut nonnulli in subsidium, & facta ista excussione ipsorum bonorum alienatorum vindicatio detur.

Verum in foro id receptum non est, quoniam in arbitrio fideicommissarii, sive scienter, sive ignoranter alienatio facta sit, repositum est, vel ipsa bona ab emptore, seu alio ab eo causam habente vendicare, vel agere contra gravatum pro reintegracione, dicta verò distinctio scientiae, vel ignorantiae praeritum diversum effectum executionis caducitatis, ac poena ex alienatione aliàs resultantis.

309 Tunc autem dicta electio cessat quando vocatus ad fideicommissum alienationis consentium praeritum, ut tunc non censetur quidem remissum onus gravati alienantis restituendi pretium attempto tempore alienationis, (quoties cum mala fide pro minori factum non esset) non tamen consentienti detur jus, vel actio vindicationis contra emptorem; Licet enim aliqui in casu rei sententia, ut iste consensus operetur solum remissionem fideicommissi penalis; seu aliàs tunc provenientis, ac aperti pro ipsum actum alienationis, non autem alterum conditionale delaturum per gravati mortem; Attamen aspera videtur, parumque probabilis haec opinio, cum huiusmodi consensus ab emptoribus procurari solent, ut saltem quoad ipsos consentientes, eorumque iure durante, ita reddantur tui.

Nimium autem refert, an haec alienandi prohibitio emanet à sola dispositione legis, vel etiam huic legali prohibitioni accedat illa hominis; Primo enim casu actus implicitum habet statum validitatis, atque non dicitur nulla ipso iure, fed refrendenda ope exceptionis post factum casum fideicommissi, in secundo autem ut prohibitio hominis aliquid addat prohibitioni legis dicitur nulla ipso iure.

310 Idque aliquos operatur effectus, illum praeritum, quod primo casu prohibitiõis legis, si fideicommissi successor habeat etiam hereditariam qualitatem alienantis, quamvis esset cum beneficio inventarii, quatenus vires hereditariae suppetant, tenetur praeritum servare factum sui autoris, neque potest, dividendo personas, vindicare ipsa bona alienata iure fideicommissi, ac restituere pretium, seu praeritum evictionem iure hereditario, juxta magis commune, ac in foro receptam opinionem; In altero autem duplici prohibitiõis legis, & hominis, ob actus irritationem ipso iure resulantem, dicta qualitas hereditaria non obstat, eaque non obstante datur jus vindicandi ipsa bona, fortius verò si eorum qualitas, vel testatoris particularis affectio concurrat.

311 Refert etiam inspicere, an haec hominis prohibitio sit in fideicommissio ordinato per ultimam voluntatem; vel in altero inter vivos, seu per contractum, prima enim sortior est, quam altera quae reputatur debilior, dum illa impedit translationem domini ipsorum bonorum sub prohibitione cadentium, altera verò non impedit sed solum producit actionem ad damna, & interesse contra ipsum prohibentem, nisi concurrat reservatio domini, quo casu remanet extra quaestiones, vel juxta unam opinionem contradicentibus non carentem accedat hypotheca, seu juxta alteram pariter contradicentem accedat iuramentum, magis verò si utrumque simul.

312 Item ubi fideicommissarius nolit, vel non possit jus reale vindicationis ipsorum bonorum distractorum exercere, sed eligat, seu cogatur agere contra gravatum alienantem, ejusque hereditatem ac bona pro reintegracione; Et tunc

313 satis in foro est frequens quaestio in concursu aliorum eisdem gravati creditorum, an pro dicta fideicommissi reintegracione competat necne hypotheca facta, seu legalis, istaque est quaestio agitata inter modernos, apud antiquiores ignota; Affirmativa verò plures simpliciter ac indistinctè tenent, ac veriorum credunt; Alii verò distinguunt an accedat necne dolus, eo accedente intret hypotheca, secus autem e contra, & hanc sequitur ac tenent Rota, &

Curia Romana, ubi propterea omnes quaestiones vertuntur circa factum, seu applicationem, an concurrat necne iste dolus, qui non desideratur verus, sed sufficit praeritum resulantis à scientia fideicommissi in alienante, qui tamen licet conscius iustam non habeat causam, seu credulitatem quod licita sibi esset alienatio, pura in causam detractionum sibi competentium cum similibus; Atque dato dolo non attenditur tempus ipsius alienationis, fed illud suscipit administrationis fideicommissi, ad instar aliorum legalium Administratorum; Ideoque ut dictum est, quaestiones sunt facti potius quam juris, ex facti qualitate decidende.

314 Ubi verò gravatus bona propria in communi cum fideicommissio possideret, atque aliqua ex eis in totum alienaret, tunc ad excludendum delictum, lex occultat, seu fingit implicitum contractum divisionis, per quem gravatus utriusque patrimonii possessor censetur in suam propriam portionem elegisse bona alienata, remanentia verò, ad mensuram, seu proportionem insolidum assignatè fideicommissio. In eodem modo quo primae alienationes censentur electae in sibi competentes, detractionem, juxta sequentem principalem inspectionem in materia detractionum.

315 Quia verò cui datur actio, multò magis danda est exceptio, Hinc proinde si fideicommissarius reperitur absque vitio in possessione bonorum gravati, sibi conceditur eorum tamen iure pignoris pro dicta reintegracione, dummodo tamen eredium sit certum, ac liquidum, non autem sit incertum, vel illiquidum.

316 Procedunt haec ut dictum est in alienatione, quae fiat de ipsa substantia, seu bonorum proprietate, secus autem, ubi gravatus, vel fideicommissi possessor alienet solum jus suum, ipsorumque bonorum fructus, seu commoditatem ejus vita durame, cum id non accedente expressa ac speciali prohibitione, non sit in iure prohibitum, cum haec alienationis species non percutiat bonorum substantiam, neque jus, vel dominium in emptorem transferat, ita considerandum loco procuratoris in rem proptiam fideicommissarii alienantis, cuius vice ac nomine ad propriam utilitatem fructus, ac emolumenta percipere dicitur, quod necum in fideicommissis, fed etiam in feudis, ac aliis in libero commercio non existentibus est receptum, quoniam, & in beneficiis, & pensionibus Ecclesiasticis, y

o *disc. 168. & 175. & seqq. p. tit. de feud. discurs. 47. & 61. & 110. & tit. de employem. q. disc. 162. cum seqq. hoc tit. & ibidem. l. disc. 173. & 176. cum ibi prolixè. hoc tit. & disc. 169. eod. tit. & disc. 197. ibidem tit. x. disc. 73. eod. tit. & sub tit. de feud. discurs. 61. & 110. de Regal. disc. 30. & seq. & sub tit. de pension.*

De inspectione detractionum legalium, vel accidentalium diminutionum fideicommissum.

317 Quarta principalis inspectio est circa aliam fideicommissi modificationem, vel diminutionem resultantem à detractionibus legalibus, vel etiam accidentalibus ipsi gravato competentibus; Accidentales etiam sunt ille quae consistunt in iuribus, & actionibus, vel creditis ex persona propria competentibus adversus defunctum, seu fideicommissarium hereditatem, ut frequenter contingere solet in credito dotium maternarum ex fideicommissaria hereditate patris, vel ex alia causa; Licet enim creditore succedente debitori resulet consilio actionum ob incompatibilitatem actionis, & passionis in eodem subiecto, potissimè verò ubi non accedit inventarii beneficium, quod à dicta consensione praeservat, Attamen id cessat in eo qui fideicommissio gravatus succedit revocabiliter, quoniam factò casu restitutionis, jura propria revivunt, tempus tanquam à somno, quam à morte, dictaque consilio potius realiter dicitur resulare.

