





Pri. 53. num. 33.

DISPUTATIO JURIDICA *1761*
DE
FIDEI COMMISSO-
RUM ILLUSTRIMUM
CONSTITUTIONE ET
DISPOSITIONE *12*
35

285
286
QUAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
FRIDER. WILHELMO
CORONÆ BORUSSICÆ ET ELECTORATUS BRAN-
DENBURGICI HEREDE &c. &c.

IN REGIA FRIDERICIANA

P R Æ S I D E

DN. SAMUELE STRYKIO JC^{to},

S. REG. MAJEST. BORUSS. CONSILIARIO INTIMO, PRO-
FESSORE PRIMARIO ET FACULTATIS
JURIDICÆ ORDINARIO

PATRONO SUO ET PROMOTORE DEVENERANDO

In auditorio Majori

D. *Novembr. M' DCCI.*

publicæ eruditorum disquisitioni submittit

AUTOR

JOANNES HENRICUS BEST.

Osteroda Cheruscus.

HALÆ MAGDEBURGICÆ,

Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typogr.



1773. 2. 22.

DISPUTATIO JURIDICA

DE
FIDELI COMMISSO
RUM ILLUSTRIUM
CONSTITUTIONE ET
DISPOSITIONE

ORAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPIS AC DOMINI

FRIDER. WILHELMO

CORONAE BOURBONICAE ET ELECTORATUS BRAN-
DENBURGICI HEREDI &c. &c.
IN REGIA UNIVERSITATE

P R A E S I D E

DR. SAMUELIS STRYKIO JC.

S. REG. MAJEST. BOURG. CONSILIARIO INTIMO, P. O.
RESSOR. PRIMARIO ET FACULTATE
JURIDICAE ORDINARIO

INTRODUXIT SUE ET PROMOTORIS DEFERRANDO
IN AUDITORIO MAJORI

D. NOVEMB. M. DCC.

PUBLICE ENUNCIATA DISCIPLINA JURIS

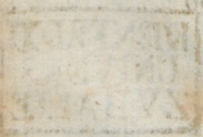
AUCTOR

JOHANNES HENRIKUS BERTI

ORDIN. CHIRURGUS

PROFESSOR P. O. IN ACADEMIA JURIS
IN REGIA UNIVERSITATE

Typis JOHANNIS GRUNERTI Auct. Typogr.





INGRESSUS

Mirandum certe arbitror, quod fideicommissorum materia, quæ ab initio tam parva principia habuit, postea ad tantam molem, excreverit, ut deinde Jcti veteres integris voluminibus illam complexi fuerint. Ulpianus enim sex libros, Paulus tres, Pomponius quinque, Valens septem, Mæcianus sedecim, Cajus duos de fideicommissis edidit, ex quibus nervum tantum seu potiora capita adhuc in ff. habemus. Quin tantus eorum post ea favor factus est, ut tandem Prætor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellarunt §. 1. *f. de fideic. hered.* Imo Claudius deinde duos constituit, ut testatur Tranquillus *cap. 23.* quod argumentum præbet, hanc materiam tunc fuisse usui frequentissimam. Ethi quidem contra morem suum non dabant in hac materia iudices pedaneos, sed ipsi cognoscebant & jus dicebant, *l. 178. §. 2. ff. d. v. s.* Neque etiam post, ubi jus Romanum in Germania receptum, desuere, qui hanc materiam inexcussam relinquerent, sed plena manu hanc pertractarunt Petrus Ant. de Petra, Vincentius Fusari, Marcus Ant. Peregrinus, ad quem Franciscus Censalius Jctus Neapolitanus observationes singulares & additiones scripsit, Philip. Knipschild, aliique ad quos passim hic autor provocat. Id quod indicium præbet materiam hanc usui moderno esse frequentissimam.

Quo magis autē aliqua materia trituræ fori subijci sive-
 vit eo plures sæpius solent oriri controversiæ, ut hinc
 imprimis, non tantum quid regulæ justæ & æqui postu-
 lent, addisci debeat, sed imprimis, quas nam Jurispru-
 dentia regulas provide sibi cavendi consulendique
 subministret, ut ubique inoffenso pede in constituen-
 dis fideicommissis progredi liceat. Cum itaque spe-
 cimen aliquod academicum in publico mihi sisten-
 dum erat, ejusmodi thema eligendum censui, quod &
 utilitate & necessitate simul commendetur. Ecquid
 vero utilius, quid magis necessarium esse potest, quam
 si ostenderim, qua ratione fideicommissa Illustrium
 caute constitui, & simul de iis aliquando caute disponi
 possit. In hoc themate itaque elaborando tota jam
 versabitur animi intentio, faxit Deus, ut feliciter o-
 mnia succedant.



CAP. I.

DE

CONSTITUENDIS FIDEICOMMISSIS ILLUSTRIBUS.

§. I.

*Fideicom-
 missum
 quid si-
 gnicet vi
 vocis*



Uid fideicommissa vi vocis significent, non adeo in obscuro est, cū
 vel verba ipsa id indigent. Non
 enim infrequens in jure est, *fidem*
 pro *conscientia* accipi, uti apparet
 ex communi phrasi, bona vel ma-
 la fide aliquid possidere, quod ni-
 hil aliud est, quam bona vel mala
 con-

conscientia aliquid tenere; sic & fideicommittere eodem modo denotat committere aliquid alicujus conscientia, eines gewissen anheimb stellen/ an hoc vel illud *Origo fideicom-* alter præstare velit. Et hoc optime congruit cum *missorum* origine fidei commissorum, quæ primitus nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur §. 1. *J. de fideic. hered.* ut ita tantum imperfectam obligationem continerent. Videlicet, cum plures in Jure Rom. qui testamenti factionem passivam non habebant, occurrerent, his vero testatores omnino aliquid relinquere desiderarent, excogitarunt hanc cautelam, ut capacem instituerent heredem & verbis precativis ab hoc contenderent, ut hereditatem vel partem incapaci restitueret, Vid. Dn. Præses *Tr. de Success. ab intest.* Dissert. 7. c. 1. §. 3.

§. 2. Sicuti vero jura, ubi incipiunt, subsistere non solent, ita quoque mox, ubi fideicommissa copiosius invalescebant, facies eorum tota mutata, ita, ut quæ antea erant voluntatis, ex postfacto fierent necessitatis. Cujus rei primaria causa Augusto adscribitur in §. 1. *cit.* qui æquitate motus auctoritatem suam interposuit, hoc tamen constituendo, ut non alii, quam capaci, fideicommissa possent relinquere.

§. 3. Exinde jam facili negotio definitio fideicommissi strui potest, quod scilicet sit ultima defuncti dispositio, qua vel tota hereditas, vel pars ejusdem vel singularis *Definitio fideicom-* res singularis *missi* verbis precativis alicui capaci relinquitur, vid. Dn. Præses *cit. loc. §. 5.* Dixi, esse ultimæ voluntatis *Explicatio* speciem, cum propria ejus indoles in hoc consistat, ut fidei heredis committatur, & quidem a solo testatore. *tionis* Quamvis itaque quidam admittant fideicommissum.

conventionale, quod scilicet per conventionem & inter vivos constituitur, hoc tamen irregulare & improprium tale est, uti nec diffitetur Dn. Harprecht *in part. 2. Tract. academ. tr. 8. de fideic. convent. §. 3.* Unde & fere diversa jura huic fideicommissio applicari debent, diversæque circa illam adhiberi cautelæ, ceu infra videbimus. Deinde facta est mentio verborum precativorum. In hoc ipso enim differt ab aliis dispositionibus directis, seu quæ verba magis habent imperativa, ubi tamen notandum magis ad voluntatem, quam corticem verborum esse respiciendum, *L. u. §. 7. d. legat. 3.* Et ita jam facile hæc definitio quoque applicari potest ad fideicommissa illustrium, quæ hodie imprimis frequentia sunt, & in quibus imprimis fideicommissorum utilitas sese exferit, cum non statim ibi bona restituantur, sed demum post mortem possessorum. Intelligimus itaque per illustrium fideicommissa ejusmodi dispositiones, quæ fiunt inter ejusmodi personas quæ nobilitate aliaque illustriori dignitate fulgent.

*Methodus
dicendorum*

§. 4. Et hæc quidem breviter saltem hic quasi summo digito tetigisse sufficiat. Cum vero hic non singula circa fideicommissa obvientia eruere, animus sit, cum hæc plena manu jam ab aliis sint excussa, sed tantum in selectiora, quæ ad cautelam constituendum fideicommissum, maxime illustre, faciunt, inquirere, hinc certos tantum nobis hic terminos præfigere jurabit, quibus hoc caput includemus. Totus itaque discursus noster ad hæc maxime capita redibit, ut (1) consideremus varias species fideicommissorum, (2) quomodo caute verba hic sint adhibenda, (3) ipsam formam, & denique (4) quid circa effectus famosiores inde profluentes juris sit,

§. 5. Primaria fideicommissorum divisio est, quod alia sint universalia, alia particularia- Universalium u-
 falia sunt, quando quis vel de tota hereditate vel de niversalium,
 parte ejusdem restituenda rogatur, sicuti ubi res sin- particulare
 gularis tantum alteri restituenda relinquitur, fideicom-
 missum particulare est. Anton. Peregrin. de fideic. art.

s. n. 4. Multum vero quoad effectus juris inter utram- differentia utri-
 que speciem interest, cum particularia quidem ab Impe- usque
 ratore sint legatis exaequata, universalia autem per-
 Sctum Trebellianum peculiarem naturam retinuerint,
 ita ut simul ad heredem fideicommissarium onera he-
 reditaria transferantur, & quarta Trebellianica fidu-
 ciario salva sit. Videndum itaque de singulis spe-
 ciatim.

§. 6. Et quidem ubi testator vult, ut tota heredi- utilis as fi-
 tas alteri post tempus vel mortem heredis restituatur, deicom-
 vulgarissima cautela est, ut hoc fiat verbis preca- missorum
 tivis & obliquis. Cum enim ratio juris non patiat, ut
 quis heredem ad tempus habere possit, & hoc tan-
 tum privilegium militibus concessum, ut directo post a-
 liquod tempus substituere possint, l. s. C. de substit. non
 vero paganis, admiserunt tamen legislatores, ut per in- verba u-
 directum talis dispositio fieri possit. Ubi imprimis niversalia
 norandum ut talia adhibeantur verba, ex quibus de- requirun-
 tota universalis successione apparet, Peregrin. cit. l. n. 4. tur
 quod variis in jure Romano exprimi solet verbis.
 Pertinet huc l. 83. pr. ff. de legat. 3. ubi illa formula oc-
 currit, quidquid ex hereditate bonisve meis ad te pervenerit,
 cum morieris, restituas, ubi sine dubio universale fidei-
 commissum constitutum esse apparet. Dubitabatur
 tamen de fructibus, utrum etiam illi essent restituendi,
 quod

An fru-
ctus in u-
niversali
restituun-
tur

quando
fructus
restituun-
di

Turis fi-
deicom-
missorum
universa-
lium

Quorum
in fidei-
commissio-
rum uni-
versalium

quod dicendum videbatur, cum fructus alias augeant hereditatem ejusque pars esse censeantur. Respondet tamen Modestinus fructus non esse restituendos quos heres vivus perceperit, fuit enim heres fiducia- rius interim hereditatis dominus, & hic proprie fructus percepit, Peregrin. *Art. 49. n. 10.* Gail. 2. *observ. 103.* Quod si itaque testatoris interest, etiam fructus interim perceptos restitui debere, quod aliquando in favore fideicommissarii accidere solet, ut si interim infirmitati filii sui consulere voluit, l. 78. §. 12. *ad Sct. Trebell.* utile est, ut simul hoc exprimat, & specialiter de fructibus quoque vel omnibus vel adhuc ex rantibus restituendis rogetur, l. 18. pr. §. 2. ff. *ad Sct. Trebell.* Knipschild *de fideic. famil. c. 10. §. 37. seqq.*

§. 7. Ceterum cum fideicommissa universalia, maxime illustria hunc in finem constitui soleant, (1) ne bona inter heredes plures dividantur, sed a splendorem & integritatem familiæ conservandam potius ab uno quam a pluribus possideantur. Deinde (2), ne per fœminas in extraneam devolvantur familiam, quem in finem etiam renunciaciones inventas & introductas esse docet Dn. Præses *de Success. ab intest.* Diff. 8. c. 10. §. 9. omnino testatori universale fideicommissum in hosce fines constituenti providendum ut ejusmodi clausulis & cautionibus circumvallet hujus fideicommissi constitutionem, ne postea præter ejus intentionem bona variis modis diminuantur vel dividantur. Quamvis enim verbis de universa hereditate restituendis usus sit, plura tamen sunt, quæ ordinarie in sortem hujus fideicommissi universalis non cadunt. Solent enim Dd. hic regulam formare *ex L. si Patroni ss. ff. ad Sct. Tre-*

Tre-

DE CONSTITUENDIS FIDEICOM. ILLUSTR.

Trebell. sequentem; quacumque non capiuntur jure hereditario
 & ex judicio defuncti, in fideicommissis universalis non continen-
 tur. Unde plura occurrunt, quæ huic fideicommissis non
 includuntur. Primo loco occurrit legitima liberorum, *Legitima non venit in restitutionem fideicommissi universalis*
 de qua constat, quod nullo modo gravari possit, neque
 dilatione, neque conditione vel alia dispositione, l. 32.
 & 36. §. 1. C. d. inoff. testam. Unde quoque communis
 Dd. conclusio est, filium, fideicommissis gravatum, de-
 fideicommissis posse detrahere legitimam, Vincent.
 Fufar. de fideic. substit. qv. 296. n. 2. seqq. Petr. Ant. de Pe-
 tra de fideic. n. 111. & 118. Knipsch. de fideic. fam. c. 5. n. 120.
 adeo quidem, ut si descendens non detraxerit, jus de-
 trahendi transmittatur etiam ad ejus heredes, id. n. 5.
 neque illud impediri possit, licet vel maxime in favo-
 rem piæ causæ fideicommissum sit constitutum, Me-
 noch. lib. 4. pres. 196. n. 17. Quamvis enim heres adeun-
 do censeatur approbare omnia illa, quæ ex dispositio-
 ne defuncti dependent, tamen hæc approbatio ulter-
 rius extendi nequit, quam quatenus defunctus per le-
 gem heredem gravare potuit. Potuit itaque filius se-
 immiscere hereditati paternæ salva sua legitima, de-
 trahenda ex fideicommissis, Petrus Ant. de Petra
 cit. l. n. 111. Frustraneum itaque est hoc casu consilium, *Pater ut pater prohibeat disertis verbis detractionem legitimæ in suo testamento, quasi filius agnoscendo testamentum censeatur etiam agnoscere prohibitionem ipsius detractionis* Frustra prohibet legitimum
 Fufar. cit. l. n. 44. seqq. Mant. de conj. ult. volunt. lib. 7. tit. 8. n. seqq. Petra cit. l. n. 119.
 cum simplex illa approbatio censeatur fieri salvo jure
 filii. Cæterum cum favor erga familiam, quem testa-
 tor habuit, aliquando possit svadere, ne etiam legitima

B

de



Cautela
ne possit
detrahi
legitima

de fideicommissio detrahatur, & ita a filio aliquid ex bonis in familiam alienam transferatur, consultum est, ut eo nomine prælegatum constituatur, addita hac expressa conditione, ut hoc accepto non amplius possit deduci ex bonis fideicommissio obnoxii legitima, Menoch. *conf.* 71. n. 21. rem enim prælegatam pro sua legitima aestimasse videtur, Peregr. *de Fideic. art.* 36. num. 97. Quando itaque filius agnoscit prælegatum, censetur renunciasse legitimæ, cum alio modo ad prælegatum pervenire non possit, Vinc. Fusar. *de fideic. qp.* n. n. 60. Neque enim tunc amplius dici potest esse gravatus in legitima ejus ubi in compensationem quid accepit, Menoch. *conf.* 96. n. 15.

An fru-
ctus per-
cepti im-
putentur
in legiti-
mam

§. 8. Cæterum quam alii substituunt cautelam, ut Natta *conf.* 321. n. 8. Cephal. *conf.* 153. num. 92. Menoch. *conf.* 196. n. 15. ut scilicet pater universam hereditatem ultra legitimam relinquat filiæ vel liberis, ut interim ex bonis omnibus possint percipere fructus, donec vivant, quia sic percipiendi fructus ex bonis fideicommissio obnoxii censerentur legitimam percipisse, modo fructus percepti ad legitimam ascendant, minus conformis juri est, ut rectè judicat, Fusar. *cit.* l. n. 71. *ibique allegati* quia legitima non debetur ex fructibus, sed ex ipsa substantia paterna, l. 36. C. d. *inoff. test.* Cum enim secundum L. *jubemus* 6. pr. C. *ad Sct. Trebell.* nequidem redivus seu fructus interim percepti possint imputari in Trebellianicam, licet pater hoc voluerit, multo magis hoc admittendum esse videtur in legitima, cujus major adhuc favor est, cum illam possit plene prohibere, non vero hanc. Aliud forsan dicendum, si pater ita ab initio disposuisset, ut vel filius de-

detracta legitima, statim hereditatem restituere, *Alia cau-*
 ret, quod fieri potest, cum pater possit filio usque, *tela ne*
 ad legitimam præjudicare, aut vero sub conditione de *possit de-*
 non detrahenda legitima universam substantiam reti- *trahi*
 neret, ut interim fructus inde perciperet. Tunc enim
 eligens unum renunciat alteri, & acceptando heredi-
 tatem paternam postea legitimam non detrahere
 potest.

