ne bonorũ cõstituitur: attamẽ cùm sub nomine hæredi-
6 tatis bonorũ † simul fideicõmittitur, etiam legatũ dicitur
contineri. Ita decidit Guido Pap. q. 461. & respondẽrũt
Dec. consi. 425. numero 16. & consilio 597. numero 7. Rui
nus consilio 120. numero 12. lib. 3. Paris. consilio 18. nume
ro 15. lib. 3. & Craue. consil. 294. nu. 1. Idem scripserũt Du
ran. de arte testandi, tit. 5. cautela 28. nu. 4. & Zanchus in
d. l. hæredes mei. §. cùm ita. nu. 444. ff. ad Trebell. Atqui
in hæredum institutione ita locutus est D. Marianus te-
stator. Ita quòd perpetuò bona & hæreditas dicti D. te-
statoris, &c. ergo sensit testator, etiam hoc legatum esse
sub fideicommisso comprehensum.

Sextò mouebar argumẽto dicto ex doctrina Ripæ in
l. hæredes mei §. cùm ita. nu. 49. ad Treb. à qua nõ dissen
tit Ruin. consil. 120 libro 3. inquit Ripa, quòd opinio il-
la glossæ & Doctorum in l. Marcellus. § quidam liberis.
ad Trebell. quòd sub fideicommisso non continetur le-
gatum relictum post onus iniunctum restitutionis, non
procedit, quando illud est relictum simpliciter, atque ita
7 à morte testatoris cedit: † fideicommissum autem habet
tractũ futurũ, vt putà, si dixerit, si hæres institutus, vel e-
iusdescendẽtes sine filiis masculis morerẽtur. Nã (inquit
Ripa) est ordo intellectus, vt statim à die mortis testato
ris cedat legatum, fideicommissum verò sequatur, quòd
per plures annos postea, prout tulerit casus, verificari po
test. Et hoc in casu non obseruatur ordo scripturæ, sed il
li antefertur ordo intellectus: atque ita legatum hoc con
tinebitur sub fideicommisso, etsi scriptura posterior fue
rit. Et huius opinionis, recenset Ripa, fuisse Bar. in l.
Scæuola, & in l. omnibus. §. qui suspectam. ff. ad Tre-
bel. Quia sanè iuris sententia diffinitus videtur casus
hic noster: siquidem dicti hæredes à die conditi testamẽ-
ti citra acquisiuerunt dominium bonorum omnium,
quæ tempore mortis testatoris reperiebãtur. & tamen
quinquaginta ab hinc annis euenit fideicommissi condi
tio. Atque ita licèt in ordine scripturæ præcedat grauа-
men, in ordine tamen intellectus subsequitur: & per cõ-
sequens etiam legato iniunctum videtur.

Septimò suadetur hæc opinio hac argumentatione:
8 Quæ institutionis iure † relinquuntur, veniunt in fi-
deicommisso. ita in specie respondit Curtius Iun. consi.
13. num. 5. versic. 2. principaliter. & idem scribit Zanchus
in d. l. hæredes mei. §. cùm ita. num. 447. ad Trebell.
Atqui bona hæc non iure legati, sed institutionis, atque
ita iure hæreditario relicta fuerunt, ergo in fideicõmis-
si restitutione veniunt. Illa minor propositio multis
probari videtur. Primò, quia testator in principio dixit,
in omnibus se instituere filiũ & nepotes pro portionib⁹
9 assignatis, vt infrà. Quæ sanè dictio, † vt infrà, significat
omnia sequentia, quorum facta est diuisio. l. in venditio-
ne. ff. de actio. empti. §. 1. Instit. de gradibus. Bart. in l.
Gallus. §. idem credendum. nu. 8. de liber. & posthum. &
glossa in cap. sicut, de appella. ergo & adhæc bona, quæ
æqualiter diuisa fuerunt, refertur, & per consequens
æquè ac iam acquisita iure hæreditario relicta dicuntur.
10 Secundò confirmatur, quod ex quo eadem † est diui-
sionis forma; eodem titulo omnia relicta videntur, hoc
est, institutionis. Ita Parisius consi. 94. nu. 53. lib. 2. etiamsi
testator vsus sit verbo, lego. Eandem esse diuisionis for-
mam apparet, quia iam acquisita diuisit testamentor in
stirpes, & non in capita: relinquendo vnam dimidiam
Bartholomæo filio, & alteram dimidiam Io. Iacobo &
Nicolao nepotibus. Ita pariter acquirendo voluit diuidi
in stirpes, & non in capita. Tertiò huc spectat, quòd eis-
dem fermè verbis vsus est testator quò ad alia bona, si
quæ tẽpore testamẽti habebat, quorũ portionem nõ as-
signasset. Dixit enim, & si quæ alia liuella, possessiones
& bona reperientur in hæreditate prædicta, de quibus
non sit facta mentio, ea communiter diuidantur, & diui
di debeant pro dimidia inter dictum Bartholomæum &
Io. Iacobum ac Nicolaum. Et cùm ratione hortũ bono-
rum sint ij instituti, non autem effecti legatarij, idem di-
cendum est, de his acquirendis. Quartò magis vrgere vi
detur, quòd hi quò ad hæc bona legatarij dici non pos-
11 sunt: quia cùm nulli alij sint † hæredes vniuersales, à se ip-
sis sibi ipsis legari non potuit. l. legatum. §. hæredi. l. qui
filiabus. in fine. de lega. 1. & l. in fideicommissariam. §.
vlt. ff. ad Trebell. Et respondit Paris. consi. 79. in prin. lib.
2. Et præsertim, cùm æqualiter instituti sint, & tantum
vnus daret alteri cohæredi, quantum ab eo acciperet.

Octauò accedit, quòd hoc fideicommissum relictum
12 est per verbum, substituto, quod sanè † verbum, imper-
sonaliter prolatum ita adaptari posse videtur ad relicta
particularia quam ad vniuersalia: & ideò omnia sub hoc
fideicommisso contineri videtur. Ita responderunt Rui.
consi. 152. nu. 6. lib. 3. & Cur. Iun. consi. 13. col. 1. quos secu
tus est Zanchus in d. §. cùm ita. nu. 375. Quibus accedunt
Boer. q. 280. nu. 2. & Parisi. consi. 18. nu. 17. lib. 3.

Nonò nõ mediocriter vrgere videtur clausula illa in eo
testamento adiecta. Ita quòd bona & hæreditas testato-
13 ris † perpetuò deueniant in descendentes masculos, &c.
Quæ sanè clausula significat, omnia quæ erant ipsius te-
statoris tempore eius mortis sub fideicommisso compre
hensa. Ita respondit Corneus consi. 3. Testator B. cui sub-
scripsit eo loci Fulg. & quos secutus est Duran. de arte te-
standi, titul. de substitutio. cautel. 28. in fine. Et scribunt
14 relati Doctores, indefinitam æquipollere † vniuersali.
Quo fit vt si vniuersalia essent verba, etiam prælegata
continerentur sub fideicommisso. l. cùm virum. C. de fi-
deico. Alex. in l. Marcellus §. quidam liberis. nu. 2. versic.
limitatur. ff. ad Trebell. & Dec. consil. 254. col. 2. & consi.
597. numero 7.

15 Decimò accedit, quòd voluit testator bona † conser
uari in agnatione & familia. Quæ sane ratio locũ etiam
16 habet in bonis acquirendis, cum adsit eadem † ratio, er-
go idem ius statui debet. vulgata l. illud, in princi. ff. ad l.
Aquil. Et si testator fuisset interrogatus, ita respondisset,
sicuti in speciè consuluit Paris. consi. 79. num. 26. lib. 2.

Vndecimò & vltimò confert, quòd sub ann. 555. fratres
isti in iudicio egerunt contra hæredes Iuliani posthumi,
ab illis petendo dimidiam bonorum prædictorum de
Rudiano, tanquam subiecta fideicommisso ex hoc te-
stamento D. Mariani: tandem inter eos fuit transactum,
17 relaxatis his bonis. Quo fit vt fratres hi confessi † videã-
tur, dicta bona esse sub fideicommisso, iuxta l. non intel
ligitur §. tacitè, iuncta glossam in verbo probationibus,
de iure fisci. vbi Bart. Et respondit Socin. Sen. consi. 82.
vers. secunda conclusio, lib. 3. Hæc me hæsitantem red-
debant.

Re tamen ipsa diligentius perpensa, in eam descendo
sententiam, legatum hoc bonorum acquirendorum per
testatorem non subiacere oneri restitutionis. Quod vt
dicam, multis rationibus adducor. Illud tamen ante om
18 nia dicam, hanc disceptationem à † coniecturis pen de-
re posteaquam testator clarè non disposuit. ita in specie
affirmatur Dec. consi. 80 col. 3. & Siluanus consi. 19. num.
24. quos probauit Zanchus in d. §. cùm ita. nu. 368. Qui-
bus accedunt Rui. consi. 120. nu 15. li. 3. Paris. consi. 79. nu.
15. li. 3. & Soc. Iun. consi 107. nu. 35. & nu. 41. lib. 3.

Primò ea coniectura in hanc adducor sententiam,
quòd hic testator verbis vniuersalibus fideicommissum
constituit, dum granauit suos hæredes restituere hæredi
19 tatem suam: & idem fecit † legatum singulare bonorum
acquirendorum, inuens legatum hoc, vti à fideicom-
misso separatum sub eo non contineri: cùm hæreditatis
appellatione non veniant legata. Ita declarat gl. l. Mar-
cellus §. quidam liberis. ff. ad Trebell. quam secuti sunt
ibi Bart. nu. 4. Soc. Sen. nu. 2. Alex. in l. hæredes mei. §.
Cùm ita. in tertio nota. eo. & ibidem Zanchus. nu. 415. te-
✠ statur esse * communem opinionem. Et eo loci recenset
eiusdem opinionis Oldradum & Decium. idem proba-
runt Rui. consi. 65. nu. 16. lib. 2. Soc. Iun. consi. 107. lib. 3.
Bero. consi. 81. num. 14. lib. 2. Portius consi. 6. nu. 26. &
20 Ceph. consi. 259. nu. 18. 23. lib. 2. ita pariter † verbum bona,

vt vniuerſale non comprehendere legatum tradũt Bart. & Soc.d.§.quidam liberis. Rui.conſi.120.nu.13.lib.3. & Zanchus d.§.cùm ita,nu.398.verſ.quarta declaratio. Nec aduerſatur, quòd vtroque verbo ſimul vſus ſi teſtator, quoniam infra ſuo loco reſponſum adferam.

Secundò mouetur ex illa coniectura, quòd hîc præce
21 dit † fideicommiſſum, & legatum ſubſequitur, quo in
* caſu * recepta magis eſt doctorum opinio, legatum ſub fideicommiſſo non contineri. ita communem hanc eſſe opinionẽ teſtatur Zanchus,d.§.cùm ita. nu. 497. qui huius opinionis recenſet glo. d.§. quidam liberis.& ibi Socin. & Claud. Seyſel.column.1.Alex. l. Titia. 1. nota. ad l.Falci.Capram.con. 119.Corneũ.cùm virum.C. de.fi dei. Dec. conſ.80.col.1.& conſ. 81.nu. 3. Ripam d.§. cum ita.num.48.& Crau.conſi.295. in 4. dubio. quibus etiam accedunt Soc. Sen.con.31.nu.8.li. 4. Rui. conſ. 117. nu.13. lib.2.Dec.conſi 254.nu.6.Boer.q.280. num.8.Pariſ.conſ. 79.nu.3. 11. lib.2.& conſ.18.nu.15.li.3.Bero.conſ. 81.nu. 22. lib.2.& Portius d.conſ.6.nu. 27. Nec habenda eſt ratio eorum, qui diſſentiunt, quorum in numero fuit Salic. in d.l. cùm virum.colu. 2. C. de fideic.ibi Coraſ.nu.39.Soc. Iun.conſi.107. nu.40. lib. 3. Corn.cõſ.228.in.fi.li. 4. Nec. enim in iudicando à communi opinione, auctoritate tã torum patrum confirmata, tutò recedere licet. Non etiã obſtat quòd relata gloſſæ & ſequacium opinio non pro-
22 cedat, cùm conſtat de † contraria voluntate teſtatoris, vt in ſpecie reſpondit Rui. conſi.120 col 3. lib.3. quia reſ pondetur, hîc non conſtare, aliam fuiſſe volũtatem teſta toris,quàm quòd hoc legatum ſeparatum ſit ab hæredis inſtitutione. Et aliud iudicandum ſit de legato,quàm de relictis in inſtitutione hæredis:vt etiã infrà in reſpõſione ad ſextum argumentum dicemus. Non quoque repugnat
23 quòd dicetur, tunc † ordinem ſcripturæ attendi cùm con formis eſt rationi communi.ita Bal.in l. veluti. nu. 7. de iuſt.& iure.Sed à ratione videtur remotum, quòd teſta tor velit imponere onus ſuper bonis acquirendis ab hæredib.& non ſuper ſuis: quia reſpondebimus infrà reſ ponſione ad vltimum. Et quòd dicitur, bona hæc eſſe
24 † maximi valoris, & ob id præſumi contineri ſub fi deicommiſſo, vt tradunt Dec. conſil.254 col.2.verſic.&
* vlterius Rain.conſ. 116.col. 4.lib. 2. & * cõmunem dixit Zanchus in d.§.cùm ita nu.437. Et his accedit Soc. Sen. trac.fallen.reg.165. fall. 1. Reſpondeo vno verbo, quòd licèt hæc bona ſint alicuius valoris,non tamen vniuerſam hæreditatem vel maiorem eius partẽ complectun tur, vt loquuntur relati Doct.

Tertiò ſuffragatur illa coniectura, quæ deſumitur ex eo,quòd teſtator hic iam ſpeciatim aliqua bona expreſsè fideicommiſſo ſubiecit, vt bona illa acquirenda ab ipſiſ met hæredib. viuente teſtatore: & pretium, ꝙ numeratũ eſſet à D.Bartholomæo in affrancatione bonorũ de Pater no & Paſsinato, ita & cætera bona longa ſerie enume rata. Cùm ergo teſtator hæc bona ſub fideicommiſſo in cluſerit,& non hæc legato comprehenſa,cenſetur exclu
* 25 ſiſſe hæc ipſa legata à fideicommiſſo,cùm † vnius inclu ſio ſit alterius excluſio.l.cùm Prætor.§.1.de iud.c.nónne. de præſum.Hinc dixit Bart.in l.legata inutiliter, de leg.
26 1.quod vbi † aliqua probantur vel confirmantur,è con tra alia improbata cẽſeri.ex l.tribunus.§.vlt.de milit.teſ. Soc.Sen.conſi.258.col.pen.verſi.iſta concluſio lib.2.con fert à fortiori quod ſcribit Crotus in l.qui Romæ.§.duo fratres,nu.94.verſi.2.fallit,de verb,ob.quòd ſi in caſu eſt remiſſum fideicommiſſum,in altero non cenſetur remiſ ſum,ex hac regula,quia vnius incluſio eſt alterius exclu ſio,dicta l.cùm Prætor.ſi hoc contingit in remiſſione fi deicummiſſi,quæ eſt fauorabilis. Ergo à fortiori in conſtõe,quæ odioſa eſt,vt mox ſubiiciam. Et ad rẽ maximè ſpectat qđ tñ lit Alex.cõſ. 157.n.9.ver.5.qui li.6.vbi ex re
27 gula.d.l.cùm Prætor,inquir,ꝙ qñ † teſtator certis in caſib.ſubſtituit,& alios omiſit, in illis omiſſis vr̃ potius cõ trariã diſpoſitionẽ locũ hére. huic ſimile eſt quod tradit Caſ.in l.cũ acutiſſimi.nu.6. C.de fideicõ. quẽ ſecutus eſt Soc.Sent. conſic.150.col.23.verſic.ad hoc benefacit. lib.1.

Nec repugnat, quod huic fundamento reſpondetur. Et primò retorquendo illud ex declaratione Ruini cõſ.
28 116.nu.9.verſ.nec ob.lib.2.quòd ſcilicet & † ſub fideicõ miſſo hæc includantur, ex quo & alia his ſimilia incluſa
29 fuerunt. Et expreſſio † facta operari non debet diminu tionem.iuxta l.legata inutiliter.ff.de leg. 2. & Alexan.in prin.ita declarare videtur d.l.cùm prætor. Reſpõdetur, verius excluſa à fideicommiſſo præſumi poſtquam in du bio ſumenda eſt interpretatione fideicommiſſum indu catur: vt iam copiosè ſuis locis dictum fuit. Nec hic (vt Ruinus dicebat) diminutionem operatur, cùm nunquã hoc legatum fuerit comprehenſum ſub fideicommiſſo, ob id priuatio non datur, cùm habitus non præceſsit. l. decem.de verb.obl.cum vulgaris ſimilibus.

Non etiam refragatur quod ſecundò dicitur,regulam
30 l.cùm prætor,non procedere, cùm illud † quod exclu ſum videtur,alia ratione & iure includitur, vt declarat Dec.in conſi.190.col.pen.& idem l.1.in 3.lectu.num.84. ff.ſi cert.pet.Siquidem reſpondetur vno verbo,non repe riri in hoc teſtamento quòd bona hæc ex alia teſtamenti parte includãtur ſub fideicõmiſſo,quod probare debuiſ
31 ſent aduerſarij. Quod verò ſcribit Soc. † in d.l.Morcell. §. quidã liberis.col.1. ver. tertio cõſiderat.ff.ad S.C.Tre bell. verè nõ obeſt: & quamquam ſubobſcurè admodum loquatur Socinus: ita tamen clarè cum Imol. in l. Lucius.§.pluribus,ad finem.ff.eo.ad S.C.Trebell.poteſt
32 declarari,hac priùs facti ſpecie propoſita. Teſtator † hæ redem inſtituit,& illi etiam prælegauit prædia & vigin ti:deinde eum rogauit,vt reſtitueret Caio quod ad eum peruenit ex bonis ipſius teſtatoris exceptis illis viginti, dubitatum fuit,an ſub fideicommiſſi reſtitutione veniãt & prædia. Gloſſa in d.§. pluribus, fuit in ea opinione, quòd venirent,ea ratione,quia teſtator, excipiendo illa viginti,quæ noluit reſtitui, voluiſſe videtur, quòd nec prædia reſtituantur:quia excipiendo vnum de prælega tis, videtur excipere & alterum. Hanc rationem gloſſæ reprehendit Imola, quia ſi liceret in caſu d.§. pluribus, argumentari ab exceptione, potius eſſet dicendum (in quit Imola(econtrà, quòd imò prædia eſſent reſtituen da,quia excipiendo atque excludendo à reſtitutione illa viginti,videtur reſtitutioni includere illa prædia. Atque ita Imola potius videtur approbare in hac ſpecie hoc ge nus argumenti ab incluſione vnius ad excluſionem alte rius,& ecõtrà,quàm improbare. Sed tamem quò ad de-
33 clarationem d.§.† pluribus,inquit,hoc non euenire ra tione exceptionis,ſed alia potius,nempè, quia ibi teſta tor prohibuerat illa prædia alienari, & voluit venire ad ſuperuiuentẽ,& ita(inquit Imola) ſpecialis prouiſio fa cta fuit ſuper prædiis illis:nõ mirum, ſi nõ continẽtur il la prædia ſub generali diſpoſitione,&ita ſub fideicõmiſ ſo. Hæc itaque argumentatio ſtat ſolida. Nec etiam ei re pugnat,quod docuit Iaſ.in l.qui filiabus.num.3.de leg.1.
34 poſt Abb.conſ.37.lib.1.quòd † ſi teſtator in vna parte te ſtamenti fecit mentionem de filiis maſculis, & in altera ſimpliciter de filiis,illa pars ſimplex intelligitur & decla ratur, vt etiam intellexerit de filiis maſculis. Atque ita conſtat ex horum ſententia, non licere argumentari, ꝙ ex quo in vna parte fecit mentionem de maſculis, & nõ in altera,ꝙ in illa, in qua mentionem non fecit, non di cãtur excluſi maſculi, & ita non eſſe locum argumento, quod dici ſolet à tex.l.vnicæ. §. ſinautem ad deficientis. C.de caducis toll. Non inquam hoc repugnat, quando-
* quidẽ * magis † recepta opinio videtur eſſe contra Abba tẽ & Iaſonẽ.Nã ab Abbate in ſpecie diſſentit Anch. cõſ. 120.quem ſecuti ſunt Ruin.cõſ.93.nu. 15.conſ.140.nu.6. conſ.144.nu. 17. lib. 2.Goza.conſi.45.num. 2.Curt. Iun. conſi.49.num.7.Pariſ.conſ.38.num.27.& num.32.& cõſ. 39.num.3.lib.2.Soc.Iun.conſi.3. num.42. lib. 1.& Craue. cõſi.289.col.pen.Cæteros ſciens prætereo. Et ideò argu mentum retorquetur,vt dicam in ſeptimo argumẽto. Et licet Decius conſi.567.in prin.& in ſubſcriptione ad cõ-

ſilium

lium Soc.Iun.consilio 128.li.1.distinguat,quòd aut colligi poteſt † mens teſtatoris, quòd voluerit bona cõſeruari in agnatione: & tunc intelligẽdum eſt, quòd etiã in alia parte teſtamenti ſenſerit de maſculis. Si verò de ea mente conſtat, aliter dicendum eſt. Quam ſanè diſtinctionem probauit Socin. Iun.conſil.103. col.vlt.lib. 1. & conſil.138.nu.94.li.2. Et quæ ratio conſeruãdæ agnatiõis hîc militare veſſet.ergo,&c.Reſpõdetur,non eſſe verum, quòd quò ad prælegata agatur de cõſeruanda agnatione &familia:non enim ratio & cauſa cõſeruationis familiæ fuit in ipſa parte teſtamẽti, in qua prælegatũ hoc fit, expreſſa; ſed ſolùm in hæredis inſtitutione.Et ob id ab ea ratione duci non poteſt argumentũ.Hanc cõſiderationẽ, ſi rectè perpẽdatur,in ſpecie facit Ruin. conſ.29.num.11. verſ.& ideo.li.2. Et cõfert quod diximus aliàs poſt Soc. Iun.cõſ.4.nu.20.in fi.li.3.& alios plures, quòd ratio † agnationis cõſeruandæ locũ habet in caſu à teſtatore expreſſo, & in quo diſpoſuit. Cum ergo circa prælegatum non diſpoſuerit, eã ob cauſam ceſſat relata conſideratio.

Quartò me multum mouet illa coniectura,quæ exeo facilè colligi poteſt; quòd multis in caſibus(vt iam retuli)teſtator voluit bona relicta eſſe ſub fideicõmiſſo, & tamen de acquirendis à ſe ipſo nihil dixit. Cùm ergo ſine expreſſo onere ſit factũ legatum,onus impoſitum hæreditati ad illud referri non poteſt; quia voluit teſtator ſuã diſpoſitionem ad † literam intelligi prout ſcripta eſt: quo caſu ſtrictiſsima ſumitur interpretatio:vt tradũt Bal. in l.omnes populi.nu.18.25.de iuſti.& iure.in auth.ſi qua mulier,in fi.C.de ſacroſ.eccl.& in l.precib.nu.15.C.de impub. Alexand.l.poſt aditam, nu 4. C. de impub. & in l.1. nu.3; & ib: Socin.nu.36.de vulga. Iaſ.l. non dubium, nu. 12.C.de leg.Felin.& Dec.in c.tranſlato,de conſtit.& latè declarat Zucchard.in l.vlt.nu.230.C.de edicto diui Adri. toll. Nec enim hoc in caſu admittitur extẽſio vel cõditionis repetitio, quemadmodũ videmus in ſubſtitutionib', vbi † conditio poſita in inſtitutione non cẽſetur repetita in ſubſtitutione.ita tradunt Soc.in l.quæ cõditio.num.4. de cond.& demon.Goza.conſil.vlt.numero 4.& Pariſ. conſil.38.num.24 lib.2.Cra.conſi.161 numero 16.& conſ. 208.nume.3 qui non alia ratione ſcribunt, quàm quòd ſtricta ſumitur interpretatio, vt † extenſio de caſu ad caſum de perſona ad perſõnam non admittatur.& in ſimili caſu Alc.reſp.96.num.29.reſpondit, quòd vbi extat ſtatutũ quòd † verba intelligantur ad chartam, hoc eſt, ad literam, ceſſare omnem extenſionem, & relationẽ qualitatis & conditionis,que de caſu ad caſum fieri poſſet.

Sextò mirum in modum confert illa cõiectura deſumpta ex illis verbis poſitis in prohibitione alienationis, quæ ita concepta ſunt: Et quòd per eos, vel aliquẽ ex eis dicta bona & hæreditas nunquã vendi,&c.& paulò poſt: Et dicta bona & hæreditas deueniãt,&c. Hæc verba referunt bona illa in inſtitutione diſtributa inter hæredes, eſſe fideicõmiſſo ſuppoſita. & illis verbis dicta, quæ reſtrictiua ſunt ad iam relata, vtitur. quo fit vt † fideicommiſſi onus illis ſolùm cẽſeatur iniunctũ, non autem alijs deinde legatis: quemadmodum in ſpecie reſponderunt Siluanus conſi.49.num 21 Soc.Iun.conſ.107.num.45.li.3. Bero.conſi.81 nu.11.lib.2. Quod ex eo confirmatur, quia vbi fideicõmiſſum eſt iniunctum hæredibus, & dictum eſt reſtrictiuè per teſtatorem, & grauo dictos meos hæredes, illa dictio † dictos, facit vt illud onus non ſit repetitum à primis hæredibus in ſecundos, ob vim † ſuæ reſtrictionis.ita egregiè affirmarunt Corn.conſil.315 nu. 10.lib.1.conſil.61 num.8.lib.2. & conſil.279.numero 2.li. 2. Soc.Iun. conſil.22. numero 30.libro 3. & Craue. conſilio 98.numero 8.

Nec repugnant quæ ex aduerſo obijciuntur. Et primò, quòd ſufficit ex coniecturis colligi mentẽ teſtatoris volentis prælegatũ venire ſub fideicõmiſſi reſtitutione: quia reſpõdet; imò nullã extare cõiecturã, qua hoc ſuaderi & firmari poſſit.Nõ etiã repugnat quod ſecũdò dicitur ꝙ etiã ſi verba phibitionis ſint reſtrictiua,non tamen illa fideicommiſſi, quod indefinitè eſt factum, & generaliter comprehendit omnia. Reſpondetur, vt dicam infrà in reſponſione ad ſecundum fundamentum aduerſariorum.Non quoque obeſt,quòd imò illud relatiuum,dicta bona & hæreditas, &c.non referatur ad bona ſpecificè ſuprà relata, & corporaliter diuiſa. ſed quòd potius referatur ad illa verba ſuprà immediatè prolata ſimpliciter, bona & hæreditatem,&c. Nam ſtatim ſuprà dixerat, Ita ꝙ perpetuò bona & hæreditas dicti teſtatoris deueniant in deſcendentes maſculos: &c. mox ſubiunxit hæc verba.Et quòd per eum vel eos dicta bona & hæreditas nunquam vendi poſſint.Cùm igitur † relatio fieri debeat ad proxima & immediata. l.talis ſcriptura. §. vlt. de leg.1. cum ſimilib.præſertim quãdo referendo ad omnia præcedẽtia reſtringeretur fauor familiæ,vel alius à teſtatore conſideratus. ca. cùm dilecti, vbi Abbas de dona. In caſu noſtro (dicunt aduerſarij) illud relatiuum dicta bona hæreditas, &c. refertur ad clauſulam immediatè præcedentẽ, in qua teſtator non limitatè de corporib. bonorũ.ſ.aſſignatorũ,neque ad ea ſe retulerat, locutus eſt: ſed indefinitè dixerat, ſe velle bona & hæreditatem ſuã cõſeruari perpetuò &c. Nec dixerat ſua ſupraſcripta deuenire,&c.ergo clarè cõſtat ꝙ relatiuũ illud, dicta,nõ reſtringit, nec refert bona particularia aſſignata hæredib. ſed refert in vniuerſum bona omnia & totã hæreditatem ſuam.Reſpondetur huic conſiderationi, ꝙ imò illud relatiuũ,& ꝙ dicta bona & hæreditas &c.refertur ad bona & hæreditatẽ, cuius corpora ſupra à teſtatore fuerũt ſingulariter aſſignata. Hoc vel ex eo cõſtat,ꝙ ſemper teſtator locutus eſt de illis bonis & hæreditate, cuius corpora ſ.aſſignauerat. Nam aſſignatione facta portionis ſuæ D. Bartholomæo, ita ſubiunxit teſtator:In quibus bonis ſic vt ſuprà ipſi D. Bartholomæo aſſignatis, ipſum D. Bartholomæum ſibi hæredem inſtituit,vt ſuprà, volens de ipſis fore & eſſe tacitum & cõtentum,&c. Ita pariter aſſignatis corporib.partis DD.Io.Iacobi & Nicolai,ita ſubiunxit idem teſtator: In quibus bonis, ſic vt ſ. dictis Io. Iacobo & Nicolao aſſignatis, eoſdẽ Io. Iacobum & Nicolaũ fratres ſibi hæredes inſtituit:&de quib.bonis ipſos voluit & mãdauit fore tacitos & cõtentos pro portione ſibi ſpectãte in bonis & hæreditate prædicti D.teſtatoris. Dubiũ non eſt,quin hactenus ſit locutus teſtator de illis bonis& hæreditate tantũ,cuius ſingulatia corpora ſuprà aſſignauerat: cùm ſemper relatiuè de illis loquatur. Hac aſſignatione partium facta ſuis his hæredibus, ſubijcit teſtator ſubſtitutionem,qua vnum alteri ſubſtituit, & copulatiuè ita loquitur: Et quos dictũ Bartholomæum eius filium,Io. Iacobum & Nicolaum nepotes, vt ſuprà, &,eorum deſcendentes, &c. ſibi ipſis inuicem & viciſsim ſubſtituit pupillariter,&c. Hæc ſubſtitutio dici non poteſt facta de alijs bonis quàm de iam relatis ſuprà, & aſſignatis in ipſa inſtitutione:quia,ſi de intelligeretur,non eſſet ſubſtitutio, hoc eſt ſecunda inſtitutio, cum nulla eo caſu, quò ad alia bona non aſſignata, præceſſerit inſtitutio. Et hoc ita clarum eſſe credo, vt turpe ſit negare. Subſtitutione ita à teſtatore confecta,ſubiungit ille rationem & cauſam cur ita hos ſuos hæredes inuicem ſubſtituerit, & ait:Ita ꝙ perpetuò bona & hæreditas præfati Domini teſtatoris deueniant,&c. Quæ verba bona, & hæreditas, non de aliis bonis & hæreditate intelligi poſſunt, quàm de bonis & hæreditate illius ſubſtitutionis, cuius confirmationis gratia,cauſam & rationem ſubiunxit: alioqui † ſequeretur, quòd vellet teſtator in deſcendentes plus peruenire ex ſubſtitutione quàm aſſignauerit in inſtitutione. Et in terminis noſtris ita arguit poſt Fulgoſ. conſi.100. col.2. Pariſ. conſi. 79. nu. 22. lib. 2.voluit ergo teſtator & bona & hæreditatem illam perpetuò conſeruari, in qua ſubſtitutionem fecit: ſubſtitutio autẽ facta eſt de bonis & hæreditate, cuius corpora ſingulariter aſſignata fuerũt. Ita ergo pari mõ illud relatiuũ, Et ꝙ per eos vel aliquẽ ex eis dicta bona & hæreditas,&c.refertur ad bona eadẽ aſſignata ſ.in hæredis

institutione, & deinde in substitutione.

Septimò illa etiam vrget coniectura, quòd in multis ipsius testamenti capitulis ante hoc legatũ semper apposuit testator expressè onus restitutionis: ergo illa qualitas & cõditio non censetur reperita in hoc capitulo legati, quæ iuris sentẽtia probatur ex doctrina Anch.cõs.120, dum respõdit, quòd si testator in vna parte testamẽti fe-
47 cerit mensionẽ de filijs masculis, & in † alia parte simpliciter de filijs sit locutus, ita qualitas masculinitatis non censetur repetita, & ob id etiã fœminæ erunt cõprehensæ.cum Ancharano sensẽrũt Alex.cons.53.li.4.& dixi suprà, in tertio argumẽto.Quibus accedunt plura illis similia quæ cõgerunt Zucchardus in l.vlt.nu.82.C.de edict. diui Adri. toll. latissimè Craue. consi.289.col.pen.versi. iam etiam.Soc.Iun.consi.158.num.40.consi.160.nu.36. & cons.170.nu.29 li.2.idem cons.71.nu.14.consi.73.nu.12.& cons.136.nu.39.lib.3.cæteros sciens prætereo. Nec obstat
48 illa ratio, quòd † qualitas expressa in vna parte testamenti censetur repetita in altera parte.l.qui filiabus. de lega.1.quia respondetur procedere in diuersa oratione. ita Soc.Iun.consi.128.num.98.li.1.Rubeus consi.31.nu.6. & consi.141.num.4. Goza.consil.45.nu.1. vel cùm sumus in odiosis,vt declarant Dec. consi. 567. Quibus in specie addo ita declarantem Zucchardum in d. l.vlt.nu.83.in fi. & num.84.Soc.Iun.consi.13.nu.31.lib.1.

49 Octauò huc spectat,quòd, ex quo † conditio apposita in institutione & fideicõmisso vniuersali non est expressè repetita in hoc legato de bonis acquirẽdis separata oratione facto, non potest dici esse repetendã,illa ratione, quia tunc repetitioni conditionis & qualitatis locus nõ est,cùm illa qualitas in oratione diuersa apponitur & adscribitur, etiamsi aliqua dictio repetitiua adesset. ita docuit Bar.in l.in repetendis col.2.versi. Quandoque est identitas personarũ & rerũ diuersitas, de leg.3. & clarius in l.Seio.§.Caio.nu.2.versi.2.casu.ff.de fund.instru.egregiè Bald.consi.58.In restitutione dotis. primo dubio li.2. Soc.Sen.consi.22.col.2.versi. confirmatur.li.3. alios multos in hanc sententiã recensẽt Craue. cõs.216.nu.14.vers.
50 2.respondeo.Quod fortius procedit etiã quando † qualitas conuenit illis omnibus rebus & actibus, de quibus agitur.Ita respondit Ruin. cons. 176. col. 5. in fi.lib.2.Ita etiam sensit Alcia.resp. 96.nu.25. versi.5.quia contrariaꝝ. Et conferunt quæ dixi in præcedenti fundamento.

51 Nonò accedit, quòd † conditio, vel qualitas repetita non censetur,cùm rerum adest diuersitas. Ita sensit Bar. in d.l.in repetendis. col.2.ver. quandoq; est idẽtitas personarum,& rerum diuersitas. de leg.3. idem consi.39. li. 1. Signorol.consi.116.in fi.& cons.217.propè finẽ.Soc.in l. vlt.col.2.de reb.dubi. & Corn.consil.129.in fi.lib.2. Sed in casu nostro manifesta est rerum legatarum diuersitas à rebus fideicommissi. Non ergo apposita conditio in fideicommisso repetita censetur in legato.

Decimò suffragatur hæc concludens & solida ratio.

52 Quando actus † sequens sui natura fauorabilis restringeretur,si præcedens qualitas & cõditio ad eum referretur, referri illa non debent. Ita Inno.& Butr.in cap.cùm dilecti, de dona.Et in specie ferè Alex.cõs.48.nu.8.li.1.& cõs.158.nu.8.li.6.Ias.in l.talis scriptura.nu.40.versi. 6.limit.de leg.1.& Goza. cõs.80.nu.3. Sed in casu nostro le-
53 gatum hoc † fauorabile est latè interpretandum, cùm ipsismet hæredibus factum sit.l. vnum ex familia. §. si rem.de leg.2.argumento ducto à sensu contrario. Quod fortius procedit, si vera est illa opinio Butrij & aliorum, quam probat Cagnol.in l.in testamentis. num. 6.de reg.
54 iur.nempè, † legata non esse strictè interpretanda. Ne ergo hoc legatum restringatur, fieri non debet illa conditionis repetitio. Nam maximè restringeretur, si ex libero efficeretur subiectũ oneri restitutionis. His acce-
* dit Alci.resp.96.nu.27.qui * cõmunẽ esse dixit opinionẽ,
55 quòd in odiosis non conceditur † repetitio qualitatis & conditionis. Et fideicommissa esse odiosa & strictæ interpretationis iam diximus, & infrà in vltima argumentatione dicemus.

Vndecimò confert elegans doctrina Bar.in l.vlt. ff.de
56 reb.dubijs, cùm scribit, quòd licèt † clausula apposita in principio,vel in fine,referri soleat ad sequẽtia vel ad præcedentia: attamen non refertur, quando non est principaliter per se posita: sed venit ad qualificandum actum, cui adijcitur. vt puta, si conditio apponitur vni legato, quia tunc ad aliud legatum non refertur. Et cum Bartolo idem senserunt Alex. consi.158. nu.7.lib. 6.Bolog. consi. 40.col.5. in prin. Dec. consi.92. num. 1. Soc. Iun. consi. 3. num.41 lib.1.& consi.26.nu.5.lib.3. & Antonius Capicius decis.108.nu.12. Cùm ergo conditio hæc sit ad qualificandum fideicommissum, sequitur clausulam hanc non esse repetitam in legato.

Duodecimò,& vltimò huc spectat autoritas Capræ cõ. 119. circa hoc dubium, Ias.consi. vlti.lib.4. qui in speciè
57 nostra responderunt, † legata post fideicommissum iniunctum facta,non venire in restitutione ipsius fideicommissi. Et eo loci Ias. in fine respondit, ita in dubio esse pronuntiandum.Et Iasonem secutus est Soc. Iunior cõs. 107. num. 50.lib.3. Atque ita etiam dicimus in dubio nõ censeri repetitam conditionem in substitutione vt ex directa efficiatur fideicommissaria: sicuti respondit Crau. consi.208.nu.3. Ea ratione,quòd(vt dixi suprà)fideicommissum est onus & odiosum, quod restringi debet quãtum fieri potest.Nec aliqua repugnãt quæ aduersus Ca-
58 pram & Iasonem obiiciuntur. Et primò † Capram loqui in casu, in quo non aderant verba, vt in casu nostro: & in specie non erat illa ratio expressa, quòd s. voluit testator bona conseruari in sua familia. Respondetur ꝙ nec in casu nostro,quò ad hæc bona extant illa verba, nec illa ratio,vt infrà dicemus.Præterea,licèt (vt ab aduersariis obiicitur) in casu Capræ,testator ille in codicillis post testamentum conditis reuocauerit expressè omne relictũ factum de dictis libris & scripturis relictis in testamẽto vt mirum non sit, si reuocatum etiam dicitur fideicommissum,quò ad ipsas scripturas:attamen Capra in hac reuocatione suum fundamentum non facit, sed potius in eo dispositionis ordine, cui & nos innitimur. Nec ad rẽ facit,ꝙ Capra loquatur de scripturis,in quib.nõ cadit affectio,vt conseruentur in agnatione,quia rõdetur,nec in casu nostro, quò ad bona hæc à fideicommisso separata hãc affectionem cadere. Nõ etiam aduersantur quæ ob-
59 iiciuntur contra † Iasonem,d.consi.vlt. Et primò, ꝙ ibi nõ aderat eadẽ ratio conseruandi bona in familia. Huic obiectioni ex relatis patet respõsio.Et qđ dicitur, ibi legatas fuisse pecunias,in quibus non cadit affectio: respondetur,quòd imò cadit,cùm ex eis immobilia acquiri potuerint,Præterea quòd dicitur, Iasonem cõsiderasse rationem seruandæ æqualitatis, quæ hîc non repugnat:respondetur,ꝙ nec in casu illo tanta erat dicta ratio, vt illi soli Iason fuerit innixus. Non enim erat concludens ratio,sed persuasiua.His constat apertè, hoc legatum non subiacere oneri fideicommissi.

Non obstant nunc adducta in contrarium. Et ad primum multipliciter respondeo. Primò quòd imò ita faci
60 lè potest testator disponere † de re hæredis, vt de propria:ita inquit glo.§ non solùm. Inst. de leg. Nec refra-
61 gatur † quod respondit Baldus.d.consi.239.& post eum Crauetta,quia illud ea rõne intelligitur,vt minus grauetur hæres,quod hîc non cõtingit,imò contrariũ,qa,si legatũ subiiceretur oneri restitutionis, ipsi hæredes multo plus grauerentur,qa & rẽ testatoris propriã tenerẽtur restituere. Præterea,illi loquuntur,quando testator dixit, quòd sua hæreditas restitueretur:quæ sanè verba ad hæreditatem testatoris diriguntur.

Respondeo secundò,in casu nostro nullam est differentiam inter vnũ casum & alterum. Nam cùm testator grauauit hæredes in bonis ab eis acquirendis, intellexit de profectitiis,quæ ipsi testatori nihilominus effectualiter acquirebãtur:nõ aũt intellexit de aduẽtitiis,vel castrẽsib.vel quasi, qđ vel ex eo patet, qa voluit illa diuidi, vt

eis

eis aſſignauit bona ſua, & eſſet aliàs iniquum quodammodo, vt vni acquiſita aliunde eſſent alijs communia, & præſertim, quia præſumendum eſt, teſtatorem minus voluiſſe grauare hæredē, quantū fieri poteſt. l. vnum ex familia. §. ſi rem. de lega. 2. Rurſus extat differentia, ſiquidem hæc acquirenda à ſe ipſo teſtatore titulo legati relicta fuerunt: illa verò acquirenda ab ipſiſmet hæredibus titulo inſtitutionis: ob diuerſitatē ergo manifeſtā eſt dicendū, cōditionem adſcriptā vni caſui; alteri non cōuenire, quemadmodum iam diximus.

Non obſtat ſecundum, quia reſpondeo, Corneum
62 † d. conſil. 125. libr. 2. & alios d. loco citatos loqui quando grauamen ſubſequitur legatum. ita declarat idemmet Zanchus. d §. cùm ita. nu. 432. poſt eundem Corneum in l. cùm virum. C. de fideicom. Prætereà, non dicuntur hîc hæredes iſti iure hæreditario capere hoc legatū, ex quo vnus ab altero illud conſequitur pro ſua portione ſingulis titulo legati relicta. Nec enim in diuiſione ipſa fienda vnus ſua manu accipere poterat, ſed à conſocio capere debuit; iuxta diuiſionis & legati naturam. Iure enim
63 † hæreditario capere is dicitur, qui à teſtatore quid titulo vniuerſali conſequitur; non autem ſi titulo ſingulari, vt legati. ita tradunt omnes in l. in quartam, ibi Bart. num. 6. Ruin. nu. 9. & Picus. nu. 68. & ibi in terminis noſtris omnium clarius Fernandus Berengarius parte 2. num. 7. ad l. Falcid.

Non obſtat tertium, quia reſpondeo, hæc bona à teſtatore acquirenda non eſſe portionē eorum, in quibus iam hæredes inſtituerat: ſiquidem expreſſim ita bona enumerauit & retulit, vt iam illa extabant: & ab illis ſeparauit hæc acquirenda, ita quòd priùs cum illis iuncta dici nō poſſunt. eſſent quidē iuncta, quādo dictū ſimpliciter fuiſſet: in omnib. bonis meis hæredes inſtituo filiū & nepotes meos. & deinde ſeparatim diſpoſuiſſet de illis acquirēdis, vt eſt in Caſtren. nam tunc è corpore illo extracta cenſentur: & illa conditio adhuc ineſſe veſter: at
64 in caſu noſtro, vt clarè patet, diuerſum eſt. Rurſus † expreſſio eorum quæ tacitè inſunt, operatur quando aliter fit exprēſſio, quàm ineſt, vt declarant omnes in l. 3. de leg. 1. Decius auth. ingreſſi. prima lect. nu. 13. C. de ſacroſ. eccl. Ripa li. 2. reſp. ca. 32. ita hîc. ſuppoſito enim quòd bona acquirēda ab ipſo teſtatore eſſent cōprehēſa in bonis hæredib. titul. inſtitutionis relictis, attamē cùm expreſſit titul. legati expreſſit, atque ita plus operatur, vt ſcilicet nō cō prehendantur ſub fideicommiſſo, cum ab eo differant.

Non obſtat quartum, quia facilis eſt reſponſio, quòd licet dictio, item, ſui natura præcedētium qualitatum & conditionū repetitiua ſit, nihilominus hoc in caſu multis de cauſis ceſſat repetitio, vt ſ. demōſtrauimus. Accedit, quòd diuerſa eſt ratio legati facti D. Bartholomæo, de affrancādo illa prædia, & adiecto onere reſtitutionis in pretio numerādo D. Baptiſtæ; quia pretiū loco rei ex teſta
65 toris diſpoſitione ſuccedit. vt ergo † res erat iam ſub fideicommiſſo, ita & pretium, vt in ſpecie eſt text. in l. Imperator. §. vlt. de leg. 2. & ibi Bar. latè Tiracq. trac. de retrac. conſang. §. 32. glo. 1. nu. 13 20. & egregiè Alc. reſp. 569. nu. 2. 3. 4.

66 Non obſtat quintum, quia reſpōdeo, primò horum † interpretum doctrinā iure non probari, immò iure cōmuni refragatur: ſiquidē ius cōmune ſtatuit prælegatum non venire in reſtitutione fideicommiſſi, quia appellatio hæreditatis, vel bonorū, vt tituli & nominis generalis, non adaptatur ſignificationi legati, vt nomini particulari: à fortiori ergo dicendū eſt, quòd minus cōuenit legato hæreditatis nomen iunctum cum nomine bonorum. Secundò, ſi rectè relatorum Doctorum verba perpendantur, non affirmant id ad quod allegātur: imò contrariū
67 ſentire videntur. Nam Dec. † d. conſil. 425. nu. 16. 17. contendit excluſum à legato non cenſeri, qui prohibitus eſt petere fideicommiſſum, quia teſtator voluit illum eſſe tacitum & contentum bonis & hæreditate ſib relictis & argumentatur, ꝙ legata nō continentur appellatione hæreditatis & bonorū, quæ argumētatic (ſi Decius ſentiret ad quod allegatur) contra eum cōcluderet. Decius
68 † verò d. conſ. 597. nu. 7. verſi. 2. reſpōdetur, malè ſentit, & aduerſus ea, quæ iam ſcripſerat d. conſ. 425. imò eius ratio non concludit, dum ait, ampliorē eſſe ſignificationem horum verborum, in bonis & hæreditate, & ob id comprehēdere legata: quia fateor eſſe ampliorē, ſed quò eſt amplior, eò à fortiori non cōuenit legato, ſed, vt quid maximè differens ab illo, non cōprehendit. ita pariter in
69 telligo † Guidonē Pap. d q. 461. qui, dum ſcribit, ꝙ verbum, bona, iunctum cum verbo hæreditas, accipitur pro eodē, & ab illo verbo hæreditas reſtringitur oſtēdit tamē eſſe dicere relinquo hæreditatem & bona, quantum dicere ſimpliciter, relinquo hæreditatem. Sed quando dicitur, relinquo hæreditatem, legatum non cōtinetur: ergo nec quando ſimul duo illa verba iunguntur. illa ergo Guidonis deciſio retorqueri poteſt. Nec etiā aduerſatur
70 auctoritas Ruini † d. conſil. 120. nume 13. lib. 3. quia reſpondeo, Ruinum loqui cùm teſtator hac indefinita, hæreditatem & bona relinquo, vſus non eſt, ſed illis verbis vniuerſalibus, omnia bona mea. nam illa dictio, omnia, cōprehenditur etiam legata. Sed nos non loquimur in hoc caſu, ſed in primo, quia dixit teſtator: ita quòd perpetuò bona & hæreditas, &c. Nec dicatur, initio ipſius inſtitutionis dixiſſe in hæc verba. In omnibus autem alijs ſuis bonis &c. Reſpōdeo, ibi paulo pòſt reſtrinxiſſe in ſpecie illa enumerādo, dū dixit, pro parte ſibi aſſigna-
71 ta, vt infrà. quæ dictio infra, † reſtrictiua eſt, & oſtendit in ea inſtitutione ſolùm contineri expreſsè enumerata. ita tradūt Ale. cōſil. 176. in fi. lib. 2. & Dec. cōſil. 190. nu. 8. & dictione infra ſcripta, tradit Pariſ. conſi. 93. nu. 24. li. 1.

Non obſtat ſextum, quia reſpōdeo ſecundū Ruin. conſ. 120. nu. 15. verſi. ſecundò reſpondetur. lib. 3. diſtinctionē
72 illam gloſſæ in d. §. quidem liberis, quòd grauamē † præcedat, vel ſequatur, ſecundum ordinem ſcripturæ, vel
73 intellectus procedere, cùm aliter non conſtat de † mente teſtatoris: ſecus, quando de ea ex alijs coniecturis apparet, quia tunc coniecturam ordinis ceſſat ex l. cum virum, in fi. C. de fideicom. & l. 3. C. de liber. præter. ita ēt declarat Bar. in l. 2. §. priùs. nu. 7. de vulg. & Felin. in c. cùm dilecta. col. 4. verſi. declara quinq; modis. de reſcrip. Sed in caſu noſtro multis iam oſtendimus, mentē teſtatoris fuiſſe, ne ſub onere fideicōmiſſi hoc legatū cōrineretur: ergo ceſſat illa doctrina gloſſæ & ſequaciū.

Non obſtat nunc ſeptimum, quia reſpondetur, ꝙ illa minor propoſitio non eſt vera: nempè hæc bona Rudiani acquiſita poſt cōditum teſtamentum, fuiſſe relicta titulo hæreditario & inſtitutionis: quia imò titulo legati. Quod ex verbis apertis ipſius legati conſtat: & à verborum
74 proprietate † recedendum non eſt. l. non aliter, de leg. 3. & mens tunc demum attenditur & obſeruatur, cùm verba propriè vel impropriè conueniunt, aliàs ſecus: vt ſcribunt Alex. conſ. 139. lib. 6. Ruin. conſi. 153. num. 6. lib. 2.
75 imò proprietas † verborum attenditur, etiamſi præſumptio ſit, teſtatorem aliter ſenſiſſe. ita Cra. conſi. 161. nu. 43.
76 Imò, cum † verba ſunt clara, eorum attenditur proprietas, etiamſi actus reddatur nullus. Soc. in l. vbi eſt. in quinto nota. de cond. & demō. Cra. conſ. 288. col. 2. Cùm ergo dixerit teſtator, quòd legat, &c. intelligitur eſſe le-
77 gatum. Nec obſtat quòd verbum, lego, † etiam hæredis inſtitutionem ſignificat. l. in repetendis, de leg. 3. & l. verbis legis, de ver. ſign. Corn. conſ. 228. li. 4. & Pariſ. conſi. 54. nu. 7. li. 2. & conſi. 21. num. 51. lib. 3.

* Reſpondeò primò, *cōmunem opinionem eſſe quòd
78 verbum lego, † etiam adiectum vniuerſitati bonorū non importat hæredis inſtitutionē. ita cōmunē teſtatur Alex. in l. 1. col. 1. de leg. 1. Crorus in rub. eo tit. nu. 5. & ibidē Cra. nu. 64. Reſpōdeo ſecundò, (admiſſo hoc verbū lego operari hæredis inſtitutionē) quòd illa opinio procedit ſolùm, cùm alter hæres non fuit inſtitutus: at altero hærede inſtituto, ſemper eſt legat arius (niſi duob. in caſib. qui ad rem nō faciunt) ita Crorus & Cravetta, vbi ſupra. In

casu nostro iam adest hæredis institutio respectu aliorũ bonorum in vniuersum, separata ab hoc prælegato. Et ad hoc prælegatum aliam sustinet hæres personam: quòd si aliter diceremus, nunquam fieri posset, quòd cohæres esse quis posset, & vnà etiam legatarius: quod aperto iuri repugnat. Nec Corneus aliquid hac de re scribit; nec Parisius obest. Nec ad rem confert, quòd idẽ testator paulò ſ. vsus est verbo, lego, pro verbo instituo, dum. ſ. dedit facultatẽ Bartholomæo recuperãdi bona de Passirano, ita est locut*: Itẽ legauit, instituit, voluit & ordinauit, &c. Cùm ergo negari non possit, quin illa sit hæredis institutio, sequitur quòd verbũ lego, pro verbo instituo sumitur. Respondetur primò, quòd si hoc cõcederetur, non ex solius verbo lego id esset factũ, sed ex verbo, instituo ei adiunctũ. Nã, quando in vno actu duo
79 verba iungũtur, quorum quodlibet actũ diuersæ naturæ significat; verbum† ostendens actum magis plenum, ad se tahit verbum minoris virtutis & efficaciæ, Ita docuit Georgius Natta in cle. sæpe. §. non sic tamen. col. 33. de verb. sig. ex l. non solùm. §. vl. de vsucap. Et declaraui li. 1. de arbitra. iudicũ. q. 7. nu. 17. Cùm ergo verbũ instituo sit maioris effect', sequitur dicẽdũ, ad se trahere verbũ lego.

Non etiam repugnat, quòd idem testator vsus sit verbo lego, in alia significatione, dum legauit, ne liuellum quod soluit Ant. Bombasarius possit affrancari: quia respondeo quòd ibi subiecta materia ostendit verbum lego, stare pro verbo, ordino & volo: vt in casu nostro subiecta materia ostendit stare propriè pro legato, non autem pro hæredis institutione.

Respondetur secundò principaliter singulis considerationibus deductis in illo primo fundamẽto. Et illi primæ, quòd testator in principio se retulerit ad omnia infra assignata & diuisa, respõdetur solùm se retulisse ad ea, q̃ in hæredis institutione assignata fuerũt, non autẽ ad omnia & quæcunq; relicta in ipso testamẽto: & præsertim ad legatũ bonorũ acquirendorũ, & de quib. nunc agitur: cùm separatũ sit hoc legatũ ab ipsa institutione hæredis, vt per se patet. Et suadetur, quia inter ipsam hæredis institutionem & hoc legatum, adsunt alia legata, quæ quidem efficiunt, clausulam continentem hæredis institutionem, non cõtinuare cum hoc ipso legato, cùm illa media prohibeant extrema coniungi; iuxta l. continu-
81 us. in prin. de verb. ob. vbi Doc. Præterea dictio, † item, inceptiua, ostendit dispositionẽ vnam ab altera separatam, licet sit ad primam cõtinuatam. iux. l. in repetendis. vbi omnes de leg. §. clarè Bar. in l. 1. in prin. nu. 1. ff. de publica. & vectig. vbi scribit, quòd quando præcedens oratio est perfecta, dictio, item quæ sequitur, non inducit repetitionem qualitatis & conditionis appositæ actui præcedenti. Alex. consi. 102. nu. 5. li. 5. & in claris terminis ita
82 respõdit Soc. Sen. cõsi. 10. nu. 26. li. 1. Cùm sint hæ † separatæ dispositiones, illa verba, vt infrà, non referuntur ad ipsum legatum, vt post alios scribit Ias. in l. talis scriptura. nu. 37. de leg. 1. Dec. cons. 213. nu. 6. & Boe. q. 146. nu. 3. Et alios retuli in meo responso, in octauo fundamẽto: & ibidem in subsequentib. argumentis plura attuli, quibus apertè demonstratur, huic repetitioni atque relationi locum non esse. Secundæ cõsideration, quòd vna sit
83 dispositionũ forma, respondetur, † Parisium d. cons. 94. nu. 55. li. 2. loqui cum hæredes sunt instituti in omnib. bonis, & deinde illorũmet bonorum diuisio subijcitur à testatore. Et ideo nõ loquitur Parisius, cùm bona prælegata sunt separatim legata, extra hæredis institutionem. Et eodem titulo duo habere dicũtur, cùm eo sub titulo sunt vocati etiamsi ex disparibus partibus vt si dicat, instituo Caium & Seiũ in domo mea: sed Caium pro duab. partibus, Seiũ verò pro tertia. Ita declarat Francus in cap. si pater. col. 12. versi. in eadẽ gl. de testa. in 6. quẽ citat Paris. d. loco. quod hîc non cõtingit. Tertiæ cõsideration, quòd testator eisdẽ verb. vsus sit, cùm voluit alia liuella, si q̃ reperirẽtur, diuidãtur; respõdetur vno verbo, illa titulo legati relicta nõ fuisse, sed institutiõis: cũ ipsamet hæredis institutione ante prohibitionem de non alienando ita testator disposuerit. Et ideo non licet ab eo casu ad nostrum argumentari. Quartæ considerationi, quòd hæc bona iure hæreditario & non legati censeantur legata, ob id quòd à se ipso sibiipsi quis legare non põt: respondetur primò, quòd leges & Doctores dicentes aliquem
84 non posse dici legatarium † & hæredem, cùm quis à se ipso sibiipsi legare non potest, procedit, cùm ipse solus est hæres institutus: secus cùm duo sunt cohæredes: nam tunc vnus ab altero accipere dicitur, atque ita legatum subsistit. ita declarãt omnes in. l. in quartam. ff. ad l. Falc. ibi Ruin. nu. 9. Picus num. 68. & clarius Fernandus Berengarius in secunda parte, nu. 7. Ita etiam sensit Ang. cons. 295. nu. 3. Respondetur secundò, vt in specie respondet Paris. cons. 79. nu. 29. lib. 2. post Fulg. quem citat, quòd etiamsi diceremus ex relata ratione legatũ hoc videri inutile: attamen, quia, ob coniecturatam mentem testatoris, remanere debet apud ipsum hæredem, non venit in restitutione fideicommissi. Respondetur tertiò,
85 quòd cùm in hoc testamento apposita sit † clausula, omni meliori modo, &c. hoc prælegatum aliàs nullum, valet. Ita Paris. d. consi. 79. nu. 31. post Angelum Castr. Fulgo. & Iasonem. Et eo loci subiungit Parisius aliam responsionẽ, quæ huc spectat, ꝙ ob clausulam, ꝙ valeat iure donationis causa mortis, &c. sustinetur in vim illius donationis. quæ clausula hîc apposita fuit.

86 Non obstat octauum, quia respondeo, † verbum substituo, de se nihil significare, sed operari iuxta ea, quæ ei iunguntur. nam si legatum præcedit, & substitutio subsequitur, verbum illud ostendit etiam legatum cõtineri,
87 secus econtra, ita loquitur † Alex. d. cons. 25. num. 7. li. 1. & Ruin. d. consi. 152. nu. 6. lib. 3. qui Alexandrum ad verbum refert & sequitur. nam illo in casu in ordine literæ legatum præcedebat. Sed diuersum est in casu nostro. ita responsum fuit & rectè ab excellentissimo D. Iulio Calzaueglia, qui & alio egregia responsione satisfacit. quàm desumit à doctrina Ripæ. d. §. cùm ita, nu. 36. Præterea responderi ita potest, Alex. & cæteros in eo septimo fundamento relatos loqui, cùm fideicommissum est simpliciter factum, nos verò cùm est factum sub nomine
✠ hæreditatis: inter quos casus est differẽtia secundũ* cõem doctorũ opinionẽ. nam primo casu legatũ continetur, & venit in restõne. Secundò verò casu nõ. ita duas regulas
88 proposuit † Zanchus, d. §. cùm ita. nu. 368. & ibi. nu. 375. sub primo casu collocauit illam extentionẽ. ita ẽt intelligit Ripa d. l. hæredes mei §. cùm ita. nu. 52. in fin. ad Trebel. qui posteaquã dixit àb hac cõi opinione recedendũ
89 non esse in iudicando, subiecit, hanc intelligi, quãdo † fideicommissum saltẽ ex ordine intellectus præcessit grauamen, secus si sequitur vel ex ordine intellectus, vel, & fortius ex ordine scripturæ, ita etiam expressè declarat Natta cons. 320. nu. 1. lib. 2. Præterea & tertiò rñdeo, opinorq̃ nos versari extra hos terminos, nã loquimur nos eo casu cũ facta est hæredis institõ, & ei adiectũ inter in-
90 stitutos † onus restõnis quò ad ipsam hæreditatẽ, deinde separatim est eisdem factũ legatũ: an scilicèt hoc legatũ habeat annexũ illud onus adscriptum hærediti. & ex multis rõnib. dictũ est, ꝙ nõ, casus verò relatorũ doctorum est, quãdo pluribus hæredibus institutis sunt adinui cẽ substituti, & onere restitutionis grauati, an is q̃ partẽ suam euiniẽte casu restituit, restituere etiã dẽat portionẽ, quã iam est consecutus ex persona alterius sui hæredis, qui priùs defecit: & dicitur teneri. Est rõ, quia illud verbũ substituo, æquè cõprehẽdit vnã portionẽ ac alterã, & facit, vt qui succedit, eã iure hr̃ditario cõsequatur: nõ ergo mirũ, si venit in restõne: sed diuersum hîc est qa legatũ nõ capit iure hr̃ditario, nec ei hr̃ditatis nomẽ cõuenit. Et hãc rõnẽ sensit, & si subobscurè Natta cõs. 320. col. 2. vers. cõprob. ẽ istud. & clarus cõ. 321. col. 2. vers. Nõ obstãt illa verba lib. 2. & ita inquit, & verè, sentire Alex. cõs. 252. nu. 4. vers. Nec obstat. lib. 6. quod duplicaẽ cõs. 25. li. 1.

Non obstat nonum, quia respondeo verè intelligi

91 gi † de omnibus bonis,quæ reperientur tempore mortis testatoris,hoc est,de illis,de quib.specialiter non disposuit.Nam & illa sunt comprehensa sub illa prohibitione: secus illa,de quib.aliter disposuit,vt hæc legata, ex. l.vxorem.§.fælicissimo, de leg.3. cum aliis in hanc sententiam adductis per Alex.d.consi.25.col.vlt.vers.sed quan-
92 do testator. lib. 1. Præterea † respondetur, Comensem d.consi.3.consuluisse contra communem opinionem, vt patet ex his,quæ scribit Zanchus,d.§.cùm ita.nu. 416.& nu.443.& per Soc.in d.§.quidam liberis.nu.12.

Non obstat decimum,quia respondetur, rationem il
93 lam conseruandi bona † in agnatione, respicere bona comprehensa in fideicommisso, non autem ab eo separata,vt verè separata sunt hæc legata, vt suprà demonstraui.Nec repugnat quod dicitur,quòd si testator fuisset interrogatus,respondisset, quòd voluisset legatum subiacere oneri fideicõmissi: quia respõdeo,retorquendo, & imò contrarium respondisset ob contrarias coniecturas.

Non obstat vltimum,quia respondetur, assertionem
94 illam detegi † erroneam ex iam relatis, ob id præiudicium aliquod non adfert.nec enim per assertionem nostram rei veritas immutari potest.l.cùm falsa.C.de iuris & facti igno.& in specie respondit Corn.consi.186.lib.3. & Soc.Iun.consi.180.in fi.lib. 2. erroneam confessionem non constituere fideicommissum, quod non fuisse à testatore factum constat,atque ita respondet Excell.Iulius
95 Galzaueglia. Cõfirmatur à fortiori, quia quãdo quis † rem propriam recognoscit ab alio,sibi non præiudicat, si ignoranter facit. ita clarè docuit Bart. in l. si aliquam rem.nu.9.in fi.de acq.pos.hinc scriptum reliquit Bald.in l.non idcircò.C.de iuris & facti igno. & si quis soluit
96 † censum pro re propria,tãquam emphyteutica,quæ nõ est, referendo se ad antiquum instrumẽtum ex quo deinde apparet,rem emphyteuticam non esse, ex solutione illa rem non effici emphyteuticam:quoniam non ex certa scientia,sed potius per errorem recognitio processit,qui sanè error,vt is scribit, quemadmodum ab initio grauis est,& omnem impedit consensum,ita etiam temporis progressu.idem pariter affirmauit Aug. in l. qui rẽ propriam. C.locati.qui docuit, quòd etsi nobilis reco-
97 gnoscit ab ecclesia † Castrum pro emphyteutico,vel feudali, cùm tamen liberum sit, non efficitur feudale, vel emphyteuticum.Imò fortius respondit Rapha. Comẽs.
98 cons.165.Gaspar,&c.recognoscentem † rem propriam, vt ecclesiæ in feudum.facere actum ipso iure nullum.idem in fortiori casu sensit Aret.consi.14.num.8.& idem affirmarunt Alex.consi.9.num.10.lib.5. Ruin. cons.155. nu.6.lib.1.Dec.consi.564.nu.6.Curt. Iun.consi.17. num. 8.& Alciat.tract.præsump.reg.4.præsumpt. 21.in fin.qui
99 & alios retulit.Et licèt assertio hæc † præsumptionem, seu probationem aliquam adferat, rem scilicèt ita esse: vt docuit Bar.in d.l.cùm falsa.nu.8.C.de iuris & facti igno.quem secuti sunt Guido Pap.q. 272. Dec. l.1.nu.26. C.de pactis.Ruin.consil.128.num.5 libr.2. atramen nihil
100 † præsumptio hæc operatur, cùm contrarium ex facto ipso detegitur:vt egregiè declarat idem Comens. d.cõs. 165.& idem senserunt Bald.d.l.cùm falsa.Crau. cons.157. numero 8.quibus addo Socin.Sen.consil.25.numer.3. & consi.57.num.11.lib.4.Ruinum consi.10.num.16.lib. 3.& Ias.in l.si post.nu.3.C.de iuris & facti ignora.Qui quidẽ idem esse affirmat in facto proprio, cùm scilicèt de damno euitando agitur,vt hîc. Et tradunt Comens. d. consil. 165. & Dec. d. consil. 350. numer. 4. Imò, etiamsi de damno euitando non agitur,adhuc in facto proprio error detegitur,& excusat, demonstrando rem aliter se habere. Ita respondit Crauet.consil. 157. num.8. Cui addo Abba.consil.vl.propè finem lib.2.& egregiè tradit Curt. Iun.consil.92.nu.11. At in casu nostro satis demonstratũ fuit, ex ea diuisione iam fuisse remissum fideicommissum:ergo assertio illa,vt erronea,non nocet. Atque ita iuris esse concludo.