318 Quod etiam frequenter contingere solet in fideicommissis antiquioribus majorum quae per gravatum, ex propria persona separentur à patrimonio, seu hereditate novi fideicommissitantis, cum similibus.

319 Legales autem detractiones sunt in suis, legitima, & trebellianica, in extraneis autem trebellianica tantum, vel in fideicommissis particularibus falcidia, quoties earum respectivè prohibitio non accedat; Licet enim apud antiquiores non leviter controversum fuerit, an trebellianica,



ca, vel falcidia filii primi gradus prohiberi possit, atque 320
esse questio adeo involuta, ut plures crediderint deferen-
dam esse provinciarum, seu Tribunalium observantiam af-
firmativa, vel negativa; Hodie tamen magis communi-
ter in foro, praesertim vero in Rota, & Curia Romana
recepta est affirmativa, adeoque quandoque negata fuerit
remissiora ad probandam contrariam consuetudinem cano-
nicizantem opinionem negativam.

Et consequenter quaestiones quae in hac materia habentur,
sunt solum voluntatis, quoties illa non est clara, &
expressa, sed ea deduci praetendatur ex praesumptionibus,
& conjecturis, seu verbis denotantibus integritatem haereditatis,
vel bonorum quorum conservatio cum fideicommissaria
successione, absque hac diminutione desiderata fuerit;
In eo solum filius, vel descendens privilegiatus,
quod majores, ac efficaciores desiderantur conjecturae,
quam in extraneis in quibus sufficiunt leviores; Nulla tamen
desuper certa ac determinata regula generali statuenda,
utpotè in materia conjecturali, & in quaestione facti,
ac voluntatis, ex facti qualitate, ac singulorum casuum
particularium circumstantiis decidenda, a

In alio etiam filii, ac descendentes ab extraneis differunt,
quod illi imputant in trebellianicæ detractionem fructus
ex bonis fideicommissariis pendente restitutione receptos,
illi autem non; Ac etiam quia in extraneis non est verificabilis
duplex detraçtio, quæ datur in filiis, & descendens;
qui in fideicommissio conditionali, non autem puro
duas faciunt detraçtiones, legitimæ scilicet, & trebellianicæ.
Quoties tamen privilegium ejus cui faciendæ est fideicommissi
restitutio id non impedit, ut est Ecclesiæ, vel pia causa,
contra quam trebellianicæ detraçtio non intrat;
Discrepancia solum existente inter scribentes, an id procedat
ubi alia Ecclesiæ, vel pia causa esset gravata, quo etiam
casu probabilior videtur opinio dicte detraçtionis negativa. b

Quo verò ad alteram legalem detraçtionem legitimam,
cadit potius questio potestatis, quam voluntatis, quoniam
neque volens pater, vel ascendens, seu descendens potest
illam prohibere, ideoque testatore etiam prohibente, gravatus
eam detrahit, nisi testator adhibuerit eam cautelam,
quæ vulgo dicitur Soccini, quod scilicet testator alternative
instituat filium, vel in tota hereditate sub ea lege ut
eam integram restituere teneatur absque legitima detraçtione,
vel eo volente huic dispositioni acquiescere censetur
solum institutus in legitima, unde propterea reliquum
hereditatem retinere non possit ac fructus etiam restituere,
vel imputare debeat, tunc enim eo ipso quod filius
dispositionis concisus hereditatem adit, censetur huic
detraçtioni renunciare, quamvis expressa ac specialis
legitima mentio non accedat, cum hic videatur præcipuus
hujus cautelæ effectus; Secus autem ea non adhibita,
sed solum simpliciter prohibita detraçtione legitimæ, tunc enim
ex istius privilegio ac peculiari natura necessaria est
expressa ejus mentio, neque generica acceptatio testamenti
sufficit; Cadente solum quaestione, an dicta cautela
adhibita videatur per æquipollens, quod magis percipitur
suam peculiarem legitimam ac detraçtionum materiam,
sub qua etiam cadit inspectio ab ista fideicommissaria
materia extranea super quantitate, quando scilicet legitima
sit triens, vel semis, praesertim verò, ubi accidit mixtura
fœminarum, quæ per statutum exclusæ sint favore masculorum,
ac agnationis, an scilicet faciant numerum, & partem ad favorem gravati, vel fideicommissi.

In casu verò competentie hujusmodi, vel similibus detraçtionum,
frequentes in foro sunt quaestiones super alienationibus,
quas per gravatos fieri contingat bonorum fideicommissi
subjectorum, quoniam fideicommissariis vendicere
volentibus bona à tertiis possessoribus, quibus distracta
sunt titulo singulari translativo domini ob alienationis
invalditatem, excipere solent possessores de jure detraçtionum
suo auctori competentium, in quas bona primo alienata
electa censentur; Licet enim hujusmodi detraçtiones
legales consistant in quota, ideoque de singulis corporibus,
seu bonis pro rata debeantur, atque ut iurista dicunt,
de qualibet gleba, attamen si gravatus aliqua bona alienet,
quoties actus non fit cum mala fide, ac in fideicommissi
permissum, quia nempe esset de melioribus, tunc lex ad
excludendum delictum, atque ex quadam æquitate,
occultat eundem actum divisionis, de quo supra, quod
scilicet ita in ea re alienata totam legitimam, vel aliam
detraçtionem elegerit, aliàs bonis integrè remanentibus
pro fideicommissio. c

Quod tamen procedere receptum est in veris ac propriis
alienationibus per viam translationis domini, secus autem
in alienatione impropria, & late sumpto vocabulo,
qualis est hypotheca, quaestione solum cadente in impositione
census, quæ dicitur tertia species, an scilicet de prima
vera, & propria, vel potius de altera impropria alienatione
in proposito participare dicatur, atque distinctio est inter
fundum censuum, & alia bona pro contractibus observantia
hypothecata, ut primo casu dicatur adesse vera alienatio,
ac intrat electio in causam detraçtionum, secus autem in secundo. d

Procedunt hæc de plano, quando ex inventario, seu aliàs
ex statu hereditatis legitime firmato constat quid, & quantum
legitima importet, quodque controversæ alienationis sint
primæ, in quibus dicta electio facta censetur, adeoque
detraçtio procederet jam consumpta non esset, quoniam data
consumptione, alienationes remanent absque dubio invalidæ;
Quotidianæ autem sunt quaestiones super hæc præcedenti
consumptione, quando de illa ex inventario, seu aliàs bene
firmato statu hereditatis ac bonorum, non constat, an dicta
consumptio verè facta sit necne, illa tamen præsumptivè
deducatur ex omissione inventarii, ac aliquibus detraçtionibus,
licet modicis.

Et tunc recepta distinctio est, quod aut agitur cum ipsius
gravati hæredæ ac successore in fideicommissi restitutione
excipiente de detraçtionibus, & rectè intrat dicta præsumptio
donec ipse firmato statu doceat de non integra consumptione;
Idemque respectu istius tertii qui veniat ex persona gravati
ejus personam ac jura repræsentando, ut sunt ejus creditores,
qui non possunt habere majus jus, quam habere ipse debitor,
cum modificatione tamen de qua infra.