§. 9. Otiosa vero ut puto, est illa cautela, quam *An sim-*
 nonnulli suppeditant, ut scilicet filius vel filia patri sim- *plex pro-*
 pliciter promittat, quod nolit detrahere legitimam; *missio pa-*
 tale enim pactum nullius momenti esse diserte asseritur *eri facta*
 in *l. si quando 35. §. 1. C. de inoff. test.* quamvis renuncia- *de non de-*
 tio post mortem patris facta plus operetur, modo fue- *trahenda,*
 rit specialis, Dn Præses *de success. ab intest. diff. 7. §. 25. legitima*
 Fusar. *cit. l. num. 103.* Sicuti vero jurata renunciatio aliquid o-
 hereditatis paternæ hodie filiam a successione excludit, *peretur?*
 per ea quæ tradit hac de re fusius Dn. Præses *cit. tr. diff.*
8. c. 10. ita hoc casu quoque consultius pro patre foret, ut
 filius vel filia jurato promitterent de non detrahenda
 a bonis fideicomisso obnoxiiis legitima. Idem dicen-
 dum quoque de dote filiæ facile apparet, cum dos vi-
 cem legitimæ intret, adeoque ordinarie dos in fidei-
 comisso universali non computetur *l. 62. pr. ff. ad Sēt.*
Trebell. Sed si filia eodem modo jurato promississet de *filia ex ju-*
 dote cum fideicomisso restituenda, non dubium, *rata pro-*
 quin & sic quoque in fideicommissum universale dos *missione*
 computandi, Fusar. *qv. 297. n. 7.* Verum quamvis com- *dotem re-*
 munis Dd. decisio sit, dotem esse vice legitimæ, vide- *stituit*
 tur tamen hoc asseritum cum grano salis esse intelli-
 gendum, ut scilicet filia jurato promittens de dote non

detrahenda à fideicommissò universali, censeatur etiam promississe se nolle detrahere legitimam. Nam diversa est quantitas dotis & legitimæ, & diverso modo debentur. Unde securius hoc casu pro patre est, ut filia etiam simul renunciaret detractationi legitimæ.

§. 10. Deinde fideicommissò universali non includuntur bona feudalia, quia de his nulla valet vasalli dispositio testamentaria, Dn. Præses *Exam. jur. feud. c. 14. qv. 18.* Knipsch. *d. fideic. fam. c. 5. n. 105.* nisi sit feudum absolute & simpliciter hereditarium, cum aliis bonis hereditariis annumeretur, & sic de illa valeat dispositio, Rosenthal, *de feud. c. 7. concl. c. 12. n. 1.* Dn. Præses *cit. l. Knipsch. cit. l. n. us. ibique alleg.* Quod si itaque fideicommissum constituens etiam hæc universali fideicommissò includere velit, facilius quidem ratio est, si feudum sit novum, dummodo curet, ut consensum Domini impetret, illeque specialiter exprimatur in fideicommissò, quia in tali feudo agnati non habent jus quæsitum, & solius domini interesse versatur, qui proinde consentire debet, Peregr. *de fideic. art. 6. num. 25.* Ast cum in feudo veteri agnatis quoque jus sit quæsitum non aliter universale fideicommissum feudum continebit, nisi & agnati quoque consenserint, cum etiam horum consensu accedente feudum licite alienetur, Vultej. *de feud. l. 1. c. 10. n. 60. seqq.*

§. 11. De prælegatis quoque anceps DD. concertatio est, utrum in fideicommissò universali veniant, quæ quæstio iudice Stravio *Ex. 36. th. 21.* est voluntatis. & ex circumstantiis & verbis colligenda. Et quidem non nego, aliquando id ex circumstantiis, dici judicari posse, ut si prælegatum in re immobili consistat, & te-

& testator postea prohibuisset, ne ulla immobilia ex sua hereditate extra familiam suam alienentur, quo casu dubium non est, prælegatum quoque fideicommissio obnoxium esse, Ant. Peregr. *de fideic. art. 7. n. 27.* Sed cum conjecturæ tales sæpius soleant esse ambiguae & in utramque partem explicari possint, caveat disponens, ut diserte quoque prælegatorum mentionem faciat, ne ansa dubitandi & controvertendi suppeditetur, quod tunc præsertim esset necessarium, si facile ex aliis conjecturis de contraria mente apparere posset, veluti si prælegatum sit relictum personæ dilectæ, Peregr. *cit. l. n. 50.*

§. 12. Cum itaque ex tali fideicommissio uni-
versali a testatore constituto fideicommissarii, seu quiri-
um de sunt de illa familia illustri, jus quæsitum habeant, & bonis fi-
eorum utique intersit, ut omnia integra & salva resti-
tuantur, curent maxime hi, quibus spes ex tali fidei-
commissio est quæsitæ, ut conficiatur inventarium de-
rebus omnibus fideicommissio subjectis, in quo descri-
bantur omnia mobilia, immobilia, jura, designando
horum omnium qualitatem, & quantitatem, Fusar. *de*
fideic. qv. 512. n. 1. Carpz. *P. 3. C. 8. Def. 39.* Francisc. Cen-
fal. *in observat. ad Peregr. de fideic. art. 44. ad n. 2.* Ut
tamen solenne fiat, non præcise requiritur, sed suffi-
cit, ut quædam descriptio bonorum fideicommissio
subjectorum fiat, Mantie *de conject. ult. vol. lib. 7. tit. 6.*
n. 4. quamvis pro fideicommissariis consultius esse
videatur, ut solenne fiat inventarium, ut ex hoc
quænam bona fideicommissio obnoxia sint, nec ne,
probari eo rectius possit, quem effectum privata de-
signatio non habebit vid. Peregr. *art. 44. n. 2.* ibique

Quid juris, si nullum ad sit inventarium?

Antiqua fideic. art. 35. n. 27. Etionem remitti posse, ultro fatentur DD. vid. Knipsch. statore re de fideic. c. 12. n. 13. cum omnino, qui plane non potuit mitti possit inven- tarii con- sctio.

Censalius. Imo cum fiduciarius teneatur ad rationes reddendas, Fufar. *qu. 514.* non commodius id fieri posse videtur, quam si solenne aliquod inventarium fuerit confectum. Equidem præjudicare sibi ipsi fiduciarium omittendo inventarium existimant, quia alias contra eum posset jurari in litem, Fufar. *qu. 512. n. 2.* argumento desumpto à tutore non conficiente inventarium, *L. tutor qui reperiendum 7. ff. pr. d. Admin. tutor*: Sed vero diversa plane est ratio tutorum & fiduciariorum. Ibi favor pupillorum adest, quibus jure prospectum; hic vero culpæ fideicommissariorum, merito accensendum, si hac in re non vigilaverint, ut inventarium conficeretur à fiduciario, *Peregr. de*

Antiqua fideic. art. 35. n. 27. Equidem hanc inventarii confessionem remitti posse, ultro fatentur DD. vid. Knipsch. *statore re de fideic. c. 12. n. 13.* cum omnino, qui plane non potuit mitti possit inven- tarii con- sctio. non fideicommissariis exitiosum esse, neque etiam disponens, qui familiæ suæ prodesse voluit, credendus sit, voluisse, ut plane fiduciarius nullas lederet rationes: hinc hoc tantum de solennis inventarii confessionis remissione intelligendum est, præsertim cum justa causa adesse possit, quæ nihilominus designationem aliquam desideret. Unde non obstante tali prohibitione, fideicommissarii omnino curent, ut privata quædam designatio fiat eorum bonorum, quæ ad fideicommissum spectant, quod tunc ipsis, de negari nequit, præsertim si suo sumptu & expensis designationem fieri desiderent, Knipsch. *cit. l. n. 17.*

§. 13. Sed cum inventarii confectio illud qui-^{Cautio ad} dem operari possit, ne temere quid subtrahatur ex^{possessore} bonis fideicommissio obnoxiiis, non vero plenam se-^{fideicom-} curitatem fideicommissariis præstet, curent, ut fidu-^{missi est} ciarum præstet cautionem de bonis fideicommissio ob-^{præstada.} noxiis factis testisque conservandis & successori integre restituendis. Cum enim heres legatorum nomine, in diem vel sub conditione relictorum cavere teneatur, *t. t. C. ut legat. nom. cav.* multo magis id dicendum est de fideicommissio universali, ubi non una aliqua res particularis, sed universitas quædam, in qua facilius damnum metui potest & præsumi, restituenda, Petr. Ant. de Petra *de fideic. qv. 10. n. 13.* Peregr. *art. 40. n. 10.* Imo licet vel maxime nulla suspicionis causa adfit, tamen ad securitatem successoris omnino exigenda *Id. cit. l. Censal. ad Peregr. cit. l. &* quidem fidejussoribus idoneis, cum hic de re incerta in cautionem deducta agatur, Knipschild *de Fideic. fam. c. 12. n. 16.*

§. 14. Quid vero consilii, ubi hæc cautio a testatore fuerit remissa? Fieri enim hanc remissionem, ^{Quid ju-} ris si cau-
posse, indulgent communiter Dd. quamvis sub hac ^{ris si cau-} litio a testa-
mitatione, ut adhuc caveat, dolum malum abfuturo ^{re-} tore re-
rum. Hoc enim cautionis membrum remitti non ^{missa?} posse, docent Ludov. Molin. *de Hisp. primog. l. 1. c. 15. n. 17.* Fufar. *de fideic. subsit. qv. 515. n. 10.* quod inique reprobatur Peregr. *cit. l. n. 11.* quia alias daretur causa ad delinquendum. Scilicet sunt adhuc aliæ rationes cavendi. Quamdiu boni quidem patrisfamil. officio fungitur, nihil adeo est, quod ab eo exigere possit videatur. Cæterum quamprimum bona fideicommissaria dilapidare

re incipit; prohibitionem testatoris non obstante ad cautionem adhuc præstandam adigi potest Fufar. *qv. 607. n. 6.* Knipsch. *c. l. n. 34.* Sicuti hoc onus cautionis patri, quod alias ei tanquam legitimo administratori bonorum adventitiorum a lege remissum, recte a iudice hoc casu imponi potest Struv. *Jurispr. for. lib. 1. tit. 18. aph. 2.*

Cautela §. 15. Cum vero præterea heredi fiduciario ex
ne Trebel- SCto Pegasiano, quod deinceps ex Justiniani disposi-
lianica de tione in Trebellianum SCRum translaturum est, data
trahatur. sit potestas detrahendi quartam Trebellianicam,
adeoque hæc ipsa fideicommissa universalialia valde
imminuere possit, cum tamen, si præsertim ad splendorem
familia fideicommissum est constitutum, testatoris interesse
possit, ut tota massa integra & illibata ad successores in
familia devolvatur, omnino operam dare debet, ne in dispo-
sitione testamentaria hujus mentionem omittat. Ordinaria
propterea cautela esse solet, ut hæc a defuncto in ultimo
elogio prohibeatur. Hanc enim ad exemplum legis Falcidiae
quoque prohiberi posse communiter placuit per *auth. sed cum testator. C. ad L. Falcid. Jac. Wamésius Var. Resol. lib. 1. c. 2. n. 14. seq. Natta conf. 528. n. 35. Coelius Bichus Decis. Rot. Roman. 559. n. 8. Peregr. de Fideic. art. 3. n. 35.* Circa
ipsam vero prohibitionem Trebellianicam duo observa-
Prohibi- vanda 1) ut ipsa prohibitio fiat verbis expressis. Quam-
tio Trebel- vis enim DD. rum ingens concertatio sit utrum etiam
lianica de- hic verba æquipotentia sint admittenda, veluti si te-
bet fieri stator disposuisset, integra bona esse restituenda, &
verbis ex- universam substantiam, de qua quæstione consulatur
pressis. plenius Mantica *de Conject. ult. Vol. lib. 7. tit. 12.* tamen
verior

verior sententia, quæ etiam communiter approbata,
 est in contrarium, cum ubi lex requirat expressim,
 aliquid fieri, requiratur prohibitio specialis, nec suffi-
 ciat generalis Peregr. *cit. l. n. 89.* præsertim cum ta-
 lia verba sint dubia & alium admittere possint sen-
 sum, ne scilicet ex bonis fideicommissis obnoxii quid
 dissipet aut frivole alienet. Cæterum per quæ verba
 videatur Trebellianica prohibita docent Mantica *de*
conject. ult. vol. lib. 7. tit. 12. Guid. Pap. *decis. 537.* Præ-
 fertim vero hac prohibitione opus erit, ubi filius fi-
 deicommissis gravatur. Quamvis enim hic de jure
 Civili quidem non possit simul legitimam & Trebel-
 lianicam deducere vid. Dn. præf. *cit. l. §. 26.* Caner. *cit.*
l. n. 26. de jure vero Canonico utramque *per. c. Raynu-*
tius & c. Raynaldus X. de Testament. praxis tamen hic di-
 stinctionem formavit inter fideicommissa pura & con-
 ditionata & in diem relicta, ita ut priori casu una-
 quarta contenti esse debeant, posteriori vero utram-
 que deducere possint Struv. *ex. 1b. 30.* quamvis hanc
 sententiam ratione genuina destitui docuit Dn. Præf.
cit. l. §. 28. Consultum itaque omnino hoc casu erit, ut
 diserte interdicatur utroque casu detractio. Neque
 enim assentiri possumus illorum Doctorum assertioni,
 qui hanc prohibitionem inutilem esse existimant, quam
 latius defendit Andreolus *contr. 1.* & infinitis Dd. auto-
 ritatibus conglomeratis stabilire conatur, cum nihil
 obster, quominus pater possit liberos in reliqua massa
 hereditaria ultra legitimam non obstante *l. Jubemus.*
6. C. ad Sct. Trebell. quam Dn. præf. *cit. l. §. 32.* resolvit.
 Illud parum referre existimo utrum in testamento an
 in ipsis Codicillis talis prohibitio fiat. Quamvis enim

*An filius
 possit cum
 legitima
 simul Tre-
 belliani-
 cam detra-
 here?*

*An in Co-
 dicillis ta-*

C

poste-

*lis prohibi-
tio fieri
possit.*

*prohibitio
rectius fit
lingua
verna-
cula.*

*An per
prohibitio-
nem alie-
nationis
censeatur
prohibita
Trebellia-
nica?*

posterius aliquibus. ideo inconueniens visum fuit, quod Codicillis non possit tolli vis testamentorum, tamen, quin per obliquum hoc fieri possit, nulla ratio juris prohibet. *l. Scævola ff. ad Sc. Trebell.* vid. *Mandica. cit. l. Fachin. controu. Jur. lib. 13. c. 57. Camer. cit. l. n. 20.* Altera cautio est, ut talis prohibitio fiat verbis perspicuis & lingua vernacula, ne ab herede fiduciario obijci possit, testatorem seu disponentem vim Trebellianicæ tanquam imperitum non intellexisse, quod facile fieri posset, si ita prohibitio facta: **Und soll mein Erbe die ganze Erbschafft ohne Abziehung der Trebellianicæ restituiren.** Rectius ita: **Und soll mein Erbe nicht befugt seyn etwas davon abzuziehen/es werde gefodert als der vierte Pfennig / Lateinisch Trebellianica genant/ oder sonsten auf einigerley Weise.**

§. 17. Neque vero satis proinde a defuncto actum censetur, ubi prohibuit bona immobilia alienari. Quamvis enim hoc casu Trebellianicæ mentionem nullam iniecit, non tamen illam detrahi posse putant, quod alias fieret contra expressam dispositionem defuncti, qui prohibuit absolute alienationem, sine qua tamen talis detractio non posset fieri, adeoque tali dispositioni necessario inclusam esse detractiois prohibitionem *Pereg. cit. l. n. 91. Joh. Franc. Andreol. contr. 33. Cravetta conf. 921. n. 10. Knipschild cit. l. n. 169.* Verum non defunt, quæ contra has rationes adduci possunt. Quid enim si dicamus, intelligendum hoc esse de alienatione frivola, imo verba hæc nihil aliud involvere quam constitutionem fideicommissi, adeoque male applicari ad prohibitionem Trebellianicæ? Inde ipse *Peregrinus* valde se torquet *loco cit.* neque tamen absolute hoc

hoc approbare audet. Quando autem cum prohibitione alienationis concurrat specialis prohibitio Trebellianicæ, tunc omne tollitur dubium, & rectius de functo consultum videretur, Cæli Bichii *decis. Rot. Roman. decis. 343. n. 13.*

§. 17. Cæterum quamvis proprie fideicommissa *Fideicom-* ultima voluntate constituentur, uti superius præmissum *missum* nui, non incongrue tamen huc referri posse videretur *conven-* *fideicommissum conventionale*, quamvis non nihil impropri- *tionale* prius contineat. Hujus tamen eo magis hic facienda mentio, quod & inter familias illustres per conventiones tale fideicommissum soleat constitui. Et quia non nihil hoc ipsum recedit a regulis communibus fideicommissorum proprie & stricte talium, hinc peculiares regulæ hic observandæ, ut caute constituatur.

In genere hanc utriusque præmitto differentiam, quod *Differen-* fideicommissum proprie dictum sit actus solitarius, *tia a fidei-* adeoque dispositio junius testatoris: at quia *commissio* conventionale per pactum fit, hoc vero sit duorum pluri- *proprie* umve consensus *l. i. ff. de Pact.* hinc conventionale *dicto.* constitutum ab utraque parte præsupponit.

Fundamentum hujus fideicommissi regulariter petunt ex *l. quoties 3. C. de donat. que sub mod.* ubi ex pacto de restituenda certa re donata tertio utilis actio indulgetur, cum alias ex stricta juris ratione ex conventionione tertii alteri jus seu actio acquiri non possit. Quod hodie eo magis obtinebit, postquam ex simplicitate juris Gentium etiam ex pacto alterius alteri jus acquiri cepit, *Mev. 4. Dec. 112. n. 5. Dn. Præf. Us. Mod. tit. de pact.*

§. 12. Et quia talia fideicommissa ut plurimum inter *Definitio* personas illustres constituuntur, hinc definiuntur, *fideicom-* quod

missorum
conventio
narium.

quod sint pacta personarum nobilium seu illustrium de bonis fidei possessoris commissis & demandatis olim post mortem ejus seniori aut alii de familia restituendis Germ. *Stamgüther Dn. Præses de success. ab int. diss. 8. c. 9. §. 7.* conf. *Dn. Harprecht. p. 1. tract. Academ. 8. §. 11. & seqq.* ubi & rationum ponderibus & calculo Dd. communi talia fideicommissa esse subnixata fusi-
us declarat.