Iacobus Menochius I.C.

SVMMARIVM.

1 *Fideicommissum reciprocum ob diuisionem factam censeri remissum.*
2 *Diuisione non censeri remissum fideicommissum conditionale.*
3 *Item, etiamsi esset promissum perpetuò non contrauenire.*
4 *Clausulæ accessoriæ non alterant naturam actus.*
5 *Clausulam ad habendum, tenendum, &c. esse accessoriam in cõtractu diuisionis, & nihil operari: sed contrà infrà.*
6 *Clausulæ appositæ in instrumento ex stilo notariorum videntur.*
7 *Clausulam codicillarem nihil operari, cùm sit ex stilo notariorum: sed infrà declaratur.*
8 *Fideicommisso per diuidentes remisso agi posse ad precium contra hæredes.*
9 *Ignorantiam fideicommissi præsumi.*
10 *Ignorantiam testamenti proaui præsumi.*
11 *Alienandi facultate data in diuisione bonorum fidecommissi, intelligitur de alienatione ex contractu.*
12 *Creditor consentiendo alienationi pignoris, de qua alienatione intelligatur.*
13 *Fideicommissarium consentiendo in alienatione fideicommissi, posse agere ad pretium.*
14 *Alienatio fideicommissi per vltimæ voluntatis modum dicitur potius legis permissione facta, quàm hominis voluntate.*
15 *Clausula, ad habendum, tenendũ, &c. apposita in instrumento diuisionis fideicommissi, operatur, vt illud sit remissum.*
16 *Barto.in l.qui Romæ §.duo fratres.q.8.de verbo.oblig. declaratur.*
17 *Verbum, placuerit, arbitrium viri boni operatur.*
18 *Clausulam, quidquid placuerit, non differre à clausula quidquid voluerit.*
19 *Verbum placuerit, iuncto verbo voluerit, quid significet.*
20 *Fideicommissum censeri remissum cũ verba diuisionis nil aliud operari possunt.*
21 *Alba consi.74.num.12. improbatur.*
22 *Ratio vnica præsumitur mouisse legislatores ad ita statuendum.*
23 *Fideicommissi remissio sequitur ex actu, qui non valet nisi renuntiationem operetur.*
24 *Ferijs is renuntiasse dicitur, qui tempore feriarum sententiam ferri postulat.*
25 *Exceptioni declinatoriæ renuntiatum censeri à reo, qui dilatorias & perentorias opponit.*
26 *Fideicommisso censeri renuntiatum ex æquali diuisione inter fideicommissarios facta.*
27 *Verbum, omnia, vniuersale.*
28 *Fideicommissum censeri remissum ob vim sermonis vniuersalis.*
29 *Item quando in diuisione est data facultas alienandi.*
30 *Dominus efficitur, cui res cum potestate alienandi est tradita.*
31 *Verbum, proprietas, dominium significare.*
32 *Clausula, ponens in suum statum & ius, &c. in eum omne ius suum transferre dicitur.*
33 *Fideicõmissum à diuidentibus censeri rẽissum cùm promittunt, portiones diuisas habere ratas & firmas, & attenderet ac obseruare.*
34 *Item etiam cùm pars fideicommissi fuit excepta.*
35 *Exceptio regulam declarat.*
36 *Exceptio fit de comprehensis in regula.*
37 *Procurator constitutus ad omnes actus, excepta certa causa speciali, dicitur specialis procurator.*
38 *Procurator ad causam restitutionis in integrum, mandatum speciale habere debet.*
39 *Fideicommissum ex clausulis generalibus censeri remissum.*
40 *Bart. in l.qui Romæ.§.duo fratres.q.1. de verb.obl.declaratur.*
41 *Clausulas executiuas ampliare dispositionem.*
42 *Item maximè, quando alias nil operantur.*
43 *Item quid in rescriptis gratiosis, & in fauorabilibus & similibus.*
44 *Item non extendere dispositionem quando sunt de stilo notariorum.*
45 *Clausulam ad habendum, tenendum, &c. appositam in instrumento diuisionum, nõesse ex stylo notariorum. sed ex volũ-*

tate diuidentium.
46 *Notarium præsumi nil ex suo capite adscribere in instrumento.*
47 *Notarius nil plus potest scribere in instrumento, quàm dictum fuit à partibus.*
48 *Notarius legere & publicare debet instrumentum coram partibus, vt de eo rogetur.*
49 *Notarij verba esse verba partium.*
50 *Clausulam codicillarem censeri voluntate testatoris insertam in instrumento.*
51 *Idem de cæteris accidentalibus & substantialibus.*
52 *Fideicommissum censeri remissum, cùm in diuisione ei renuntiatum fuit.*
53 *Ripæ & Alciati doctrina declaratur.*
54 *Fideicommissi alienationi consentiens non præiudicat sibi in pretio.*
55 *Non procedit cùm sponte consensit.*
56 *Scientiam fideicommissi coniecturis probari.*
57 *Scuisse fideicommissi onus præsumitur hæres adeundo hæreditatem.*
58 *Fideicommissum præsumitur scire, qui copiam testamenti habuit.*
59 *Testamenta à notariis publicari mortuo testatore.*
60 *Fideicommissum censeri remissum, data alienandi facultate in diuisione bonorum, cùm ipsa alienatio facta fuit etiam in vltima voluntate.*
61 *Hæredis institutionem esse alienationem.*
62 *Hæres aliquando melioris conditionis ipso testatore.*
63 *Alienata semel reuocari amplius non potest.*
64 *Possessionem ex noua causa immutari.*
65 *L. si ut. §. si debitori. ff. quibus mod pig. vel hyp. sol. declaratur.*
66 *Hæredem possidere diuerso iure aliquando à iure testatoris.*
67 *Locans rem suo nomine dominum se esse significat.*
68 *Diuisionem præsumi ex diuina separata possessione.*
69 *Diuisionem esse quid facti.*
70 *Possessionem arguit census solutio.*
71 *Actum à se gestum impugnare quis non potest.*
72 *Diuisionem nouam fieri petens, ab antiqua dicitur recedere: & infra declaratus.*
73 *Socius vti re communi potest ad destinatum vsum.*
74 *Actus etiam nullus declarat mentem agentis.*
75 *Diuisione secunda facta, primæ dicitur renuntiatum.*
76 *Comparatione literarum probari potest scriptura priuata.*
77 *Diuisio facta præsumitur ex decennali possessione.*
78 *Frater quomodo alteri teneatur de euictione cùm res diuisa euincitur.*
79 *Euincta re euincibili empta ab eo, qui scienter emit, de euictione actio non datur.*
80 *Euictionem cessare cùm ex meo facto euictio euenit.*
81 *Diuisio à patre facta, à filio improbari non potest.*
82 *Diuisio facta à testatore differt ab illa facta ab hæredibus.*
83 *Diuisio facta à parte non aufert ius fideicommissi, saltem quò ad pretium.*
84 *Diuisione facta inter fratres, & portione vnius euicta, non agit is de euictione contra alios.*
85 *Etiam procedit, cùm ex natura rei sequitur euictio.*
86 *AEqualitatem inter fratres esse seruandam.*
87 *Baldus in l. si familiæ. nu. 3. C. famil. ercis. declaratur.*
88 *Fideicom remissio de euictione agitur.*
89 *Etiam si sit euictio secuta ex natura rei.*
90 *Euictio præstatur cùm res feudalis pro libera est data.*
91 *Hæres non potest impugnare factum sui testatoris.*
92 *Euictio quando non præstetur re euicta data id diuisione ab vno fratre alteri.*
93 *Alciatus in l. qui Romæ. §. duo fratres. nn. 35. de verb. obliga. declaratur.*
94 *Rei maior vtilitas & pretium cum periculo futuri euentus compensatur.*
95 *L. si fundum sciens, de leg. 1. declaratur.*
96 *Emens rem scienter dicitur esse in malafide.*
97 *Euictione promissa, si non præstatur, saltem soluitur prætium.*
98 *Diuisione facta si euictio nõ præstatur, saltem ope exceptionis succurritur.*
99 *Filius patris hæres non reuocat fideicom. à patre alienatum.*
100 *Patrem posse alienare rem filij.*
101 *Fideicom. hæredis alienare tutè potest testator.*
102 *Hæres reuocare non potest feudum à suo testatore alienatum.*
103 *Bald. in l. si pater. nu. 9. C. de inoff. testa. declaratur.*
104 *Castren. consi. 445. libr. 2. declaratur.*

CONSILIVM LXXXVII.

In eadem causa præcedentis Responsi.

Initium à Domino.

QVAE adhuc in controuersiam venit disputatio, in hac causa Dominorum de Fenarolis, grauis & ardua est. Dubitatur enim, an ex instrumento diuisionis factæ anno 1550. renuntiatum sit fideicommisso (si modò extitit) constituto à D. Mariano testatore. Qua in re dicendum videbatur, non censeri renuntiatum multis rationibus.

Primò, quia ad hoc, vt per clausulas generales & prægnantes dicatur remissũ fideicõmissum, requiri videtur,
1 quòd illud † fideicõmissum sit reciprocũ: nam tunc, ob æqualitatẽ seruandã, facilè remissio inducitur: non autẽ econtrà. l. qui Romæ. § duo fratres. ff. de verbo. obligat. & l. 1. C. de pactis. Dec. cõsi. 288. col. vlt. Sed in casu nostro non videtur extare fideicõm. reciprocũ, cùm bona à duobus possessa, hoc est, bona illa de Passirano & de Prouehis libera sint: bona verò à D. Franci possessa fideicõ. subiaceãt: nõ ergo ex diuisione fideicõ. renũtiatum videtur.

Secundò vrgere illud videtur, quòd per diuisionem
2 † bonorum cõmunium non videtur remissum fideicom. conditionale, etiamsi dividentes ipsi habuerint fideicommissi (scientiam. l. cùm pater. § hæreditatem. de leg. 2. imò, etiamsi adiecta fuisset clausula de non contraueniendo, quemadmodum probare videtur tex. d. leg. qui
* Romæ. § duo fratres, iuxta * communem sensum quem Bart. ibi. q. 1 probauit. quæ opinio procedere videtur,
3 etiamsi promissum est per peruò non † contrauenire: & etiamsi adesset iuramentum Bar. Cast. & alij in l. tres fratres. ff. de pactis. Alex. consi. 104. lib. 4. & consi. 208. lib. 6. quantò ergo fortius hîc vbi cessare videntur.

Tertiò mirum in modum hanc opinionem confirmare videtur, quòd
4 † clausulæ accessoriæ veniẽtes ad executionem actus principalis, non debẽt illius effectũ augere: ita censuit glo. in cle. 1. de præben. quam secuti sunt permulti, vt refert Ripa. d. § duo fratres. nu. 45. & Ias. in l. ius ciuile. nu. 8. de iust. & iure. Soc. Iun. consi. 93. nu. 24. li. 3. cæteros prætereo. sed in casu nostro isti fratres solùm volebãt cõficere instrumenta diuisionũ, non ergo ex his clausulis oriri debet actus maior ipso principali: quod esset, si diceremus, in consequẽtiam diuisionis renuntiatum esse fideicom. atque ita in specie argumentãtur Crotus, d. § duo fratres. nu. 43. & Ripa, num. 45. & clarius ad
5 rem nostram Curt. Iun. consi. 131. col. 2. dum loquitur † de clausula, ad habendum, tenendum. & c. ita etiam Rui. consi. 137. nu. 20. lib. 2. Dec. consi. 500. nu. 5. & consi. 521. nu. 14. & Gratus consi. 17. col. penul. lib. 1.

6 Quartò cõfert, quia huiusmodi † clausulæ appositæ videntur magis ex stylo notariorum, quàm contrahentium dispositione, ob id considerandæ non videntur, ita Dec. consi. 352. colu. pen. versi. quia respondetur, & in simili de clausula † codicillari, & similibus tradunt Bart.
7 in l. 1. num. 10. in fi. ff. de iure cod. Dec. consi. 394. colu. pen. & consi 399 col. pen. Cur. Iun. consi. 82. nu. 3 & consi. 101. nu. 11. Soc. Iun. consi. 116. nu. 21. & consi. 158. nu. 18. li. 2. & Parisi. consi. 20. nu. 87. lib. 1.

Quintò, dato quòd per clausulas huic instrumẽto diuisionis in-

uisionis infectas censeatur data potestas alienandi quouis titulo, adhuc tamen competere videtur fideicommissariis actio † contra hæredes ad prætium rerum ita alienatarum: quemadmodum post Barto. d.l. qui Romæ §. duo fratres. q. 8. censuerunt omnes, vt eo loci * communē testatur Ripa nu. 84. & ibi Claudius Seyssellius. nu. 38. & clarius ibi Alcia. nu. 31. & interrogati responderunt Cur. Iun. cons. 13. nu. 7. & Alba consi. 74. in fine.

Sextò, licet ex prædictis clausulis videatur remissum fideicom. attamen non videtur habere locum in casu nostro, cùm probari non videatur, hos fratres diuidētes habuisse notitiam fideicommissi, cùm ignorantia † potius, quàm scientia præsumatur. l. eius qui in prouincia, in fine. ff. si certum per. Bar. d. §. duo fratres. num 12. in fine. & ibi Crotus. num. 84. & Ripa num. 45. qui multis modis extēdit quod fortius hîc procedere videtur, quia si præsumitur ignorantia paterni testamenti, fortius præsumitur † ignorantia testamenti, proaui, cùm antiquitus factum sit, & ob id obliuio præsumitur. Bar. l. 2. nu. 6. ff. de confess. & Baldus, l. magnam, nu. 2. C. de contrah. & comitt. stip. quibus accedunt omnes in l. quod iussit, ibi Ripa. num. 46. de re iud. Gozad. consi. 9. nu. 35. & intra quod tempus obliuio præsumatur, latè explicauimus in commentariis de arbitriis iudicum. lib. 2. centuria 1. casu. 26.

Septimò ac vltimò hæc opinio vera ex eo videtur, q̄ ex quo horum bonorum alienatio secuta non est ex contractu, sed solùm ex titulo vniuersali: dum ab intestato fœminæ hæ successerūt: ab his ergo fideicommissum reuocari posse videtur: quia, cùm in diuisione fideicom. datur facultas alienandi, intelligitur ex contractu, non autem ex titulo vniuersali & lucratiuo: ita tradit Alcia. in d.l. qui Romæ. §. duo fratres. num. 31. & respon. 577. à quo non dissentit Ruin. consi. 13. num. 7. lib. 2. & cons. 92. nu. 27. lib. 3. quorum quidem opinio his rationibus niti videtur primò, quòd vna sit defuncti testatoris, & viuentis hæredis persona. §. 1. in auth. de iureiur. à mor. præst. sed vbi bona hæc fideicommisso suppositā essent apud defunctum hunc, si adhuc viueret, & reuocari possent, vt Bart. d. §. duo fratres. q. 8. & alij affirmant, ita ab his hæredibus. Secūdò, inquit Alciatus, confirmatur eo simili, q̄ si creditor consentit debitori, vt pignus † vendat, si titulo singulari distrahitur, ab acquirente non reuocatur: si verò titulo vniuersali, reuocatur l. sicut. §. si debitori. ff. quibus mod. pig. vel hypo. sol. Cōfirmat tertiò Alciatus, quia * communis sentētia † videtur, q̄ vbi fideicommissarius alienationi fideicommissi consentit, in pretio præiudicasse non dicitur, quemadmodum suprà dixi. sed vbi res est penes hæredem, frustrà ad remediū subsidiariū petendi pretium recurrimus. Cōfirmatur quartò secundum Ruinum, quia hæc alienatio per † vltimam voluntatem, est potius legis permissione, quàm hominis volūtate, & ob id defunctus ita relinquendo, nō videtur vsus ea alienandi facultate concessa: atque ita bona hæc vti apud defunctum adhuc existentia reuocari posse videtur. hæc me dubium & ancipitem reddebant.

Cæterùm, paulo diligentius re cōsiderata, in eam sententiam, quam tot consultissimi viri probarunt accedo: nempè, ex ea diuisione fideicommissum remissum esse. quod vt dicam, me mouent plura.

Primò adducor ex vi illius clausulæ, in eo diuisionis instrumento descriptæ, ad habendum, tenendum, & quidquid placuerit faciendum. quæ sanè vis clausulæ tanta est, vt vere fideicommissum remissum censeatur: ita in specie huius clausulæ affirmarunt Angel. d. l. qui Romæ. §. duo fratres q. 5. de verborum obligat. Alexand. consil. 189. numero 10. libro 2. Paris. consilio 33. numero 21. libro 3. Alciat. respon. 138. numero 3. & respon. 561. ad finem. Sed huic fundamento obstare videtur, quòd † Bartolus dict. §. duo fratres. quæstio. 8. loquitur cùm expressè data est alienandi facultas, vel cùm est dictum, & quidquid voluerit faciendum, non autem si dictum est, quidquid placuerit: quoniam illa verba, quidquid voluerit, liberam disponendi facultatem tribuunt, quā facultatē concedere non videtur illa verba, quidquid † placuerit, quæ arbitrium viri boni & regulatum significari videntur: vt scribit idem Bart. in l. creditor. §. Lucius. ff. mand. Iaf. l. si procurator. numer. 11. C. de procurat. & in specie nostra hanc differētiam facere videtur Ang. d. §. duo fratres. q. 5. & col. vlt. versi. deinde. quæro Gratus, consi. 17. col. pen. versi. nec clausula. lib. 1. Ruin. cons. 137. nu. 7. consi. 137. nu. 15. lib. 2. & consi. 99. num. 11 lib. 4. Huic obiectioni occurro imò nullam esse inter duas has clausulas differentiam, cùm idem sit dicere quidquid placuerit, ac dicere quidquid voluerit: quoniam illud verbum placuerit, ob adiectam dictionem, quidquid, significat, datam esse liberam facultatem, & liberum disponēdi arbitrium, quod ex simplici verbo † placuerit, regulatum erat. ita in specie nostra affirmarunt Ruin. consi. 213. nu. 23. lib. 2. Crotus. d. §. duo fratres. num 133. Zucchardus in l. 1. num. 61. C. de pactis. Soc. Iun. cons. 116. numer. 56. lib. 1. Alci. d. resp. 138 nu. 3. & Andreas ab Exea in cap. 1. nu. 389. extra. de const. quam sententiam ego pariter secutus sum in nunc impressis cōmentarijs de arbitrarijs iudicum, lib 1. q. 8. nu 12. Confirmatur, quia in hoc casu iam data fuit alienandi facultas, vt mox subijciam, ob id cessat omnis difficultas, quia Ruinus d. con 137. nu. 7 cōsiderat clausulam, & quidquid placuerit, &c. nō tribuere alienandi facultatem sine alio adiuncto. quæ sanè ratio hîc cessat, cùm adsit adiunctum, hoc est, alienandi concessa facultas.

Secundò in hanc sententiam adducor ea ratione, quòd vbi diuisionis † verba alium effectum, quam remissionis fideicommissi operari non possunt, illud remissum censetur: ita docuit Bart. d. §. duo fratres. q. 6. & ibi Crotus. num. 127. his accedunt Baldus consi. 440. Factum proponitur esse tale, col. 2. versi. item sunt hic verba. lib. 3. Alexan. consi. 102. nu. 6. libr. 6. Decius consil. 187. propè finem. Ruin. consil. 84. numer. 7. consil. 119. numer. 11. consil. 144. numer. 5. & consi. 152. numer. 9. libr. 2. Parisi. consi. 71. numer. 14. lib. 3. & Soc. Iun. consil. 116. numer. 50. 74. li. 1. Sed in casu nostro onus erit aduersariorū probare hæc verba; Ad habendū, tenendū, & reliqua in hoc diuisionis instrumēto adscripta aliū effectum operari posse, quàm remissionis fideicōmissi. ita in specie resp̄ondit Ruin. d. cōsi. 152. num. 9. li. 2. satis enim erit ex latere nostro dicere, aliam causam non extare, vt is Ruinus tradit. Nec me mouet auctoritas † Albæ consi. 74. nume. 11 12. dum à Ruino dissentit, si quidem Alba malis rationibus suam illam nouam opinionem tuetur. Ait ille primò, quòd in dubio non præsumitur extare vnica causa dispositionis, sed multæ, Iaf. l. quamuis colum. vlt. C. de transacti. Ripa, d. §. duo fratres. nume. 79. Præterea & secundò, inquit Alba, regula est, quòd per diuisionem non censeatur remissum fideicommissum. is ergo, qui asserit fideicommissum esse ex causa speciali remissum, is inquam causam illam specialem probare debet: quemadmodum in simili responderunt Cur. Sen. consil. 72. in princip. & Dec. consil. 397. col. 2. hæ rationes Albæ leues sunt. Nam Iaf. d. l. quamuis, nititur doctrina Saliceti, quæ vera non est, intelligendo eam, vt passim à Doctoribus intelligitur, siquidem verius est, † rationem vnam tantùm, eamque rationem esse, qua legumlatores moti creduntur ad ita statuendum: vt egregiè declarat Soc. Iun. consi. 1. num. 53. lib. 3. Præterea, admissa Saliceti & sequaciū doctrina, credo maximā esse differētiā inter casū illū, & nostrum. Nam in casu Saliceti si plures rationes præsumūtur. id facilè cōceditur, quoniā lex firmior redditur, nec est edita ad detrimētum singularis personæ. sed diuersū hîc, vbi si plures causæ præsumerētur, plures obligationes ad horū damnum adfuisse diceremus: cùm tamē obligatio non præsumatur. Non etiā aduersatur secunda ratio, quia nos non contendimus, fideicommissum esse remissum ex causa speciali; sed solùm affirmamus nullā aliam affuisse obligationem, vel

cauſam, ob' quam renuntiatio & remiſsio fieri debuit, quàm hæc fideicommiſſi.

23 Tertiò me mouet non parum, quòd renuntiatio † ex eo actu inducitur, cùm actus ille citra renuntiationē fieri non poteſt: quemadmodum probat tex. l. de lege. §. vlt. & l. ſeq. ff. de lege commiſſ. quo loci habetur, quòd ille q contractū reſcindere poteſt, ſi quid accipit, aut ex eo petit, cenſetur renuntiare iuri ſuo reſcindendi. quod & reſpondit Aret. conſ. 149. nu. 11. verſ. ſed quæritur. ſimile eſt quod reſpondit Caſtr. conſ. 119. Videtur dicendum ſuper primo puncto. col. 1. & conſ. 239. Circa primum quæſitū

24 dubitatio videtur, col. 2. lib. 2. illum † feriis renuntiare, qui feriarum tempore ſententiam ferri poſtulat: cùm id citra renuntiationem peti non poſsit. Non eſt diſsimile quod docuit Bart. in l. quidam conſulebant. nu. 9. de re

25 iud. exceptioni † declinatoriæ cenſeri renūtiatum à reo, qui exceptiones dilatorias & peréptorias opponit: cùm dilatoriæ opponi non poſsint citra declinatoriæ renuntiationem. & in noſtris ferè terminis ſimile tradit Crau.

26 conſ. 24 nu. 3. ex † æquali diuiſione facta inter fratres fideico. eſſe renuntiatum. alia his ſimilia congerunt latè Craue. conſ. 106. nu. 2. 3. & Tiraq. tract. de retractu conuē tio. §. 1. glo. 2. num. 59. Cùm ergo in caſu noſtro inter fratres hos diuidentes adinuicem ceſſæ fuerint actiones omnes, tam competentes, quàm competituræ: ſequitur, fidei commiſſum cenſeri remiſſum, quia nulla alia actio, quàm hæc ex fideicommiſſo competebat, & per conſequens actionum ceſsio fieri non poterat citra fideicommiſsi renuntiationem, ergo eſt illi renuntiatum.

Quartò ſuffragatur, quòd in hac diuiſione ceſsio & iurium remiſsio verbis admodum generalibus concepta eſt, dum dictum eſt, omnia iura, omneſque actiones &c. & ibi, & alias quaſcunque & quæcunque, & c. quæ verba

27 † vniuerſalia ſunt, vt de ea dictione tradunt Dec. in l. omnia. numer. 1. ff. ſi cert. pet. & in l. ex teſtamento. num. 4. C. de mil. teſta. latiſsimè Craue. conſ. 290. nume. 4. & conſil. 294. nume. 1. ita & de dictione quacunque, infinita propè congerit Tiraq. de retractu conſang. §. 1. gloſ. 7. nume. 20. cum multis ſubſequentibus. Sed virtus vniuerſalis diſpoſitionis eſt, vt omnia tam præſentia quàm futura complectatur, & tam propria, quàm impropria, & tam regularia, quàm ſpecialia & priuilegiata: quemadmodum fuſiſsimè relati Doctores ſcribunt. & in ſpecie ob vim ſermonis

28 vniuerſalis † fideicommiſſum eſſe remiſſum, affirmāt Decius conſil. 287. prope finem. Ruinus conſil. 152. numer. 8. li. 2. Pariſi. conſil. 71. num. 14 lib. 3 & Craue. conſ. 24. num. 11. verſ. amplius. qui eiuſdem opinionis recenſet Socinum & Curtium. & clarè in noſtris terminis Crotus, d. §. duo fratres. num. 133. verſic. confirmatur iſta conſideratio. Gratus conſi. 60. lib. 1. & noniſsimè Franc. Merzarius in Epitome de fideicommiſ. parte 3. q. 59. quę poſt reddirum reſponſum videre contigit. Et eo loco refert ita fuiſſe à Rota Romana & Florentina deciſum.

29 Quintò, maximè vrget illud quod vera omnium

* * ſententia comprobatum eſt, fideicom. cēſeri remiſſum, quando in diuiſione alienandi facultas hinc inde eſt data: quandoquidem aliàs repugnantia diſpoſuiſſent: nempè fideicommiſſum debere conſeruari: & fideicommiſſum poſſe diſtrahi. ita ſcribunt Ange. d. §. duo fratres. q. 5. & Crotus q. 8. Cur. Sen. conſi. 64. col. vlt. Deci. conſil. 11. nu. 7. Gratus conſi 17. col. 1. & conſ. 60. col. 2. lib. 1. Soc. Iu. conſ. 116 nume. 60. lib. 1. & Craue. conſ. 24. numer. 8. Sed in caſu noſtro ex verbis diuiſionis conſtat datam eſſe facultatem alienandi, dum dictum eſt, ponentes ſeſe in omnem eorum locum, ius & ſtatum in prædictis, vt in rē propriam, & verè propriam, &c. res autem propria eſſe dicitur, cùm is dominium habet cum libera alienandi

30 poteſtate, † vt verba de ſe clara ſunt, & probat l. fœminæ. §. illud. & ibi Baldus. C. de ſecund. nupt. & idem Baldus in l. ſi de proprietate. nu. 10. C. ſi à non compe. iud. Nam verbum proprietatis, rectum dominium oſtendit: ita docuit Iaſ. in l. huiuſmodi §. ædes. nu. 8. de lega. 1. & ad rem

32 hanc. Boer. q. 44. num. 29. Et qui ponit † alium in locū ſuū, ius & ſtatum, vt in rē propriam & verè propriam, verè ei cōcedit, quòd omnia faciat, quæ poſſet facere ipſe dominus ſi præſens eſſet. ita has clauſulas æquiparat Alex. in l. prouinciali. §. ſi ego. numero. 9. de oper. noui nuntia.

33 Sextò comprobatur ex illa † clauſula, qua diuidentes promiſerunt portiones ita diuiſas habere ratas, firmas, & perpetuò attendere & obſeruare, & in aliquo non cōtrafacere, vel contrauenire: qua clauſula fideicom. remiſſum eſſe, reſponderunt Ruin. conſil. 118. num. 21. & conſil. 13. nume. 14. libr. 2. Cur. Sen. conſi. 64. column. pen. Dec. conſi. 11. num. 7. conſi. 86. col. 2. conſi. 287. col. vlt. & conſi. 345. col. 2. Pariſ. conſi. 31. colu. 1. lib. 3 & Soci. Iun. conſi. 116. nu. 60. lib. 2. quorum quidem opinio procedit ſine cōtrouerſia ob vim aliarum clauſularum huic inſtrumēto adſcriptarum, vt decidit Boer. q. 147. numero 11.

Septimò, & nunc vltimò moueor ex eo, quòd in promiſsione euictionis per hos diuidentes facta, reſeruatum atque exceptum fuit fideicommiſſum à D. Hiero. conſtitutum, quæ exceptio hunc operatur effectum, vt

34 alia † fideicommiſſa cenſeantur remiſſa: ita in ſpecie docuit Crotus in d. l. qui Romæ. §. duo fratres. num. 94. de verbo. oblig. qui dixit, ſe ita conſuluiſſe. & illum ſecutus eſt Portius Modernus in ſuis concluſionibus, regu.

35 39. in fine. Eſt ratio, quia † exceptio declarat regulam in quibus caſibus loquatur. l. nam quòd liquidè. §. vlt. ff. de penu lega. & eam confirmat Bar. l. quæſitum. §. denique de fund. inſtr. Dec. l. 1. nu. 21. de reg. iuris. immò ſi

36 exceptio ſit de eo, quod aliàs non comprehendebatur ſub regula, ad illud extenditur, ne exceptio inutilis reddatur. vt putà, ſi conſtituo † procuratorē ad omnes actus, excepta cauſa reſtitutionis in integrum, mandatum hoc extēditur etiam ad cauſas requirētes ſpeciale mandatū.

38 Et ratio, quia exceptio caſus † reſtitutionis in integrum aliàs mandatū ſpeciale requirebat. ita Alex. l. vlt. ff. quòd quiſque iuris. & ibi Iaſ. & idē Iaſ. l. properādū, in prin. nu. 7. C. de iud. Dec. l. 1. nu. 25. de reg. iuris. ubi alios recenſet. quibus accedit Soc. Iun. conſi. 34. nu. 7. lib. 1. & conſilium 50. nu. 13. lib. 2. & latiſsimè Tiraq. trac. de retractu conſang. ad finem num. 94.

Non obſtant nunc adducta in oppoſitum, quoniam illis ita ſatiſfactio. Et ad primū dico, non eſſe verū, quòd neceſſe ſit fideicommiſſum eſſe debere reciprocum. nam illud quidem affirmant omnes, reciprocum fideicommiſſum facilius remitti, non tamen negant, quin etiam non

39 † reciprocum cenſeatur remiſſum ex clauſulis generalibus, & aliis coniecturis iam relatis. ita declarat Alcia. reſpon. 561. Nam facilius aiunt fideicom. reciprocum cenſeri remiſſum, quia fauorabile quid eſt, vt quia mutuum reſpiciat periculum. ita Pariſ. conſi. 52. nume. 37. lib. 3. non tamen hoc negant in cæteris fieri poſſe.

Non obſtat ſecundum, quia facilis eſt reſponſio,

40 cùm † Bartol. d. §. duo fratres. q. 1. ſolùm loquatur quādo verba renuntiationis ſimplicia ſunt, & ſolùm tempus præſens, non autem futurum reſpiciunt, cum tamen in caſu noſtro ampla ſint, & futurum complectantur. ſic omnes Bartolum ibi intelligunt, & ita declarant Goza. con. 36. nu. 12. Pariſi. con. 46. nu. 9. & con. 55. nu. 13. li. 2. Bellonus con. 19. nu. 7 & Soc. Inn. con. 128. nu. 122. lib. 1.

Non obſtat tertium, quia reſpondeo, imò clauſulas

41 has † ampliare, cùm poſitæ ſint ſuper diſpoſitione, quæ eis non repugnat. ita in his terminis declarat Ripa d. §. duo fratres, numer. 84. quia contrarium in eo tertio fūdamento citatur. & illum ſecutus eſt Soci. Iun. conſi. 93. nu. 27. lib. 3. qui nu. 25. poſt Iaſonem. Gratum & eundem

42 Ripam, inquit has † clauſulas executiuas ampliare atque extendere diſpoſitionem principalem, quando hæ clauſulæ in ea diſpoſitione nihil aliàs operarentur, vt hic verè nihil operarentur, niſi intelligatur, ex illis tributā eſſe alienandi facultatem, cùm ratione poſſeſſionis & vſus diuidentes illi iam omnem facultatem obtine-

rent.

rent. Prætereà inquit Soc.Iun.d.consil.93.num.30. illud
43 quod dicitur, † clausulas executiuas non ampliare dispositionem, solùm procedit in rescriptis gratiosis similibus, quæ strictè interpretantur, secus in fauorabilib. Sed iam clarum est, fideicommissi remissionem fauorabilem esse, quemadmodum illius inductionem & constitutionem odiosam esse iam diximus. Erit ergo dicendum hîc clausulas executiuas extendere. Rursus, inquit
44 Soc.Iun.d.consi.93.num.33.quòd tunc † clausulæ executiuæ non extend unt dispositionem, quando simpliciter ex stylo notarij sunt appositæ, quasi non principaliter consideratæ, sed accessoriè, vt declarat Goz. cons.6.nu. 31.sed in casu nostro principaliter ex partium voluntate & consensu adscriptas mox planum faciam.

45 Non obstat quartum, quia respondeo, imò has † clausulas non esse ex stylo notariorum, sed partium voluntate. ita sensit Bart.d.§.duo fratres. q.8.dum scriptum reliquit, esse inspiciẽda & considerando verba instrumenti, & clarius ibidem affirmauit Ripa. num.49.quod ego verissimum opinor: siquidem magna est pro notario præsumptio, vt sit doctus & peritus, iuxta glossam §. si ita scriptum. Inst.de inutil.stipula.& in specie respõdit Neuiz.consi.28.num.19.qui Corneum ac alios plures recen ser. Illis addo Soc. Iun.consi.101.nu.1.vers.prætereà, li.
46 1. non ergo † præsumi debet, quòd is tanquam peritus clausulas has tanti põderis ex solo suo capite instrumento adscribat. iam etenim noluit notarius, se nil posse in substantia instrumento addere, quemadmodum docuit Baldus in rub. C.de fide instrumentorum. num.10. dum
47 inquit, † notariũ nil plus scribere posse, quàm quæ proprijs vidit oculis, vel proprijs audiuit auribus. ita etiam respondit Bologn.consi.50.col.2. & Cur. Sen. consil. 56.
48 Super processu.col.1.Rursus † notarius, antequam censeatur rogatus de his, quæ instrumento continentur, instrumentum illud coram ipsis partibus legere debet, easque interrogare, an intelligant quod scriptum est, & an velint documentum à se confici. ita docuit Bar.in l.fideicom.§.1.de leg.3.Alex.l.sciendum. nu.28.in fine. de verb. oblig.Dec.consi.97.nu.3.Rubeus cons.14.& nu.3. & Soc. Iun.consi.198.nu.94.lib.2.Si ergo dicimus, notarium par-
49 tibus legisse hoc instrumentum; sequitur, † verba hæc non ipsius notarij, sed partium esse. id quod clarè docuit Baldus in.l. errore. C. de testa.dum dixit, verba notari esse verba partium. idem Bald. l.3.num.6. C. de rei vind. & in specie Decius consi 450. num.3. consi.639.num.9. & consil.653.num.6. Quibus rationibus adductus aliquan-
50 do interrogatus respondi, clausulam † codicillarem instrumento testamenti censeri insertam voluntate testatoris, non autem stylo notarij. quod placuerit Baldo in d.l.errore.num.2. C.de testam. ita in similibus clausulis,
51 quæ vel substantialia, † vel accidentalia actus respiciunt, affirmarunt Alexan.consi.1.num.22.li.5. Ruin. cons. 159.nu.16.libr.3. Decius consi. 490.num.10. Ripa.l. Centurio.num.83.versic.in primis.de vulg. & Neuiza.consil. 28.num.14.

Non obstat quintum, quia respondeo, illa procedere,
2 quando quis † simpliciter consensit alienationi; secus quando fideicommissum renuntiatum est, vt hîc: tunc omne ius renuntiantis tollitur. ita affirmarunt Ang.d.§. duo fratres, 5.oppo. Ruinus consi.152.colu.penul.versi.& magis hoc procedit, lib 2. Cur.Iun.consi.4.num.22.Zucchardus.l.1.nu.61.C.de pactis, & hoc idem clarius affirmauit Cra.consi.227.in fine.

Respondetur secundò, relatam doctrinam Ripæ, Alciati & aliorum in d.quinto fundamento relatorum, pro-
53 cedere † quando res alienatur titulo oneroso, secus si lucratiuo. ita visus est sentire Bart. in d.l.si fundum per fideicommissum.de leg.1. & in nostris his terminis Ruin. consi.144.ad finem, versic.quamuis.& consi.152.col.pen. vers. prætereà ibi de hoc libr.2. Respondeo etiam tertiò distinguẽdo priùs cum communi opinione duos casus. Primus est, cùm spontè quis non consensit alienationi,
54 sed potius ex necessitate: tunc is † consentiens non præiudicat sibi quò ad pretium: ita intelligitur & procedit d.l.si fundum per fideicommissum, qua Alciatus & alij in contrario fundamento relati nituntur. & hic non est
55 casus noster. Secundus est casus cùm quis † spontè consentit alienationi, tunc is etiam in pretio sibi præiudicat
* vt probat l.codicillis.§.1.de leg.3. quam ita * magis communiter Doctores intelligunt & conciliant cum d.l. si fundum per fideicom. vbi Bal.nume.18. communem testatur. & hic casus est noster. Nam verè erat in facultate horum fratrum diuidere & non diuidere, consentire & dissentire. & ideo consentiendo spontè consenserunt. id quod ostendit etiam illa clausula instrumento diuisionis inserta, spontè, &c. cuius effectus est, vt à sciente & sua libera voluntate gestum dicatur: vt scribit Castr. l. hoc iure.ff.de dona.quem sequitur Ruin.consi.126.nu.18.li.3.

Non obstat sextum, quia respondeo, immò hos fratres habuisse scientiam testamenti D. Mariani, quod multis coniecturis demonstrauit Excellentissimus D. Calzaue-
56 glia in suo responso. Et hanc scientiam † coniecturis satis probari affirmauit Bart.d.§.duo fratres.q.3. & ibi Ripanum.53.& clarius Crauet.consi.193.nu.7. Vna est coniectura, quia sub anno 1555. ob casum, qui euenit ex persona Iuliani posthumi, partes testamentum illud Do. Mariani produxerunt contra hæredes Iuliani posthumi. oritur ergo præsumptio maxima, quòd iam ante, atque ita tempore diuisionis haberent notitiam d. testamenti, iuxta l.non est ferendus.ff.de transac.Dec consi.267.col. 2.idem sensit Ripa.d.§.duo fratres. num.53. dum inquit,
57 veriorem esse opinionem, illum † præsumi sciuisse conditum testamentum, & inductum fideicom.qui se hæredem dixit, ita fortius hîc in his, qui agebant vt fideicõmissarij.& Craue.d.consil.193.num.7.versic.similiter, & versi.idem si probaretur. Parisi.consi.51.num.48.50. lib.2. Secunda est coniectura, quia inter D.Iulianum equitem & filios Do.Nicolai multæ lites agitatæ fuerunt, & super dictis fideicommissis initæ sunt transactiones; vna sub anno 1533. cui interfuit D. Hiero. pater horum diuidentium: altera sub anno 1545. paulò ante mortem dicti D. Iuliani; quo tempore dicti fratres erant omnes ætatis adultæ.iure ergo præsumitur horum habuisse scientiã tum ex coniunctione maxima, tum ex vicinitate; quemadmo
58 dum relati Doctores scribunt. & illum † præsumi scire fideicommissum, qui copiam testamenti habuit, tradit Parisi.consil.46 num.17.lib.2.& in specie de eo qui testamentum produxit, tradit Neuiz. consil.84.num.19. nec dissentit Ripa §. duo fratres.nume.46. Alba consi.59. nu. 8. Tertia adfertur etiam coniectura, quia anno 1545. D. Iulianus eques decessit relictis duabus filiabus, & vxore grauida, quæ nomine dictorum de Fenarolis requisita fuit, vt aduenient tempore partus eos admoneret, quia intendebant velle mittere honestas mulieres; quæ partui assisterent, pro eorum interesse: qui sic admoniti miserunt: sed cùm aliud interesse non fuerit, quàm causa fideicommissi, quemadmodum exitus demonstrauit: quia mortuo posthumo agere cœperũt: sequitur eos habuisse fideicõmissi notitiã. Quarta accedit coniectura quæ desu-
59 mitur † à communi stylo notariorũ, qui, posteaquam testator est vita defunctus, publicant testamentum ab eo factum: ita Alexand.d.§ duo fratres, nu.53 & Parisi.consi. 72.num.27.lib.2.Gozad.consi.98.nu.21.Crauet.d. consil. 193. nume.6.ad finem.

Non obstat septimum & vltimum quia respondeo,
* magis * receptam & veram esse Doctorum opinionem, nullam esse constituendam differentiam in alienatione
60 † fideicommissi, quòd alienatio facta sit titulo singulari inter viuos, vel vniuersali ex vltima dispositione & successione, vt dicatur alienans vsus facultate illa alienandi sibi data in bonorum diuisione. ita responderunt Alex. consi.289.num.8.lib.2. Cur.Sen.consi.64. Antiquissima, col.pen. Soc.Sen consi.43.col.1.lib.4. Ruinus sibi parum constans consi.144.col. vltim. & consi.152.col.pen.lib.2.

vbi latè hanc ſententiam defendit Zuc. hardus.l.1 num. 61 C.de pactis.& Pariſ.conſ.46.col.vl.li.2 & conſ.71. nu.
61 15.22.lib.3. Eſt ratio manifeſta,quia † hæredis inſtrumen to eſt alienationis ſpecies.l.ſi ita quis.§.ea lege,de verbo. oblig.Ruin.conſ.151.nu 24.lib.1.Pariſi. conſ.74. in fin.li. 2.& Soc.Iun.conſ.129.nu 18.lib.2.& quod eſt dictum de hæredis inſtitutione,eſt etiam de ſucceſsione ab inteſtato.ita Iaſon d.l.ſi ita quis.§.ea lege.num.8.de verbo.obli. & Pariſ.conſi.71.num.28.lib.3.Nec aduerſantur rationes illæ Alciati & aliorum.nam illi primæ rationi reſponde
62 tur,non eſſe aliquando mirum,quòd† hæres ſit melioris conditionis ipſo teſtatore,ob nouam cauſam: quemadmodum declarat idem Alcia.in l.2 §.ex his.col.2.de ver. obliga.& ibi latius Lancelotus Galiaul. & Cagnol. in l. hæredem.in fi.de reg.iur.Differentiæ autem ratio,& no ua cauſa eſt,quoniam hîc ante alienationem res penès defũctum ſub reſtitutionis onere reperitur, cùm, nõ obſtante alienandi licentia obligata ſit,donec aliquo modo alienetur,vt ſcribunt omnes in d.§.duo fratres.Sed quã-
63 do ſemel fuit † alienata,reuocari amplius non poteſt, cũ effecta ſit perpetuò alienabilis.l. pater. §.quindecim de leg.3.quo fit vt noua cauſa poſsidendi hæc bona ſit in his hæredibus ab inteſtato etiam ſuccedentibus. Nam, ſi rectè conſideramus,duæ hîc adſunt cauſæ poſsidendi. Vna,ratione fideicommiſsi iam à primo teſtatore conſtitu ti:& ex hac cauſa poſsidebant omnes fratres ante diuiſio nem & fideicommiſsi renuntiationem. Altera eſt cauſa ſuperueniens,nempè poſt diuiſionem,quæ deinde poſſi dendi cauſam verè immutauit: vt in claris terminis reſpondit Soc.Sen.conſi.15 col.vlt.lib.5 vbi cõſuluit, quòd
64 antiqua † poſſeſsio immutata dicitur,ex noua cauſa extrinſeca,& propriè loquitur in duobus fratribus qui diuiſerunt hæreditatem,vt poſt diuiſionem dicantur ex no ua cauſa poſsidere.ita hîc fratres diuidentes ante diuiſio nem vno titulo poſsidebant,deinde facta diuiſione alio titulo cum facultate alienandi,& ideo relinquendo hæredes ſuccedentes ab inteſtato,videtur eis voluiſſe hanc nouam poſſeſsionem ex illa licentia transferre: & ij hæredes non ex cauſa antiqua,ſed ex præcedenti immediã ta hæc bona poſsidere dicuntur.iuxta l.quædam mulier. ff.de rei vin.& tradit Craue.conſi.226.num 5. & Neuiza. conſi.80.num.25.quod maximè dicendum eſt,cùm præſumptio ſit,eũ velle ex vtiliori cauſa poſsidere, q duab. de cauſis poſsidere poteſt:ita enim naturalis ratio ſuadet.Non etiam obſtat illa ſecunda ratio Alciati ex illo ſi-
65 mili de pignore,ex † l.ſicut §.ſi debitori.ff. quibus mod. pig.vel hypo.ſol.quia reſpondeo,textum illum contrarium probare,dum inquit,conſenſum præſtitum à credi tore debitori de pignore alienando, ſi à debitore vinẽre alienatum non fuit,alienari poſſe ab hærede eiuſdem debitoris.Ecce ergo conſenſum & licentiam ab hærede nõ reuocari,ſed perdurare.& ita Bar. ibi intellexit & Negu ſa.tract.de pigno.parte 6. membro 3. num.15. Non obſtat tertia ratio,quia iam ſuprà reſpondi ad d.l. ſi fundũ per fideicom.ceſſat enim hîc præſuppoſitum, quòd ſi res extat penes hæredem,poſsit reuocari, quemadmodum reuocari poteſt pretium à ſingulari ſucceſſore.ceſſat inquã hoc,quia falſum eſt in caſu noſtro, pretium à ſucceſſore ſingulari reuocari poſſe,vt ſupra oſtendimus. Nõ obſtat
66 quarta ratio,quæ † Ruini fuit, quia reſpondetur, quòd imò hæres alio titulo,& diuerſo à titulo anteceſſoris ſui poſsidet:cùm is anteceſſor tacitè vocando hos ab inteſta to ſuccedentes,iuxta l.conficiuntur.de iure cod.ea licen tia vſus eſſe videatur.atque ita concludo ex ea diuiſione fideicom.cenſeri renuntiatum.

Quòd ad ſecundam propoſitam dubitationem,quæ ex facto potius,quàm ex iure pender, an ſcilicèt probetur, quòd diuiſa fuerint bona,quæ obuenerunt per mortem Iuliani poſthumi ſub ann.1555.& ea, quæ redempta fuerunt à filiabus Do.Nicolai anno 1561.& dicendum videbatur,ſatis probari factam diuiſionem.

Primò,ex inſtrumento compromiſsi ſub anno 1555. 3.Februarij,in quo actum de his bonis videtur.

Secundò,quia D.Franc. ſub anno 1561. locauit bona hæc de Rudiano tanquam propria, nulla facta mẽtione dictorum fratrum.ergo diuiſio facta creditur. Nam locã
67 do † nomine ſuo,ſe dominum oſtendit, vel ſaltẽ poſſeſſo rem,cùm talis ſit locationis vis.l.per vniuerſas.§.qui per colonum,de acqui.poſ. Pariſ.cõſ.104.nu.88.li.1.Al.reſp. 294 num.5.

Tertiò probari videtur hæc diuiſio ex ſcriptura con fecta inter hos fratres ſub anno 1562.in qua habẽtur quæ dam diuiſiones pro maiori patre ſimiles illis, de quibus in compromiſſo.

Quartò, quia iſti fratres per multos annos poſſede-
68 runt bona iſta,tanquàm diuiſa,ex illa ergo † poſſeſſione diuiſio præſumitur.l.ſi maior.C.communi diuid.

Cæterùm,re melius conſiderata, contrarium verius eſt,nempè hactenus non probari factam eſſe horum bonorum diuiſionem. quod his rationibus ſatis probari poteſt.

69 Primò,quia † diuiſio quid facti eſt, quod ſanè factum non præſumitur,ſed qui illud aſſerit, probare debet. l.in bello.§.factæ.de capt.& poſtlim. reuerſ. & in ſpecie ſenſit Bald.conſil.396.Caſus talis eſt,quidam Do.Leo,ad finem,lib.1.& probat tex.l.ſi maior.C. communi diuid. dũ vult probari inſtrumentis,teſtib.vel coniecturis.

Secundò, quia hactenus D. Maria etſi non poſſidet aliqua bona ex his,quæ à Iuliano poſſidebantur, attamen perſoluit cenſus & onera, ex quibus intelligimus
70 bona non eſſe diuiſa:nam cenſus † ſolutio poſſeſſionem arguit:ita tradit Iaſ. l. decem.nu.35. de verb. ob. & clarè Soc.Se.conſi.205.col.2.ver. 1. ex theorica. lib. 2. id quod procedit ſine controuerſia videntibus & patiẽtibus aduerſariis.

Non obſtat itaque primum,quia reſpondetur,à diuiſione facta in d. compromiſſo receſſum fuiſſe per D. Ioã. Mariam, qui iudicialiter prouocauit ad nouas diuiſiones:& petijt ſibi reſpõderi de fructibus Rudiani & Proualii:imò expreſſè dixit, ex eo compromiſſo non eſſe factas diuiſiones, ſed ſolùm fuiſſe tractatum de diuidẽdo. quibus quidem verbis conſenſit D.Franc. non ergo poſſunt nunc ij domini Maria.& Fran .fundamentum con-
71 ſtituere ſuper hoc † actu à ſe impugnato.l.poſt legatum, in prin. vbi latè Bar.ff.de his quib.vt indig.latiſſimè tradunt Soc.Iun.conſil.129.num.9.lib. 1. & Craue. conſil. 1. nu.3.& conſi.24.nu.5.idem conſ.255.col.1.Prætereà, dum
72 petierunt nouas fieri diuiſiones, † à iam facta,ſi qua eſt, receſſiſſe dicuntur.l.ſi maior,vbi glo.& Doct.C.commu ni diuid. nam cum actus, qui fieri non poteſt citra iuris renuntiationem geritur,renuntiatio facta dicitur, quẽadmodum multis probauimus:ita hîc,non enim peti no ua diuiſio poteſt, quin iam factæ diuiſioni renuntiatum dicatur.

Non obſtat ſecundum,quia reſpondetur ipſum Do. Franc.locaſſe d. bona tanquam ſua,ex quo partem in eis habebat, nam ſocius rei communis non errat diſponendo de re communi, cùm ratione ſuæ partis de ea diſpo-
73 nat.quod † procedit eo præſertim caſu cum ad vſum deſtinatum de illis diſponit.l.ſerui electione.§.Labeo, vbi Bart.& clarius ad rem noſtram ibi Ripa,num.14. de leg. 1.& Docto.in l.id quod noſtrum,de reg.iur.

Reſpondetur ſecundò, quod ſub anno 1562.facta eſt quædam alia diuiſio,quæ quidem, etſi aliis de cauſis inualida eſt,declarat tamen iam ante aliam diuiſionem nõ
74 præceſſiſſe.nam actus † etiam nullus declarat mentem agentis.l.vl.vbi Bart.ff.de reb.eo.& Dec.conſi.172.colum. 1.Soc.Iun.conſi.8.num.31 libr.2.& latè Tiraqu. de legib. connubial.poſt leges connub.gloſſa 6.num. 206. Acce-
75 dit,quia etiamſi facta fuiſſet alia † diuiſio,per hanc ab illa eſſe receſſum,vt in ſpecie reſpondit Ruin.conſi.187.nu. 12.lib.2.nam ex actu contrario receſſum dicitur à primo, quemadmodum ſcribunt omnes in l.non ſolùm. §.morte de oper.noua.nunt.& in cap.cùm M.Ferra. de conſtit.

Non ob-

Non obstat tertium, quia respondetur, hanc diuisionem sub anno 1562. non probari, cùm de ea solùm appareat
76 scriptura priuata, quæ quidem nihil probat. Nec † literarum comparatione probari poterit, iuxta l. comparationes. C. de fide instr. Illa est ratio, quia, vt intelligo, multa deficiunt, quæ necessaria sunt ad hanc comparationē faciendam, quæ autem requirantur, fusissimè explicaui in commentariis de arbitrariis iudicum. lib. 2. centuria 2. casu 114. Non obstat quartum ac vltimum, quia respondetur, quòd ad hoc, vt ex separata possessione præsumatur † diuisio, oportet possessionem esse debere decennalem. l. si maior, vbi glo. & Bart. C. communi diuid. & declarant Ruin. consi. 117. in fi. & consil. 162. num. 5. lib. 3. & consi. 29. nu. 2. lib. 4. Ias. l. si certis annis. nu. 11. C. de pactis latè Boer. q. 58. nu. 2. & Balbus tract. præscript. secunda parte principali q. 10. nu. 39. in casu autem nostro non esse decursum decennium absolutè præsupponitur. Quòd verò ad tertiam propositam iuris dubitationē, an ratione bonorum de Rudiano, quæ Do. Franc. consecutus est ex diuisione, ipsi fratres teneantur de euictione erga D. Franc. seu eius hæredes, si ex causa fideicōmissi, cui hæc bona supposita asseritur, sequatur. Qua in re dicendum videbatur, non teneri. Primò ex doctrina glossæ in l. si familiæ. in glo. vlt. in fine. C. famil. ercis. & ibi clarè expli-
78 cat: Baldus, in fin. inquit glossa illa, quòd si † vnus fratrū, cui obuenit feudum in diuisione, sola filia relicta moriatur: & illius filiæ patruus ei auferat feudum, fœminam non posse consequi pretium, vel quid aliud ex bonis patrui ob secutam euictionē. Ea ratione mouetur, quia hoc casu euictio non sequitur ex facto patrui euincentis, sed ex natura rei: & quando euictio ex natura rei sequitur, non tenetur alteri frater: ita etiam in casu nostro, & cum glossa illa senserunt Bar. in fine, Salice. & Castr. idem respondērunt Alexand. consi. 21. num. 4. li. 5. Ruin. consi. 11. nu. 11. & consi. 14. nu. 5. li. 1. consi. 137. nu. 12. lib. 2. consil. 7. in fin. & consil. 92. col. vlt. lib. 3. Socin. Iun. consil. 119. num. 2. lib. 3. & Tiraqu. tract. de retractu consang. §. 1. glo. 9. nu-
mer. 35.

Secundò maximè vrgere videbatur l. si fundū sciēs.
79 C. de euictio. qua probatur, quòd si sciens † rem euincibilem, eam acquirit, pro euictione ei actio non datur: nisi in eum casum de euictione sibi caueri curet. ita Bald. d. l. si familiæ. num. 8. C. de famil. ercis. Alexan. d. consil. 21. num. 6. versi. tertiò principaliter. lib. 5. & Soc. Iun. d. consi. 119. nu. 3. lib. 3. & Craue. consi. 211. nu. 6.

Tertiò hanc opinionem comprobare non parū vi-
80 detur l. fundum meum. ff. de euict. si res † facto meo euincitur, aduersus venditorem de euictione non experiar, idē si mei antecessoris facto euincitur, cum factū defuncti sit ipsius hæredis. Cùm ergo ex cā fideicōmissi res euincitur, euictio dr facto antecessoris ipsorum diuidentium, cessat ergo actio pro euictione. ita in specie docuit Bart. l. qui Romæ. §. duo fratres. q. 13. ver. secundo casu. de verb. oblig. Quartò accedit quòd ex quo diuisio facta
81 † fuit à patre, conqueri non possunt filij, etsi vnus plus altero consecutus sit. l. ex parte. §. vlt. vbi Bal. ff. famil. ercis. Alex. consi. 77. lib. 3. & diuisio à testatore facta differt à
82 † diuisione facta ab ipsis hæredibus: si quidem primo casu conqueri filii non possunt. Ita respondērunt Cor. con. 228. col. 2. & consi. 273. col. 7. lib. 4. Dec. consil. 254. num. 2. & Parisi. consil. 34. nu. 27. lib. 2. Et cùm diuisio facta est à patre, de euictione non agunt filij. Ita Paris. d. consi. 34. nu. 22. ex. l. si familiæ. versi. pro parte, & versi. item si fiat.
83 Quintò & vltimò vrgere videtur, quòd † diuisio à patre facta, nō aufert ius fideicommissi: cùm fideicommissum, vt æs alienum, ante omnia deduci possit. l. irritum. vbi Castren. C. ad. l. Falc. gloss. in l. cùm pater, in verbo, compensat, de leg. 2. & in l. debitor. ff. ad l. Falc. Ita etiam videmus, patrem non posse ab vno auferre, & alteri prælegare, vt scribunt Oldra. consi. 187. Ias. in l. 2. q. vlt. C. de iure emph. & Soci. Iun. cōsi. 72. nu. 17. li. 1. Et ideò dicebat Bald. in l. si pater. num. 9. C. de inoff. test. q. si testator non relinquit hæredi, quod relinquere tenebatur, potest hæres venire contra eius factum. & in terminis fideicommissi ita respondit Castren. con. 445. col. vlt. versi. tertiò facit. li. 2. & inter Castrenses consilia Salustius de Perusio consi. 197. li. 2. & Craue. consil. 200. nu. 7. Hæc dubitationē mouebant. Re tamen diligentissimè perpensa atque considerata, contraria sententia verior est: nēpè in casu hoc nostro, hos fratres de euictione teneri erga D. Franc. seu eius hæredes, quod vt dicam, duæ solidissimæ rationes me mouent. Primò quia hîc præsupponitur, D. Franc. in totum obuenisse bona de Rudiano fideic. suppositā: alijs verò fratribus bona libera. quo fit vt locus sit doctrinæ Guidonis Suzariæ, quem recēset Bald. in d. l. si familiæ, num. 3. versi. ista gloss. C. famil. ercis. vbi Guido declarat glossam illam, quæ affirmauit, q̄ quando bona sunt diui-
84 sa † inter fratres, & portio vnius euincitur, alter ob secutā euictionē non tenetur. Illa (inquit gl.) est ratio, quia mutuū periculū, qđ suberat, subsceptū fuit. quæ doctrin. inquit modò Guid. cessat & locum non habet, quando vni omnia bona libera obuenerūt, & alteri omnia bona obnoxia, quia tunc cessat ratio mutui periculi. Quæ
85 sanè doctri. procedit etiam, quando † euictio sequeretur ex natura ipsius rei: & si ipse Guido. prima facie loqui videtur eo casu, quando euictio aliunde & extrinsecus, non autem ex natura rei sequitur: quòd autem propriè ac verè loquatur etiam quando sequitur euictio ex natura rei, declarat Alex. d. §. duo fratres. nu. 34. versi. Bald. tamen & clarius ita Guidonem intellexit ibi Alcia. numero 37. idem Alciat. respondeo 133. numero 5. & resp. 138. numero 3. in fin. & rectè. mea quidem sententia. Siquidem eadem militat ratio hoc casu, cùm ex natura rei sequitur euictio, quemadmodū quādo extrinsecus. nempè, quia mutuū periculum susceptū non
86 est: & quia magna sequeretur inter † fratres inæqualitas: quā, vt euitem[9], plura legis sanciuerūr, vt doctè & elegā ter multis ostēdit Magn. D. Galzaueglia. in reddito hac in causa responso, quib. accedunt tradita à Ruino consi. 122. num. 7. lib. 2. Gozad. consi. 58. num. 15. Soc. Iuni. consil. 147. num. 41. lib. 2. Paris. consi. 2 num. 27. lib. 3. & Tiraquel. tract. de iure primig. q. 4. nu. 5. 6. 7. Hæc Gui. doctr. multò fortius nostro in casu procederet, quando probari posset aliquis dolus ex latere fratrum commissus contra D. Franc. vt quia assignassent bona hæc fideicommisso obnoxia ipsi D. Franc. carenti prole masculina, & quam non posse suscipere videbant: quemadmodum considerat Alcia. d. §. duo fratres. num. 37. Nec aduersa-
87 tur quòd à Guid. dissentiat † Bal. in d. l. si familiæ. nu. 3. adductus ex tex. l. si fratres. C. communia vtriusque iud. quem Guidoni aduersari dixit: quandoquidem, vt inquit Alcia. in. d. §. duo fratres. nu. 34. versicu. Nec obstat, verè non repugnat quia loquitur quando mutuum periculum fuit susceptum, quod hîc non contingit. & latè eo loci declarat Alc. cuius verba huc adferre superuacaneum fore existimaui.

Secundò, locum esse euictioni in casu nostro vel ex eo demonstratur. hîc etenim fideicommissum remissum fuit, vt sup. iam latè ostendimus, quo stante sequitur de
88 euictione agi posse, & si illa sequitur ex rei natura. ita respondit Craue. consi. 24. in fin. post Corneum consi. 150. col. vt. lib. 3. & con. 13 ad fi. lib. 4. idē Crauet. con. 211. nu. 7. imò subiicit Craue. d. con. 24. post Are. cōs. 3. locū esse eui
89 ctioni secutæ † etiam ex natura rei, quando illa natura alterata fuit partium conuentione. Confirmatur hoc fundamentum (mea opinione) satis solidum auctoritate Ripæ lib. 1. respon. c. 1. nu. 63. qui respondit, euictioni his ca-
90 sibus locum fore, quando res feudalis † data est pro libera, vt cùm in concessioni dictum est, pro se & quibus dederit, vel simili modo: si quidem data videtur alienādi facultas & alterata est natura rei, ob id euictio præstatur. ita hîc dicendum est, vbi in diuisione tot sunt appositæ clausulæ, quibus (vt iam diximus) fideicom. alteratum fuit: & vt res libera cōcessum D. Fran. fuisse dicitur. Ter-

tiò & vltimò accedit hæc ratio, quòd hi actores & cum illis D. Ioan. Franc. defunctus.in diuiſione inter eos facta à D. Hieronymo eorum patre non ſunt conſecuti bona D. Mariani, vt proprtia atque fideic. D. Mariani ſuppoſita, ſed vt bona libera D. Hieronymi patris diuidentis. quod factum debent hi actores D. Hieronymi
91 hæredes approbare † l.cùm à matre. C. de rei vendic & infrà dicemus.

Non obſtant nunc in contrarium adducta, quia reſpondetur. Et ad primum reſpondeo, doctrinam Baldi
92 & ſequacium procedere quando † diuiſio alia ratione foret æqualis; vt putà, ſi vni fratrum obueniſſent bona patrimonialia valoris centum, & alteri fratri bona fideicómiſsi vel feudalia valoris ducentũ, æſtimata tamẽ cẽtũ tãtum, ob periculũ reſtitutionis, illisq; adiectũ onus: tũc is, cui adiudicata fuerunt illa feudalia, conqueri non poſſet, ob ſecutam euictionem: quandoquidem æqualis fuit diuiſio. ita viſus eſt vno verbo ſentire Alciat. d. §. duo fratres. num. 37. ibi, & alius habens liberos, bona paris æſtimationis, &c. Ecce conſiderat Alciatus parem æſtimationem, quæ conſiderari non poſſet, quando ratio periculi & oneris reſtitutionis fideicomiſsi, vel feudi coſi-
93 derata non fuiſſet. hoc clarius ſenſit idem † Alciatus d. §. duo fratres nu. 35. ibi, dum tamen in hoc aduertatur, an qui bona fideicómiſsi accepit, id fecerit, quia in præſentia eſſent vtiliora, voluerítque eam vtilitatem cùm futu-
94 ri † euentus periculo compenſare. arg. l. de fideic. C. de trãſac. quòd ſi ita rem hãc intelligemus, æqualitatẽ ſeruabimus, & dolum fraudémque euitabimus. ita etiam viſus eſt intellexiſſe Soc. Iu. d. conſ. 119. nu. 1. lib. 3. ibi, item etiam, quòd ipſa nõ teneatur aliquo modo ad bona eiuſdem valoris. & ibi num. 2. verſic. nam cùm talia, inquit, diuiſionem fuiſſe legitimè factam: quod falſum eſſet, ſi tanta adeſſet inæqualitas. & idem clarius repetit Socinus in fine. d. reſponſi, dum conſiderat ſufficere æqualitatem fuiſſe ab initio ſeruatam, quæ non poſſet dici ſeruata, ſi res fideicom. ſine illo reſtitutionis periculo æſtimata fuiſſet. ſed in caſu noſtro præſupponitur, quòd bona hæc fideic. fuerint æquè æſtimata, ac libera: atque ita nullam fuiſſe habitam futuri periculi rationem.

95 Non obſtat ſecundum ex tex. † l. ſi fundum ſciens, quia reſpondeo, ibi id contingere, quia ille emens rem ſcienter, dicetur eſſe in male fide: quo caſu fur dicitur l. ſi ſeruum. C. de furtis. & ideo in pœnam etiam pretium amittit. & in pœnam fiſco defertur. ita cenſuit gl. in c. 1. in
* verbo ex empto, de prohib. feud. aliena. per Frid. quam* communiter receptam aſſerit Gomeſ. in §. item ſi quis in fraudem. nu. 41. in fi. Inſt. de actio. qui ita declarat d. l. ſi fundum. idem ſenſit Didacus li. 3. varia. reſol. c. 17. pagin. 2. verſ. ad etiam quæſtionẽ. ſed in caſu noſtro non ita cõtingit, quoniã D. Frãc. non verſabatur in aliqua mala fide.

Reſpondetur & ſecundò, quòd ex quo in ipſo diuiſio
97 nis inſtrumento † de euictione promiſſum eſt, ſaltem pretium eſt reſtituendum, cum ambæ partes ſcirent adeſſe. fideicom. ita declarant Angel. Aret. §. vlt. nu. 2. Inſt. de emp. & vend. Crau. conſ. 64. nu. 4.