Aut verò agitur cum tertio possessore ex titulo particulari
translativo domini; per quem bona in eum, utpotè in causa
detraçtionum explicite, vel implicite electa, alienata fuerunt,
& tunc magis receptum est hæc præsumptionem non intrare
ex duplici ratione; Primò scilicet quia vis est in tempore,
an scilicet consumptio processerit, vel subsequuta sit,
de quo non constat; Et secundo quia cum fideicommissarius
veniat agendo pro rescissione, seu annulatione alienationis,
quia non obstante pretendebatur competere actionem vindicandi
bona suum omnem esse probare præcedentem consumptionem
tanquam fundamentum suæ intentionis, & causam nullitatis,
ideoque non admittitur probatio præsumptiva, quæ non sufficit
ubi est fundamentum intentionis agentis; Ac propterea tenetur,
firmando statutum hereditatis, docere quid, & quantum
detraçtiones importent, quodque illæ consumptæ essent
de tempore alienationis.

Est bene verum quod hæc modificatio (rationabiliter quidem)
favore tertii possessoris titulo singulari inducta, discretè,
ac sano modo intelligenda est, proportionabiliter, & comparative
ad bonorum qualitatem; Sepius enim in foro visum est
ex indiscretæ hujus distinctionis intelligentia, vel praxi,
totius fideicommissi everisionem resultare. Siquidem hereditate
consistente partim in stabilibus, partim verò in mobilibus
ab eodem gravato consumptis absque eo quod justificari
de facili valeat tempus, in quo consumptio sequuta sit,
cum attento omnium valore, legitima adæquaret aliquorum
bonorum stabilitum alienationes, vel censuum impositiones,
ita dicebatur eas rectè sustineri, non obstante quod deinde
gravatus reliquum consumpsisset, quod tamen continet æquivo cum
manifestum, quoniam eatenus ex quadam recepta æquitate derivata
ab inani circuitu, sive à probabilii motivo evitandi singulorum
corporum scissuram, primæ alienationis in causam detraçtionum
substantur, quatenus illa bona fide, ac discretè sequuta
sint ad congruam mensuram, seu proportionem bonorum,
adeoque remaneat in aliis fideicommissio aequè consultum,
non autem ut id sequatur in melioribus, ac perpetuam
conservationem pro testatorem desiderate aptis, relinquo pro
fideicommissio mobilis, seu aliàs consumptioni, vel dispositioni
subjectæ, cum ita de facili fideicommissi everti possent, atque
supreme dispositionum voluntates eludi; Ac propterea in casus
contingentia observabam, primas alienationes stabilium rectè
sustineri posse ac debere ad ratam, seu proportionem detraçtionis
competentis in ipsis stabilibus, puta pro legitima in eorum
tertia parte, reliquis duabus pro fideicommissio remanentibus,
non autem, ut mobilium aliorumque consumptorum valor
debeat regularè legitimam pro hujusmodi alienationibus
sustinentis. e

Quia

Quia verò, ut dictum est, in extraneis fructus imputantur
in legitimam; Hinc proinde questio est inter scribentes,
an sublineatur alienatio, quæ initio per gravatum facta
sit in causam trebellianicam, quamvis deinde tractu temporis
sit fructus percepti essent, quot ipsam detraçtionem abolerent;
Et licet aliqui pro alienationis validitate teneant, quorum
sententiam quandoque Rota Romana sequuta est; Contraria
tamen opinio est probabilior, quam deinde Rota recedendo
à prius tentis, probavit, ac sequuta est. f

Item in hac materia cadere solet quaestio inter creditores
hypothecarios gravati, ac eos in quos deinde idem veras
alienationes fecerit, seu fideicommissarium, an scilicet
creditoribus jus competat excedendi hypothecam pro legitima
dicto gravato competente in tertia parte vel alia quota
singulorum bonorum, & corporum hereditarium, non obstante
subsequuta ejusdem legitime consumptione cum alienationibus
veris, vel aliis dispositionibus. Aliquibus tenentibus partes
fideicommissarii, vel ejus in quem subsequens vera alienatio
in causam ita electæ detraçtionis facta sit; Utraque tamen
sententia distinctione federe concilianda videtur; Aut enim
ille cui legitima debetur, ac debita cum hypotheca contraxit,
non fuit hæres universalis, neque bonorum hereditarium
dominium, vel possessionem habuit, ita ut jus legitimum
ad hoc remaneat in terminis facultatis, atque per quamdam
speciem crediti, & tunc ita deinde obtinendo ab hæredæ
illius satisfactionem creditoris præjudicatur, atque hæreditas
sua remaneat, ad instar debitoris solventis debitum proprio
creditori, lege vel homine non inhiibente, ut liberationem
assuetur, non obstante quod ipse creditor debitis hypothecariis
obnoxius esset, Aut verò totus hereditatis, vel quæ tunc
juri per creditores quaesito præjudicari non potuerit per factum
debitoris. g

Suffragatur autem prima opinio fideicommissario, ne pro
detraçtione jam satisfacta hereditas denudè molestari valeat,
non autem tertio possessori, in quem distracta sint bona in
causam dictæ detraçtionis electa, & extantia, cum tunc
potè effectus de dominio debitoris, creditorum hypothecæ
affecta remaneant, etiam penes tertium contra quem hypothecæ
est experientia. h

Sub accidentalium item detraçtionum nomine veniunt,
non solum jura, & credita de tempore agnita fideicommissarie
hereditatis competentia, sed etiam, credita postmodum
superventa, & reintegratio æris alieni hereditarii, quod ipse
gravatus de suo extinxit, ac etiam melioramenta respicientia
bonorum perpetuam utilitatem de jure in eo, quod est minus
inter impendium, & melioram repetitibilia; Licet enim
aliquorum opinio sit, debita hereditaria extincta, vel melioramenta
facta compensari debere cum bonorum hereditarium fructibus
postea perceptis; Contrarium tamen verius, ac in foro magis
receptum videtur; etiam si constaret cum ipsis fructibus id
securum esse, nisi expressum testatoris præceptum desuper
accederet, quoties tamen sit per viam præcepti, cum aliquando
id soleat resolvi in consilium. i

Ea tamen vigente differentia inter credita & jura jam hæredæ
competentia de tempore delatæ, ac agnita fideicommissarie
hereditatis, ac alia postmodum superventæ, quod primo
casu, ubi præsertim gaudet beneficio inventarii, intrat
imaginaria solutio per approbationem aliquorum bonorum,
quæ sibi magis opportuna videantur juxta unam opinionem,
non tamen tutam, Aliis volentibus id procedere ad verum
effectum faciendi interim fructus suos, non autem verè
ac perfectè acquisitionis domini absque judicis decreto,
& adjudicatione, in altero autem casu receptum est dictam
imaginatiam non intrare, sed solum competere jus retentionis. j

Omnia hæc quæ de legalibus, & accidentalibus detraçtionibus
habentur, rectè procedunt in fideicommissio universalis,
secus autem in particulari, cujus respectu attendendum est,
an hæres gravatus gaudet necne beneficio inventarii; In
fideicommissio enim universalis jus novissimum inducit
beneficium beneficii nihil statuit, ideoque nihil referret
confectum, vel non confectum esse inventarium, cum intacta
remaneat dispositio juris antiqui, ac novi, per novissimum
non immutata; Ubi verò agitur de particulari, quod jure
legati regulatur, diversum est, quoniam licet ex magis
communis, ac recepta sententia omnino inventarii non
causet privationem legitimam, vel aliorum jurium ex propria
petione competentium; Attamen quoad ipsum gra-

vatum nullus est effectus, dum ex dicto jure novissimo, non
confecto inventario, teneatur insolubili etiam de proprio,
ac ultra vires hereditarias, ad debita & legata; Quod tamen
rectè procedit quoad ipsum hæredem gravatum, ejusque
hæredes, vel alios ab eo causam habentes, secus autem quoad
ejusdem hæredis creditores hypothecarios, quibus jura suo
debitori jam ante hereditatem competentia erant hypothecata,
cum quoad eos confusio actuum, vel alter effectus non
resulset; De aliis verò ad istam materiam detraçtionum
agitur in sua peculiari sede, utpotè non concernentibus
terminos particulares fideicommissorum, sed detraçtionum
in genere. m

z pluries incidenter hoc tit. & formiter sub tit. de detraçt. a in dicta materia sub tit. de detraçt. b ibid. c ibid. & incidenter hoc tit. d ibid. e ibid. f ibid. g ibid. & sub tit. de cred. h ibid. i ibid. & sub tit. de hæred. l ibid. & hoc tit. dist. 128. m d. tit. de detraçt.