An & qua-
tenus ac-
ceptatio
tertiæ hic
requira-
tur.

§. 18. Equidem ex *cit. l. quoties 3.* perspicuum est, non inutiliter quidem adhiberi acceptationem tertii, cujus favorem fideicommissam hoc respicit, & cui olim est restituendum, non tamen esse necessarium, cum & præter illam derur tertio efficax actio utilis, & maxime moribus, ut §. *antec.* dictum, ubi ex pacto tertio alteri acquiri actio potest, quam quidem rationem tanquam adhuc valde dubiam & in foro non receptam haud admittit Clariss. Harprecht *cit. l. §. 16.* quod etiamnum hodie integra collegia pronuntient in contrarium. Verum rationem non video recedendi ab hac in simplicitate juris gentium fundata sententia, cum haud ignotum sit, in pactis jus Romanum ut plurimum non esse receptum, sed mores Germaniæ saltim attendere vinculum obligationis naturalis. Et quamvis forsitan adhuc quidam aliter respondeant, respiciendum tamen magis ad connexionem sententiarum cum principiis, quam ad id, quod communiter fiat. Hac enim admissa sententia non necesse est confugere ad illam subtilitatem juris Romani, quod quidem in tali conventionali fideicommissa directa actio tantum acquiratur paciscenti, utilis vero illi, cui quid restituendum, cum illa distinctio vix in foris
Roma-

An ex pa-
cto tertii
hodie jus
acquiri
possit.

Romanis teste Jcto in l. 47. ff. de N. Gest. ne dicam in no-
 fris effectum quendam producere possit Non nego in-
 teim aliquando utiliter accedere acceptationem tertii,
 cui aquondam restituenda, ne alias facile derur occasio
 illud revocandi præfertim, cum illud adhuc valde con-
 troversū sit, an non pactum tale a paciscentibus mutuo
 dissensu tolli possit, non audito eo, cuj, favorem respicit
 uti apparet ex iis, quæ plenissime in utramque partem
 disputantur a prælaudato Du. Harprecht. cit. l. §. 57. seqq.
 quæ dubia omnia remouentur, si tertius fideicom-
 missi restitutionem acceptaverit, vel etiam si juramen-
 tum constituens de non revocando præstiterit, quæ
 cautela ab aliis commendari solet, Anton Faber in C.
 de donat. def. 3. Mantie. de tacit. convent. lib. 13. tit.
 48. n. 12. Peregr. art. 51. n. 52. Dico utriusque consensu.
 Nam hoc per se liquidum est, unius dissensu a bene-
 constituta conventionem recedi non posse l. 5. C. de Obl.
 & Act.

§. 19. Verum & hic cautio adhibenda, ne fidei-
 commissum tale per quandam mortis causa donatio-
 nis speciem constitutum videatur. De hac enim si
 constat, tunc facillime talis revocatio fieri potest, se-
 cundum regulam in l. 4. ff. de adim. vel translegat. quod
 ultima voluntas sit revocabilis usque ad extremum,
 vitæ halitum, quæ etiam in m. c. donationibus locum
 sibi vindicat. Apparet hoc in pactis dotalibus mixtis
 ubi etiam onus restituendi injungii potest, non tamen
 exclusa erit pœnitentia. Hoc tamen casu utile foret
 adijcere pactum de non revocando fideicommissum, hoc
 ipso enim degenerat talis m. c. donatio in donatio-
 nem inter vivos, fitque eo modo irrevocabilis, L. ubi

ita donatur 27. ff. de m. c. donat. Verum nec hac cautela opus est, quoties simplex fideicommissum per meram conventionem constituitur, quia sic evidens est, pactum tale à pacifcente revocari non posse, Dn. Præs. *de success. ab intest. Diss. 7. c. 1. §. 6.*

An fideicommissu §. 20. Cum vero talis constitutio fideicommissi conventionalis donationem contineat, & vero in *L. concordentio-Sancimus C. de Donat.* constitutum, ut omnis donatio, *nale requi* quæ ultra quingentos solidos est, insinuetur, merito *rat insinu-* ei, cui sub onere restituendi aliquid donatur, præca- *ationem.* vendum, ne hac in parte quid omitatur, quod facile

admitti potest in casu, si donanti ipsi & ejus heredi- bus res donata est restituenda. Neque enim onus hoc restituendi simplex videtur excludere insinuationis necessitatem. Harprecht *cit. l. §. 19. n. 2.* Verum cum hic potissimum sermo sit de fideicommissio Illu- strium personarum, quod ad splendorem familiæ con- stituitur, & magis eis, qui sunt de familia, quam ipsi donanti restituenda, cautela hæc non videtur ubique esse necessaria. Primo itaq; huic necessitati insinua-

An Principum fidei- tionis non puto subjectam donationem per modum *commissa* fideicommissi factam Principum, Comitum, aliorum- *necessitati* que statuum immediate imperio subjectorum, quia *insinuatio* his ob superioritatem territorialem idem jus appli- *nis subja-* candum, quod ipsi Imperatori competit. Jam vero *ceant.* donationes Principum non sunt adstrictæ ad *cit. L. sanc-*

imus l. Obrecht. disp. 2. de donat. concl. 197. Carpz. p. 2. c. 12. def. 16. n. 4. Knipsch. de fideic. famil. c. 6. n. 66. Deinde si supponamus, Nobilium mediatorum donationes hoc modo factas, itidem, quamvis ex diverso fonte, insinuatio non erit necessaria, cum talis donatio non erit

Quid de nobilibus

fit simplex, sed facta ob causam, quo nimirum testatoris familia ejusque integritas conservetur, quales donationes non sunt proprie donationes, l. 19. §. f. ff. de donat. Respicit enim hæc causa ipsum testatoris commodum, quippe cujus quam maxime interesse videtur, familiam conservari, id quod fideicommissi constitutione declaravit. Cœl. Bichius *deciss. Rota Roman.* 207. n. 26. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 2. c. 8. n. 15. seq.* Knipsch. *cit. l. n. 70. seq.* veluti si cautum fuerit, ut certum castrum exclusis fœminis apud agnatos in familia maneat. Knipsch. *cit. l. n. 70.* quo etiam inclinare videtur Peregrin. *de fideic. art. 51. n. 64.*

§. 21. Cum vero alias circa pacta illustrium successoria consensum imperatoris requirant, vid. Myl. *fideicom-* ab Ehrenb. *de Princ & Stat. Imp. c. 25. §. 15.* Limn. *lib. 4. missis illu-* *de Jure Publ. c. 8. n. 124. & 154.* Carp. *de Confraternit. §. 33. strius re-* 43. & 47. hinc quidam inde argumentum sumentes ad hanc fideicommissa conventionalia eandem confirmationem requirere videntur, ex ea ratione, quod hæc successio sit pactitia, adeoque de jure communi non subsistat. Id quod si admittamus, necessaria certe cautela erit de adhibenda hac confirmatione. Sed duo hic ante omnia monenda. Primo quod in quibusdam pactis successoriis, ut confraternitatis, requiratur confirmatio Imperatoria, idque ex qualitate bonorum, de quibus talia pacta fiunt, fluit. Cum enim pleraque territoria per modum feudi ab Imperatore habeantur, & vero ex jure feudali notum sit, de feudo absque Domini consensu libere vasallum disponere non posse; omnino juri feudali conveniens est, in hisce bonis requirere Imperatoris confirmationem. Ast ubi quæstio move-

móvetur de mere allodialibus, Imperatóris confirmatio non erit necessaria, *Besold. 1. diff. Nomicop. 13. n. 16. Perillustr. Dn. de Rhetz. ad 1. F. 8. §. 4. n. 25. p. 353. & de Jur. publ. lib. 2. c. 22. §. 10. Itter. de Feud. Imper. c. 17. §. 10. Knipschild de Fideic. famil. c. 3. n. 28. Dn. Præf. diff. de jure Allod. princ. Imp. c. 5. n. 60.* sicuti id quoque verum in principatibus feudalibus quidem, sed alienabilibus, *Dn. Præf. de success. ab intest. Diff. 8. c. 7. §. 18. & 20.* Et valde jejuna est ratio, quam afferunt, quasi ideo confirmatio sit necessaria, quod tales conventiones repugnent legibus civilibus. Præterquam enim quod Principes legibus civilibus sint soluti, non inconueniens est, aliam rationem succedendi admittere, quam quæ in jure Romano est recepta: ast successio pactitia moribus Germaniæ quam maxime conueniens est, præxique communi comprobata. Deinde si vel maxime demus, in quibusdam pactis necessariam esse confirmationem, ut in confraternitatibus Principum, id tamen minime applicari posse videtur ad fideicommissa conventionalia illustria, cum ibi non agatur de bonis feudalibus in aliam familiam transferendis, uti in confraternitate, sed potius in familia conservandis, *Harprecht, cit. 1. §. 20. n. 12.* Id interim non diffitemur, utilius quandoque esse, ut infideicommissum hoc illustri accedat confirmatio superioris, cum per hanc confirmationem omnes defectus suppleantur, & tanta vis illis attribuat, ut nullo modo tale fideicommissum revocari possit. *Cravetta consil. 241. n. 10. Dec. consil. 206. n. 4. Paris. vol. 2. consil. 11. n. 52.*

Ratio succedendi ex primenda

§. 22. Illud pariter caute observandum, ut, cum tale fideicommissum illustre constituatur familiæ gratia

tia ut scilicet certa bona perpetuo in illa familia maneat, exprimat ratio succedendi in illis bonis, ut omnes evitentur controversiæ, quæ quandoque ratione successione incidere solent, uti optime etiam idem monitum urget Molin. *de Hispan. primog. l. 3. c. 5. n. 66.* scilicet, ut primo exprimat, quinam succedere debeant, an masculi, an etiam foeminae simul, quod posterius tamen vix locum habebit, cum talia fideicommissa ordinarie in familiae conservationem constituentur. Deinde inter plures in familia concurrentes, an omnes, an saltim senior admittendus sit. Ne enim bona dividantur, communiter fieri solet, ut tantum fratri seniori adscribatur fideicommissum. Porro si fratri seniori tantum fideicommissum assignatum, an linealis, an alia successio observari debeat. Multa enim oriri possunt controversiæ de jure repræsentationis, an & quatenus locum habere possit in fideicommissis, de quibus vid. Covarruv. *pract. quest. cap. 38. n. 3. vers. 6.* Mantica. *de conject. ult. vol. 1. 8. tit. 9. n. 8.* Fufar. *qv. 493. n. 4. seqq.* Petr. Ant. de Petr. *qv. 11. n. 36.* Peregr. *art. 21. n. 31.* Imo & illud multum dubitationis habet, utrum fratre seniori præmortuo, an requam ad eum fideicommissum devolvatur, admittantur ejus liberi, an vero his exclusis frater præmortui secundogenitus. Denique quomodo extincta linea una transitus fieri debeat ad aliam, an ibi respiciendum sit ad illam, ubi proximior adest ipsi disponenti, an vero ad illam, ubi occurrit proximior defuncto, nam hic multa solent occurrere lites, quæ omnes evitantur, si ratio succedendi accurate exprimat.

§. 23. Cæterum ut speciatim in hoc quoque fidei-

D

dei-

*An prohibi-
bitio Tre-
bellianicæ
hic sit uti-
lis?*

deicommissio illustri prohibitio Trebellianicæ accedat, uti quidam monent, non videtur necessarium esse, cum detractio Trebellianicæ introducta sit in favorem heredis, & sic tantummodo in ultimis voluntatibus locum habeat. Sicuti itaque in donationibus inter vivos non deducitur Falcidia, quis assereret, Trebellianicam in conventionali fideicommissio esse detrahendam Peregr. *de fideic. art. 57. n. 22.* Dn. Harprecht *cit. l. §. 41* quod tamen merito restringendum ad fideicommissa simplicia; nam quæ per m. c. donationem constituuntur, facilius largimur Peregr. *cit. l. Trebellianicæ* detractio esse locum, adeoque hic merito cavendum, ut expressis verbis illa prohibeatur.

*An juri
accrescen-
di locus*

§. 24. In eo vero hoc fideicommissum improprimum a proprio differt, quod juri accrescendi in eo non sit locus. Hoc enim jus leges tantum indulserunt in ultimis voluntatibus, ad contractus vero seu conventiones minime extendi potest, *l. 110. pr. ff. de V. O.* ibique Dn. Brunnem. *n. 3. Fachin. lib. 5. contro. 101.* cum merito imputandum contrahentibus, quod sibi de hoc casu non prospexerint; quæ ratio tamen ad ultimas applicari nequit voluntates: ut itaque hoc casu quoque jus accrescendi non excludatur, consulum quidem est, ut id exprimat a contrahentibus Jac. Covar. *var. Resol. p. 3. c. 22. n. 61.* verum ad fideicommissa conventionalia illustrium id non facile applicari posse videtur, si scilicet in familiæ favorem constitutum, ubi ordinarie unus, ne bona dividantur, senior scilicet habet fideicommissum, adeoque casus non videtur dabilis, ut quæstio de jure accrescendi moveri possit.

§. 25. Instituentes jam comparationem inter fideicommissa pactitia, & quæ per ultimam voluntatē fiunt, consultius & utilius esse putamus, per ultimam voluntatem illud constituere, quam per conventionem. Multo enim favorabiliores sunt ultimæ voluntates, quam actus & negotia inter vivos *l. 1. C. de SS. Eccles. l. 12. d. R. J. Vultej. 4. Marpurg. Consil. 35. n. 91.* quin quod prohibitiones in testamentis seu ultimis voluntatibus factæ habeant vim legis, ita ut actus contra eas gestus sit ipso jure nullus, secus ac in contractibus *l. 69. §. 3. l. 77. §. 27. de Leg. 2. Tiraqv. de Retr. convent. §. 1. gl. 7. n. 10. 11. Gail. 2. obs. 16. n. 7. Sichard. ad l. 3. de cond. ob caus. dat. n. 3.* Et quamvis forsân, quamdiu testator adhuc est in vivis, ultima voluntas revocationi sit obnoxia *l. 4. ff. de adim. vel transf. leg. defuncto tamen eo vim legis nanciscitur tale testamentum, & normam familiæ præscribit quoad illud fideicommissum. Quin quod facilius universale fideicommissum per ultimas voluntates constituatur, quam per conventiones, vid. Cardin. de Luca de fideiv. disc. 141. num. 19. seqq. Klock. tom. 3. Cons. 114. n. 20. seq. Card. Celf. dec. 36. n. 7. Torre de pact. fut. success. lib. 1. c. 1. n. 7. Benignior quoque hic adhibenda interpretio *l. 24. d. Reb. dub. secus ac in contractibus Menoch. conf. 1028. n. 18. Surd. decis. 144. n. 21.**

§. 26. Sunt adhuc aliæ plures species fideicommissorum, veluti quod alia sint realia, alia personalia, alia revocabilia alia irrevocabilia, de quibus quædam edisserere constitui ad ultimum hujus capituli membrum Reliquas autem divisiones, de quibus consuli potest Knipsch. de fideic. fam. c. 2. consulto hic non tango, qui tantum circa fideicommissa illustrium, ubi omnes illæ lo-

An consultius sit per modum contractus an per ultimam voluntatem constituere

Remissio de aliis fideicommissorum speciebus

læ locum invenire non adeo possunt, occupatus sum. Pergo itaque ad membrum secundum, ostensurus, quomodo caute hic verba sint concipienda, ut inde fideicommissum argui possit.

*Quenam
verba in-
ducant
fideicom-
missum*

§. 27. Equidem supra in definitione fideicommissorum suppositum est ad introducendum fideicommissum verba precativa esse adhibenda: quia vero in his sola voluntas respicitur, *l. pen. d. leg. 1. Petr. Ant. de Petra defideic. qv. 9. n. 5. 6.* tam largiter & benigne, verba ultimæ voluntatis sunt accipienda, ut etiam si externe non videantur esse dispositiva aut precativa, sed mere enunciativa, tamen fideicommissum inducant. Non itaque dubitavit Scævola in *l. Pamphilo 39. pr. ff. de leg. 3.* sequentem propositionem: *scio omnia quæ Tibi, Pamphile, relinquo, ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa eos bene perspicetam habeam,* ad fideicommissariam dispositionem referre; quamvis enim, inquit JCrus, non videatur, quantum ad verba testatoris pertinet, fideicommissum Pamphili, ut centum restitueret, sed cum sententiam defuncti a liberto decipi satis inhumanum est, centum ei relictos filiis testatoris debere restitui. Imo verba quæ magis consilium, esse videntur, qualia sunt in *L. fideicommissa 11. §. 9. ff. d. legat. 3.* & quæ unice in arbitrium heredis collata, qualia sunt in *cit. l. §. 7.* ad fideicommissorum classem referuntur: interim tamen non universale hoc esse, quoties scilicet non satis de voluntate fideicommittentis constat, ex multis textibus constat. Ita enim si merum est consilium, fideicommissum inde non inferri posse, patet ex *l. cum pater 77. §. 24. d. leg. 2.* nec simpliciter enunciativa, quoties scilicet ad honoratum, non ad gra-

*An suffi-
iant
verba*

gravatum verba directa, ut patet ex l. 68. §. 1. de leg. 3. *simpliciter* enunciativa
 qualia verba dicuntur etiam adulatoria, Vincent Fufar. *qv. 275. n. 3.* Peregrin. *art. 1. n. 49.* adeoque ne circa
 voluntatem defuncti ullum aliquod dubium superfit,
 quod tamen hoc casu fieri posse, Dd. unanimiter fatentur,
 vid. Petr. Ant. de Petra *cit. l. n. 32. seqq.* consultius
 pro testatore est, abstinere verbis ejusmodi enunciati-
 vis merum consilium continenribus, aut rem arbitrio
 heredis committentibus, adhibitis potius verbis dispo-
 sitivis, quod præsertim tunc conveniens est, ubi in fa-
 miliaæ aut agnationis favorem perpetuum constituen-
 dum est fideicommissum.