Non obſtat tertium ex l. fundum meum. ff. de euictio. quia pariter reſpondetur, vt ſuprà dixi, non procedere cùm de euictione eſt promiſſum. Vel & ſecundò, non procedit quãdo mutuum periculum non eſt ſuſceptum, ex doctrina Guidonis de Suzaria ſuprà relata.

Non obſtat quartum, quia reſpondeo, quòd hîc non conquerũtur hæredes iſti de æquali diuiſione, imò eam approbant: ſed non ita aprobant, vt factam de bonis D. Mariani fideicõmiſſo ſubiectis, ſed vt de bonis liberis ipſius D. Hieronymi diuidentis, vt infrà dicemus.

Reſpondeo ſecundò, quòd et ſi de euictione agi non
98 poſſit, cùm diuiſio à teſtatore facta fuit: attamẽ † læſo ſuccurritur ope exceptionis. l. cùm patet. §. euictis, de leg. 2. Comenſis & Ripa in l. qui Romæ. §. duo fratres. de verb. oblig. 1. ille num. 25. iſte numer. 95. quo loci idem eſſe aſſerit Ripa, cùm euictio eſt ſecuta ab alter ex hæredibus. Et coniectura voluntatis in d. §. euictis, colligitur ex eo, quòd teſtator inter ſuos diuidẽdo, videtur eis prælegare res in diuiſione aſſignatas: & in ea diuiſione eos ad inuicem grauare. propterea videtur teſtator velle grauamen vnius cum prælegato alterius compenſare, & econtra. l. filium. C. fami. erciſ. ibi, compenſato propterea quod ab hæredibus vice mutua percipitur. & in l. deducta. § numis. verſi. cùm autem. ff. ad Trebell. Quocirca teſtatoris voluntas illa fuit, vt non cogatur hæres ſuſcipere grauamen ſibi iniunctum, niſi ei prælegatum conſeruetur.

Non obſtat quintum & vltimum, quia reſpondeo, quòd pater poteſt ſua diſpoſitione auferre & perimere ius fideicommiſſi reſtituendi filio, cùm filius hæres pa-
99 tri afficitur. Nam nec hoc in caſu † poteſt filius patris factum impugnare: ita poſt Romanum & Alexandrum reſpondit Rui. conſi. 7. nu. 39 lib. 1. qui ait, q̃ licèt alienatio rei ſubiectæ fideicommiſſo facta pendente conditione, reſoluatur per condonationis euentum. l. vlt. §. ſinautem. C. cõm. de leg. ſi tamen fideicommiſſarius ſuccedit hæredi grauato, eam alienationem reuocare non poteſt. Idem Ruin. conſi. 25. nu. 11. lib. 2. & eo loci. nu. 10. ſcribit,
100 † patrem poſſe alienare rẽ filij ſui hæredis: qui ſanè hæres contrauenire non poteſt. Ita etiam reſpõdit Pariſ. cõ-
101 ſi. 34. in fi. lib. 2. Soc. Iun. conſ. 107. nu. 56. li. 3. qui ambo † in ſpecie fideicommiſsi ita reſponderunt. idem quoque reſpondit Fulgo. conſ. 67. Paterfamilias. Et quod de feudo eſt dictum, verum non eſt, cùm liceat patri alienare feudum etiã ex pacto & prouidẽtia in præiudiciũ filij, ſi filius
02 † patri hæres efficitur: cùm tanquam hæres non poſsit patris factũ improbare. ita docuit Bald. in l. qui ſe patris, nu. 9. C. vnde liberi. cum Bal. ſenſerunt Alex. conſ. 13. nu. 7. conſ. 19. nu. 14. lib. 5. Rui. conſ. 17. nu. 11. conſ. 38. nu. 16. cõ ſi. 20. in fi. & conſi. 208. nu. 16. lib. 1. Dec. conſ. 185. nu. 1. & ibi. nu. 4. multis oſtendit, non eſſe adhibendam differentiam, quòd feudum ſit hæreditarium vel ex pacto & prouidentia, cùm omni caſu non poſsit hæres contrauenire facto defuncti. cum Bald. etiam tranſeunt idem Dec. cõſ. 445. num. 56. & conſi. 468. nu. 30. Pariſ. conſ. 10. nu. 7. conſ. 16. nu. 43. & conſi 106. nu. 27. lib. 1. & Boe. q. 23. nu. 20. Nec
103 obſtat illa doctr. † Baldi in l. ſi pater, nume. 9. C. de inof. teſt. & Caſtrenſis ac Saluſt j. necnõ & Crauettæ: quia reſpondeo, illos loqui, cùm teſtator reliquit quòd is hæres ſine ipſius teſtatoris facto conſecuturus erat, & nil vltrà ex bonis ipſius teſtatoris hæres recipit. vt putà, ſi centum reliquit teſtator huic hæredi, quæ ſanè centum ei reſtituenda erant ex alterius teſtatoris diſpoſitione, vel altero etiam iure. Ex quo enim tunc hæres nihil ex bonis ipſius vltimi teſtatoris conſequitur, illius volũtatem impugnare poterit: at ſecus quando ipſe teſtator præter bona omninò à ſe hæredi reſtituenda, alia reliquit. tunc is hæres venire non poteſt. Ea eſt tunc ratio, quia ſi à teſtatore fuit honoratus, potuit etiam ab eo grauari. Et cùm eius voluntatem approbauerit, acceptãdo quod ſibi fuit
104 relictum, non poteſt amplius eam improbare. † Et ideo Caſtr. d. conſ. 445. col. vlt. verſ. 3 facit, loquitur in caſu donationis inofficioſæ, quæ aduerſabat diſpoſitioni iuris, necnon & ſtatuti, ſuper quibus Caſtrenſis fundamentũ conſtituit. Et deinde ait illos filios & nepotes nõ habuiſſe debitam portionem, & ob id poſſe reuocare vſque ad debitam ſummam. l. 2. C. ſi in fraudem patro. Atq; ita loquitur Caſtrenſis iuxta caſum relatum in præcedenti reſponſione ſecundi fundamenti. quod non contingit in caſu noſtro. Non etiam obſtat illud reſponſum Saluſtij, quia verè ibi col. 2. verſ. præterea prædicta, &c. loquitur, quando ad hæredem nihil prouenit ex facto defuncti: vt quia alio facto & euentu illa bona, quæ teſtatoris credebantur, ad eos peruenerunt. Quod hic non contingit: q.a. hi filij multa ex bonis D. Hieronymi patris cõſecuti ſunt. Ita etiam loquitur Crauet. d. conſi. 200. nu. 7. dũ agit de patre relinquente ſpuriis, quib. prohibetur à patre relinqui, quando adeſt legitima ſoboles: quod hîc non contingit. His

git. His opinor huic dubitationi esse abundè satisfactũ.

Iacobus Menochius I.C.

SVMMARIVM

1 *Clausula ad habendum, tenendum. & c. posita in instrumento diuisionis, an operetur remissionem fideicommissi.*
2 *Statutum Brixiæ 191. in ciuilibus. Quòd rogati restituere hæreditatem, & c. declaratur, de qua portione intelligatur.*
3 *Legitima quibus debeatur.*
4 *Naturam rei magis similis altera sequitur.*
5 *Statutum correctorium à iure communi interpretatur: contra infrà. num. 30.*
6 *Fructus imputari in Trebellianicam.*
7 *Portio quæ retineatur ob imputationem.*
8 *Augmentum operari ad eum finem inducta, & non diminutionem.*
9 *Legitimæ quantitas taxatur ex filiorum numero.*
10 *Descendentium appellatione venire omnes in infinitum.*
11 *Trebellianicam retinet hæres hereditatem restituere grauatus.*
12 *Species potentior attenditur.*
13 *Hæreditatis petitio actio realis est.*
14 *Bannitum relegati nomen assumere.*
15 *Sententia est interlocutoria, quæ plus de ea parte participat.*
16 *Restẽporalis ecclesiasticæ iuncta, efficitur ecclesiastica.*
17 *Legitimam esse potentiorem Trebellianica.*
18 *Legitimæ fructus non imputari.*
19 *Duo determinabilia æqualiter determinari.*
20 *Fructus non imputantur in Trebellianicam filijs primi gradus.*
21 *Priuilegiatus efficit non priuilegiatum esse pariter priuilegiatum, si ei coniungitur.*
22 *L. iam hoc iure. ff. de vulg. declaratur.*
23 *Subrogatum sapere naturam subrogati.*
24 *Et quomodo eius naturam sequatur.*
25 *Fructus pendentes hæreditatem augere.*
26 *Fructus qui fideicommissario restituantur.*
27 *Fructus hæreditarij qui.*
28 *Ascendentes grauati quot quartas detrahant.*
29 *Ascendentes aliquando extraneis æquiparari.*
30 *Statutum correctorium à iure communi non recipere interpretationem.*
31 *Fructus qui veniant in detractione quartæ.*
32 *Fructus regulariter in Falcidiam non imputari.*
33 *L. quod de bonis §. quod auus. ff. ad l. Falcid. declaratur.*
34 *Odium non debent operari ad fauorem inducta.*
35 *Statutum Brixiæ 180. in ciuilibus, declaratur.*
36 *Actus præsumitur legitimè gestus.*
37 *Statutum Brixiæ 180. in ciuilibus, non comprehẽdere causam dotis.*
38 *Simulatio non arguitur ob continuatam possessionem.*
39 *Dos constante matrimonio est mariti.*
40 *Maritum soluere debere collectas & onera pro dote constante matrimonio.*
41 *Et ipse agit ad recuperationem rerum dotalium.*
42 *Maritus non præiudicat vxori non soluendo canonem pro re dotali emphyteutica.*
43 *Præscriptio decursa contra maritum non præiudicat mulieri.*
44 *Clausula constituti præsumptionem simulationis auferre.*
45 *Iudicis arbitrio relinquitur, an simulatio præsumatur ob continuatam possessionem.*
46 *Statutum conforme iuri communi ab eo interpretatur.*
47 *Simulatio cessat cessante causa fraudis.*
48 *Dotem posse constitui in bonis fideicommissi.*
49 *Auus tenetur dotare neptem. infrà declaratur. num. 55.*
50 *Auth. res quæ. C. communia de legat. declaratur. & infrà nume. 54.*
51 *Regula obseruanda est, si non constat de exceptione.*
52 *Trebellianicæ detractio non impeditur à testatore.*
53 *Testator ad libitum rei propriæ legem imponere potest.*
54 *Auth. res quæ, declaratur.*
55 *Auus quando neptem non dotet.*
56 *Dotare idoneus quando censeatur pater.*
57 *Dos quando compensanda cum legitima.*

CONSILIVM LXXXVIII.

Initium à Domino.

QVM motiuis acutissimè à Clariss. Iurisconsulto causæ commissario excitatis, abundè satisfactũ existimarem ex his, quæ Excellẽtiss. atque Consultissimus D. Vincentius Stella scripsit, iudicabam hac in re superuacaneam forem omnem meam operam. Verùm, ne opinionem amici de me conceptam fallerem, aliquas spiculas (vt est in veteri prouerbio) post optimi messoris terga colligam.

Dubitatio prima excitatur aduersus diuisionem anni 1513. qua multis rationib. ambigit consultiss. D. Commissarius ex verbis adscriptis in eo diuisionis instrumento, non esse remissum fideicommissum. Cæterùm, contrarium verius est, imò remissum censeri, ob vim illius clausu
1 læ, ad † habendum, tenendum, & quidquid placuerit faciendum, & ex alijs clausulis, ex quibus data est alienãdi facultas. Quæ sanè clausulæ significant esse remissum fideicommissum: quemadmodum scibunt Bart. & cæteri. in l. qui Romæ. §. duo fratres. de verb. oblig. Et cùm superioribus dieb. simili in causa ita ex multis responderim pro magnificis Dominis De Fenarolis, de industria illa prætermittam: nam superiore in responso legi facilè illa possunt.

Quò igitur ad secundam dubitationem, an fructus percepti per D. Hieronymum D. Vrsæ patrem imputandi sint in eã portionem, quam poterat deducere ex dispositione statuti Brixiæ 191. sub rub. Quòd rogati restituere hæreditatem detrahant. qua in re dicendum, inquit Clariss. causæ cõmissarius, fructus hos esse imputandos.
2 Primò, quia † portio hæc, cuius detractionem concedit statutum, potius conuenire videtur Trebellianicæ, quàm legitimæ, tum considerãdo personam grauati, cui
3 † legitima nõ debetur, cùm primum successionis locum non obtineat, vt post Capram consi. 53. nu. 4. scribit Fabianus Giochus in repe. auth. nouissima. q. 3. nu. 25. C. de inof. testa. tum etiã quia hæc portio in persona D. Hier. est quinta totius hæreditatis, cùm inter extraneos haberi videatur, quib. quidem extraneis solùm quintam statutũ defert: vt in illo vers. alij verò. si ergo est quinta portio, videtur potius iudicanda Trebellianica, vt illi proximior, quàm legitima, quæ solùm est tertia, cùm Trebellianica
4 sit quarta. Naturam ergo † ipsius Trebellianicæ, cui magis similis est, sequi debet. l. naturalis. §. sed si facio. vbi Ias. nu. 4. nota. de præscrip. verbis. Signo. consi. 119. nu. 13. sed in quartam Trebellianicam fructus imputantur: ergo & in hanc statuti portionem. Secundò, quia licèt relatum † statutum sit iuris communis correctorium, attamen à iure communi declarationem & modificationem
5 recipit. Ias. in repet. l. omnes populi. col. vlt. de iust. & iure Maria. Soc. Sen. tract. citatio. char. 29. col. 2. vers. sed cõtra prædicta. sed ius commune vult † fructus imputari in
6 Trebellianicam. l. in fideicommissariam, ad Trebell. ergo & statutum ita intelligi debet, vt huic portioni fructus imputentur. Tertiò, quia etiam † dicta portio dicitur retineri per imputationem fructuum. l. iubemus. C.
7 ad Trebell. ibi, videtur per imputationem redituum.

Quartò, quia statutum solùm loquitur quò ad detractionem, de imputatione autem nihil determinat: ob id hoc in iuris communis dispositione relinquitur. nec denuò ad aliud infertur, quia separatum quid est. probatur in l. in quartam, ad l. Falcid. & l. imputanda. C. eo. & l. in fideicommissariam, ad Trebell.

Quintò & vltimò illud conferre videtur, quia relatum ſtatuum intẽdit minuere detractionem, quæ fit de iure communi, cùm ſolùm filijs vnã tertiam concedat, alijs verò quintam tãtum, & in verſi. alij verò. ob id ergo
8 non debet † operari augmẽtum, quòd fructus & nihil aliud imputentur. contra l. legata inutiliter. de adime. lega. Dec. conſi. 627. nu. 12. nam ſi non imputantur fructus, pariter nec legata, nec quidquã, quod iudicio teſtatoris percipiatur, quod abſurdum eſt, clariſſimum cauſæ commiſſarium hæſitantem redduntnec mirum, cùm accutiſſima ſint fundamenta.

Re tamen ipſa diligenti ſtudio perpenſa, opinor, nullã eſſe faciendam imputationem horum fructuum in hanc portionẽ à ſtatuto conceſſam: quod vt clarè patefaciam, multis rationibus adducor. Sed priùs declarandum eſt in cuius locum ſubrogata ſit hæc portio ſtatutaria: an ſcilicèt in locum legitimæ, vel Trebellianicæ, vel potius ſit tertia ſpecies.

Quòd ſit legitima, ex eo probari videtur; quia legiti-
9 ma † taxatur ex numero filiorũ, ſi ſunt quatuor, eſt tertia, ſi ſunt quinq; eſt, ſemis. authẽt. nouiſſima. C. de inof. teſt. hæc eadem taxatio fit in hoc ſtatuto inter deſcendentes maſculos: ergo eſt loco legitimæ, cùm ei aſſimilet. quod in caſu noſtro magis conuenit inſpecta perſona D. Hier. hæredis inſtituti, qui erat nepos illius teſtatoris: atque
10 ita ex deſcendentib. cùm appellatione † deſcendentium veniant non ſolùm filij & nepotes, ſed etiã alij vlterioris gradus. glo. in ca. ſtatutum, in verbo ignorare, de hæret. in 6. Soc. Sen. conſi 51. nu. 3. lib. 4. & Pariſ. conſi. 4. in fi. lib. 3. & conſi. 72. nu. 8. lib. 4. Huic tamen rationi reſponderi poteſt ex his, quæ mox ſubiiciam. Quòd autem ſit Trebellianica his probari videtur.

Primò, quia ſtatutum vult portionẽ illã retineri pro reſtitutione hæreditatis, ergo eſt Trebellianica, quæ ve-
11 rè à iure communi inuenta eſt, cùm hæres † inſtitutus eſt rogatus hæreditatem reſtituere, vt eſt tex. apertiſs. Inſt. de fideicommiſs. hæred. in prin. quæ reſtitutio in legitimæ deductione conſiderari non videtur. Verùm poſſumus dicere, etiam legitimam conſiderari cùm hæreditas reſtituitur, vt in filio, qui duas quartas detrahit, vt ónes ſcribunt in l. filium quem. C. fami. ercis. & in d. l. in fideicommiſſariam. ad Trebell. Rurſus, non ſequitur, deducitur hæc portio in reſtitutione hæreditatis, ergo eſt Trebellianica: quia poteſt, vt eſt tertia ſpecies à ſtatuto conſiderata & inuenta.

Secundò hanc eſſe Trebellianicam illud videtur ſuadere, quia inſpecta perſona maſculorum vltra primum gradum, non poteſt dici legitima, quia illa non datur, niſi filijs primi gradus, vt iam ſuprà dictum fuit: ſed hæc conceditur etiam alijs vlterioris gradus, imò etiam conceditur extraneis, vt in d. verſi. alij verò, clarè legitur. ſi ergo non eſt legitima, ergo eſt Trebellian.

Tertiò confirmari ex eo videtur, quòd non ſit legitima, quia inſpecta perſona fœminarum, portio eis aſſignata non conuenit cum portione eis aſſignata de iure communi: cùm ergo legitimæ non conueniat, dicendum videtur Trebellianicam eſſe. Verùm reſpondetur his duabus rationibus, quòd non ſequitur, non eſt legitima, ergo eſt Trebellianica. quia poteſt eſſe tertia ſpecies, vt iam dixi. atque dicendum eſt. eſſe tertiam ſpeciem à ſtatuto conſideratam: quo ſtante dicendum eſt in eam tertiam ſpeciem non eſſe imputandos fructus.

12 Primò, quia tertia hæc ſpecies à potentiori, † regulari debet. l. quæritur. ff. de ſtatu hom. qua adductus reſpõ-
13 dit Signo. conſi. 48. col'. vlt. verſic. præterea hæreditatis † petitionem realem actionem denominari, ſumpto nomine à re, vt à potentiori. idem Signo. conſi. 119. num. 13.
14 dixit, † bannitum relegati nomen aſſumere vt potẽtius,
15 quàm deportati, ita † ſententia dicitur interlocutoria, cùm plus de eius natura participat, vt reſpondit Craue.
16 conſi. 273. num. 2. ita † res temporalis eccleſiaſticæ iuncta eccleſiaſtica dicitur, vt nomẽ à potentiori retinens: quẽadmodum conſuluit Craue. conſ. 276. col. pen. alia ſimilia adferunt Dec. conſi. 213. num. 3. conſi. 352. nu. 5. & in l. rogaſti, in prin. nu. 6. ff. ſi cert. pet. Gomes. Inſ. de actio. in princ. num. 41. & 5. quædam. num. 4. eo. Alcia. l. in princ. num. 42. de verb. oblig. & Crau. in rub. de legatis 1. num.
17 150. Cùm ergo † legitima ſit ipſa Trebellianica potentior & firmior, cùm, vt clarũ eſt, difficilius tollatur, ſintque maiora illius priuilegia, quàm Trebellianicæ; ſequitur, portionem hanc eſſe ſecundum legitimam regulan-
18 dam. Sed in † legitimã fructus non imputãtur. l. ſcimus, vbi omnes. C. de inoff. teſta. Ripa d. l. in fideicõmiſſariã. nu. 38. ad Trebell. & ſatis clarũ eſt, ergo nec in hanc portionem imputari debent.

Secundò, dato (non tamen conceſſo) hanc portionem eſſe loco Trebellianicæ, opinor ea ratione in ea eſſe imputandos fructus. nam Lex. duo comprehendens ſub
19 † vnica determinatione æqualiter determinat. l. iam hoc iure. de vulg. & pupil. l. quamuis. C. de impuber. & aliis ſubſt. ſed hoc ſtatutũ tribuens tertiam deſcendentibus grauatis ſub vna & eadem determinatione complectitur
20 filios primi gradus, & cæteros deſcedentes: ſed filij † primi gradus non imputant fructus in quartam Trebellianicam. l. iubemus. C. ad Trebell. Ripa in l. fideicommiſſariam. nu. 28. ad Trebellia. ergo nec imputabunt cæteri deſcedẽtes, qui à ſtatuto illis filiis primi gradus æquiparantur. Nec dicatur, fundamentum poſſe retorqueri hoc modo: deſcendẽs vltra primum gradum imputat, filius deſcendenti æquiparatur, ergo filius imputat. Quia reſpondeo, melius eſſe dicere, quòd priuilegium datum filio proſit etiam aliis deſcendentib. quàm, vt quod non conceditur deſcedẽtibus adimatur etiam filio. quia hoc modo per indirectum filio auferretur hoc priuilegium, quod alioqui teſtator ipſe impedire non poteſt, vt tradũt omnes in d. l. iubemus. C. ad Trebell. & Ripa d. l. in fidei commiſſariam. num. 28. ff. eo. Accedit, quòd quando pri-
21 uilegiatus † cum non priuilegiato iungitur, is priuilegiatus ſuum priuilegium impertitur non priuilegiato, vt latè multis exemplis oſtendit Iaſ. in l. ſi emancipati, col. 2. C. de colla.

22 Non etiam dicatur, quòd regula † d. l. iam hoc iure, de vulg. non procedit quando inter duo illa comprehenſa ſub vnica determinatione extat aliqua diuerſa ratio, vt declarat Iaſ. in d. l. iam hoc iure. num. 11. verſ. ſecundò limita. diuerſa autem ratio hîc ſubeſſe videtur: quia alia eſt perſona filiorum primi gradus, qui ſunt, (vt dixi) in hoc priuilegiati, vt non imputent. alia eſt aliorum deſcendentium, qui habentur tamquam extranei. Quia reſpondeo, quòd licèt de iure communi inter hos ſit differentia, non tamen extat differentia quò ad ſtatuti diſpoſitionem, quæ hos deſcendentes loco filiorum habet, cùm illis concedat detractionem tertiæ, vel dimidiæ, vt concedit filiis primi gradus. Præterea ſtatutum differentiam conſtituit inter hos deſcendẽtes & extraneos, cùm deſcendentibus concedat detractionem tertiæ, vel dimidiæ, & tamen extraneis ſolum quintam portionẽ tribuit, vt ibi, in verſi. aliis verò non ergo habet deſcendentes loco extraneorum, ſed loco filiorum primi gradus. Accedit quòd fortè illa declaratio non eſt vera, cùm multi cõtradicant. ita Iaſ. conſ. 162. col. 2. in fi. lib. 2.

Tertiò, dato (non tamen conceſſo) quòd hæc portio
23 ſit loco Trebellianicæ ſubrogata, dico tũc demum † ſubrogatum ſapere naturam eius in cuius locum ſubrogatur, cùm in totum ſubrogatum eſt, non autem cum in parte: vt reſponderunt Calca. conſ. 85. colum. 4. num. 8. & Decius conſ. 38. in fine. & in his ferè terminis addo Raphael. Comenſem conſil. 35. Stante ſtatuto Vincentiæ. col. 2. verſi. nec obſtant allegata. qui reſpondit, dotem ſubrogatam à ſtatuto Vincentiæ, loco legitimæ non regulari ſecundum naturam legitimæ, cùm facta fuerit ſubrogatio cũ additamento atque argumento. Sed hæc portio ſtatuti nunquam poterit dici ſubrogata in totum loco Trebell. hoc ex ſupra relatis patet. variat enim ex perſonarum diuerſitate,

uersitate, cùm modò sit tertia, modò dimidia, modò quinta.

24 Quartò illud accedit,† subrogatum in omnibus non sequi naturam eius,in cuius locum subrogatur. hoc patet in substituto,qui instituti naturam in totum non sequitur.l.1.§ hæc actio.ff.si quis testa.liber esse iussus fuer. quem sic citat in hanc sententiam Bald.in l.certum.num. 12.C.vnde legit.& scribit gl. in l. certi condictio, in verbo,in omni causa.ff.si cert.petat.& ibi Alex. nu.9. & Ias. num.30.versic.aduerte etiam.alios recenset Tiraq.tract. *le mort à saisit le vif.* parte 2.declar.9.in fine.ita etiam hoc in casu est dicendum,nó sequi in omnibus,atque ita fructus non imputari,alioqui ab ea Trebellianica nihil differret.

Quintò & vltimò in hanc adducor sentẽtiam, quòd statutum vult esse detrahendam tertiam, vel dimidiam totius hæreditatis.sed si imputãdo fructus,portio deduceretur,non deduceretur ex ipsa hæreditate, sed ex ipsis fructibus,qui hæreditarij non sunt,ergo imputari nõ debent,quòd autem hi fructus hæreditarij non sunt, patet: quia fructus in hac materia tripliciter considerãtur.Primò percepti † vel pendentes ante aditam hæreditatem: 25 hi loco fructuum non habentur,sed hæreditatem augẽt, & cum re ipsa principali fideicommissario restituuntur. ita post alios Ripa in d.l.in fideicommissariã.num.3.11.& nu.12.ad Trebell.de his non est nostra disputatio.

26 Secundò considerãtur † fructus post aditam hæreditatem & euentum cõditionis percepti:hi omnino fideicommissario restituuntur.ita Ripa d.l.in fideicommissariam,num.12.de his pariter nostra nõ est disputatio.Tertiò considerantur fructus,qui fuerunt seminati & percepti ab hærede hæreditate adita ante euentum conditio- 27 nis:de his contendimus.Fructus ergo isti † non dicuntur hæreditarij,sed proprij ipsius hæredis:ita clarè affirmarunt Alexan.in d.l.in fideicommissariam.num.5. Ripa num.13.& Hieronym.Laure.ibi in repe.num.30.Est ratio,quia hæreditas adita amittit nomẽ hæreditatis,& efficitur patrimonium adeuntis,atque hæres dominus dicitur.fructus ergo domino & ita hæredi acquiruntur,nõ autem hæreditarij dicuntur,quod quidem fundamentũ ex his quæ infrà subiiciam,confirmatur.

Non obstant nunc in contrariũ adducta fundamenta,quibus etsi ex iam relatis satisfactum credam,attamẽ in specie respondeo.Ad primum itaque dico, verum nõ esse,quòd hæc portio sit loco Trebellianicæ, vt iam latè suprà ostendimus.& licèt diceretur illius loco subrogata,non tamen(vt declarauimus) secundum illius naturã regulatur.Minus quoque verum est in casu nostro, portionem hanc esse quintam,ob id quòd D.Hier.fuerit testatori extraneus,quia imò non erat extraneus,sed ex descendentib.iuxta statuti dispositionem in principio, cùm esset testatoris nepos:qui quidem nepos sine dubio venit sub appellatione descendẽtium, vt iam diximus.Nec aduersatur quod in motiuis dicitur, quòd imò hoc in casu appellatione descendentium solùm veniunt filij primi gradus ratione absurdi euitandi.absurdum autem esset, quia in filiis primi gradus portio de iure communi est dimidia,hoc est,quarta legitimæ,altera verò Trebellianicæ:hæc autem ex statuto est sola tertia,in cæteris verò descendentib.vlterioris gradus portio,quæ est quarta, hoc est, Trebellianica,esset aucta,quia esset tertia.Respõdetur,hanc considerationem præsupponere, quòd semper negatum in motiuis fuit,hanc portionem non esse loco legitimæ.Præterea, credo hoc non esse absurdum in casu nostro,vt descendentes vlterioris gradus filio æquiparentur,quia videmus,statutum etiam æquiparare ascẽdentes ipsis filiis primi gradus, deferendo eis dimidiam & tertiam portionem loco quartæ,& tamen ius commu- 82 ne plus fauet illis filiis quàm ascendẽtibus,ex quo hi † descendentes non detrahunt duas quartas,vt detrahunt ipsi filij: egregiè docuit Ias.in l.filium quem habentẽ.num.9.& ibi Lancelotus Politus.num.141. C. famil. ercis. post Baldum quem citant.idem Ias.auth. nouissima, nu. 39.C.de inoff.testa.pulchrè Cra.cons.110.nu.1. imò de iure communi ascendentes extraneis æquiparantur in de- 29 tractione Trebellianicæ.Ripa d.l.in fideicommissariam. nu.31.& tamen statutum hoc differentiam cõstituit inter extraneos & hos ascendentes.

Non obstat secundum,quia respondeo, quòd fundamentum posset procedere,quando hæc portio statutaria esset Trebellianica, nam tunc fortè posset dici esse regulandam secundum dispositionem iuris communis: sed iam diximus,non esse Trebellianicam.Rursus respõdetur, quemadmodum rectè respondit, Excellentissimus * D.Stella,* receptam magis opinionem esse,quòd statu- 30 tum † iuris communis correctorium non recipit interpretationem ab ipso iure communi. & præter relatos ab ipso D. Stella idem affirmarunt Goza. consi.19. nu 19. & cons.59.nu.19.Soc.Sen. cons.150.colu. 25. vers. postremò hæc.li.1.Soc.Iun.cons.73.in fi.li.3. latè Tiraq. trac. *le mort saisit le vif*,par.2.declarat.2.nu.2.omnes secuti Bal.in l.maximum vitium.nu.14.C.de liber. præter. qui ad rem ferè nostram dixit,quòd si statutum corrigit ius commune in legitima,vt quia,cum sit tertia,reduxit ad quintam, non interpretabitur statutum secundum ius commune,vt pater teneatur relinquere legitimam illam iure institutionis:ita hoc in casu dicendum est, quòd cum statutũ corrigat in Trebellianica(si modo hæc portio est illius loco) ius commune modo ad quintam,modò ad tertiam reducendo illam quartam,sequitur à iure communi non recipere interpretationem.Non obstat tertium,quia respõdeo,hoc in casu per fructuum imputationem non detrahi portionem à statuto tributam,cùm fructus hæreditarij non dicantur,& portio illa hæreditaria esse debet,vt iam 31 dixi,& quòd dicitur in motiuis,quòd licèt fructus† non veniant in detractione,quia non sunt hæreditarij, quòd tñ veniũt in imputatione: quẽadmodum (dr in motiuis) videmus in quarta hæreditatis,q̃ est Fal.l.in quartã. ad l. Fal.& tñ in eam fructus imputantur.l. quod de bonis. §. si auus.ad l.Fal.Respondeo, & retorqueo hanc considerationem, vera est &*communis sententia, † fructus re- * 32 gulariter in Falcidam non imputari:ita censuit Barto. in l.in quartam, q. 1.num.6.ad l.Falc. & ibi cæteri eum sequuntur,& latè declarat Ripa in l. in fideicommissariã. num.47.ad Trebell.Addo Signorol.consil.66. numer.7. versicul.si verò quæratur quid iuris,eam rationem affert Bart.quæ ad rem nostram confert, quia Falcid. debetur ex hæreditate,id est (inquit ipse)iure hæreditario, quod idem est,cùm tamen fructus tales dici non possint.atque ita hæc Bartoli & aliorum sententia nostram confirmat, fructus. s.in hanc portionem statutariam non imputari, 33 quia ex hæreditate debetur. Nec obstat tex. † d. l. quod de bonis.§.quod auus.ad l.Falci. quia loquitur,cùm grauatus erat creditor testatoris,quia tunc fructus Falcidiæ imputantur:ita ibi intelligit Bar.& Ripa d.l. in fideicommissariam.num.19.& egregiè admodum Soc. Iun. cons. 57.nu.13.li.3.

Non obstat quartum,quia respondeo, quòd si statutũ nihil disponit de imputatione,& hoc relinquat in dispositione iuris communis:quòd ex quo ius commune nihil disponit de hac portione à se nunquam considerata, nihil in eam potest imputari.Rursus procedere fortè posset ratio,si concederemus hanc esse quartam Trebelliani cam,quia tunc imputatio fructuum in eam vt à statuto nõ determinatam,ab eo iure communi determinaretur. at nos negamus hanc esse Trebellianicam:& vbi concederemus,esse illius loco subrogatam, non tamen ex hoc sequeretur,quòd secundum illam esset regulanda,ex suprà adductis.

Non obstat secundum ac vltimum, quia respondeo, & retorqueo fundamentum, quòd in casu nostro cùm descendentes vltra primum gradum,(vt erat D.Hier.) sunt grauati restituere hæreditatẽ, statutum auget quartam Trebellianicam (si modò hæc talis est) quia de iure communi

communi est quarta, & hic constituitur tertia. statutum ergo, quod tendit ad augendum, non debet diminutionē operari, vt scilicet fructus loco illius tertiæ habeat. & si
34 aliter diceremus, † inducta ad fauorem odium parerent, contra regulam l. quod fauore. C. de legib. atque ita concludo.

Quò ad tertiam excitatam dubitationē, quòd in solutum datio facta de Plodiis 30 prædiorū simulata præsumatur, ob id quòd D. Hier. qui insolutum dedit possessionem in illis, donec vixit, continuauit: quo casu videtur
35 simulatio præsumi ex † statuto Brixiæ 180. in ciuilibus, sub rubr. Quòd venditio & donatio & insolutum datio, &c. quod quidem statutum etiam causam dotis comprehendere videtur, cùm generaliter loquatur, & lex generaliter loquens dotis causam complectitur. ita docuit Dec. in l. 1. in 2. notab. & ibi Cagnol. de regul. iuris. idem Deci. consi. 301. cum aliis allegatis in ipsis motiuis.

Cæterùm, contrarium verius esse opinor, nempè illam insolutum dationem simulatam non præsumi.
36 Primò, quia præsumptio est, quòd † actus gestus sit verus & legitimus. l. cùm precibus. C. de proba. & latè in specie nostra respondit Rui. consi. 119. nu. 1. li. 1. qui ergo vult contrarium dicere, probare debet.

Secundò ea ratione adducor, qua etiam vtitur excel-
37 lentissimus D. Stella, quia statutum hoc † 180. non comprehēdit causam dotis, cùm in quauis dispositione generali illa non continuatur. quemadmodum infinitis propriè Doctorum auctoritatib. ostendit D. Stella. quib. accedūt Calca. consi. 13. colu. 2. vbi adfert quatuordecim instantias, quib. ostendit, legem quantumuis generalem causam dotis non comprehendere. alios innumeros recenset Neuiz. consi. 77. nu. 16.

Tertiò mirum in modum vrget illa subtilis & vera
38 consideratio D. Stellæ, dum ita argumentatur: † Continuatio possessionis aduersus impeditum agere, simulationem non arguit. Inn. in c. illos vos, de pigno. confert Doctr. Bar. in l. post contractum. num. 5. de don. quam doctrinam ego secutus sum, declarando relatum statutum Brixiæ 180. ita inquam scripsi in commentarijs De arbitrarijs iudicum, li. 2. casu 39. nu. 3 sed D. Vrsa iusto impedimento tempore illo à statuto præfixo fuit impedita, ergo in eius damnum datio insolutum simulata non præsumitur. Minor illa propositio, quòd s. fuerit impedita, ex eo probatur, quia insolutum datio ei & eius viro do-
39 tis causa fuit facta: sed constante matrimonio † dos non dicitur esse mulieris, sed viri. l. doce ancillam. C. de rei vind. & ob id apud maritum omnis extat actio, vt eo loco dicitur. nam dominium verum viri est. l. si prædium. C. de iure dot. imaginarium verò vxoris. l. in rebus. C. eo tit. quæ iura ita egregiè declarat Coras. li. 5. miscella. iu-
40 ris, c. 14. hinc dicimus † virum soluere debere collectas & onera. Soc. Sen. consi. 282. col. 2. & alia tradit Chassa. cōs.
41 61. nu. 2. 3. 4 Cùm ergo † maritus agere & horum prædiorum possessionem consequi debuerit, & non fecerit, sequitur, non potuisse detrimētum aliquod eius vxori adferre. l. ob maritorum. C. ne vxor pro marito. Hinc vide-
42 mus, † maritum non præiudicare vxori, si non soluit canonem domino rei emphyteuticæ in dotem datæ. ita Bal. consi. 476. Ex actis factis. li. 4. ita lata sententia contra virum vxori non præiudicat. Castren. consi. 284. Videtur ꝙ
43 dicta sententia fuerit. col. 3. lib. 2. in nouis. Ita pariter † p̄scriptio decursa (vt hîc) contra maritum, vxori non valenti agere, non præiudicat, vt respondit Soc. Iun. consi. 144. in fi. li. 1. post Baldum nouellum & Baldum & est tex. in l. in rebus. §. omnis. C. de iure dot. & clarissimè tradit Boer. q. 228. nu. 1. 2.

Quartò in hanc sententiam adducor ob vim clausu-
44 læ † constituti, iunctæ præsertim clausulæ precarij: nā hæ efficiunt possessorem constituentem ipsum & precariò concedentem, & ob id faciunt cessare simulationis præsumptionē. ita post alios, quos citat, affirmarunt Rui. cōs. 119. nu. 9. li. 1. Aret. consi. 65. nu. 3. Cæpolla tract. de simula. contract. præsump. 24. & Curt. Iun. consi. 110. num. 3. vers. vel aliter.

Quintò ac vltimò ea ratione moueor, quòd ex quo statutum hoc est iuris communis declaratorium. nam de iure communi non est determinatum, quòd tempus illud sit, quo possessionis continuatio arguit simulatio:
45 sed relinquitur † iudicis arbitrio, quemadmodum scripsi in illis commentarijs De arbitriis iud. cum, li. 2. casu. 39. statutum ergo istud declarat illud tempus esse trien-
46 nij, cùm ergo † statutum hoc sit secundum ius commune, ab eo interpretationem recipit, vt tradunt omnes in l. 2. C. de noxa. act. copiosè Gomes. in § in personā. nu. 25. Inst. de actio. Curt. Iun. consi. 7. num. 10. & Soc. Iun. cons. 29. num. 8. li. 1. cæteros prætereo. ius autem commune nō statuit solùm hoc tempus præsumptionem simulationis inducere, sed ita demum si adest alia causa, quæ expressa & probata esse debet, vt quia sit ad fraudandum
47 † aliquem: ita declarant Cæpolla. d. præsump. 24. Ruin. d. consi. 119. nu. 1. lib. 1. Dec. consi. 648. nu. 6. Goz. cōs. 94. nu. 54. 57. & Cur. Iun. consi. 108. nu. 11. Sed in casu nostro non potest dici facta ad fraudem aliquorum, præsertim fideicommissariorum, quoniam quantum ad eos attinet prædia hæc ob causam dotis alienari & insolutam dari potuerunt, vt mox dicemus, sequitur ergo hanc insolutum dationem non esse simulatam.

Non obstat fundamentum in contrarium adductū, quia illi satisfactum est ex relatis, præsertim secūdo fundamento opinionis nostræ.

Quò ad quartam & vltimam dubitationem, an scilicèt dos potuerit cōstitui in bonis his fideicommisso suppositis, stante dispositione D. Antonij, dicendum videtur, secundum Clarissimum causæ commissarium, constitui non potuisse.

Primò, quia tūc demum ex bonis fideicommissi dos
48 † constitui potest, cùm alia bona libera nō extant. auth. res quæ. C. com. de leg. sed hoc in casu alia extabant bona libera patrimonialia ipsius D. Hier. patris dictæ D. Vrsæ, non ergo dos potuit ita constitui.

Secundò confirmari hoc posse videtur ex doctrina Ias. in d. auth. res quę. num. 32. vers. limita secundò, in fi-
49 ne. vbi inquit, quòd tunc demum auus † tenetur dotare neptem, qñ filius est pauper, & ꝙ eo casu locus est dispositioni d. authenticæ. si verò filius diues est, auus ille non tenetur dotem cōstituere nepti, & per consequens, non est locus dispositioni illius authenticæ, cùm cessaret ratio dictæ constitutionis. cum Iasone idem sensit Rubeus Alexandrinus consi. 124. num. 3 qui in nostris terminis ita respondit. idem sensit Alciat. resp. 640. quòd autē alia extarent bona, iam dixi. vel saltem extabāt duæ quartæ detrahendæ, legitima scilicèt & Trebellianica, quæ ad dotem constituendam sufficere credidit Rubeus d. consi. 124. num. 3.

Re tamen ipsa diligentius perpensa, opinor dotem huic magnificæ D. Vrsæ ex d. bonis fideicommissi constitui potuisse.

50 Primò, quia ita extat iuris † constitutio, d. auth. res
51 quæ. à qua quidem constitutione, eiusque † regula recedendum non est, donec clarè de Fallentia ostendatur, vt inquit Bart. in l. 1. nume. 2. ff. si quis in ius voca. non ierit. Decius in l. 1. nu. 7. de reg iuris. alios industria prætereo:

Secundò, rem claram & apertam reddit ipsiusmet testatoris, qui fideicommissum fecit, voluntas & dispositio. nam, fideicommisso constituto, disposuit, si instituti hæredes decederent sine filiis masculis, relictis tantùm filiabus, quòd illis dotem constituerent. quam quidem dotis constitutionem ex ipsis bonis fideicommissi fieri voluisse, ea ratione demonstratur: quia in primis ipse testator instituit dictum D. Hyeronim. & eius fratrem in d. bonis, & deinde illis substituit Augustinum, & Augustino filios D. Violantidis fororis ipsiusmet D. testatoris. deinde subiicit, quòd si dicti D. Hieron. Laurentius & Augustin⁹ decederēt relictis solùm filiab. ꝙ dictæ fi-

liæ

liæ debeant dotari, intelligit de his bonis fideicõmissi. Et quòd de illis & non de alijs quibusuis bonis intellexit, hoc patet, quia apud Do. Hier. & Lauren. bona triplicis speciei esse poterant à se acquisita sua industria, vel ex legitima eorũ patri debita, Trebellianica detrahẽda ex fideicommisso, & bona hæc ipsa fideicõmissi de bonis acquisitis testator non intellexit: quia ipse testator instituendo illos (vt est clarissimum) instituit in proprijs ipsius testatoris bonis, & deinde substitutiones fecit. Nõ etiam intellexit vt dos ex Trebellianica detrahenda ab institutis constitueretur, quia in illa non etiam substi-
52 tuit Augustinum. Præterea, eo modo † detractionẽ illã impediuisset, quod facere nõ potuit. auth. sed cùm testator. C. ad l. Falci. & tradunt oẽs in l. nemo potest. de leg. 2. latissimè Soc. Iun. cõs. 131. lib. 2. & Craue. cõs. 219. nu. 6. est ergo dicẽdum, & verè, testatorẽ intellexisse de bonis
53 ipsius fideicommissi. id quod efficere potuit, quoniam † testator ad libitum rei propriæ legem imponere potest, vti omnes affirmant in l. filiusfa. §. Diui, de leg. 1. & probat vulgaris tex. §. disponat, in auth. de nuptijs. quo adducti censent omnes, testatoris voluntatem esse inuiolabiter seruandam. latè Paris. consilium 19. numero 43. libro. 2.

Non obstant nunc adducta in oppositum: quia respondetur. Et ad primum respondeo, procedere quando ipse testator expressè nõ disposuisset dotari ex bonis fideicommissi, vt hic. nam quãdo testator fideicommissum cõstituit, & nihil cauit de dote assignanda filiabus, tacitè cõsentire videtur, iuxta legis dispositionem, quòd bona hæc alienentur: sed dispositione iuris bona hæc fideicommissi possunt alienari, cùm alia bona libera non extant. d. auth. res quæ, ergo ita & tacita testatoris voluntate. secus verò quando testator expressè disposuit vt in casu nostro, quia tunc vltra legis dispotionem vult disponere, & in claris cessant coniecturæ.

Non obstat secundum, quia respondeo, & distinguo
54 † duos casus. Quorum primus est, quando ipsemet testator, qui fideicommissum constituit, voluit dotem filiæ ex bonis fideicommissi posse dari: tunc res est clara, dotẽ posse cõstitui à quouis testatore, nõ habita ratione, quòd aliunde illæ filiæ possint dotari: quia (vt suprà dixi) testator rei suæ ad libitũ legẽ imponere potest. & hoc in casu nos versamur. Secũdus est casus, quãdo fideicommissum fuit à testatore constitutum sine licentia & facultate dotandi ex illis bonis, & succedentes in illo fideicommisso volunt dotem constituere: tunc ita est distinguendũ: Aut pater est ille qui cõstituit, & tunc, si non habet alia bona, ex his fideicommissi potest. ita procedit d. auth. res quæ. Aut est auus, qui vult neptẽ dotare, & tunc, si neptis patre caret, potest ipse auus dotem dare: quia dotandi obligatio quæ erat in patre, reuertitur ad auum, vt tradunt Docto. in l. 1. solu. matr. & ibi Ripa num. 74. Soc. Iun. con-
55 si. 79. nu. 37. lib. 3. Aut habet patrem inopẽ, & tunc † auus tenetur dotare. & hic est casus noster. & hoc casu ipse auꝰ posset fideicommissum suorum anteceſſorum ob hanc causam distrahere. ita sensit ipse Ias. d. auth. res quæ. nu. 32. vers. 2. limi. in prin. dum adducit l. dedit dotem. ff. de colla. bono. Aut patrem diuitem, & tunc auus nõ tenetur neptem hanc dotare, & per consequens nec potest aliena re fideicõmissum, iuxta d. auth. res quæ. ita loquitur Bal. ibi. nu. 12. & Ias. d. num 32. vers. secundò limita, in fi. ita etiam Alcia. & Rubeus. Nec obstat, quòd hoc in casu D.
56 Hier. satisfuerit dies & idoneus † ad dorandum, ob id quod habebat Trebellianicam ex persona sua & legitimam ex persona patris sui, vt dicebat Rub. d. cõs. 124. nu. 3. quia respondeo, hoc pendere ab illa difficultate, an auꝰ relinquens dotem neptis voluerit compensare illam cũ legitima & Trebellianica patris, qua de re nunc dicemus. atque ita concludo.

Quò ad vltimam illam dubitationem, an dos D.
57 † Vrsæ sit compensanda cum legitima seu tertia illa portione, quam ex persona patris detrahere potest ex dispositione d. statuti, Quod rogati restituere &c. in cuius dubitationis declaratione non immorabor, cum doctissimè fuerit in hac causa responsum per excellentissimum Iurisconsultum D. Hieronymum Zanchum, qui multis rationibus apertè demonstrauit, non esse compensandam: & in specie similis casus ita etiam latissimè consuluit cõsultiss. D. Cephal. consi. 105. lib. 1. illorum scriptis addere, esset solem facibus illustrare, vt est in veteri prouerbio. Est hæc mea de re hac tam ardua & difficili sententia, quam grauissimo clarissimi causæ commissarij iudicio lubentissimo animo subijcio.

Iacobus Menochius I.C.

SVMMARIVM.

1 *Testatoris voluntatem pro lege esse.*
2 *Alienatio de bonis fideicommissi inualida est.*
3 *Testatoris præceptum ita annullat dispositionem contra illud factum, vt præceptum legis.*
4 *Testatoris voluntas & legis dispositio à pari procedunt.*
5 *Hæres regulariter non potest improbare factum defuncti, cui successit.*
6 *Hæres facto defuncti contrauenire potest, quando illud factum est inualidum.*
7 *Hæres est eadem persona cum defuncto.*
8 *Hæres contrauenire potest illi facto sui anteceſſoris, cui potuisset & ipse anteceſſor.*
9 *Hæres facilius contrauenire potest facto ipsius defuncti, quàm ipse defunctus.*
10 *Hæres contrauenire potest facto testatoris, quod est contra legem.*
11 *Idem quando nil testator hæredi reliquit.*
12 *Feudum à testatore alienatum ab hærede quando reuocetur.*
13 *Hæres ex sua persona quando facto testatoris contraueniat.*
14 *l. Vindicantem ff. de euictio declaratur.*
15 *Filia cum renuntiat bonis paternis an nepotibus noceat.*
16 *Feudi renuntiatio facta à patre non nocet filio.*
17 *Feudum non desiuit esse paternum renuntiatione à patre facta.*
18 *Hæredem non seruare factum testatoris, quod est ad sui fraudem.*
19 *Idem quando ipse testator posset illud factum improbare & reuocare.*
20 *Hæres an repræsentet suum mediatum anteceſſorem.*
21 *Hæres hæredis defunctum non repræsentat.*
22 *Euictiones plures non iungi.*
23 *Substitutio, qui mihi hæres erit, ad hæredem hæredis non trahitur.*
24 *Præceptum pœnale non transire in hæredem hæredis.*
25 *Hæres, confecto inuentario, potest facto defuncti contrauenire.*
26 *Feudum à testatore alienatum reuocari posse ab hærede, si confecit inuentarium.*
27 *Feudum hæreditarium vt quis assequatur hæres esse debet.*
28 *Inuentarium constituit eo in gradu ac si hæreditas adita non fuisset.*
29 *Hæres confecto inuentario reuocare potest fideicommissi bona à suo testatore distracta.*
30 *Hæres succedendo testatori efficit, vt actiones confundantur.*
31 *Actionem hypothecariam dari pro fideicommisso reuocando cũ fuit alienatum.*
32 *Actionem hypothecariam dari pro fideicommisso & illam additione hæreditatis non confundi.*
33 *Hæres non tenetur vltrà vires hæreditarias de iure canonico cùm non confecit inuẽtarium. quod infrà. numero 156. declaratur.*
34 *Hæredem non reuocare rem suam à testatore alteri relictam.*
35 *L. unum ex familia §. sed si vno. deleg. 1. declaratur*
36 *Argumentum à contractibus ad vltimas voluntates valere.*
37 *Hæres non reuocat rem suam à testatore venditam.*
38 *Hæres pupillus non contrauenit facto sui testatoris.*
39 *Hæres nõ reuocat factum testatoris à lege non probatum ad ipsius hæredis commodum. & nu. 41.*

40 *Testatoris & hæredis vna persona.*
41 *Hæres non potest improbare factum defuncti à lege non receptum.*
42 *Turpitudinem propriam allegare non debet.*
43 *Filius patris hæres nō reuocat in seruitutem seruum à patre libertate donatum.*
44 *Agens & patiens non possunt esse in eodem subiecto.*
45 *Actio hæredis contra bona testatoris, cui successit confunditur.*
46 *Hæredis & testatoris vna est persona.*
47 *Factum proprium impugnare nemo potest.*
48 *Exceptio euictionis agentem repellit, cùm de ea tenetur.*
49 *Testator rem suam cui vult, legare potest.*
50 *Testator grauare potest quem honorat.*
51 *Legatarium non posse contrauenire facto defuncti.*
52 *Factum ab eo qui dominus non est, ab eo effecto domino non reuocatur.*
53 *Maritus constante matrimonio vendens rem vxoris, eo soluto, si dominus efficitur eam non reuocat.*
54 *Argumentum ductum à contrarijs valere.*
55 *Filius viuente patre rem patris alienās, eo mortuo, & dominus effectus, non reuocat.*
56 *Filius non potest exigere debitores à se viuo patre liberatos cum patri successit.*
57 *Quod maximè procedit, cùm debitores sunt ex causa onerosa.*
58 *Hæredis factum est factum defuncti, & econtrà.*
59 *Pater vendendo rem filij, eam filius non reuocat si patri sit hæres.*
60 *Hæres non reuocat fideicommissum à testatore alienatum.*
61 *Idem cùm hæredi grauato alienanti succedit.*
62 *Testatorem posse de re fideicommissi sui hæredis disponere.*
63 *Hæredem non reuocare donata à suo testatore.*
64 *Item nec data in diuisione bonorum.*
65 *Argumentum à feudo ad fideicommissum valere.*
66 *Feudum alienatum à testatore non reuocari ab hærede.*
67 *Item, si est feudum antiquum ex pacto & prouidentia.*
68 *Item, cum feudum est hæreditarium.*
69 *Item, etiam confecto inuentario.*
70 *Filius succedens in feudo hæreditario hæres esse debet.*
71 *Feudum hæreditarium potest pater vni filiorum prælegare.*
72 *Item procedit etiam si aliquid tantùm à patre habuit.*
73 *Exceptio, ius non habes, agentem repellit.*
74 *Item dicitur exceptio litis finita.*
75 *Andreas Isernia in cap. Imperialem, declaratur.*
76 *Vasallus alienando feudum sine consensu domini nil agit, etiā domino, eo mortuo, consentiente.*
77 *Feudum statim quod est alienatum, ad successores ius deuoluitur.*
78 *Feudum sine consensu domini alienatum, dicitur nulliter alienatum, ex causa domini.*
79 *Soc. Sen. consi. 79. nu. 47. lib. 4. declaratur.*
80 *Pariſ. consi. 33. nu. 96. lib. 3. declaratur.*
81 *Bartoli doctrina in l. post mortem. ff. de adoptio, copiosè examinatur.*
82 *Testator suo facto contrauenire potest.*
83 *Contrahens suo facto contrauenire non potest.*
84 *Non procedit quando lex repugnat.*
85 *Item, quando contractus est nullius fauore publico.*
86 *Guido Papæ consi. 180. col. vlt. declaratur.*
87 *Gratus consi. 91. nu. 26. lib. . declaratur.*
88 *Fideicommissi alienatio nulla est sōlo fauore succedere in eo debentium.*
89 *Dec. consi. 185. nu. 6. declaratur.*
90 *Curt. Sen. consi. 1. col. vlt. declaratur.*
91 *Donationem inofficiosam ab hærede donantis reuocari posse.*
92 *Soc. Iun. consi. 120. nu. 28. lib. 1. declaratur.*
93 *Hæres quo speciali casu reuocet alienata à testatore.*
94 *Iason consi. 64. col. 3. versi. nec obstat. lib. 3. declaratur.*
95 *Pater alienando rem filij, ex suo cōtractu obligatur, & illa obligatio in filium hæredem descendit.*
96 *L. quemadmodum. C. de agricol. & cens. lib. 11. declaratur.*
97 *Fauori suo hæres renuntiare potest.*
98 *Hæres, qui nil à testatore consequitur, eius factum improbare potest.*
99 *Castren. consi. 445. Tria sunt, col. vlt. lib. 1. declaratur.*
100 *Castren. consi. 199. col. 2. lib. 2. quod est Salustij Perusini declaratur.*
101 *Iason consi. 56. col. 6. versi. 3. & adhuc. lib. 3. declaratur.*
102 *Craue. consi. 200. nu. 7. declaratur.*
103 *Gloss. cap. 1. §. hoc quoque in verbo inuestiri, de succes. feudi, elucidatur.*
104 *Feudum antiquum à patre legitimè alienatum, reuocat filius patris non hæres.*
105 *Hæres masculus pro filio in materia feudali sumitur.*
106 *Filius patris hæres non reuocat feudum antiquum à patre legitimè alienatum.*
107 *Afflictus in cap. 1. §. hoc quoque. num. 19. versi. sed quando. de succes. feudi declaratur.*
108 *Filius reuocat feudum illegitimè à patre alienatum, si ei hæres non est.*
109 *Hæres filius non reuocat feudum à patre illegitimè alienatum.*
110 *Iasonis error consi. 56. colu. 6. versi. 2. vltra, lib. 3. nec non Grati. & Nattæ, notatus*
111 *L. vlt. C. de euictio declaratur.*
112 *Hæredem fideiussoris differre ab hærede principalis.*
113 *Fideiussoris hæres qua ratione recuperare possit rem alienatā, pro qua suus antecessor fideiussit.*
114 *L. defuncto. C. si quid in fraudem patro. declaratur.*
115 *Baldus in l. pactum quod dotali. quæst. 2. C. de colla. declaratur.*
116 *Hæres matris contrauenire non potest renuntiationi à matre factæ.*
117 *Bald. consi. 215. lib. 2. declaratur.*
118 *Ruin. consi. 220. lib. 1. declaratur.*
119 *Fraus non fit scienti.*
120 *Inuentario non confecto lex fingit tantum esse in hæreditate, quantum in onere.*
121 *Errorem non præsumi.*
122 *Falsa causa dispositionem vitiat.*
123 *Testator etiam ignorans rem sui hæredis legare potest.*
124 *Legatum rei alienæ factum affini, valet, etiam si legans ignoret esse alienam.*
125 *Legatum rei suppositæ fideicommisso valet, & ab hærede contradici non potest.*
126 *Castren. consil. 199. libro. 2. quod est Salustij Perusini improbarum.*
127 *Hæres hæredis tenetur seruare factum defuncti.*
128 *Hæres hæredis dicitur propriè hæres.*
129 *Inem verè & propriè.*
130 *Etiam in dispositione stricta.*
131 *Et ideò dando illi satisfacit conditioni.*
132 *Hæres hæredis habet beneficium. l. vlt. C. de edict. diui Hadria. tollen.*
133 *Castrensis seu Salustij rationes. dicto. consi. 199. reiectæ.*
134 *L. qui liberis. §. hæc verba. ff. de vulg. declaratur.*
135 *Bald. inl. vlt. C. de hæred. inst declaratur.*
136 *Hæredem hæredis habere successionem a defuncto.*
137 *Inuentarium illegitimè confectum, nil prodesse.*
138 *Inuentarij conficiendi tempus quod.*
139 *Citari qui debeant in confectione inuentarij.*
140 *Creditorem conditionalem non esse in consideratione.*
141 *L. ex his prædijs, de euictio. declaratur.*
142 *Creditor conditionalis quomodo dicatur propriè creditor.*
143 *Creditor conditionalis mitti potest in possessionem.*
144 *Creditum sub conditione esse considerabile.*
145 *Inuentarium cùm conficitur, citantur fideicommissarij.*
146 *Inuentarium nil releuat, si bona omnia non sunt discripta. in eo.*
147 *Inuentario qui adhiberi debeant testes.*
148 *Legitimam grauari non posse.*
149 *Legitimam deduci deducto prius ære alieno.*

150 *Euictio an debeatur pro alienatis titulo lucratiuo.*
151 *Alciati resp.556.ad finem declaratur.*
152 *Grati æquiuocatio in consi.91.nu.31.vers.3.respondeo.lib.1.*
153 *Hypothecaria quãdo cõfundatur, si creditor debitori succedit.*
154 *Actio hypothecaria non confunditur ex Romano.*
155 *Et ibidem declaratur copiosè.*
156 *Inuentario non confecto, an hæres teneatur vltra vires hæreditarias de iure canonico.*
157 *Hostien.in summa,de testa.§.ad quid,declaratur.*
158 *Baldum malè Hostiensis traditionem intellexisse.*
159 *Baldi error consi.96.li.4.*
160 *Hæres non confecto inuentario,an teneatur vltra vires hæreditarias in iudicio animæ.*
161 *Item triplex de ea re opinio.*
162 *Item illa opinio Aretini hac de re expenditur.*
163 *Idem quomodo legatarijs non teneatur.*
164 *Item qua ratione hoc factum.*
165 *Hæres non confecto inuentario creditoribus tenetur vltra vires hæreditatis,etiam in foro animæ.*
166 *Qua ratione id factum,ibidem declaratur.*

FACTI SPECIES.

ANNO 1587. D.Scipio Luschius è Marchia Anconitana,confecto testamento,fidecommissum,ad suæ familiæ conseruationem,suis in bonis constituit.Quod quidem fideicommissum hactenus fuit obseruatum,Hæc bona ad D.Octauianum eius pronepotem deuenerunt. Is anno 1559. Condito testamento hæredem fecit Dominum Philippum fratrem,& aliqua ex his bonis fideicõmisso suppositis legauit Domino Cæsari consanguineo suo,asserens,sè id facere ad compensationem sui crediti. Euenit quòd mortuo Domino Philippo,relicto Domino Marcellò filio & hærede is litem mouit contra dictum Dominum Cæsarem pro reuocatione bonorum ei à Domino Octauiano relictorum. Cui obijcitur, eum esse hæredem & non confeciſſe legitimum inuentarium,& ob id non posse contrauenire facto Domini Octauiani sui anteceſſoris. Dubitatur nunc quid iuris.

CONSILIVM LXXXIX.

Initium à Domino.

NON leuis ponderis est, quæ enucleanda mihi proponitur iuris dubitatio: cùm variæ & non patum repugnantes esse videantur Doctorum opiniones. Et verè prima (quod aiunt) facie dicendum videbatur,D. Marcellum hæredem D. Octauij mediante persona D. Philippi patris sui, consequi posse bona fideicommissi D.Scipionis,de quibus ipse D.Octauius suo in testamento disposuit,atque ita alienauit.Hoc, vt dicerem multis adducebat. Vno tamẽ priùs præmisso,
1 quòd † testatoris voluntas pro lege obseruanda est.§. disponat. in auth.de nupt.Cùm ergo D. Scipio in familia fideicommissum constituerit,obseruanda est illius volun
2 tas & disposirio.Et ideò omnis † alienatio de bonis fideicommissi facta, inualida est.l.vlt.C.communia de leg.& fideicommiſ.l.filiusfam.§.1.ff. de lega.1. Et in specie ita scribunt Calcan.consil.8.numer.16.& Gramma.decis.93. numer.1.Et calcaneum sequitur Craue.cõsil.174. numer.
3 2.versic. sed præmissis. qui scribit, † præcepto testatoris ita annullari actum contra illud factum, vt dispositio
4 legis:cùm à pari procedat voluntas testatoris † & dispositio legis.ita Cur.Sen.consi.55. Statuto sen. col. 4. versi. dispositio enim.

Primò,vt dicerem,D.Marcellum hæredem Do. Octauij posse reuocare hæc bona ab eo alienata, mouebat me,quòd licèt hæres non possit venire contra factũ de-
5 functi,cui † hæres extitit. l.cùm à matre. C. de rei vind.
6 Nihilominus tunc † hæres facto defuncti contrauenire potest,quando illud testatoris factum est inualidum. Ita scribunt Iſernia in cap.Imperialem. nu. 6. vers. additio, de prohib.feud.aliena.per Frider. &in ca.1.§.alienare. nu.1.Qualiter olim feud.aliena.poter.Soc.Sen.consi.76. num.47.lib.4. quos in specie secutus est Gramma.d. decis.93.nu.8 His addo Parisium consi.33.num.97.lib.3.Gratum consi.91.nu.26. lib.1. Corneum cons.301. nu.2. lib. 1. Guid.Pap.consi.180.col.vlt.Soc.Iun.consi.77.nu.134.ver. respondetur.lib.1.& Craue.consi.200.nu.5.Cùm ergo(vt iam præfatus sum) hæc alienatio inualidè facta sit à D. Octauio,vt potè contra primi testatoris voluntatem, sequitur,D.Marcellum eam reuocare posse,atque ita ei licere factum sui anteceſſoris improbare.

Confirmatur hæc argumentatio ea ratione, quòd in hæredem translata est facultas, quæ erat apud ipsum
7 testatorem,cùm vna & eadem † persona censeantur. §.j. in auth.de iureiur.à Morien.præst. Dicendum est ipsum
8 hæredem † huic facto inualido posse contrauenire, quẽadmodum potuisset & ipse testator: sicuti declarando l. post mortem. ff. de adoptio. scribit ibi Bart. copiosè tradunt Afflictus decis. 335. num. 11. & Vantius in tract. de nullitatibus, tit. Quis possit dicere de nullitate. num. 2. & tit. Quoties & intra quod tempus de nullitate dici possit.numero 51.Et in specie à testatore ad hæredem argumentatur Iason consil.87. numero 2.in fin.libr. 1. Imò
9 ipse † hæres facilius contrauenire potest alienationi inualidæ factæ à suo anteceſſore quàm ipsemet anteceſſor potuisset:ita respondit Dec.cõs.185.nu 6. & sẽsit Natta cõs.289.nu.5.vers.omiſ.isto li.2.

Secundòvrgere non parum videtur, quòd quando
10 testatoris anteceſſorisque factum est contra † legis dispositionem,illi hæres contrauenire potest. Ita responderunt Baldus consi.161.Quidam Mæchus. lib.5. Cur. Sen.consi.1.colu.vlti. & Iaſ.consil.64.colu.3. versic.non obstat,lib.3.& cõsi.87. nu.2. in fi.libr.1. ait vbi procedere etiamsi esset factum iuratum, quos in specie secutus est Gramma.d.decis.93.num.9.Quibus accedunt Iaſ. consi. 168.in fine,libr.4.Natta.d.consi.289. numer.9 libr.2.ex l. quemadmodum.C.de agric.& cens. li. 11. Sed iam diximus,testatoris voluntatẽ esse legẽ,& pro lege obseruãdã: ergo sequitur,illi facto cõtraueniri ab hoc hærede posse.