De quinta principali inspectione super fideicommissio penalis vel conditionalis ob alienationes, vel contraventiones, & non impletas conditiones, & præcepta testatoris.

Quinta principalis inspectio est circa fideicommissum
penale, vel conditionale in casu delicti, seu alienationis,
aut alterius contraventionis, illaque subtingitur in tres
particulares inspectiones; Una scilicet privationis, vel substitutionis
ob delictum; Alteram privationis, vel substitutionis ob alienationem,
vel dissipationem; Et tertiam privationis, vel substitutionis
ob alias contraventiones positivas, vel negativas.

Quoad primam ob delictum, ex duplici causa fideicommissum
in casu delicti, quod per hæredem patraretur ordinari solet;
Primò scilicet principaliter in odium delicti, ac delinquentis,
quod rarum est; Secundo autem ad impediendam confiscationem,
& ne bona transeat in fœcum, seu aliis dissipationibus
ex delicto resultantibus subiacent.

In primo casu nimum parò in quo contingibili, quaestio
videtur potius facti quam juris, super probatione scilicet delicti
quæ concludat, ac etiam fuisse ejus qualitate, & ac accidentem
necne circumstantiæ delinquentem excusantes; In altero
autem principaliter spectatur effectus confiscationis magis
quàm delictum, unde quando isto accedente talis effectus
non resultaret, non per hoc fideicommissio sit locus; Quod
verò dictus effectus resultaret, tunc intrat quaestio potestatis
superius enunciata, an scilicet species substitutionis
sufficiat necne, verius autem magisque receptum est, substitutionem
valere, nisi de fraude constet. o

Illud autem recipitur esse, quod ex hoc fideicommissio in casu
delicti non inferatur ad fideicommissum purum ac restitutorium
in casu mortis; Bene tamen ratio conservacionis bonorum
in agnatione, vel sanguine ad hanc substitutionem colorandam
deservit pro uno ex administraculis cum aliis quatenus
adit, coniungendum. p

Circa verò substitutionem ordinatam in casu alienationis
de facili solet in aliquo æquivoque incurri, confundendo,
at aliqui faciunt, terminos pene, & caducitatis, ac terminos
conditionis, qui distinguendi sunt; Ubi enim testator
adicit penam caducitatis à tota hereditate, ac à bonis etiam
non alienatis, dando substitutum in toto, & tunc nec recipitur
est, requiri malitiam, & culpam dolentem dolum verum,
ita ut ignorantiam, seu jura credulitatis, aut alia excusatio non adit,
ideoque rari sunt casus, in quibus ista substitutionis species
verificetur; q Ubi verò agitur de substitutionis purificatione
ex capite alienationis in ipsis tantum bonis alienatis, & tunc
non desideratur dictus dolus, vel malitia positiva quoniam
actus alienationis attenditur, potius tanquam conditio,
quam tanquam delictum, ex quo resulset pena; Quod tamen
quam omnino certam generalem, seu indefinitam regulam
habet, quoniam ex facti qualitate dari potest talis iusta excusatio,
quæ hujusmodi etiam substitutio purificationem impediatur;
r Licet enim ad effectum caducitatis, ac dictæ substitutionis
penalis in totum potius, quam ad effectum secunde substitutionis
per viam conditionis, considerari soleat, an alienatio
fiat à sciente, vel à ignorantem, quasi quod ad hunc
secundum effectum, si veniente, si ignorantem sequatur,
idem resulset effectus, attamen isto etiam casu, iusta ignorantia,
vel alia probabilis excusatio, vel in integrum restitutio,
pro judicis prudenti arbitrio ex facti, ac personarum
qua-



qualitate regulando admittenda quandoque venit, ideoque est questio potius facti quam juris.

344 Quando autem, etiam sine dicta penali vel conditionali hominis dispositione, alienatio est talis quod dispositionem, ac omnino imprudentem fideicommissi administrationem redoleat, tunc etiam ex sola legis dispositione resultat preventiva obligatio restituendi substituto, quamvis casus substitutionis adhuc factus non sit, quod tamen in stabilibus vix est verificabile, facilius autem in mobilibus, atque dubitari potest, an id eisdem gravati creditoribus prejudicare valeat, si potest aliis fideicommissi indemnitati consilium esse, cum frequentius iste restituendi modus colligatur ad fraudandos creditores, vel tertium interessatum, sequi, ac practici solet.

345 Quo vero ad alias contraventiones positivas, vel negativas, consistentes in committendo vel omitiendo, quidquid aliqui variaverint, recepta distinctio est, quod aut adimplementum adjectum est per viam conditionis, quae se opponat principio acquisitionis; adeo ut illud non causet privationem, seu amissionem juris questiti, sed solum arceat a jure querendo, ac impediatur ne sequatur acquisitio, & tunc necessarius non est dolus, vel malitia seu culpa positiva, sed sufficit conditionem purificari, vel respectivè deficere de facto abique eo quod regulariter competat restitutio in integrum, vel quod necessaria sit iudicis monitio, dum non adimplens, vel contraveniens damnificatur de suo, neque jus questitum amittit, quamvis, & isto casu praclusum quoque non sit iudicis arbitrium ex iusta causa, vel alia facti circumstantia ita rationabiliter exigere, concedere non adimplens, vel contraveniens restitui in integrum, cum amissio magni lucri aequiparati solet damno, ac speciem ponat redolere vitium.

Si vero causet amissionem seu privationem juris questiti, & tunc quia caducitatem, seu penam formalem importare dicitur, concurrere debet dolus, vel malitia, atque pro implementi qualitate necessaria est monitio, necnon intrant termini restitutionis in integrum, vel ex privilegio seu qualitate personae, vel ex qualitate iustae causae illam exigentis.

346 Ita theoretica seu distinctio est vera, & recepta, quoties praecipuum sit a jure probatum, secus autem sit improbum ita ut haberi debeat pro non scripto, quando autem conditio sit licita, vel reprobata est questio certam decisionem non admittens in foro, quae propterea tota est facti, & applicationis, an scilicet de una, vel altera dicta distinctionis parte agatur.