§. 28. Cum itaque fideicommissum non semper *Tacitum*
 ex verbis judicandum esse velint, hinc oritur nova *fideicom-*
 deicommissi species, *tacitum* scilicet, quod magis ex *missum.*
 conjecturis quam expressa dispositione deducitur,
 Petr. Ant. de Petra *de fideic. qv. 9. n. 22.* Mascard. *de pro-*
bat. concl. 775. n. 4. Mev. P. 7. *dec. 17. n. 4.* Vincent. Fufar. *qv.*
276. Si enim inquit JCrus, in l. unum ex familia 67. §. 9. de
 legat. 2. *omissa fideicommissi verba sint, & cetera que legun-*
tur, cum his que scribi debuerunt, congruant, recte datum
& minus scriptum. In hoc itaque casu, ut recte ex cir-
 cumstantiis & conjecturis fideicommissum inducatur,
 provide circumspiciendum de ipsis conjecturis, an
 sint urgentes & necessariae & multum probabiles, ex
 his enim demum recte voluntas colligitur, Fufar. *cit.*
l. n. 4. Quamvis enim quidam etiam leves conjectu-
 ras admittant, uti videre est apud Petr. Ant. de Petra
cit. l. n. 94. ex iis tamen non recte constare potest de
 mente defuncti. Tales conjecturæ sunt, si testator
 dixerit, hoc vel illud castrum nunquam ex familia alie-
 nari

*Quomodo
 ex conje-
 cturis fi-
 deicom-
 missum
 induca-
 tur.*

nari debere: hæc enim alienationis interdictio nullam aliam conjecturam capere permittit, quam fideicommissi relictæ, licet verba cætera fideicommissorum formulis non respondeant. Dn. Præf. de success. ab int. diff. 7. c. 1. §. 9. præsertim si *clausula perpetuitatis* fuerit, adjecta Jacob. Cancer. Var. Resol. p. 1. c. 1. n. 125 & 271. Ad rationem quoque dispositionis testatoris respiciendum erit, quæ si se fundet in eo, ut bona in familia conserventur, apta est ad inducendum fideicommissum inter omnes de familia, etiam ubi nulla apparet substitutio fideicommissaria, aut alienationis prohibitio, Id. cit. l. n. 277. Franc. a Ponte cons. 46. n. 28. Fufar. qv. 277. n. 6. Pertinet huc etiam, quando testator prohibuisset deductionem Trebellianicæ; cum enim hæc non aliterquam in fideicommissis possit detrahi, censetur cogitasse de fideicommissis introducendo, Petr. Ant. de Petra qv. 1. n. 130. Menoch. cons. 117. n. 21. Peregrin. art. 3. n. 4. Similiter quando heredi & ejus successoribus testamenti factionem de bonis quibusdam extra suos agnatos interdixerit: tunc enim censetur vocasse omnes, qui sunt de familia, in illa bona. Sic enim accipiendam eam scripturam esse docet Paul. in l. qui filium 74. pr. ff. ad Sēt. Trebell. ac si hereditatem suam rogasset restituere successoribus in familia. Cautè tamen ad mentem testatoris hic esse respiciendum, bene monet Fufar. cit. l. n. 16. seqq. Quid enim si verba illa tantum merum consilium continerent, quid si prohibitus testari coheredem habeat? An vero positi in conditione dicantur dispositive per fideicommissum vocati, anceps inter Dd. est concertatio, uti videre est apud Ant. de Petra, cit. l. n. 154. ubi id negat, quod qui-

An positi
in condi-
tione vi-
deantur

quidem tunc admitti potest, talem scilicet conditionalem dispositionem non valere, ubi verba ^{vocati ad} dispositiva diserte requiruntur, uti in institutione ^{fideicom-} liberorum. Struv. *Ex. 32. lb. 31.* Ast cum in fideicom- ^{missum?} missis verba dispositiva non præcise sint necessaria, & conjecturæ probabiles admittantur, non puro hanc dispositionem esse insufficientem ad fideicommissum inducendum, v. c. si quis ita disposuisset: frater meus heres esto, cognati autem tunc demum ad meam hereditatem perveniant, si nulli ex agnatis meis super fuerint. Quis dubitaret fratrem heredem institutum rogatum censeret de restituenda hereditate proximiori agnato? Hinc Cephal. *conf. 476. n. 5.* hoc admittit, si conjecturæ voluntatis testatoris concurrant, *conf. Petra cit. l. n. 194.*

§. 29. Quod si plane in dispositione defuncti ver- ^{Quid con-} ba fideicommissum aliquod inducentia non occurrunt, ^{stiti, si ver-} imo ex errore a Notario omissa, non aliud superest re- ^{ba fidei-} medium, quam ad probationes confugere. Cum enim ^{commiss-} fideicommissi constitutio fit facti, adeoque indubio non præ- ^{sum in-} sumatur, Simon de Præc. *lib. 1. conf. 39. n. 22.* Menoch. *l. 4. pres. ducentia* *67. n. 10.* Crav. *conf. 100. circa f.* hinc merito animadverten- ^{plane de-} dum, utrum voluntas disponentis possit aliter veluti per ^{ficiant?} testes probari. Quod si enim adstant testes, qui jurato adferere possint, testatorem voluisse, ne castrum aliquod extra suam familiam alienetur, illi de super sunt examinandi, & sine dubio voluntas defuncti erit servanda. In causa enim fideicommissi conjecturæ admittuntur, *l. cum proponebatur 64. ff. de leg. 2.* Sed de numero testium dubitatur, utrum duo sufficiant, an vero quinque vel septem adesse debeant? Equidem ad constituendum fideicommissum ad minimum quinque regula-

gulariter necessarii sunt, adeoque & hic septem vel quinque requirit Andreol. *controv.* 144. n. 2. Surd. *lib. 1. conf.* 129. Verum cum hic non agatur de constituendo aut inducendo fideicommissio, sed de probatione voluntatis, vel duo sufficere videntur, quia per illos plena probatio inducitur, conf. Fusar. *qv.* 283. n. 6. Menoch. *conf.* 85. n. 87. Donell. *l. 8. c. 3. ibique Hillig. lit. E.* Imo hoc eo magis procedere videtur, postquam unanimi DD. calculo approbatum, conjecturas sufficere ad inducendum fideicommissum Mascard. de Probat. *conf.* 774. n. 2. & *concl.* 775. n. 3. Clar. in §. *testamentum, quest.* 76. Cravetta *conf.* 302 n. 5. Sand. *decis.* 262. quid itaque prohiberet, quo minus etiam per duos testes fideicommittentis voluntas possit probari, dummodo ordinarius numerus testium in ipsa dispositione ultimæ voluntatis non fuerit omissus.

Fideicommissum inducitur per alienationis prohibitionem

§. 30. Cæterum cum potissimus effectus constituti fideicommissi in eo consistat, ut alienari a gravato res fideicommissaria non possit, hinc in primis per prohibitionem alienationis bonorum fideicommissum induci volunt. Sed circa hoc membrum cautione opus est: Hoc quidem certum est, quemlibet esse rerum suarum arbitrum & dominum, adeoque legem quemlibet suæ rei dicere posse *l. 21. C. Mand.* Quin, quod talis lex de jure non videatur improbata, probant *l. 114. §. 14. de Leg. 1. Natta conf.* 18. n. 1. *lib. 3. Tiraq. de Retr. part. 13. gl. 3. qv. 8.* Petr. Ant. de Petra *de fideic. qv. 1. n. 9. seqq.* Verum facile talis prohibitio nudum consilium in se continere videri posset, unde in jure ad fideicommissum inducendum est insufficientis. Petr. *cit. l. n. 2.* Peregrin. *de fideic. art. 14. n. 1.* Cephal. *conf.* 350. n. 28.

n. 28. Adeoque ut talis prohibitio effectum fideicom-^{Prohibiti-}
missi operetur, necessaria quidem cautela est ut fiat, ^{debet fieri}
ex causa aliqua, quæ vel adjici debet, vel tacite colligi ^{ex causa.}
possit ex ipsa dispositione. Nudum enim præceptum
nullius esse momenti dicitur in *l. pater. 38. §. 4. l. Lucius*
Titius 93. pr. de Leg. 3. Fufar. de fideic. qv. 685. n. 1. Mascard.
de probat. concl. 1236. n. 4. Petra cit. l. n. 75. Cum vero in
fideicommissio familiae illa semper subsit causa, ut splen-^{Quomodo}
dor familiae conservetur, hæc aliquando ex qualitate, ^{tacite pro-}
bonorum colligitur, licet haud fuerit adjecta, veluti si ^{hibitio col-}
testator prohibuerit castri alicujus alienationem extra ^{ligiatur.}
familiam *Petra cit. l. n. 89. & 90. Ruin. consil. 205. n. 6.* imo
putant hanc prohibitionem simplicem valere, licet
nequidem familiae facta mentio, modo constet, quod
testator voluerit hoc castrum commune refugium fa-
miliae esse, *Rolanda Valle conf. 23. lib. 1. n. 24. Dec. conf. 31. n.*
102. Natta conf. 631. n. 14. Mantica de Conject. ult. vol. lib.
6. tit. 12. n. 8. Possit vero mens testatoris colligi ex eo,
si palatium vel castrum fuerit majorum & hactenus
perpetuo in illa familia fuerit, *Mantica cit. l. Honded.*
conf. 58. n. 13. Petra cit. l. n. 93. Fufar. quest. 685. n. 30. tum
enim iusta affectio præsumitur circa illam rem, ne ex
familia illa abeat.

§. 31. Cum vero negari nequeat, fortiorem esse ^{Clausula}
prohibitionem alienationis quæ fit expresse, quam quæ de non ali-
faltim tacite inducetur ex conjecturis, *Besold. P. 1. conf. enando ad*
11. n. 133. Knipsch. de Fideic. famil. c. 6. n. 374. adeoque con-^{jecta fidei-}
stituto quidem fideicommissio effectus probabilis aliena-^{commissio,}
tionis inde sequatur; hinc nihil utilius est, quam clau-^{quid ope-}
sulam de non alienando expresse fideicommissio adji-^{retur.}
cere. Illud enim ex jure nostro evindens est, expres-
fam

sam prohibitionem operari, ut actus contra illam prohibitionem gestus sit ipso jure nullus *l. Lucius 88. §. 15. ff. de legat. 2. Cephal. conf. 318. n. 16. seqq.* adeoque statim secuta alienatione vocatus proximior ad fideicommissum, alienata revocare possit *l. peto 69. §. fratre 3. ff. de leg. 2. ubi dicitur, quod proximus quilibet in familia, censeatur in vitatus ad revocandum illud fideicommissum: in tacita autem prohibitione expectanda est mors gravati Petr. Ant. de Petra qv. 3. n. 2. adeoque, & fructus ex re alienata percepti prioricasu cum ipso fideicommissio sunt restituendi vocato proximiori, secus ac posteriori, quia tacita prohibitio non videtur, impedire interim translationem dominii Befold *cit. l. n. 134.* Illa quoque utilitas inde emanat, quod in expressa prohibitionem confiscatio nullum locum inveniatur, secus ac in tacita, ubi interim, quamdiu gravatus vivit, fiscus bona occupat & exinde fructus lucratur Alciat. *conf. 650. Cephal. conf. 153. n. 30. vol. 2. Petra cit. l. n. 10. ubi & alias differentias in sequentibus adjungit.* Ex hisce jam optime monet Nicol. Betsius de *pact. famil. ill. c. 4. p. 62.* consultius esse, ut, quamvis constitutioni fideicommissi alienationis prohibitio insit, tamen in super in dispositionibus hisce ad familiæ splendorem constitutis omnes omnino alienationes declarentur disertis verbis nullæ, adjectis clausulis pœnalibus annullativis & executivis, ut nempe ille, qui hujusmodi alienationem attentaverit, jure suo cadat liceatque proximioribus agnatis vel propria vel judiciali autoritate rei alienatæ possessionem apprehendere, simulque judex imploretur ut absque ullo strepitu judicii, declarando alienationem nullam, suam auctoritatem interponat,*

*Monitum
 D. colai
 Betzii laudatur*

man-

mandataque pœnalia eo nomine statim decernat. Addit præterea prælaudatus Betsius *cit. l. p. 64.* etiam hanc cautelam, ut simul clausula constituti possessorii adji-
Clausula constituti possessorii
 ciatur, quod hunc affectum habebit, ut agnati proximiores statim remediis possessorii uti, & ita faciliore via ad alienatorum bonorum possessionem pervenire queant.

§. 32. Cæterum commendat quoque hic illam cautelam Knipschild, *de fideic. famil. c. 6. n. 382.* ut scilicet institutor fideicommissi expresse illam clausulam prohibitioni adji-
Clausula de jurata promissione ab herede præstada.
 ciat, quod scilicet quilibet successor teneatur jurato promittere, se leges & conditiones fideicommissi adjectas servaturum, nunquam bona ultra alienaturum, ad quam conditionem adimplendam tunc merito adstringendus successor, & ita eo fortior erit prohibitio. Non inutile quoque foret, clausulam mutue hypothecationis hic adicere, quam commendat Betsius *cit. l.* ut scilicet quilibet possessor in bona sua propria eo nomine reliquis agnatis hypothecam constituat, quod hunc effectum habebit, ut alienans temere bona fideicommissi obnoxia ipse cogatur prospicere, ut alienata absque omni onere & impensis familiaræ restituantur
Clausula mutue hypothecationis

§. 33. Progredior ad tertium membrum, formam ipsorum fideicommissorum illustrium confideraturus. Equidem jam supra anticipavi, fideicommissa proprie talia, fieri per ultimas voluntates, imo
Nihil omnimittendū ex solennibus ultimarum voluntatum
 utilius & consultius ubique esse, ut ita fiant, quam per conventiones, hinc tantummodo de proprie dictis fideicommissis hic ero sollicitus. Quod si itaque in illustri familia fideicommissum sit introducendum, sedulo animad-

*an solen-
nitates
necessariae
in testa-
mentis il-
lustrium?*

māvertendum, ne quid omittatur, quod ad solennitates ultimarum voluntatum spectet. Quamvis enim quidam dubitent, an in ultimis voluntatibus Principū, Comitum, aliorumque Statuum imperii solennitates juris Romani sint necessario adhibendae, sufficere putantes, si meri juris G. requisita in illis observata fuerint, ac jure militari sua elogia conscripserit *arg. l. si illustrium? consul. 3. ff. de adopt. l. ex imperfecto 3. l. omnium 19. C. de Testam. Dauth. de Testam. n. 435. Decius, conf. 516. num. 3. Mertin. de Legitim. 5. tit. 2. qv. 7. n. 2. Limn. 4. de J. P. c. 8. n. 177. Prukman. de Regal. cap. 4. membr. 3. effect. 1. n. 5. seqq. Befold. p. 4. conf. 150. n. 1. seqq.* Tamen haec sententia praxi communi haud congruit, & textus allegati de imperatore loquuntur; Principum vero alia ratio est, cum hi legibus civilibus non sint liberati, sed inter se utantur jure communi, unde & hos ad solennia testamentorum obstrictos esse prolixè probat Dn. Eyben. *in diff. de Testam. princ. vel com. imper. th. 18.* Imo testatur Rosenthal. *de feud. c. 12. concl. 10. n. 15.* se plurima testamenta Electorum, Ducum, Principum, ac Comitum Germanorum vidisse & legisse, in quibus semper solennia juris adhibita. Et si vel maxime daremus, secundum principia juris testamenta haec absque ulla alia solennitate subsistere posse: nemini tamen autor savorve forem, de non adhibendis hisce solennitatibus, saltem ne ansa litibus & controversiis post mortem defuncti derur, quod ipsum monet sedulo Befold. *de Reg. success. diff. 2. n. 11.*

*Fideicom-
missa solo
nutu
conficiun-
tur.*

§. 34. Habent tamen fideicommissa laxiorem & benigniorem naturam praeter ipsius testamentis heredis institutionem directam continentibus (x) cum quod in aliis testam-
sta-

stamentis adesse debeat declaratio ultimæ voluntatis expressa, adeoque signis aut nutu perfici non possit, tamen fideicommissa solo etiam nutu conficiantur *l. nutu 21. ff. de leg. 3.* quo casu tamen omnino attendendum, utrum testator fari possit, nec ne? Quodsi enim per naturam fari nequeat, nutu relicta fideicommissa haud subsistunt Dauth. *de Test. §. 195.* Barrus *de success. lib. 8. c. 2. n. 9.* Manz. *de Testam. tit. 2. n. 291.* Mantica *de conject. ult. vol. lib. 6. c. 4. n. 1. §. 2.* Imo minus secura videtur hæc disponendi ratio, cum nutus ordinarie præsupponat interrogationem alterius, quæ quidem non simpliciter alterius testamentum vitiat *Carpz. p. 3. C. 5. def. 4. 5. c. 6.* interim tamen facile suspicionibus ac suggestioni ansam præbent. Pistor. *observ. 4. num. 4.* Quin quod tales dispositiones debeant nostræ voluntatis sententia esse; & quidem certo declarata, quæ omnia in nutu cessare videntur. Cautela itaque hoc casu erit, ut attendamus, utrum prius testator voluntatem suam expresse jam declaraverit, & postea ad interrogationem, an hæc sit ejus voluntas? solo nutu responderit, quo casu sine dubio valet fideicommissum, an vero tertius testatoris injussu testamentum fecerit & eum de super rogaverit, quod subsistere nullo jure poterit Hartm. Pistor. *cit. l. 1. Carpz. c. 1. def. 4. n. 7.* Jul. Clar. *lib. 3. sent. §. testam. qv. 37. n. 3.* Zaf. *lib. 1. conf. 3.* At- tendendum quoque porro ad personam interrogantis, quæ si suspecta est, nutus nihil operabitur; Sic enim vehemens inde exsurgit suspicio, quod testator potius suggestionem & importunitatem interrogantis responderit, quam quod talis ejus sit voluntas. Jul. Clar. *cit. l. num. 6.* Carpz. *cit. l. def. 6.* Petr. Peckius *de testam.*



conjung. lib. 1. c. 9. n. 8. & c. 17. per tot. Jacob. Cancerius *var. Resolut. p. 1. c. 4. n. 4.* Multo magis hoc attendendum erit in fideicommissis familiae, ubi quo evidentior & expressior voluntatis adest declaratio, eo minor ratio dubitandi circa succedendi ordinem; quamvis si constet, quod voluerit, ne bona extra familiam alienentur, & ita interrogatus nutu hoc postea coram testibus asseruerit, sufficiens conjectura fideicommissi introducendi inde oriatur. *vid. Mascardus de probat. concl. 776. n. 7. Alciat. conf. 484. n. 1. seq. Socin. conf. 43. n. 5. in princ. vol. 3. Petr. Ant. de Petr. qv. 1. num. 85. Peguerra decif. 101. n. 5.*

*Quot
nam te-
stes re-
quiran-
tur.*

§. 55. Quamvis vero (2) ad formam fideicommissorum quoque spectet ut testes adhibeantur, tamen non ordinarium testamentorum numerum requirit, sed quinarium sufficere apparet ex §. f. *J. ad SCt. Trebell. L. fin. C. de Codicill.* qui tamen adhiberi debent simul & eodem tempore *Carpz. p. 3. c. 4. def. 35. n. 23. Brunnem. in l. 22. C. de fideic.* In quo rursus differentia occurrit a conventionalibus fideicommissis, ubi non solennis numerus testium requiritur, sed sufficit constare de ipsa conventionione, quæ etiam per duos testes sufficienter probatur.