Tertiò, ea ratione adducebar, qua ad hanc astruendam opinionem motus est Gramma.d. decis.93.nu.11. &
12.Quando est in potestate testatoris relinquere & non relinquere alicui hæreditatem, tunc, si reliquit, tenetur hæres ratum habere eius factum: at secus quãdo ipse te-
11 stator † habet omninò necesse relinquere eam hæreditatem & bona ipsi suo hæredi.tunc non tenetur is hæres factum defuncti ratum habere,sed illi cõtrauenire potest. Ita respondit Castre.consi.445 Tria sunt, col. vlt. ver.2. facit dubium. libr. 1. & Saluſtius de Perusio inter consilia eiusdem Castren. cõsil.199. Visis dubijs.col.vlt. vers. præterea,lib.2.quos post Craue.cons.200. num. 7. secutus est Gramma.d.decis.93.nu.11. His accedit glo.in cap. 1.§ hoc quoq;,in verbo,inuestiri,de succeſſ.feudi.q̃ ait,q̃
12 vbi patet † alienat feudũ ex pacto & prouidẽtia debitũ filio,& filius efficitur hæres patris,põt is hæres cõtraueni re illi alienationi.Et gloſſam illã secuti sunt Bald⁹,& alii nõnulli relati à Natta cõs.470.nu.16.17.li.2. Dec.cõs.445. nu.56.vers.Mihi videtur quòd etiam Iaſ.consi.56.colu.6. vers.secundò vltrà,libr.3.Gratus consi.91.nume.35.libr.1. Cùm ergo D.Octauius virtute fideicõmiſsi sibi inũcti à

D.Scipione,adſtrictus eſſet relinquere illius fideicõmiſsi bona ipſi D.Marcello, ſequitur dicendũ, ipſum D.Marcellũ hæredẽ in his inſtitutũ nõ teneri obſeruare alienationem factam ad ipſo D.Octauio,ſed illi contrauenire poſſe.

Quartò ſuffragari nõ mediocriter videbatur D.Marcello hæc argumentatio,ꝙ etſi hæres ſit Do.Octauij, attamen venit contra alienationem ab eo factam non ex perſona ipſius D. Octauij, vel ex perſona D. Philippi patris ſui, ſed ex propria, cùm ipſe ex ſua ipſa perſona habeat conſequi bona hæc fideicommiſsi. Atqui filius hæres cõ
13 trauenire poteſt † facto patris quando ex ſua perſona, non antem ex perſona patris id facere poteſt. Ita in ſpecie argumentatur bene eruditus Natta,conſilio 470.numero 13.libro 2.adductus ex notab.tex.l.vltim.C. de euictio. Et ſimili in caſu idem reſpondit Ruin. conſil.220. numero 3. libro 1. Quo loci conſtitutum eſt, hæredem fideiuſſoris,qui de euictione promiſit, poſſe agere & rẽ vindicare, quando non vt hæres fideiuſſoris,ſed nomine proprio agit. Et ex illa conſtitutione interpretes omnes
14 declarant † regulam l.vindicantem.ff. de euictio. quẽ de euictione tenet actio, eundem agẽtem repellit exceptio. in eandem ſententiã citat & Natta l.defuncto.C. ſi quid in fraudem patro.& gloſſam in l.1.verbo, appellandum. ff.de excep.rei iud. Adfert ſecundò illud ſimile de renun
15 tiatione quam facit † filia patri de hæreditate cum iuramento, iuxta ca. quamuis, de pactis,in 6. vt non noceat nepotibus venientibus ex propria perſona. vt tradit Baldus in l.vl.col.4 verſic. ſed hîc incidenter.C.de pactis.& in l. pactum quod dotali.q.2. in fine. C.de collatio.quem ſecuti ſunt (vt præter Nattam hos recenſeam) Caſtre. & Alex. in l. qui ſuperſtitis.ff.de acq. hæred. Tiraq.de iure primige.q.40 nu.117. Gramma. deciſ.57.nu.39.& Didac. in. cap. quamuis, parte 3. §. 2. nu.4. de pact.in 6. & Cra. conſ.84.nu.5.& Rol. conſ.11.numero. 4.

Prærereà,& tertiò, adfert Natta reſponſum Baldi cõſ. 215. Proponitur Quòd inueſtituræ,in ſecũdo dubio. lib.
16 2. dum reſpondit, quòd † refutatio facta per fratrem de feudo, quod virtute antiquæ inueſtituræ tranſibat ad filios & deſcendentes in infinitum, non præiudicet filijs, quia renuntiatio nõ nocet alteri quàm renuntianti. Etenim cui defertur ius per mortem renuntiantis , non nocet refutatio feudi: vt in capit.1. de aliena. feudi pater quia ſicut extinctus per mortem nõ præiudicat alteri, ita nec quaſi extinctus per refutationẽ, vt in ca. 1.de vaſallo
17 decrep.æta.vbi dicitur,ꝙ nõ obſtãte † refutatione,feudũ eſt paternũ:ipſi autẽ refutãti dũ viuit,bene obſtat,vt in c. tres erant agna.de eo qui fidem fec.ag.de feud. paterno. ibi,dum dicit,niſi feudũ domino refutauit. Hæc Baldus & Natta.

Quintò me aliquãdo maximè mouebat doctrina Baldi in l.1.verſ.quæro vtrum iuramentum.C.de inoff.don. quem ſecuti ſunt Salicetus ibi, Curtius Sen. conſi. 1. in fine. Rui.conſi. 42. col.pen.lib.5.Pariſ.conſil.33.num.97. lib.3.Tiraq.in tract.de retractu conſang.§ 1. gloſſ.9. nu. 58.qui alios plures eiuſdem opinionis recenſet. Scribit
18 iraque Baldus,filiũ † patris hæredem non teneri obſeruare ipſius patris voluntatem & diſpoſitionem, cum ad ſui fraudem & detrimentum eſt facta. Atqui in caſu noſtro clarè conſtare videtur, diſpoſitionem & alienationem D. Octauij eſſe factam potius ad fraudem D. Marcelli, quàm ad eius vtilitarem : cùm hoc factum videatur, ne conſequeretur integrum fideicommiſſum à D. Scipione relictum. Sequitur ergo,D.Marcellum illi alienationi contrauenire poſſe.Et his rationibus ita aliquãdo fuiſſe deciſum in conſilio Neapol. atteſtatur Gram. d.deciſ.93. in fi.

Sextò adducebar in hanc opinionem ea ratione,ꝙ fortè hæc diſpoſitio & alienatio D. Octauij, dũ de fideicommiſſo D. Scipionis diſpoſuit.erronea & per falſam cauſã facta videtur.Nam per errorẽ fortè credidit hæc eſſe propria bona, cùm tamen eſſent alijs reſtituenda. ſtante ergo errore,ſequitur,quòd quemadmodum ipſe-
19 met † teſtator potuiſſet facto proprio cõtrauenire,vt ſcribunt Bart.in l.poſt mortem.ff.de adoptio. Alexan. conſi. 123.num.6.lib.1.Ruin.conſ.78.nu.5.lib.4. & clarius Soc. Iun.conſ.93.nu.16.lib.2.Ita etiam ipſe D. Marcellus hæres contrauenire poſſe videtur. quod in ſpecie reſpondit Dec.conſ.475.nu.26. Sic declarando d.l.cùm à matre.

Septimò accedit,quòd Do.Marcell° dicti Do. Octauij hæres verè & immediatè non extitit, ſed ſolùm mediante perſona Dom.Philippi patris ſui: & ideo dicitur hæres hæredis dicti D.Octauij,qui alienauit. Qui ſanè
20 hæres † hæredis non repræſentat perſonam illius mediati anteceſſoris,& per conſequens non tenetur eius factũ approbare:ita in ſpecie reſpondit Saluſtius de Peruſio in ter cõſilia Caſtrenſis conſ.199. Viſis dubiis,de quibus col. 2.verſ.ſed tamen prædictis.lib.2.Cui quidẽ eo loci ſubſcripſit Abbas.Quos ſecuti ſunt Dec.in l.hæredem.nu.7. in fi.de reg.iur.& Tiraq. in trac. *le mort ſaiſit le vif.* parte 2. declara.quinta.nu.5. Ea ratione motus eſt is Saluſtius,ꝙ
21 licet † hæres repræſentet defunctum, non tamen id facit hæredis,cùm perſona media impediat extrema coniun-
22 gi,& eſſet coniungere plures † fictiones, quod iure non petmittitur.l.1.C.de inoff.don.& ſcribit Bart. in l.ſi is qui pro emptore.ff.de vſucap.Et ſubiungit is Saluſtius , hoc ſatis probari in l.qui liberis.§.hæc verba,de vulg. vbi ſub
23 ſtituto,† qui mihi hæres erit,non trahitur ad hæredem hæredis.Et facit(ait ille)quod notat Bal.in l.vlt.C. de hæ
24 red.inſt.dum ait,præceptum pœnale † non tranſire in hæredem hæredis.Prætereà hæres hæredis nil habet ab illo primo defuncto:ergo grauari non potuit: iuxta l.ab eo. C.de fideicom.

Octauò,ea ſolida ratione dicendum videbatur, D. Marcellum reuocare poſſe hæc bona,nec teneri approbare factum ſuorum anteceſſorum:eo quia quando adiuit
25 hæreditatem † Patris ſui,confecit inuentarium de omnibus bonis illius,quæ in hæreditate reperiebãtur: quo fit vt liberè poſsit contrauenire facto patris ſui & anteceſſorum.ita declarando l.cùm à matre.C. de rei vind. & illi ſimilia ſcribit Bart.in l.cùm vir.num.14.verſi.ſed ſi fecit. ff.de vſucap.reſpondit Alex.conſi.19.num.14.& conſi.28. numer.18.libr.5.quòd repudians feudum, non præiudicat hæredi adeunti hæreditatem confecto inuentario. idem reſponderunt Iaſon conſi.56.colum.2. verſic. ſecundò pro iſta.& colum. 6. verſicul.4.reſpondetur. libr.3.& conſil.136.numer.5.libr.4.Ruin.conſil.38.numer. 21. libr. 1.& conſil.39.numer.10.libr.2.Dec.conſil.185.num.5. conſil.395.numer.5.in fi.conſil.445. numer. 56.& conſil. 468. numer 30.Brun. conſil.18. numer. 16. Scribunt hi, quòd
26 quãdo feudum † fuit alienatum à prædeceſſore, & is qui eius hæres efficitur de hæreditate & bonis confecit inuẽtarium,non tenetur approbare prædeceſſoris factum vltra vires hæreditaris.Ita tamen diſtinguendo : Aut feudum eſt hæreditarium,& tunc ſiue conficiatur inuentarium,ſiue non,ſemper hæres tenetur approbare factum
27 defuncti.Eſt ratio,quia † ſemper debet eſſe hæres , & onera hæreditatis ſuſtinere:quod non faceret,ſi ei prodeſſet inuentarium. Nã vbi in hæreditate nihil reperiretur, ob virtutem inuentarij hæres eſſe deſineret.Et hoc in caſu nos non loquimur.Aut feudum eſt ex pacto & prouidentia,quod quidem ſucceſſor obtinere poteſt abſque eo quòd ſit hæres ſui anteceſſoris immediati, vt relati Doctores affirmant.& tunc,ſi efficitur hæres ſui anteceſſoris,vbi alienauit, & confecit inuentarium , ſolùm tenetur approbare factum defuncti,quatenus habet ex bonis
28 ipſius teſtatoris. Eſt ratio,quia per † inuentarium conſtituitur eo in ſtatu , in quo fuiſſet antequam adiuiſſet hæreditatem : quo ſanè tempore poterat reuocare & conſequi feudum abſque hæreditate. Et hic caſus eſt noſter. Nam Dom. Marcellus poterat conſequi fideicommiſſum ſuorum antiquorum abſque eo, quòd adiret hæreditatem vel patris, vel aui ſui. Et ideò conficiendo de hæreditate inuentarium, ſecurum & tutum ſe

reddidiſſe

29 reddidisse visus est. Quod in specie de fideicõmisso † verba faciens respondit Paris. consi. 33. nu. 95. cum subsequẽtibus, lib. 3. idem consuluit Gratus consil. 91. numer. 37. 38. lib. 1.

Nonò, admisso etiam quòd confectum non esset inuentarium, adhuc dicendum videtur, D. Marcellum posse reuocare hæc bona fideicommissi, atque ita posse contrauenire facto defuncti, cui hæres extitit. Siquidẽ, quòd hæres non possit reuocare alienata à suo antecessore, id
30 euenit, quia ei succedendo † actiones confundũtur: cùm non possit hæres esse creditor bonorum sibi debitorum à suo antecessore, & debitor, dum tenetur eius factum obseruare. Hæ inquam actiones confunduntur. l. debito
31 ri, vbi omnes. C. de pactis. Atqui in casu nostro † actio hypothecaria, quæ pro consequendo fideicommisso datur, non confunditur per additionem hæreditatis: nec in ea hæres representat defunctum. Et ideò hæres potest retinere rem quam habet apud se loco pignoris: vel agere contra tertios possessores. l. debitor. ff. ad S. C. Trebell. vbi Castren. Fulgos. & Alex. idem scribunt Alex. Dec. & Rimin. in d. l. debitor. C. de pactis. Addo Goza. consi. 94. num. 47. qui asseruit, hypotecariam nunquam confundi propter successionem. Cùm ergo pro re per fideicommis-
32 sum † relicta competat actio hypotecaria. l. 2. C. commu. de leg. & §. sed nostra, Insti. de legatis. & copiosè Alex. in. l. 1. ff. de leg. 1. Sequitur. dicendum, quòd non obstante additione hæreditatis, potest D. Marcellus per hypothecariam reuocare bono comprehensa in fideicõmisso aduersus quoscunque detinentes: non obstante obligatione de euictione: cùm hypothecarius nõ teneatur adimplere factum defuncti, cùm eum non representet. Ita in claris his nostri sterminis hac cõsideratione argumentatur. Gratus consi. 91. nu. 31. versi. 3. respondeo, lib. 1.

Decimò & vltimò ea ratiõe moueor, quòd iure canoni-
33 co † inspecto, eiusque inspecta æquitate, hæres non tenetur vltra vires hæreditarias, cùm non confecto inuẽtario, hæreditatem adiuit. Ita Baldus consi. 69. Super præmisso. lib. 4. At in casu nostro sumus in terris Ecclesiæ, in quibus ius canonicum obseruari debet. cap. 1. de oper. nou. nun. ergo. etiamsi D. Marcellus non confecisset inuentarium, adhuc tamen non tenẽtur vltra vires hæreditarias. Ita in claris his terminis argumentatur Gratus d. consi. 91. num. 38. 39. lib. 1. Hæc mi maximè hæsitantẽ reddebant, vt pro Do. Marcello aduersus D. Cæsarem responderem.

Cæterùm, re ipsa diligentissimè perpensa atque considerata, contrarium verius esse opinor: nempè, D. Marcellum non posse contrauenire facto Dom. Octauii aui sui, atque ita reuocare non posse partem illam bonorum fideicommissi relictam D. Cæsari. Quam sanè sententiã veram esse existimo leg. rationibus ac per multis Doctorum auctoritatibus.

Primò iure probatur hæc sententia, nempè in l. filius-famil. §. cùm pater. ff. de lega. primò. quo loci clarè scri-
34 bit Martianus, † hæredem pro eo parte qua hæres est testatori, qui fundum fideicommisso suppositum alteri legauit, non posse fundum illum reuocare.

35 Secundò clarè etiam probat † hanc sententiam tex. l. vnum ex familia. §. sed si vno. ff. de lega. 2. quo loci Papinianus ait, quòd si fundus qui in familia cõseruari debuit, à testatore extraneo fuit legatus, vindicari ille fundus poterit ab illo ex familia, qui testatori leganti non efficitur hæres: hæres autem, qui aliàs iure suo & ipse vindicare potuisset, doli exceptione repellitur.

Tertiò argumentari licet à contractibus ad vltimas
36 † voluntates. l. seruum filii. §. eum qui chirographum. & l. quæ de legato. ff. de lega. 1. & vtroque in loco Do-
37 ctores. Atqui, si quis vẽdit rem † alterius, & is rei dominus venditori succedit, eique hæres efficitur, eam venditionem improbare & reuocare non poterit. ita probat l. 1. in prin. ff. de excep. rei venditæ & traditæ, quo loci Vlpianus in hæc verba ait: Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, & tuum posteà factum petas: hac te exceptione rectè repellendum. Sed & si dominus fundi hæres venditori existat, idem erit dicendum. Idem apertè ita rescripserunt Diocl. & Max. Impp. in l. cùm à matre. C. de rei vind. cùm à matre domum filij te sciente cõparasse proponas aduersus eum dominium vindicantẽ, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quòd si venditricis obtinet hæreditatem, doli mali exceptione, pro qua portione ad eum hæreditas pertinet, vti non prohiberis. Idem Impp. in l. vẽditrici. C. de reb. alie. non alien. ita rescripserunt: Venditrici succedẽti hæreditario iure perfectam rectè venditionem rescindere, ac dominium reuocare non licet. Sed & si hæc ex persona sua vindicet, vel exceptione te doli mali, si hanc viam elegeris, tueri: vel euicta re, si defensione monstrata vti nolueris, quanti tua interest, poteris experiri. Idem rescripsit Gordianus in l. siue possessio. C. de euictio Siue possessio venditoris fuit, filius, eiusdẽque patris hæres, frustrà quæstionem mouet: siue non patris, sed filij eius possessio fuit, de qua iure hæreditario author laudari põt: controuersiam mouere non potest. His accedit l. Polla.
38 C. de his quib. vt indig. quæ à fortiori probat, † pupillũ hæredem non posse contrauenire facto sui antecessoris.

Quartò accedit argumentum ductum à fortiori ex Aureliani rescripto in l. si ab eo. C. de libera. causa. Si ab eo, cuius seruus fuisti, manumissus es, frustrà libertatis controuersiam sustines, maximè ab hærede eius, qui te manumisit: cum etsi iure libertas non processerit, respectu tamen aditæ hæreditatis voluntatem defuncti suo cõ-
39 sensu firmare debuit. Ecce quòd statuit Aurelianus, † hæredem non posse impugnare defuncti voluntatẽ, quæ aliàs à iure non probatur, fauore scilicèt & commodo hæredis. nam eo loci ait Aurelianus, libertatem iure datam non fuisse. Erat iure inualida illa manumissio, vt quia facta fuerat ab eo, qui erat minor viginti annis, (vt ibi glossa sentit, & cum ea Salicetus & cæteri) vel qui alia de causa manumittere impediebatur: & tamen is hæres, qui ei successit, manumissionem illam reuocare non potest. Ergo à fortiori nõ potest in casu nostro, in quo iura nõ prohibent testatorem posse disponere & legare rem sui hæredis, imò id concedunt. l. vnum ex familia. §. si rem. ff. de leg. 2. & infrà dicemus. & egregiè scribit Crau. cons. 174. numer. 10.

Quintò comprobantur iam relata, hac argumenta-
40 tione. † Testator & hæres cẽsetur esse vna & eadem persona. §. 1. in auth. de iureiur. à morien. præst. cũ aliis, quæ
41 infra citabimus. Et ideo sicuti † antecessor si aliquid, egit, quod à lege improbatur, seu non permittitur pro ipsius facientis vtilitate, non potest ille factum illud improbare & reuocare pro sui commodo, ita nec id facere poterit eius hæres. Ita respondit Alex. Imp. in l. si creditorib. C. de seruo pign. dato manumisso. Si creditorib. satisfactum fuerit, ancillæ quæ pignori obligatæ à debitore manumissæ erant, liberæ fiunt. Nam ipse manumissor, si fraudem se fecisse creditoribus, vt reuocet libertates, audeat dicere: audiri non debet, nec hæredes eius. Hæc Ale. Idem responderunt Diocl. & Max. in l. filius. C. de reu. his quæ in fraud. cred. alien. sunt. & vtroque loco annotauit glossator, quòd non licet venire contra suũ vel prædecessoris sui factum, licet illud non reuerit de iure. Ita ẽt censuit gl. l. transactione finita. C. de transactio. accedit l. pen. C. de restit. milit. & l. successores. C. de soluti. Non e-
42 nim admittitur quis ad † allegandum turpitudinem suã vt reuocet à se factum. l. cum profitearis. C. de reu. dona. & ibi Doct. & respondit egregiè Soc. Sen. consi. 264. col. 3. versi. circa quartam. li. 2. His accedit tex. l. filium. ff. de li-
43 bera. causa. vbi Vlpianus apertè scribit, † filium patris hæredem non posse in seruitutem reuocare seruum ab ipso patre manumissum.

Sextò, comprobatur hæc vera iuris sententia efficaci atque multiplici ratione. Legi & naturæ repugnat, ꝙ
44 † agens & patiens concurrant in eodemmet subiecto.

l. Vranius. ff. de fideiusso. Si ergo dicerem⁹, hæredem, qui est eadem persona cum defuncto, posse reuocare disposita & alienata à defuncto ipso, concurreret in eo actio, scilicet reuocationis: & passio, nempè obseruationis illius facti. quod esset contra legem & naturam d. l. Vra-
45 nius. Et ideo dicimus, quòd quando † creditor succedit suo debitori, actio confunditur. l. debitori. C. de pactis. l. si ab eo. C. de negoci. gest. & l. si vxor. C. de bonis auct. iud. possid. & scribunt Decius & cæteri in d. l. debitori. numer. 1. Ias. consi. 28. lib. 3. Ruin. consi. 95. lib. 5. Goza. consil. 94. num. 46. Soc. Iun. consi. 8. nu. 5. & consi. 170. nu. 2. 3. lib. 2. Cra. consi. 144. nu. 5. & consil. 300. nu. 7. Cæteros præte-
46 reo. Accedit & altera ratio, quòd hæres est vna † & eadē persona cum defuncto. §. 1. in auth. de iurejur. à morien. præst. & scribunt omnes in l. hæredē. ex illo textu, de regul. iur. egregiè Anch. consi. 244. nu. 2. qui multa similia recenset. Dec. cons. 282. nu. 5. vberrimè Calc. consi. 18. nu. 9. & 10. & plura similia congerit Marsil. sing. 160. Atqui
47 defunctus † & prædecessor si viueret, nō posset factū proprium impugnare, illiqúe contrauenire. l. post mortem. ff. de adopt. ergo nec potest iste hæres. Hac ratione vsi sunt Baldus & Castr. in d. l. cùm à matre. C. de rei vind. & Ias. consi. 238. col. 2. lib. 2. Et huic rationi altera annectitur,
48 quòd si viueret is qui alienauit, de euictione † teneretur, & per consequens à reuocatione repelleretur. l. vindicātem. ff. de euictio. & l. exceptione. C. eo. ergo pari ratione tenetur hæres, in quem pro hæreditaria portione transeunt actiones actiuè & passiuè. l. pro hæreditariis. C. de hære. actio. aliam rationem mox subiiciam.

49 Septimò ea ratione moueor, quòd licet testatori † rē sui hæredis, quibus placet, legare & relinquere. l. vnū ex familia. §. si rem. de leg. 2. & §. non solùm, Instit. de legat.
50 Cuius quidem sententiæ ea est ratio, quòd quem † testator honorat, grauare etiā potest. l. ab eo. C. de fideicom. Ex quo textu adductus respondit in casu fortiori Curti⁹
51 Iunior consil. 54. numer. 11. † legatarium non posse contrauenire facto testatoris, etsi aliter de legatario sentiat Castren. in d. l. cùm à matre. Et hinc fit, quòd si habet cōmodum hæres ex persona ipsius testatoris, nō potest eius factum improbare. l. ex qua persona, vbi Decius & cæteri de regul. iur. Et si hæc assertio vera est, quando res verè & propriè est ipsius hæredis. d. §. non solùm, à fortiori procedit in re illi solùm debita, vt est fideicommissum, quod à testatore antiquo alteri, quàm huic hæredi est relictum. d. l. filiusfa. §. cùm pater. de leg. primò. & dixi suprà. Si potuit D. Octauius rem D. Marcelli debitam legare, ergo sequitur, D. Marcellum eius factum improbare non posse.

Octauò, admisso quòd non potuisset D. Octauius legare bona hæc debita D. Marcello, atque ita posito quòd dispositio hæc D. Octauij ab initio fuerit inualida: attamen hæreditate adita per D. Marcellum, hodie cōualidata est. Nā vera est iuris sententia, quòd quādo aliquid fit
52 † à nō domino, si is postea efficitur dominus, valet dispositio, & suum effectum sortitur. ita egregiè probat l. cùm
53 vir. ff. de vsucap. quo loci scriptum est, quòd si vir † constante matrimonio vendit fundum dotalem, & deinde mulier moriatur, marituſque ipse dotem lucretur, alienatio fundi dotalis, quæ eo alienationis tempore erat inualida, conualidatur. Atqui hæres subintrando locum prædecessoris, efficit vt is defunctus censeatur viuus & effectus dominus rei alienatæ: ergo alienatio conualidatur. Et cum illo responso l. cùm vir, conuenit l. rem alienam. ff. de pignor. actio. l. si quis alienā. ff. de actio. empt. l. qui balneum. §. Titia. ff. qui potio. in pigno. habe.

54 Nonò accedit † argumētum ductum à cōtrariis, quorum eadem esse solet disciplina. l. 1. ff. de his qui sunt sui vel alie. iur. Doctr. in rubr. ff. de acquir. poss. Arqui quan-
55 do † filius alienat rē patris eo viuente, deinde patre mortuo ei hæres fit, illa alienatio tenet, nec contrauenire ei potest filius. ita probat l. Iulianus. §. sed si filiusfa. ff. ad S. C. Maced. Cuius hæc sunt verba: Sed si filiusfamilias, patre suo relegato, vel longo tempore absente, dotem pro filia promiserit, & rem patris pignori dederit, Senatusco sultum quidem cessabit, patris tamen res non tenebitur. Planè si patri hæres extiterit filiusfamilias: & pign⁹ persequatur, exceptione doli summouebitur. Hinc scribunt Nicolaus de Neapoli in l. 2. §. q̄ si in patris. ff. soluto matr.
56 & Albert. in l. filiusfa. eo. tit. quòd † si filius, viuo patre liberat patris debitores, & deinde patri hæres efficiatur, liberatio illa valida redditur. Idem scribunt glossa, Baldus, Angelus, Albericus & Salicetus in l. nec nos. C. de capti. & postlim. reuers. idem Albericus in l. filius paciscē
* do. C. de pactis. vbi * communem hanc esse testatur. Quæ
57 sententia † maximè procedit, vel q̄ filius debitorem ex cā onerosa liberauit, vel promisit se obseruaturum, mortuo patre: sicuti declarat Decius in d. l. filius paciscendo. nu. 3. C. de pactis, & in l. quod initio, de reg. iuris. Ergo econuersō idem dicendum est, quando pater vendit rem filij, filio viuo: & ei filius deinde hæres efficitur. Est ēm ea dem ratio, quia vtroque casu ex duab. personis vna pro-
58 pter repræsentationem constituitur. & † factum vnius est factum alterius, vt egregiè admodū respondit Anch. consi. 244. nu. 2. qui multis comprobauit. Et ideò, cùm filius vendit rem patris, & eo mortuo repræsentando eū, tāquam si ipsemet pater vendisset, non potest contradice
59 re. ita quoque econtrà, cùm pater † vendit rem filij, filio ipsi patri succedente, infringi alienatio ab eo non potest, quia ab ipsomet filio facta censetur.

Decimò (vt etiam obstendam hanc sententiam multorum auctoritatibus fulciri) mouet me auctoritas Romani consi. 18. Visa facti narratione. nu. 4. & Alex. consi. 3. in prin. & consi. 23. in fin. lib. 3. qui responderunt, filium
60 † effectum hæredem patris, non posse reuocare bona fideicommissi sibi debita ab ipso patre alienata. Et horum auctoritate adductus respondit Ruin. consi. 7. nu. 39. lib. 1. quòd licèt alienatio rei subiectæ fideicommisso facta pendente conditione resoluatur per conditionis euentum. l. vlt. §. finautem. C. communia de legatis. attamen, si fideicommissarius succedit † hæredi grauato, qui
61 bona illa alienauit contra fideicommittentis voluntatem & dispositionem, non poterit eam alienationem reuocare: cum approbare teneatur factum illius, cui successit. d. l. cùm à matre. C. de rei vind. & l. ex qua persona, de reg. iuris. cum aliis suprà relatis. Idem respōdit ipsemet Ruin. cōsi. 25. nu. 11. li. 2. quo loci affirmauit, patrē posse alienare rem filii hæredis sui: & filium teneri eius factum approbare.

His accedit auctoritas Parisij consi. 34. in fin. li. 2. & Socini Iun. consi. 107. nu. 56. li. 3. qui ambo absolutè res-
62 ponderunt, † testatorem posse disponere de fideicommisso suo, hæredi restituendo: & hæredem ipsum teneri obseruare hanc dispositionem ex regula dictæ l. cùm à matre. Nec aliter respondit Fulgos. consi. 67. Paterfamiliàs,
63 cum dixit, † hæredem non posse contrauenire donationi factæ à suo antecessore de bonis fideicommisso subiectis, & ipsi hæredi restituendis. Ita etiam respondit Soci-
64 nus Iunior consi. 116. nu. 53 lib. 1. hæredem † illius, qui diuidēdo cum fratre bona subiecta fideicommisso, remisso ipso fideicommissi onere, non posse eam diuisionem infringere, & fideicommissum reuocare. Et eo loci Socinus eiusdem sententiæ alios recenset. idem sensit Alcia. resp. 561. in fi. idem respondit Alba consil. 73. numer. 1. & sensit Tiraq. in tract. de retractu consang. §. 1. glo. 9. nu. 50.

Vndecimò mouet me argumentum ductum à feudo
65 † ad fideicommissum, quod sanè argumenti genus à iure receptum est, sicuti in specie argumentantur Doctores,
66 quos mox referam. At cùm feudum omninò debitum † filio post mortem patris ab ipso patre alienatur, & patri hæres fit filius, non potest filius alienationem illam reuocare, sed eam approbare debet. Ita decidit Afflictus decis. 111. nu. 4. qui loquitur in feudo hæreditario, antiquo tamen. Et idem est in quouis illo feudo, etiam nō hæredi-
67 tario, vt est illud ex pacto & prouidētia: † quod alienatū

à testato

à testatore ab hærede reuocari non potest. Ita Baldus in l.qui se patris.nu.9.C.vnde liberi. cùm docuit, q si pater repudiat feudum antiquum,præiudicat etiam filio, q ei hæres extitit. Ea ratione,quia cùm hæres sit eadē persona cum defuncto repudiante, quemadmodū repudiās ipse contrauenire non potest repudiationi, qua præiudicium sibi attulit:ita pariter & hæredi suo damnum dedit,vt nec ipse cōtradicere valeat. Cum Baldo senserunt Alex.cons.13.nu.7.& cons.19.num.14.lib.5. Ruin. consil. 17.nu.11.& nu.38.consi.38.num.16.consi.208.nu.16.& consil.220.in fi.libr.1.& Dec.cons.185.num.1.& ibidem nu.4. copiosè ostendit non esse adhibendam differentiam, q feudum sit antiquum ex pacto & prouidentia,vel hæreditarium:quia semper & sine controuersia, quando non est confectum legitimum inuentarium hæres contrauenire non potest facto ipsius defuncti,cum Baldo quoque senserunt idē Dec.cons.445.nu.56.& cons.468.nu.30. Paris.cons.10.nu.7.cons.16.nu.43.& cons.106.num.27. lib.1. Zasius in epitome feudo.parte.8.nu.62. & Boer.q.23. nu. 20.qui aliis,quæ casui nostro conueniunt,comprobauit. Nec glo.in cap.1.§.hoc quoque.in verbo.inuestiri,de succes.feudi repugnat,vt infrà in respōsione ad tertium partis aduersæ fundamentum declarabimus. Quemadmodum ergo hæres non potest cōtrauenire alienationi feudi sibi debiti,ita etiam contrauenire non potest alienationi & dispositioni fideicommissi sibi restituendi: cùm par sit ratio vtriusque casus.

✠ Duodecimò & nunc vltimò suffragatur illa *recepta
68 Doctorum sententia,quia dicunt,filium † non posse cōtrauenire dispositioni,atque ita alienationi factæ à patre de feudo hæreditario:sed teneri illam approbare.ita affirmarunt permulti relati à Ruino cons.1.nu.13.lib.1. Parisio cons.25.nu.198.li.1.& à Rolando consi.2. nu.40. lib.1.
69 Quod procedit † etiam confecto inuentario:ita Afflict. decis.240.num.11.Ruin.cons.2.nu.8.lib.4. & Gratus consi.4.num.50.lib.1.Illa ratione adducuntur,quòd filius,vt
70 in eo † feudo succedat,hæres etiam esse debet:atqui hæres non potest contrauenire facto defuncti, ergo alienatum feudum reuocare non potest. Hinc videmus, quòd
71 si † pater vni filiorum feudum prælegauit, alij filij & hæredes patris contradicere non possunt. sicuti de prælegato responderunt Ruin.consi.48.num.10.lib.1. & consi.25. num.10.lib.2.Natta cons.501.num.20.& consi.503.nu.10.
72 lib.3.Et hoc procedit † non solùm quando ipse filius est hæres,sed etiam quando aliquid tantùm ex bonis patris alienantis consequitur.Ita Curt.Iun.in tract.feudo. parte quarta.nu.150.Sufficit enim quòd se hæredem fecerit etiam rei minimæ,dūmodò confectum non sit legitimū inuentarium.Qua de re infrà suo loco nōnulla dicemus.

Non obstant nunc adducta in contrarium,quib.singulatim mea pro virili satisfaciam.Ad primum itaq; respondeo,non esse verum,quòd dispositio D.Octauij inualida sit inspecta persona D. Marcelli hæredis: quia si ei bona hæc fideicommisso supposita, erant restituenda, de illis potuit D.Octauius testator disponere, & alteri relinquere.d.§.non solùm.Inst.de lega.cum aliis suprà adductis.Quocircà,quo ad personam ipsius D.Marcelli,di
73 cere potest D.Cæsar legatarius D.Octauij † quò ad te liberas ædes habeo.l.loci corpus.§.cōpetit.ff.si seruit.vind. & in specie nostra ita consideraſſe visus est Tiraquellus d.tract.de retractu consang.§.1.glo.9. nu.38. vbi inquit, hunc censeri iuri suo renuntiasse,& ab eo se alienū feci-
74 se.Et est aduertendum,quòd hæc exceptio † est litis finitæ:respondit Cra.cons.182.nu.8.& cōs.195.nu.7.& ob id, inquit Fel.in c.super his.nu.18.de accus. opponi poterit ante litem contestatam.Nec aduersantur relatæ auctori-
75 tates † Andreæ Iserniæ in d.c.Imperialem.quia respondeo,Iserniam loqui cùm inualiditas actus pendet ab alterius persona,q̄ ipsius hæredis.inquit enim ille, q quando vasallus alienat feudum & moritur antequam consensum domini impetret,alienationem illam esse nullā, & hæredem non teneri eam seruare,& impetrare illū cōsensum domini super alienatione sui antecessoris. Illa est ratio,quia eo mortuo ius est deuolutum ad successores: & ideò non posset confirmari alienatio illa,quæ iam defecit,& q̄ morte alienantis non est,cōfirmata,sed infirma
76 ta pot⁹ nō impetrato cōsensu domini.Qui quidē † dominus si consentiret, non etiam eam confirmaret. quod in speci: ita declarat Sigismundus Loffredus consi.1. num. 167.& consil. 10. numer. 24. & clarius explicat Afflictus d.cap.Imperialem.q.24.numer.10.qui scribit in hæc verba.Et hæc conclusio probatur:nam eo ipso, quòd mor-
77 tuus est † alienator,statim feudum aperitur filio,vel agnato: quia in alienatione non interfuit regius consensus: & sic feudum est ipsius filij,vel agnati,vnde Princeps cōsentiendo post mortem alienatoris, non potest ille consensus præiudicare filio,vel agnato, cui feudum erat quæsitum antequam Rex consensisset. & maximè hoc procedit,si feudum esset ex pacto & prouidentia. idem etiam si feudum esset hæreditarium,quia si pater alienauit feudum, antequàm Princeps consentiret, mortuus esset superstite filio & hærede, statim feudum apertum est filio: quia alienatio fuit ipso iure nulla: vnde superueniens consensus post mortem patris, non tollit ius filio, quia Princeps eo tempore consentit, quo res est alterius & non illius alienantis, cuius alienatio per Principem confirmatur. Hæc Afflictus. qui idem dixit decis.286.nnmer.3.ex cuius verbis clarè constat casum illum à nostro differre. nam ibi (vt dixi) nullitas
78 † prouenit ex persona superioris, atque ita alterius quàm hæredis. sed in casu nostro solùm prouenit ex ipso hærede, in quem per mortem testatoris fideicommissum transit,& ideò acceptando hæreditatem testatoris,probare etiam debet omnem eius dispositionē. quod clarè cōfirmat. quia iam censuit Afflictus in casu Iserniæ,idem esse si feudum esset hæreditariū, & tamen iā diximus,hæredē non posse reuocare alienationē de eo factā.intelligitur enim,quia de suo iure, nō de illo Prin-
79 cipis agitur.Non etiā aduersatur responsū Soc.† Sen cōs. 79.nu.47.lib.4. quoniā eo in casu inualiditas dispositionis non procedebat à sola persona hæredis, sed à dispositione iuris communis,ac etiā municipalis:si quidem ibi maritus constante matrimonio cōfitebatur in testamē to se accepisse dotem ab vxore:rndit Socinus illam cōfessionē nō profuisse illi vxori,cū donatio videretur,quam ius cōmune,necnon & illius Ciuitatis statutum improbat.inquit etiam Socinus,illā cōfessionē non fuisse obseruandam ab hærede,quoniam iam legis dispositione erat nulla.Idem sensit Alex,in l.si donatione. nu. 10. in fi.C. de colla.etsi Ias.ibi.nu.7.dissentiat,cuius quidem Iasonis opinio,si vera esset,minus obstaret huic traditioni Socini:quippè quæ falsa esset, diuersum est in casu nostro, in quo à iure alienatio rei alienæ,præsertim hæredis nō annullatur ipso iure, imò valet. l. rem alienam. C. de leg.cum similibus.atque ita respondeo ad auctoritatem
80 † Parisij d.consil.33 nu.96. li.3.qui in voluntate nulla legis dispositione loquitur.

Non obstat etiam illa confirmatio,dum dictum fuit, quòd quemadmodū licuisset D. Octauio facto proprio
81 contrauenire, ita nunc licet D. Marcello, † ex doctrina Bart.in d.l.post mortem.quia vno verbo possum satisfacere,vt respondet Soc.Iun.consil.93. nu. 15. lib. 2, in hac regula non esse constituendum fundamentum, quia est doctrina Brocardica. verum rectius & planius respondeo,& animaduertendum censeo,hoc nihil penitus obesse.quod clarè demonstratur discurrendo singula mēbra distinctionis Bar.Inquit ille,aut sumus in vltimis dispositionib⁹,aut sumus in cōtractibus. In vltimis dispositionib.est clarū,ipsum testatorē posse † contrauenire,reuocādo quod disposuit,quoniā ambulatoria est eius voluntas vsq; ad mortem.l.4 ff.de adimen.lega.hæres tñ reuocare non potest,sed eā omninò obseruare debet, cùm dispositio hæc sit illi lex cogens eum ad obseruantiam. §.disponat, auth.de nuptijs. Aut sumus in contractibus,

83 & tunc aut contractus eſt præter legem, etiam tunc † non poteſt hic qui contraxit contrauenire, ſi præſertim tpis diuturnitate actum confirmauit. at nos fortè (ſi hîc ageretur de actu geſto in contractibus) eſſemus in hoc caſu, ex declaratione Iaſ. in l. ſi donatione. nu. 7. verſ. ſed ad propoſitum. C. de colla. ſi ergo hodie D. Octauius viueret, vel ſaltem vixiſſet vſque ad tempus additionis hæreditatis per D. Marcellum, certè non poſſet contrauenire: minus ergo poteſt ipſe D. Marcellus, qui adeundo hæreditatem atque ita repræſentando perſonam defuncti, idē ſibi, quod ſuo anteceſſori placuit: quod quidem factum curſu viginti annorum comprobauit. Aut (inquit Bart.)
84 hîc † contractus eſt contra legem atque ita nullus fauore tertiæ perſonæ, & tunc qui actum illum ex ſua perſona fecit contrauenire non poteſt. ita inquit Bart. ſic intelligendo, leg. ſi creditoribus. C. de ſeruo communi manumiſſo, quæ conſtitutio etiam prohibet hæredem contrauenire. & idem cum Bart. Senſit Vantius. d. tract. nullitatum, titulo quoties & intra quod tempus. nu. 52. ſi ſumus in caſu iſto, vt potè quòd alienatio hæc prohibeat fauore ſucceſſorum, ſequitur, q̃ D. Octauius ſicuti contrauenire non potuiſſet, ita nec nunc. D. Marcellus hæres ex. d. l.
85 ſi creditoribus. Aut (inquit Bar.) contractus eſt † nullus fauore publico, & tunc clarum eſt contrahentem poſſe contrauenire. l. quemadmodum C. de. agricol. & cēſ. lib. 11. quam Bar. intellexit in d. l. poſt mortem, poſt glo. ibi procedere fauore publico principaliter. & clarius idem Bart. in l. ſi quis pro eo. nu. 7. ff. de fideiuſſ. Iaſ. in l. iuriſgētium §. ſi paciſcar. nu. 4. ff. de pactis. & in ſpecie Bald. in l. cum à matre. colum. 1. verſi. item non obſtat. quem etiam referam infrà in ſequenti reſponſione. Quocircà reſpōdit Alex. conſi. 123. num. 6. lib. 1. hoc caſu contractum eſſe ipſo iure nullum. Nos tamen in hoc caſu non verſamur, quia non agitur hîc de fauore publico principaliter, vt loquitur Bart. d. l. ſiquis pro eo, nu. 7. quem ſecuti ſunt ēt Rui. conſi. 106. nu. 6. lib. 1. & Didacus. c. quamuis, in 2. par. relectionis. §. 3. de pactis in 6. qui alios recēſent. Addo Beroium in c. ſi quis presbyter. nu. 48. de reb. eccle. non alienā. vbi ita declarat d. l. quemadmodum. Ita etiam intelli-
86 go loqui hoc in caſu † Guid. Pap. conſi. 180. col. vlt. Cor-
87 neum conſi. 301. nu. 2. lib. 1. & † Gratum d. conſi. 91. nu. 26. lib. 1. à me citatos in d. 1. arg. Aut (inquit Bar. in d. l. poſt mortem) contractus eſt nullus fauore contrahētis & volentis contrauenire, & tunc poteſt, ex l. 1. & per totum. C. de prædijs mino. quem ſecutus eſt Alex. conſi. 103. num. 14. lib. 2. Sed nos non ſumus in hoc caſu, quia alienatio
88 † fideicommiſſi non eſt nulla fauore alienātis: imò quòd ad eum eſt inualida, vt ſuprà diximus: quemadmodum etiam in feudo affirmauimus: ſed eſt nulla fauore eorū, qui in eo debent ſuccedere, vt iam diximus. Sequitur ergo, quòd D. Octauius non potuiſſet cōtrauenire, minus
89 ergo põr D. Marcellus eius hæres. Nec obſtat illud † cōſilium Decij 185. nu. 6. quia fatet Decius hæredē eo in caſu poſſe cōtrauenire, ſed teneri de euictione. Prætereà ait Decius, illum hæredem defendi, ob confectum inuentarium. Sed quomodo defendet D. Marcellus qui nullum confecit legitimum inuentarium? vt infrà dicemus. Præterea Decij cōſideratio ad rem noſtram non cōfert, quia loquitur q̃n contractus eſt nullus fauore alterius, q̃ contrahentis, hoc eſt fauore domini feudi, in cuius detrimētum feudum ſine ſuo conſenſu fuerat alienatū. id quod clarius explicat Alex. conſi. 109. nu. 5. lib. 4. quo in caſu cōcludunt omnes, ipſummet alienantem contrauenire non poſſe, ſecūdum Bartol. in d. l. poſt mortem, per d. l. ſi creditoribus. C. de ſer. comm. manumiſ. Affirmant quidem Alex. & Decius, q̃ ſiis contractus annullatur ob cauſam domini, alienantem de euictione teneri. quod verum eſt, quia ſi alienās non obſeruat quod promiſit, tenetur de euictione. & hoc in caſu nos non loquimur, ſicuti ex ſuprà adductis clarè conſtat. Non enim noſtro in caſu lex prohibet teſtatorem poſſe alienare rem & fideicommiſſum debitum, ſeu reſtituendum hæred. Ita etiam ſimi-
90 li in caſu loquitur † Curt. Sen. conſ. 1. col. vlt. Nam reſpō-
91 dit ille, donationem † omnium bonorum, vt inofficioſam reuocari poſſe ab hærede donātis, ob ſobolis ſuperuenientiam, cùm illi diſpoſitioni & donationi leges repugnent, vt titulus C. de inoff. dona. & l. ſi vnquam. C. de
92 reuoc. don. Ita etiam ſenſit † Soc. Iun. conſi. 129. nu. 28. li. 1. imò, ſi in fraudem facta eſt, & nullum commodum ſentit hæres, facilè tunc contrauenire poteſt. ſicuti ad rem noſtram declarat Alba. d. conſ. 73. nu. 2. cùm inquit, eſſe
93 ſpeciale † in illis perſonis, quibus aliquid debetur ex legis diſpoſitione, & in hæreditate non reperiunt quantū eis debetur: nam tunc hi admittuntur ad reuocationem, non quidem abſolutè, ſed inquantum ſufficit pro portione eis debita legis diſpoſitione. Et hoc ob id conceditur, quia duæ rationes cōcurrunt. Vna, quia legi fraus fit. Altera, quia is hæres nullum ſentit commodum ex hæreditate illa. Idem quod Alba ſenſit Did. lib. 1. variarum reſo
94 lutio. c. 19. in fi. Ita etiam loquitur † Iaſ. conſ. 64. col. 3. verſi. nec obſtat, lib. 3. & conſi. 168. in fin. lib. 4. Ita pariter declarat Rui. conſ. 42. col. pe. lib. 5.

Non obſtat ſecundum, quia reſpondeo vnà cum Baldo, in l. cùm à matre. col. 1. verſ. item non obſtat. C. de rei.
95 vind. quòd licèt † patri interdictum ſit alienare rem filij: attamen ipſe pater ex ſuo contractu obligatur: & iſta obligatio deſcendit deinde in hæredem patris: vnde nō excluditur filius, quia filius, ſed quia hæres. arg. l. etſi is. C. de præd. mino. Id quod ait Bald. non contingit in caſu. l.
96 quemadmodum. C. de agr. & cenſ. lib. 11. † quia ibi erat prohibitum cōmercium: & ideò nemo obligatur. l. ſi quis in quilinos. §. vlt. de leg. 1. & dixi in reſponſione præcedētis argumenti. ita & loquitur Iaſ. d. conſ. 87. li. 1. & cōſ. 64. lib. 3. Qua ex re ceſſat & illud quod dixi ſuprà in præludiis conſultationis, voluntatem teſtatoris eſſe legem: & à pari procedere cum diſpoſitione legis. Nam hoc ceſſat:
97 quia † is, cuius fauore teſtator diſpoſuit. poteſt renūtiare ſuo fauori. ita declarādo. d. §. diſponat Decius dicit in l. cum proponas. la 1. in fi. C. de pact. & cōſ. 349. col. 2. filiꝰ ergo adeundo patris hæreditatem renuntiaſſe dicitur fauori ſuo, ſ. diſpoſitioni ſui antiqui teſtatoris.

Non obſtat tertium argumentum, quia reſpōdeo, nō eſſe abſolutè verum, hæredem poſſe contrauenire voluntati teſtōris, cui ſuccedit: cùm ei relinquit quod neceſſe habebat relinquere. Nam hoc procedit ſolùm, q̃n illi tantummodò relinquit, quod is hæres ſine teſtatoris diſpoſi
98 tione erat cōſecuturus: & nihil vltra † ex bonis ipſius teſtatoris, vt putà, ſi centum reliquit teſtator huic hæredi, quæ ſanè centum erant omninò ei reſtituēda ex alterius teſtatoris diſpoſitione, vel altero iure: ex quo enim tunc hæres nihil ex bonis huius vltimi ſui teſtatoris conſequitur, illius voluntatem non tenetur probare, ſed contrauenire & reuocare poterit. At ſecus eſt quādo ipſe teſtator, præter bona omninò à ſe hæredi reſtituenda, alia relinquit. Nam, tunc is hæres non poteſt contrauenire facto ipſius defuncti, quia ſi ab eo fuit honoratus, potuit ēt grauari, d. l. ab eo. C. de fideicom. Et adeundo hæreditatem, dē ingreſſus eiꝰ locum, ſuamque perſonam repreſentat,
99 & ideò improbare eius factum nō põr. † Et ideò Caſtr. d. conſ. 445. Tria ſunt, col. vlt. verſ. 3. facit, loquitur in caſu donationis inofficioſæ, cui aduerſatur legis diſpoſitio, necnō & ſtatutum, quib. innititur Caſtr. qui deinde ſubiungit filios illos & nepotes non fuiſſe cōſecutos ſibi debitam portionē: & ob id potuiſſe reuocare vſque ad ſummam ſibi debitam, ex l. 2. C. ſi in fraudem patro. Atq; ita loquitur Caſtrenſis iuxtà caſum relatum in præcedenti reſponſione ad ſecundum partis contrariæ argumētum. id quod (vt dixi) non euenit in caſu noſtro. Non obſtat
100 ēt illud reſpōſum Saluſtij Peruſini inter cōſilia † Caſtr. 199. Viſis dubiis, col. 2. ver. prætereà prædicta, quia loquitur relato in caſu, cum ſcilicet fraudem legi diſponens facit, & quando non relinquit debitam portionem. & ad ſuæ opinionis confirmationem citat d. l. 2. C. ſi in fraudē patro. Et idem Saluſtius præcitato loco. col. vlt. verſ. præterea,

terea,loquitur quando ad hæredem nihil peruenit ex facto defuncti. vt quia alio facto & euentu illa bona, quæ teſtatoris credebantur,ad eum peruenerunt. At ſecus eſt in caſu noſtro, in quo Do. Marcellus conſecutus eſt partem bonorum dicti D.Octauij, qui præter bona ſubiecta fideicommiſſo alia multa propria poſſidebat: & quæ quidem omnia in ipſum Do.Marcellũ peruene-
101 runt.Ita † etiam loquitur Iaſon conſi.56.col.6.verſi.3.&
102 adhuc lib.3.Ita etiam † Crau.conſ.200.num.7.cùm reſpondit,patrem non poſſe relinquere filiis ſpuriis, refragante legis diſpoſitione.& ob id patris hæredes poſſe ea relicta reuocare.Quod equidem hîc non contingit.cùm non fuerit à lege impeditus D.Octauius de re D. Marcelli hæredis ſui diſponere. Nec pariter aduerſatur au-
103 ctoritas gloſſæ in † d.cap.1 §. hoc quoque. in verbo inueſtiri,de ſucceſ.feudi.quia eam Bald.ibi.col. vlt. verſic. vlt.diſtingue,aliter intelligit.Et quò res clarior fiat,vnà diſtinguo aliquot caſus.

104 Primus eſt,quando pater † alienat ex contractu, vel ſimili actu feudum antiquum,quod eo mortuo erat peruenturum ad filium ſuum,& alienatio fuit legitimè facta,id eſt,iure permittente:& ipſi patri filius hæres non extitit. Hoc caſu patris alienatio non nocet filio,quin liberè poſſit filius reuocare feudum. Ita probat text. in ca. 1.§.item ſi fuerit,quibus mod.feud.amitta.& ca.1 §. etſi clientulus.de alien.feud.Nam in eo §.etſi clientulus, cõſtitutum eſt, hæredem maſculum, id eſt, filium maſculum poſſe reuocare alienatum feudum.Ibi textus ſumit
105 † hæredem maſculum pro ipſo filio, non autem quòd verè ſit hæres,quia ſi hæres eſſet,non reuocaret, vt mox cùm eo ſubiiciam.

106 Secundus eſt caſus,quando † pater legitimè alienauit ex cõtractu vel alia ſimili diſpoſitione feudum antiquum ex facto & prouidentia : & patri filius hæres efficitur.Hoc caſu non poteſt filius contrauenire facto patris,atque ita ei non licet reuocare feudum. ita declarari & intelligi (mea quidem ſententia,) debet Bald. in d. cap.1 §.hoc quoque,col.vlt verſi.1.caſu,&c. Nam ſi filius hæres contrauenire non poteſt,cùm feudum eſt illegitimè à patre alienatum (vt vna cum Baldo ſubiiciam infrà in quarto caſu) quanto fortius non debet poſſe contrauenire hæres quando pater legitimè alienauit? Siquidem hoc caſu duo vincula concurrunt,vnum alienationis legitimæ, alterum ſucceſſionis , quæ efficit hæredem eſſe vnam eandémque perſonam cum ipſo alienante:ſicuti abundè ſuprà diximus. Et hoc in caſu idem cla-
107 rius ſenſit † Afflic.in d §. hoc quoque.num.19.verſi ſed quando poſt mortem. dum dixit, quòd filio reuocante feudum poſt mortem patris,duo debent concurrere. Primò,quòd feudum ſit ex pacto & prouidentia:ſecundò, ꝙ confecerit inuentarium. Ecce ergo quòd apertè ſenſit Afflictus,filium non reuocare alienatum feudum, cùm eſt hæres ſine inuentario.idem Afflic.deciſ.112.num.2.Et idem ſcripſit Zaſius in epitome feudo.parte 9.de alienatione feudi. numero 28. &parte decima.de feudo. ſucceſſ.numero 62. poſt Baldum in l. qui ſe patris. numero 9. C. vnde libro quem ſupra declaraui, & alios non-nullos.

108 Tertius eſt caſus,cùm † pater illegitimè alienauit feudum antiquum:& patri non eſt hæres filius: tunc facilius poteſt reuocare feudum.Nam ſi poteſt (vt diximus ſupra in primo caſu) reuocare quando alienatio legitimè facta eſt,ergo à fortiori cùm illegitimè. Ita enim intelligo Baldum in d.§.hoc quoque.d.l.col.vlt.verſic.aut non legitimè:ibi aliàs,vt puto.

109 Quartus eſt caſus,cùm pater † illegitimè feudum antiquum alienauit,& ei efficitur hæres filius: tunc non poteſt filius reuocare alienationẽ. ita expreſsè docuit Bal. in d.§. hoc quoque,colu.vlt.verſic.aut non legitimè, qui ita interpretatus eſt gloſſam ibi, & in c.1. §. Titius. ſi de feudo fuer.controuerſ. Ita etiam reſpondit & intellexit Caſtr. conſil. 208. Dico dictum Bartholomæum. col.1. verſi.& hæc voluit gl.lib.2. quo loci ait, præter Baldume ita ſenſiſſe Iacobum Beluiſium in d.§.hoc quoque. Et vrè id ſenſit: nam & eius verba ad literam ferè tranſcripſit Bald. & ibidem Aluaro. col.5. verſic. vtrum autem factum patris. ita quoque Baldum intellexit Iacobinus à S. Georgio in inueſt. feudali. in verbo, Et cum pacto de non alienando. num.31.verſi. ſed ſi agnati.& nu.32. & Zaſius in epit. feudo.parte 9. num.27. Qua ex re conſtat
110 erraſſe † Iaſonem conſil.56.colum.6. verſic.2.vltra.lib.3. Gratum.d.conſil.91.num.35 lib.1.& Nattam conſil. 470. numero 16.libro 2.qui gloſſam & Bald. in d.§.hoc quoque, aliter ſunt interpretati. Et dum allegant Baldum in d.§.hoc quoque.col.2.verſi.pone ergo , &c. malè ad rem hanc noſtram citant; cùm Baldus non de alienatione ex contractu , ſed ex delicto , quæ hæredi filio alia ratione, quam Baldus & cæteri adfuerunt, non nocet.

Non obſtat quartum , quia reſpondeo , illam minorem propoſitionem non eſſe veram in ſpecie noſtra . Si
111 quidem † tex. ille l.vlt.C. de euict.loquitur in hærede fideiuſſoris , qui poteſt contrauenire facto ſui anteceſſoris; licèt ipſe anteceſſor qui fideiuſſit , non poſſet. vt in l. exceptione.C.eod.tit.de euic. Nos verò loquimur in hærede ipſiuſmet principales alienantis, quia vt eius anteceſſor non poſſet contrauenire; ita nec ipſe poteſt.l.venditrici.C.de reb. alien.non alien.quo loci Salic.col.1.ver.
✻ oppono quòd imò,ſcribit hanc eſſe *communẽ Doctorũ
112 opinionem , maximè † differre hæredem principalis ab hærede fideiuſſoris. Eam eſſe differentiæ rationem ſcribit , quòd hæres principalis eſt hæres auctoris , & ob id ea ratione, qua hæres & defunctus cenſentur vna & eadem perſona,ipſe cenſetur vt venditor: ſed fideiuſſor nõ eſt auctor , ſed pro conſentiente habetur , vt in d.l. exceptione C.de euictio.Et tunc demum conſentit , quando res ſua venditur: ideo nec tunc eius hæres contrauenire poſſet hæreditario nomine. Sed quando venditur res tertij, fideiuſſor non dicitur conſentiens , ſed ſimpliciter fideiubens pro euictione. vnde tertius ille eius hæres meritò poteſt contrauenire : quia & ipſe fideiuſſor , ſi illius tertij hæres eſſet , contrauenire poſſet ; licet de euictione teneretur . quam declarationem in ſpecie probat Fulgo. conſilio 67. Paterfamiliàs. colu. 4. vbi copioſè explicat. Quod factum eſt (ait Salicetus) ne hæres damno afficiatur. non tamen declarat Salicetus quomodo is fideiuſ-
113 ſoris † hæres damno affici poſſit. crederem ego affici damno quod ei non euenit vt hæredi venditoris : nam venditoris hæres in hæreditate defuncti pretium inuenit , vel ad hæreditatis vtilitatem verſum : quocircà ſiue iure ſuo , ſiue hæreditario agat , obijci ei ſemper poteſt doli exceptio ; vel ad intereſſe poterit conueniri , re euicta.d.l. venditrici. C.de reb.alien . non aliena . Hoc non poteſt euenire in hærede fideiuſſoris; qui nec pretium in hæreditate, nec hæreditatem auctam inuenit: cùm fideiuſſor nullo accepto pretio venditioni expreſsè non conſenſit : ſed ſolùm de euictione fideiuſſit : & ob id ei agenti vel ſuo nomine nulla obijci poteſt doli exceptio , neque de euictione ad intereſſe poterit reconueniri : ſecus ſi hæreditario nomine ageret , quia hæres & defunctus vna eadémque perſona cenſentur. §.1. in authen. de iureiur. à morien. præſt. rationẽ ad declarationem doctrinæ Saliceti cùm conſideraſſem , reddito iam à me multis ante diebus reſponſo, incidi in commentarios eruditiſſimi Beroij ad cap.ſi quis presbyter.num. 47.verſic.vel fortè.de reb.eccleſ.non alienan. qui & ipſe hæc conſiderauit. Et hanc rationem viſus eſt ſentire Alciat. reſp.556. ad fidem . Quamquam eo loci de ea Saliceti differentia, quam ego probo, non patum ambigat. Non quoque hîc
114 repugnat † l.defuncto.C.ſi quid in fraud. patro. quinimò opinioni Nattæ refragatur : habet illa conſtitutio duos caſus. Primus eſt quando patronus immediatè liberto ſuccedit, reuocat alienata à liberto , cui non ſuccedit vt hæres, ſed in id quod lex ei in præmium quodammodo detulit , ſicuti ibi gloſſa & Doctores ſcribunt. & hic

caſus ad rem noſtram non confert. Secundus eſt, quando patronus ſucceſſit liberto, & ab eo facta approbauit, & deinde moritur patron⁹ relicto hærede, tunc is patroni hæres non poteſt reuocare alienata à liberto, vt nec potuiſſet ipſemet patronus. Et hic eſt caſus noſter, in quo dicimus, hæredem non poſſe reuocare, quæ non poſſet ipſe ſuus anteceſſor.

Non etiam obſtat illud ſecundum ex ſimili doctrina
115 † Baldi in l. pactum quod dotali. q. 2. C. de colla. & in l. vlt. C. de pact. quia loquitur Baldus quando nepotes veniunt ex ſua perſona ex edicto ſucceſſorio, omiſſa ma-
116 tris renuntiantis hæreditate. Nam, ſi † hæredes matris eſſent eius renuntiationi non poſſent contrauenire, ex d. l. cùm à matre. C. de rei vind. Ita in ſpecie Baldi doctrinam declarat Dec. in d. l. pactum quod dotali. nume. 18. verſi. ſecundus caſus. C. de collat. idem ſcripſerunt Rubeus conſi. 12. nu. 12. Pariſ. conſi. 69. nu. 70. lib. 3. & clarius Didacus in cap. quamuis. parte 3. § 3. nu. 7. de pact. in 6. & in ſpecie Caſſaneus conſi. 69 num. 2. & nume. 8. & conſi. 47. nu. 33. vbi clarius idem reſpondit.

117 Non etiam repugnat tandem illud reſponſum † Baldi conſi. 215. lib. 2. quod à Natta adducitur: ſi quidem loquitur Baldus quando pater renuntiauit feudo, & filius ei hæres non efficitur. Nam ex quo à patre nihil habet, nec factum eius approbare dicitur; & per cõſequens renuntiatio ab eo facta ei non nocet. Quòd autem Bald. loquatur in filio non hærede patris, vel ex eo primò conſtat, quòd in eo ſecundo articulo nullum de hoc verbum facit. ſecundò, quia in præcedenti articulo ab ipſo diſputato, an inueſtitura à patre ſuſcepta, qua feudum eſt immutatum, filio noceat; arguit Baldus, nocere debere; quia ſi filius vult habere feudum, debet etiam eſſe hæres patris; & tãquam hæres deinde ei nocet patris factũ. Ecce, quòd Baldus præſupponit ſuo illo in caſu, filium illum re ipſa non fuiſſe effectum hæredem; ſed ſolùm ait, quòd debet eſſe hæres. Cùm ergo in ſecundo articulo diſputat Baldus de renuntiatione à filio reuocãda ex eius perſona, præſupponit, filium ipſum hæredem non extitiſſe patri. Et ita declarandus eſt Baldus, qui alioqui & malè & aduerſus aperta iura reſpondiſſet. Et ita etiam intelli-
118 gi & declarari debet † Rui. conſilio 220. libro 1. aliàs malè reſpondit.

Non obſtat quintũ argumẽtum, quia reſpõdeo, falſũ eſſe, quòd hoc factũ ſit ad fraudandũ ipſũ D. Marcellum, qui quidẽ, dum approbauit voluntatẽ ipſius D. Octauij adeundo eius hæreditatẽ, non poteſt nunc allegare, hoc
119 eſſe factum ad ſui fraudem. Non enim † ſcienti & volenti fraus fit. c. ſcienti, de regul. iur. in 6. Nec poteſt hoc in caſu dicere D. Marcellus, eſſe hoc legatum ad ſui fraudem, ne ſcilicet bona illa fideicommiſſi ſibi reſtituenda conſequeretur. quia reſpondeo, ipſum D. Marcellum tantundem aſſecutum fuiſſe, ex quo non confecto legi-
120 timo inuentario lex fingit tantum † eſſe in hæreditate quantum eſt in onere, quo grauatur, vt ſcribunt omnes in l. vlti. §. in computatione. C. de iure delib. & clarè Rui. conſi. 42. nu. 3. ibi, fingitur enim. li. 5. Eſt enim quòd ſuæ facilitati adſcribat: quoniam antequam hæreditatẽ adiret, perſcrutari debebat, an vtilis vel damnoſa futura eſſet aditio illa. Damnum ergo quod quis ſua culpa ſentit, ſibi, non alteri imputare debet. ca. damnum, de reg. iur. in 6. cũ ſimilibus. Nec me mouet quod inquit Gram. d. deciſ. 93. in fin. deciſum ita fuiſſe in concilio. Neapolitano; quia reſpondeo, excelſum illud concilium fuiſſe fortè motum illa ratione, quia in eo caſu confectum fuerat inuentarium; vt ipſe eo loci refert, num. 10. & nihil ferè ex bonis illius teſtatoris fuerat hæredi relictum: non mirum ſi non impediebatur contrauenire facto defuncti quòd hîc non contingit.

121 Non obſtat ſextum argumentum, quia reſpondeo, † errorem non præſumi: ſed probandum eſſe ab eo, qui illum allegat. Ita omnes in l. ſi poſt diuiſionem, ibi Iaſ. nu. 3. C. de iuris & facti ign. Cra. conſi. 255. nu. 5. qui in ſpecie loquitur de eo, qui dicebat erraſſe, negando bona ſubeſſe fideicommiſſo, cùm tamen verè ſubeſſent, cùm (vt inquit Crauetta) non præſumatur hîc error, ſed probari debet. Præterea, quod dicitur, ex falſa cauſa ita diſpoſitum à D. Octauio, non eſt verum. Non. n. expreſſa adeſt aliqua
122 † cauſa falſa: ob id diſpoſitio non eſt inualida. l. 1. vbi Bald. nu. 17. C. de falſa cauſa adiecta lega. atque ita etiam ſenſit Soc. Sen. conſi. 166. col. vlt. prope medium. lib. 2.

Reſpondeo ſecundò, admiſſo etiam, quòd ipſe Dom. Octauius ignorauerit hæc bona fuiſſe ſub fideicõmiſſo, nihil tamen hoc refert ad inualiditatem diſpoſitionis:
123 quoniam non refert, ſciuerit, vel † ignorauerit teſtator rem quam relinquit, alteri fuiſſe ſui hæredis. §. non ſolùm. verſi. quod autem, vbi glo. & Doct. Inſt. de legat.