In hoc autem periculis totam vim constituunt in verbis, seu clausulis, ac dictionibus, an potius conditionem vel modum importent, ut primo casu intret prima pars distinctionis, in secundo autem altera. Atque in hoc iurista grammaticos imitant, vel sequentes, nimium laborant super verborum sensu, & proprietate; Verius autem videtur, ut neglectis verborum formulis, & grammaticalibus cancellis, seu regulis quibus nimium dedecet leges earumque professores subjacere debere, sola substantia veritatis, ac verisimilis voluntatis attendenda est, an sic implementum stet a parte antea, ita ut illud praecedere debeat emolumentum acquisitionem, vel stet a parte postea, ita ut implementum subsequi debeat, ac supponat acquisitionem, ut primo casu importare dicatur conditionem, in secundo autem modum; Ideoque ut dictum, dicitur potius questio facti, & voluntatis, pro singulorum casuum qualitate, ac circumstantiis decidenda, prosequi erroneum est cum regulis, vel doctrinis generalibus, aut cum exemplis, & iudicariis in hac materia procedere, nisi bene facta, casuum, ac circumstantiarum combinatione.

347 Procedunt haec ut dictum est cum praesupposito, quod si agatur de modo, sive de conditione, praecipuum non sit turpe, vel impossibile, seu aliàs a jure reprobatum, secus autem ubi pro non scriptum habendum est, quoties tamen agitur de dispositione per ultimam voluntatem, in qua ad eam substituendam reprobata conditio non vitiat, sed potius vitiat, secus autem ubi per contractum, seu alium alium inter vivos, cum tunc potius vitiet; Quinimò in contractibus, juxta unam sententiam, constanti non videtur differentia inter conditionem, & modum, quasi quod in casu non implementi idem resultet effectus; Quod neque ita simpliciter, ac indefinitè accipiendum est ad constituendam regulam praecise necessariam, sed solum ad inducendam praesumptionem in dubio attendendam, contraria probatione expressa, vel etiam praesumptiva ex fortioribus conjecturis elidibilem, juxta generalera naturam questio-

num voluntatis quoniam stant bene simul, dispositionem esse per ultimam voluntatem, & tamen ex sensu disponentis, conditionem turpem vel impossibilem vitare, & e contra esse per contractum, & tamen vitari, cum dicta distinctio procedat in ambiguo.

Item in proposito non implementi, seu contraventionis, dari potest caducitas, vel privatio abque explicita adjectione penae per testatorem ex dispositione legis, quae non explicatam voluntatem supplet, ut praesertim frequentius dari solet casus, quando vel naturale familie nomen defertur, vel artificiale non assumatur juxta testatoris praecipuum, vel assumptum non continetur, quoniam etiam si testator caducitatis penam non adjecerit, eam lex subintelligit, cum ea tamen differentia inter casum, in quo testator penam adiciat, & alterum in quo eam a testatore omissam lex suppleat, ut primo casu necessaria non sit iudicis monitio quae constat in dolo seu contumacia, ut necessaria est in secundo.

348 Et è converso datur casus, in quo testator penam adiciat & tamen, quod ex ejus verisimili voluntate contravento non sit puniendus, ubi ex assumpto diversi nominis cum differente vel mixtura antiqui proveniat ex nova inserata, seu verisimiliter incogitata pinguior successione, ipsi testatori verisimiliter grata in ejus descendenda, vel genere vocato, super quo certam non habemus regulam, sed totum pendet ex facti qualitate.

349 Quales autem dicantur conditiones turpes, vel impossibiles; seu aliàs a jure reprobatae, ita ut haberi debeat pro non scriptis ut supra, non pertinet ad hanc peculiarem materiam fideicommissariam, cum generaliter percutiat hereditates, legata, donationes, aliaque dispositiones tam per ultimam voluntatem, quam inter vivos, ideoque quando fideicommissaria successione occasione de hoc agi contingat, recurri poterit ad eos qui generaliter de hoc tractant; In foro tamen rari sunt casus in quibus cadant hujusmodi inspectiones, cum usus aboleverit illas antiquorum gentilium exorbitantes dispositiones, quas in jure antiquo vel medio aevum forentes controversie percutere videbantur eas conditiones quae ferant, vel restringant matrimonii libertatem, unde propterea in ea materia potius de his agitur incidenter tamen quandoque sub ista fideicommissaria.

n. disc. 148. & 149. hoc tit. o. d. disc. 148. & sub tit. de regal. disc. 160. p. disc. 104. hoc tit. & in aliis pluribus. q. disc. 157. hoc tit. x. disc. 158. eod. tit. l. disc. 170. eod. tit. l. disc. 154. & seqq. eod. tit. u. sub tit. de donat. x. disc. 7. & 13. eod. tit. y. ibid. z. disc. 44. hoc tit. & sub tit. de matrini.

De sexta inspectione principali super fructibus eorumque pertinentia, vel restitutione.

350 Sexta principalis inspectio est circa fructuum pertinentiam, in qua distinguendi veniunt quinque casus; Primò scilicet in fructibus collectis vivente testatore, vel hereditate jacente; Secundò in maturis non collectis, vel petentibus in eo anno in quo obiit testator; Tertio in iis qui maturarunt curante jure gravati, seu pendente conditione restitutionis fideicommissi ab ipso gravato jam perceptis; Quarto in iis qui pendente restitutionis conditione maturarunt, sed non fuerunt percepti; Et quinto in iis qui per gravatum percepti fuerunt post factum casum restitutionis, antequam ista peteretur a fideicommissario, ipseque constitueretur in mora restituendi.

351 Quoad primam speciem, si de tempore mortis testatoris, vel aditae hereditatis interim vacantis, fructus erant jam collecti, ac a solo separati, ita ut diei non valeant pendentes vel pars fundi, tunc augent hereditatem, atque eorum valor venit in restitutione fideicommissi, nisi in modica quantitate quotidiani domus usus destinati, praesertim in fideicommissio conditionali favore filiorum & descendendum, aut conjunctorum, ideoque id dicere, ac pro facti qualitate intelligendum est.

352 In secunda specie fructuum pendentium, vel qui pendentium jure habentur. Si agitur de fideicommissio puro, receptum est eos venire sub restitutione; Idemque si de fideicommissio conditionali factum ad tempus, quoties tempus vel conditio est in gratiam fideicommissarii, potius quam gravati, ut esse videtur quando fideicommissario existente abque dubio magis dilectio, sed aliquid habente criminis, vel aetatis, seu infirmitatis, aut absentiae, sive in capacitate impedimentum, alter minus dilectus, potius tanquam fiducia-

rius instituitur, cum onere restituendi sublato impedimento, quod frequentius contingere solet in casu delicti, vel incapacitatis resistentis a defectu natalium, seu a forensi qualitate, nam nonnulli fructus etiam veniunt.

353 Si vero agitur de simplicis, ac ordinario fideicommissio restitutorio in casu mortis, vel alterius eventualis conditionis non impediens acquisitionem hereditatis, neque habentis vim resolutivam, seu retroactivam ad initium, & tunc licet scribentes casus involvendo distentare videantur; Verius tamen videtur, fructus naturales non venire in restitutione, civile autem qui in singulos dies, ac momenta principii dicuntur venire pro rata temporis maturati in vita testatoris, cum isti potius dicantur importare nomina debitorum.

354 Et quo ad eos, qui sunt mixti, partim scilicet naturales, ac partim industriales; Aut agitur de illis in quibus natura etiam sola eos producit sine hominis industria, quae solum necessaria est ad collectionem, ac reductionem ad statum usualem, suffragante quoque industria ad uberiozem ac meliorem productionem, ut sunt, vinum, & oleum, & similia, & tunc verius videtur non venire nisi essent jam maturi, ac imminens collectio quoties essent in parte non stabili, unde intraret verisimilis intentio testatoris, quod hereditatem augere debeat, ac sub restitutione venire.