*Remediū
ex l. f. C.
de Fidei-
comm.*

§. 36. Cæterum si ordinarius testium numerus haberi nequeat, utile remedium testatori commendandum occurrit in *l. f. C. de Fideic.* quod inter cautelas optimo jure collocat *Laur. Tennin. Rodolph. in tr. de Cautel. caut. 72. n. 2.* & hoc intuitu a *Sich. ad d. l. n. 15.* provisio Imperatoris Justiniani sume utilis præclara & aurea, & a *B. Brunne- man. ad b. l. n. 5.* sancta et Christiano Principe digna salutatur. Scilicet mens hujus Remediū seu provisionis ex *d. l. fin.* eo collimat, ut, si testator in præsentia ipsius

ipſius heredis mandaverit aut dixerit, cuniam ex bonis ſuis aliquid ſit reſtituendum, heres vinculo juris adſtringatur ad adimplendam ultimam deſuncti voluntatem, teſtibus licet deſtitutam. Ubi vero heres perfidia tentus negaverit, ſe tale quid audiviſſe ex deſuncto, juramentum ei tunc imponitur, quo caſu aut jurare aut fideicommiſſum præſtare debet. vid. Finckelth. *obf.* 57. Joh. a Sande *Deciſ. Friſc. lib. 4. tit. 5. def. 18.* Struv. *Ex. 36. tb. 23.* Carpzov. *p. 3. C. 8. def. 40. & 41.* Produxit itaque hanc diſpoſitionem favor fideicommiſſorum; quia enim jam ante in Legibus cautum erat, in hiſce ſolummodo reſpici debere ad voluntatem, juſtiſſimum arbitratus eſt Juſtinianus plenius ultimis deſunctorum Voluntatibus proſpicere, ne depereat, ultima voluntas teſtatoris fidei heredis commiſſa §. *f. 7. de fideicommiſſ. hered.* Colleg. Argent. *de Legat. n. 30. in f.* Teſtatur enim ipſe Imperator in *d. l. ult. C. de Fideic.* nimiam ſubtilitatem requiri, quoties per teſtium ſolenitatem res oſtenditur.

§. 37. Ut vero in hac diſpoſitione caute teſtator verſetur, non aliter ultimæ ſuæ voluntatis deſideria exponat quam præſente herede, & quidem tam corpore quam animo, ut etiam teſtatoſem fideicommiſſentem audiat intelligatve, atque ita totius negotii veritatem percipiat. Aliter enim heredem non adſtringet ad præſtationem fideicommiſſi Joh. a Sande *Deciſ. Friſ. lib. 4. tit. 5. def. 18.* Finckelth. *obf.* 57. Richter. *P. 1. dec. 62. n. 22.* Ita enim fidem ipſius heredis elegit, ejuſque conſcientiæ commiſit, contra quam denegare tunc nequit præſtationem fideicommiſſi ſibi injuncti Pantſchm. *lib. 2. qv. 7. n. 26.* Hanc enim præſentiam ipſa

*Præſentia
heredis re
quiritur.*

ipsa efflagitant *legis ult.* verba, cum dicitur: *cum ipse sibi testis & iudex inveniatur & porro injungitur heredi necessitas subeundi iuramentum, quod nihil tale a Testatore audiverit & porro: si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat*, quæ verba indubitate se fundant in præsentia ipsius heredis. Imo & ratio svadet, ne aliter quam in præsentia heredis nuncupata dispositio hæc fideicommissaria procedat. Quam facile enim scriptura adulterina substitui, testes subornari, aut aliæ fraudes committi possent, si absente herede talis dispositio absque legitima solennitate effectum haberet conf.

absentia heredis non facit locū huic remedio

Anton Thessaur lib. 2. qv. for. 97. n. 2. Dn. Harprecht. tract. acad. 1. c. 4. §. 10. & 11. Cessat itaque beneficium legis nostræ, si heres absens fuerit, quoniam cogi non debet de re sibi ignota jurare Jul. Pacius ad §. f. J. de Fideic. hered. Harprecht. cit. l. §. 13. Vincent. Fusar. conf. 83. n. 28. Imo si absente herede voluntas testatoris coram duobus saltim testibus enunciata valeret, quid opus foret tot ambagibus tot solennitatibus, quæ certe ita penitus corruerent. Imo si vel maxime demus, epistolam scripsisse testatorem ad heredem futurum absentem, eique injunxisse, ne bona hereditaria alienaret, minus secure elogia ultimæ suæ voluntatis conderet, si remotis quinque testibus hanc epistolam scriberet, supplere enim præsentia heredis debet quinarum testium numerum. Quid itaque consilii, si mutus disponere ita vellet? scilicet cum præsentia heredi indicasse voluntatem suffecerit, satis securus erit, si voluntatem suam literis exaratam heredi suo futuro tradat, quia etiam hoc modo satisfactum dispositioni legis ultimæ videtur Dn. Harprecht. cit. l. c. 4. §. 3.

Quomodo mutus huic remedio non possit

§. 38. Cum autem præsentia ipsius heredis non videatur omnibus numeris completa, nisi quoque is testatorem ipse viderit, hinc non tantum curet, ut cum præsentem herede loquatur, sed etiam ut ipsum videat, & heres quoque disponentem. Unde si velum vel cortina impediatur, quo minus testator fideicommissum, non quod hoc ad instar alicujus solennitatis requiratur, sed quod vix aliter commodius fraudes evitari possint, quæ sæpe circa has ultimas voluntates emergere solent, Lauterbach. *de solennit. Test. th. 13* sicuti alias quoque ipsi testes testatorem videre & audire debent *l. 9. C. de Testam.* Experientia enim docet, alterius sermonem ita ab alio exprimi posse, ut differentia vix ulla appareat vid. Cynus, *ad l. 8. C. de Test.* Dauth. *ad l. 28. C. eod. Richt. ad l. 9. qui testam. fac. poss. n. 5.* Unde & merito hæc cautela testatoribus commendanda, ne noctis tempore ultima sua condant elogia, Decian. *2. Resp. 65. num. 21.*

§. 39. Cæterum ut heres quoque disponenti & fideicommissi solenniter promittat, se velle exacte voluntati ejus satis facere, abundantem cautelam esse putamus. Nihil enim ulterius in *l. f. C. de Fideic. requiratur* quam ut heres præsens corpore & animo fuerit. Equidem non ignoro, plurimos hanc cautelam tanquam necessariam requirere, adeo ut Fusarius *conf. 83. n. 28.* non sufficere existimet præsentiam heredis, nisi quoque se ejus promissio accesserit. Imo rationem decidendi nonnulli in eo quærunt, quod cum heres testatori semel promiserit, se velle ejus voluntatem adimplere, non amplius possit contra fidem da-

*Promissio
non re-
quiritur*

tam venire, Bartolus *ad l. nemo potest 55. ff. de legat. 1.* Hodierna *in addit. ac decis. furdi 149.* Stephan. Gratian. *discept. foren. tom. 4. c. 60. n. 32.* Ripa *ad l. 51. ff. de legat. 1.* Anton. Peregrin. *de Fideic. art. 54. n. 5.* Verum hanc interpretationem nec verba textus, nec in doles ultimarum voluntatum recipiunt. Nulla enim fit mentio in textu hujus promissionis, quæ tamen, si necessaria fuisset, omnino exprimi debuisset. Imo & cum alias ultimæ voluntatis dispositiones sint solitariae & ab unius dispositione dependentes, cur contra ordinariam juris Fideicommissarii naturam hic supponere vellemus promissionem heredis? Merito itaque hanc sententiam rejiciunt Vasquius *de success. lib. 3. §. 23. n. 5.* Pantschman. *qv. 7. n. 19.* Christoph. Besold. *p. 3. conf. 107. n. 9.* Mantica *de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 13. n. 5.*

*An plures
heredes
omnes
præsentes
esse debe-
ant?*

§. 40. Quod si plures habeat testator heredes, siue ex testamento siue ab intestato, tunc velut omnes fideicommissum præstent, desiderat, vel non omnes. Priori casu omnino caveat ut etiam omnes præsentés sint; quod si enim tantummodo quidam præsentés, quidam vero absentes fuerint, & generaliter dixerit ædes suas restituendas esse Mevio, hætenus quidem præsentés gravati censentur, ut pro portionibus hereditariis fideicommissum præstent, sed absentium respectu fideicommissum non subsistet; horum enim fidei non potest dici commissum eo modo, quo id leges requirunt, scilicet ut ipse heres audiverit, debet enim jurare, se nihil tale a defuncto audivisse quod omnino facere potest. Imo omnia illa, quæ in *cit. l.* supponuntur, de absentibus prædicari nequeunt. Et quamvis unus aut duo heredes confiteantur, in præsentia eorum

rum testatorem ita disposuisse, tamen hac confessione sibi quidem præjudicant, non vero coheredibus, quibus absentibus absque legitimo testium numero nihil injungi poterit, vid. Richter, *part. 1. decis. 62 num. 32. inf.* Dn. Harprecht. *tr. 1. academ. de Remed. legis ult. C. de fideic. c. 5. §. 27.* Præstant igitur heredes præsentibus hoc casu si deicommissum pro rata, non in totum; neque enim, ut illi soli id præstarent, testator voluit, neque ut etiam ab absentibus præstetur injungere potuit: modo tamen quin enim singuli in solidum teneri videntur *l. 11. §. 23. § 24. de leg. 3.* ibique B. Dn. Brunnem. Posteriori casu si quidem omnes præsentibus sint, præcise exprimat, cuiusnam hoc onus imponere velit; alioquin enim si indefinite locutus fuerit, omnes heredes gravati videntur. Possunt autem quidam ex heredibus gravari sub duplici denominatione, vel nomine proprio, vel appellativo, ex qua diversa denominatione tamen diversa juris decisio oritur. Quod si enim testator velit, ut secundum proportionem hereditariam, cum forsitan in testamento ex partibus inæqualibus sint scripti heredes, præstent fideicommissum, nominet eosdem denominatione appellativa: si vero pro virili, utile est, ut nomina eorum proprie exprimat: ita enim non videtur respexisse ad partes hereditarias *l. 24. ff. d. V. Spup. substit. l. 124. ff. de leg. 1. Mantica de conject. ult. vol. lib. 8. Tit. 2. n. 5. Donell. lib. 8. c. 29. ibique Hillig. lit. E.* B. Dn. Brunnemann. *ad cit. l. 24. Struv. Ex. 33. th. 20.* *confessio heredis eum arctat ad solvendum.*

mnino fideicommissarius, ut mature heredem ad confessionem adigat vel in iudicio vel extra iudicium, modo legitima confessionis requisita hoc casu adsint, de quibus vid. *t. t. ff. de confess.* quo casu heres fiduciarii ad præstandum tale fideicommissum eodem jure tenetur. Quodsi vero heres absque ulla confessione mortuus fuerit, tunc habet locum regula: Tibi non deficit jus sed probatio *l. duo sunt Titii 30. ff. de Test. Tut.*

*Negans
heres ju-
rare de-
bet.*

§. 42. Quodsi jam hæc omnia caute observata fuerint a defuncto, tunc secundum *l. ult. C. de fideic. ne-
cesse habet heres vel sacramentum subire & omni inquietudi-
ne se relaxare, vel si recusandum existimaverit sacramentum,
omnimodo exactioni fideicommissi subjacet.* Quodsi itaque plu-
res adfuerint heredes, quorum omnium fidem testa-
tor elegit, consultum est, ut omnibus quoque fidei-
commissarius deferat juramentum. Nam si uni tan-
tum, & hic illud præstare recusaverit, ille quidem sibi
præjudicat, non vero etiam coheredibus suis. Sicuti
enim confessio unius heredis, quod ex testatore tale
quid audiverit, non onerat cæteros coheredes, qui ab-
sentes fuerunt, ut supra §. 40. dictum, ita multo minus
gravare poterit reliquos coheredes recusatio jura-
menti. Quodsi itaque omnibus fuerit delatum, tunc
vel omnes præstare hoc debent *Carpz. p. 3. C. 8. def. 40.*
vel si recusent, ad præstationem fideicommissi adstrin-
guntur, dummodo fideicommissarius antea juram-
entum calumniæ præstiterit §. *f. 7. de fideic. Hered.* cum
illud juramentum heredibus delatum sit iudiciale, *Si-
chard. ad l. ult. C. de Fideic. n. 14. Franzk. ad cit. §. ult. Cz-
cit. l. n. 6. & 8. Struv. Ex. 36. tb. 23.* quodsi enim fideicom-
missarius hoc ipsum juramentum præstare recuset,
prin-

principale ab heredibus præstandum habetur pro præstito imo pro remisso, ut heredes ad præstationem hujus fideicommissi non sint obligati, modo heredes a fideicommissario etiam id exigant *l. 34. §. 4. ff. de jurej.*

Richter. *decis. 62. n. 27. seqq.*

§. 43. Superest ut de effectibus potioribus fideicommissorum illustrium constitutorum quædam ad-
De effectu remissive.
damus. Ubi quidem illud jam prælibavimus supra, dispositionem de tali fideicommissio possessoribus omnino esse interdictam, sive expresse prohibitio constitutioni fideicommissi accesserit, id quod utilius, per ea quæ supra jam dicta sunt, sive tacite exinde colligi possit. Quandoquidem vero de hoc illustri effectu jam supra satis actum est, & quoque in cap. sequenti hæc omnia pluribus adhuc illustratus sum, brevitate studio de hoc ipso nihil ulterius hic addam. Quod vero cæteros effectus attinet, qui respiciunt successionem & jus fideicommissariorum, illi magis ad fideicommissa jam constituta pertinent, de quibus tamen hic non adeo sumus solliciti, cum unice de constitutendis horumque jure agamus.

CAP. II.

DE DISPOSITIONE CIRCA FIDEICOM- MISSA ILLUSTRIVM

§. I.

Jamjam dictum est fideicommissa illustria hunc *Fideicom-*
habere effectum, ut etiam si Clausula de non alie-
nando iis non fuerit inserta, tamen dispositioni *missa illu-*
heredum fiduciariorum non sint subjecta. Dum *stria alie-*
nari re-
enim queunt.

enim testator oneri restitutionis hæc bona subjecit, merito tenderet alienatio in reliquorum, qui sunt de familia, præjudicium, quibus tamen jus ex primi disponentis providentia est quæsitum Cacheran. *Idem. pedem. 85. n. 18.* Decian. *conf. 52. n. 5. vol. 1.* Honded. *vol. 1. conf. 33. n. 19.* Merito huc itaque applicandum, quod Justinianus in *l. ult. §. 1. C. commun. de Legat. & fideic.* eleganter præcipit, inquiens: *Nemo itaque heres ea que per legatum vel pure vel sub certa die relicta sunt, vel que restitui alii disposita sunt, vel substitutioni supposita secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda vel pignori vel hypothecæ assignanda vel mancipia manumittenda, sed sciat, hoc quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens alieno juri applicare.* Hisce deinde hanc subjecit rationem: quia satis absurdum sit & irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre vel hypothecæ pignorisve nomine obligare vel manumittere & NB. ALIENAM SPEM DECIPERE. Et quidem hæc prohibitio legalis eo fortior est, quam illa quæ fit per nudam conventionem, quia illa dominii translationem impedit, non vero hæc *l. peto 69. §. 3. l. 77. §. 27. de Leg. 2.* Hering. *de fideic. c. 1. n. 88. seqq.* Vinc. Fufar. *de fideic. qv. 717. n. 19.* Rivin. *conf. 143. n. 12. lib. 1.* Roland. a Valle *conf. 33. in f. lib. 1. l. sit a quis 135. §. 3. ff. de V. C.* Natta *conf. 474. n. 7. vol. 2.* Beuff. in *l. admonendi ff. de jurej. n. 872.* Gail. 2. *obs. 16. n. 5. seqq.* Befold. *conf. 83. n. 115.* Quicquid itaque prohibitum est in genere alienari, illud quoque prohibitum censetur quoad singulos actus per quos alienatio contingit, quos latissime excutit Knipfch, *de fideic. famil. c. 11. n. 38. seqq.*

§. 2. Cum vero in rebus moralibus, ubi infinita circumstantiæ circa negotia accidere solent, nulla regula tam universalis, quæ non suis sit obnoxia exceptionibus; ita quoque hæc de prohibita fideicommissorum alienatione doctrina comparata est, ut quasdam exceptiones justis ex causis admittat, ubi disponendi facultas de rebus fideicommissis subjectis non videtur exclusæ. Intelligimus itaque per dispositionem circa fideicommissis illustria omnem actum, quo licite & valide a possessore res fideicommissis obnoxia ex causa vel utilitatis evidentis a legibus approbatæ, vel imprimis necessitatis urgentis in alium quovis modo alienatur.