Reſpondeo tertiò, Do. Octauium reliquiſſe hæc bona D. Cæſari ſanguine ſibi coniuncto, quo fit vt adhibenda
124 non ſit differentia, an † ſciuerit Dom. Octauius vel ignorauerit bona hæc eſſe aliena, hoc eſt futura D. Marcelli, ob reſtitutionem, quam ei poſt mortem ſuam facere tenebatur. ita probat l. cùm rẽ alienam. C. de leg. & copioſè Iaſ. num. 5. ſcribit, hoc caſu errorem non nocere. Idẽ ſcribunt Alc. in tracta. de præſump. reg. 1. præſump. 28. & Tiraq. in trac. de pœnis legum, &c. cauſa. 22. nu. 27.
125 & in ſpecie de eo † teſtatore, qui per errorem legauit bona ſuppoſita fideicommiſſo, quæ propria eſſe credebat, reſpondit Beilon. conſi. 9. nu. 8. ſi ergo hoc procedit in bonis alienis, quantò fortius in his, quæ ipſius hæredis erant?

Non obſtat ſeptimum argumentum, quia reſpondeo
126 illam † Saluſtij traditionem d. conſi. 199. inter conſilia Caſtrenſis, non eſſe veram: & in ſpecie contrariũ tñdit Paulus ipſe Caſtr. conſi. 208. Dico dictum Bartholomæum, lib. 1. vbi reſpondit in claris his terminis: Nicolaus quidam auus maternus Bartholomæi & Danielis alienauit feudum, quod ad ipſos, Bartholomæum ſcilicèt & Danielem, deuoluebatur: & deinde filiam hæredem reliquit, cui quidem filiæ hæredes extiterunt ipſi Bartholomæus & Daniel. Volebant hi fratres reuocare eã alienationem ab auo materno factam. Reſpondit Caſtrenſis, reuocare non poſſe: quia, ex quo mediãte eorũ matre hæredes extiterũt ipſi Nicolao auo, non poſſunt eius factum improbare. Et Caſtrenſem ſecutus eſt Boe. q. 23. nu. 20. Eiuſdem ſententiæ aduerſus Saluſtium fuit Sigiſmundus Loffredus conſ. 1. nu. 168. qui copioſè diſſerit. Ea eſt
127 ratio, quia ſi primus † hæres tenetur obſeruare quod à ſuo anteceſſore factum eſt, pari ratione tenetur & hæres mediatus, ad quẽ obligatio immediati hæredis tranſit. Et ille in quẽ alienatio eſt facta: tutus eſt exceptione, quæ vti perpetua eum defendit à quouis hærede. Et ideò dici
128 mus ꝙ † hæres hæredis dicitur propriè hæres, cùm locum hæredis ſubeat, & eius perſonam ſuſtineat. l. hæredis appellatione. vbi gl. & Doct. & l. ſciendum, de verb. ſign. & l. ſi. quis filiũ. §. vlt. ff. de acq. hær. & l. qui per ſucceſſionẽ. ff. de reg. iur. Et hoc intelligit † verè & propriè, non autẽ fictè & impropriè, quemadmodũ ſcribunt Bald. in l. vlt. q. 21. C. de hæred. inſt. Iaſ. d. l. ſi quis filium. §. vlt. nu. 7. ff. de acq. hær. idẽ in l. filius ſa. §. diui. 1. lec. nu. 100. Soc. Sen. conſi. 253. col. 3. verſi. ex quib. li. 2. Cagn. in d. l. qui per ſucceſſionem. nu. 11. de reg. iur. & Alc. in d. l. hæredis
130 appellatione, de verborum ſign. Quinimò † & hæres hæredis propriè hæres eſſe dicitur in ea diſpoſitione, quæ ſtrictam habet interpretationem, ſicuti in conditione, quæ licèt in forma ſpecifica impleri debeat. l. qui hæredi, & l. Mæuius. ff. de cond. & dem. attamen iuſſus
131 † dare hæredi ſatisfacit, ſi dat hæredi hæredis. l. cùm ita datur §. vlt. de cond. & dem. & in ſpecie ſcribunt Bart. in l. ſi ſtipulatus fuerim per te. num. 5. de verb. ob. Aret. in l. pater fa. ad fidem. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. Iaſ. in d. l. ſi quis filium. §. vlt. num. 9. Dec. in d. l. qui per ſucceſſionẽ. num. 4. & eo loci Cagn. num. 5. de reg. iur. His accedit illa * recepta ab omnibus ſententia, quòd illud remedium
132 † atque beneficium poſſeſſorium conceſſum à l. vlt. C. de edicto

de edicto diui. Adr. toll. quo hæres scriptus in testamento, mittitur in possessionem bonorum, quæ possidebat is testator tempore mortis suæ, conceditur & hæredi hæredis scripti, cùm & ipse propriè hæres sit & scriptus legis dispositione. ita scribunt omnes in d. l. vlt. C. de edic. diui Adria. tollen. ibi Barto. num. 11. Bald. num. 35. versic. idem in hærede. Decius num. 27. Cur. Iun. num. 53. & Vbertinus Zucchardus num. 236. Et scripsi in commentariis de adipiscenda possessione, remedio quarto. q. 30. qui sanè commentarij propediem in lucem prodibunt.

Quibus constat non obesse rationes illos, quas attulit
133 Salustius † ille Perusinus ad suæ opinionis confirmationem. Non enim obstat illud primum, quòd licèt hæres repræsenter personam defuncti, non tamen secunda persona, hoc est, hæres hæredis repræsentat ipsum defunctum, propter mediam personam; quæ tollit habilitatē extremorum. Nam esset causare & coniungere plures fictiones, quod dicendum nō est. l. 1. C. de inof. don. & scribit Bartol. in l. si is qui pro emptore. ff. de vsucap. Hæc ratio diluitur ex relatis suprà: quia verius est, hæredem hæredis repræsentare personam defuncti, alioqui non posset d ci vetè & propriè hæres, vt verè est. Nec media illa persona impedit, quandoquidem medium habile & conueniens non impedit extrema coniungi: vt scribunt omnes in d. l. siis qui pro emptore. Et admisso, quòd media persona esset inhabilis, non tamen adhuc illa impedimento esset, quin hæres hæredis repræsentaret primū illum defunctum, quandoquidem repræsentatio non fit ob personam repræsentantem: sed ob bona & hæreditatem, quæ à defuncto transeunt in hæredem. Et ideo non habetur ratio personarum, sed ipsius successionis, quæ efficit vt remotissimus etiam hæres dicatur testatoris hæres: vt dicitur in l. qui per successionem, de reg. iur. Et cū hæreditas & successio sit eo onere grattata, ad quem illa
134 transit, etiam onus transit. Non etiam repugnat. † l. qui liberis. §. hæc verba, de vulg. quàm is Salustius citauit, quia respondeo, d. §. hæc verba. procedere, cum dispositio testatoris est restricta ad certum & designatum hæredem, quem nominatim testator retulit, vt est quando testator grauat hæredem suum infrascriptum, & deinde hæredem illum nominat, nam de eo, & non de altero intelligitur dispositio. ita procedit d. §. hæc verba, vt eo loci declarat & intelligit Bartolus & alij, quos refert Cagnol. in d. l. qui per successionem. numero 8. de reg. iuris: quandoquidem is hæres hæredis non venit ex iudicio testatoris. quod probauit & Alciat. in l. hæredis appellatione, de verbor. sign. & non dissentit Zucchardus in d. l. vlt. nume. 242. C. de edicto diui Adri. toll. Præterea ex sententia Bar. in d. §. hæc verba, ille tex. procedit in dispositione hominis, que verificatur solùm in primo hærede. id quod probarunt & alij plures, quos refert Zucchardus in d. l. vlt. nume. 241. versi. 2. modo. etsi ipse dissentiat. Nos verò non versamur in dispositione hominis, sed legis, qua constitutum est, hæredem, ideſt, eum qui habet cōmoda successionis, nō posse improbare factum sui prædecessoris, hoc est, teneri sustinere onera ab illo hæreditati imposita. Non etiam repugnat illa do
135 ctrina † Baldi in l. vlti. C. de hære. insti. quam is Salustius allegauit: quia respondeo, procedere in pœnalibus, in quibus à persona non receditur ob strictissimam interpretationem. ita declarant Decius Cagnol. in d. l. qui per successionem, de reg. iur. ille numero 5. iste nume. 10. Id quod procedit à præsumpta voluntate testatoris, qui fortè cognita hæredis sui negligentia, eum adiecta pœna excitare voluit: quod non contingit in hærede hæredis. Præterea intelligitur relata doctrina cùm pœna nominatim est hæredi iniuncta; sicuti declarat Corneus in d. l. vlt. numero 9. C. de hæred. inst. à quo Cagnolus non
136 dissentit. Rursus quod ait is Salustius, † hæredem hæredis nil habere ab illo primo defuncto, est falsum: quia imò ab eo habet d. l. qui per successionem. Sed esto, quòd nihil ab eo primo haberet, adhuc idem est: quia si habet ab illo hærede, cui ipse succedit immediatè, is primus hæres obligatus satis dicitur obseruare factum defuncti. Ista ergo obligatio, quæ huic ineſt, transit in suum hæredem, atque ita successiuè, adeò quòd ita nouissimus hæres ac primus tenetur illud factum obseruare.

Non obstat octauum, quòd scilicèt Do. Marcellus confecerit inuentarium: quia multipliciter respondeo. Et primò illud inuentarium à D. Marcello factum nil ei
137 suffragari: quandoquidem ex multis constat esse † illegitimum: & per consequens hoc casu nil prodesse: sicut in specie respondit Soc. Iun. cons. 108. nu. 43. lib. 2. Quòd autem inuentarium sit nullum, multis demonstratur.

Primò, quia constat ex iudiciali confessione in actis facta à dicto D. Marcello anno 1527. die 8. Februarij, ipsum declarasse, se hæredem esse dicti D. Philippi patris sui, & tamen inuentarium solùm fuit cōfectum eo anno mēse Maio, atque ita longè post triginta dies aditæ hæ-
138 reditatis, † intra quod tempus tenebatur hoc inuentarium conficere: iuxta l. vlt. §. si verò postquam. C. de iure delibe. & ibidē Doctores. Romanus cons. 84. col. 2. vers. quamobrem. Raphael Comens. cons. 65. D. Thomenus. Abbas cons. 73. nu. 7. li. 2. Guido Papæ. q. 571. Aliqui Do
* ctores. & Dec. cons. 633 nu. 2. vbi hanc * communem esse testatur. Secundò deficit inuentarium, quia non fuerunt citati ij de quorum interesse agitur: iuxta text. §. si verò absint, in auth. de hęred. & Falcid. vt tamen erat necesse
139 † citare nominatim illos, qui erant certi, & per edictum incerti. Quod clarè respondit Dec. cons. 251. numer. 4. qui in his terminis loquitur. & sensit idē Dec. in d. cons. 633. nu. 19. idem respondit Abbas cons. 73. num. 6. lib. 2. Nec me mouet, quòd necesse non fuit citare D. Cæsarem
140 creditorem ac legatarium, ex quo erat tantum † creditor cōditionalis: quia nō potest agi de euictione, nisi secuta illa sit, lata sententia. l. euicta. §. duplæ. ff. de euictio. gl. Bar. & Castr. in l. si seruum, in prin. ff. eo. Cast. cons. 208. Visis omnibus, quæ in puncto. col. 1. versi. aut dicemus. lib. 1. Alex. cons. 119. nu. 33. lib. 6. & Cæpolla, cautela 71. Si ergo est conditionalis creditor, non potuisset eo tempore de euictione experiri etiam ratione euentus, ita sentit Alex. in additio. ad Bal. in l. ex his prædijs de euictio.
141 dū intelligit † d. l. ex his prædiis, hære locum in obligatione pura, non autem in conditionali. Idem Alex. cons. 65. nu. 4. li. 5. qui eiusdem opinionis esse Baldū censuit. Et hos secutus est Negusant. in trac. de pignorib. part. 5. mēbro 1. num. 24. vers. tamen idem Alex. Non inquam hoc repugnat, quia respondetur, illam Alexandri & sequaciū opinionem esse dubiā, cū ipsemet Alex. cōs. 97. nu. 10. responderit, dispositionē d. l. ex his præd ij, habere locū & in re obligata sub cōditione: quia ille dubius euentus est in cōsiderarione. Præterea, admisso q illa prima opinio. Alexandri sit verior: attamen adhuc nihil obest. Nam,
142 etsi creditor conditionalis dici non possit † creditor propriè, vt suum creditum exigere valeat, vt scribūt Doctores in l. 1 ff. si cert. pet. ibi Dec. in 1. ſactu. nu. 29. Ripa, nu. 101. & Curt. Iun. nu. 72. Ias. in l. qui Romæ. §. duo fratres. num. 25. & ibidem Ripa, num. 70. de verb. obl. g. attamen propriè creditor dicitur in cæteris, ne ius suum læ. atur,
143 sicuti videmus † eum mitti in possessionem vt eis cautum sit pro legato consequendo euenient conditione. l. in possessionem, in prin. ff. ex quib. causis in possess. eatur. Scribit Cæpolla in l. creditores. numer. 9. de verb. signific. Et ideo ex eo textu d. l. in possessionem, docuit Decius in d. l. 1. numero 29. si certum peta. creditorem conditionalem in materia indifferenti esse propriè creditorem. Quod maximè procedit in casu nostro, in quo iam ex parte D. Marcelli conficientis inuentarium suberat spes recuperādi bona hæc fideicommissi, cùm eo intuitu confecto inuentario se munierit: & econuerso timor adesse poterat futuræ euictionis ex parte D. Cæsaris legatarij atque creditoris. Et illud certum est, ius condi-
144 tionale, quod † ex actu præsenti, vel præterito spem aliquam habet, esse considerabile, & ius illud auferri ab a-

liquo non poteſt.l. inde Neratius.§. idem Iulianus. ff.ad l.Aqui.Are.conſil.166.col.vlt.& egregiè Gomeſ.in commentarijs ad regulas cancellariæ, de non tollendo iure quæſito.q.4.pag.4. verſi.ſecundus caſus eſt. Si ergo hoc ius conditionale eſt in conſideratione, ſequitur dicendũ debuiſſe hunc citari, ne in iure ſuo lædatur, iuxta l.de vnoquoque.ff.de reiud. Et, ni ego fallor, credo hac de re eſſe textum in ſpecie in §. ſancimus, in auth.de hære. & 145. Falcid. quo loci Iuſtinianus ſtatuit,in † confectione inuentarij ab hærede eſſe vocandos fideicõmiſſarios,hoc eſt, illos, quib.conditione aliqua eueniente, reſtitui hæreditas debet. Quod non alia ratione factum eſt, quam quòd ne eorum ius, quod cõſiderabile eſt,lædatur. Præ-
146 tereà ex alio corruit hoc † inuentarium, quia non fuerunt conſcripta in eo multa bona pretioſa, quæ extitiſſe in domo tunc temporis probatum fuit. Et ideo ob hunc dolum corruit inuentarium. ita ſcribit Dec. conſilio 633. numero 10.& Abbas d. conſilio.73. nu.6.verſi. præterea, lib.2. Rurſus fuit probatum teſtes adhibitos in ea confe-
147 ctione inuentarij fuiſſe † pauperes, inopes, & conditionis deploratæ:cùm tamen leges requirant eos eſſe oportere locupletes, & bonæ conditionis & famæ,ita reſponderunt Bart.conſil.154. Maritus.nu.9.lib.1. & Dec.conſi. 633.numero 15. Huic tamen poſtremæ rationi non multum confido,cùm à Bartolo diſſentire videatur Bald. in l.vlt.in fi.prin. C.de iure delib.& conſi.145.Inuentarium col.2.verſi.item & protestibus.lib.4.

Reſpondeo ſecundo loco principaliter, quòd etiamſi confectum inuẽtarium ſit iure validum, attamen adhuc Do.Cæſar legatarius atque creditor eſt tutus, ex quo D. Marcellus adhuc habet apud ſe multa ex bonis aui & patris ſui, quæ quidem bona contendit Domi. Marcellus
148 velle retinere pro ſua † legitima, quam aſſerit aliquo onere non potuiſſe grauari: quẽadmodũ ſcribit gl.inl.vlt. §.in cõputatione. C.de iur.delib. Eſt inquã tutus D. Cæſ.
149 quia falsũ eſt, q̃ D. Marcell. poſſit detrahere † legitimã ex dictis bonis,quin priùs ſatisfactũ ſit D.Cæſari & cæteris creditorib.nã verior eſt illa ſententia gloſſæ l.cũ à matre.C.de rei vind.cùm dixit, hæredem teneri etiam reſpectu legitimæ obſeruare factum defuncti. Quam ſanè
* doctrinam eſſe veram & *communiter receptam atteſtatur Iaſon in d.l.vlt.§.in computatione. numero 10.verſi. breuiter determinatio.C.de iure delib. comunem etiam teſtatur Io.Nicolaus Arelata.in rep.l. Generaliter num. 128.verſi. eſt ergo communis. C.de ſecund.nup. Nec hic repugnat quòd hæc non procedant, quando alienatio
150 eſt facta † titulo lucratiuo: quia tunc de euictione hæres non tenetur:vt in ſpecie declarando d.l.cum à matre, ſcribit Io.Nicolaus.d.l.generaliter,numero 129.verſ.Saluari tamen. Non inquam hoc repugnat: quandoquidem hæc bona non propria ipſius D.Octauij teſtatoris legantis erant, ſed ſuorum ſucceſſorum: quo caſu hæredes ipſius D. Octauij tenentur de euictione,iuxta l.cùm alienam.C.de leg. Scribunt Bar. in.l.ſi domus §.de euictione.nume.3.verſi.tertium membrum, & ibidem Iaſ.num.
151 28.de leg.1.& hoc modo declarari poteſt doctrina † Alciati reſp.156. ad finem, de qua aliquando dubitaui.

Non obſtat nouum argumentum, quia reſpondeo,
152 & animaduertendum cenſeo,† Gratum in d.conſ.num. 31.verſi.tertiò reſpondeo,lib.1.non mediocriter æquiuocare.Quod diſtinguendo duos caſus ita planum facio.
153 Primus eſt,quando † creditor habens ex aliquo iure hypothecam in bonis ſui debitoris, directò efficitur eius hæres.Hoc caſu ſine controuerſia confunditur omnis actio,quam habebat in bonis illis.Ea eſt ratio,quia eſt effecta vna perſona cum ipſa ſuo debitore, & patrimoniũ eſt confuſum:& ideò extinguitur omnis hypotheca, ſicuti etiam extinguitur hoc caſu & realis & perſonalis actio.Et hic caſus procedit ſiue bona hypothecata reperiantur in bonis teſtatoris tempore quo ei ſucceditur, ſiue reperiantur apud alterum de voluntate ipſius teſtatoris,qui in illum alienauit & tranſtulit.Nam hîc hæres directus illa auocare nõ poteſt per hypothecariam,quia, ſi non poſſet teſtator ſi viueret,nec etiam poſſe debet hic hæres,qui loco illius eſt.Hic eſt caſus noſter,in quo diximus,D.Marcellum hæredem D.octauij non poſſe reuocare per hypothecariam alienata fideicommiſſi bona in D.Cæſarem,quia nec contra ipſummet D. Octauium actionem habuiſſet,ob id quòd ei ſuccetſit,loquũtur Do-
154 ctores à nobis relati. Et clarè in ſpecie † actionis hypothecariæ ita reſpondit Rom.conſi.148. Hæc venditio, in fine.

155 Secundus eſt caſus, cùm creditor habens † hypothecariam ſuccedit ipſi debitori per fideicommiſſum.& hypothecata bona eueniente conditione reſtitutionis, reperiuntur in bonis reſtituendis. Hoc caſu creditor iſte, vel illius hæres poteſt reſtituendo fideicommiſſum retinere hæc bona ſibi hypothecata. Eſt ratio,quia ſucceden do ex fideicommiſſo à teſtatore nihil conſequitur, ſed quod habet ob Trebellianicam,à lege habet:& ideò non eſt adeò effectus vna perſona cum teſtatore, quin eueniente caſu reſtitutionis fideicõmiſſi ſua priſtina actio ſalua ſit. Ita loquuntur Doctores in d.l.debitori. C.de pac. quos Grat.recenſet. Et hic caſus (vt re ipſa conſtat) differt à præcedenti : atque ita à noſtro multum diuerſus. Non enim noſtro in caſu diſputatur, an Dom.Marcellus hæres D. Octauij poſſit retinere bona illa fideicommiſſi ſibi debiti, à ſuiſque maioribus relicti, eo quòd ſucceſſerit D.Octauio per fideicommiſſum:quia verè non ſucceſſit ipſi Do. Octauio per fideicommiſſum, ſed directò mediante perſona patris ſui. Et tanquam hæres directus ratione ſui crediti nec realem, nec perſonalem, nec hypothecariã habet in bonis ipſius D. Octauij: & per cõſequens nil poteſt recuperare à D. Cæſare poſſeſſore, qui voluntate dicti D. Octauij factus eſt dominus.

Non obſtat vltimum argumentum, quia reſpondeo multipliciter. Et primò, veriorem eſſe contrariam ſentẽ-
156 tiam, quòd † ſcilicet de iure canonico in foro cõtenſioſo hæres non confecto inuentario, teneatur ſatisfacere debita defuncti teſtaroris etiam vltra vires hæreditarias. Ita enim in ſpecie ſibi parum & conſtans affirmauit Bal.in l.vlt.in prin.numero.9.C.de iure delibe.qui clarè differentiam conſtituit inter forum conſcientiæ & forũ contentioſum iuris canonici,& aſſerit, in foro iuris canonici hæredem hunc teneri vltra vires hæreditatis, ſi non confecit inuentarium.idem Bal. in l.filium quem habentem.nume.37.verſi.ego breuiter.C. famil. ercis. Et idem
157 verè docuit † Hoſt.in ſumma teſtamen. §. ad quid hæres.verſi.quid ſi non ſufficit hæreditas.&c. etiamſi Bald. in d.conſi.69. lib.4. aliter, & malè, Hoſtienſis verba ſit interpretatus. Quod, vt planum faciam,verba ipſa Hoſtienſis reſcripſi. Quid ſi non ſufficit hæreditas ad perſoluenda debita? Diſtingue ſecundum leges, vtrum cõfecerit inuentarium, & tunc non tenetur vltrà vires hæreditatis: vel non fecerit, & tunc tenetur. C. de iure delib.l.ſancimus.Et idem videtur ſecundũ ius canonicum, infra eo.c.Raynutius.§.penul.in fi.In iudicio autem animæ non puto quòd teneatur vltra quàm ad ipſum peruenit de ipſa hæreditate, quamuis ſibi imputari poſſet quò ad detractionem falcidiæ faciendam,vt notatur eodem verſic. & hoc ſi inuentarium. Hæc Hoſtienſis. Cu-
158 ius quidem verba fuerunt malè † à Baldo conſiderata. d.conſi.69. cùm reſpondit, Hoſtienſem ſcripſiſſe, iure canonico hæredem non conficientem inuentarium non teneri creditoribus vltra vires hæreditarias. Nam (vt videmus apertè) contrarium dixit Hoſtienſis: ſed quò ad iudicium animæ (de quo infrà) cenſuit Hoſtienſis, hæredem hunc teneri. Idẽ quod Hoſtienſis docuit Io. Andr.in c. quãquam.nu.11.de vſuris. in 6. in nouella. Quos quidem ita intellexit & Romanus in auth.ſimiliter. nu.
* 107.C.ad l.Falcid.qui atteſtatur, hanc eſſe *communem opinionem Canoniſtarum. Et tota illa Romani diſputatio deſumpta eſt ad literam fere ab Anch. conſil. 411. incipit, Et prima facie, Ancharani tamen nomine ſuppreſſo.et-

presso: etsi ipse Romanus & priùs Ancharanus ab hac opinione dissentiant. Idem cum Hostiense clarius & apertius responderunt Abbas consil.73. numero 8. versic. Nec obstat. li.2. qui rationes egregias & maximè annotandas adfert. & Ruinus consil.20.num.6.lib.4. Quibus
159 constat † Baldum in d. consil. 69. lib. 4. & in rubr.ff.de acq.poss.versi.bene tamen fateor. errasse.¶Nec ratio, quia is & cæteri eius sequaces moti sunt, vera est. Aiunt illi, ius pontificium non cõsiderare præsumptam illam fraudem, quòd scilicet hæres, non conficiendo inuentarium præsumatur occultasse & subtraxisse bona hæreditatis, vt infrà in sequenti responsione dicam:quam sanè fraudem lex ciuilis præsumit. Non inquam (aiunt illi) lex pontificia hanc perpendit, cum veritati innitatur. Hæc ratio nõ est vera,quia etiam lex canonica super præsumptionibus fundamentum constituit.cap.literas, de restit. spolia. &c.tua nos, de sent. excom. & scribunt Io. Andr. & cæteri iam relati. Et quòd dicitur veritatẽ solam spectari, in foro animæ solum(vt infrà subijciam) procedit.

Respondeo secundo loco (admisso quòd hîc versemur in foro conscientiæ: cùm verius tamen sit versari in foro contentioso iuris canonici) quòd immò attento etiam iudicio animæ hæres hic tenetur vltra vires hæreditatis ob non confectum inuentarium. Hac enim in di-
160 sceptatione, an in iudicio animæ hæres teneatur † vltra vires hæreditatis, cùm non confecit inuentarium: sunt tres Doctorum opiniones. Prima est, absolutè negatiua quòd scilicet non teneatur.Ita scribunt Host.& Io. Andre. suprà relati,quos ita intellexit & secutus est Bart. in rubr.ff. de acqui.hære.numero3.& in l.gerit.eo.tit.Bald. in l.filium quem habentem. numero 37. versi. ego breuiter. C. famil. ercis. & in d.l.vlt.in prin. numero 9. C.de iure delib.Alex.in rubr.ff. de acquir. hære.num. 5. & ibi-
* dem Iaſ.num.23. &Roman.eo.loci. col. 1. * communem hanc esse opinionem asserit.Hãc quoque secuti sunt Abbas consi.73.Circa primum dubium.num.9. lib.2. Felin. in cap.1.num.44.de consti.Ruin.d.consi.20.nume.6.lib. 4.&Did.in cap.1.num.16.de testi.Quibus accedunt Abbas in cap.1.de solutio.& Bero.in cap.dilecti.num.67.de arbitr.Ea ratione mouentur,quòd in animæ iudicio nõ præsumptio,sed sola veritas spectatur.

161 Secunda fuit † opinio præcedenti contraria, quòd scilicet hic hæres teneatur etiam vltra vires hæreditarias.Hanc probarunt Feder. de Senis consi.21. Angelus in l.1.§.hæc stipulatio,colum.2.vers.in aliis verò.ff.si cui plus quàm per legem Falcid.& Cast.in rubr.ff.de acqui. hære.num.2.Ea ratione hi adducuntur,quòd leges ciuiles censentur diuinitus promulgatæ per ora principum. cap.quo iure.8.dist.& cap.vlt. 16. q.3.Et, vbi peccatum non continent,à lege canonica approbatæ dicuntur. ca. de capitulis.dist.10. &c.c.1.de oper.noui nunt. & scribit D.Thomas,1.2.q.46.arti.4.

162 Tertia fuit opinio † Aret.in d.rubr.ff.de acquir. hære.col.2.qui conciliando duas relatas opinjones,duos casus ita distinguit.Primus est casus,cùm agitur de legatis
163 à testatore relictis & ab hærede præstandis,hoc casu, † si hæres non confecit inuentarium, in foro animæ non tenetur vltra vires hæreditatis.Et ita procedat opinio illa Hostiensis, Ioan. Andr. & sequacium. Et verè idem sensit Bart.in repe.l.1.num.45.C.de sacrosanct.eccl.& ibidem clarius Andreas de Besseris in sua repe.num.130.&multò clarius in specie Abbas consi.73.num.8.versi. Nec obstat.lib.2.Ita etiam loquitur Angel.in l.in testamento.la 2.C.de testa.mil.Et si rectè perpendatur,idẽ sensit Host. in d.§.ad quid hæres,ibi,vers.sed cui debet primò. Nam
164 hoc casu lex † ciuilis,quæ statuit hunc hæredem non cõficientẽ inuẽtariũ teneri legatariis vltra vires hæreditatis, est fundata in præsũpta illa fraude, q scilicèt hæres subtraxerit bona hæreditatis, & illa occultauerit. sicuti probattext. §.hinc nobis, in auth.de hære.& Falci. Quã quidẽ fraudẽ præsumptã (vt diximus) non cõsiderat iudiciũ animæ.Cùm ergo nos non versemur hoc in casu, ex quo non agitur hîc de legatis, quibus D. Marcellus grauatus nõ fuit à D.Octauio,cessat hæc disputatio.Se-
165 cundus est casus, cùm † agitur de ære alieno contracto à testatore viuente,& persoluendo ab hærede. Hoc in casu,hæres non confecit inuẽtarium, tenetur etiam in foro conscientiæ creditorib. satisfacere vltra vires hæreditatis.Et hoc casu,(qui verè noster est) procedit secundùm Aretinum opinio Feder.De Senis, & aliorum. Et hanc sententiam in specie probauit Did. in c.1 nu. 16. de test.Idem verè sensit Guilielmus Benedictus in c. Raynutius,in verbo mortuo itaque testatore,il.1.nume.396.
166 eo.ti.de test.Ea ratio,quòd lex † ciuilis,quæ voluit hærẽ non conficientẽ inuentarium teneri vltra vires hæreditatis soluere æs alienum creditorib.non est fundata in ea præsumptione, quòd hæres subtraxerit & occultauerit bona hæreditaria)vt in casu præcedenti)sed est fundata in veritate, nempè, quia hæres adeundo hæreditatem quasi contraxit cum illis creditoribus: & illis visus est promittere eam summam.ita probat text.l.vlt. in prin.C.de iure delib.quem perpendit Aret.in d.rubr.ff. de acq.hær.col.2.Cùm ergo lex ciuilis non præsumptiòni,sed veritati innitatur,dicendum est,eam quoque obseruandam fore in iudicio animæ. Et per consequens in casu nostro,si modò in eo foro versamur, quod non concedo.Nam hîc est in contentio quòd D.Octauius reliquit hæc bona D. Cæsari in cõpensationem eorum quæ ei debebat:atque ita omni casu D.Octauij hæredes fuissent debitores ex ære alieno iam in vita contracto.Præterea obligatio ad conseruationem relicti fuit causata in persona D.Philipi primi hæredis, & illa deinde descendit in D.Marcellum,qui ob id asserere non potest,quòd obligatus sit immediatè ex causa legatorum,sed ex causa obligationis sui antecessoris immediati, in eumque translatæ.Concludo itaque,rectiore iudicio semper saluo,D Marcellum nullo pacto posse recuperare hæc bona fideicommissi relicta à Do.Cæsari,qui omni ex parte, At abundè demonstrau i,tutus est.

Iacobus Menochius. I. C.

SVMMARIVM

1 *Iuspatronatus est quid oneroſum Eccleſiæ,cui quædam imponitur ſeruitus.*
2 *Epiſcopus non poteſt ſubiicere Eccleſiam ſeruituti,vel eius libertatem alienare.*
3 *Iuspatronatus laicorum in Eccleſia eſt quid de iure ſpeciali.*
4 *Eccleſiaſtica apud laicos eſſe non debent.*
5 *Sed in poteſtate Prælatorum eſſe debent.*
6 *Epiſcopus nihil poteſt contra ius commune.*
7 *Inferior nullatu habere dicitur poteſtatem in diffinitis à ſuperiore & num.33*
8 *Pontifex poteſt in fundatione Eccleſiæ apponere conditionem. quòd laicus fundator intereſſe poſſit electioni ſacerdotum,nõ tamen eam conditionem adiicere.*
9 *Iuſpatronatus tribus modis acquiritur.*
10 *Iuſpatronatus non acquiritur ſi quis aliquid Eccleſiæ, etiam cũ conſenſu Epiſcopi dederit.& quomodo procedat.nu.41.*
11 *Epiſcopus non poteſt iuſpatronatus in Eccleſia libera conſtituere,& ſi iam conſtitutum poſſit transferri.*
12 *Quid ſi dixerit iuſtis de cauſis feciſſe.an ei credatur.*
13 *Iuriſdictio, & poteſtas Epiſcopi in Eccleſia ſimplici eſt de iure communi fundata,vt de ea diſponere poſſit.*
14 *Pontifex in Eccleſia de nouo iuſpatronatus conſtituere.*
15 *Feudum Eccleſiæ plus eſt concedere quàm iuſpatronatus in Eccleſia conſtituere.*
16 *Feudum vt conſtituatur,oportet vt vtile dominium transferatur,& quid de fructibus.*
17 *Feudum Eccleſiæ difficilius in vaſallorum ſucceſſores tranſit, quàm iuſpatronatus.*
18 *Iuſpatronatus tranſit ad ſpurios & fœminas.*
19 *Feudum autem nequaquam.*
20 *Epiſcopus poteſt de nouo infeudare bona Eccleſiæ conſueta dari in feudum.*

21 *Quid si iurauerit in feudum non concedere.*
22 *Bona ecclesiastica consueta dari in feudum si reuertantur ad prælatum, & de eius mensa efficiantur, non possunt amplius infeudari.*
23 *Disponens præsumitur in dubio disposuisse de eo de quo iure disponere potest.*
24 *Episcopus potest ex causa Ecclesiam liberã facere patronatũ.*
25 *Episcopus absque iusta causa non potest sacræ rei seruitutem imponere.*
26 *Bona feudalia reuersa ad Ecclesiam. & effecta de mensa prælati. possunt denuò dari in feudum, vt inculta seu infrugifera ad culturam redigantur, vel ad frugem perducantur.*
27 *Ius patronatus potest in Ecclesia constitui ob re ædificationem Ecclesiæ.*
28 *Item ob ditationem Ecclesiæ quæ fortè erat inops, & tenuis reditus, & quomodo intelligantur.*
29 *Solennitates præsumuntur interuenisse ex diuturnitate temporis de cuius initio non extat hominum memoria in contrarium, & hoc asserenti creditur & num. 44.*
30 *Alienatio rei minoris vel Ecclesiæ solenniter facta præsumitur ob diuturnitatem temporis.*
31 *Antiquum quid dicitur per decem annos.*
32 *Episcopus quomodo possit & quando Ecclesiæ seruitutem imponere.*
33 *Inferior ex causa potest immutare factum superioris.*
34 *Episcopus põt immutare pœnitentiam à Papa alicui impositã.*
35 *Et statuere seu dispensare ex causa contra ordinata à sacris conciliis.*
36 *Vel econtra ius commune.*
37 *Electio prælati in Ecclesia conuentuali non spectat ad laicos, quia est omninò spiritualis.*
38 *Laicus potest præsentare clericos & Sacerdotes in Ecclesia conuentuali, qui Ecclesiæ inseruire debent, non autem eligere prælatum.*
39 *Prælatus in Ecclesia à Pontifice tantum eligi potest.*
40 *Eligere prælatum in Ecclesia, & Sacerdotẽ præsentare quomodo differant.*
41 *Donans Ecclesiæ quando acquirat Ius patronatus in ea.*
42 *Referenti quando standum sit.*
43 *Priuilegium faciens mentionem de alio facit fidem, licet aliud non inueniatur.*
44 *Verbis narratiuis & enuntiatiuis creditur in antiquis, etiam contra tertium.*
45 *Assertioni illius standum est, qui dum sine causa aliquid facere potest, asserit causam adesse.*
46 *Laicus non potest præscribere iuspatronatus in Ecclesia, quæ nunquam fuit patronata, & si vnquam extitit, liberata fuit.*
47 *Ius patronatus est quid spirituale, ideo à laicis possideri nequit & 76.*
48 *Laicus quando præscribere possit iuspatronatus.*
49 *Ius patronatus acquisitum præscriptione à laico an possit impedire collationem Pontificis vel ordinarij.*
50 *Et quid si vltimus institutus esset mortuus.*
51 *Ius patronatus an in Ecclesia præscribi possit, distinguuntur duo capita & num. seq.*
52 *Io. And. in c. quod alicui, in fi. de reg. iur. in 6. declaratur.*
53 *Nescitur ergo non est.*
54 *Exercitium vnius actus competentis alicui quando denotet possessionem illius rei super qua habetur exercitium.*
55 *Doctores sunt intelligendi secundum iura, quæ allegant.*
56 *Verba de antiqua consuetudine, sunt verba partis assertiuæ.*
57 *Acquisitio ex fundatione, & ex præscriptione aquiparantur.*
58 *Præscriptio probatur, si probetur possessio cepisse ab antecessoribus suis quibus succeditur.*
59 *Pro possessore præsumitur.*
60 *Titulus qui requiritur ad præscriptionem.*
61 *Titulus qui requiritur ad præscriptionem rei Ecclesiastica debet habere originem, & concessionem à Pontifice.*
62 *Titulus inualidus dat iustam causam præscribendi.*
63 *Alienatio rei Ecclesiæ facta ab Episcopo absque capituli consensu, licèt non adferat iustum titulum acquirenti, quò ad pleni dominij acquisitionẽ. adfert tñ quò ad inchoãdã pscriptionẽ.*
64 *Titulus probatur ex præscriptione, & cursu temporis cuius initij non extet memoria hominum.*
65 *Lex præsumit titulum adesse ex cursu temporis excedentis memoriam hominum.*
66 *Præsumptum à lege, non est necesse vt allegetur.*
67 *Præsumptio iuris & de iure, nõ recipit probationem in contrarium.*
68 *Et procedit contra clericos, & libertatem Ecclesiasticam.*
69 *Ecclesia patronata an dicitur sentire detrimentum, & incommodum vel potius vtilitatem & commodum.*
70 *Laicus non est omninò incapax Iuris patronatus Ecclesiæ.*
71 *Argumentum à cessante ratione impeditiua valet.*
72 *Præscribere is non potest, qui possidere nequit.*
73 *Possidens ex concessione solenni à superiori facta, non dicitur in mala fide.*
74 *Præscriptio an valeat, si primus possessor fuit in mala fide, & successores postea per longum temporis spatium in bona.*
Successores an in dubio dicantur in mala fide, si ille cui succedunt fuerit in mala.
75 *Bona fides præsumitur, si quis possederit per longum tempus, de cuius initio non extet hominum memoria.*
76 *Ius patronatus Ecclesiæ secundum veriorem opinionem à laico possideri potest.*
77 *Possessor malæfidei nullo tempore præscribit & seq.*
78 *Ius patronatus laici in Ecclesia est ex gratia.*
79 *Concessibilia sunt etiam præscriptibilia, sicut è contra, quæ concedi non possunt, præscribi nequeunt.*
Et quomodo hæc regula intelligi possit.
80 *Priuilegium & gratia inducitur ex cursu temporis excedentis hominum memoriam.*
81 *Reseruata Principi præscribi possunt tanto tempore cuius initij non extet hominum memoria.*
82 *Exemptionis liberatio non est simpliciter prohibita, sed secundum quid.*
83 *Ius patronatus Ecclesiæ præscriptione acquisitum, est adeò validè acquisitum, vt impediatur collatio Pontificis.*
84 *Derogationes Iurispatronatus laicorum an admittantur.*
85 *Ius patronatus non censetur comprehendi sub reseruatione beneficiorum.*
86 *Et quid de iure patronatus acquisito præscriptione.*
87 *Et de qua præscriptione intelligi debeat.*
88 *Priuilegio, & gratia concessum non transfertur ad alios.*
89 *Laicus quò ad officium Ecclesiasticum tantum potest, quãtum iure expressum reperitur.*
90 *Ius patronatus alteri legari non potest, quia tributum dicitur ius alimentorum, honoris, & præeminentiæ, non proprietatis. & num. 94. in fi.*
91 *Laicus cui antiquitus sunt concessæ decimæ in feudum, non potest transferre sine cõsensu Episcopi Ecclesiasticæ personæ vel loco religioso, & qua ratione hoc sit.*
92 *Regula vnico casu limitata, in cæteris habere locum dicitur.*
93 *Donatio iurispatronatus priuato facta non valet.*
94 *Dictio aliqua cuius sit naturæ.*
95 *Donatio seu renuntiatio sui iuris facilius conceditur in fratrem quàm in extraneum.*
96 *Ius patronatus titulo institutionis, & hæreditario relinqui põt. Et an alio modo relinqui possit.*
97 *Et an requiratur consensus Episcopi.*
98 *Regulæ inhæredum est, donec contrarium probatur.*
99 *Donare qui potest, eidem donari conceditur.*
100 *Ius patronatus cur conceditur laicis.*
101 *Homines non magis sibi, q. suis successoribus studeant prodesse.*
102 *Hæredes comprehenduntur sub concessione, & prouisione facta cum antecessore, etiam in materia strictæ interpretationis.*
103 *Stipulatio ob aliquo taxatiuè facta, sibi aliquid, dari, vel fieri, includit & hæredes illius.*
104 *Acquirens in dubio, & pro hæredibus acquisisse præsumitur.*
105 *Emphyteuta cum consensu Episcopi potest bona ecclesiæ Emphyteutica legare.*

106 *Imò secundum aliquos etiam sine consensu.*
107 *Testatoris vltima voluntas libera esse debet, neque ab alieno arbitrio pendere debet.*
108 *Iusp atronatus legari potest.*
109 *Iusp atronatus Ecclesiæ an ab intestato transeat ad hæredes.*
110 *Exceptio exclusiua iuris alicuius, contra eum opponi potest.*
111 *Res semel facta alienabilis vel transmissibilis, semper poterit alienari vel, transmitti.*
112 *Decimæ non transeunt in successores.*
113 *Decimæ cur introducantur.*
114 *Illatio ex diuersis non licet fieri.*
115 *Lex quæ varios habet intellectus, non licet allegari ad decisionem quæstionum.*
116 *Titulus denotat bonam fidem adesse.*
117 *Quasi possessio Iurispatronatus vna præsentatione acquiritur, & quid aliud requiratur.*
118 *Possessor iurispatronatus quãdo nõ debet a suo possessu amoueri.*
119 *Populus qui est in possessione præsentandi Clericum in Ecclesia patronata, non debet amoueri.*
120 *Beneficium in dubio adiudicatur illi, qui probauit collatorem suum fuisse in quasi possessione cõferendi tempore collationis.*
121 *Possessor bonæfideifacit fructus suos.*
122 *Et consumptos non restituit.*
123 *Iuspatronatus fructus quales dicantur.*
124 *Turpius eijcitur, quàm non admittitur hóspes.*
125 *Præsentatus ab eo, qui erat in quasi possessione præsentandi cũ bona fide amouerit non debet, etiam si deinde constet patronum illum verè non esse patronum.*
126 *Eoque magis si ante præsentationem non fuerit oppositum, & transactum sit tempus ab ea appellandi.*
127 *Sententia a Prælato putatiuo an valeat, si postea cognoscatur non prælatus, & ita declaretur.*
128 *Ecclesia patronata an & in quibus differat ab Ecclesia collectiua.*
129 *Collationis fructus quales sint.*
130 *Quasi possessor cõferendi beneficia, bona fide, facit fructus suos.*
131 *Beneficium patronatum & collatiuum, & patronatum & electiuum, an differant.*
132 *Ecclesia an in dubio præsumatur patronata, vel potius collatiua.*
133 *Præsentatio, aut institutio de beneficio, facta à quasi possessore bonafide, an irritetur, si super quasi possessione fuerit mota lis & quæstio.*

FACTI SPECIES.

ANNO 1422. *Iuspatronatus Ecclesiæ S. Marci Asulæ, sine cura diœcesis Brixiensis, extincta familia Marzola, cui dictum iuspatronatus competebat, translatum fuit per Reuerendiss. tunc Episcopum Brixiæ in Amighinum de Amighettis Asulanum ac eius hæredes & descendentes masculos legitimos. Quæ sanè trãslatio iustis quibusdam de causis facta asseritur. Hanc translationem confirmauit Reuerendissimus Episcopus successor anno 1459. & denuò ad cautelam dictum iuspatronatus transtulit in Io. Baptistam filium dicti Amighini eiusque descendentes masculos: asseruitq; dictus D. Episcopus, id se fecisse, quia dicti Amighinus & Ioan. Baptista multa fecerunt in dicta Ecclesia.*

In executione huius translationis dicti de Amighetis ab anno 1424. vsque ad annum 1545. Semper continuatis temporibus pacificam quasi possessionem præsentandi clericum in ipsa ecclesia obtinuerunt, & quinque presentationes factæ ab illis fuerũt. Anno 1545. per hos de Amighettis fuit præsentatus. D. Zacharias de Turchis filius Magnifici Do. Bartholomæi.

Anno 1554. die decima Mensis Martij Do. Galeaz de Amighettis vltimus ex ea familia Amighettorum legauit & cessit d. D. Bartholomæo Turcho eius proximiori affini & eius descendentibus masculis hoc iuspatronatus. & eadem die constituit specialem procuratorem ad cedendum dictum Iuspatronatus, cum auctoritate & consensu Reuerendissimi D. Episcopi Brixiæ.

Eodem anno 1545. die 14. Martij Reuerẽdissimus D. Episcopus Brixiæ eam cessionem & translationem approbauit, atque ita inuestiuit dictum D. Bartholomæum & eius descendentes masculos.

Anno 1555. die 22. Aprilis D. Bartholomæus præsentauit Dom. Rubertum eius filium in Rectorem dictæ Ecclesiæ vacantiis per resignationem suprascripti Do. Zachariæ eius filij. Qui quidem, D. Rubertus præsentatus à Reuerendissimo D. Episcopo Brixiæ fuit institutus.

Anno 1570. mortuo dicto D. Ruberto, dictus D. Bartholomæus iterum præsentauit dictum D. Zachariam eius filium: qui quidem præsentatus fuit institutus à dicto Reuerendissimo D. Episcopo.

Eodem anno die 11. Nouembris in executione literarum Apostolicarum in forma dignum, prædicta Ecclesia vti libera & merè collatiua tanquàm vacans per obitum eiusdem D. Ruberti familiaris Illustrissmi & Reuerendissimi D. Cardinalis Cornelij & affecta ob familiaritatem, collata fuit per Reuerendissimum D. Episcopum Mantuæ, Magnifico & Reuerẽdissimo D. Herculi Strocio Canonico Mantuano sub die 5. Februarij, 1571. Et cùm D. Strocius non potuisset consequi actualem possessionem, recusante Reuerendissimo Do. Episcopo Brixiæ exequi literas Reuerẽdissimi D. Episcopi Mãtuæ, ob litis pendentiam coram eo inter dictos Do. Zachariam & Strocium, Obtinuit Strocius die 4. Februarij 1571. rescriptum Apostolicum, quo auocãdo causam à quocunque iudice Ecclesiastico & seculari, eam delegauit Illustrissimo & reuerendissimo D. Legato Venetiis commorãti, cum derogotione iurispatronatus: & quòd dictam causam cognoscat manu regia, & quacunque appellatione remota.

Postremò dictus Do. Strocius die 25. Maij. 1571.

declarauit in actis curiæ d. Illustrissimi & Reuerẽdissimi D. Legati, se velle consequi dictam Ecclesiam vti liberæ collationis, non autem quatenus sit patronata, non obstante dicta derogatione.

Dubitari nunc de multis contingit. Et primò an 8 *iuspatronatus huius Ecclesiæ existens apud illos de Marzolis eo anno 1422. iure transferri potuerit à d. D. Episcopo in familiam illorum de Amighettis.*

Secundò, supposito quòd translatio illa fieri non potuerit, an hoc iuspatronatus in dubium reuocari possit, cùm sortitum fuerit effectum cursu centum & triginta annorum, tot præsentationibus factis.

Tertiò dubitatur, an hoc iuspatronatus legari potuerit à Do. *Caleacio Amighetto* Dom. *Bartholomæo Turcho, Maximè subsecuta confirmatione.* D. *Episcopi.*

Quartò ambigitur, an saltem (admisso ecclesiam hanc non esse patronatam) D. *Zacharias ad præsens institutus conseruari debeat donec vixerit in ipso beneficio, cùm fuerit præsentatus à dicto* Do. *Bartholomæo quasi possessore bonefidei dicti iurispatronatus.*

CONSILIVM XC.

Initium à Domino.

PRIMAE dubitationi propositæ respondendum videbatur, quòd extincta familia Marzola illius iuspatronatus transferri non potuerit à Reuerendissimo Do. Episcopo Brixiæ in familiam Amighettam. Quod equidem multis dicendum videbatur.

1 Primò, iuspatronatus † est quid onerosum Ecclesiæ, cui seruitus quædam imponitur. ita Bald. in rubr. C. de vsufr. Feder. de Senis, consil. 234. Super puncto. in fi. Roch is Cur. in trac. de iure patronatus, in verbo Et dotauit. 2. & probat text. in c. significauit, vbi Docto. de testib. & copiosè Cæsar Lambertinus in trac. de iurepatronatus. lib. 1. art. 1. q. 6. numero 3. Atqui non
2 potest Episcopus † ecclesiam seruituti subijcere, atque ita eius libertatem alienare; ita gl. in d. c. quæ mentis. 16. q. 7. & clarius scribunt permulti, quos infra referam in quarto argumento huius opinionis.

Non ergo potuit D. Episcopus in casu nostro ecclesiam hanc S. Marci, ob mortem illorum de Marzolis, à seruitute iurispatronatus liberatam, iterum nouæ seruituti supponere.

3 Secundò accedit, quòd iuspatronatus † laicorum in ecclesia est quid de iure speciali: cùm ius commune non
4 ferat ecclesiastica † esse apud laicos. c. 2. c. decretum, & cap. regenda. 10. q. 1. ca. Sacrosancta, ca. Missana, de electio. sunt † enim hæc sub potestate prælatorum, vt illis iurib. probatur: & scribunt gl. in c. sicut vnire, de excess. præla. & in specie text. in c. nobis de iurepatro. Quod
5 tradit & Curt. trac. de iurepatro. in verbo, pro eo quòd
6 de Diœcesani. numero 4. sed Episcopus † nil potest con-
7 tra ius commune, cùm inferior † nullam habeat potestatem in diffinitis à superiore. cap. inferior. 21. dist. cap. inferior, de maio. & obed. cle. ne Romani, de electio. ergo non poterit Episcopus constituere ius patronatus in ecclesia libera.

Tertiò suffragari videtur doctrina glos. in c. nobis, in verbo de iurisdictione, de iure patro. & ibi Abb. num. 9. & quam recenset ad rem hanc Curtius loco s. citato. Inquit glossa illa, quòd licet Pont. † Max. possit in fundatione Ecclesiæ apponere conditionem quòd laicus fundator interesse possit electioni Sacerdotum, non tamen eam conditionem adijcere poterit Episcopus; ergo nec iuspatronatus constituere potest.

Quartò vrgere hæc ratio videtur, quòd iuspatronatus † acquiritur solùm tribus modis, constructione, do- 9 natione & fundi collatione. Et qui aliquid Ecclesiæ vltrahas causas dat, dicitur benefactor; non autem patronus. sed in casu nostro hi de Amighettis nullum ex relatis tribus præstiterunt; ergo patroni effecti non sunt. ita argumentatur (etsi vberius) Abbas in consi. 59. nu. 2. li. 2.

Quintò hæc opinio in specie multorum auctoritate confirmatur. Ita enim sensit gl. 1. ca. piæ mentis, propè
10 medium. 16. q. 7. cùm scribit, quòd si quis † aliquid det ecclesiæ iam consecratæ, non per hoc fit patronus. Quod intelligo etiam consensu Episcopi, aliàs illa doctrina probabili dubitatione careret. Et glossam illam secuti sunt ibi Archid. & Gemin. Inn. in rub. de iurepatro. nu. 3. Io. And. in cap. 1. de iurepatro. in 6. Et ibidem Archid. Cardinalis in rubr. extra eo. q. 6. & consil. 82. Casus super quo, in 1. dubio. Abbas in cap 3. col. 2. de iurepatro. consi. 28. In causa communis. copiosè consi. 106. colu. vlt. versi. præterea, in d. li. 2. Alex. consi. 74. ad finem li. 4. Præpos. in cap. hortamur, 70. dist. Curtius de iurepatro. in verbo. Pro eo quòd de diœcesani. in fi. Qui eiusdem opinionis recenset Felinum in tract. Quando literæ Apostolicæ nocent patro. num. 10. Idem tradunt Lambertinus lib. 3. de iurepatr. parte 1. art. 4. q. 10. num. 5. versi. limita. & Angelus de Clauas. in summa in verbo, Iuspatronatus. §. 4.
* Hi enim *vno ore scribunt Episcopum † non posse ius-
11 patronatus in Ecclesia libera constituere, etsi iam constitutum possit transferre.

Sextò & vltimò accedit, quòd frustrà disputari hîc videtur, an potuerit D. Episcopus hoc iuspatronatus constituere, cùm non constet de veritate ipsius constitutionis dicti anni 1422. Nec adhibenda videtur fides verbi enuntiatiuis & relationi factæ ab illa confirmatione anni 1459. cùm appareat de ipso relato, iuxta tex. l. optimã. C. de contrah. & committen. stip. Imò nec Episcopo, qui
12 † asseruit se iustis de causis fecisse credendum videtur, iuxta doctrinam Bart. in l. si fortè. ff. de castr. pec. & scribunt Card. in ca. pastoralis, de of. deleg. Ias. in l. 1. in prin. nu. 60. de of. eius. Dec. in cap. quæ in Ecclesiarũ. nu 28. de constit. & Paris. consil. 73. numero 66. libro 1. Hæc dubitationem mouebant.

Cæterùm re ipsa diligentissimo studio examinata, contrarium visum est verius, nempè, hanc iurispatronatus translationem, vel constitutionem factam à dicto D. Episcopo Brixiæ eo anno 1422. iure sustineri. Quod solidis rationibus & Doctorum auctoritatibus demonstrari facilè potest.

13 Primò, iurisdictio † & potestas Episcopi in Ecclesia simplici, quam Rectoriam vocant, est de iure communi fundata, vt scilicet de ea disponere possit, ac Ponti. Max. vt probat. c. nouit, &c. quando, de his quæ fiunt à præla. sine cõsen. cap. & scribit Io. de Sylua in trac. de Beneficio, parte 2. q. 22. nu. 41. Et in eadem quæstione, nu. 5. post Abb. in cap. ecclesia vestra. il 1. de electio. Episcopi potestatem esse fundatam etiam in ecclesia, quæ asseritur patronata, cùm de fundatoribus & cõstructoribus non constat. Ar-
14 qui dubium non est, quin Pont. † Max. possit de nouo iuspatronatus in ecclesia constituere. vt scribunt Abbas consi. 28. In causa communis. & in d. consil. 106. colum. vlt. lib. 2. Curtius in d. tract. de iurepatronatus. in verbo pro eo quòd de Diœcesani, in fin. & clarè idem scribit Cæsar

bit Cæsar Lambertinus in tract.de iurepatronatus,lib.1. parte 1.arti.2.q.10.vbi copiosè disserit:ergo & Episcopus hoc iuspatronatus constituere poterit.

Secundò,admisso quòd non possit Episcopus iuspatronatus constituere in Ecclesia, quæ nunquam fuit patronata, attamen facere id potest, cùm semel fuit patronata.Hoc argumẽto ducto à fortiori demonstratur. Nõ
15 est dubium, quin plus † sit bona Ecclesiæ in feudum vel emphyteusim concedere, quàm iuspatronatus in Eccle-
16 sia constituere:si quidem constituendo feudum † transfertur dominiũ vtile,& fructus efficiũtur domini vtilis, cùm dominium directum nullius penè commodi apud Ecclesiam remaneat:& tamen è conuerso in iure patronatus commodum leue sit apud patronum, & omnis ferè vtilitas apud ecclesiam, vt ex vtriusq; natura constat.
17 Hinc etiam videmus,feuda † ecclesiæ transire difficilius in vasallorum successores, quàm ipsum iuspatronatus.
18 Nam iuspatronatus † transit & ad spurios & ad fœminas,
19 cùm tamen ad eos non transeat feudum † ecclesiæ: ita vtrunque dictum probat Boe.in cap.1.num.64. de iure-
20 patro.sed & certi iuris est, Episcopũ † posse de nouo infeudare bona ecclesiæ consueta dari in feudũ,ergo à fortiori poterit ecclesiã solitã subesse patrono iuripatronatus subiicere. illa minor probatur auctoritate multorũ, nempè Baldi in capitu.1.colum.1. qui feudum dare possunt.& ibidem Iason num.7.versi. an autem. Felinus in cap.cùm causa. num.14. de re iud.& in c. edoceri. nu.2. de reseri.Idem responderunt Calder. consi. vlt. in fi.tit. de consuetud.& cons.1.tit.De feudis.Feder.de Sen.consi.109.Quidam prælatus.Roma. consi.70. col.1. & Curt. Iuni.in tractat. de feudis,parte 2.q.1.nu.2.& q.2.Quinimò quod est fortius, videmus, quòd etiamsi Episcopus
21 † iurasset non concedere in feudum, vel emphyteusim bona ecclesiæ,attamen concedere poterit quæ dari consueuerunt.ita Abb.docuit in cap.vt super.nu.10. in fi.de rebus eccles.non aliena.& in cap.2.nu.3. extra de feudis. idem scriptum reliquit Bal.in ca.1.num.1.de clerico, qui inuestit.facit.in vsibus feudorum.vna tamen huic solido fundamento aduersari videtur difficultas,quòd, quem-
22 admodum bona † ecclesiæ consueta dari in feudum si reuertantur ad Prælatum & de eius mensa efficiantur, non possunt amplius infeudari.cap.1.vbi Docto.Episco. vel Abb.in vsibus feudo.cap.vt super,de rub.eccles.non alien. Archi.ca.1.35.q.8.Card.Zabarella in cap.2.q.12. de feudis, & consil.35.colum.1. idem dicendum videtur, cùm ecclesia fuit aliquot annos liberata à seruitute iurispatronatus.Respondetur, non constare, quòd extincta illa familia Marzola diu steterit libera ecclesia hæc à iurepatronatus:imò est præsumendum statim fuisse concessam Amighettis:tum ob id est præsumptio quòd Do-
23 minus Episcopus † solùm fecerit quod de iure facere potuit.iuxta regulam l.regulati.C.de interd. & releg.cũ similibus:tum etiam ob temporis diuturnitatem antiquitatémque,qua omnia ritè & rectè facta præsumuntur,vt infrà dicemus.

Tertiò & vltimò mouet me hac ratio vera & admo-
24 dum concludens:Episcopus † potest ex causa Ecclesiam liberam facere patronatam:sed in casu nostro adfuit iusta & legitima causa, ergo potuit hæc Ecclesia, mortua familia Marzola,atque ita liberata semel à iuspatronatus nexu,iterum subiici illi obligationi.illa maior probatur auctoritate Lambertini in tract. de iurepatronatus. lib.1.parte prima quæst.10.art.4.incipit,Contingit tertiò num.6.qui scribit ita sensisse Rochum Curtium in tract. de iurepatronatus.in verbo,& dotauit.q.2 Gay.in repe. capit.fin.colum.21.de elect.in 6.Abba.in cap. Sacrosancta,in fine,& ibi Card. de elect.citat & eundem Abbatem in cap.nobis.de iurepatro.Et præter hos à Lambertino relatos, idem verè censuit Abbas consi.28. In causa communis.num.1.lib.2.cuius verba hæc sunt: sed etiam Episcopus potuisset eis dictum iuspatronatus concedere, ex quo ecclesiæ minus dotatæ contulerunt decem, licet post consecrationem: vt notat. Ioan. Andre.in c.1. de iurepa.& sic debet intelligi gl.d.c.piæ mentis.17.q.7. Hæc Abbas.Idem consi.106.col. vlt. lib.2.ibi. Nec enim
25 potest Episcopus † rei Sacræ sine causa legitima hanc seruitutem imponere, vt notat glo. in cap. piæ mentis. 16.q. 7.& Ioan.And.in cap.1.de iurepatro. Hæc ille sensit, ergo apertè denotat Abbas cum causa hoc iuspatronatus constitui posse. Idem apertè scripsit Curtius in d. tract. de iurepatronatus, in verbo, pro eo quod de Diœcesani. in fine. & si potest ex causa Episcopus liberè alienare bona ecclesiæ, multò melius ea seruituti subijcere. Illa minor propositio,quòd scilicèt in casu nostro iustis & legitimis de causis fuerit concessus iuspatronatus illi familiæ Amighettæ, probatur apertè ex verbis cõfirmationis ipsius cõcessionis.quæ sanè confirmatio facta anno 1459. habet hæc verba: Nos igitur attendentes, quòd postquã domus & parentela illorũ de Marzolis de'dicta terra Asulæ, quibus iuspatronatus ecclesiæ Sancti Marci dictæ terræ de Asula olim spectabat & pertinebat, & extincta est, olim bonæ memoriæ Reuerendissimus in Christo Pater D. Franciscus de Marerio, tunc Episcopus Brixiensis, prædecessor noster, quondam Amighinum genitorem tuum pro se & suis hæredibus masculis legitimis loco dictorum de Marzolis patronum ecclesiæ prædictæ S Marci,ex certis honestis & legitimis ac rationabilibus causis fecit, constituit & creauit,&c. Non ergo vna causa iusta, sed plures adfuerunt eo tempore transferẽdi seu constituendi hoc iuspatronatus in familiam Amighettorum. Hoc fortius confirmatur ex concessione ipsa facta eo anno 1459. à Reuerendiss. D. Bartholomæo Maripetro Episcopo Brixiensi, quæ his verbis legitur:Considerantesque prout plenariè informati existimus, quòd tu & quondã genitor tuus prædictus multa & plurima bona eidem Ecclesiæ fecistis: & conseruationi & defensioni ipsius Ecclesiæ & bonorũ eius diuturnis & solicitis studijs insistitis, prout tu insistis, &c. Hæc ergo iusta fuit causa, quòd scilicèt multa & plurima bona, hoc est, reædificando fortè, redigendo bona inculta ad culturam,& sterilia magno sumptu reddendo fertilia. Hæ enim iustæ sunt causæ, quibus ecclesia & eius bona seruituti laico-
26 rum subijci possunt. Ita videmus, quòd † bona feudalia reuersa ad ecclesiam,& effecta de mensa prælati,possunt dari in feudum denuò, vt inculta ad culturam redigantur, & infructuosa ad frugem perducantur: cùm iusta causa hæc sit, ita scribunt Abbas in cap. vt super.num. 11. versi.ego crederem. de rebus eccles.non aliena. Præpos. in cap.1.in prin.col.pen.de his,qui feudũ dare poss.Claudius de Seysellio in speculo feudorum, titul. Qui feudũ dare possunt.pag.116.versi. septimò ergo. & Curtius Iu. in tract.feudo.parte secunda.q.1.principali, versic. hinc videmus. & magis in specie dicimus, quòd iuspatrona-
27 tus † in ecclesia constitui potest ob reædificationem ecclesiæ.ita tradunt Hostien.in summa de iurepatronatus. §.ex quibus.Inn.in capi.3.de iurepatro.Angel.Clauasius in summa, in verbo, iuspatronatus.§.3.Cæpolla in tract. de seruit.vrba. prædio.in rubr.59.De refectione.q.15.Felin.in cap.cum accessissent, col.pen.nu.33.de constit.Paulus de Citadinis in tract. de iurepatronatus, parte tertia, in quarta causa. Lambertinus in trac.de iurepatronatus, lib.1. tertio articulo sextæ quæstionis principalis partis primæ. vbi num.10. 11. hoc intelligit cùm refectio fuit ex toto facta, quod hîc euenire potuit. Beroius consi. 4. nu.
28 26. lib.1.Potuit etiam hic adesse causa iusta † ob ditationem ecclesiæ,quæ fortè erat inops & tenuis reditus.Quæ sanè ditatio iustam causam constituendi iuspatronatus præber, modò ditatio sit egregia:vt respondit Abbas consilio 28. lib. 2. Ita scribit Paulus de Citadinis in tract. de iurepatronatus, parte tertia, causa secunda,q. 4. etsi ab eo in multis dissentiat Lambertinus eodem tractat.libr. 1. art. 2. sextæ quæstionis principalis partis primæ. & Beroius d. consilio 4. numero 28. libro 1. Et nostro in casu esse facile potest quòd eo anno 1422. ac etiam an-

no 1459. eccleſia nullam penè dotem habuerit, & ideò dicatio facta ab illis de Amighettis, adhibito conſenſu Epiſcopi facta eo animo fuerit, vt ſibi iuſpatronatus acquirerent, quòd aliàs non feciſſent. Quo caſu ex ſententia Rochi Curtij in d. tract. de iurepatronatus, in verbo & dotauit. q. 6. in fine, eſt ſub nu. 33. & confert quod eodem in loco ſcribit Curtius q. vlt.

Nec hîc dubitandum eſt, quin aſſertioni ipſius Epiſcopi credendum ſit, quin ſcilicèt cauſæ conſtituendi iu patronatus verè fuerint. Nam hîc res adeò eſt antiqua, ſ vt excedat hominum memoriam: ob id omnia ſolenniter
29 † acta præſumuntur, & illi aſſertioni creditur, quòd ſolenniter omnia geſta fuerint: maximè accedente quaſi poſſeſſione immemorialis temporis. Ita Baldus conſil. 511. Quidam Prælatus. col. 1. lib. 2. qui reſpondit alienationem
30 † bonorum eccleſiæ præſumi ſolenniter factam ob temporis diututnitatem & quaſi poſſeſſionem. Idem de alienatione bonorum minoris reſpondit Corneus conſi. 109. in fine. lib 3. quos ſecutus eſt Craue. in tract. de antiquit. tempo. parte tertia. in principio, num. 1. quo loci ſcribit, quòd etiam † decem anni tantùm efficerent rẽ
31 eſſe de antiquo. & idem Craue. conſi. 258. nu. 13. 14. idem ſenſit. & apud Gozad. conſ. 11. nu. 12. 13. & verè credo rem hanc carere probabili dubitatione.