Aut de illis quos aliàs natura sola non produceret, neque industria pareret sine natura, licet magis industria, quam natura operetur, ut sunt illi qui per artem agrariam exercent percipiuntur ex satis frumenti, & hordel, allanque frugum in propriis fundis, ac terris. Et tunc excepta illa portione dominicali, seu responsione, quae Domino fundi ab extraneo colono praestari solet, habente speciem seu naturam fructuum naturalium, ideoque cedente ut supra ad favorem gravati, totum id quod importat portio colonica referibilis ad expensas, ac industriam testatoris viventes videtur esse in ejus hereditate, illamque auget, ac propterea venit in restitutione.

355 Datur etiam quaedam impropria species merè industrialium, ita dicta per modum loquendi, ubi scilicet testator ad industriam & negotiationem, artem agrariam exerceret in alienis praediis, ac terris, seu vineas, ac oliveta aliena conducta retineret, aliaque negotiationes exerceret parere solitas accessiones, & lucra, quae per quemdam improprium loquendi modum sub vocabulo fructuum explicari solent, Et tunc verius est spectare ad hereditatem, in cuius damnum redundaret ejusdem negotiationis iactura, vel periculum, & Quamvis enim fructus censuum, aliorumque annuorum reddituum, ac locorum montium seu jurium cum Principe vel Republica, nec non domorum pensiones, vel nomine fructuum merè industrialium ab aliquibus explicentur, attentio tamen frequentiori loquendi usu forensi, isti explicantur sub nomine fructuum civilium ut supra.

356 In tertia vero specie, tam naturalium, quam civilium, ac mixtorum partim scilicet naturalium, & partim industrialium naturam & perceptorum, durante conditione restitutionis fideicommissi, intrare videtur eadem distinctio, in cuius scilicet gratiam conditio seu dilatio adjecta sit, quoniam si in gratiam fideicommissarii, istius etiam erint fructus, nisi ejus incapacitas, vel aliàs expressa, seu coniecturata testatoris voluntas probet.

357 Seclufa vero ista circumstantia, ita ut agatur de ordinario seu consueto fideicommissio restitutorio, in quo conditio, seu dilatio percutiat commodum, ac favorem gravati, Et tunc regula est quod fructus pertinent ad eum, nisi in contrarium oblit voluntas testatoris, quae tamen debet esse clara, non autem dubia seu equivoca; Adeo ut si dicat quod gravatus extinguat debita hereditaria cum fructibus, nisi expressè, vel admittuntive constituta ordinatum esse in gratiam hereditatis, id resolvit in consilium.

Ubi autem voluntas est clara, quod fructus in toto, vel in parte cumulari debeat, atque augere hereditatem, tunc non solum illi veniunt in restitutione, sed si mandatum sit eos debere investiri in bona vel jura fructifera, atque multiplicari, haeres gravatus non adimplendo tenebitur loco damnorum, & interesse ad quanti interest id esse sequitur.

In praedicta vero specie merè industrialium, qui negotiationis, ac mercaturae lucrum potius, quam veros fructus importare dicuntur, distinctio est an haeres gravatus industriam seu negotiationem fecerit ex necessitate, puta quia testator ita praecerit, vel quia necessitas incepte ac preparatae negotiationis, seu continuatio susceptae conductio-

nis, vel administrationis urgeat, & tunc sicut iactura, & periculum sunt ipsius hereditatis, ita quidem erunt lucra, & accessiones, abique eo quod gravatus aliquid sibi applicare valeat, nisi id quod importet sui laboris iuncturae industriae merx, vel congruum salarium pro facti qualitate ex iudicis arbitrio taxandum; Et è converso si id fecerit ex voluntate, suaeque electione, totum erit suum tam commodum, quam incommodum ac periculum quodcumque.

358 Quarta est species, quae mixtorum ac civilium, qui maturarunt pendente conditione restitutionis fideicommissi, sed quidem non sunt, utpotè adhuc pendentes, vel a solo non separati, aut respectivè inexacti, & tunc quoad naturales, ac illam mixtorum partem quae cadit sub portione dominicali, verius est pertinere ad fideicommissarium penes quem maturant, seu colliguntur, spectante ad gravatum, seu ejus hereditatem illa mixtorum parte quae cadit sub portione colonica, seu cultura impensis, quatenus tamen initio susceperit hereditatis hanc portionem quoque tamen in susceperit, ita ut non veniat in restitutione jure ejusdem compensationis; Quoverò ad civiles non est in jure determinatum, sed sub questione remanet, cuius decisio pendere videtur a facti circumstantiis, an per gravatum fideicommissarii quominus exegerit, vel potius debitas diligentias adhibuerit, ut in primo casu transeat cum fideicommissio, secus autem in secundo; Atque sub nomine jam collectorum & perceptorum veniunt qui per colomum jam percepti sunt quamvis pensionis dies non cesserit, vel cesserit, eaque solata non sit, & è converso dicuntur pendentes, ac non percepti; licet colonus, vel conductor anteipatè solverit pensionem, sed non perceperit fructus.

359 An autem successor in fideicommissio teneatur stare locationi factae per gravatum, pendet ab eo, an bona, vel mala fide locatio facta sit; primo enim casu teneatur stare, non autem secundo, atque mala fide facta dicitur ubi imminet restitutio, vel praeter consuetudinem, seu pro tempore in quo verisimiliter jus gravati locatoris non sit duraturum pro facti qualitate iudicis arbitrio pensando.

360 Denum quoad quintam speciem fructuum decursum post factum casum restitutionis fideicommissi, ejusque purificatam conditionem distinguendum est inter tempore, & post petitam restitutionem; Primum enim tempore, aut gravatus fideicommissi ejusque purificatae conditionis scientiam habebat, aut non, si ignorabat, atque de tempore quo sequitur petitio, & constituitur in mala fide fructus non extant, & tunc non obstant quocumque fideicommissarii privilegio, ad consumptorum bona fide valorem suppleendum non teneatur, cum quicumque non dominus non teneatur ad eos fructus, quos in statu fidel bonae, vel mediae percepit, & consumpsit tanquam suos, cum adhuc effectum sufficit abesse malam fidem positivam, quamvis bona positiva non adit, sed media, quae datur in eo qui dubitat.

361 Si vero sciebat, & tunc attenditur qualitas illius cui restitutio facienda est; Si enim est persona privilegiata, adeo ut ejus favore abique interpellatione inducatur mora irregularis, & veniunt fructus ab initio, ut sunt Ecclesia, pupillus, minor, & similes; Nisi adit etiam iusta causa optinandi quod bona essent libera sub fideicommissio non cadentia, utpotè cedere debentia in causam detractionum legalium, vel accidentalium, quamvis postmodum detegatur opinionationem erroneam esse, quoties tamen agatur de consumptis, ac citra malam fidem amplius non extantibus.