§. 3. Ad causas necessitatis referri meretur (1) *(1) ex causa Transactio de bonis fideicommissis obnoxia quoties inter agnatos ingentes lites & controversiæ de tali constitutione actionis fideicommissi sunt subortæ l. u. C. de Transact. vid Carpz. p. 2. c. 35. def. 18. n. 1. seq.* quemadmodum enim transactiones ad sopiendas lites multum faciunt. *l. 2. C. cod. adeoque eo magis adjuvandæ; ita quoque eo facilius admittuntur, quoties aliter negotium componi nequit. Sicuti itaque transactio requirit rem dubiam l. 1. C. cod. Berlich. p. 2. decis. 263. & quidem vel ob litem jam motam vel certo imminentem l. u. C. cod. l. 1. C. de Pact.* ita quoque circa transactiones de fideicommissis illustribus idem asserendum esse patet: adeoque utile omnino est, ut ipsa controversia litesque circa fideicommissa motæ evidentissime in ipso Instrumento transactionis exprimentur, quo ipso, si imprimis prætensiones concertantium expressæ fuerint, urgentissima pro veritate rei & negotii militat præsumtio. Seraphinus de Seraphinis *decis. 742. n. 1.* Assertionibus enim nudis tran-

quando
dispositio
de fidei-
commissis
sit licita?

constare
debet de
contro-
versia

*Clausula
de præce-
pto superi-
oris*

transigentium stare omnino periculosum videtur, cum nihil facilius esse possit, quam lites ejusmodi fingere, ut saltim per hanc viam ad alienationem per indirectum pervenire queant, Urceol *de Transact. qv. 43. n. 14.* Merlinus *decif. 490. n. 4.* Imprimis vero tunc secure, transactio celebratur de hisce bonis alienari prohibitis, si Clausula de præcepto judicis accesserit. Knipschild *de fideic. famil. c. 11. n. 102.* Nam quamvis alias nemo ad transigendum a judice cogi possit *l. si quis major 41. C. de Transact. Carpz. 2. Rep. 51. n. 19.* hoc tamen merito limitandum, quando lis multum est intricata, ut inde pacis & Reip. turbatio metuatur. Gail *de pace publ. lib. 2. c. 18. n. 9.* Berlich. *1. coucl. 7. n. 36. & 38.* Dn. Schilter. *Prax. Jur. Roman. Ex. 9. §. 25.* Müller ad Struv. *Ex. 6. tb. 54. lit. ff.* Knipschild *cit. l.* quod tamen tunc intelligendum, si transactio facta fuerit ex Epistolmate superioris Dn. Præl. *in diss. de jure Epistolm. c. 4. n. 37.* nam si inferior adigere vellet litigantes ad transigendum, justa inde daretur occasio provocandi ad superiorem Schilter. *cit. l.*

*An trans-
actio in fi-
deicom-
missis fa-
milix locū
habeat?* §. 4. Cæterum quamvis in simplicibus fideicommissis facilius admittatur transactio; tamen & fideicommissis familiæ eandem adjudicare possumus, quoties fideicommissarii inter se transigere volunt, modo omnes qui ad fideicommissum aspirare possunt in transactionem consentiant. Vincent. Fufar. *qv. 560.* ubi pluribus de consensu exprimendo agit. Dn. Harprecht. *tract. Acad. V. §. 25.* Equidem ad præcavendum hanc transactionem non raro a testatoribus seu primis fideicommissorum institutoribus solet cautelæ loco transactio nominatim inhiberi, quæ tamen judice Dn.

Dn. Harprechto *cit. l. §. 26.* parum operabitur, iustis causis illam urgentibus præsertim si illæ Reipubl. favorem & tranquillitatem respiciant conf. Galer. de Renunc. *renunc. 44. n. 11.*

§. 5. Ut vero caute transactio talis instituat^{Inspectio}ur præter illam, quam §. 3. inuimus observationem, re-^{tabulari}quiritur, ut transigentibus de ultima voluntate primi infiroris accurate constet ex inspectione tabularum *l. 6. ff. de Transact. l. 1. §. 1. ff. testam. quemadm. aper. tur* Gail. 2. *obs. 139. n. 10.* Cui inspectioni verborum testamenti ne quidem renunciari posse volunt *arg. d. l. 6. Sand. t. 4. l. 5. def. 15.* quia juri prohibitivo renunciari nequit: requiritur enim scientia omnium contentorum in testamento, neque sufficit sola credulitas vel opinio Mantica *de conject. ult. vol. lib. 26. tit. 2. n. 11.* Et cum hæc scientia aliquando etiam aliunde quam ex tabularum inspectione sciri possit, inspectio tunc non præcisè est necessitatis. Mantica *c. l. l. 24. t. 2. num. 2. B.* Dn. Brunnem. *ad cit. l. 6. Surd. decis. 185. n. 3.* Unde omnino utile est hoc casu, ut partes transigentes in instrumento transactionis aperte confiteantur, sibi satis constitisse de contentis in ultima voluntate v.g. *Daß nachdem Sie das Testament gesehen und gelesen/ auch was darin geordnet/ gnugsam erkant und liberleget/ sie sich folgender Gestalt vergleichen Joh. a sande decis. Fris. lib. 4. t. 5. def. 15.* Dn. Præses *de Caut. contr. Sect. 3. c. 7. §. 5. ubi §. 6.* cautela suppeditatur, si aliunde quam ex ipsa inspectione sufficientem notitiam contentorum testamenti transigentes habuerunt, conf. Sichard. *ad l. 19. C. de Transact. n. 7. Fufar. qv. 594. n. 4. seqq.* Quod vero quidam clausulam hanc: *viso & cognito testamento tan-*

G

quam

An neces-
sario ex-
primen-
dum in
transa-
ctione, vi-
sum esse
testa-
mentum?
Omnes
consenti-
re debent

Effectus
transa-
ctionis
hujus

quam necessario instrumento transactionis inferendam autument, quos recenset plenius Fufar. *cit. l. n. 5.* id ex *cit. textibus* non inferitur, modo alias probari possit, transactionem non aliter quam ex scientia certa factam fuisse. Deinde quoque, si non superioris Epistalma diserte transactionem urgeat, & hoc necessarium esse arbitratur, ut omnes omnino consentiant; neque enim major pars eorum, qui sunt de familia, præjudicium cæteris contradicentibus afferre posse videtur. Quod enim singulos tangit, a singulis quoque approbandum, & in quo minuitur jus singulorum, omnes quoque consentire debent *l. 8. ff. de aq. & aq. plur. arc. Dn. Harprecht. cit. l. §. 9* Et ita demum firma stabit transactio *l. 1. C. de Transact.*

§. 6. Quod si itaque hoc modo caute inita fuerit transactio, non tantum illa stringit præsentēs pacificentes, sed etiam postea ex illa familia nascituros. Causa enim ob quam inita, necessitatem continet, quæ jus in moralibus tribuit, imo legitime inita transactio non minorem, quam res judicata, habet auctoritatem. *l. 20. C. de transact.* sicuti itaque res judicata præjudicat posteris, ita quoque transactio, cum negotia transactione semel sopita non amplius resuscitari debeant *l. fratris C. de Transact.* nequidem sub prætextu instrumentorum de novo repertorum *l. sub prætextu 19. C. eod.* quod tunc imprimis obtinebit, ubi auctoritate Principis ejusmodi transactio facta. Ant. Peregr. *de fideic. art. 52. n. 89.*

(11) *disponi potest de fidei-* §. 7. Deinde de bonis fideicommissio obnoxiiis disponi posse pro constitutione dotis, concludunt communiter *ex auth. res que C. Commun. de Legat l. mulier. 22.*

§. 4.

DE DISPOSITIONE, CIRCA FIDEICOM. ILLUSTR. 51

§. 4. ff. ad SCt. Trebell. Nov. 39. c. 1. conf. Cephal. conf. 261. commissio
n. 22. Gail. 2. obs. 137. n. 17. Petrus Ant. Petra de fideic. qv. dotis cau-
8. n. 330. Peregr. art. 42. Vinc. Fufar. qv. 131. Knipschild. sa.
de Fideic. faml. c. n. n. 234. Menoch. l. 4. presunt. 189. n. 2.
etiam si vel maxime a primo fideicommissi institutore
expresse Clausula de non alienando fideicommissio fue-
rit adjecta, cum ratio incit. Novella 39. etiam in hoc casu
locum habeat: vult enim Imperator, ut illa, quæ com-
muniter omnibus profunt, præponantur iis, quæ spe-
cialiter quibusdam utilia, sunt. Neque enim potuit,
eiusque dirigere alienationis prohibitionem, ut ea,
quæ ad paternum spectant officium interdiceret, l. f. C.
de dot. promiss. vid. Alciat. conf. 644. n. 4. Hier. Cævallos
spec. commun. contr. comm. qv. 743. Menoch. lib. 4. pres. 189.
Fachin. lib. 4. contr. cap. 48. Peregr. cit. l. n. 6. Fufar. cit.
l. n. 71. ibique allegati. Equidem plures contrarium
asserere inveni, præsertim eo in casu, ubi certa res alie-
nari prohibita est ob dotem favore familiæ, quorum
Doctorum ingentem numerum refert Vincent. Fufar.
cit. l. n. 67. Verum rationes non admodum sunt præ-
gnantes & concludentes. Nam quod ajunt, patrem
posse prohibere necessitatem dotandi, petitionem
principii continet, cum in hoc consistat paternum
officium, a lege ei impositum, l. fin. C. de dot. promiss.
quod per contrariam dispositionem immutari nequit,
conf. Knipschild cit. l. n. 266. 267. Et sicuti legitima ex
prohibitione sola testatoris non cessat, nec solvendi æ-
ris alieni necessitas: ita nec necessitas dotandi, quæ est
æ alienum & vicem legitimæ continet. Id, cit. l. n. 261.



*In dote
constitu-
enda ser-
vandus
modus.*

§. 8. ¶ Ut autem hoc casu caute hæc dispositio de bonis fideicommissis obnoxiiis fiat, sequentia observanda. Primo videlicet, ut in dote constituenda servetur modus, videlicet pro conditione & qualitate personarum matrimonio jungendarum, & secundum regionis consuetudinem Fufar. *cit. l. n. 163.* Paris. *conf. 63. lib. 2.* Petra *cit. l. n. 465.* Peregrin. *cit. l. n. 78.* Neque etiam ut nimium fideicommissaria bona hoc onere graventur, attendendum, quod facile fieri posset, si femina virum sibi imparem duceret, quo casu alias dos major pro conditione viri constituenda. Paris. *conf. 63. n. 55.* In dubio respiciendum esse volunt ad alias feminas in illa familia, qualis dos illis fuerit constituta Thesaur. *dec. 192.* Menoch. *conf. 146. n. 6.* Deinde ut nulla alia bona adsint, unde commode filia dotari possit Petr. Ant. de Petra *de fideic. c. 8. n. 455.* Cum hæc dispositio tantum sit subsidiaria Menoch. *conf. 95. n. 133.* Cephal. *conf. 10. n. 19. & 43.* Honded. *conf. 76. n. 15.* Fufar. *cit. l. n. 121.* Knipschild *cit. l. n. 66.* Denique animadvertendum quoque, ut pretium ex rebus fideicommissariis venditis in causam dotis revera convertatur, & hoc legitime probetur; neque enim sufficit asseruisse in instrumento, dispositionem de fideicommissariis bonis esse factam ob causam dotis, cum ita fraudes facile committi possint. Unde de ipsa versione in causam dotis omnino solliciti sint contrahentes, & ut de illa postea legitime constare possit, omnino curent. Peregrin. *cit. l. n. 79.* conf. Gallus *de Except. tit. 2. except. 4. n. 93. §. 3.* Ubi asserit, gravatum teneri probare, se tempore venditionis habuisse filias nobiles, easque nuptui fuisse traditas, & pretium alienatorum bonorum fuisse in dotem conversum. §. 9.

*Nulla alia
adesse de-
bent bona.*

*Bona alienata
verti debent in
dotem.*

§. 9. Cæterum etiam eandem dispositionem de *An etiam*
 bonis fideicommissariis tunc admittunt Dd. ubi agitur *pro dote*
 de dote restituenda, nec alia adsunt, ex quibus dos *restituenda*
 possit restitui. Petra *de Fid. qu. 8. n. 349.* Ludov. Molin. *de d. bona fi-*
Hispan. Primog. c. 6. n. 7. Simon de Præt. *de interpret. ult. deicomm.*
vol. lib. 4. dub. 12. fol. 439. Menoch. *Arb. f. Quest. cas. 182. n. alienari*
69. Fufar. *cit. l. qu. 532.* quod etiam haud obscure ex *No-possint?*
 vell. 39. c. 1. colligi posse videtur, Knipschild *c. l. n. 245.*
 quod tunc facile concedo, si agatur de dote mulieri
 ipsi restituenda, quia hac ratione restitutio hæc ipsi uxori
 facienda, alias insignia privilegia habet veluti, tacitæ
 hypothecæ & prælationis & quod stipulatio pro dote
 reddenda jure plane extraordinario sit b. f. l. *un. §. 1. C.*
de R. U. A. Imo major favor occurrit in ejus restitutione,
 quam ejus constitutione. Unde si pro ejus constitu-
 tione fideicommissa alienari possunt, non video,
 quare non etiam pro ejus restitutione eadem alienari
 possint. Hoc certe indubium, constare debere de vera
 dotis illatione. Quando enim plane de illa non con-
 staret, & forsân postea esset factum instrumentum dotis
 in fraudem bonorum fideicommissariorum, quis diceret,
 tunc disponi posse de bonis fideicommissis obnoxiiis.
 Peregr. *cit. l. n. 83.* Quid itaque dicendum de
 dote confessata, non realiter illata? Equidem hoc casu
 bona hæc alienari non posse volunt Fufar. *cit. l. n. 23.*
 ibique allegati, quod illa, quæ introducta sunt, contra
 regulas juris in favorem dotis tantum locum habeant
 in dote vera, non in confessata. Verum dubito de
 hac sententia, cum confessata dos habeat effectus omnes
 veræ dotis, nec præterlapso legitimo tempore
 non amplius disputari possit de non numerata dote,

*An etiam
 pro dote
 confessata
 restituenda?*

modo alias, ut dictum, fraus mariti, absit, vid. Gallus
de Except. p. 3. tit. 2. exc. 4. n. 68.

An pro do-
natione
propter
nuptias?

§. 10. Cum vero donatio propter nuptias doti
æquiparetur l. 20. pr. C. de Pact. convent. idem privile-
gium, quod doti hac in re tributum, etiam in Nov. cit.
39. ad donationem propter nuptias extensum conf.
Gail. 2. obs. 137. n. 17. Berl. p. 2. concl. 13. n. 47. Fusar. qv. 533.
quod tamen itidem intelligendum, dummodo non su-
per sint alia bona, quia hæc dispositio est tantum sub-
fidiaria. Et quod alias in dote congrua observandum,
hic quoque non negligendum, cum quoque dispositio
hæc restringenda ad donationem congruam.

An frater
ob dotem
sorori con-
stituendâ
disponere
possit de fi-
deicom-
misso.

§. 11. Cæterum antequam ad alios casus hic abea-
mus, ubi dispositiones de bonis fideicommissariis sunt
indultæ, non intactam puto relinquendam esse illam
quæstionem, an etiam frater illustris pro dotanda sorore
possit ita disponere de hisce bonis? Equidem id
communiter concedunt, ex hac persuasione, quasi fra-
ter in casu, si soror sit inops, & absque dote honeste
nubere non possit, ad dotem teneatur in subsidium,
ex l. 12. §. 3. ff. de admin. tut. ubi dicitur: *sed non dabis do-
tem sorori alio patris nata, licet aliter ea nubere non possit.*
Unde inferunt, quod sorori Germanæ & consanguineæ
utique ad dotem teneatur, Michalor de Fratibus
p. 3. c. 33. n. 2. Tiraquell. de jure primog. qv. 62. n. 1. Kni-
pschild cit. l. n. 303. verum omnino dubito de hac deci-
sione; falsum enim est suppositum, quod ex cit. l. 12.
inducunt communiter, cum constet argumentum a
contrario sensu fallax esse, vid. Dn. Præf. de Act. For. in-
vestig. §. 1. Membr. 2. §. 25. in. f.