Non obſtant nunc in contrarium adducta, quia reſpondetur: & ad primum dico, verum eſſe, quòd Epiſco-
32 pus † non poteſt ſubiicere ſeruituti eccleſiam, eiúſque bona: ſed id non procedit in illis, quæ conſueuerunt ita concedi, vt ſuprà in ſecundo opinionis noſtræ fundamẽto diximus. Prætereà & ſecundò reſpondetur, non procedere cùm cauſa iuſta concedendi adeſt, vt paulò ſuprà in tertiò fundamento demõſtrauimus, & infrà cõfirmabimus declarando gl. d. c. piæ mentis. 16. q. 7.

Non obſtat ſecundum, quia reſpondeo', quòd imò
33 Epiſcopus & inferior † poteſt ex cauſa immutare factum ſuperioris. ita probat l. ſi hominem. ff. manda. Quo adductus cenſuit gloſſator in cap. tempora. 26. q. 7. Epiſcopũ
34 † poſſe immutare pœnitentiam à Papa alicui impoſitã. Quam ſanè gloſſam cenſuit ſingularem Rom. ſing. 454. Papa imponit. & ſequitur Iaſ. in l. omnes populi, ſecunda lectura numero 13. de iuſtit. & iure, quo loci plura ſimilia recenſet. idem Iaſ. in conſi. 1. num. 6. lib. 1. Marſil. ſing. 182. & Crau. conſi. 21. num. 3. & alia ſimilia recenſet Tiraq. in tract. de pœnis legum, &c. in præfatione. nu. 26. quo loci
35 nu. 31. ex multorum ſententia ſcribit, Epiſcopum † ex cauſa poſſe ſtatuere & diſponere contra ordinata à Sacris concilijs. & num. 32. ſubiungit, poſſe etiam Epiſco-
36 pum † ſtatuere contra ius commune. Idque confirmat infinitis propè Doctorum auctoritatibus. His addo Io. de Sylua in tract. de beneficio, parte prima q. 6. nu. 38. & ſubſequentibus, qui multis probat Epiſcopum ſolum ex cauſa poſſe mutare ſtatum Eccleſiæ ſuæ & iuriſpatronatus etiam contra voluntatem fundatoris.

Non obſtat tertium fundamentum, quia reſpondeo, gloſſam d. cap. nobis, de iurepatro. procedere in eccleſia
37 † conuentuali, in qua laicus non poteſt habere facultatem eligendi eccleſiæ prælatum. Quæ ſanè electio omnino ſpiritualis eſt, & ideò ad patronum non ſpectat, ita declarat Abb. in d. capit. nobis. num. 9. de iurepatro. & clarius in cap. de hoc. num. 10. de ſimonia. ſolum enim
38 patronus † præſentare poteſt clericos & ſacerdotes, qui eccleſiæ inſeruire debent: non autem eligere eum, qui illis præeſſe debeat. Idem ſcribit Rochus Curtius, d. tract. de iurepatronatus, in verbo, Et dotauit, in fine. Nam poteſtas eligendi † prælatum ſolùm Pont. Max. priuilegio
39 cõceditur, vt copioſè diſſerit Io. de Sil ua, in trac. de beneficio, parte ſecunda. q. 13. Ratio differẽtiæ inter facultatẽ
40 eligendi † & præſentãdi eſſe poteſt hoc in caſu, quia per præſentationem ſolùm tribuitur ius ad rem, hoc eſt, ad beneficium conſequendum: ſed per electionem tribuitur ius in re. Hanc rationem probarunt Abbas in d. c. nobis. Aret. in c. ſuper his. 2. not. de accuſ. & Rochus Curt. de iurepatron. in principio. q. 4. cùm enim maius ſit periculum ex iure in re conceſſo, ob id quòd immediatè poteſt adminiſtrare, ſequitur non ita de facili debere concedi. Reſpondeo, & ſecundò, vt declarat Feder. de Senis, conſilio 234. colum. 2. verſic. Non obſtat &c. quod intelligitur de parochianis, qui non ſunt patroni modis à iure conceſſis.

Non obſtat quartum, quia facilè reſpondetur, Abbatem in d. conſil. 59. nume. 2. loqui quando aliquid eccleſiæ ſatis dotatæ & opulẽtæ fuit donatum. Non enim ob eam donationem donans acquirit iuſpatronatus eccleſiæ: & præſertim non accedente conſenſu Epiſcopi, vt ipſe Abbas reſpondit, & diximus ſuprà in fine propè tertij fundamẽti opinionis noſtræ, poſt Curtium & Lambertinum. Sed diuerſum eſt, cùm alia iuſta cauſa ſubeſt, vt ſubeſſe potuit eo anno 1422. & 1459. vt puta reædificationis, vel alia ſimilis.

Non obſtat quintum argumentum, quia reſpondetur, gloſſam d. cap. piæ mentis. 16. q. 7. & illius ſequaces
41 loqui & procedere, cùm quis aliquid donat † eccleſiæ, quæ non eget ea donatione. At ſecus eſt cùm eccleſia eſt quidem conſecrata, & ad eſſe perducta, ſed non dotata, atque ita caret bene eſſe: tunc dotans eam, vt iuſpatronatus acquirat, adhibito conſenſu Epiſcopi verè acquirit. & hoc caſu non habet locum traditio illius gloſſæ ca. piæ mentis. ita multi ſuprà relati declarant, præſertim Inno. in rubr. de iurepetro. num. 2. Ioan. Andr. & Car. in cap. 1. de iurepetro. in 6. clarius Rochus Curtius in tract. de iure patro. in verbo, & dotauit. q. 2. & Lambertinus in eodem tractatu libro 1. articul. 26. q. 6. partis primæ. nu. 6. Qui quidem interpretes ſcribunt, hanc dotationem & Epiſcopi conſenſum retrotrahi ad principiũ ipſius conſtructionis & conſecrationis eccleſiæ. in caſu itaque noſtro idem eſt dicendum, nempè, quòd etſi eccleſia S. Marci eſſet in eſſe deducta ante annum 1422. & tempore quo illi de Marzolis erant patroni, attamen carebat illo bene eſſe, quod deinde fuit liberalitate & diligentia illorum de Amighettis conceſſum atque tributum: quemadmodum ambo illi Epiſcopi ſunt atteſtati.

Non obſtat ſextum & vltimum, quia reſpondetur multipliciter. Primò hoc in caſu fidem adhiberi Epiſcopo referenti in illa confirmatione anni 1459. quandoqui-
42 dem referenti † tunc ſtatur relatum ita ſe habere, cùm referens ita poteſt de nouo facere. ita declarat Decius in auth. ſi quis in aliquo, in fine. C. de edendo. qui huius ſententiæ aſſertores plures recenſet. Quibus accedunt Soci. Sen. conſil. 265. colu. 1. li. 2. Ripa lib. 2. reſpon. capitu. 6. Pariſ. conſi. 33. num. 7. lib. 1. conſil. 15. nu. 27. & conſil. 27. nu. 14. lib. 4. Alba conſilio. 62. numero 7. Cra. conſi. 157. numero 3. & numero 16. & Didacus libro practicarum quæſtionum capite 21. numero 2. & ideo ſcribit Decius
43 priuilegio † principis referenti aliud priuilegium creditur, etſi de relato non conſtet. quod ſcribunt Bellonus conſilio 36. numero 4. & Boer. q. 247. nu. 3.

44 Reſpondetur ſecundò, verbis † narratiuis enuntiatiuis fidem adhiberi in antiquis, etiam contra tertium. ita in his ferè terminis reſpondit Alex. conſi. 219. num. 26. verſi. non obſtat etiam. lib. 6. Quo in reſponſo defendit ob temporis diuturnitatem & quaſi poſſeſsionem, ſolenniter factam fuiſſe vnionem quandam eccleſiarum, & fidem eſſe adhibendam verbis enuntiatiuis & narratiuis illius ſolennitatis.

Reſpondetur tertiò, admiſſo, quòd fides adhibenda non eſſet illi inſtrumento anni 1459. referenti illam iuriſpatronatus conſtitutionem factam anno 1422. nihilominus idem effectus (vt ſuprà attigimus) oritur ex illa ipſa conſtitutione anni 1459. Qua reuerendiſsimus Do. Maripetrus Epiſcopus illud iuſpatronatus eiſdem iuſtis de cauſis illi familiæ de Amighettis conceſsit. Nec repugnat doctrina eorum, qui dixerunt, non credi aſſertioni illius, qui dũ ſine cauſa aliquid facere poteſt, aſſerit cauſã adeſſe: quia verius eſt, illius aſſertioni eſſe ſtãdum

Ita in-

Ita infiniti propè, quos retuli lib.1.de arbitrarijs iudicũ, &c.q.76.nu.15. aduersus Cardinalem, Iasonem & cæteros scripserunt. Concludo itaque hoc iuspatronatus potuisse transferri, & de nouo constitui in familia illa de Amighettis.

Secunda est proposita iuris dubitatio, admisso minus rectè concessum fuisse à Reuerendiss. Episcopis hoc ius patronatus familiæ de Amighettis, an saltem temporis cursu acquisitum ei & successorib. ita fuerit, vt verè patroni nunc sint hi è familia de Turchis? Qua in re dicendum videbatur, præscriptione & temporis cursu quæsitum non fuisse iuspatronatus.

Primò, ea ratione ita respondendum videbatur, quòd
* recepta * magis opinio est Doctorum, laicum † non pos-
46 se præscribere iuspatronatus in ecclesia, quæ nunquam fuit patronata, vel, si aliquando extitit suppositia, liberata etiã fuit. Hanc opinionẽ probarunt ex antiquis Io. de Montemurlo, & Abbas antiquus, quos sequitur Archid. in capi.hortamur.71. distinct. Matthæus & Zabarella in clem.plures.de iurepatro.& ibidem Imola, col. 14. versi. vlterius quæro. Specul.tit.de iurepar.§.1.vers.&nota. Abbas Panor.in ca. querelam. num. 9. & ibidem Zabarella de electio.idem Abbas in consil.106.col.2.lib.2. & in sua disputatione, Augerio.colu.6.ver.& ex his sequor. Alex. cons.74.nu.26.& consi.75.num.36.lib.4. Hos refert & sequitur Cæsar Lambertinus in tract.de iure patronatus, libr.1.art.5.q.10.partis primæ.nu.25.versi. capio igitur primum, qui eiusdem opinionis recenset Gaytanum in capi.vlt.col.22.de elect.in 6.& Felinum in cap.causam, col. 3.versi.puto subsistentabilem. de præscrip. His addo Balbum in tract.de præscrip. parte quinta principali prima particula, q.9. quo loci testatur, hanc esse receptam opinionem Doctorum. Ea est huius opinionis præci-
47 pua ratio, quòd iuspatronatus † est quid spirituale, quòd à laico non potest possideri: ergo laicus possidens est in malafide, & per consequens nullo tempore præscribit.

48 Secũdò admisso, quòd iuspatronatus † acquiri præscriptione potest, illud procedit cùm titulus præsumi potest: atque ita quando sumus in dubio, an præcesserit titulus: at quando certi sumus, titulum nullum extitisse à principio, præscriptio nullo modo locum habet. ita Card. Zabarella in clem.plures, in prin. colum.pe. q.5. in fine, de iurepatron. post Matthæum, quem citat: & secutus est Lambertinus in tract.de iurepatronatus, lib.1.art.5.q 10. primæ partis. num.41. Sed in casu nostro apertè constabat, ab initio (nempè anno 1422.) illos de Amighettis nullum habuisse titulum hu us possessionis: ergo non potuerunt præscribere. Nec dicatur habuisse titulum ex priuilegio Episcopi, quia ille titulus vt inualidus pro non titulo habetur.

Tertiò, admisso quòd laicus præscriptione acquire-
49 re possit iuspatronatus: attamen iuspatronatus † ita acquisitum non videtur posse impedire collationem ordinarij, multò minus Papæ. ita, post Feder. de Senis consil. 65. Infrascriptæ quæstiones, scribunt multi relati à Decio consil.117.num.1 Idem affirmarunt Crau. consil. 63.num.6. Rolandus cons.46.nu.10.cons.47. nu.24.lib.1. Et Didacus libro Practicarum q.cap.36.num.6. qui alios
* plures recenset, & communem * esse testatur, addo Cassadorum decis.7.num 3 tit.de iurepatro. Quamquam ergo concederemus, præscriptione fuisse acquisitum hoc iuspatronatus, attamen non viderur prodesse hoc in casu contra collationem Sanctissimi D. N. Pij V.

Quartò & vltimò, admisso quòd hoc ius patronatus acquiri potuerit præscriptione, attamen hoc in casu nil
50 prodest, ex quo † vltimus institutus, nempè D. Rubertus familiaris Illustrissimi & Reuerendissimi D. Cardinalis Cornelij est mortuus in curia: & ideo beneficium dicitur reseruatione affectum: atque ita patronum ius præsentandi amisisse. ita declarãdo gl.cap.2.de præben.in 6. & cõmunem opinionem relatam tradit Barbatia inter consilia Alex.consi.74.num.33. libr.4. dum ait etiam iuspatronatus præscriptione, vel priuilegio quæsitũ censeri reseruatum, etsi non iuspatronatus ex fundatione, & aliis modis non. Ita post multos declarat Rochus Curtius de iurepatronatus, in verbo, competens. quæstio.24.

Re tamen non mediocri studio & diligentia examinata atque perpensa, contrariam sententiam vt veriorem & æquiorem sequor: quòd scilicèt hoc iuspatronatus præscriptione ita validè acquisitum fuit illi familiæ de Amighettis & eius successoribus, vt nulla prouisio fieri & concedi potuerit ad illius detrimentum. Quam sanè verã sententiam vt probem multa me mouẽt: sed, quò res clarior reddatur, animaduertendum esse censeo, quòd in hac graui & admodum perplexa disputatione, an iuspatronatus † in ecclesia præscribi possit, distinguenda
51 sunt priùs duo capita. Quorum vnum est, cùm disputatur an laicus possit contra laicum patronum præscribere hoc iuspatronatus. Et * recepta est Doctorum opinio,
* præscribere posse. ita tradunt Romanus consi.368. Alex. consi.75.col.1.libr.4. Roccus Curtius in tract.de iure patronatus.in verbo, Ipse, vel is à quo num.86. Balbus in tract.de præscrip. prima particula quintæ partis principalis.q.9.& Beroius consi.12.numero 11.libro 1.Roland. cons.47.nume.33 lib.1. Hæc disputatio nõ est illa, de qua in præsentiarum tractamus, cùm illi de Amighettis non præscripserint contra illos de Marzolis, quo constat iam fuisse extinctos antequam ipsi Amighetti possidere cœperint. Secundum est caput, quando dubitatur, an laicus possit præscribere contra ecclesiam. Et quãquam in hoc capite distinguant Curt.in tract. de iurepatro. in verbo. Ipse, vel is.q.36. Balbus in tract. præscriptio. parte 5.principali, prima particula.q.9.& Paris.in cap.causam. numer.quarto de præscript. & alij nonnulli, quos nunc referam, tres hos caius. Primum, cùm constat ecclesiam à laicis non fuisse nec cõstructam nec possessam: secundum, è contra, quando constat ecclesiam fuisse constructam à laicis, & ab eis aliquando possessam: tertium, quando sumus in dubio, à quo scilicèt fuerit constructa. quam casuum distinctionem aiunt hi interpretes esse ex mente Ioan. Andreæ in capit.quod alicui.in fine, de reg.
52 iuris.in 6. Ergo tamen † opinor Ioan. Andr. hanc distinctionem non sensisse, sed absolutè & indistinctè affirmasse, laicum posse acquirere præscriptione contra ecclesiam iuspatronatus in ea. Io. Andreæ verba hæc sunt: Ex prædictis concludo, quòd aut constat ecclesiam habere patronos, aut non constat. Primo casu, aut parochiani præsentauerunt cum patronis: aut sine. Vtroque casu propriè præscribitur contra patronos, de capell. monac. cap. 2. & nota.de præscrip.in cap. ad audientiam. Et ipsorum patientia facit parochianos huius iuris possessores, institutione secuta, ad præsentationem ipsorum, iuxta ea quæ satis dixi, de restit.in integ.c. 2.& his casib. talis patiẽtia iungat ad rõnes dictas super vers.hoc aũt. si verò nõ cõstat, ꝙ põt esse dupliciter. Aut
53 qa cõstat alios nõ esse patronos, qa nescitur: & hoc, qđ † nescitur dicitur non esse, de consecrat.dist.1.c.solennitates. cùm certum sit ecclesiam habuisse homines fundatores, nisi miraculosè constructa fuisset, præsumeremus eam per populum fuisse fundatam: potissimè, quia hoc verisimile & fieri consueuit, supra eod.cap.inspicimus.
54 & secundum hoc concludam, quòd † exercitium vnius actus competentis patrono, erit possessio patronatus, quod est regulare vbi plures actus ab aliquo iure dependent.de religio.dom.ca.1.& hoc ex quo reliqui actus nõ apparẽt possessi per alium, nec ius commune circa aliud fundat intentionem alterius, vt ibi dixi super gloss. penultim. Et sic soluitur contrarium de decret. auditis. de præscription. vt ibi dixi super penultim. gloss. & de capell.monach. cap. dilectus, vt ibi dixi super vltim. gloss. Et secundum hoc saltem his vltimis casibus concedere oportet, tenentes contrariam opinionem:

cui pro tanto reſtiti curioſè, &c. Hæc Ioan. Andreæ. Cuius quidem vltima verba; ibi, Et ſecundum hoc, &c. deceperunt Rochum Curtium in d. tract. de iurepatro na verbo, ipſe vel is. q. 36. dum intellexit Ioan. Andr. affirmare, quòd quando conſtat eccleſiam fuiſſe fundatã & poſſeſſam à laicis, vel ſumus in dubio, quòd iuſpatronatus præſcribi poſſit: ſecus verò, cum conſtat non fuiſſe conſtructã & poſſeſſam à laicis ſed fallitur Curtius; quia Io. And. impugnãdo opinionẽ Archidiaconi, dicit primò quòd quando cõſtat, eccleſiam non eſſe conſtructã, nec poſſeſſam à laico, verius eſt, iuſpatronatus poſſe præſcribi. Deinde ſubijcit ſecundò Ioan. Andr. quòd Archidiaconus & qui eum ſecuti ſunt, ſaltem concedere debent, iuſpatronatus poſſe præſcribi duobus illis caſibus; nempè quando cõſtat eccleſiam fuiſſe ædificatã & poſſeſſam à laicis, & quando ſumus in dubio. Dum ergo ait Ioan. Andr. quòd Archidiaconus debet ſaltẽ hoc concedere, non negat illud primũ dictũ: imò illud confirmat. Quẽadmodum ipſemet Io. Andr. in cap. querelã, col. 2. verſi. populis, de elect. in cap. vnico, in fin. eod. titu. ſemper abſolutè affirmauit, iuſpatron. à laicis contra eccleſiam poſſe præſcribi Hanc declarationẽ ad Io. Andr. doctrinam libenter attuli, quia Doctores, qui Ioan. Andr. ſimpliciter ſecuti ſunt à recentioribus interpretantur ex doctrina
55 ipſius Ioan. Andr. iuxta illud tritum, in dubio dictum † doctoris intelligi ſecundũ iura ab eo allegata, vt inquit Bartol in l. non ſolùm. §. liberationis. nu. 10. de libera. leg. Atque ita volunt cùm Io. Andr. & ſequacibus hanc eſſe
* communem * opinionẽ in duobus illis poſterioribus ca-
* ſibus, & in primo in oppoſitum eſſe communem, * vt ex recentioribus ſcripſit Didacus in capitulo poſſeſſor, parte ſecunda. §. decimo, nu. 2. verſi. Ego ſanè tametſi. Et tamen verius eſt Ioan. Andr. in omnibus caſibus affirmare præſcribi poſſe hoc iuſpatronatus à laicis. Verum quidẽ eſt, quòd duobus illis caſibus Ioan. Andr. rem habet pro indubitata: & in illo primo magis hæſitat, attamen idem affirmat. Quocirca & alij plures, nulla habita diſtinctione horum caſuum, ſecuti ſunt Ioan. Andr. Ita enim tradunt Feder. de Senis conſilio 234. ſuper primo puncto. Bald. & Butrius in capitu. quærelam, de elect. Felin. in cap. cauſam. colu. 3. de præſcrip. & in tract. Quando literæ Apoſtolicæ noceant patronis, col. pen. verſi. conſidera primò. Ita quoque indiſtinctè Ioannem Andream ſecutus eſt Dec. in cap. cum venerabilis. numero 36. de exception. idem conſilio 117. colum. 3. verſic. & ſecundò
* non obſtat. & conſilio 124. numero. 3. vbi communem * eſſe aſſerit contra Archidiaconum, idem Dec. conſil. 156. num. 2. quod facit & Rolandus conſi. 47. num. 32. lib. 1. Et hanc opinionem ſatis apertè probat capit. querelam. de elect. ibi, ad quem de antiqua conſuetudine pertinet electio. Nec repugnant quod reſpondendo dicunt Archid. & ſequaces, præſertim Lambertinus, d. lib. 1. de iurepa-
56 tro. parte j. arti. 5. q. 10. numero 38. quòd illa verba † de antiqua conſuetudine, ſunt verba partis aſſertiua, & quòd Papa ibi reſeruat cauſam iuriſpatronatus decidendam. Hæc nil obſtant. Eſt ratio manifeſta, quia ibi Papa non improbat acquiſitionem ex præſcriptione: quam quidem improbaſſet, ſi iuſpatronatus eo modo acquiri non poſſet. Prætereà probat & hanc ſententiam tex. in ca generali. §. penult. de elect. in 6. vbi æquiparatur acquiſi-
57 tio † ex fundatione & ex conſuetudine, hoc eſt, ex præſcriptione. Rurſus Feder. d. conſil. 234. column. 1. aliis rationibus, quas ſuperſedeo referre, hanc ſententiam comprobat. Hac itaque Io. Andreæ opinione conſtabilita, deducitur.

Primò, hoc argumento noſtram ſententiam, nempè illos de Amighettis præſcripſiſſe hoc ius patronatus in Eccleſia Sancti Marci.

Secundò, eſto quòd vera ſit illa diſtinctio caſuum facta à Rocho Curtio, Balbo & Pariſio, attamen adhuc conſtat. Amighettos præſcripſiſſe hoc ius patrona: ſiqui-
58 dem cõſtat † eccleſiã hanc fuiſſe ante eos poſſeſsã (℣ ſuffi cere videtur) ab illis de Marzolis: atq; ita ſumus in ſecundo caſu diſtinctionis, quòd ſcilicèt præſcriptio locum habere poſsit, relati Doctores affirmant.

Tertiò admiſſo, quòd non conſtet illos de Marzolis non conſtruxiſſe eccleſiam hãc, etſi eam poſſederint: & quòd vtrunque ſit neceſſarium: attamen negari non
59 poteſt, quin ſimus indubio, in quo † quidem præſumptio eſt, quòd eccleſia hæc fuerit cõſtructa ab illis de Marzolis, & per conſequens à laicis poſſeſſoribus potuiſſe præſcribi: iuxta tertium illum caſum diſtinctionis Rochi Curtij, Balbi & aliorum.

Quartò opinor rem hanc ea ratione eſſe claram, ℣
60 hîc præſcriptio habuit antecedentem titulum. Qui † ſanè titulus efficit præſcriptioni locum eſſe, vt ſcribit Cardinal. in cap. querelam, col. pen. verſi. ſecundo caſu, de electio. & in clemẽ. plures. q. 5. de iurepatro. quem ſecutus eſt Cæſar Lambertinus in tract. de iurepatronat. lib. 1. parte 1. artic. 5. q. 10. nu. 40. de tit. hîc conſtat, quia anno 1459. Reuerendiſsimus Epiſcopus Brixiæ hanc conceſsionem fecit, & à ſuo anteceſſore eo an. 1422. factum fuiſſe atteſtatur. Nec hîc aduerſatur, quòd iſte titulus non ſufficiat ad inchoandam præſcriptionem: vt ſenſit Cardinalis lo
61 cis iam allegatis, qui ait, hoc in caſu titulum † debere procedere à Papa: quia titulus habitus ab inferiore non prodeſt. Non inquam hoc aduerſatur, quis dupliciter reſpondetur. Primò, Cardinalem loqui cùm titulus ab inferiore conceſſus, eſt inualidus, vt quia ſine cauſa iuſta conceſſit: ſed diuerſum eſt in caſu noſtro, in quo (vt dixi ſuprà in primo capite huius conſultationis) iuſtis de cauſis facta eſt conceſſio. Secundò reſpondeo, quòd etiamſi titulus iſte eſſet inualidus, vt potè conceſſus ab eo, qui non potuit concedere: attamen præſcriptioni locus eſſe potuit, fremat modò quantum vellit Cardinalis.
62 Nam titulus † inualidus dat iuſtam cauſam præſcribendi. Ita in ſpecie noſtra probat tex. in cap. cura, de iurepatro. vbi titulus donationis inter viuos eſt improbatus, vt eo iuſpatronatus trãsferatur: & tamen temporis præſcriptione conualidatur. Et ideo eo rextu adductus decidit Guido Pap. q. 159. Duodecima, poſt Hoſtien. Butrium &
63 Cardinalem, quod licèt alienatio † de rebus eccleſiæ facta ab Epiſcopo ſine conſenſu capituli non adferat iuſtum titulum acquirenti, quò ad pleni dominij acquiſitionem, adfert tamen quò ad inchoandam præſcriptionem. Idem reſpondit Feder. de Senis conſi. 247. Caſus talis eſt, quidam Epiſcopus nu. 1. verſ. item in remiſſione, ibi, niſi quò ad dandam cauſam præſcribendi. Rubeus conſi. 75. colum. 2. & copiosè Crauet. de antiq. tempo. 4. part. principali, partic. 4. quæ incipit. Materia. nu. 7. vbi egregiè declarat.

Quintò, admiſſo quòd titulus conceſſus ab Epiſcopo Brixiæ eo anno 1459. ſit inualidus, attamen adhuc opinor iuſto titulo quæſitum fuiſſe iuſpatronatus ipſis Amighettis. Nam non conſtat, quòd conceſſio facta ab Epiſcopo anno 1422. fuerit ſola ipſa auctoritate Epiſcopali, vel pontificia facta: atque ita ſumus in dubio. Quo poſito, ſequitur, quòd illi de Amighettis, ſi eis mota fuiſſet controuerſia ſuper hoc iure patronatus, allegaſſent, ſe habere iuſtum & legitimum titulum à Pontifi. Max. & ab ipſo Epiſcopo Brixiæ confirmatum atque execu-
64 tum eo anno 1422. & ad huius † tituli probationem adduxiſſent hanc præſcriptionem & curſum temporis memoriam hominum excedentis: iuxta doctrinam Felini in ca. cauſam, col. 3. verſ. puto ſuſtentabilem, de præſcriptio. & in tract quando literæ apoſtolicæ noceant patronis, colum. vlt. verſi. conſidera tertiò. idem ſcripſerunt priùs Abbas in d. cap. querelam. num. 9. in fi. de electio. Alexander. conſi. 74. numero 46. ver. accedat ad hoc. lib. 4. Barba. conſilio 35. columna ſecunda lib. ſecundo, Dec. conſi. 129. nu. 3. Curt. Iun. conſi. 158. col. 4. & Purpura. in l. Imperium. nu. 193. de iuriſdict. om. iud. Eodem ergo modo poteſt nunc Dom. Bartholomæus Turchus ſeipſum tueri, allegando. ſ. ℣ hoc iuſpatronatus fuit auctoritate

apoſtolica

apostolica concessum suis antecessoribus, nempe illis de Amighettis, & quòd ea auctoritate adductus Episcopus Brixiæ eo anno 1422. concessionē cōfirmauit: & ad huius tituli validi probationem inducere hunc cursum tēporis centum & quinquaginta propè annorum, & fortius hoc procedit ex eorum opinione, qui dixerunt, nec etiā hoc casu fore necesse allegare titulum, vt mox dicemus.

Sextò opinor hîc cessare omnem disputationem, cùm
65 hîc adsit titulus à lege præsumptus. Nam lex † præsumit titulum adesse ex cursu temporis excedentis hominum memoriam. ita probat l. hoc iure. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiua. & capi. 1. de præscrip. in 6. & ibi Archid. & glossa in verbo non extat. & Gemin. col. 3. versi. quæro quare. Cynus in l. si certis annis, colum. vlt. q. 12. C. de pactis. Card. consi. 118. Primùm quo iure, col. pen. versi. & quod dixi de longo, &c. Alexand. consi. 6. col. 1. nu. secundo, versi. & neutro casu. lib. 1. Cor. consi. 268. col. 11. versi. & pro claro. lib. 4. Fel. in cap. cùm nobis, colum. 2. versic. præterea secundum Imolam. & in ca. accedentes, colum. 5. vers. sed diceres, de præscript. Dec. consi. 341. col. pen. versi. & patet ex omnibus. Cur. Iun. consi. 61. colum. 1. & Paris. consi. 27. num. 80. lib. 1. Et in specie nostra hunc titulum sufficere respōdit Beroius consil. 6. num. 9. lib. 1. Et adeò efficax est ista
66 præsumptio, vt † nec etiam opus sit allegare titulum ipsum, cùm satis sit notus & allegatus ex ipsius temporis demonstratione. ita probat gloss. cap. super quibusdam. §. præterea, in verbo non extat, de verbo. significa. Calder. consi. 1. tit. de libelli obla. Guido Pap. quæstio. 408. in fine. Abbas consil. 7. colum. 4. versic. & quanquam hæc. lib. 2. Ias. in l. si certis annis, col. vlt. lim, decima. C. de pactis. Soc. Sen. consi. 127. col. penu. versi. & eo maximè præ dicta procedunt, lib. 1. Gozad. consi. 8. num. 37. Balbus in tract. præscrip. parte tertia principali, 2. partic. q. 6. nume. 28. Afflictus decis. 239. in fine. Loffredus consi. 40. nume. 38. & Cassane. consil. 34. nume. 7. Et in specie iuspatronatus ita respondit Feder. de Senis. consi 234. colum. 3. ver. maximè hoc procedit: quem in specie secutus est Feli. in cap. causam, col. 3. versi. puto sustentabilem. de præscrip.
67 Præterea, adeò efficax est ista præsumptio † vt dicatur iuris & de iure, ita quòd non recipit probationem in cōtrarium. Ita scribunt Fel. in capitulo cùm nobis, colum. 3. versic. scias etiam. de præscrip. Gozad. consil. 8. numer. 37. versi. imò secundum Felinum. Rubeus consi. 13. colu. 2. versic. & si iterum dicatur. & Soc. Iun. consi. 115. nume.
* 38. lib. 2. Et hac opinio est verior * & magis recepta, & si ab ea dissentiant gloss. in d. capitulo primo, in verbo nisi de præscript. in 6. Felin. in capitulo de quarta. colu. pen. versic. considero duo de ptæscrip. Afflictus deci. 368. numero 10. & clarè Paris. consi. 27. nume. 120. lib. primo sed esto, quòd hæc posterior esset verior, qua ratione dici potest, quòd contrarium probari possit in hac specie, de qua agimus.
68 Illud etiam addo, quòd hæc præsumptio † adeò vrgens est, vt etiam procedat contra clericos & libertatē ecclesiasticam. Nam efficit, vt præsumatur ecclesiastica libertas iustis titulis & causis sublata. Ita egregiè respondit Castrens. consilio 423. Ex puncto transmisso. columna 2. vers. in contrarium, li. 2. Et idem scribunt Bal. in c. 1. in princi. numero octauo de his qui feudum dare poss. Deci. in cap. 1. col. 1. versic. 2. non procedit, de consuetud. Cur. Iun. in trac. feudorum. parte 2. quæstion. tertia principali numero tertio & Paris. consilio 27. numero 32. libro primo. Quæ sententia procedit sine controuersia quā do leue detrimentum ecclesiæ adfertur, vt præcitato loco declarat Curtius Iun. qui adfert exemplum in præscriptione infeudandi bona ecclesiæ. Nam leue ex ea infeudatione infertur præiudiciū ecclesiæ, apud quā rema-
69 net directū dominiū. Ita in casu nro leue † est ecclesiæ detrimentū, si parronata, immò ei vtilis est psæpe cū à patronis, si collapsa est, restituit, & restituta defendit, vteunit elapsis his an. in casu nro. Ex actis. m. cōstat D. Batholomæū reparasse hāc ecclesiam, & illi plurimū profuisse.

Nec est quòd obijciatur, relatas Doctorū traditiones non procedere quando is qui præscribit, est incapax rei à se possessæ, vt declarat Abb. in c. quāto. primo nota. de cōsue. in cap. causā, & in ca. ad aures, vtroq; loco primo notab. præsc. Card. cōsi. 88. col. 1. vers. si tñ. Dec. cons. 148. nu. 5. Ruin. cōs. 156. col. vlt. vers. pari ratione. li. 4. Marsil. sing. 80. & Paris. cons. 13. nu. 17. li. 4. Non inquā hoc repugnat,
70 cùm laicus nō † sit omninò incapax iurispat. vt dixi suprà, & in specie ita respōdet Feder. de Senis cōs. 234. col. 2. Et hæc sentētia cōfirmatur ex verbis sacrosancti Cōcilij Tridentini sessione 25. ca. 9. in illis verbis, siue etiā ex multiplicatis præsentationib. per antiquissimū temporis cursum, qui hominū memoriā excedat. Hæc verba ostēdunt titulum ex præscriptione esse iustum titulum, ex quo ibi æquiparatur titulo fundationis & dotationis. Et illa constitutio conciliaris de omnibus iurispatronatibus etiam laicorum loquitur, vt etiam verba subsequentia ostendunt.

Septimò & vltimò, vt huius sim sententiæ, quòd scilicèt præscriptione acquisitū sit hoc ius patronatus, mo-
71 uet me hæc † argumentatio ducta à cessante ratione, præscriptionis impeditiua. Est enim (vt suprà in primò fundamento partis aduersæ) ratio impeditiua huius præscri-
72 ptionis, malafides laici possessoris, qui dum † possidere non potest, non potest præscribere. atqui in casu nostro hæc malafides cessat, ergo locus est præscriptioni. Illa minor multipliciter probatur. Et primò, quia illa concessio iurispatronatus facta anno 1422. necnon & illa facta anno 1459. auctoritate Episcopali solenni more factæ fue-
73 runt: & is † patronus eadem auctoritate fuit missus in quasi possessionem illius iuris: ergo habuit bonāfidem. Ita in specie docuit Abbas in cap. consulationibus. nu. 5. vers. sed dubitatur. & ibidem Card. de iurepatro.

Secundò bonafides hîc adfuit in successoribus illius primi patroni.

Nam admisso etiam quòd ille primus patronus fuisset malæfidei possessor, & is nunquā præscribere potuisset. etiamsi mille annos vixisset, attamen eo primo mor-
74 tuo, illius successores † bonam fidem habere præsumūtur. quia l. in alterius, de reg. iuris. & capitulo cùm quis. de regul. iur. & c. cùm quis. de regul. iuris, in sexto. & in specie ita egregiè cōsiderat hanc bonāfidē Fede. de Senis dicto consilio 234. nu. 3. in fin. Quo loci citat capitu. cura, de iure patron. quòd optimè probat iuncta declaratione glossæ, ibi, in verbo, legitima, in fine.

75 Tertiò bonafides † in casu nostro præsumitur & consideratur ex cursu temporis excedēti s hominum memoriam: & hîc aduertatur, quia non dico in præscriptione immemorialis temporis non fore necessariam bonam fidem: quia imò necessariam esse affirmo, quemadmodū & rectè affirmarunt glo. & Doct. in c. 1. de præscript. in sexto, Abbas in c. vlt. in fi. de constit. Ripa in c. cùm ecclesia Sutrina, nu. 99. de causa possess. & propr. Rubeus consi. 13. num. 14. & Craue. consi. 146. num. 2. Et in speciæ præscriptionis iurispatronatus, ita scriptum reliquit Rochus Cur. in trac. de iurepatronatus, in verbo, Ipse, vel is. q. 36. versic. comprobātur. Verùm illud hîc dico, quòd hæc bonafides præsumitur ex tanti tēporis lapsu. ita scribunt Alexand. consi. sexto, nu. 1. versi. nec etiam, li. primo. Ripa in dicto. cap. cùm ecclesia Sutrina. nu. 99. Cur. Iun. in tractat. feudo. par. j. q. j. nu. 8. & Paris. consi. 27. nu. 81. li. primo. His opinor satis supérque esse hanc opinionem firmatam & constabilitam.

Non obstant nunc adducta in contrarium, quibus etsi ex iam deductis satisfactum credam, attamen, quò clariora omnia reddantur, in specie respondetur. Ad pri-
76 mum itaque respōdeo, quòd imò verior † est opinio Io.
* Andreæ, & * magis recepta, quòd scilicèt iuspatronatus à laicis contra ecclesiam præscribi possit: nec illa Archidiaconi & sequacium opinio vel iure, vel ratione vera aliqua fulcitur. est enim vna (vt dixi in dicto primo

fundamento partis aduerſæ) & præcipua eorum ratio,
77 quam adhuc ita paucis deduco. Malæfidei † poſſeſſor nullo tempore præſcribit. auth. malæfidei. C. de long. tempo. præſcript. cap. vlt. de præſcrip. in 6. ſed laicus poſſidens eccleſiam ſine titulo, eſt in malefide, ergo nullo tempore laicus iſte præſcribit contra eccleſiam ius aliquod. Illa minor propoſitio probatur, quia iuſpatrona-
78 tus † laici in eccleſia eſt gratia, vt copioſè ſcribunt omnes in rubr. de iurepatro. & Bero. in cap. quoniam. col. 1. eod. titul. Quam ſanè gratiam ſpecialem non habet iſte præſcribens, & per conſequens caret iuſta poſſeſſione, ſine qua præſcriptio non currit. c. ſine poſſeſſione. de reg. iuris. in 6. Hæc ratio non eſt vera, & multis confutari facilè poteſt, præſertim in hac ſpecie.

Reſpondeo itaque primò, quòd iuſpatronatus non eſt quid ita ſpirituale, quòd à laico poſſideri non poſſit: cùm verè poſſit. Nam ex gratia & priuilegio poſſe videmus: atque ita non eſt laicus, iure communi inſpecto, ita incapax huius iuriſpatronatus, vt eſt incapax rei verè ſacræ & ſimilium quæ non niſi ab eccleſiæ miniſtris tractari poſſunt. Et ideo, ſi gratia & priuilegio cõferri poteſt hæc facultas laico, vt in eccleſia habeat iuſpatronatus, ergo poterit acquiri temporis præſcriptione, quæ vim priuilegij & gratiæ habet: cùm ſcilicèt eſt temporis immemorialis. cap. ſuper quibuſdam. §. prætereà, de verbo. ſignificat. vbi Docto. Et vera eſt hæc aſſertio, quòd ſi concedi hoc poteſt, etiam præſcribi poteſt: quandoquidem quæ
79 † ſunt conceſſibilia, ſunt etiam præſcriptibilia. Ita in ſpecie ſenſit Ioan. Andreas in d. cap. quòd alicui, col. vlt. verſic. item conſtat, de regu. iuris, in ſexto, cuius verba hæc ſunt: Item conſtat, quòd qualia certis per priuilegia conceduntur, per alios præſcribuntur. patet exemplum in exemptione. de religio. domi. cap. cùm dilectus de priuileg. c. cum perſonæ, eod. titu. In libera receptione ordinum. de præſcriptione, veniens. iuncto. ca. olim, eod. titu. Hæc Ioan. Andreas. Ita econtra videmus, quòd illa, quæ non poſſunt concedi, non etiam præſcribi poſſunt, vti ſcribũt Bellame. conſi. 27. col. j. & Afflic. in conſtit. Neapolitan. tit. de præſcript. nu. 19. Et ex infrà dicendis hoc magis confirmabitur. Nec hîc repugnat, quòd tunc demum ea quæ ſunt conceſſibilia, dicantur & præſcriptibilia, cùm adeſt capacitas præſcribentis. vt reſpondit Bero. conſi. 23. nu. 28. lib. primo, poſt Abb. dicta diſpu. 5. Augerio, colum. ſexta, verſicu. ex his. & Felinum in dicto capitulo, cauſam, columna tertia, verſic. dum tangit de præſcrip. quia reſpondeo vno verbo, laicum eſſe capacem iuriſpatronatus: & hoc admittunt Felinus, Berolius, & cæteri, dum affirmant, ipſi laico acquiri tempore immemoriali, quod non procederet, ſi eſſet omninò incapax.

Reſpondeo ſecundò, quòd in caſu noſtro ceſſat illa malafides, cui innituntur Archidiaconus & ſequaces. ceſſat inquam hæc malafides, vt ſuprà in vltimo fundamẽto noſtræ ſententiæ tribus rationibus demonſtrauimus.

Reſpondeo tertiò, quòd etſi laicus quaſi poſſeſſor iuriſpatronatus careat illo titulo gratiæ ab initio præſcriptionis: attamen præſcriptione finita & perfecta titulus præſumitur, vt iam diximus ſuprà ex dicta lege prima. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æſt. cap. 1. de præſcri. in
80 ſexto. Immò † & curſu illius temporis excedẽtis hominum memoriã, priuilegiũ inducitur. cap. ſuper quibuſdam. §. prætereà. de verbo. ſignific. & ſcribunt gl. in cap. innouamus, in verbo Regũ, de cenſib. Bart. in l. quo minus. nu. 15. ff. de Flum. Alex. conſi. 35. col. j. li. 1, Iaſ. conſ. 208
81 col. pen. verſ. tamẽ ea. li. 2. qui affirmãt tanto † tempore præſcribi etiã reſeruata principi. Quod probarũt & Soc. Sen. conſil. 7. nu. 4. li. 3. Dec. conſi. 271. nu. 3. & cõſ. 496. nu. 5. Cur. Iun. cõſ. 20. nu. 6. & cõſ. 61. col. j. & Pariſ. cõſ. 101. nu. 6. li. 1. Quẽadmodũ ergo priuilegio acquiri potuit, ita & præſcriptione. Eſt tamen hîc aduertendum, quia D. Bartholomæus non innititur priuilegio, ſed titulo, de quo ſuo loco ſatis dictum fuit.

Non obſtat ſecundum argumentum partis aduerſæ, quia reſpondeo, & hoc fundamentum in aduerſarios retorqueo, vt dixi ſuprà in quarto fundamento pro hac parte adducto. Prætereà & ſecundo reſpondeo, quòd illa doctrina Cardinalis non eſt vera, dum negat titulũ datum ab Epiſcopo non ſufficere ad præſcribendum. Nam (vt diximus ſuprà in prima dubitatione) non prohibetur abſolutè Epiſcopus concedere laico iuſpatronatus: ſed qualificatiuè prohibetur, nempè cùm ſine iuſta cauſa facit. Quo poſito ſequitur, quòd titulus datus ab Epiſcopo, etiam ſi de cauſa non conſtet, ad præſcribendum ſufficit. Hanc ſententiã apertè probat doctrina Calder. conſi. 4. titu. de præſcrip. cùm ſcribit, con-
82 ceſſionem † exemptionis & libertatis non eſſe ſimpliciter prohibitam, ſed conceſſam ſecundum quid & ob id titulus inualidus de ea conceſſus prodeſt ad præſcribendum: & alios ſuprà retuli.

Reſpondeo tertiò præſcriptionem illorum de Amighettis non tantùm niti ex illa conceſſione Epiſcopi facta anno 1459. quantùm ex illa anni 1422. quæ quidem prima non conſtat quòd fuerit nulla & malè conceſſa, ſed ſumus in dubio: & ideo ob temporis antiquitatem præſumitur titulus iuſtè & validè conceſſus, nempè etiam adhibita auctoritate ſummi Pontificis.

Non obſtat tertium: quia reſpondeo, quòd imò iuſpa-
83 tronatus † præſcriptione acquiſitum, eſt adeò validè acquiſitum, vt etiam impediatur collatio Papæ in hoc Sereniſſimo Venetorum Dominio ob legem ipſius domi-
84 nij generalem, quæ non admittit derogationes † iuriſpatronatus laicorum. quæ ſanè generalis lex etiam continet caſum iuriſpatronatus acquiſitum præſcriptione. ita ſenſit Didacus in libro practic. quæſtio. cap. 36. nume. ſexto, verſicul. tertio in hac. qui ſcribit in Regno Hiſpaniarum non admitti has derogationes: vt nec in Regno Galliarum recipiũtur, ſicuti atteſtatur Rebuffus in praxi beneficiorũ, in tertia parte, ſignaturæ, in verbo, Nec non iurepatronatus. num. 24. quo loci. num. 71. ſcribit, quòd nunquam vidit in praxi obſeruari, quin neceſſaria ita ſit clauſula derogatoria ad tollendum hoc iuſpatronatus, vt illud quod eſt veris modis quæſitum. Et hac ratione benefactum eſt à Clariſſimis D. Aduocatoribus Venetiarum, cùm iuſſerunt Magnifico & Reuerendo D. Herculi Strocio, vt renuntiaret impetratis in Curia Romana, ad huius iuriſpatronatus derogationem, quod ab ipſo Do. Hercule fuit obſeruatum.

Non obſtat quartũ & vltimum, quia reſpondetur, reſeruationem non procedere etiam hoc in caſu contra iuſpatronatus præſcriptione acquiſitum. Nam commu-
* nis * eſt ſententia, quòd ius patronatus † non cenſeatur
85 comprehenſum ſub reſeruatione beneficiorum: vt hanc probarunt permulti relati à Rocho Curtio in tract. de iurepatronatus, in verbo, competẽs. q. 24. & præter eum ſcribunt Caſſador. deci. 1. tit. de dilatio. Rebuffus in tract. nominatio. q. 8. nume. 38. idem in praxi beneficiorũ. in 3. parte ſignaturæ, in verbo, Nec nõ iurepatronatus. nu. 20.
20. Cæſar Lambert. de iurepatronatus, lib. 2. part. 1. q. 6. artic. 2. & Didacus lib. Practicarum quæſtionum, cap. 36. col. 5. Hæc communis ſententia locum etiam habet hodie ex praxi & ſtylo in iurepatronat° acquiſito præſcriptione,
86 vt teſtatur Rebuffus præcitato loco. num. 71. qui ſcribit, praxim non curare has ſubtilitates. & idem ante eum aſſeruit Dec. conſi. 126. num. 3. verſi. Et iſta opinio. & licet aliqui diſſentiant (vt ſuprà dixi) præſertim Caſſadorus. d. deciſ. 7. num. 3. titu. de iurepatron. attamen eorum
87 opinio procedere poſſet, vbi iuſpatronatus † eſſet acquiſitum præſcriptione ordinaria: non autem curſu temporis vltra centum annos, vt in caſu noſtro. quod ſenſit Alexand. conſil. 75. num. 10. lib. 4. & illum ita intellexit & ſecutus eſt Felin. in ca. cauſam. col. 4. verſi. & aduerte quia per prædicta. de præſcrip. Ea eſt ratio (vt ſuprà, quia eſt hoc caſu verus titulus acquiſita. Prætereà reſpondetur, q. hoc iuſpatronatus innititur non ſoli præſcriptioni,

ni, sed titulo, qui datus præsumitur eo anno 1422. à Pō-
tifice. accedente Episcopi confirmatione per institutio-
nem, suo loco dixi.

Tertia dubitatio proposita nūc enucleanda est, an hoc iuspatronatus legari potuerit à Domi. Gileacio Amighetto D. Bartholomæo Turco, maximè subsecuta cō-
firmatione Reuerēdissimi D. Episcopi Brixiæ. Qua in re dicendum videbatur, legari non potuisse.

Primò ea ratione, iuspatronatus laico in ecclesia con-
cessum, dicitur ex gratia & priuilegio speciali con-
cessum, quemadmodum suprà in præcedenti dubita-
tione diximus. Atqui concessum alicui in priuilegium
88 † & gratiam ad alios non potest transferri. ca. petisti. 7. q.1.cap.sanè.de priuileg. quo loci scriptum est, indi-
gnum esse aliquid sibi sua auctoritate præsumere, quod Romana ecclesia alicui, certa ratione in specta, singu-
larib. voluit beneficijs indulgeri. ergo patronus non potest alteri iuspatronatus legare.

Secundò accedit, quòd non potest patronus exce-
dere facultatem & ius suæ potestatis concessum in illo iurepatronatu: cùm de omnibus, quæ spectant ad offi-
89 cium ecclesiasticum, illud solùm licet † laicis, etiam in necessitate, quod iure reperitur expressum: ita censent glo. in cap. vlt. 24.q.1.& Inno. in c. quanto, de consue-
tud. sed in constitutione iurispatronatus non est con-
cessa hæc potestas, vt alteri laico legari illud possit,
90 cùm † solùm tributum sit ius alimentorum & hono-
ris atque præeminentiæ. cap. bonis. de iurepatro. glo. in.c.piæ mentis. 16.q.7. ergo non poterit patronus alte-
ri ius suum legare.

Tertiò vrgere non parum videtur tex. in capitu. cùm apostolica, de his quæ fiunt à præla. Quo consti-
91 tutum est, laicos † quibus antiquitus sunt concessæ de-
cimæ in feudum, non posse transferre sine consensu E-
piscopi ecclesiasticæ personæ, vel loco religioso: à sensu contrario, non possunt ij laici etiam cum consensu Epi-
scopi transferre in alios laicos. Quod non alia ratione videtur factum quàm quòd decimæ hæ concessæ dicun-
tur de gratia & priuilegio his laicis. c. ad hæc, &c. quā-
uis, de decimis, ergo idē decēdū est in iure patronatus.

Quartò suffragari videtur, quòd hæc est iuris regu-
la, laicum non posse iuspatronatus in alium transferre.
92 Quæ sanè regula solùm † videtur limitata eo in casu cùm transfert in ecclesiasticam personam & religio-
sum, cum consensu tamen Episcopi: ita probat c. nul-
lus, de iurepatron. ergo in cæteris stat regula, quòd sci-
licèt laicus non possit etiam cum Episcopi consensu trās-
ferre iuspatronatus in alterum laicum.

Quintò mouet dubitationem, quòd constitutum est in cap. præterea, il. secundo, in fine, de iurepatro. quòd
93 donatio † iurispatronatus priuato facta vim aliquam nō
94 habet. Quæ dictio † aliquā, ostendit donationē nullius penitus esse momenti, sicut considerat Abbas Panor. in disputa. quinta, incipit, Augerio, col.5.versi. puto tamē. qui nonnullas considerationes Innocentij ad textū illū confutat. Et col.6. subiungit, hanc inutilem translationē cōfirmati nō posse ex superueniēti auctoritate Episcopi.

Sextò & vltimò accedit auctoritas eorum qui affir-
marunt, patronum non posse laico legare iuspatrona-
tus. Ita affirmarunt Archidiac. in cap. 1.de iurepatron. in sexto post Lauren. quem refert, asserens, iuspatro-
natus ecclesiasticum non transmitti ad alios quàm ad hæredes sanguinis. clarius & apertius Abbas in dicta disputa. quinta. incip. Augerio, colu.3.& 4. Hæc nō leuē dubitationē in hac tertia difficultate mouere videbatur.

Cæterùm, his accuratè & diligenter consideratis, contrariæ sum opinionis, quòd scilicèt iuspatronatus hoc legari potuerit Domi. Bartholomæo Turco, ma-
ximè accedente consensu & auctoritate Reuerendissimi
* D. Episcopi: cùm & iure & * recepta magis Doctorum o-
pinione permissum sit laico & donare & legare iuspa-
tronatus. Quæ sententia ita multis demonstratur ea

Primò ex text. in ca. ex insinuatione, de iur. pat. quò loci scriptū est, quòd cùm vnus fratrum alteri liberaliter contulisset, hoc est donasset, aliqui occuparunt illud iuspatronatus: iubet summus Pontifex occupatores debe-
re restituere, vt is patronus possit ad libitum disponere. Nec ille textus restringi debet vt glo. ibi restringit, vt scilicèt loquatur accedente consensu Episcopi: quia de consensu Episcopi nullum verbum. Non etiam rectè eo loci scribit glossa diuinando, quòd illa libera collatio non esset donatio, sed potius quædam facultas ordinan-
di ecclesiam: cùm verius sit ibi agi de collatione libera, hoc est, de alienatione in fratrem facta. Et ibidem affir-
mat Abbas illam fuisse donationem post Butrium & Io. Andr. licèt intelligat Butrius id esse, quia facilius conce-
95 ditur donatio † seu renuntiatio sui iuris facta in fratrem quàm extraneum. Quod sensit & Iason in l. voluntas. nu.nono, C. de fideicōmiss. sed verius est quod scribit eo loci Io. Andr. nil differre ꝙ vel fratri vel alteri donetur. præterea non constat, quòd fratres illi essent cōpatroni.

Secundò suffragatur text. in capitu. 1. de iurepatro. & in clem. plures, eod. titu. vbi constitutū est iuspatronatus
96 † liberè posse titulo institutionis, atque ita hæreditario relinqui: ergo & titulo legati vel altero singulari. Nec ve-
ra est ratio illa differentiæ, quam aliqui cōsiderant, quòd quando titulo hæreditario relinquitur, dicitur in con-
sequentiam transire: non autem cum titulo singulari, quia venit principaliter. Nam hæc ratio vera non est, vt rectè aduertit Berous in cap. illud. num.13. verficul. sed huic rationi, de iurepatro. Non enim quòd veniat prin-
cipaliter vel in consequentiā facit, vt laicus efficiatur ca-
pax, si aliàs incapax.

Tertiò accedit capitu. illud, de iurepatro. in quo ve-
rè agitur de iure patronatus, iuxta materiam tituli, sub quo est collocatū. Et eo loci scriptū est in hæc verba: tum quia laicus sine consensu Episcopi non potest ecclesias
97 dare. ergo † accedente consensu Episcopi poterit dare, hoc est iuspatronatus transferre.

Quartò, admisso quòd iure canonico non esset cau-
tum, quòd laico liceat cum consensu maximè Episcopi legare, vel donare iuspatronatus, quod in ecclesia obti-
net: attamen nec dicere possumus contrarium esse sta-
98 tutum. Et ideò † inhærendum est regulæ ordinariæ, quæ est, quòd quilibet est arbiter & moderator in re propria l. in re mandata, C. mand. præsertim in vltimis dispositionibus, quæ liberæ esse debent. l. 1. C. de sa-
crosancta eccles.

Quintò suffragatur, quòd iura canonica & Doctores passim admittunt, laicum patronum posse legare vel do
nare clerico vel loco religioso suum iuspatronatus, ac-
cedente præsertim consensu Episcopi; vt probant text. in capitulo cura, de iurepatro. & in capitulo vnico, eodem
99 in sexto, † Ergo idem dicendum est, vt possit legare vel donare laico: cùm nulla probabilis differentiæ ratio assi-
gnari possit hoc in casu inter clericum & laicum. Nam præcipua ratio, qua vsus est Abb. in d. disputatione, in-
cip. Augerio, ad demonstrandum, laicum non posse le-
gare vel donare, est, quòd ei sit cōcessum de gratia & in priuilegium, quod sinè priuilegiū ait non excedere per-
sonā priuilegiati. Hæc ratio ita impedire debet, ne trans-
ferre possit in clericum, vt nec in laicum: & tamen ea non obstante transfertur in clericum: ergo & in laicum transferri posse debet. Nec etiam rationes differentiæ, quas considerat Abbas in capitulo illud. num. quinto, de iurepatronatus veræ sunt, vt ibidem animaduertit Be-
roius in fine, qui aliam sensit, quòd scilicèt facilius in clericum quàm in laicum transeat iuspatronatus, ex quo in habentibus symbolum facilior est transitus. con-
cedo facilius transire, non tamen plus liberè transit v-
no quàm altero casu. Et ideò ita adhibetur consensus cùm clericum transmittitur, quemadmodum & cùm transmittitur in laicum.

§ extò mouet me hæc satis solida ratio, quòd ideò sūmi

100 Pont. concesserunt laicis † iuspatronatus, nec ab illis volunt retrahi, vt facilius inuitentur ad benefaciendum, ecclesijs, eisque auxilium & commodum præstandum, vt scribũt omnes in ca.1.de iurepatro. Atsi impedirẽtur patroni laici donare & legare ius suum quib. eis placet
101 facilè fieret, quòd non benefaceret ecclesiis: cùm † non magis sibi quàm suis successoribus studeãt prodesse homines. iuxta.l.si pactum. ff. de proba. vbi qui paciscitur pro se, intelligitur etiam pactum fecisse pro vtilitate sui hæredis & successoris. Et, si rectè perpendatur, hanc rationem in specie probauit Cæsar Lamberti. lib. secundo, de iurepatronatus, parte secunda, artic. secũdo, quæstione 4. colum. 4. versi. Et ideò ego, &c. Nec est quòd dicatur in casu nostro sumendam esse strictam interpretationem, cùm agatur de libertate ecclesiæ subiictenda seruituti laicorum. Quia respondeo, etiam in materia
102 strictæ intepretationis personam † hæredis contineri sub cõcessione & prouisione facta antecessore. Ita de priuilegio respondit Soci. Sen. consi. 59. nu. 7. vers. prætereà censetur, lib. 1. & in acquisitione feudi dicimus acquirentem non solùm sibi, sed etiam hæredibus & successorib. suis voluisse prouidere. ita ex d.l.si pactũ, ex multis respondit Rubeus consi 85. num. 4. Quinimò (quod fortius
103 est) cùm † quis taxatiuè sibi dari vel fieri aliquid stipulatur, etiam eius hæredes includuntur. l.si necessarias. §. de vendendo. ff. de pigno. actione. & scribunt Iason. in lege secunda. §. item si in facto. columna secunda, de verborũ obligation. Decius in l. hæredem. ff. de regul. iuris. & alios plures recenset Tiraquellus in tractat. de retractu conuentio. §. primo, glossa sexta, numero quarto. Et verè hæc argumentatio & experientia & naturali ratione vera & concludens est.

104 Non enim excogitari potest, quòd acquirens † nolit etiam suis hæredibus, quibus repræsentari vnusquisque cupit, prouidere & consultum iri.

* Septimò accedit, quòd recepta est omnium* sententia, emphyteutam †
105 ecclesiæ posse legare cum consensu ipsius Episcopi bona ipsa emphyteutica. Ita omnes in l. si domus. §. vltim. de leg. 1. vbi Alexand. & Iasidem Iason. in l. vltima. numero 75. C. de iure emphyteut. Imò
106 sunt permulti † in ea opinione, quòd etiã sine consensu Episcopi res emphyteutica legari possit. quemadmodũ relati Doctores scribunt, & apud Alex. consil. 120. libro primo, & Alciatum responso 258 num. 4. Et in specie nostra ita docuit Beroius in capitulo primo, nume. 34. vers. & quòd non requiratur, de iurepatron. qui ex relata doctorum traditione ait, patronum posse legare suum iuspatronatus etiam sine consensu Episcopi, ea ratione ad-
107 ducitur, quia vltima † voluntas libera esse debet, non autem à voluntate alterius pendere debet. l. illa institutio, de hæred. instit. cum similibus. Verùm, admisso quòd emphyteuta ecclesiæ non possit sine consensu prælati legare, vt verior & magis recepta opinio videtur, attamen, quòd possit cum illius consensu, vno ore ferè doctores concedunt: ergo etiam potest legari iuspatronatus cum ipsius prælati consensu.

Octauò maximè vrget recepta Doctorum sententia, qui apertè censuerũt, iuspatronatus posse donari, vel legari laico cũ consensu Episcopi. Ita cũ affirmarũt glo. in ca. ex insinuatione, de iurepatr. & ibidẽ Abbas nu. 4. air, hãc esse communem theoricam. Et idem Abbas in capi.
* illud. nu. 5. eodem tit. post Hostien. ibi. communem* quoque hanc esse asseruit idem Abbas in d. dispu. quinta, incip. Augetio, columna quinta, versi. tertiò principaliter. idem in cap. cùm secundum, in fine de iureparro. post Ioã. Andream ibi, & Feder. de Senis consi. 225 si opinio Ioan. &c. quo loci Federicus in specie cõsuluit, iuspatronatus laico potuisse tit. legati in codicillis relinqui. Idẽ placuit Rocho Curtio in tract. de iurepatronatus, in verbo Ipse, vel is à quo, quæstione septima, & Cæsari Lambertino de iurepatro. lib. primo, parte secunda, articulo secundo quartæ quæstionis, Beroius in c. illud, col. antep. & pen. de iurepatron. Idem in cap. 1. numero 34. eodem in spe-
108 cie secutus est Fede. d. consi. 225. vt scilicèt † legari possit iuspatronatus in codicillis etiam sine consensu Episcopi. & Crotus consil. 108. numero. 14.

Nonò & vltimò animaduertẽdum hîc censeo, quòd etiamsi concederemus hoc iuspatronatus non potuisse legari D. Bartholomæo: attamen adhuc non potuit D. Strocius impetrare hanc ecclesiam, vt liberæ collationis.

Siquidem ille D. Galeacius reliquit proximiores hæ-
109 redes omnium bonorum: qui quidem hæredes † siue ex testamento, siue ab intestato cùm in cæteris bonis succedant, succedere etiam deberent in hoc iurepatronatus, vt scribunt Innocen. & Card. in rubr. de iurepatronatus. idem Card. in clement. plures quæst. 6. titul. & ibidẽ Imola. Rochus Curtius de iurepatrona. in verbo ipse, vel is à quo. numero decimosexto, & Lambertinus lib. primo, de iurepatronatus parte secunda, quæstione secunda principali, numer. tertio. Nec obijci potest quòd D. Bartholomæus opponat exceptionem de iure tertij:
110 quia respondetur quòd † cùm hæc exceptio sit exclusiua iuris D. Strocij contra eum opponi potest, vt scribunt Bar. & Socin. in l. 2. ff. de except. rei iud. & copiosè Tiraquellus in repe. l. si vnquam, in verbo reuertatur. nu. 318. C. de reno. dona. cæteros sciens prætereo. Et ad tollendã hanc difficultatem, pro maiori cautela poterit D. Bartholomæus habere cessionem iurium ipsorum hæredum D. Galeacij.

Non obstant nunc adducta in contrarium. Ad primum respondeo, quòd etsi de gratia concessum sit iuspatronatus laicis, non tamen est cõcessum in priuilegiũ personale, sed cum ea qualitate, vt illud relinquere possint suis successoribus. Et ita respõdet Lambertinus, d. li. 1. de iurepatronatus, parte secunda, art. secundo quartæ quæstionis principalis, col. 5. versi. & per istam.

Respondetur & secundò vnà cum Beroio in cap. illud. num. decimoquinto, versi. & multipliciter, de iure patro. quòd Abbatis ratio procederet quando patronus transferret in alium sine consensu Episcopi: secus si cum illius auctoritate, quia tunc ille, in quem fit translatio, efficitur capax ac ipse transferens.

Respondetur tertiò ex sententia eiusdem Beroij in d. cap. illud, col. pen. versi. nec obstat etiam, quòd ex quo
111 iuspatronatus † semel est factum transmissibile ad laicos ob fundationẽ, dotationem & constructionem. quòd etiam semper durat transmissibile. l. pater filium. § quin decim. & ibi Bart. de leg. 3. Prætercà (subiungit Beroius) si rationes Abbatis procederent, sequeretur quòd iuspatronatus non posset relinqui in testamento hæred. extraneis, ex quo in illis eadem ratio & causa meritorũ non concurrit. quod tamen est falsum, quia posse relinqui, aperto iure probatur in ca. 1. de iurepatro. ca. si plures. 16. q. 7. Est ergo dicendum, quòd etiam possit legari.

Non obstat secundum, quia respondeo ex suprà deductis, quòd etiam in concessione iurispatronatus fuit tributa hæc facultas ipsi patrono, vt posset de iurepatronatus disponere, accedente consensu Episcopi: quemadmodum multis iuribus & rationib. demonstrauimus, & ita etiam respondet, & rectè, Beroius in d. c. illud. col. pen. versic. huic rationi, de iurepatro.

Non obstat tertium, quia ad d. c. cum apostolica, de his quæ fiunt à præla. &c. respondeo vnà cum Lambertino loco iam citato, columna quinta, versicu. Non obstat modò, à quo non dissentit Beroius in d. ca. illud. col. pe. versic. 3. Abb. etsi si ipsum Lambertinum non referat. Respondeo inquam, d. cap. cum apostolica, loqui de cõ-
112 cessione decimarum, quæ † quidem decimæ non transeunt ad successores. cap. ad hæc. de decimis. Ea est ratio, quia non fuerunt concessæ, vt laici inuitarentur ad be-
113 nefaciendum ipsis, ecclesijs sed ex alijs † causis, vt scribit Abb. in d. c. cum apostolica, col. vlt. versi. vlt.

114 Non ergo † ex diuersis bene infertur l. vlti. C. de calum. cum similibus. Et alias responsiones recenset Bero.

quæ

quæ videri apud eum possunt.

Non obstat quartum, quia respondeo vno verbo q̃ imò & regula est declarata in laicis: in quos transferri po test, vt & in clericos, iuspatronatus, quemadmodum supra probauimus.

Non obstat quintum, quia respondeo, d.ca. præterea il. 2. de iurepatro. habere varias interpretationes, vt ipsemet Abbas scribit in dicta disputatione 5. Augerio, col.
115 5. vers. puto tamen. ob id malè potest allegari † ad huius disputationis decisionem, iuxta doctrinã Bart. in l. in ambiguo, vbi etiam Socinus de reb. dubiis. Præterea casus illius textus non conuenit casui nostro, quia illi aduocati ecclesiæ ad maximum ecclesiæ detrimentum sua auctoritate, & ecclesiæ prælato inconsulto alienabant, vt ibi Abbas & cæteri scribunt: sed non ita est in casu nostro: vbi adfuit consensus Episcopi & vtilitas ecclesiæ. Concludo ergo in hac tertia dubitatione, quòd iure optimo potuit hoc iuspatronatus iure legati relinqui D. Bartholomæo, cùm Reuerendissimi Episcopi consensus accesserit.