Sed si non habeat tale privilegium, adeo ut ad moram desideretur interpellatio, tanquam in casu morae regularis, & tunc quidquid scribentes variant, in foro magis receptum est, quod gravatus, vel habens ab eo causam antequam constituitur in mora faciat fructus suos, quamvis de tempore petitionis, vel morae non consumptos, dummodo perfectè a solo separatos atque ad suum privatum dominium translatos, ex ea ratione quod gravatus fideicommissio, juxta magis probabilem, ac receptam sententiam dicitur verus dominus, neque ejus dominium resolvitur, nisi quatenus ille qui vocatus est ad fideicommissum, constituitur, atque certificatus illud agnoscat, ejusque restitutionem petat, constituendo gravatum in mora, sine qua gravatus vel habens ab eo causam continuat in priori dominio, cuius sequela sunt fructus, neque dici potest in mora, vel mala fide, quia potest credere fideicommissarium nolle agnoscere, ac etiam quia in pari mora, gravati possessoris portio esse debent partes; Aliqua remanente difficultate ubi gravatus sciente factum esse casum fideicommissi, alter qui ad illud vocatus est, quamvis non habeat privilegium morae irregularis, attamen ratione abentia,



ita; vel ignorantia, seu alteri us impedimenti eodem privilegio ex iudicis arbitrio pro facti qualitate dignus reddatur, quod certam ac determinatam regulam non habet, sed ex singulorum casuum particularibus circumstantiis decidendum est.

362 Major autem questio in foro desuper esse solet, quando huiusmodi mora contrahi dicatur, ob diversitatem opinionum quae desuper habentur; Una enim opinio est eam non contrahi nisi per sententiam per quam a iudice canonizentur, tam fidei commissi existentia, & purificatio, quam pertinentia ad favorem petentis, cuius personae identitas ita canonizata sit, cum canonizatione etiam identitatis bonorum, ac incompetentiae detractionum, sine quibus omnibus requisitis possessor dici non potest in mora; Altera est opinio, ut hic effectus resultet post publicatas attestaciones, ac panditas fidei commissarii petentis probationes, ex quibus possessor certificari potuit se non esse amplius dominum, sed ad restitutionem teneri, ac propterea agnoscat non posse amplius facere fructus suos; Et tertia est rigorosior, ut idem effectus resultet ab initio litis, ex cuius tempore veniat fructuum restitutio, quasi quod ex tunc possessor agnosceret ceperit se non esse dominum, vel saltem ita desierit ejus bona fides, vel credulitas, atque hanc sequitur Curia Romana.

Temperat autem aliqui (& quidem rationabiliter) hanc tertiam opinionem, ut non sola petitio judicialis sufficiat, nisi etiam accedat litis contestatio, quae hodie sublati antiquis formulis induci dicitur per comparationem rei citati aliquam deducens exceptionem circa merita, non autem iudicis jurisdictionem declinando; Quinimodo quod neque id sufficiat, nisi cum petitione accedat exhibitio iurium in quibus illa fundetur, unde petitus certificari valeat, non obligatus alius credere solae assertioni petentis, potissimum si inter petitionem, ac justificationem aliquod notabile temporis intervallum accedat, in quo petitur acquieverit, suaeque petitionis prosecutionem deseruerit.

363 Hac autem tertia magis rigorosa opinione retenta, dubitari etiam solet, an litis introductio coram incompetenti iudice facta, & successivè iudicis nullitas huiusmodi effectum producat, atque verior videtur negativa, cum ita deficiat contestatio litis, vel contumacia, nisi reo comparente, atque de facto litem coram incompetenti tractante, adeo de iuribus petentis instrui potuit, quod in mala fide etiam extra iudicium constitutus dicatur, cum aliis inepta lis adhuc effectum non attendatur.

364 Et ulterius dubitari solet, an introducta litis pereunte instantia, quae ex Principis gratia, vel ope restitutionis in integrum instauratur, fructus veniant ab initio, vel potius ex tempore instaurationis; Atque una opinio hanc ultimam partem credit verior; Altera verò in foro magis recepta primam tenet, ut veniat ab initio, quasi quod mala fidei effectus iam per litem de facto consumatus, non tollatur per instantiae peremptionem provenientem à legis fictione; Utrumque verò extremum vitiosum videtur, probabilius si quidem attentata naturali veritate videtur haec posterior magis rigorosa opinio, non autem ita mordicus, ac generaliter tenenda, sed temperanda ex facti qualitate, puta quia ob rei ambiguitatem, ac intermedium notabile petitoris silentium, possessor qui lis mota fuit, iuste credere potuit, petitorum agnoscentem malum jus, à petitionis prosecutione aliàs inverisimili destitisse, ideòque ita se confirmando magis in priori bona fide, eamque reassumendo, in hoc statu fructus tanquam suos perceperit & consumpserit; Alia verò fructuum restitutionem, seu liquidationem concernentia non sunt huius fidei commissariae materiae peculiaris, sed cuiuscumque materiae generaliter convenientia, huic etiam ex generalitate congrua.

a disc. 151. hoc tit. b habetur de hac distinctione sub tit. de dote, disc. 160. & 167. c ibidem & hoc tit. disc. 191. d de his disc. 187. cum seqq. hoc tit. e dicto disc. 191. & 192. f disc. 177. hoc eodem tit. g de hoc sub tit. de Beneficis Reg. particulariter. h sub tit. de Locat. disc. 24. i de his omnibus disc. 185. cum seqq. hoc tit. l ibidem.

De septima principali inspectione remedii, vel actionis fidei commissarii competentis, ac de materia legitimi contradicitoris, & restitutionis fidei commissi.

Demum septima, & ultima principalis inspectio est circa judicialia super actione, vel remedio scilicet, fidei commissario competente pro fidei commissi restitutione ac bonorum vendicatione; Sive quatenus eorum possessionem ip-

se nanciscatur, an & quando dici valeat gravato, vel ejus heredi legitimus contradicitor; Illaque inspectio distinguenda quoque est in duos casus, unum scilicet in quo ipse fidei commissarius sit actor, & alterum in quo sit reus, & possessor.

In primo casu fidei commissarii actoris, cadere solet frequenter questio jurisdictionis, & competentiae fori, quoties plures essent gravati haeredes ac successores, vel bonorum possessores, ne contingat coram singulorum iudicibus plures tractari debere, unde congruat coram uno tantum agi, quis scilicet dicatur magis competens, de quo habetur in sua materia jurisdictionali.

365 Posita verò iudicis competentia, quamvis aliàs apud antiquiores dubium sit, an competat secundo haeredi illud summarium adipiscenda remedium vulgò immisionis hodie nuncupatum, quod à jure primo ac directo haeredi testamentario concessum est, hodie tamen in foro passim est recepta affirmativa; Remanente difficultate ubi ageretur de fidei commissio ordinato per actum inter vivos; Quinimò usu receptum est interdicium salvianum quoque concedi, quod tamen attentis juris principijs procedere solum videtur in fidei commissi particularibus, quae censenda sunt jure legatorum, quibus hoc remedium concessum est, non autem in universalibus, quorum respectu videtur aequivo- cum, sed quia usus recipit; atque parum vel nihil referre videtur, an una, vel altera immisionis species competat, ideò non de facili huiusmodi quaestiones in foro audiuntur, stantibus praeteritum clausulis salutaribus, hodie apponi solitis, operantibus cumulationem cuiuscumque pinguioris ac melioris remedii.

367 Attenta juris civilis dispositione istud remedium est summarium, ac exequutivum non admittens appellationem suspensivam, neque retardationem recipiens per exceptiones alioris indaginis; Secus verò est de jure canonico, quo attentio est applicabile ad utrumque, ideòque terminandum per rem iudicatam, vel per testes conformes, ad eò ut à iudicio ordinario petitorij quoddammodo in nihilo differre videatur.