§. 12. Sicuti vero quilibet juri suo renunciare potest, ita quoque non dubium, quin Possessor fideicommissi de bonis hisce disponere possit, si consentiant alienationi illi, in quorum favorem prohibita est alienatio *l. quoriam 11. C. de fideic.* Diserte hoc asserit Paulus in *l. 120. §. 1. de Leg. 1.* inquit; Omnibus quibus fideicommissum relictum est ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem super futuram conf. Gail. 2. obs. 139. n. 10. Hoc enim in jure regulare est, ut consentiens alienationi rei, in qua jus habet, sibi præjudicet *l. 4. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l. 2. C. si advers. donat.* conf. Mantica de tacit & ambig. convent. lib. 23. tit. 20. n. 23. Quin quod consentiens alienationi habeatur pro alienante Fusar. de fideic. qv. 560. n. 1. Decius cons. 448. n. 29. Petrus Ant. de Petra de fideic. qv. 14. n. 9. Ut itaque hoc applicemus ad fideicommissum illustre, ubi majus & plurimorum in alienando præjudicium versatur, majori certe cautione ibi opus. Primum itaque necessarium est, ut omnes, de familia qui sunt, & in quos fideicommissum aliquando devolvi potest, etiam remotiores, consentiant alienationi. Nam si tantum quidam, proximiores forsân, consensum præbuerint, equidem sibi sine dubio per præstitum consensum, præjudicant, sed non aliis, Peregrin. de fideic. art. 52. n. 94. Gallus de Except. p. 2. tit. 4. Exc. 26. n. 68. Intrigliol. de subst. cent. 3. qv. 73. n. 131. Quamvis vero forsân securius sit, ut talis agnatorum consensus expresse interveniat, cum sic eo minus de eo dubitari potest, tamen quin tacitus quoque idem operetur, nullus dubito, Vultejus de feud. lib. 1. c. 10. n. 64. Hic vero omnino cavendum, ut factum, ex quo consensus tacitus inferatur, *Quatenus tacitus consensus sufficiat.*

(III) Dispositio de fideicommissis est liberata, si familia consentientibus, sensus accedat.

Omnium, qui sunt de familia consensus requiritur.

Quatenus tacitus consensus sufficiat.

inferendus seu colligendus sit, concludens & tale quod non possit non consensum in alienationem continere: alioquin enim non secure disponet de hisce bonis. Hinc sicuti agnati subscribentes contractū alienationis in jure feudali non simpliciter pro consentientibus habendi, quia ut testes hoc fecisse præsumi possunt, adeoque hoc casu omnino necessarium est, ut adjiciatur se, ut agnatos consensisse. Struv. *Synt. agm. jur. feud. c. 13. lb. 19. n. 1.* Anton. *jus feud. disp. 10. tb. 6. lit. b.* Koppen *decis. 4. n. 73.* Hartm. *Pistor. p. 2. qv. 7. n. 11. seqq.* ita quoque idem dicendum esse de subscriptione instrumenti alienationis, ubi de transferendis bonis fideicommissariis agitur, existimo. Est enim commune Dd. assertum, ipso jure alienam obligationem subscribentes non teneri ex nudo actu subscriptionis Colerus *de process. Executiv. p. 3. c. 1. n. 127.* præsertim si subscribentis in instrumento non sit facta mentio Carpvov. *pag. 2. Const. 20. def. 9.* Et frustra hic dissentientes provocant *ad l. 26. §. 1. ff. de pignor.* quam pro hac sententia videtur adduxisse Knipschild. *de Fideic. fam. c. 11. n. 384.* cum ibi non agatur de nuda subscriptione, sed potius de qualificata h. e. tali quæ ideo adhibita, ut patet eo ipso consensum suum declaret, de qua re hic non adest quæstio. Unde minus secure sine dubio quoque de bonis hisce disponderet, qui in præsentia eorum, qui sunt de familia, vellent dispondere, existimans sufficere modo præsentibus non contradixerint, uti docent Petra *qv. 8. n. 534.* Knipsch. *cit. l. Cephal. conf. 318. n. 31.* ex vulgato asserto, quod tacens præsumatur consentire Menoch. *lib. 6. pres. 38.* Quid enim si fortuito intervenirent? An non potius dicendi sunt voluisse evitare invidiam & odium contradictionis? Nonne potuere filere salvo jure suo,

an sola
subscri-
ptio suf-
ficiat

an ex sola
presentia
consensus
induca-
tur?

fuo, cum forsan occasio contradicendi non adesset? conf. l. 8. §. 1. de procurat l. 5. de servit urban. præd. l. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. solv. Hartm. Pistor. cit. l. n. 1. seqq. Neque obstat, quod agnati dolo videantur fecisse, quod non contradixerint; nam hoc in dubio non præsumitur, adeoque ante omnia probandum, quod tamen difficile est, Rosenth. de feud. c. 9. concl. 78. n. 13. § 14. Neque Knipschildio patrocinator l. quoricens ab omnibus n. C. de Fideic. quia illa plane hunc non tangit casum, sed in genere excludit a petitione fideicommissi eos, a quibus venditio celebrata est: sed vero petitio principii est, an etiam a præsentibus & tacentibus celebrata fuerit emtio venditio. Multo minus contrarium probat l. cum pater 77. §. 27. ff. de leg. 2. nam & ibi supponitur alienatio ab omnibus, qui sunt de familia, facta, de quo casu nullum dubium superest.

§. 13. Merito itaque hoc casu requiritur, ut ultra præ-^{Utra}sentiam aliquid dictum vel factum ab illis sit, ex quo præsenticonfensus colligi & argui possit, Peregrin. art. 52. n. 45. Am agna- Alciat. conf. 132. n. 11. Fusar. qv. 560. n. 23. Rosenth. de torum a- feud. cit. l. n. 15. Hartm. Pistor. cit. l. n. 5. Anton. cit. l. luid fa- p. 276. quo refero casum ex l. exceptione n. C. de Eviēt. Etum re- quando præsentis agnati pro eviēctione caverunt. Qui quiritur. enim se pro eviēctione obligat, venditioni utique consensum dedisse dicendus, uti dicitur in cit. l. & hætenus recte Knipschild cit. l. monet ex cit. l. colligi posse optimam cautelam, ut quis possit emere bona prohibita alienari extra familiam, si scilicet procuraret, ut venditor daret fideiussorem sibi illum de familia, ad quem jus revocandi spectaret; nam si intercessisset fideiussor, omnino excluderetur a revocatione. Por-

ro & illud quoque monendum, ut attendatur qua ratione agnati consenserint. Nam consensus ratione officii v. c. tutorii præstitus, non præjudicat consentienti *l. cum quadam 26. C. de Admin. Tut. & curat.* Ut itaque censetur consentire alienationi, consentire debet ut agnatus.

*An liberi
ita alienatum
fideicommissum
revocare
possint*

§. 14. De eo vero Dd. graviter concertant, utrum talis universæ familiæ consensus heredibus h. e. liberis ita præjudicet, ut revocare bona hæc alienata nequeant? Negat hanc quæstionem Knipschild *cit. cap. 11. n. 394.* cum pluribus aliis ibi allegatis, adeoque hunc consensum liberis non præjudicare autumat. Adducit pro hac sententia *l. peto 69. §. 3. ff. de leg. 2.* ex quo illud inferitur, in tali fideicommissum proximum quemque invitatum censi ad revocanda bona alienata, ita tamen ut antecessorum factum præjudicare non debeat successoribus futuris. Deinde communiter Dd. tradunt quando res diserte est alienari prohibita, heredem posse rem alienatam revocare, etiam si vel maxime alienans pater sit *Alex. conf. 94. n. 7. Natta conf. 470. num. 12.* quod ex intentione & dispositione primi institutoris seu fideicommittentis omnibus ex familia fit jus quæsitum, hoc vero ipsis invitatis auferri non possit. Denique quod renunciatio valeat tantummodo in præjudicium renunciantis, non aliorum *l. 3. de transact.* Quod si itaque hæc sententia admitti deberet, sane minus secura illa foret dispositio, cum statim liberi postea nati illam revocare possent, adeoque revera cautela hæc quod omnes de familia consentire deberent, esset in effectu otiosa. Cum vero in *l. 120. §. 1. de leg. 1.* diserte dicatur, consentientibus omnibus, qui sunt de familia, nullam

*decisio-
gativa*

nullam petitionem superesse, merito modo omnes ut dictum, consenserint, contrariam sequimur sententiam. Supponimus enim, liberos esse heredes parentū, jam autem vulgatissimi juris est, heredem factum defuncti omnino approbare debere, neque contra hoc venire posse *l. cum a matre 14. C. de Rei Vind. l. 149. ff. de R. J.* unde & in feudis liberi alienationem feudi a patre factam impugnare nequeunt, quia simul in allodio succedere & ita heredes patris esse debent *2. F. 45. c. 1. §. filius 2. f. 51. Hartm. Pistor. lib. 2. p. 1. qv. 13. n. 51. seqq. Fachin. 7. contro. jur. 18. Irterus de feud. Imp. c. 23. §. 13.* Quamvis vero jus circa fideicommissaria bona non dependeat a patre, tamen, quia simul heres est, hinc etiam in hisce bonis factum ejus approbare debet. *Cephal. cons. 392. n. 26. seqq. Fusar. qu. 557. n. 1. Fach. lib. 4. c. 1. n. 16.* Et confundit sine dubio Knipschild alienationem illicitam, cum illa quæ jure permittente fit. Nam *n. 409. cit. l. 1.* dicit illam alienationem ab heredibus impugnari posse, quæ contra legis præcepta facta, adeoque vel ipso jure nulla, vel ope exceptionis annullanda *l. 7. de agric. & cens. Carpz. p. 2. C. 14. def. 70. n. 9. & 10.* Quanquam enim & hæc assertio multas admittat limitationes & declarationes, tamen hic saltē minus commode applicatur; nam jam supra *ex l. 120. §. 1. de Leg. 1.* præsuppositui, hanc alienationem fieri jure permittente, imo assistente, cum plane omnem excludat revocandi potestatem. Cum itaque secundum ipsam Knipschildi *loc. cit.* confessionem commune dogma sit, heredem validi tantum, non, etiam invalido facto stare debere, recte inde concludo, etiam liberos hoc casu merito esse excludendos a petitione fideicommissi, tanquam licite & vali-

Refutatio
argumen-
torū dis-
sentien-
tium



de alienati. Equidem hoc certum est, alteri jus non esse auferendum, quod etiam urget Knipsch. *n. 415*. Verum quodnam jus habent qui nondum existunt? Et cum ita per consensum universæ familiæ generalem fideicommissum expiret, illi postea nati nullum jus amplius prætereendere possunt, quippe quod ipsis *utile est* nec quæsitum, neque amplius superest. Utilis *mentionē* tamen forsitan hæc cautela est, ut hoc casu consentientes *facere li-*berorum. *berorum.* tamen expresse mentionem heredum suorum faciant, & ita simul diserte paciscantur, nec liberos suos postea nascituros unquam admittendos esse, ad revocandum tale fideicommissum. Sicuti enim hoc admittunt in renunciatione hereditatis Ant. Fab. *in C. lib. 2. t. 3. d. 2. n. 10. seqq. & def. 16. Carpz. p. 2. c. 35. def. 12. Dn. Præf. de success. ab intest. diff. 8. c. 10. §. 79.* ita quoque idem admittendum in hoc casu censeo. Et pro hac sententia pugnant Fusar. *qv. 560. n. 10. Menoch. Lib. 1. conf. 58. inf. Cephal. conf. 593. n. 168. Hartm. Pistor. lib. 2. qv. 9. n. 8. Decian. conf. 55. n. 87. Fach. 5. controuv. cap. 19. Peregrin. art. 33. n. 2. seq. Rol. a Valle conf. 30. & 71. n. 14.*

*An ex di-*visione *bonorum* §. 15. Cæterum non raro contingere solet, ut pater plures habens filios ita disponat, ut quidam ei sint heredes, sed tamen simul eisdem fideicommissum gravet, prohibeatque, ne bona unquam extra familiam alienentur, ubi quæstio oritur, si patre mortuo *facit a re-* *missio in* *ducatur?* inter se dividerint, an ex illa divisione tantum inducatur pactum de remittendo fideicommissum? Video hic Dd. non una decisione absolvere hanc quæstionem, & quidem haud incongrue, cum diversa dentur fideicommissa: sunt enim alia fideicommissa *pura* alia conditionata. Illa dicuntur ubi testator per modum principa-

cipalis dispositionis bona in familia sua conservari de Fideicom-
 bere disponit l. 32. §. 6. de Leg. 2. l. 77. §. pen. eod. vel ubi *missa alia*
 incipiendo non a prohibitione, sed a dispositione ita *pura alia*
 ordinar, ut bona semper devolvantur ad descendentes *conditio-*
 suos, & ita nunquam alienentur. Vinc. Fufar. *qv. 687. nata.*
 Dn. Præf. *tr. de success. ab int. diff. 7. c. l. §. 17.* ubi vero
 solummodo prohibet, ne bona extra familiam alienen-
 tur, nihil amplius prohibitioni adjiciens, conditionale
 constitutum videtur l. 77. §. *libertis de Leg. 2.* Peregr. *de*
fideic. art. 14. n. 10. Joh. Cephal. *conf. 330. n. 66.* Fufar. *qv.*
499. n. 1. Petra *de fideic. qv. 5. n. 2. §. 7.* Dn. Harprecht.
tract. Acad. 9. §. 5. Dn. Præf. *cit. l. Knipschild de fideic. fa-*
mil. c. 2. n. 33. Ratio differentiae maxime in eo quaeri-
 tur, quod in fideicommissio puro seu absoluto ante
 mortem gravati conditio non veniat l. *ult. §. fin. C. com-*
mun. de Legat. at conditionale hoc maxime operatur,
 ut si a possessore alienata fuerint bona, casus statim
 eveniat, adeoque non expectata morte alienantis, res
 statim vindicari possit l. *peto 69. §. fratress. de Leg. 2. l. filius-*
fam. 114. §. cum pater 15. ff. de Leg. 1.

§. 16. Quibus breviter prælibatis, excussio præsen- *An distin-*
 tis quaestionis haud adeo difficilis erit. Et si commu- *Etio hæc in*
 ni Dd. opinioni inhaerere vellem, sine dubio elegan- *divisione*
 tem hujus distinctionis usum haberemus. Ordinarie *bonorum*
 enim dicere solent, per divisionem fideicommissi puri *pro indu-*
 remissionem induci, quod hæc divisio sit puro fidei- *cenda re-*
 missio contraria, cum contra in conditionali demum *missione*
 jus existat conditione eveniente, adeoque jus novum *fideicom-*
 superveniat, quod in divisionem venisse dici nequit. *missi quid*
 vid. Mascard. *de probat. c. 446. n. 12.* Menoch. *de Præf. lib. 3. oparetur.*
Præf. us. n. 3. Petr. Ant. de Petra *de fideic. qv. 14. n. 106.* In

eo ergo 'omnes' videntur convenire, quod conditionale fideicommissum per divisionem non fit remissum. Neque enim credendum est, dividentes voluisse renunciare fideicommissio cuius dies postea cesserit. Imo nec jus quod nondum competit, repudiari potest *l. qui potest 174. §. 1. de R. I. Cravetta conf. 24. n. 8. Faber. in C. lib. 3. tit. 25. def. 1. Gail. 2. obs. 139. n. 1. ibique longa ferie allegati.* Nam non video, ob quam causam fideicommissum hoc casu remissum censi debeat, cum nulla sit repugnantia inter divisionem horum honorum, & jus ipsum fideicommissarium. Quin quod jura faveant divisioni ob incommoda, quæ ex communione resultare solent, ut adeoque talis divisio fieri possit salvo per omnia fideicommissio, conf. *Galerat. de Renunc. cent. 1. c. 44. n. 21. Franc. Nig. Cyriac. contr. for. 323. n. 2.* Cum itaque in fideicommissio puro hæc quoque ratio obtineat, vix est, ut aliquam hujus distinctionis utilitatem in hac quæstione admittere possim. Recte enim animadvertit Dn. Harprecht. *tr. acad. 9. §. 10.* posse etiam hoc casu finem hujus divisionis esse, ut a communione, quæ mater litium est, recedatur, non vero præcise, ut fideicommissum remittatur. Quamvis hoc casu merito consulerem, ut, quia communis sententia fere militat pro remisso fideicommissio, quæque adeo magnum in foris habere solet pondus, addatur divisioni Clausula: *Salvo per omnia fideicommissio*: nam tunc cessat tacita remissio, cum expressa voluntas in contrarium adsit.

Quid juris si Clausula de §. 17. Cæterum fallunt sine dubio, qui cautelæ gratia ejusmodi divisioni plures adjiciunt Clausulas, & saltim per eas remissionem induci posse autumant, uti

uti recte judicat Faber *cit. l.* Quid enim si dividentes promiserint, se nihil quicquam contra hanc divisionem aufuros, an propterea remissio fideicommissi inducatur? Renunciatio enim non præsumitur, imo nec ad non cogitata extenditur. Quin quod tales Clausulæ plerumque ex consuetudine Notariorum adjiciantur. vid. Michalor *de fratrib. p. 3. c. 41. n. 7.* Graviter quidem obstare videtur *l. qui Roma 122. S. f. ff. de V. obl.* ubi fere idem casus vertitur, de quo hic sumus solliciti; unico excepto, quod in casum contraventionis pœnam dividentes promiserant. Verum uti recte Gothofredus *in not. lit. Z.* animadvertit, solam divisionem per se non fuisse idoneum argumentum fideicommissi remissi, adeoque in illo casu alia adfuisse, argumenta, quæ judicem movissent, quasi etiam de fideicommissio transactum fuerit, & ita respondet JCrus, pœnam esse commissam per petitionem fideicommissi. Præsupponitur enim in recensita ibi facti specie, judicem pronunciasse, transactum quoque fuisse de fideicommissio, & ex hoc præsupposito infert JCrus, commissam quoque esse pœnam. Cæterum si insuper alia verba adjecta, ex quibus forsan de remissione sufficiens argumentum induci possit, aliud utique dicendum videtur, veluti si partes promiserint, daß Sie auf keinerley Art und Weise die nur könte erdacht oder erfonnen werden / ja unter keinerley prætext, diese Theilung impugniren wollen / sondern die Güther zu vorigen Zeiten bey eines ledweden Eigenthumb und freyen disposition verbleiben sollen. Rocca *select. disput. jur. Vol. 1. c. 21. n. 24.* Dn. Harprecht. *cit. l. §. 21.* Cum enim hoc casu simul jus disponendi de bonis singulis

ex

non con-
traveni-
endo divi-
sioni ad-
jecta.

ex dividendis per pactum fuerit datum, nihil aliud inde concludi poterit, quam tacita fideicommissi remissio Peregrin. *de Fideic. art. 52. n. 44.* Fufar. *quest. 593. n. 14.* Sim. *de Præc. de interpret. ult. Vol. fol. 372.* Menoch. *præf. 115. n. 66.* quanquam Knipschild *de fideic. famil. c. 16. n. 25.* ne sic quidem remissionem admittere velit, quasi de omni dispositione non fuerit cogitatum, id quod tamen videtur contra mentem dividendum esse.