Quarta & vltima est dubitatio, (admisso q̃ nunc constet hanc ecclesiam esse liberæ collationis, & non patronatam) an saltem Do. Zacharias ad præsens institutus cõseruari debeat donec vixerit in ipso beneficio, cùm fuerit præsentatus à dicto Do. Bartholomæo quasi possessore bonæfidei dicti iurispatronatus. Quã sanè dubitationem verè opinor esse facilius dissolutionis: si quidem re vera constat D. Bartholomæum esse in quasi possessione huius iurispatronatus cum bonafide. de bonafide dubiũ non est, cùm habeat titulum legati confirmati auctorita-
116 te Episcopali, qui sanè titulus † bonam fidem præstat, vt in præcedenti dubitatione diximus: & in specie scribit Abbas in cap. consultationib. nu. 5. versi. sed dubitatur, de iurepatro. de quasi possessione quoque ambigendum nõ est, cùm constet ipsum D. Bartholomæum iam præsentatũ se non modò semel in hac ecclesia D. Rubertum filium
117 suum, sed & bis. Et certi iuris est, quasi † possessionẽ iurispatronat° vna præsentatione acquiri, modò secuta institutione, effectum habuerit, vt verè hîc locum habuerunt. Ita respondit Dec. consil. 124. col. 1. post Feder. de Senis, Oldradum, Innocentium, & Calderium quos citat. Idem Decius cons. 117. col. 2. vers. quòd autem quasi possessio, & sequitur Rol. cons. 47. nu. 18. li. 1. Rochus Curtius in tract. de iurepatro. in verbo, competens. nu. 29. 30. 34. Cra. consi. 322. col. 5. ver. 7. principaliter. & Rol. cõs. 47. num. 27. lib. 1.

Hoc ita posito, dico nunc, D. Zachariã nullo pacto esse amouendum ab hac ecclesia.

Primò monet me text. in cap. cõsultationibus, de iurepatro. quo loci scriptum est in hæc verba: si aliquis cle-
118 ricus † ab ordinario iudice in ecclesia fuerit institutus ad præsentationem illius, qui eiusdem credebatur esse patronus: & posteà iurispatronatus alius euicerit in iudicio: institutus non debet ab ipsa propter hoc remoueri, si tẽpore præsentationis suæ ille qui eam præsentauit, iuspatronatus ecclesiæ possidebat. &c. Ita contingit in casu nostro, in quo D. Bartholomæus creditur patronus, & est in quasi possessione ipsius iurispatronatus.

Secundò suffragatur text. notab. in cap. ex literis, de iurepatro. quo loci scriptum est, Abbatissam & moniales confessisse villam cuidam militi, in qua quidem villa aderat ecclesia patronata: & militem illum fuisse in quasi possessione iurispatronatus. Et cùm mortuus esset, nulla lite pendente inter moniales & militẽ, institutus ille ecclesiæ Rector, miles præsentauit nouum Rectorem, Moniales verò alium præsentarunt: attamen fuit ibi declaratum, quòd esset præferendus præsentatus à milite, qui tunc erat in quasi possessione præsentandi. Atque ita intelligimus, solam quasi possessionem spectandam esse.

Tertiò confert maximè text. in c. querelam, de elect. vbi apertè ita scriptum est: cùm nobis cõstiterit quòd Po
119 pulus † in quasi possessione præsentandi clericum existebat, quando ipsum presbyterum ad eam elegit. Quib. sanè verbis demonstratur, solam ipsam quasi possessionẽ spectandam esse ad electionis validitatem.

Quartò accedit tex. in c. cùm olim. de causa possess. &
120 & propriet. vbi adiudicatur beneficium † illi, qui probauit collatorem suum fuisse in quasi possessione conferẽdi tempore collationis. Et ex relatis his iurib. intelligimus, solam quasi possessionem considerari in beneficiis patronatis, electiuis & collatiuis. vt s. prouisi ab ipsis quasi possessorib. amoueri nullo modo debeant.

Quintò cõfirmatur hæc sententia ratione cõsiderata tam ex parte patroni præsentantis, quàm ex persona ipsius præsentati. Est enim ratio ex persona presentantis,
121 quia est bonæ fidei † possessor: qui quidem facit fructus suos, l. bonæfidei. ff. de acqui. rer. dom. §. si quis à non domino. Inst. de rerum diuis. cap. grauis. de restit. spolia. &
122 consumptos † non restituit, vt ex dictis iuribus scribunt Bart. in l. ex diuerso. ff. de rei vind. & alii plures, quos retuli in tract. De recuperanda poss. remedio 15. nu. 593. At
123 iurispatronatus † fructus sunt ipsæ præsentationes. cap. decernimus, & cap. filijs. 16. q. 7. d. cap. consultationibus de iurepatro. & cap. cùm Bertholdus. de re iud. Non ergo à patrono præsentatus amoueri potest: quia amouendo patronus diceretur compulsus restituere iam cõsumptos fructus sui patronatus. Qui sanè fructus consumpti dicuntur facta præsentatione & secuta institutione. Hanc rationem considerant Abbas in d. c. consultationibus. nu. 3. versi. sed ratio decidẽdi, & in cap. ex literis. nu. 3. & nu. 7. & ibidẽ Beroius nu. 12. de iurepat. Ex parte autem præsentati ratio consideratur: quia indignum esset, quòd sine culpa sua amoueri deberet ab ecclesia, quam iam obtinuit auctoritate patroni & confirmatione Epis-
124 copi. & ideò dici solet cum Poeta, *Turpius* † *eiicitur, quàm non admittitur hospes.* Et hanc rationem sensit in specie glossa in dicto cap. ex literis, in glo. vlt. versi. Ibi enim &c.

Sextò hanc sententiam optimè coadiuuat multorũ
125 auctoritas, qui apertè censuerunt, quòd præsentatus † ab eo, qui erat in quasi possessione præsentandi cum bona fide, amoueri non debet, etiamsi deinde constet patronũ. Ita censuit gl. in d. c. ex literis, & in d. c. consultationibus, & ibi Abbas nu. 3. & Bero. nu. 12. Idem decidit Rota decis. 7. de iurepatro. in nouis. & decis. 14. eo. tit. in antiquis. Archid. in capit. si plures. 16. q. 7. idem in capit. vnico. colu. 1. de iurepatro. in 6. & ibidem Io. Andr. col. 2. vers. dicit etiam & Gemin. col. 2. vers. quæro qualiter. Lapus alleg. 89. In Dei nomine, factum super quo. nu. 8. in fin. & alleg. 132. nu. 2. Oldr. consi. 312. Ancha. consi. 29. Abbas in ca. Cumana, col. 3. vers. pro clariori, de elect. & in cap. cùm ecclesia Sutrina, colu. 5. de causa possess. & proprie. idem consi. 54. col. 2. lib. 1. & consi. 106. col. pen. lib. 2. Bal. in c. in literis, nu. 5. de restit. spol. Alex. consi. 75. nu. 46. lib. 4. Calca. cons. 100. nu. 13 vers. quinimò. Rochus Curt. in tract. de iurepa. in verbo competens. q. 14. Dec. consi. 124. nu. 3. consil. 126. nu. 3. consi. 129. nu. 4 & consil. 153. nu. 4 Paulus Picus in repe. l. Titia. §. Titia cùm nuberet. q 39. de leg. 2. Paulus de Citadinis in trac. de iurep. parte tertia, causa prima q. 32. & Cæsar Lambertinus in tract. de iurep. li. 2. parte 1. art. 1. q. 3 Guido Pap. cõsi. 92. Circa duo, in fi. Bert. consi. 173. in fin. lib. 2. Idem sensit Beroius cons. 6. nu. 23. lib. 1. Craue. consil. 322. nu. 5 & Rolan. consi. 47. nu. 28. 29. lib. 1.

Septimò & vltimò, præsuppositio etiam quòd D. Bartholomæus esset quasi possessor malæfidei: attamẽ adhuc est dicendum, quòd D. Zacharias non debet amoueri à
126 beneficio, ex quo fuit præsentatus † & institutus, nulla priùs contradictione facta, & iam lapso tempore intra quod ab institutione appellari potuisset. Ita in specie clarè scriptum reliquit Lãbertinus in tract. de iurepa. lib. 2. parte prima. art. 2. q. 3. nu. 6. quo loci testatur, ita aliquando obseruatum fuisse in pract. idque auctoritate Baldi
127 in c. in literis. in fi. de restit. spol. cùm ait, quòd facta † à prælato putatiuo valent, etsi ipse deinde declaretur, non

platus,ex l.Barbarius.ff.de off.prætor. qua ratione vtitur & Rota decis.14.in fi,de iurepa.in antiquis. Sed ad rem melius confert doctrina Card.Zabarellæ in ca.consultationibus,col.2,versi.4.quæro,de iurepatro. quam & ipse Lambertinus probat.Scribit Cardinalis malam fidē patroni non nocere præsentato & instituto,cùm solenniter illa fuerunt peracta:quia etsi patronus fuerit malæfidei possessor,non tamen institutus,ex quo iudicis auctoritate missus est in possessionem:& ideò in ea tueri debet,ne contingat ei,sine culpa sua hoc dedecus,vt scilicèt amoueatur.

Nec huic solidæ atque bene firmatæ iuris sententiæ, duæ aduersantur dubitationes,q̄ excitari possent, Quarum prima est,quòd relata iura & rationes locum quidē habere possunt,cùm constat ecclesiam esse patronatam,licèt sit controuersia apud quem illa sit: secus in casu nostro,in quo negatur ecclesiam esse sub seruitute iurispatronatus,sed asseritur ab eo onere liberata & effecta libe
128 ræ collationis. Et magna differentia † inter duos hos casus videtur,quia,si constaret esse collatiuam,non prodesset prouisio de ea facta,ex quo detecto non iure conferētis,institutio esset nulla,quod non contingit,cùm ecclesia patronata,ex quo præsentatus defenditur auctoritate Episcopi instituentis.

Huic dubitationi respondeo vnà cum Rota decis.14. Vtrum sicut præsentatus,de iurepa.in antiquis.q̄ à fortiori hanc dubitationē dissoluit. ait Rota fuisse decisum ex sententia illorum sapientissimorum patrumquòd nulla sit differentia inter ecclesiam patronatam, & merè collatiuam,vt scilicet tam in collatiua quàm in patronata locum habeat dispositio d.cap. consultationibus, de iurepat.cùm eadem ratio tam vno quàm altero in casu locū habeat.Nā quemadmodum iurispatronatus fructus est
129 præsentatio,ita collationis † est ipsa collatio. ca. cùm olim,de causa possess. & proprie. Sicuti ergo præsentatus à patrono,relata ratione amoueri nō debet,ita nec is, cui
130 facta est collatio ab eo,qui † est in quasi possessione conferendi:cùm & is, qui est in quasi possessione cōferendi faciat fructus suos,nempè collationis.d.capit.cùm olim, de causa poss.& propriet.Ita Rota d. decis.14. Atque ita constat,Rotam nullam constituere differentiam inter be
131 neficium patronatum & collatiuū:vt nec est † aliqua differentia etiam inter electiuum & patronatū, quo ad hos terminos.vt egregiè sensit Lapus alleg.8.Crau.cons.322. num.5.versi.idem est in collatione.& Rolan.cons.47.nume.29.lib.1.Et magis in specie respondit Decius cōs.126.
132 cùm dubitaretur an ecclesia † esset patronata, vel collatiua,& potius collatiua videretur ob id quòd vltimo loco fuerat collata,vt collatiua à Pont.Max.Attamen consuluit Decius,quòd cùm patronus ex duplicata præsentatione esset in quasi possessione iurispatronatus, non obstante illa vltima prouisione summi Pontificis,præsentatus ab eo non esset amouendus. Quod responsum est in fortioribus terminis,cùm in casu nostro nulla sit dubitatio,quin D.Bartholomæus sit in quasi possessione huius iurispatronatus.

Altera & secunda dubitatio,quæ excitari potest,illa est,quòd prædicta omnia procedunt, quando existēti in quasi possessione iurispatronatus nulla lis mota est: at se
133 cus † lite mota,quia etiamsi præsentatio esset facta, attamen differri debet institutio.ita probat c.ex literis, vbi gl. & docto.de iurepa.Cùm ergo lis mota fuerit in casu nostro D.Bartholomæo per D.Herculem Strocium,dicendum videtur,eam institutionem factam nihil debere prodesse D.Zachariæ.

Huic dubitationi facilè duobus modis respondetur. Primò,quòd D.Strocius non dicitur mouisse litē D.Bartholomæo antequam D.Zacharias præsentaretur & institueretur.Nam ipsius D.Zachariæ præsentatio & institutio factæ atque absolutæ fuerunt mēse Octobris 1570. & tamen D.Strocius solùm litē mouere cœpit anno 1571. de mense Februarij.Secundò respondetur, D. Strocium non mouisse litem D.Bartholomæo super eius quasi possessione præsentandi,sed potius super proprietate, dum asserit,ei nullum ius competisse præsentandi ob collationem sibi factam à Pont.Max.de hoc beneficio reseruato ob mortem D.Ruberti familiaris.Cùm ergo lis non fuerit mota super quasi possessione,nō potuit impediri præsentatione institutio facta D.Zachariæ,vt declarant Abbas in d.cap.ex literis.nu.8.& ibi Beroius nu.12.de iurepatro.Alexan.cons.75.nu.46.lib.4. & Paulus de Citadinis in tract.de iurepatro.artic.tertio partis sextæ.nu.64. Idem docuit Henricus Boyk. in ca.2.colu.2 versi.aut nō est proprietarius,de restitu.in integrum.Atque ita iuris esse concludo,rectiore iudicio saluo. Ad laudē Dei Opt. & Max.

Iacobus Menochius I.C.

SVMMARIVM.

1 *Vocatus non dicitur ad hæreditatem ille, qui positus est in conditione tantùm masculinitatis.*
2 *Bannitus adeò vt impunè occidi possit,insuccessibilis dicitur.*
3 *Et hæredem habere non dicitur,neque potest.*
4 *Filius qua cautela possit priuari à successione in bonis banniti, cum confiscatione bonorum,in bannitum prouenientibus post mortem alicuius.& nu.5.& 6.*
5 *Bona banniti cum confiscatione,si à fratribus, vel aliis essent occupata,an sua efficiantur,vel debeant fisco applicari.*
6 *Testator potest instituere hæredes cum clausula,quòd si euenirent casus quòd hæredes delictum cōmitterent quo bona venirent publicanda,deueniant in alios & tunc fiscus excluditur.*
7 *Substitutus excludit fiscum.*
8 *Hæres non potest conqueri de repudiatione à suo prædecessore facta.*
9 *Filius an possit reuocare repudiationem feudi factam à patre, quod filio deuoluebatur post mortem ipsius patris.*
10 *Repudiatio est actus legitimus.*
11 *Error tunc probatur cum constat rem aliter se habere quam actum fuit.*
12 *Confessio tutoris,pupillum esse hæredem patris sui,dicitur erronea,si constet bona patris confiscata esse ob delictum.*
13 *Soluens scienter indebitum dicitur donare.*
14 *Scientia in proprio facto præsumitur.*
15 *Clausula posita in instrumento,ex certa scientia denotat partium scientiam.& quomodo procedat.nu.52.*
16 *Donatio inter coniunctos facilè præsumitur.*
17 *Donatio perfecta retractari nequit.*
18 *Renuntians omni exceptioni, conditioni indebitè, sine causa, doli mali,&c.dicitur se exclusisse à quocunque auxilio, & ope.& 54.*
19 *Diuisio facta inter hæredem verum & putatiuum cum iudicis auctoritate an prætextu erroris irritetur, & reuocetur. & 25.*
20 *Arbitri instar iudicis sunt.*
21 *Confirmatum longo silentio an reuocari possit.*
22 *Recipiens fundum obligatum scienter,si euincatur per hypothecariam an alium fundum repetere potest.*
23 *Confessio facta in iudicio quòd res propria sit alterius,an per iuris errorem præiudicet confitenti.*
24 *Tradens rem suam tanquam alienam an transferat dominiū.*
25 *Hæres verus diuidendo hæreditatem cum putatiuo sibi præiudicat.& nu.19.*
26 *Diuisio per errorem facta retractatur detecto errore. & numero seq.*
27 *Error in diuisione bonorum paternorum irritat ipsam, etiam si à dato arbitro facta sit.*
28 *Diuisio semel facta,non amplius fieri debet de eadem re sed de non diuisa.*
29 *Diuisio sine iudicis auctoritate facta prætextu erroris irritatur.*
30 *Inaqualiter quod factum est in iudicijs bonæfidei,in melius debet refor-*

bet reformari.
31 Præscribere non potest ille, cui tanquam hæredi tradita res est ab altero coheredo, quia ille titulus non valet.
32 Diuisio inter coheredes & fratres est quædã ratio inter eos cõposita & reddita.
33 Ratio malè composita & reddita ad compositionem rectam redigi debet.
34 Diuisio est quædam permutatio.
35 Permutatio nunquam dicitur nisi transferatur aliquid hinc inde.
36 Diuidens videtur confiteri dominum esse tantum pro dimidia.
37 Confessio extra iudicium rem suam esse alterius an confitenti præiudicet.
38 Errantis nullus est consensus.
39 Confessio rem suam esse fideicommisso suppositam, cum verè non sit, an confitenti præiudicet.
40 Gestum falsa causa totum vitiatur, vti in priuilegio concesso ex falsa causa.
41 Vnio Ecclesiarum ex falsa causa facta non valet.
42 Dispensatio pariter ex falsa causa facta non valet, vt de rescripto dicitur.
43 Iuramentum pariter vitiatur si ex falsa causa sit præstitum.
44 Idem in solutum datio vitiatur.
45 Institutio hæredis quoque.
46 Transactio pariter vitiatur.
47 Transactio æquiparatur diuisioni.
48 Laudum latum ab arbitris vitiatur ex falsa causa.
49 Decretum iudicis etiam.
50 Diuisio bonorum.
51 Ignorantia regulariter in dubio præsumitur.
52 Quid in facto proprio quando de damno euitando agitur?
53 Donatio inter coniunctos in dubio non præsumitur, nisi multa concurrant.
54 Clausula in diuisione apposita, renuntians omni exceptioni cõ dictioni indebiti, sine causa, doli mali, & c. an irritetur si appareat diuisionem errore factam esse.
55 Diuisio facta eum hærede putatiuo auctoritate iudicis simpliciter prætextu erroris reuocari potest, secus si sit facta per sententiam latam in contradictorio iudicio.
56 Decretum iudicis interponitur tantum inter volentes, nec discussio plena causa adhibetur.
57 Laudum latum ab arbitris extraiudicialiter & sine causa cognitione vim sententia non obtinet.
58 Confessio errore iuris facta, non præiudicat.
59 Sententia ob errorem iuris retractatur.
60 Diuisio facta virtute laudi lati, & ratificati licèt translatum etiam sit dominium, retractatur tamen virtute erroris iuris detecti. & num. 62.
61 Error non præsumitur in translatione dominij quando tradentis consensu transfertur.
62 Dominium translatum ex laudo ratificato & iurato repeti potest virtute erroris detecti.

FACTI SPECIES.

MAgnificus Dominus Ioannes Pacianus Mutiensis æquis portionibus sibi scripsit hæredes Dominos M. Antonium, Thomam, Nicolaum, Albertum, Augustinum, & Bartholomæum filios: & si quis eorum decesserit sine filijs masculis legitimis & naturalibus, & ex legitimo matrimonio procreatis, tunc & eo casu substituit vulgariter, pupillariter & per fideicommissum alios superuiuentes eidem sic præmorienti, grauans & mandans dictus testator quòd ad tales superuiuentes perueniant omnia bona sine detractione alicuius Trebellianicæ, vel cuiuscunque alterius detractionis faciendæ per ipsum grauatum, &c. Item dictus testator ordinauit, quòd si quis dictorum filiorum & hæredum commiserit aliquod maleficium, propter quod eius bona veniant publicanda & fisco applicanda, quòd dicta bona & fructus eorum bonorũ aliquo modo non perueniant ad fiscum, nec in eum possint transferri, sed vadant ad alios: prout si euenisset casus substitutionis factæ, donec ipse committens maleficium restituatur in patriam.

Mortuo testatore, Dominus M. Antonius intestatus decessit: & postea Dominus Nicolaus Albertus concepto filio, sed nondum nato commisit homicidium, propter quod bona veniebãt publicanda: sed ante quam banni sententia lata esset, renuntiauit hæreditati paternæ & fraternæ, ideſt, dicti Domini Marci Antonij. Et protestatus est, se numquam illis immiscuisse, nec adiuisse, nec adire velle: dicens se nolle esse hæredem, vel ex testamento, vel ab intestato. Et deinde ipse D. Nicolaus Albertus mortuus est in ipso banno.

Posteà, mortuo D. Augustino, superstites fuerunt Domini Thomas & Bartholomæus omnium bonorum hæredes, qui cùm bona omnia hæreditaria & non hereditaria, vt puta aduentitia & profecticia diuidere vellent, ad diuisionem admiserunt D. Ioannem filium dicti D. Nicolai Alberti, qui iam bannitus hæreditatem repudiauerat.

Nunc quæritur, cùm dictus D. Ioannes nepos vocatus fuerit ad diuisionem bonorum omnium, eo sub prætextu, quòd bona essent cõmunia, nunquid probato, quòd nulla erat inter ipsum & patruos bonorum communio, ea, quæ data fuerũt, repeti possint, quamuis illi, qui dederunt, scirent se non esse obligatos ad dandum: & non solùm fideicommissi paterni, sed etiam repudiationis factæ à D. Nicolao Alberto scientiam haberent?

CONSILIVM XCI.

Initium à Domino.

DVAS habet proposita hæc consultatio non leues dubitationes: quarum prima est, an D. Ioannes D. Nicolai Alberti filius iure consequi debeat vnà cum patruis suis aliquam portionem ex bonis D. Ioannis aui testatoris. Altera est dubitatio, an (posito quòd in dictis bonis nullum ius habuerit) diuisio illa inter ipsos patruos & d. nepotem facta vti erronea tetractari possit.

Quò ad primam dubitationem dicendum est, dictũ D. Ioannem nepotem nihil ex bonis aui sui consequi po-

tuisse. Nam, si rectè omnia perpendantur, clarè constat d. nepotem non nisi duplici via posse hæc bona petere. Prima est ex sua persona, tamquam vocatus ab auo testatore. Secunda ex persona patris sui, vt scilicèt eius locum ingressus tanquam hæres, bona hæc petat. Quantũ sit respectu primi modi & viæ succedẽdi & petendi, non est mihi immorandum, quia audio viros perplures consultissimos atque eruditissimos hac de re interrogatos respondisse, dictum Dominum Ioannem non fuisse nec
1 expressè nec tacitè à testatore vocatum: cùm † solùm dicatur positus in conditione sub qualitate masculinitatis: id quod non sufficit, vt quis vocatus dicatur: quemadmodum consultum fuit à viris illis doctissimis, esse magis receptam & veram opinionem aduersus Guidonẽ Pap. q. 184. Nec etiam creditur d. D. Ioannes nepos vocatus tacitè aliqua legis dispositione, vt intelligo fuisse responsum. Est ergo solùm hîc agendum, an quò ad secundum modum & viam succedendi pariter fuerit exclusus d. D. Ioannes. Et dicendum est, exclusum esse, atque ita nullũ ius habuisse in bonis d. aui. sui.

Primò, quia D. Nicolaus Albertus, dicti D. Ioannis
2 pater, fuit bannitus ob perpetratũ homicidiũ: qui † quidẽ bannitus, ex dispositione statuti Mutinæ rubr. 24. de bãnitis impunè offendendis, poterat impunè occidi. Quo fit vt effectus fuerit in successibilis atque inhabilis ad obtinendum aliqua bona. ita scribunt Bar. in l. 1. in fine. C. de hæred. inst. in l. certa forma. nu. 5. C. de iure fisci, li. 10. & in disputat. prima Lucanæ Ciuitatis statuto, in solutione, nu. 11. Alex. in d. l. 1 nu. 4. C. de hære. inst. in l. ex facto. §. ex facto. ff. ad S. C. Treb. & consi. 75. li. 1. Nellus in trac. de bannitis, secunda parte primi temporis q. 5. Gulielmus Benedictus in repet. ca. Raynutius, in verbo. in eodem testamento relinquens. il 1. num. 141. & 142. de testa. Bossius in tract. causarum criminalium tit. banniti quid admittant. nu. 14. & Petrus Placa lib. 1. epito. delicto. c. 44. nu. 3. His accedunt Cur. Iun. cõs. 182. nu. 8. Alcia. resp. 58. nu. 9. & Iulius Clarus in pract. criminali. §. fin. q. 71. versi. dixi. Qui quidem Alciatus & Clarus attestantur, ita obseruari Mediolani, quòd scilicèt bannitus qui impunè offendi potest, amittat succedendi facultatem. Si ergo Dominus Nicolaus Albertus non potuit succedere, sequitur quòd nec hæredem in illis bonis habere potuit D. Ioannem filium.

Secundò, admisso, quòd iam ipse D. Nicolaus Albertus effectus esset hæres & successor patris sui, atque ita illa bona acquisiuisset: attamen adhuc hæredem habere i-
3 pse non potuit: cùm bannitus, † qui impunè potest offendi, hæredem habere non possit. ita scribunt Bart. in d. disputa. prima, in solutione num. 11. clarius Baldus. & Are. in l. is cui. ff. de testa. Bossius in tract. causa. crimin. tit. de bonorum publicatione. nu. 67. Et hoc admittunt omnes in casu in d. l. 1. C. de hære. inst. Et hinc sequitur, quòd scilicèt cùm non potuerit D. Nicolaus Albertus hæredem habere, eius bona cæteris fratrib. triplici ratione acquisi-
4 ta fuerunt. Prima, ratione repudiationis, quam † facere potuit ad detrimentum fisci, vt in terminis tradit Nellus in tracta. de bannitis, in secunda parte primi temporis. q. 30. in fin. vbi ait, quòd cautela est ad excludendum fiscum à facultate succedendi in hæreditate delata & nõdum adita bannito, vt bannitus eam repudiet: quod facere potest, nec fiscus conqueri potest: iuxta l. qui autem, in prin. ff. de his, quæ in fraudem credit. Et in specie Nelli doctrinam & cautelam probauit Bossius in trac. causarũ crimi. tit. de bonorum publica. nume. 29. Qua ex re cessat illud excitatum motiuum, quòd bannitus repudiare non possit.

Secunda ratione fuerunt his fratrib. acquisita, quia ab eis occupata fuerunt: quod iure est permissum, vt in terminis affirmarunt Cur. Sen. cons. 60. Dux Philippus, col. 11. versi. 2. respondemus. & Cur. Iun. cons. 182. num. 7.
5 qui responderunt, quòd cùm bona † banniti occupantur, is qui primò occupauit, dominus eorũ efficitur, nec potest fiscus, vel alter quiuis conqueri, & eum amouere. Et præcitato loco scribit Curt. Iun. eiusdem opinionis fuisse Bald. & Alex. in l. 1. C. de hæred. inst. & Nellum in tract. de bannitis. part. 2. primi temporis. q. 39. idem scripsit Bossius in tract. causa. crimi. d. tit. de bonorum publica. num. 27. in fi. Cùm ergo (vt dixi) bona hæc fuerint ab his fratrib. occupata, eis omninò acquisita fuerunt exclu so non solùm fisco, sed etiam D. Ioanne filio d. D. Nicolai Alberti. Tertia etiam ratione excluditur fiscus, & ad-
6 mittuntur hi fratres, quia † ipse testator expressè in suo testamento cauit, quòd si contigisset alterũ ex dictis suis hæredibus committere delictum, quo eius bona essent publicanda, illa non fisco sed substitutis deferrẽtur. Qua sanè dispositione excluditur fiscus, ita in specie Ruin. cõ si. 129. num. 4. lib. 2. quem secutus est Rolan. cons. 56. nu. 12. lib. 1. Quibus accedunt Soc. Iun. cons. 77. nu. 15. libr. 2. Marsilius singul. 314. Gramma. decis. 104. num. 30. & Alciat resp. 533. num. 2 Cæteros de industria prætereo. Non. n. hîc multum immorandum duxi, tum quòd non defuerunt dissentientes, tum quòd aduersus fiscum nunc non est contentio. Illud solùm dico, iam relata confirmatione, quia
7 † ex sola substitutione fiscus excluditur. l. ex facto. §. ex facto. vbi omnes. ff. ad S. C. Trebell. vbi in terminis Ripa nu. 8. scribit, quòd substitutus excludit fiscum. & reddit rationem cur ita constitutum sit.

Tertiò, posito quòd D. Nicolaus Albertus fuerit capax illius hæreditatis & successionis, & quòd potuerit in illis habere hæredem Dominum Ioannem filium, adhuc est dicendum, ipsum Dominum Ioannem fuisse exclusum ob illam repudiationem à d. D. Nicolao Alberto patre factam: cui succedendo, successit vt hæres, vt clari iu-
8 ris est. Qui quidem hæres † non potest conqueri de repudiatione à suo prædecessore facta. Ita in specie docuit Bald. in l. qui se patris. num. 9. C. vnde liberi, qui loqui-
9 tur in casu fortiori, quando scilicèt pater † repudiat feudum, quod filio deuoluebatur, quia erat feudum ex pacto & prouidentia, si filius efficitur patri hæres, non potest eam repudiationem reuocare, atque ita illi contradicere. Cum Baldo senserunt Alex. consi. 13. nu. 7. & consil. 19. num. 14. lib. 5. Ruin. consi. 17. num. 11. & nu. 38. & consi. 38. numer. 16. & 208. num 16. lib. 1. Dec. consi. 185. num. 1. & num. 4. & consi. 445 num. 56. & Paris. consi. 10. nu. 7. cons. 16. nu. 43. & cons. 106. num. 27. li. 1. Nec hîc dicatur (vt in motiuo dicitur) non potuit Dominus Nicolaus Albertus
10 repudiare, quia repudiatio † est actus legitimus: quia respondetur, quòd imò potuit repudiare, vt dixi suprà. Præterea si non potuisset repudiare ob id quod repudiatio sit actus legitimus. eadem ratione esset dicendum, quòd nec adire potuisset & hæredẽ relinquere. atque ita omni casu D. Ioannes est exclusus.

His apertè constat ipsum D. Ioannem nullum ius habuisse in bonis aui sui, atque ita hæredem vnà cum patruis suis non extitisse. ex quo fit consequens, per errorẽ
11 esse factam illam bonorum diuisionem. Error † enim vel ex eo satis probatur, cùm constat rem aliter se habere, quàm actum fuit: ita glo. in l. de ætate. §. vlt. ff. de interroga. action. & l. non fatetur. ff. de confess. Bar. in l. error, in fin. C. de iuris & facti igno. Ias. in l. si post diuisionem. num. 3. C. eo. Soc. Sen. cons. 25. num. 3. & consi. 33. num. 5. lib. 4. qui quidem Ias. & Soc. in specie responderunt, diuisionem factam inter duos tamquam hæredes detegi erroneam, probãdo eos hæredes non esse: iuxta d. l. si post diuisionem. Et in specie magis idem Socin. Sen. consi. 57.
12 numer. 11. libr. 4. respondit, quòd confessio † tutoris, qua asseruit pupillum suum hæredem patri suo extitisse, erroneam vel ex eo demonstrari, quòd pater dicti pupilli delictum commiserat, quo eius bona fisco delata fuerũt, & neminem hæredem habere potuisse. Ita etiam errorem detegi in casu diuisionis respondit Cra. consi. 188. num. 9. versi. probatur.

Secunda nunc enucleanda est dubitatio, qua ambigitur, an diuisio illa facta virtute laudi lati ab arbitris communi

communi consensu electis D. Thomæ ita detrimento sit, vt illam retractare nō possit, sed teneatur illi stare ad cōmodum d. D. Ioannis. Et dicendum videbatur, diuisionē hanc maximum attulisse detrimentum d. D. Thomæ: & illam obseruandam fore.

Primò, (admisso D. Ioannem non habuisse partem in his bonis, atque ita cohæredem non extitisse, cùm patruis ipsi auo) ea ratione ita videtur dicendum, quòd † q
13 scienter dat indebitum, donare dicitur. l. cuius per errorem. de regul. iuris. l. 1. & ibi Doct. ff. de cōdict. indeb. At qui in casu nostro D. Thomas diuidendo cum D. Ioanne scienter dedit: ergo donasse dicitur. Illa minor propo
14 sitio probatur duplici ratione: prima, quia scientia † in proprio facto præsumitur. l. vlti. ff. pro suo. Baldus in specie in l. si post diuisionem. quarto nota. C. de iuris & facti ignoran.

15 Secunda ratione scientia hæc probatur ex † verbis appositis in instrumento compromissi & diuisionis quib⁹ affirmauit d. Thomas, quòd ex certa scientia illa facit. Et his scientiam probari scribit Baldus in l. mater. C. de rei vind. & idemmet Baldus cons. 394. Super primo puncto, in fine libro quarto.

Secundò hic diuisionis actus gestus fuit inter personas coniunctas, nempè inter patruum & nepotem. At-
16 qui † inter coniunctos facilè donatio præsumitur. l. Procula. ff. de probat. Doct. in l. quæ dotis. ff. soluto matr. copiosè scripsi lib. 2. de arbitra. iudicum. casu 88. nu. 16. Er-
17 go vt † pfecta donatio retractari nō pōt. l. pe. C. de dona. quæ sub modo. l. possessionem. C. de reuo. don. Ita nec retractari diuisio potest.

Tertiò accedit, quòd D. Thomas, diuidendo hæc bona, expressè renuntiauit omnib. exceptionibus, cōdictioni indebiti, sine causa, doli mali, &c. Sed ita renuntians
18 † se ipsum ab omni auxilio & ope excludit. ita scribit Bartol. in l. vlt. §. idem quæsit. num. 1. ff. de cond. indeb. vt in motiuo citatur. ergo D. Thomas hanc diuisionem retractare non potest.

Quartò vrget non parum text. l. cùm putarem. ff. fam.
19 ercisc. quo loci respōdit Paulus, diuisionem † factam inter verum hæredem & putatiuum prætextu illius erroris nō retractari, cùm iudicis auctoritate facta est. Sed in casu nostro facta fuit diuisio à iudicibus, nempè ab ele-
20 ctis † arbitris: qui iudicis instar sunt. l. 1. ff. de recept. arbit.
21 Etiam † longo silentio fuit laudum vnà cum diuisione confirmatum. Ergo retractari non potest. iuxta l. cùm antea. §. sinautem. C. de recept. arbitris.

Quintò non mediocriter videtur suffragari text. l. si fratris. C. commu. vtriusque iud. quo loci constitutum
22 est, quòd si quis † in diuisione accepit fundum obligatū scienter, & postea euincitur per hypothecariam, non potest repetere à cohærede id quod minus consequitur ob euictionem ipsam: ex quo scienter accepit: ergo idem dicendum est, D. Thomam nil posse repetere à D. Ioanne, etsi diuidendo cum eo minus accepit quàm accipere debuit.

Sextò huc spectare videtur, quòd D. Thomas diuidendo confessus est in hoc iudicio D. Ioannem habere
23 portionem horum bonorum. Sed is † qui in iudicio confitetur rem propriam esse alterius, si id per iuris errorem facit, sibi præiudicat, & dominium in illum trasfert. ita Bar. in l. cùm falsa. num. 10. & ibidem subiungit fortius esse cùm scienter in iudicio confessio est facta ex l. certū. §. 1. ff. de confess. versi. si verò confessio. C. de iur. & facti ignor. quem in specie secutus est Beroius. cons. 2. num. 36. lib. 2. Romanus & Imola in l. si per errorem. ff. de vsucap. ex illo text. quos secutus est Corn. cōsi. 301. col. 2. versi. si quid ergo lib. 1. Et scienter in casu nostro esse factam hanc confessionem iā diximus. Ergo D. Thomæ præiudicauit. Idque confirmatur ex doctrina Bar. in l. 1. col 2. versi. tertio casu principali. ff. de officio procurat. Cæsa.
24 cùm ait, quòd si tradens † rem suam, scit eam esse suam, sed tradit tamquam alienam, transfert dominium. ex l. Iulianus. §. vlt. ff. de cur. furio. Imò subiungit Bartolus, ⁊ si quis tradit rem quam suam esse ignorabat auctoritate rei iudicatæ, dominium transfert. Cùm ergo laudum silentio diuturno (vt iam diximus) fuerit confirmatum, sequitur dicendum, translatum esse dominium.

Septimò & vltimò non mediocriter vrgere videtur auctoritas Beroij cons. 2. nu. 33. 34. 36. lib. 2. qui in specie
25 respondit, diuisionem † factam auctoritate laudi lati ab arbitris inter verum hæredem & putatiuum, retractari non potuisse prætextu alicuius erroris: cùm verus hæres ita diuidendo sibi præiudicauerit, & dominium in illum cohæredem putatiuum transtulerit. Hæc dubitationē mouebant aduersus D. Thomam, seu illius hæredes. Quas quidem dubitationes paulò vberius & efficacius deducere volui, quòd occurrerem omnibus difficultatibus, & omni ex parte pro viribus satisfacerem.

Verùm, iam dictis minimè refragantibus, contrariū visum est verius: nempè, hanc diuisionem nullum attulisse præiudicium D. Thomæ, quin ea prætextu erroris nūc detecti retractari possit. Quod vt dicam, multa me mouent.

Primò tex. l. si post diuisionem. de iuris & facti ignor.
26 quo loci clarè constitutum est, diuisionem † erroneā detecto errore (vt hîc factum fuit) non officere, sed retractari posse. Et illam constitutionem ita omnes ibidem annotarunt in hanc sententiam. Et clarè Soci. Sen. cons. 25. nu. secundò, vers. 1. per casum. li. 4. & alij permulti, quos referam infra in fine vltimi argumenti.

Secundò accedit tex. magis notabilis & in specie in l. si soror. C. de collatio. quem corruptè retulit Soc. Sen. in
d. cons. 25. nu. 3. vers. 2. moueor lib. 4. cùm citauit l. si socer.
27 C. de codicillis. Est enim scriptum in d. l. si soror, ⁊ † quā do in diuisione bonorum paternorum commissus est error, vt quia plus ad vnum quàm ad alterum peruenit, illa retractatur. Et ibidem in fine, idem esse asserit legislator, quādo à dato arbitro diuisio facta est. Nec repugnat quod scribit gloss. in d. l. si soror, in gloss. vlti. in fine, dū declarando l. cùm putarem. ff. famil. ercisc. ait quòd res
28 † semel diuisæ amplius non diuiduntur, sed tantùm diuiduntur non diuisæ: quia loquitur gloss. cùm pars diuisa rectè fuit diuisa, & ideò solùm diuiditur altera quæ indiuisa superfuit: sed in casu nostro tota diuisio minus rectè fuit facta, cùm partem aliquam diuidendam non habuerit D. Ioannes ex hæreditate aui sui.

29 Tertiò suffragatur † tex. l. cùm putarem. in fi. ff famil. ercisc. qui ita in veteri & bene emendato codice legitur. Planè, si sine iudice diuiserint res, etiam condictionem ei, qui fuit hæres, competere dici potest. Non enim transactum inter eos intelligitur, cùm ille cohæredem esse putauerit. Lectionem hanc restituit, & rectè, Alcia. lib. 1. disputāt. iuris c. 8. Cùm ergo in casu nostro sine iudice (vt infrà suo loco demonstrabimus) cum hærede putatiuo facta fuerit, dicendum omninò est, prætextu illius erroris esse retractandam.

Quartò confert l. 3. C. communia vtriusque iudicij. Cuius hæc sunt verba: Maioribus etiam per fraudē vel dolum, vel perperam sine iudicio factis diuisionibus, so-
30 let subueniri: quia † in bonæfidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformatur. Hæc Diocl. & Maxim. Imp. Quorum constitutio hanc diffinit controuersiam, cùm diuisio hæc perperam & sine iudicio facta fuerit, vt iam dictum fuit, & infrà suis locis demonstrabimus.

Quintò huc spectat tex. l. cùm solus. ff. de vsucap. quo
31 loci Pomponius ait, illum, cui † tamquàm hæredi tradita res est ab altero cohærede, non præscribere ex eo titulo, cùm titulus ille sit nullus. Si ergo titulus iste nullius est valoris, inde sequitur, D. Thomam nullum sibi attulisse præiudicium.

32 Sextò accedit hæc argumentatio. Diuisio † inter cohæredes, vel fratres nil aliud est, quàm ratio inter eos cō posita & reddita. Nam fratres requirunt omnia bona, fa-

ciunt partes,& æſtimant inter ſe:ita ſcribit Bartolus rela
3 tus à Socino Sen. quem mox citabo. Atqui ratio † malè compoſita,& reddita ad compoſitionem rectam & iuſtã redigi debet. l. error. C. de iuris & facti igno. l. cùm ſeru°. ff. de condit. & demon. Scripſi copiosè li. 2. de arbitra. iudicum, caſu 209. in fi. ergo etiam diuiſio erronea debet emendari. Hac argumẽtatione in ſpecie vſus eſt Soc. Sen. d. conſi. 25. nu. 5. lib. 4.

34 Septimò ſuffragatur hæc ratio, quòd diuiſio † eſt quædam permutatio. l. qui Romæ. §. duo fratres. de verb. obl. clarè Cynus in l. 1. C. commu. vtriuſque iud. Corn. conſi. 197. nu 12. lib. 1. & Decius in l. cùm proponas. 2 nu. 2. C. de
35 pact s. Sed permutatio † fieri non poteſt, niſi transferatur aliquid hincinde. l. 1. ff. de rerum permuta. Cùm ergo D. Ioannes nil proprij in his bonis habuerit quod dare potuerit D. Thomæ, ſequitur, permutationem nullam eſſe potuiſſe: per conſequens nullam diuiſionem. Hac ratione in ſpecie vſus eſt Baldus in cõſ 386. Proponitur quòd frater ex vtroque. lib. 1.

Octauò mouet me plurimum hæc argumentatio. D.
36 Thomas ita diuidendo † confeſſus eſt dictum D. Ioannẽ eſſe dominum pro dimidia horum bonorum. Atqui, quã
37 do † quis extra iudicium fatetur rem ſuam eſſe alterius, ſibi non præiudicat. in illumque dominium non tranſfert. ergo D. Thomas non tranſtulit horum bonorum dominium in dictum D. Ioannem, atque ita ſibi non præiudicauit. Illa minor probatur in l. 3. §. ſubtilius. ff. de condi. cauſa data. in l. ſi aliquam rem. & l. ſi me in vacuam. ff. de acquir. poſſ. clarius in l. cùm falſa. C. de iuris & facti ign. in l. qui rem, & l. ad probationem. C. de proba. & manifeſtè in l. cenſualis. C. de donatio. Et ratio illa eſt, quia errã
38 tis † nullus eſt conſenſus, ſine quo dominium à ſe quis transferre & damnum inferre non dicitur. Et his iuribus & ratione adducti ita cenſuerunt Bart. in d. l. cùm falſa. nu. 4. ibi Baldus, Caſtren. Salicetus & Iaſon C. de iuris & facti igno. quòd ſi quis extra iudicium fatetur rem propriam eſſe alterius, dominium in eum non tranſfert. Idem ſcripſit Bart. in d. l. ſi aliquam rem. nu. 9. in fi. de acq. poſſ. Specul. in tit. de locato. §. nunc aliqua. nu. 66. & ibidem Io. Andr. nu. 77. in ſuis additionibus. Caſt. conſi. 11. ſuper primo quæſito, in quantum. lib. 1. Raphael Comenſ. conſ. 165. Gaſpar, Raphael Fulgoſ. conſ. 5. Quidam Guilielmus. Angelus in §. emphyteuſim, col. 2. in auth. de non alien. egregiè Aretinus conſil. 14. nu. 8. Imola cõſi. 57. Viſo quodam, verſic. in contrarium. & in ca. ſi cautio, col. 3 verſi. ſed certè in hoc. de fide inſtrum. & ibidem Felinus. nume. 8. Corn. conſil. 301. col. 2. verſ. quod etiam ſumitur. lib. 1. Alex. conſi. 9. nu. 10. lib. 5. Ruinus. conſi. 40. num. 12. & conſi. 155 nu. 6. lib. 1. Decius conſi. 564. num. 6. Iacobinus à S. Georgio in inueſtitura feudali. in verbo, Dictique vaſalli promiſerũt recognoſcere. nu. 21. Curt. Iun. conſi 17. num 8. Alciat. in tract. præſump. reg. 3. præſump. 21. His accedit in ſpecie magis Anchar. conſ. 291 ſuper plu ib. nu. 3. & clarius Alex. conſil. 137. num. 21. lib. 2. cùm reſpondit, quòd is qui cum fratre & aliis conſanguineis diuiſit bona, quæ communia exiſtimabant, cùm verè non eſſent, in illos dominium non tranſtulit, ſib q; non præiudicauit. Et Alexandrum in ſpecie ſecutus eſt Dec. in l. traditionibus. nu 5. C. de pactis. Huc etiam maximè pertinet quod reſpondit Socinus Iunior conſ. 12 nu.
39 23. li. 1 ſi quis fatetur † rem ſuam eſſe ſub fideicommiſſo, cùm non ſit, ſibi non præiudicat. Non ergo D. Thomas ſibi damnum attulit diuidendo hæc bona vt communia, cùm verè non eſſent.

40 Nonò & vltimò accedit, quòd hæc diuiſio † facta fuit ex falſa cauſa, nempè, quia credebat D. Thomas hæc bona eſſe communia cum ipſo Domino Ioanne, cùm tamen non eſſent. Atqui certum eſt nullius valoris eſſe ea, quæ falſa ex cauſa geſta fuerunt, ſicuti videmus cauſam falſam vitiare priuilegium: ita cenſuit gloſſa & ibi Abbas in c. quia circa. de conſang. & affinit. Decius conſ. 373. nu. 13. qui poſt Cardin. conſ. 69. Videtur quòd vnio. & Abba-
41 tem conſ. 101. lib. 1. vnionem † eccleſiarum reddi nullam ex falſa cauſa dicit, id quod probat & Craue. conſil. 258.
42 nu. 12. Idem de diſpenſatione † ex falſa cauſa reſpondit Decius conſi. 602. num. 16. & conſi. 603. num. 9 Idem de reſcripto reſpondit Pariſius conſi. 51. num. 27. li. 4. Imò e-
43 tiam vitiatur iuramentum † falſa de cauſa præſtitum. vt reſpondit Pariſius conſi. 96 nu. 24. lib. 1. Ita etiam falſam
44 cauſam vitiare inſolutum dationem cenſuit idem Pari-
45 ſius conſil. 81. num. 24. lib. 2. Ita etiam vitiat † hæredis inſtitutionem, ſicuti reſpondit Barba. conſi. 27. col. 7. lib. 1.
46 Et in ſpecie magis dicimus: falſam † cauſam vitiare trãſ-
46 actionem, qua † diuiſioni æquiparatur. Ita reſpõdit Barba. conſ. 16. colum. pen. & vltim. libr. 3. Ita magis in ſpecie
48 vitiat laudum † latum ab arbitris: quemadmodum reſpondit Pariſius conſi. 24. num. 146. lib. 2. & Decius conſi.
49 475. numero 14. 15. Imò & iudicis † decretum ob cauſam falſam vitiari reſponderunt Barba conſi. 6 col. 10. li. 4. & Pariſius conſi. 89. num. 59. lib. 1. Et in terminis diuiſionem vitiari ob falſam cautam & erroneam † reſponde
50 runt Bald. conſi. 386. Proponitur. lib. 1. Caſtr. conſ. 123. Dubitatur primò an Comenſ. num. 5. lib. 2. Anchar. conſ. 291. Super pluribus num 3. Alex. in l. ſi ſoror, in fin. & ibi Decius in ſecundo nota. C. de colla. idem Alex. conſil. 168. num. 1. lib. 1. Dec. conſi. 408. num. 1. & conſi. 525. num 5. & Socinus Iunior conſi. 48. num. 42. & conſi 128. num. 121. lib. 1. & Craue. conſi. 26. in fine. conſi. 188. num. 9. & conſi. 221. num. 8.

Non obſtant nunc in contrarium adducta, in quorum diſſolutione nunc eſt elaborandum. Ad primum itaque reſpondeo, diuiſionem hanc ſcienter factam non fuiſſe,
51 ſed per errorem, ſicuti dictum fuit. Et ignorantia † regulariter præſumitur. l. verius. ff de probat. cum ſimilibus.

Nec obſtat, quòd in facto proprio non præſumitur ignorantia. l. vlt. ff. pro ſuo. qua (quemadmodum ita in terminis noſtris reſpondendo dixit Soc. Sen. conſi. 25. num.
52 9. lib. 4.) non eſt verum abſolutè & indiſtinctè, quòd † in facto proprio tolerabilis non ſit ignorantia, cùm verius ſit eſſe tolerabilem & præſumi, quando de damno euitãdo agitur. l. ſed etſi me putem. ff. de condi. indeb. & l. non fatetur. ff. de cõfeſſis. Et D Thomam tractare de damno euitando certum eſt, quia ſolùm contendit de re ſua non amittenda: vt econtrà D. Ioannes agit de lucro, vt ſcilicet habeat portionem hæreditatis, cùm cohæres non extiterit.

Nec etiam obſtat illa ſecunda conſideratio, quòd ex certa ſcientia confecta ſit diuiſio, quia reſpondeo, hãc aſſertionem verſari circa diuiſionem ſeu compromiſſum de diuidendo, præſuppoſita ſemper cauſa illa, nẽpe communiones bonorum. Et ideò hæc aſſertio duo habet, vnum expreſſum, alterum tacitũ. Expreſſum illud habet, quòd voluerunt hi compromittere ad hoc vt bona diuiderentur. Tacitum eſt, quòd venit per antecedens, bona ſcilicèt eſſe communia. Et cùm hoc, quòd bona communia ſint, tacitè veniat, confeſſio nil operatur, vt in Dominum Ioannem ſit tranſlatum dominium, & per conſequens quòd ſibi præiudicauerit D. Thomas. Quandoquidem ex hac confeſſione duo reſultarẽt ſpecialia. Vnum, quòd tacendo viderentur confiteri bona eſſe communia. Alterùm, quòd confitendo donaret, quod verum nõ eſt. ita in ſpecie reſpondendo clauſulæ, ex certa ſcientia, egregiè conſiderat Aret. conſi. 14. num 8. verſi. ſecundò, quia. Præterea ceſſat hæc certa ſcientia, ex quo contrarium probatum fuit, ita in terminis reſpondet Dec. conſi. 408. numero 7.

Non obſtat ſecundum, quia reſpondeo, inter coniun
53 ctos donationem † non præſumi, niſi multa concurrant. ita in ſpecie noſtra reſpondet Socinus Sen. d. conſi. 25. nu. 10. libr. 4. qui ita declarat d. l. Procula. ff. de probatio. quã ſanè declarationem ſecutus ſum lib. 2. de arbitrariis iudicum, caſu 88. nu. 16. quo loci multis eiuſdem ſententiæ recenſitis Doctorib. ſcripſi, plures coniecturas extitiſſe in caſu dictæ l. Procula, quibus donatio præſumebatur, nẽ

pè conſan-

pè cõsanguinitas, ratio sæpius calculata, & temporis diuturnitas, quæ quidem cessant in casu nostro.

Non obstat tertium, quia respondeo, clausulam illam eodem errore adscriptam fuisse, quo ipse D. Thomas de re propria compromissum fecit, & per consequens concessit, quod concedere non tenebatur. Et ideò quemad-
54 modum † corruit ipsa diuisio ex laudo facto, ita pariter corruit hæc clausula: vt declarat ipsemet Bart. in d.l. vlt. §. idem quæsiit. num. 1. versi. vnde credo. ff. de condit. indebiti. quem secuti sunt. Barba. cõs. 76. col. vlt. lib. 3. Corn. consi. 189. colum. 2. lib. 1. qui ita de clausula ex certa sciẽtia, non vi, nec dolo & renuntiatione adhibita in instrumento transactionis censuit. Et cum Bartholo esse com-
* munem* sententiam attestatur Socinus Iunior consi. 116. nu. 20. lib. 2. Et in claris terminis, non eundo (vt dici solet à nostris) per mendicata suffragia, ita docuit Castren. in d.l. vlt. §. idem quæsiit. ff. de cond. indebiti. Cuius verba adscripsi: Et consului semel per istum textum, & per ea, quæ tangit hîc Bart. cùm quidam fratres diuisissent bona paterna & materna & etiam fraterna æqualiter inter se, promisissent non venire contra diuisionem, alter alterum non molestare, occasione dictorum bonorum, postea apparuit quòd bona fratris mortui pertinebant ad alterum tantùm: & quia erat vtrinque coniunctus, sed alter ex vno latere tantùm: & sic non veniebant diuidenda sed illi soli applicanda, volebat repetere & venire cõtra. Opponebatur sibi de illa diuisione, & de pacto de nõ veniendo contra. Dixi, quòd illud pactum per errorem interpositum nõ præiudicabat sibi, vt hîc est casus. Hæc Castrensis. Qua sanè doctrina apertè diluitur atque confutatur relata argumentatio. Hanc castrensis traditionem secuti sunt Ruin. consi. 134. nu. 6. li. 1. & in specie Decius cõsi. 351. num. 4. & consi. 408. nu. 1. & cons. 475. nu. 30. Eã quo que probauit ipse Dec. simili in casu in consi. 180. colu. 3. versi. renuntiauit ergo.

Non obstat quartum argumentum ex l. cùm putarẽ.
55 ff. de famil. ercis. quia illud responsum † procedit in diui sione facta per sententiam latam in iudicio contradictorio: ita textum illum in suo primo responso omnes ibi intelligunt. & præter illos, ita Anchar. cons. 291. nu. 3. Soci. Sen. cons. 25. num. 12. & cons. 33. nu. 6. li. 4. clarius Decius consi. 351. nu. 7. vers. non obstat textus, vbi ait non suffice re quòd diuisio fuerit facta interposito iudicis decreto, vt retractari non possit, tãquam iudicialiter facta, sed sententia debet esse lata in iudicio contradictorio. Rationẽ quæ ad rem nostram confert, hanc reddit, quòd decretũ
56 † interponitur inter volentes: & ideò non adhibetur plena causæ cognitio: at secus in sententia, quæ re plenè cognita fertur inter contendentes. Eadem ergo ratione est dicendum in casu laudi huius, quod in casu decreti: cùm & hoc laudũ fuerit prolatum sine causæ cognitione. Præ
57 tereà, non solùm non fuit latum † laudum re cognita, sed etiam merè extraiudicialiter, & ob id nullo modo vim sententiæ obtinet. ita in terminis respondit Angelus consi. 198. Pro decisione quæsitorum. col. 1. vers. Nunc ad propositum. Laudum latum ab arbitris sine causæ cognitione vim sententiæ & rei iudicatæ non obtinere, vt res vni tamquam hæreditaria ad iudicari potuerit. Et ita intelligitur tex. l. si soror. C. de collatio. qua de re infrà in respõsione ad vltimum, in fine vnà cum Alexandro dicam.

Non obstat quintum argumentum ex l. si fratris. C. communia vtriusque iud. quia respondeo ex iam relatis, quòd imò per errorem, & non scienter, D. Thomas hæc bona diuisit.

Non obstat sextum fundamentum, quia respondeo primò, hanc confessionem nõ fuisse iudicialiter factam, vt iam suprà fuit demonstratum.

Præterea, & secundò, admisso quòd iudicialiter cõfessio facta sit, attamen illa omninò non præiudicat, quia
58 illa cõfessio † errore iuris facta absolutè non præiudicat, sed solùm donec de errore constet. Concedo enim trãsferre dominium, attamen translatio rescinditur errore
59 detecto. Nam ita dicimus sententiam † ob errorem etiã iuris retractari: ita respondit Comens. consi. 156. Visa facti serie, colu. vlt. versi. nam etsi. ex causa. & cum eo Dec. cons. 525. num. 11. quos loqui intelligo etiam cùm error iuris est, ex iuribus ab illis allegatis. Et huc spectat quod in specie respondit Corneus consi. 278. colum. vlt. vers. secundò ibi agitur. lib. 4. dum respondit, quòd licèt vir-
60 tute laudi lati ratificati facta esset diuisio † bonorum, & translatum dominium, illud tamen retractatur detecto errore. Et in casu Cornei error iuris erat. Clarius idem asserit Socinus Iunior consi. 128. nu. 121. lib. 1.

Nec etiam verum est, quòd in ea quinta argumentatione dictum fuit, quòd scilicèt scienter facta fuerit illa confessio iudicialis, quia imò ignoranter & per errorem.

Non etiam repugnat illa doctrina Bartol. in. d.l. 1. col. 2. versi. 3. casu. ff. de officio procura. Cæsa. quia respõdeo, traditionem Bartoli intelligit iuxta textum, quem allegat, nempè quando dominus scienter tradit, non tamen tamquam eius cui tradit, sed tamquam rem alterius tertij, & sic habet animum transferendi dominium in recipientem: & recipiens habet animum acquirendi
61 dominium de nouo. Nam hoc casu non adest error † in translatione dominii, quod tradentis consensu transfertur. ita Bartolum declarat Aret. in l. si aliquam rem, col. 2. ff. de acquir. poss. Hoc non cõtingit in casu nostro, quia bona hæc D. Ioanni tradita fuerunt vt propria, atque ita per errorem vt iam dixi.

Non obstat vltimum ex auctorite Beroii, dicto consi. 2. nume. 33. libr. 2. quia respondeo primò aduersus Beroium in specie sensisse Corneum consi. 278. colum. vlt. versi. sed contra prædicta. lib. 4. cùm affirmet condictio-
62 ne indebiti, vel sine causa repeti posse dominium † translatum ex laudo ratificato & iurato: sanè laudo facta fuerat diuisio bonorum, quæ deinde erronea demõstratur. Et ita intelligit l. si post diuisionem. C. de iuris & facti ignoran. locum habere in diuisione facta virtute laudi. clarius idem respondit Soc. Iun. consi. 42. nu. 43. 44. in fi. lib. 1. & Alexander, quem mox referam.

Prætereà repugnat consultationi Beroii tex. clarus, l. si soror, in fine. C. de collatio. qui apertè loquitur (vt iã suprà admonui) de diuisione facta ex laudo arbitri, quæ non præiudicat, si alter diuidentium errore læsus fuit: nisi illa exceptio, quæ ad detegendum errorem allegatur, iam fuisset deducta coram ipso arbitrio, & ab eo reiecta cui quidem reiectioni partes, bona diuidendo acquieuisse sent. Siquidem, tunc visi sunt fateri eam exceptionem veram non esse, & ob id non obesse: quemadmodũ ita d.l. si soror, intellexit & rectè, Salicetus in fin. & clarius Alexander ibi in fine, in simili citando. l. quod in diem. §. 1. ff. de compensa. & l. si autem. §. vlt. ff. de neg. gest. Atque ita Alexander in ea opinione est cum Corneo & Socino relatis, diuisionem ex laudo arbitri factam rescindi prætextu erroris, cùm re plenè cognita & discussa laudum latũ non fuit: quemadmodum euenit in casu nostro, in quo ita iuris esse sentio, rectiore iudicio saluo.

Iacobus Menochius I. C.

SVMMARIVM

1 *Pactum & promissio de donando nullum specialem effectum habet, neque executionem meretur.*
2 *Donare, & promittere donare differunt, & de veritate huius dicti nu. 27.*
3 *Pactum de renuntiando an valeat.*
4 *Et quid de pacto de vendendo.*
5 *Quid in pacto de renouando emphyteusiw.*
6 *Idem de pacto de cedendo.*
7 *Hæreditas omnium bonorum, & sic successio, pacto dari an possit.*
8 *Stipulatio hæreditatem sibi relinqui an valeat.*
9 *Pactum de hæreditate viuentis non valet, & quemodo intel-*

ligatur.nu.45.

10 *Pactum de re aliena est contra bonos mores, & plenum tristis euentus.*

11 *Pactum de hæreditate viuentis fauore piæ causæ an substinea tur.*

12 *Pactum de sola quota hæreditatis viuentis an valeat.*

13 *Pactum inter fratres quod prædecedẽte altero absque filijs masculis, alter in dimidia bonorum succedat, an valeat.*

14 *Testandi facultas libera esse debet, neque pacto restringi debet.*

15 *Pactum super hæreditate viuentis fauore matrimonij an valeat.*

16 *Liberi arbitrij fauor, maior, & potior est quàm matrimonij.*

17 *Contrahens matrimonium per pactum sibi factum ab aliquo sũ per eius hæreditate, errasse dicitur, quia tale pactum non obseruatur.*

18 *Pacta de successione bonorum viuentis cum non valeant, an statuto vel consuetudine firmari possint, & nu 53.*

19 *Donatio omnium bonorum iurata, & insinuata reseruato vsufructu, & filiorũ legitimis portionibus, facta in matrimonij contractu ad fauorẽ primogenitiex eo nascituri an valeat.*

20 *Aegidij Belleme. maxima est auctoritas.*

21 *Donans omnia bona sua vt contrahatur matrimonium, an ad aliquid conueniri posset.*

22 *Promittens factum, non potest compelli præcisè, sed tantum ad interesse.*

23 *Donatio non ratificata donatario non prodest vti imperfecta.*

24 *Et quomodo intelligatur hoc dictum, figurantur tres casus.*

25 *Donatio si sit facta, donator pœnitere potest consentientibus donatarijs. Et quomodo intelligatur. & nu.75.*

26 *Pactum in matrimonio factum vt primogenitus ex eo succedat in aliqua re, intelligitur permanẽtibus pacisentibus in eadem opinione. & nu.50.*

27 *Pactum de donando donationem continet.*

28 *Eoque magis cum geminatum sit, & pluries facta sit promissio donandi.*

29 *Pactum seu promissio de donando facta coram principe, licèt aliàs non valeat, tamen vti iudiciale vel iudicialis tenet, & valet.*

30 *Promittens hæreditatem suã alicui vt contrahat matrimoniũ, licèt alias conueniri nõ possit, de dolo tamẽ tenebitur, & quomodo.*

31 *Promittens Principi alicui aliquid donare, licèt aliàs donatio nõ valeat, tamẽ vti coram Principe facta ab ipso cõpelli poterit ad obseruationem. & de ratione nu.68.*

32 *Dux Vrbini, Ferrariæ & nonnulli alij Principes licèt ratione feudi superiorem recognoscant summum Pontificem, tamẽ in suo Ducatu condendi legem potestatem habent, & abrogãdi & ineorum Ducatu Reges dicuntur, & Imperatores, sic de Duce Mantuæ qui recognoscit Imperatorem superiorem.*

33 *Laici in terris ecclesiæ tenentur obseruare quod pacto nudo promiserunt.*

34 *Actio ex pacto nudo oriri dicitur sola æquitate inspecta.*

35 *Promissio facta inscriptura merè priuata censetur facta per stipulationem.*

36 *Pactum de donando si contrahat matrimoniũ licèt ab initio sit nullũ, tamẽ si sequatur matrimoniũ, dicitur traditione vestitutum, & habebit locum.*

37 *Donatio vt valeat, licèt non sit facta ex causa finali, sufficit tamen si ex causa impulsiua fuerit facta.*

38 *Contractus duo si vno tempore celebrentur correspectiui præsumuntur.*

39 *Donatarius si post donationem obligat se ad aliquid præsumitur factum contemplatione præcedentis donationis.*

40 *Pactum seu contractus nudus efficitur efficax ad agendum cohærentia alterius pacti vel contractus.*

41 *Contractus claudicare non debent, ideo in eis æqualitas est seruanda.*

42 *Sublato vno ex contractibus correspectiuis tollitur & alius.*

43 *Donatio omnium bonorum valet reseruato sibi solo vsufructu.*

44 *Contractus de omnibus bonis alicuius valet.*

45 *Pactum de viuentis hæreditate secundum veriorem opi. valet, dummodò tractetur de hæreditate pacisentium.*

46 *Pactum de re aliena inuito domino est contra bonos mores.*

47 *Et an in hoc casu tacitus consensus illius de cuius re agitur, sufficiat.*

48 *Pactum de donando omnia bona valet, secus de donando hæreditatem.*

49 *Et fauore matrimonij valet secundum veriorem opinionem.*

50 *Promissio omnium bonorum valet, dummodo non impediatur libera facultas testandi.*

51 *Pactum de quota bonorũ differt à pacto de quota hæreditatis.*

52 *Consuetudo & statutum potest firmare pactum factum de successione bonorum viuentis secundum magis veriorem opinionem.*

53 *Eóque magis cum pactum factum sit fauore matrimonij.*

54 *Doctoribus attestantibus de consuetudine obseruari, licèt nõ sit credendum, tamen creditur donec contrarium probetur.*

55 *Attestationes Doctorum ita consuetudine obseruari, licèt non probent faciunt tamen prs sumprionem.*

56 *Nascituro an acquiri stipulari, vel donari possit.*

57 *Emphyteusis acquisita pro se filiis & nepotibus, an deueniat etiam ad nepotes postea conceptos.*

58 *Nascturus an admittatur ad hæreditatem.*

59 *Donatio facta Ecclesiæ non ædificatæ, quomodo nõ valeat iuxta capitulum Abbate §. nec pro eo, de re iud. in 6.*

60 *Priuilegium concessum ecclesiæ ædificandæ quomodo & quando valeat.*

61 *Promittens donare tali si in vxorem ducat talem, an liberetur præstando interesse, & quomodo.*

62 *Promissor dandi præcisè cogi potest ad dandum vel tradendũ, secus si promisserit aliquid faciendi.*

63 *Venditor promittens rem venditam tradere, an videatur promittere factum.*

64 *Ratihabitio tam facto quàm verbis fieri potest, & eundem effectum parit.*

65 *Donatarius censetur ratificare donationem, si bonorũ possessionem apprehenderit.*

66 *Ita etiam si sciens aliquid sibi donatũ, neque repudiet, quia illud acceptasse dicitur.*

67 *Notarius stipulatione sua ipso iure absenti donationem acquirit.*

68 *Princeps alteri stipulari potest. vti de iudice inferiore dicimus.*

69 *Notarij, & magistratus æquiparantur quò ad hoc, vt alteri stipulari possint.*

70 *Legitimatus à Principe, legitimationẽ ratificare debet, & qua de causa.*

71 *Notarius cui à iudice commissio causæ data est, ipsam scribere non potest neque de ea rogari.*

72 *Acquirere ex sua stipulatione alteris potest, qui aliàs sentiret maximum incommodum & detrimentum.*

73 *Donatio an possit ratificari ab hæredibus donatarij.*

74 *Donans sub conditione, an pendente cõditione donationem reuocare possit.*

75 *Donans fundum alicui, ita vt post tempus sit ecclesiæ, an pœnitere possit.*

76 *Notarius si stipulatus sit nomine alterius, illi irreuocabiliter acquirit, illo etiam non ratificante.*

77 *Donans non debet pœnitere, quando tractatur de præiudicio donatarij, vel alterius. & nu.seq.*
Et quid cum consensu amborum contrahentium.