Verùm in Urbe & Statu Ecclesiastico quadam Constitutio quae dicitur *Aegadiana* juris civilis dispositionem restituit, sed quia receptum est eam esse legem laicalem editam à Papae Legato in temporalibus, quod quae Papalis confirmatio, vel extensio ejus materiam non alteraverit, hinc proinde receptum est non procedere in causis fori Ecclesiasticis quamvis inter laicos; Minusque ubi agitur de bonis quae essent de directo dominio Ecclesiae, licet ista non sit in causa, neque interesse habeat, atque agatur inter laicos contendentes de utili dominio; Sive ubi ad sit mixtura personae Ecclesiasticae, quamvis haec obtineat, suaque inter sit dictam Constitutionem locum habere ad servandam inter litigantes aequalitatem.

368 Et licet nostri majores huic iudicio talem naturam tribuant, quando non sit concursus cum altero contendente de pari titulo, qui propterea dicitur legitimus contradicitor, cum quo in forma iudicii ordinarii est procedendum; Atque exinde ad instar idem inductum in materia beneficii super exequutione literarum Apostolicarum; Attamen Curiae praxis docet raros esse casus, in quibus in hac fidei commissaria materia dicta distinctio attendatur.

369 Ideòque majores huius iudicii quaestiones, vel difficultates consistunt super verificatione extremorum quae plura sunt; Primò, scilicet substantia seu existentia fidei commissi; Secundò, pertinentia cum legitimatione personae petentis; Et tertio, bonorum identitas; p Quamvis enim incompetentia detractionum sit quoque unum de requisitis necessariis, cum ex isto capite frequentius hoc remedium impediti soleat, Attamen istud non est requisitum probandum ex parte actoris, cui solum replicando incumbat illud justificare, ad effectum tollendi exceptionem à gravato, vel bonorum possessore oppositam juxta ea quae desuper habentur in sua iudiciorum sede q qui magis congruit de his inspicere, cum propositiones deluper cadentes non sunt huius fidei commissariae materiae peculiare, sed cuiuscumque alteri conveniant, in qua iudicium summarium, vel exequutivum intret.

370 Ubi autem agitur de casu converso, quod scilicet fidei commissarius possideat, atque contra eum haereditas gravati haeres testamentarius, vel intestatus idem immisionis remedium, uni, vel alteri haereditas qualitati competens intret, unde dubitari contingat, an esset necne legitimus contradicitor ad dictam immisionem impediendam ratione inanis circuitus, Et tunc frequentiores, ac penè quotidianae sunt quaestiones, in quibus cum aliquo rigore adversus fidei-

fidei commissarium procedit solet ad reprimendam licentiam occupandi bona vacantia propria autoritate sibi que jus dicendi, ac propterea cum de jure fidei commissum capi debeat à manu haereditis gravati mediante reali, seu verbali restitutione, receptum est fidei commissarium non dici legitimum possessorem ac legitimum contradicentem, nisi tribus requisitis copulativè concurrentibus; Primò, scilicet fidei commissio clara, tam circa existentiam, quam circa pertinentiam; Secundò, quod nullae competant detractiones; Et tertio quod possessio non sit vitiosa.

371 Super omnibus his requisitis rigorose procedi solet, super primo scilicet fidei commissi clari, ut expressis verbis conceptum sit, adeò ut quemadmodum aliqui dicunt, oculis corporeis legatur, secus autem ubi deducatur ex conjecturis, cum nunquam fidei commissum conjecturale dici possit clarum; Et super secundo non competentiae detractionum, ut sola illarum possibilitas ad hunc effectum sufficiat; Ac super tertio non vitiosae possessionis, ut scilicet capta sit servatis servandis, ac citato haerede haereditis gravati, & quatenus haereditas esset jacens dato curatore eoque citato, & audito; Hoc autem ultimum requisitum discretè intelligendum videtur, quatenus scilicet urgeat dicta ratio se male intrudendi in possessione de facto, tanquam per speciem spolia, seu expilationis haereditatis, secus autem si fidei commissarius ex alio legitimo titulo saltem bonae fidei putativo possessionem sine dicto vitio adipisci potuit, quoniam tunc concurrentibus aliis duobus requisitis, potuit sibi mutare causam possidendi, atque intrat ratio inanis circuitus.

373 Dicitur autem requisitis concurrentibus, quamvis de stricta juris civilis censura necessaria sit restitutionis verbalis, vel realis formalitas, attamen de canonica aequitate magis abhorrent inanes circuitus, de facili negligitur.

374 Prout de facili evitari solet ista formalitas influens in tertium requisitum ob facultatem expresse datam à testatore capiendi possessionem propria autoritate, vel implicite resultantem à clausula *omni modo meliori*, vel aequipollenti, sive à privilegio ipse causa, cum similibus, ideòque apud iudiciosos ac peritos forenses major difficultas residet in primo & secundo requisito, sed quoad tertium adhibendum est rigor, vel respectivè sit locus dictae aequitatis profecti qualitate, & an urgeat necne ratio spolia, seu concussio- nis, & malitiae prudentis iudicis arbitrio; Et haec nisi se- quuta sit restitutio de implicito consensu, qui etiam ex

actibus positivis, vel negativis resultat etiam cum patientia in parte, ut infra.

375 Quaestiones autem legitimationis personarum, ac identitatis bonorum sunt facti potius quam juris certam regulam generalem non recipientes, sed pro singulorum casuum particularibus circumstantiis, ac probationibus decidende, considerande circa fines, an tempus sit moderatum, vel antiquum, ut primo casu majores, in secundo autem minores probationes sufficiant, sive an possessor sit descendens ejus quem constat in loco possidisse, vel an culpa finium consensio concurrat cum similibus.

376 Ubi verò agitur de bonis quae certum est in haereditate non remansisse, quia nempe per gravatum acquisita fuerint de pecunia tamen haereditaria, & tunc regula est dominium bonorum acquiri ipsi gravato, qui solum debitor sit restitutionis pecuniae, nisi accedat praecipuum testatoris super pecuniae haereditariae investimento, vel nisi aliàs ex facti circumstantiis constet de voluntate acquirendi pro haereditate, seu fidei commissio.

377 Fidei commissi demum restitutio non exigit certam verborum, vel actuum formam, sed sufficit quod ea quomodo- cumque sequatur etiam factis positivis, restituendo bona, vel negativis patiendo restitutionem possidere vel exigere jura, aut alios haereditarios actus facere; quinimò etiam id in una re, vel in uno actu sequatur, sufficit quoad omnia.

378 Pleraque alia sub hac vasta, penèque incomprehensibili fidei commissaria materia cadunt, adeò ut forte plus dicendum remaneat, quam sit dictum; Verum commiserandum est humanae imbecillitati, cui videtur impossibile, cum sola operatione memoriae, verè primo, fatigae curenter, ac furtivo calamo totum comprehendere, repetito infinitu exemplo recludendi Oceanum in parva fovea, vel ampulla; Forsan deficientia in parte opportunè supplebuntur, acetiam alibi habentur acta. y

m sub tit. de juriisd. disc. 59. & 87. ac etiam sub tit. de successibus. n disc. 197. & seq. hoc tit. & disc. 106. eod. tit. o de his sub tit. de iudicis, ac etiam sub tit. de benef. p disc. 197. & seq. hoc tit. q sub tit. de detrac. r dicto disc. 167. & seq. t ibid. & disc. 196. hoc tit. u disc. 177. eodem tit. x d. d. disc. 196. & d. tit. de detrac. & tit. de iudi. ciii.