Disponi quoque potest de fideicommissis ob alimenta.

§. 18. Cæterum & favor alimentorum facit, ut fideicommissaria bona a possessore alienari possint, idque diserte provisum in *auth. contra cum rogatus C. ad Scrum Trebell. ibi: vel si non habeat unde expensis faciat.* Major enim sine dubio est favor alimentorum, quam ipsius dotis, propter quam, ut antea innumis, dispositio de bonis hisce fieri potest, unde & causa dotis & alimentationis in *cit. auth. conjungitur.* Surd. *de aliment. qv. 17. n. 32.* Petra *de fideic. qv. 8. n. 480.* Peregrin. *de fideic. art. 42. n. 87.* Menoch. *lib. 5. præf. 191. n. 1.* Equidem respiciendum est tunc esse volunt, utrum testator expresse de hoc casu disposuerit, ita ut nequidem ex causa alimentorum bona alienari possint, an vero plane de hoc non fuerit cogitatum, ita ut saltem hoc, non vero illo casu talis dispositio valida sit. Vinc. Fufar. *de fideic. sub-*

Prohibitio hic nihil operatur. *lit. 536. n. 3.* Verum cum necare videatur, qui alimenta denegat *l. necare 4. ff. de agnosc. vel alend. lib. & parenti licitum sit in casu extremæ indigentæ partum recens natum vendere l. 1. §. 2. C. de patr. qui lib. distrax.* quin etiam res alias alienari prohibita, uti res sacrae & Ecclesiasticae, hoc casu recte alienari possint *l. sancimus 21. C. de SS. Eccles.* hæc prohibitio non hoc operabitur, ut non recte disponi de hoc fideicommissio possit. Id tamen

tamen omnino attendendum, unde in tantam possessorem fideicommissi egestatem redactus fuerit, ut se suam que familiam aliter sustentare non possit? Nam si gravatus filius consumsisset legitimam male utendo, vel alias prodige vixisset, vix est, ut ei hoc modo succurri debeat, *Surd. de aliment. tit. 8. privil. 19. n. 7. Menoch. de Arbitr. J. Quest. cas. 182. n. 54.* Caveat itaque hoc casu is, in quem talis alienatio facienda, ut instrumento alienationis inferi curet, causam indigentiae, veluti bellum, rapinam hostium, incendium &c. ne alioquin bona alienata a successoribus ab eo revocentur. Cæterum an etiam ad alimentorum causam referri *An etiam possint expensæ in studia faciendæ, merito subdubito, ob sumtus quamvis id pluribus conetur stabilire Knipschild de studiorum? Fideic. famil. cap. 11. n. 321.* Equidem, quando quaeritur an in dubio alimentorum nomine veniant expensæ studiorum; veluti si legata sint, tunc quidem distinguitur utrum pacto vel testamento debeantur, an vero ex dispositione juris, ita ut posteriori demum casu illæ comprehendantur *l. 4. ff. ubi Pupillus educar. deb. Dn. Præf. in not. ad Lauterb. tit. de alm. et cibar. leg. verb. studiorum,* verum hæc ad præsentem non videntur applicari posse casum, ubi non eadem necessitas studiorum, quam ipsorum alimentorum, & vero non aliter dispositio de hisce bonis permittitur, quam existente urgentissimo necessitatis casu. *Petra cit. l. n. 488.* Admitterem tamen Knipschildi sententiam in casu ubi filius esset hoc onere gravatus, & legitima non sufficeret, ad has impensas faciendas, quia pater præsumitur, easdem impensas facturum, si vixisset & filii honestam ad studia intentionem animadvertisset. *Menoch. l. s. præf. 191. n. 12.*

Dispositio §. 19. Additur quoque in *cit. auth. contra cum roga-*
de fideicommissus C. ad SCr. Trebell. causa redemptionis captivorum, ut
missa est pro hac licita de fideicommissis sit dispositio, v. c. si fi-
*ob redem-*lius gravatus captus fuerit ab infidelibus. Creden-
*tionem ca-*endus enim pater testator, filium suum utique magno
ptivorum. 334. Rittersh. *ad Novell. p. 1. c. 8. n. 34. seqq.* Menoch. *l. 4.*
pres. 192. n. 1. seq. Molina *de Hispan. primog. lib. 4. c. 6. n. 9.*
 Verum cautus hoc casu sit is, in quem talis alienatio
 facienda, ut inquirat in causam ipsius incarcerationis,
 utrum propter gravati delictum seu culpam contige-
 rit, an vero ob infortunium ut in bello. Nam qui ob
 delictum in carcerem detruditur, vel propterea quod
 prodigalitate sua temere grande aë alienum contraxerit,
 indignus merito est, ut ei ita extra ordinem succurratur.
 Delinquentibus enim jura non succurrunt. *l.*
auxilium. 37. ff. de Minor. l. Fufar. qv. 53. n. 10. Sim. *de Præl. de*
int. expret. lib. Vol. fol. 73. n. 25. Menoch. *lib. 4. pres. 192. n. 10.*
 præsertim si data opera forsitan ad subvertendum ipsum
 fideicommissum contraxerit aë alienum *Nov. 108. c. no-*
bis vero. Et denique nullo modo excusari potest, qui
 ipse se in necessitatem conjecit *arg. l. 2. §. 8. hquis cau-*
tion. Ahasv. Fritsch. de Præsid. Necess. sect. 4. l. 5. conf.
l. 3. §. 6. ad SCr. Trebell. Mex. 2. Decis. 368. n. 4. Wilhelm.
 Anton. *Freundeberg de Rescript. Morat. tit. 7. concl. 22. n.*
46. Barbof. sub voc. Necessitas p. 496. Licet alias non sit
 imputandum, quod necessitas cogit. *Berlich. decis. 97.*
n. 6. & decis. 193. n. 16. Menoch. *de Arbitr. J. Quest. cas.*
182. n. 37.

Ob aë alie- §. 20. Ulterius licita de his bonis dispositio erit,
 num a tē- ob causam aëris alieni ab ipso fideicommissi institore
 con-

contracti. Neque enim prohibere in præjudicium ^{statore}
 suorum creditorum potuit, ne bona ejus extra fami- ^{contra-}
 liam alienentur *l. 69. §. 1. de Leg. 2. l. filiusfamil. n. 4. §. 14. de Etum.*
Legat. 1. Padilla in l. unum ex familia §. si de Falcidia de Leg. 2.
n. 7. Surd. decis. 62. n. 21. seq. Intrigl. de substit. cent. 5. qv. 73. ^{Cautela}
n. 417. Vincent. Fusar. qv. 541. Knipschild. cit. l. n. 216. Ut ^{bic obser-}
 vero hoc casu quis securius contrahat, videat emtor, ^{vanda.}
 utrum gravatus adhuc alia bona possideat, ex qui-
 bus debita solvi possint; quod si enim talia adsint, de his,
 non de bonis fideicommissio obnoxiiis facienda solutio
 æris alieni. *l. poter. 38. pr. ff. de Leg. 3. ibi: recte contractum,*
si non aliud erat in hereditate, unde debitum exsolvisset.
 Deinde ad ipsam debiti attendat mensuram, ne scilicet
 alienatio excedat debiti quantitatem, ne alias pos-
 stea bona illa ab emtore revocentur pro summa exce-
 dente. Quid enim si duo prædia gravatus vendide-
 rit, cum tamen ex alienatione unius potuisset credi-
 toribus satisfieri? Peregrin. *de fideic. art. 40. n. 26. Hieron. Gabr. conf. 118. n. 5.* Ulterius, quamvis quoque in-
 vitis fideicommissariis hæc alienatio fieri possit, adeoq;
 minus necessaria eorum citatio existat, *l. qui potest in-*
ventus ff. de R. 7. securius tamen hoc casu procedit emtor, si
 quoque curæ et citentur fideicommissarii, ut videant
 omnia geri bona fide. Quid enim si ipse fideicommis-
 sarius vellet creditum solvere? Gabr. *cit. conf. 118. n. 8.*
 Denique utrum speciatim illa res, quæ alienanda est
 ob æs alienandum, alienari prohibita fuerit. Cum enim
 tunc non possit illa bona temere alienare, sed potius
 alia, alienari in specie non prohibita, licet eidem fidei-
 commissio obnoxia, incaute certe emtor mercabitur.
 Fusar. *qv. 541. n. 19. Gabr. cit. l.*

*Consilium,
ut ubique
judicis de-
cretum &
causa cog-
nitio ad-
bibeatur.*

§. 21. Et ita recensui & declaravi potiores casus, quibus caute de fideicommissio illustri disponi potest. In genere autem adhuc circa illos annoto nihil hisce in casibus consultius esse, quam si decretum solenne magistratus cum exacta causæ cognitione interveniat. Quamvis enim omnis hæc dispositio etiam sine tali decreto & causæ cognitione subsistat, modo causæ necessitas sufficiens alienationem urferit, quia tamen illa ipsa postea in dubium vocari potest, præsertim fideicommissariis prætendentibus, alia adhuc extitisse bona, ex quibus vel æs alienum exsolvi vel alimenta aut dos præstari potuissent, eveniet, ut onus probandi, alia scilicet præter hæc bona non extitisse, devolvatur in alienantem, vel potius præsentem possessorem, a quo revocantur, Cravetta *consil.* 77. n. 4. Besold *consil.* 133. n. 60. Peguerra *decis.* 116. n. 3. Hoc vero gravi onere liberabitur, & onus probandi devolvetur in impugnantem alienationem bonorum fideicommissariorum, si prævia judiciali causæ cognitione alienatio suscepta fuerit. Cum enim pro iudice ejusque gestis præsumatur, Menoch. l. 2. *pres.* 67. Berl. p. 2. *decis.* 212. n. 46. Cravetta *consil.* 188. n. 8. vol. 1. Prukman. *consil.* 79. n. 55. Meischner. *decis. Cam. T.* 3. p. 7. n. 89. certe quoque præsumtio militabit pro justa causa alienationis Carpz. p. 3. c. 8. *def.* 30. n. 4. Knipschild. *de fideic. famil.* c. 11. n. 493.

De ficiente familia valide de boni hisce

§. 22. Denique non necessum duco addere illum casum, quod videlicet libere disponi de fideicommissariis bonis possit, ubi familia illustris, in cujus favorem & conservationem constitutum, interierit: Nam tunc etiam bona illam qualitatem amittunt, adeoque in

DE DISPOSITIONE, CIRCA FIDEICOM. ILLUSTR. 69

in sortem vulgarium bonorum recidunt. Ultimo itaque possessori in familia quadam illustri plenum de hisce bonis supererit arbitrium. vid. Knipschild *cit. tr. c. 16. n. 17. seqq.* Quod etiam tunc admittendum censeo, si fideicommissum fuerit constitutum, so lang der Mann. Stamm wahren wird. Exinctis enim masculis, ubi semel fideicommissum ad foeminas pervenit, in liberam suam resolvitur naturam. Cacheran. *decif. Pedem. 23. n. 51. Gail. 2. obs. 148. num. 5. Mynf. Resp. 97. num. 10.*

§. 23. Atque hæc pauca de tam diffusa & elegantia materia quasi in compendio retulisse, & pro viribus ingenii & studiorum explicuisse sufficiant. Sicuti autem regulas prudentia cum regulis justitia ubique fere conjunxi, & hæc duo jurisprudentiæ summa, ut ita loquar, capita tantum excutere volui; ita a B. L. facile veniam impetrabo, si plurimas controversias aliasque plures infinitas subtilitates, de quibus Autores in præfatione laudati consuli possunt, intactas reliquerim, consultius judicans, ejusmodi regulas sequi, quibus lites eo facilius evitari possunt, quam si litium materiam per novas contentiones augeam. Deo vero soli sit gloria, faxitque, ut non tantum prudenter & justæ actiones nostras instituamus, sed imprimis pie, ut ita in prudentia & justitia pietas dominetur.

CO-

COROLLARIA.

I.

Non tantum personæ Levit XVIII. expressæ jure divino morali matrimonium inire prohibentur, sed etiam illæ, quæ non expressæ, paritas tamen gradus adest

II.

Testamentum Principis Imperii sine solennitate juris subsistere posse, nulla solida juris ratione defendi, nec exemplum idoneum pro hac sententia probanda adduci potest.

III.

Mera subtilitas juris Romani est, contractum metu initum subsistere, rescindendum tamen esse, cum secundum jus N. contractus metu initus sit ipso jure nullus, quod idem in juramento per metum exacto verum puto.

IV.

Pariter nec juramentum dolo elicitum ullam obligandi vim habet, & hinc relaxatione non indiget.

V.

Ex eodem quoque fundamento nuptiæ, ad quas quis dolo inductus est, pro nullis reputandæ, nec deceptus in conscientia obligatus est ad illas servandas.

VI.

Per A. B. jus tutorem testamento dandi Electoribus ademptum esse probabilius sententia est, sed in præsentî statu Imperii aliud omnino dicendum.

VII.

⚔ (71) ⚔

VII.

Juramentum fidelitatis a Statibus Imperii præstandum, non imminuit superioritatem territorialem.

VIII.

Per nonum Electoratum Aurea Bulla non est mutata.

IX.

In testamento parentum inter liberos, ubi extraneæ personæ legatum relictum, non duo testes sufficiunt, sed quinque requiruntur.

X.

Testamentum ad pias causas absque omnibus testatibus subsistit, modo per schedulam probari possit disponentis voluntas.

XI.

Matrimonium ad morganaticam contractum est justum matrimonium.



Halle, Diss., 1707
(ST)

ULB Halle

006 871 321



3

W 18



Pr. 53. num. 33.

1701 12
35

DISPUTATIO JURIDICA
DE

FIDEI COMMISSO-
RUM ILLUSTRIMUM
CONSTITUTIONE ET
DISPOSITIONE

QVAM

RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO

FRIDER. WILHELMO

CORONÆ BORUSSICÆ ET ELECTORATUS BRAN-
DENBURGICI HEREDE &c. &c.

IN REGIA FRIDERICIANA

PRÆSIDE

DN. SAMUELE STRYKIO JCto,

S. REG. MAJEST. BORUSS. CONSILIARIO INTIMO, PRO-
FESSORE PRIMARIO ET FACULTATIS
JURIDICÆ ORDINARIO

PATRONO SUO ET PROMOTORE DEVENERANDO

In auditorio Majori

D. Novemby. M' DCCI.

publicæ eruditorum disquisitioni submittit

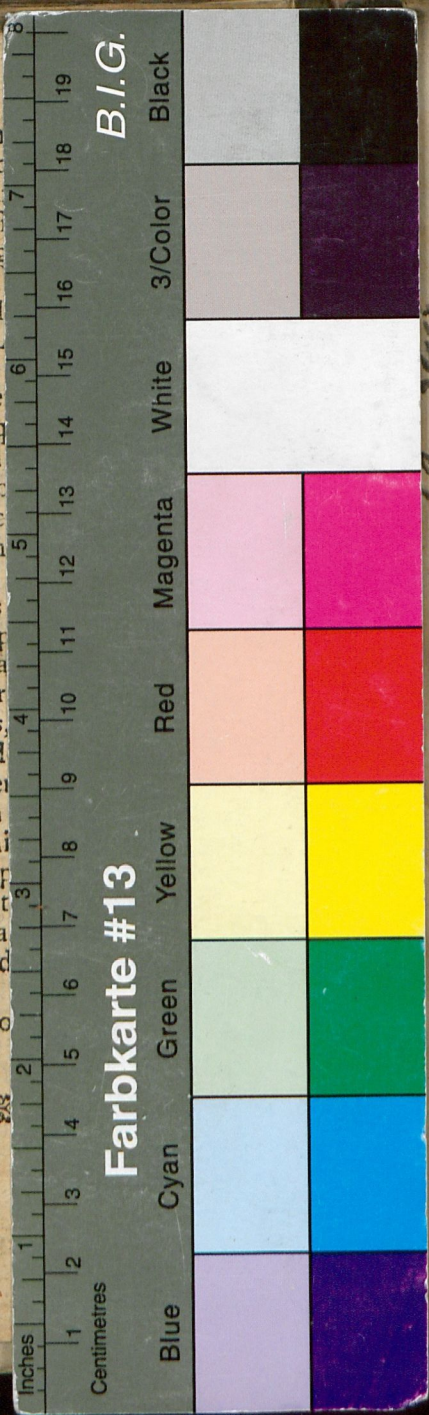
AUTOR

JOANNES HENRICUS BEST.

Ofteroda Cheruscus.

HALE MAGDEBURGICÆ,

Typis JOHANNIS GRUNERI, Acad. Typogr.



B.I.G.

Farbkarte #13

13