78 *Donatarius tacendo an videatur consensisse pœnitentiæ donatoris.*

79 *Pœnitentiæ locus non est, vbicũque facta est donatio fauore dotis & qua de causa.*

80 *Iudex inferior non potest ex sua conscientia sententiam ferre, sed debet iudicare secundum acta, & probata.*

81 *Princeps autem hoc facere potest.*

82 *Imò & Principis vices gerens.*

83 *Princeps à Deo est, & Dei loco lites dirimit.*

84 *Testes honesta & probatæ vitæ, qui nec commodum neque incommodum sunt consecuturi, debent omninò admitti.*

85 *Mediatores*

85 *Mediatores seu proxenetæ an in illo actu gesto testes sint validi, & quid si ab vtraque parte sint producti.*
86 *Procurator seu sollicitator causæ in illa causa testis esse potest.*
87 *Testes aliàs inhabiles admittuntur, si aliunde veritas haberi nõ potest.*
88 *Notarius causæ magis vt testis probat quàm alij.*
89 *Clericus vel sacerdos vt testis productus vim duorum obtinet.*
90 *Rex in iustitia regnabit, & Principes in iudicio præerunt.*

FACTI SPECIES.

D. Gismundus Quartarius D. Ferrandum nepotem ex filia apud se multos annos habuit, & loco filij, & illi bona sua relinquere velle prædicabat, Amicorum precibus & interuentu factum est, vt Dominus Io. Maria Pacius Senogallien sis Ferrando nuberet eius filiam, dote duorum millium Coronatorum constituta, datis etiam vestibus & ornamentis sponsalibus non parui valoris. Ea tamen conditione & pacto initio cum dicto Domino Quartario, vt ipse Quartarius omnia bona sua, reseruata sibi portione aliqua, vel vsufructu saltem, donaret d. Ferrando. cui verè vt inopi dictus Pacius filiam in vxorem non dedisset, nisi is Quartarius bona sua ei donasset. Promissionem fecit Quartarius amicis & mediatoribus matrimonij & præsertim Domino Venturæ Aquilino Illustrissimi Ducis Vrbini Capitaneo: ac Domino Gismundo Renalducio. Cùm matrimonium fuit contractum requisierunt ij quibus promissio fuit facta, vt d. Quartarius eam donationem faceret. Quæ quidem cum fieri non potuisset sine licentia Illust. Ducis Vrbini: & ob id donec licentiam posset Quartarius impetrare promisit testamentum condere & hæredem facere d. Ferrandum, atque ita fecit. Deinde paulò post preces Illustrissimo Duci, vt concederet licentiam donandi. Dux licentiam concessit. Quartarius facti pœnituit, & recusare cæpit se velle eam donationem facere, immò eam licentiam non impetrasse. Conquestus est Pacius apud Illustrissimum Ducem, quòd à Quartario ita deluderetur. Dux re audita & cognita grauiter ipsum Quartarium reprehendit. Quo omnia quiesceret promisit Quartarius Illustrissimo Duci, quòd hæredem fecisset Dominum Ferrandum, & vbi id non præstitisset, voluit posse compelli ab ipso Domino Duce ad eam donationem perficiendum. Ita res se habuit per quadriennium. postmodum moritur Ferrandus tribus filiis masculis & duabus fœminis superstitibus. Quartarius nouum testamentum condidit, & Ferrandi filios non instituit, sed omni iure quod sibi competere poterat ex illo priori testamento, in quo Ferrandum fecerat hæredem, priuauit. Quin negat velle bona sua his filiis donare, asserens, non licere ei facultatem testandi impedire.

Dubitari nunc contingit. Primò, an is Quartarius teneatur promissa seruare, atque ita donare. Secundò, an promissio adductis probationibus & testibus satis probetur.

CONSILIVM XCII.

Initium à Domino.

HABET non leues dubitationes prima illa proposita iuris quæstio: siquidem multis dicendum videbatur, Quartarium compelli non posse obseruare quod promisit.

1 Primò, quia hæc fuit promissio † & pactum de donando, quæ quidem ex multorum opinione nullum specialem effectum habent: nec executionẽ merentur. ita scribunt Imola in l. in ædibus. §. 1. ff. de dona. Salicetus in l. si quis argentum. §. vlti. C. de donat. Alex. in l. iurisgentium. in prin. ff. de pactis. ita alii plures, quos recenset Tiraquell. in tract. de retractu conuentio. ad finẽ. numer. 48. qui tradunt, aliud † esse donare, aliud promittere donare. Et promissionem hanc de donando esse ineficacem, docuit Galliau. in rubr. de verb. oblig. num. 113.
3 Ita in pacto † de renuntiando, quod à pacto de donando non differt, post multos censuit Boe. q. 3. col. 1. Ita in pacto de infeudando respondit Ias. consi. 24. colu. 8. libr.
4 3. Ita etiam in pacto † de vendendo. idem Ias. consil. 117. colu. 2. li. 1. Dec. in l. cùm fundus. §. seruum tuum. numer. 4. ff. si certum peta. & Ruin. consi. 79. numer. 2. lib. 1. Ita in
5 pacto † de renouando emphiteusim Ruin. consi. 167. nu. 13. lib. 1. Ita in pacto de instituendo idem Rui. consi. 9. nu.
6 9. lib. 1. Ita demum in † promissione de cedendo. Roma. consi. 86. col. 2 Dec. consi. 502. in fi. Alia ex Tiraquello, quem iam citauimus, adferri huc possent. Illud solùm dico, quod ibidem annotauit Tiraqu. nu. 49. & præter eũ Boe. d. q. 3. nu. 8. nec iuramento quidem has promisiones firmari posse.

Secundò non parum pro Quartario facit, quòd etiam si re ipsa facta esset donatio hæc omnium bonorum, non
7 videtur consistere. Nam pacto † hæreditas omniumque bonorum successio dari non potest. l. hæreditas. C. de pactis. cuius sententiæ ea est ratio, quòd hoc modo testamẽti solennitas impediretur, contra l. nemo potest. de leg. 1.
8 Accedit quòd non licèt † stipulari hæreditatem sibi relinqui. l. stipulatio hoc modo concepta. de verbo. oblig. quod ea ratione factũ creditur quia, hac via impediret li
9 bera testãdi facultas. Rursus accedit, non licere † pacisci de hæreditate viuentis, non solùm inter eos, qui spem à successione remotam habent. & qui in dubio versantur. l. vlt. C. de pactis. dum de cognatis pacisccntibus loquitur: verùm etiam inter eos, qui spem proximam & quasi certam succedendi habent, quemadmodum sunt filij. l. pactũ quod dotali. C. de pactis. Cuius quidem casus po-
10 stremi rõnes duæ sunt. Prima q† contra bonos mores sit de re aliena pacisci. Secunda, quòd conuentio hæc plena sit tristis euentus, cùm votum captandæ mortis cõtineat. Quas sanè rationes nostri considerant multis in locis: vt apud Angelum, Castrensem & Fulgo. in l. tale pactum.
11 ff. de pactis. qui docuerunt, nec fauore † quidem piæ causæ huiusmodi pacta sustineri. Quod multis confirmarũt Tiraquellus in tracta. de iure primigen. quæstion. 6. numer. 16. & Soc. Iun. consil. 44. numer. 45. libr. 2. qui nume. 12. multa ad rem hanc nostram attulit. De his alia scribunt Deci. consi. 475. num. 20. & Parisi. consi. 24. nu. 55. li. 2.

dum in eodem casu cum Decio respondit.

Tertiò accedit, quòd multorum est opinio, non vale
12 re huiusmodi pacta † & conuentiones, etiamsi de sola hæreditatis quota conuentum fuerit. ita docent Alexan. in l. vlt. C. de pactis. & in l. stipulatio hoc modo cõcepta. col. 5. versi. item limitari potest, de verbo. oblig. Dec. in l. pactum quod dotali. num. 12. C. de pactis. & cons. 184. & Tiraq. in tract. de iure primigen. q. 6. num. 14. in fine. & nu. 16. qui alios plures recenset. Illis addo Socinum Iun. con
13 si. 44. nu. 13. li. 2. qui respondit, non valere pactum † inter duos fratres, quòd, altero eorum decedente sine filiis masculis, alter superstes in dimidia bonorum ipsius decedẽtis succedat. Ea ratione mouetur, quia hoc modo esset re
14 stringere testandi facultatem, q̃ libera † esse debet. l. cùm de duobus. § idem respondet. ff. pro socio. Deci. d. l. pactũ quod dotali. nu. 5. C. de pact. Nec dissentiunt Rub. consi. 130. num. 3. Crau. cons. 256. nu 2. & Cephal. consi. 27. num. 6. libr. 1.

15 Quartò ad rem hanc conferre videtur, quòd nec † etiam fauore matrimonij licet ita super hæreditate pacisci. l. pactum quod dotali. C. de pact. cuius sententiæ ra-
16 tio illa est, quia potior est fauor liberi † arbitrij, quã matrimonij, vt docent omnes in d. l. pactum. ibi Dec. num. 7. versi. decimò & vltimò. Hinc docuit Baldus (quod ad rem nostram maximè facit) in l. cùm Archimedoram. C.
17 vt in possess. lega. illum † falli, qui hoc allectus pacto, matrimonium contraxit, si obseruari sibi opinatur. Baldum secuti sunt Tiraq. in tract. de iure primigen. q. 6. nu. 17. & num. 20. Rubeus cons. 130. nu. 3. & Purpur. in d. l. pactum. nu. 8 Quin & illud scribit Tiraq. d. q. 6. nu. 31. post alios, quos recẽset, nec fauore matrimonij licere pacisci, quòd primogenitus ex eo matrimonio patris loco succedere debeat. Illis accedunt Boer. q. 204. Alcia. resp. 135. & Cra. consi. 256. num. 1. in fi. qui hac de re copiosè tradũt. Illud
18 etiam accedit, quòd † nec statuto, nec consuetudine firmari posse videntur hæc pacta: vt multos huius opinionis recenset Tiraquell. in d. tract. de iure primig. quæstio. 7. num. 3.

Quintò in hanc opinionem me trahebat aliquando auctoritas AEgidij Bellame. consil. 17. Contrahens. qui
19 respondit, donationem † omnium bonorum, iuramento firmatam, & insinuatam, reseruato sibi vsufructu & legitimis filiorum, factam in contractu matrimonij ad fauorem primogeniti ex eo matrimonio nascituri, non valere. Quibus ille rationibus vtatur apud eũ est videre. Et
20 cùm magna sit AEgidij † auctoritas, cũ sacræ Rotæ Romanæ Auditor fuerit, plurimum ei videtur deferẽdum.

Sextò dicendum videbatur, quòd saltem præcisè cogi non possit Quartarius ad donãdum, sed si ad aliquid
21 potest conueniri, solùm † ad interesse conueniri possit, ex doctrina in specie Decij in l. pactum quod dotali. nu. 10. C. de pactis. qui declarando Baldum in dicta l. cùm Archimedoram, inquit, hunc promissorem ad interesse conueniri posse: sentiens fortè non posse compelli præcisè donare. Decium secutus est Grammati. decis. 105. in fine. Quæ opinio confirmari posse videtur, quia hoc pactũ
22 continet quid fieri: cùm autem † factum quis promittit, non potest compelli præcisè facere, sed liberatur soluendo interesse. l. si procuratorem. §. manda. ff. de mand. l. si quis ab alio. in fi. ff. de re iud. & l. si pœnam & l. stipulationes non diuiduntur. vbi Bart. q. 8. de verb. oblig.

Septimò alia ratione, inefficax videtur hæc promis-
23 sio † Quartarij de donando, nempè, quia eam Ferrãdus dum in humanis egit, ratam non habuit, atque acceptauit. quæ sanè acceptatio erat maximè necessaria, cum nec donatio perfecta prosit donatario non acceptanti. l. absenti. ff. de donat. l nec ambigi. C. eo. & ibi Doct. & respõdit egregiè Castren. consil. 172. In casu præsenti, visis omnibus. & consilio 197. Visis his quæ narrantur, in secundo dubio. libro 2. vbi tres casus ita considerare videtur.
24 Primus † est, cùm donatur absenti, nemine pro eo stipulante: tunc necessaria est donatarij acceptatio. Secundus, cùm extraneus absentis nomine stipulatur: tunc absenti acquiritur, si is absens ratum habet, & ille extraneus cedit actionẽ. Tertius est casus, cùm notarius nomine absentis stipulatur: tunc absenti quæritur si solùm ratũ habet. Castrensem secuti sunt multi relati à Rolan. cons. 19. nu. 10. li. 1. & à Tiraq. de iure cõstituti, par. 3. limit. 30. nu. 10. Cùm ergo hîc notarius nõ sit stipulatus nomine Ferrãdi, is ratum non habuerit, nec ei cessa fuerint iura, dicendum videtur, donationem nil prodesse hæredibus Ferrandi.

Octauò ac vltimò, ne contra Quartarium responderem, me plurimũ mouebat, quòd etiamsi cõstaret Quar-
25 tarium donasse, attamen † ex quo pœnituit, & illi mutationi voluntatis consensisse videntur omnes, quibus promisit Quartarius, videtur extincta illa promissio de donando. Quæ sanè promissio videtur intelligenda, modò promissor in ea volũtate perseueret. id quod probare videtur tex. in l. 1. C. si mancip. ita fuer. alie. vt man. vbi seruus alteri donatus, vt, certo tempore transacto, ad libertatem perueniat, liber efficitur, nisi interim donator voluntatẽ mutauerit. Huc spectat doctr. Bar. in l. qui Romæ. §. Flauius. de verb. oblig. qui scribit, quòd si donator fũdum alicui donauit, ita vt post tempus sit ecclesiæ, pendente tempore (inquit Bar.) potest donator. pœnitere. Et ad rem magis confert doctr. Io. Fabri in l. vlt. C. de pactis.
26 qui in specie scribit, quòd illud pactũ † quod fit in contractu matrimonii, vt primogenitus ex eo matrimonio succedat in aliqua re, intelligitur modò ipsi paciscentes in eadẽ voluntate perseuerent. Quam quidem opinionẽ probarunt Capella Tolosana. q. 454. & Alciatus resp. 135. num. 4. versic. tertia ratio. Cùm ergo Quartarius promissionis pœnituerit, & illi pœnitentiæ dicantur ex eo consensisse Pacius, Aquilinus & Renalducius, cùm scilicèt non contradixerint, sed aquieuerint potius Quartario, quando coram Illustriss. Duce Vrbini dixit, quòd loco donationis hæredem fecisset Ferrandum nepotem. Nam promittendo hæredem illum facere, recessisse dicitur ab ea voluntate ei donãdi. Non ergo donandi promissio consistere videtur.

Re tamen ipsa diligenti atque accurato studio perpensa, contrariam sententiam veriorem & æquiorem esse arbitror, nempè, Quartarium iure compelli posse promissa implere: quin verius in alium bona sua transferre non posse, acceptis ipsorum bonorum sibi reseruatis fructibus, & portione aliqua pro testandi facultate. Hanc sententiam, vt veram & æquissimam ostendam, multis adducor rationibus, quibus partim ostẽdam donationem re ipsa factam atque perfectam esse, partim iure & pacisci & donare ita licuisse.

Primò, donationem censeri factam vel ex eo satis
27 constat, quòd pactum † de donando donationem continet. ita Azo, Odoffredus, Bartolus, Baldus, Angelus, Ioannes Fabri, Fortunius Garzia. & Christophorus Portius, quos secutus est Ripa lib. 3. responsorum c. 12. nu. 2.
* vbi hanc esse communem * opinionem asseruit. Quibus accedunt Soc. Sen. cons. 102. col. 3. vers. postremò. lib. 3. & Alc. resp. 117. num. 12.

Secundò confirmatur, quia non modò semel, sed &
28 pluries † Quartarius ita donare promisit: siquidem promisit primò Aquilino & Renalducio, deinde Illustrissimo Duci. Duci inquam dum dixit, quòd volebat posse cogi ab ipso Duce ad donandum, si mutasset à se conditum testamentum, in quo Ferrandum hæredem scripserat. Cùm ergo geminata fuerit promissio, sequitur dicẽdum esse omninò efficacẽ, etiamsi aliàs nullius esset momenti, ita docent Ias. in l. iurisgentium. §. sed cùm nulla. nu. 16. ff. de pactis, Dec. in l. lege. nu. 12. 15. C. de pactis. & ibi Soc. nu. 10. versi. 2. limita. Alci. in rub. de verbo. oblig. nu. 20. vbi communem esse testatur.

Tertiò accedit, quòd etiamsi hoc sit pactum nudum,
29 vt, aliqui volunt, attamen † dum Quartarius coram illustrissimo Duce promisit, est promissio hæc, etiã si solũ pactum nudum

ctum nudum contineret, obseruanda. cùm iudicialis sit. l. cùm ostendimus. §. vlt. ff. de fideiuss. tuto. l. tale pactum. §. qui prouocauit. vbi Bar. col. vlt. ff. de pac. Roman. Alexand. & Aret. in l. 1. in princ. & ibi copiosè cæteri iuris interpretes, de verb. obliga. Iaſ. in l. iurisgentium. §. sed cùm nulla. nu. 19. ff. de pactis. idem in l. si conuenerit. nu. 21. ff. de iurisd. om. iud.

30 Quartò accedit, quòd, nisi Quartarius obseruet † pactum hoc de donando, filij Ferrandi nepotis, necnon & Pacius, qui ea promissione fretus filiam Ferrādo nupsit, graue sentient damnum. Filij inquam Ferrandi, quia erūt pauperes admodum & inopes. Pacius verò, quia grauí mole premetur, si filiam multis filiis onustam habebit. Nam fieri non poterit, quin pietas paterna eum moueat ad alendum illam ac prolem simul. Ne ergò vterq; horum graue hoc damnum sentiat, dicendum est aduersus Quartarium agi posse actione de dolo. iuxta l. elegāter. §. seruus pactionis. ff. de dolo. & post alios scribit Iason in d. l. iurisgentium. §. sed cùm nulla. numer. 18. ff. de pactis. Soc. l. si conuenerit. numer. 22. ff. de iurisd. om. iud. & in l. legem. numer. 10. C. de pactis. & Decius in l. in bonæfidei. num. 6. C. eod. & Crotus in rubr. ff. de verbo. obligation. num. 7. Esset enim hæc magna Ferrandi & Pacij circumuentio, quæ ferenda nō est, vt post Ioan. Fabri in l. 1. C. si mancip. ita veni. ne prostit. scribit Aufrerius in annotat. ad Capellam Tolosa. quæstion. 454. numero 4. qui ob id in specie scribunt, donationem ob hanc causam factam non posse reuocari. qua de re infrà suo loco.

Quintò ad rem facit, quòd cùm Quartarius non solùm Pacio. Aquilino & Renalducio, sed & Duci Illustrissimo Vrbini promiserit eam donationem facere, ab
31 ipso † Duce compelli debet. Quin (nisi ergo errore ducor,) errasset ipse Illustrissimus Dux, si hunc Quartariū
32 non compelleret. Nam habet ipse Dux † in suo Ducatu omnem potestatem condendi legem, & eam abrogandi: habéque supremi principis iura, quāquam ratione feudi (qua imperij & potestatis vis suprema non impeditur, vt respondit Dec. consi. 416. num. 4.) Pontificem Maximū recognoscat, vt tradit Io. Iacob. de Leonardis, ipsius Ducis aliquando apud Venetos orator. is inquam Ioan. Iacobus inter consilia Bruni consil 117. Excepta enim recognitione feudi iura (vt dixi) supremi principis exercet: & in suo ducatu dici potest Rex & Imperator. quemadmodum de Duce Ferrariæ, qui etsi feudum à Pontifice Maximo recognoscat, attamē in suo Ducatu id potest quod Rex in suo regno, & Imperator in suo Imperio: vt tradūt Alex. consi. 1. num. 29. lib. 5. Rui consi. 23. nu. 6. & consi. 200. nu. 2. lib. 2. Idem de Duce Mantuæ, quem Imperatorem recognoscere scimus, scribunt Soc. Sen. consil. 66. colum. 6. lib. 3. & Soc. Iun. consil. 33. num. 9. lib. 3. Cùm ergo regia sit Illustrissimi Ducis potestas, compellere omninò debet Quartarium, quod vel etiā nudo pacto promisit, præstare: vti post Butrium in cap. quæ in ecclesiarum, de constit. scribunt Alex. & Iaſ. in l. iurisgentium. §. sed cum nulla. ff. de pactis. ille nu. 8. iste nu. 15. & Cur. Sen. consi. 66. Super præmissa. col. 1. vers. tamen. qui respōdit. Ducem Mediolani posse compellere obseruare pacto nudo promissa. Quòd si obiceretur, illustrissimū Ducem hoc nō posse (quòd equidem falsum opinor) ob id quòd Pontificem Max. recognoscit, dicendum adhuc erit. Quartarium cōpelli posse: quia si Ciuitas Senogallien sis non moderatur legibus & constitutionibus Ducis Vrbini, (vt moderari arbitror,) sed potius Pontificis, sequitur posse cogi, cùm
33 in terris Ecclesiæ etiam laici † teneātur obseruare quod nudo pacto promiserunt. ita scribūt Bal. in auth. ad hæc. nu. 6. C. de vsuris. Imola in c. quæ in ecclesiarū. nu. 12. de consti. & ibi Fel. vbi nu. 44. scribit inter laicos seruari ius canonicum in terris Ecclesiæ. Corn. cōs. 261 li. 4. & Iaſ. in d. l. iurisgētium. §. sed cum nulla. nu. 6. ff. de pactis. Quod fortius & clarius procederet, si in ciuitate Senogalliæ
34 extaret statutum, Quòd causæ diffiniantur sola † veritate inspecta, & de æquitate: tunc pacto nudo agi potest. Baldus nou. in rub. de verbo. oblig. nu. 6.

Sextò dico, Quartarium stipulatione solenni promisisse donarę. Nam asseritur coram Illustriss. Duce confectam esse scripturam, in qua scriptum legitur ita à Quar-
35 tario promissum. Quæ † sanè promissio intelligitur per stipulationem etiam in sola scriptura inerè priuata. ita Neuiz. consi. 45. num. 31. post Riminaldum in l. pactum quod dotali C. de pactis. Decius consi. 107. nu. 7. & Galliau. in rub. de ver. obl. nu. 15. Alex. l. iurisgētiū. §. sed cùm nulla. nu. 8. & §. quod ferè. nu. 1. de pactis, & cōs. 16. lib. 2.

Septimò censeo esse animaduertendum, quòd etsi
36 dicatur, pactum † à Quartario factum fuisse ab initio nudum, attamen à traditione rei recepit vestimentū, atque ita effectum est efficax ad agendum, perinde ac si solennis stipulatio intercessisset: vt probant l. legem quam vbi Dec. nu. 16. & Soc. nu. 16. & l. ex conuentione, vbi Dec. nu. 3. C. de pactis. Nam promisit Quartarius, se donaturum bona suā Ferrando, si Pacius ipſi Ferrando in vxorem dedisset filiam propriam. Cùm ergo Pacius filiam Ferrando dederit atque nupserit, sequitur, illud pactum alioqui nudum fuisse vestitum traditione ipsius rei. Est ergo agendum efficax.

Octauò ac vltimò, vt dicam hoc pactum esse efficax, me plurimum mouet, quòd, si rectè consideramus, hîc duo celebrati sunt contractus inter Pacium & Quartariū. Vnus est, quòd Pacius filiam propriam nuberet Ferrando nepoti d. Quartarij. Alter, quòd ipse Quartarius donaret bona sua dicto Ferrando. Qui sanè contractus verè correspectiui sunt. Non enim Pacius filiam nupsisset Ferrando, si Quartarius eam donationē facere non promisisset: vt ipsemet Quartarius in suis precibus oblatis Illustrissimo Duci confessus est. Nec Quartarius promisisset donare Ferrando, nisi vxorem duxisset, vt clarū: quia si negat nunc secuto matrimonio, fortius negaret, eo nō secuto. Et si diceretur, causam donationis finalem non
37 fuisse dotem: respondeo, sufficere † etiamsi sit impulsiua. Soc. l. legem. nume. 17. versi. sed in terminis. C. de pactis. Rursus sufficit fuisse finalem quò ad Pacium. comproba tur præsumptione à lege probata, quæ est, quòd quando
38 duo contractus † vno tempore celebrantur, correspectiui præsumuntur: ita in multis probat Decius in l. perens. nu. 3. C. de pactis. & egregiè declarat Corn. consi. 284. nu. 1. 2. lib. 4. Soc. Sen. consi. 273 col. 3. versi. confirmatur. lib. 2. qui quidem Socinus post Fulgosium à se relatū
39 scribit, quòd donatarius † post donationem obligat se ad aliquid, præsumi ur factum contemplatione præcedentis donationis. idem respondit Io. Iacobus de Leonardis inter consilia Bruni consi 118. nu. 3. Atqui cùm Pacius ex parte sua contractum obseruauerit atque imple
40 uerit, sequitur pactum † nudum à Quartario factū cohærentia alterius recepisse fomentū, & esse effectum efficax ad agendū. l. in bonæfidei. C. de pactis. & ibi Dec. nu. 2. in fi. scribit, hoc pactū reddi efficax fauore tertij: quod est hîc summopere cōsiderandū. Idem quod Decius, nēpè pactum nundum effici efficax, si in correspectiuis sequitur ex parte vnius implementum, scribunt Iason in l. iurisgentium. §. sed cùm nulla. nu. 7. ff. de pactis. Neuiza. consi. 45 nu. 36. Corn. d. consi. 284. nu. 2. lib. 4.

Nonò & vltimò, quòd efficax sit hoc pactum, facit,
41 q̄ in contractibus † seruanda est æqualitas, cùm claudicare nō debeant. l. Iulianus. §. si à pupillo. ff. de actio. ēpt. & scribunt Anchar. consi. 120. & Craue. consi. 239. num. 6. cæteros sciens prætereo. & præsertim in cōtractibus correspectiuis, quorum eadem natura est. Nam vno †
42 sublato, & alter extinguitur. l. cùm emptor. ff. de resc. ind. vend. l. vlt. de acceptila. Feder. de Senis consil. 137. Factum est tale, quidā nomine Thomenus. nu. 2. Abbas cōs. 61. nu. 2. vers. moueor. lib. 2. Alex. consi. 111. nu. 3. lib. 3 quem secutus est Craue. consi. 230. nu. 2. Atqui, si Pacius non nupsisset filiam Ferrādo, is Quartarius vel compulisset Pacium stare promissis, vel si iam donasset cōfecto instrumēto, eam

donationem reuocaſſet,tanquam modus non fuiſſet impletus,iuxta l.1.C.de don.quæ ſub modo.Ita econtrà poſſe debet Quartarius compelli per Pacium ad obſeruationem promiſſæ donationis,poſteaquam non eſt alio remedio ſibi ſuccurſum:cùm inquam non poſsit pœnitere cõtracti matrimonij, & filiam ac dotem datam reuocare: hoc ſuadet omnis ratio, & omnis æquitas, ne alioqui dolo & fraude (vt dixi) ſit Pacius à Quartario circumuentus.

Non obſtant nunc in contrarium adducta, quæ vbi à me ſublata erunt,rem hanc efficient claram & apertã. Ad primum itaque ſatis extat ex relatis reſpõſum: ſi quidem,(vt in primo fundamento dixi)recepta magis opinio eſt,pactum de donando eſſe efficax, vt cẽſeatur perfectè donatum.Et vbi perfecta donatio non eſſet, diximus Quartarium compelli poſſe ad donandum.

Non obſtat ſecundum, quia reſpondetur multiplici
43 ter.Primò,hîc donationem † factam fuiſſe à Quartario omnium bonorum,reſeruato vſufructu, & aliqua pecuniarum ſumma, vt teſtari poſſet.Quæ ſanè donatio iure ſubſiſtit,vt tradunt omnes in l.ſtipulatio hoc modo concepta,de verb.obliga.vbi Iaſon colum.pen.affirmat, ve-
* riorem eſſe opinionem * magis receptam, donationem omnium bonorum valere,ſolo vſufructu reſeruato.Quã ſanè ſententiam probarunt & alij permulti, quos ſecutus eſt Crauet.conſil.139.& Roland. conſi.65.numer.5.& ſextò,lib.1.Neuiz.conſi.25.nume.23.Didacus lib.3. varia. reſol.cap.13.Quibus conſtat malè reſpondiſſe in hoc caſu Bellamer.conſi.17.contrahens col.3.verſi.decimò probatur.Secundò reſpondetur,quòd etiamſi non donatio bonorum,ſed hæreditatẽ dare promiſſum fuiſſet, adhuc
44 agere ita licuit, ex quo per viam contractus † actum ita fuit,vt ſcribunt gloſſa in l.vlt.C. de pactis. Alexander in l.ſtipulatio hoc modo concepta,& ibi Iaſon,numer.17 in fine,de verborum obliga.idem Iaſon conſil.60.col.1. lib. 3.conſil.173.col.5.ver.tertiò in terminis.lib.4.Ruinus cõſi.125.num.5.lib.1.conſi.16.num.4.num.10.lib.2.& conſil. 7.num.5.lib.3.Decius in l.pactum quod dotali,in fine. & in l.vlt.nume.17 & ibi Purpur.num.216.C. de pactis. idẽ Decius conſi.655.num.11.Marſil.ſing.333.Curtius Iunior conſil.15.nume.2.Pariſius conſil.26.num.51.lib.2.Gozad. conſi. 87.num.2.9.Rubeus conſil.95.num.2.Tiraq.de iure primigen.q.6.nu.5.Soc.Iu.conſ.80.nu.1.li.2. & Gram. conſ.139.col.2.

Tertiò reſpondeo,etiam licere de tota alicuius hæreditate,eo volente paciſci.Nam quod dicitur, non licere
45 de hæreditate viuentis paciſci, intelligitur, † cùm inter duos de hæreditate tertij abſentis fuerit conuentum,ſed diuerſum eſt,quando cum ipſo hæreditatis domino paciſcitur,vt in caſu noſtro:ita egregiè declarat gloſſa in l. hæreditas.C.de pactis conuen. quæ intelligit dictam l. hæreditas,cùm in dotali inſtrumento extraneus ſtipulatus eſt mulieris dotem ea mortua ſibi dari:ſecus ait gloſſa,ſi cum ea conuentum fuit.Et in hanc ſententiam citat l.primã.C.vt actio.ab hæred.&c.Quam quidem doctrinam probant omnes,apud Decium in l.vltima, numero 4.C.de pactis.qui poſt Baldum,Fulgoſium & Alexãdrũ docuit,licere paciſci de hæreditate viuentis, eo conſentiẽte:quoniam is hæreditatis dominus fidem maximamillis præſtare dicitur,quos nil contra ſe molituros opinatur.Quocirca ceſſat hîc ratio illa huius pacti prohibiti-
46 ua,quòd ſcilicèt ſit contra bonos mores. Eſſet † enim cõtra bonos mores,ſi inuito hæreditatis domino ita paciſceretur.Hanc quoque ſententiam probarunt Decius cõſil.475.numer.22.Purpur.in l.vlt.numer.86.C.de pactis. Gozad.conſi.97.num.2.& conſi.98.colum.1.& 2.qui af-
47 firmat,tacitum † conſenſum illius, de cuius hæreditate agitur ſufficere.Quod quidem probarunt & Ruin. conſil.13.nume.3.lib.2.Decius conſi.31.num.4.Curt.Iun. conſil.98.numer.3. Pariſ.conſi.26.num.114. libr.2.& conſil.1. nume.121.lib.3.Crauet.conſil.52.num.2.& Cephal.conſi. 146.nu.5.lib.1.Non me latet tamen aliquos diſſentire, vt Aquenſis,quem refert Purpur.in d.l. vlt. num.87. C. de pactis.& ſibi parum conſtans Pariſ.conſ.24. nu. 15. lib. 2. qui quidem ſcribunt, fore neceſſarium expreſſum conſenſum:ſed à communi non eſt recedendum.

Non obſtat tertium fundamentum,quia reſpondeo
48 primò, hîc † fuiſſe promiſſum donare bona, non autem hæreditatem. Et verior eſt Doctorum opinio, hanc pactionem iure valere.Ita Iaſon & cæteri in l.vlt.C. de pactis. idem Iaſon in l. ſtipulatio hoc modo concepta. nu. 18.ff.de verbo.oblig. vbi docuit, licere duobus fratribus paciſci, vt altero eorũ decedẽte ſine filiis maſculis, pars, bonorum ſuæ hæreditatis ad ſuperſtitem deueniat.Quã quidem opinionem probarunt & alii per multi, quos recenſet Tiraquellus in tract.de iure primigen. q.6. nume. 4.illis addo Pariſium conſ.26.num.84. lib.2. conſil.1.nu. 117.conſ.16.nume.11.lib.3.& conſ.72.nu. 16. lib. 4.Curtiũ Iun.conſi.15.nu.2.Zaſium conſi.1.num.15. lib.2. & Nattã conſ.474.libro ſecundo,qui in eodem caſu pro Aſinatiis Aſtenſibus reſpondit cum Iaſone conſ.211. lib. 2. & Ruino conſil.112.lib.4.

49 Reſpondeo ſecundò fauore † matrimonij, hæc pacta valere,vt tradit Craue.conſi.256.nu.2.& alios infrà referam.Nec hoc in caſu locum habet illa ratio conſiderata à Soc.Iun.d.conſi.44.num.13.lib. 2. quia verè non reſtringitur teſtandi facultas,cùm in alijs ad libitum teſtari poſſit.vt in ſpecie ſibi parum conſtans reſpondit idem Socin.Iun.conſi.65.num.47.lib.1.

Non obſtat quartum fundamentum, quia reſpõdeo procedere illud poſſe, cùm de vniuerſa hæreditate in contractu matrimonij actum fuit, vt illa relinqui debeat per modum vltimæ voluntatis. Nam cùm tunc teſtandi facultas impediatur, reijcitur pactum: at ſecus eſt cùm non tota hæreditas, ſed bona ſunt per viam contractus
50 promiſſa,tunc tenet † promiſſio, ex quo non impeditur libera teſtandi diſpoſitio. ita probat tex. notab. in l.diui Conſtantini . C . de natura. libe. & confert l. ſi inter. ff. de pactis dota . quarum argumento affirmarunt ex noſtris quamplurimi,valere pactũ incontractu matrimonij initum, quòd primogenitus ex eo matrimonio in ali quo caſtro vel parte aliqua bonorum ſuccedat. ita Guido Pap. q.267. & q. 505.& alios plures citauit Tiraq. in tract.de iure primigem .q.6. nu.11. Quibus accedit Craue.conſi.256. num.2. qui reſpondit, fauore matrimonij
51 licere paciſci † de ſuccedendo in quota hæreditatis, non dico in quota bonorum , cùm de ea abſolutè valeat pactum.Nec verum eſt, quod ſcribunt relati à Tiraquello
52 de iure primige.quæſtio.7.uume.3 nec ſtatuto,† nec cõ-
* ſuetudine has ꝓmiſsiones poſſe firmari. Siquidẽ verior* & receptior eſt opinio probari poſſe: quemadmodum alii permulti à Tiraquello, d. quæſtio. 7. Et inter multos
53 valere † conſuetudinem hanc ita paciſcẽdi ex cauſa matrimonij affirmarunt Decius in dicta l.pactum quod dotali.nume. decimo.C.de pactis.capella Toloſa. quæſtio. 452.Gulielmus Benedictus. in cap. Raynutius, in verbo, duas habens filias.nu.197. de teſta. qui ita in Gallia ſeruari teſtatur.Idem ſcriptũ reliquerũt Aluar.in ea.primo. §.filii nati,ſi de feudo fuer.controuerſ.inter dominum & agna.vaſal qui ita obſeruatum fuiſſe dicit inter Duces Ferrariæ & Mantuæ, & Alber.in l.vltima.C.de donatio. inter virum & vxorem.& Boer. quæſtio.204. num. 6.teſtantur.ita in Rege Aragonum ſeruatũ fuiſſe, & in multis Germaniæ Principibus ita fuiſſe aliquando conuentum,referunt Ruinus conſi.40.& conſi.99. lib.1. Decius conſi.516.& conſil.655.Soc.Iunior conſi. 65.lib. 1. Zaſius conſil.1.lib 2. Moder. Pariſ. conſi. 18. qui etiam conſi.15. num. 22 . & conſ. 26. nume.7.9. in Gallia ſeruari teſtatur.& apud nos Pariſius conſ.12. nu.8. lib.3. Et quamquã
54 Doctorum † de conſuetudine atteſtationi non omninò adhiberi fides ſoleat,attamen illis par eſt credere,donec
55 contrarium probatum fuerit,præſumptionem † ſiquidem faciunt: ita,poſt multos reſponderunt Crauet.conſilio 166. nu.9 . & conſilio penul . numero 1 . & Rolan. conſi.

71.num.

71.num.22.& consi.87.nu.12.lib.1.

Non obstat quintum illud fundamentum ex responso AEgidij Bellameræ consil.17. Contrahens. quia respondetur multipliciter. Primò, Bellamerâ aduersus magis receptam opinionem respondisse: vt ex iam relatis constat.

Secundò respondeo, Bellameræ responsum in multis casui nostro non conuenire. Nam is respõdit eo in casu cùm donatio facta est filio primogenito nondũ nato: cui quidem, vt adhuc in rerum natura non existenti, donari nõ potuit: nos verò loquimur de donatione facta iviro contrahenti matrimonium. Quamquam alia ratione (vt vno verbo iam dixi) malè responderit Bellame-
56 ra, qñ quidem & nascituro † stipulari & acquiri potest. l. si quis operis. ff. de oper. liber. & l. quod dicit. ff. de verb. obliga. quæ iura ipsemet Bellamera in initio sui responsi allegat. & melius confert l. Paulus. §. Paulus. il 1 ff. de bonis liber. qua adductus docuit Bar. in l. item Prætor. ff. de
57 suis & legit. quòd si quis emphyteusim † acquisiuit pro se, filiis & nepotibus, ad eam admittuntur etiam nepotes postea concepti. Bartolum secuti sunt alij plures, quos recenset & probat Iason in l. quod dicitur. nu. 43. de verb. oblig. Quibus accedunt alij permulti relati à Tiraquello in tract. de retractatu consang. §. 1. glo. 9. num. 89. qui nu. 90. subiungit, illud quod ab omnibus asseritur, nondum
58 natos † conceptos non admitti ad bona eius, de cuius successione agitur, intelligitur cùm de successionib⁹ hæreditariis tractatur: non autem de aliis, vt in cõtractibus. Et præter relatos idem respondit Ruin. cõs. 35. nu. 14. li. 1. & consi. 22. nu. 11. vers. & sic præsupponit. li. 2. & Cra. consi. 19. nu. 10. Nec regnat tex. in cap. Abbate. §. nec pro eo. de re iud. in 6. quo Bellamera. d. consi. 17. col. 2. vers. sed in cõtrarium respondit, donari non posse nascituro, vt in casu d. cap. Abbate. non potest donari ecclesiæ nondum ædifi
59 catæ, quia is tex. procedit, cùm † donatur ecclesiæ ædificandæ, cuius nomine nemo acceptat: secus si extaret qui acceptaret, vt illa consequeretur donationem cùm esse inciperet. ita declarat. d. cap. Abbate. Bart. in l. seruos. nu. 4. ff. de alim. & cib. leg. quem secuti sunt Anchara. & Butrius in cap. pen. in fi. & ibi Abbas. nu. 5. de eccles. ædifica. Francus in d. ca. Abbate. col. 4. vers. vltimo nota. Præterea inquit gl. d. ca. pe. & Bar. vbi suprà & clarius idẽ Bar. consi. 26. Testator in testamento, nu. 1. li. 1. non valere pri-
60 uilegium † collatum ecclesiæ ædificandæ, vt valeat ex tunc: sed bene, cùm erit ædificata. Cætera quoque fundamenta & rationes quibus ad suum firmandum responsum Bellamera vtitur vel nil conferunt hîc, vel si conferunt, aliqua infrà dissoluentur: vt illud de donatarij ratihabitione, aliqua suprà dissoluimus, vt illud donationẽ omnium bonorum vsufructu reseruato non valere.

Non obstat sextum fundamentum, quia respondeo, non negare Decium in d. l. pactum quod dotali. numero decimo. C. de pactis, quin præcisè compelli possit, qui aliquid promisit in contractu matrimonij vt illud obseruet: si obseruari de iure potest. Solùm affirmat Decius posse agi ad interesse cõtra eum, qui promisit quod deinde seruari lex non paritur, vt in eo qui persuasit alicui, vt duceret eius filiam in vxorem, quòd eam hæredem faceret: quod iure non conceditur ex aliquorum sententia. At secus, cùm quid promisit, quod præstare potest: vt
61 hîc. Atque ita etiam intelligimus † verum nõ esse, quòd is qui ita promisit donare, liberetur præstando interesse, iuxta tradita per Bart. in l. stipulationes non diuiduntur. quæstio. 8. de verbo. obliga. Nam illud procedit, quando promissio continet quid fieri, non autem dari. Cùm enim promissio continet quid dari, vel tradi, & is pro-
62 missor † facultatem dandi habet, præcisè cogi potest ad dandum, vel tradendum. l. vbi autem non apparet. §. vltim. de verbor. obligation. vbi omnes. Bartol. in d. l. stipulationes non diuiduntur. numero 14. quem cæteri sequuntur. Quòd si obiiciatur, promissionem de donando continere factum, dico, quòd si factum continet, non dicitur merum factum, cùm causa bonorum
63 habeat annexam: vt in promissione † à venditore facta de tradendo rem venditam scribit Iason in d. l. stipulationes. numero 35. ex l. in conuentionalibus, in fin. de verb. oblig. Quemadmodum ergo cogi potest venditor ad rẽ præcisè tradendum, si in sua facultate est tradere, vt in d. l. stipulationes, scribunt Bar. nu. 39 Alex. num. 30. Ias. nu. 35. & cæteri omnes. & tradit. Boer. q. 48. numero. 2. com-
✲ munem * esse opinionem testatur Tiraquellus in tract. de iure constituti, parte prima, num. 34. ita quoque cogi potest hic donator ad præcisè donandum. Hæc tamen difficultas verè cessat, si probamus communem illam sẽtentiam, quam suprà affirmauimus, nempè pactum de donando perfectam donationem continere.

Non obstat septimum argumentum, quia multipliciter respondetur: & primò, quòd immò ipsemet Ferrandus eam promissionem de donando, atque ita donationem acceptauit. Siquidem facta est promissio, si matrimonium cum filia Pacii contraxisset. cùm ergo illam in vxorẽ duxerit, ex hoc facto, ex impleméto huius conditionis seu modi dicitur acceptasse, atque ita ratum ha-
64 buisse illam promissionem. Nam ratihabitio † ita facto ac verbis fieri solet: & eundẽ effectũ parit. id q̃ multorum auctoritatibus comprobani in tract. de recuperanda possessione, remedio 15. nu. 118. cum multis sequentib. quo loci dixi, ratihabitionem inferri etiam à minori, qui contraxit, cùm soluit, vel solutionem recipit, idem cùm fructus & reditus percipit: vel si petit tempus ad soluẽdum, vel si sibi soluit petit. Accedit quod scribit Baldus in l.
65 nec ambigi. C. de donatio. donatarium † censeri ratificare donationem sibi absenti factam, si deinde possessionem illorum bonorum apprehendit. Baldum secuti sũt Afflict. decis. 275. in fi. & Paris. consi. 25. nu. 52. lib. 3.

Secundò, quòd eam donationem Fernandus acceptauerit, vel ex eo constat, quia verè sciuit Quartarium auum suum maternum eam promissionem fecisse suo nomine Aquiliano, Renalducio, demum Pacio socero suo & tandem Illustrissimo Duci. scientia hæc cõi citur, quia secutum est matrimoniũ, & cum auo, socero, Aquilino & Renalducio dum vixit Ferrandus assiduè conuersabatur: & cũ auo diu habitauit. Admissa ergo hac scien-
66 tia, † sequitur præsumi acceptationem fuisse à Ferrando factam: ita in specie respondit Rolan. d. consi. 19. nu. 34. cum multis sequentibus. lib. 1. qui multis similibus confirmat. Et præter eum ita in specie donationis respõdit Soc. Iu. consi. 76. nu. 11. 12. libr. 3 & in simili casu renũtiationis tradit Craue. consi. 11. nu. 4.

Tertiò respondetur, quòd non fuit hoc in casu necesse Ferrando ratum habere atque approbare quod suo nomine Quartarius promisit. Nam quemadmodum no-
67 tarius † stipulatione sua ipso iure donationem acqui-
✲ rit absenti, vt aduersus Castrensem d. consi. 297. * magis recepta Doctorum opinio est. vt testantur Soc, Iun. d. consi. 67. numer 4. lib. 3. & Rolan. d. consi. 19. numer. 22. libr. 1. alios. prætereo. Ita quoque ipso iure acquiritur, cùm quis acquirere & stipulari potuit absenti. ex quo par est ratio: quemadmodum in simili. casu argumentatur Castren. consi. 172. In causa præsenti, visis omnibus, col. 2. vers. & sic statutum, lib. 2. Atqui hoc in casu, dum Quartarius promisit Duci illùstriss. se nõ reuocaturũ hæredis institutionem Ferrãdo factam: quam si reuocaret, quòd compelleretur ad eam donationem promissam, ve-
68 rè † inquam hoc casu Illustriss. Dux acceptauit nomine d. Ferrandi. Qui Dux cùm non modò iudicis inferioris, sed & superioris personam sustineat, potuit acquirere sua stipulatione Ferrando. ita in specie principem posse alteri stipulari respondit Neuiz. consi. 45. num. 32. post Iacobinum à S. Georgio in inuestitura feudali, in verbo, sed an princeps. col. vlt. vers. 59. specialitas. confirmatur, quia etiam iudex inferior alteri stipulari potest, vt ex l. eum pro quo, vbi glossa ff. de in ius vocan. scribunt multi relati à Traquel. in tract. de iure constituti. parte 3.

limita.30.nu.64.& alios plures recenſet Gabrielius Romanus in ſuis concluſionibus libr.3.concluſ.1.num.85.& quanquam aliqui intelligant,iudicem aliámve perſonã publicam alteri ſtipulari ſolùm poſſe quò ad ea, quæ ſuum officium reſpiciunt: attamen alii omnes ſentiunt indiſtinctè ſtipulari poſſe,quemadmodum poteſt & notarius, qui in his à perſona iudicis & alia publica non differt.& in ſpecie probat text. l.1.§. planè. ff. de magiſtr. conuen.cuius verba hæc ſunt.Planè,vbi ſeruus publicus vel ipſe magiſtratus ſtipulatur, dicendum eſt, vtilem dandam actionem pupillo. & ibi Baldus ſcribit, quòd ex ſtipulatione notarii, vel magiſtratus, quæritur vtilis
69 actio ſine ceſſione. & notarii † ac magiſtratus æquiparationem facit Baldus. in l. poſtquam liti. colum. 2. verſicu.ſecundò quæro. C. de pactis. quem ſecutus eſt Rolan. d. conſil. 19. numer. 21. libr. 1. vbi in ſpecie donationis loquitur: & alios ad hanc opinionem firmandam retulit. Nec vera eſt aſſertio Alciati reſpon. 112. nu. 10. qui in ſpecie reſpondit in caſu donationis Principem ſtipulari & acquirere non poſſe donatario abſenti, niſi ratificet: quandoquidem mouetur Alciatus auctoritate Aret.in l.qui abſẽti,de acquir.poſſeſſ.& Cur.Sen. cõſ. 4.in fi.qui quidem loquuntur,quando ipſemet Princeps aliquid concedit alicui,vt cũ naturalem legitimat.Nam
70 ipſe legitimatus ratum habere debet:† nec Princeps illius nomine id præſtare poteſt,ne ſit tutor,& auctor in re vna(vi dici ſolet)nec notarius,cùm quid alteri concedit de eo actu inſtrumentum recipit, & nomine illius, cum
71 quo contrahit ſtipulatur. vt in ſimili de commiſſione † à iudice. At nos loquimur,cũ priuatus donat præſente publica perſona, vel principis vel iudicis, pro eo abſolutè acceptante:tunc ſtipulari & acquirere illi poteſt.

Quartò reſpõdetur, hîc agebat atque etiam agit de intereſſe Pacii,qui ſub ea conditione & pacto filiã nupſit Ferrãdo, cui verè eam nõ nupſiſſet tam egregia dote cõſtituta,niſi Quartarius bona ſua donaſſet:nã cõſiderauit Pacius,ꝙ niſi Quartarius donaſſet,& eueniſſet caſus reſtitutionis dotis morte filiæ,futurũ eſſe,vt eã à Ferrando inope recuperare nõ potuiſſet:de intereſſe ergo Pacii
72 maximè agebatur.Quocircà potuit † Pacius Ferrãdo acquirere ſua ſtipulatione donationẽ à Quartario factam, abſque aliqua Ferrandi ratihabitione.ita in ſpecie donationis argumentatur Corneus conſ.2. nu.5.lib.1. ex tex.l. ſi ita ſtipulatus fuero te ſiſti.§.poſſum.de verb. ob vbi in claris his terminis ſoceri ſtipulantis nomine Generi ob illud intereſſe,ita reſpondit:quod ſanè dictum in caſu noſtro omnem diſſoluit dubitationem. ita etiam ſimili in caſu reſpondit Alba conſ.36.ad finem ex.l.quories. C. de don.quæ ſub modo.quam ad hoc ſingularem cõmendat.
73 Quintò reſpondetur, donationem † hanc poſſe ratificari à filiis & hæredibus d. Ferrandi donatarij. ita in terminis reſponderunt Corneus conſ.2.nu.3. 4. lib. 3. & Alcia.reſp.675. Quod ſine controuerſia procedit in caſu noſtro, in quo res adhuc eſt integra, vt inquit Caſtren. conſ.197.Viſis his quæ narrantur,col.pe.verſ. nec obſtat quod geſtum.li.2.Eſt inquam res integra,quia non conſtat Quartarium in alium tranſtuliſſe, irreuocabiliter præſertim, bona ſua. Nam ſi in alium fuiſſent tranſlata, maius quidem eſſet dubium, cùm ab hæredibus his acceptari atque ratificari donationem hanc non poſſe multi cenſuerint,inter quos Rubeus conſil.132.in fine. & Alciatus reſpon.113.nu.13.& reſpon.132 nume.9.

Non obſtat vltimum fundamentum, quia reſpondetur multis modis. Primò doctrinam Bartol. in d. l. qui
74 Romæ.§.Flauius, de verbo.obliga.procedere, cùm † ſub conditione atque ita minus perfectè facta eſt donatio. Nam ea conditione vel tempore pendente donator reuocare poſſe videtur.& illo in caſu loquitur Bartolus, cùm quis donauit vni vſque ad certũ tempus, vel vſque quo caſus aliquis euenerit, & poſte à voluit alteri acquiri, an quò ad illum ſecundum donatarium, qui adhuc donationem,cuius caſus non euenit,non acceptauit, reuocare eam poſſit.qui ſanè caſus non eſt ille,de quo nos agimus cum hîc paciſcente Pacio & Aquilino mediante Ferrando natum fuit.

Secundò reſpondetur,non eſſe tutam illam opinio
75 nem † Bartoli,ſi quidem permulti ab eo diſſentiunt: vt Caſtr.& Comenſ.in d.§.Flauius,Romanus in l.ſi pecuniam.nu.22.ff.de cond.cauſa data Aret.in l.3. ff. de ſeruis exporta.Io.Lup.in rub.de don.inter vir.& vxo.§.54.in fi. Guliel.Bene.in c.Raynutius.in verbo, ſi abſque liberis. nu.23.de teſta.vbi inquit communem eſſe contra Bart.idem teſtatur Roder.Suarez allegat. 19. & in l. quoniam in priorib.q.8.C.de inoff.teſt.

Tertiò reſpondetur,illam Bartoli doctrinã nõ pro-
76 cedere,cùm notarius † ſtipulatus eſt nomine illius tertij donatarij:nam tũc illi acquiritur irreuocabiliter:ita poſt multos ſcribit Iaſ.in d.§.Flauius.num.9. & communem
* * teſtatur Soc.Iun.conſ 118.nu.13.lib.2. alios plures recenſet & ſequitur Cra.conſ.19.nu.11.Quibus accedunt Rol. conſi.19.nu.19.li.1.& Tiraq.in tract.de iure cõſtituti,parte 3.nu.49.qui multorum auctoritate affirmant requiri ir reuocabiliter donatario etiam non ratificante. Et idem ſcribit Dida.li.1.varia.reſol,ca.14.nu.12.ſi in notario hoc procedit,idem dicendum eſt & in Pacio ob ſuum intereſſe,& in Duce Illuſtriſs.ob perſonam publicam quam ſuſtinet,vt diximus ſuprà in reſponſionibus præcedentis fundamenti,vbi oſtendimus,ita illi ac notario licuiſſe ſtipulari Ferrando.

Quartò reſpondetur, hîc factam eſſe conuentionem inter Quartarium, Pacium & alios ad vtilitatem Ferrã-
77 di, non ergo † licuit licétve ſoli Quartario pœnitere & damnum adferre Ferrando, reuocando donationem, ſed erat neceſſarius ambarum partium conſenſus. ita ſẽſit Baldus in l.cùm à ſocero. colu. vlt.verſi.ſed quando C.de iure dotium,& clarius reſpondit in ſpecie Alex.cõſi.204.num.4.lib.7.& idem Alex in l.qui Romæ.§.Flauius. col.4.de verb. ob.Quamquam idem Alexander & alij relati à Cra.d.conſi.19. num.10. indiſtinctè cenſuerint,nec etiam conſenſu amborum contrahentium recedi poſſe ab actu donationis inter eos geſto fauore tertij: quod eſſet fortius in caſu noſtro.Qua ex re intelligimus, malè reſpondiſſe Alciatum.d.reſp.135.nu.4.verſic. tertia ratio.dum reſpondit,ꝙ ſi duo contrahunt ad vtilitatem tertii,altero eorũ pœnitente,contractum peremi. Eſt hoc falſum,quia non perimitur:& ſi perimi conceditur, ſaltem amborũ contrahentiũ conſẽſus requiritur.Qui ſanè conſẽſus communis hoc in caſu nunquã interceſſit. Nã non conſẽſit Pacius Quartario, vt donationẽ reuocaret:
78 nec tacendo † diceretur conſenſiſſe, vt ſcribunt omnes in l.quæ dotis.ff.ſolu.matr. quanto fortius ergo contradicendo, vt verè contradixit? Et ſi dicatur conſenſiſſe cùm permiſit Quartario loco donationis hæredem inſtituere Ferrandum: dicitur cõſenſiſſe ſub modo, qui cùm effectum non habuerit, factum eſt, vt ille conſenſus nil Quartario profuerit.Et hæc reſponſio maximè conuenit in caſu noſtro,in quo agitur etiam de intereſſe Pacii, ob id quod diximus ſuprà in quarta reſponſione præcedentis fundamenti,de dotis reſtitutione:nam ratione huius intereſſe cõſenſu reuocari donatio nõ potuit à Quartario.ita in ſpecie ſenſit Aufrerius in anno.ad deciſiones Capellæ Toloſanæ.q.454.nu.4.verſ.ſed quando auctoritate gloſſæ.l.5.ff.de ſeruis exporta.ac Bartoli & Imolæ, quos recenſet.Et eo loci Aufrerius reijcit deciſionem illam Toloſanam,multis rationibus.quæ huc ſpectant.

Quintò ac vltimò reſpondetur, quòd hîc verſatur fauor & cauſa dotis, non quidem, vt donata bona dotalia efficiantur,ſed ne mulier, non ſecuar donatione, dotem amittat.Nam ſi donatio facta nõ eſſet, facilè (vt iam ſupra attigi) fieri poſſet, quòd Ferrandus pauper & inops vt ſe vxorẽ & filios aleret, eam dotẽ conſumpſiſſet: & ſi deinde euenirent caſus reſtitutionis dotis(vt nũc euenire põt, ſi vellet nũc mulier hæc olim Ferrãdi vxor ſecũdò nubere)certè indotata fuiſſet.Hoc ergo poſito ſequitur dicen-

tur dicendum,non voluisse aliquo modo Quartarium
79 pœnitere factæ donationis:cùm fauore † dotis locus nō sit pœnitentiæ.ita docuit Bart.in l.2.§. si pecuniam. ff. de don.ex textu notab.l. si ego.§.si res alicui.ff. de iure dotium,qui verè causam fauoris totam refert ad rationem illam,ne mulier indotata sit.Et in d.§.si pecuniam,idē an notauit Castrensis,qui scripsit,quòd donans ex causa matrimonij re integra pœnitere potest,sentiens apertè non posse re non integra,vt in casu nostro integra non est, ex quo matrimonium iam fuit secutum.Bart.& Castrēsem secutus est Dec.consi.35.nu.10.versi.& per illum textum. idem docuit Bald.in l.sicut.in fin.C.de actio. & obligat. Alexan in l.qui Romæ.§.Flauius.num.8.9.de verb. obl. imò re adhuc integra pœnitere non posse donantem ipsum defendit Didacus li.2.varia.resol.cap.14. nume.16. versi.quamobrem ego. post Alex. & Fulgos. in l.si pecuniam.colum.2.ff.de cond.caus.data.Nec huic responsioni refragatur quod scribit Alex.in d.l.si pecuniam. colu. 2.vers.& pondera,quia textus d.l.si ego.§.si res.ff.de cōd. causa data.solùm procederet cùm mulieri causa dotis datur,non autem cùm datur viro,vt viri efficiatur, vt cōtra hat cum muliere.quia admitto Alexandri declarationē, quando vir dives est,& illud quod datur viro est datum, vt illi soli,sine periculo mulieris:secus est, cùm tam causam mulieris,ne scilicet sit indotata, quàm causam viri respicit,vt hîc.nam iurisconsultus in d.§.si res. eam præcipuam rationem præ oculis habuit, ne mulier sit indotata.quæ sanè ratio(vt dixi)verè militat in casu isto. Concludo itaque,Quartarium iam perfectè donasse,vel saltē esse compellendum obseruare promissa atque donare debere.

Quò ad secundam dubitationem propositā,an promisso Quartarij adductis testibus & probationibus satis probetur,dicendum est probari.illud tamen priùs dicā, hanc dubitationem esse in specie nostra superuacaneam: si quidem vel solus ipse Dux Vrbini Illustrissimus atque Excellentissimus totam hanc controuersiam dirimere potest omisso omni aliorum testimonio.Nam ipsemet nouit totam facti seriem,& optimè scit Quartarium promisisse donare Ferrando omnia bona sua:idque non solùm ex supplici ei porrecto libello,verùm etiam ex confessione coram eo facta.Quocircà debet omninò, vt iure potest,ipse Dux Illustrissimus ex sua sola conscientia.Quartarium compellere ad illius promissionis obseruationē.
* Etsi enim ex* recepta magis opinione verum sit, iudicē
80 † inferiorem non posse ex sua conscientia sententiam ferre,sed debere iudicare secundum acta & probata.l. illicitas.§.veritas.ff.de of.præsid.vbi notant omnes, & scribūt Barb.Felinus & alij in ca.pastoralis.§.quia verò, de offi. deleg.& ex Theologis idem asserunt D.Thomas. 2.2.q. 67.art.2.vbi Caietanus.Io.maior in 3.sen.dist.33.q.4.Sylueester Prierius in sua summa,in verbo,iudex.2.q.5.Io.de Turrecremata in cap.iudicet.3.q.7.Anto. in sua summa, parte 3.tit.9.cap.6.quos secutus est Didacus li.1.varia.resol.cap.1.nume.6.His addo Alex.de Ales,in sua summa, parte 3.q.40.art.2.& Dominicum Soto lib.5.de iust.& iu-
* re.q.4.art.2.Attamen* recepta est sententia, Principem,
81 † qui in sua ditione potestatem habet condendi & abrogandi legem (qualem in suo Ducatu habere Ducem hūc Illustrissimum diximus)posse ex sua conscientia,etiamsi iudiciales adessent contrariæ probationes, sententiam ferre:quandoquidem non probationes testium,qui sæpe corrumpi solent,non instrumentorum, quæ nō semel falsò cōficiuntur:sed sola ipsā inspecta veritate, quam ipsemet nouit,iudicare potest & debet.ita Cynus,Bart.& alij in l.1.in fin.C.vt q̄ desunt aduoca.partiū iudex suppleat. Felinus in d.ca.pastoralis.§.quia verò,nu.23.vers. secundò limita.de off.deleg.qui in specie asserit, hoc procedere in quouis domino,cuius dictum in suo territorio legis loco est.

Hanc quoque sententiam probauit Caietanus in 2. q.67.art. 2.& hos secutus est Didac⁹ d.li.1.varia.resol.c. 1.num.7.ad finem.versi.princeps tamen. Quib.accedunt Dec.consi.pen.nu. 16. Iacobinus à S. Georgio in sua inuestitura,in verbo,Princeps.nu.4.versi.8.specialitas Neuiz.lib.5.Syluæ nup.nu.121.Corasius lib.4.miscella.iuris. cap.20.numer.2.Imò & qui principis vices gerit, secun-
82 dum † conscientiam, probationibus reiectis, iudicare potest & debet,ita censuit Guido Pap. q.29. qui testatur ita in consilio Delphinatus obseruatum fuisse. illum secuti sunt Gram.decis.62.nu.32.Alcia.cap.1. nu. 89. de of. ord.Neuiz.consi.67.nu.10.& Rol.consi.70.num. 23. etsi à Guidone dissentiat solus Did.d.cap.1.nu.7.versi.tertium
* etiā.Huius* receptæ assertionis ratio præcipua est,quòd
83 Princeps † à Deo est,& Dei loco lites dirimit, quemadmodum ergo Deus ex sola sua conscientia sententiam ferre potest,ita & princeps.Cæterùm,vt tutius pro Pacio, vel verius hæredib.Ferrandi causam iudicare valeat. Illustriss.atque sapientissimus Dux,non grauabor demōstrare rationibus permultis,probationes adductas in causa hac cōtra Quartariū optimè cōcludere, eum promisisse donare bona sua Ferrādo. Primò producti sunt testes Aquilinus & Renalducius, qui quidem asseruerunt, ita sibi tractantibus hoc matrimonium contrahi promissum fuisse.Quorum sanè testimonium optimè cōcludit, cùm
84 duo sint testes † probatæ atque honestæ vitæ, qui de gestis à se ipsis deponunt,nec ex facto commodum vel incommodum sunt consecuti.iuxta ea,quæ copiosè post alios scripsi in tract.de arbitra.iudicum, lib. 2.casu 99.nu. 11. & in toto discursu illius casus. Nec hîc officit, quòd ij
85 mediatores,† atque(vt ita dicam)proxenetæ huius matrimonij fuerūt,& ob id eis credendum nō sit,nisi ab vtraq; partium in testes producerentur, vt scribunt Bart. in d.l. deferre.nu.2.in fi.ff.de iure fisci. Dec.consi. 463. num.12.
* & communem* esse testatur Soc.Iun.consi.12.num.17.li. 2.qui scribit,hoc procedere etiam in cā matrimoniali.Nō inquam hoc officit: si quidem responderi potest multipliciter.Primò,quòd etsi proxenata inuitus compelli nō possit dicere testimonium,nisi ab vtraque parte,attamen cùm non recusat testificari,ab vno tantùm contendentium produci potest, & suo testimonio fides adhibetur.ita cēsuit glo.in §.quoniam, in verbo prohibitione, in auth. de testib. quam secuti sunt Iacobus Beluisius, Cynus, Baldus,Angelus, Albericus, Salicetus, Abbas, Angelus Aretinus,Corneus,Curt.Sen.& Barbaria,quos refert& probat Soc.Iun.consi.29.num.16.& consi.31.num.19.li.2. Quibus ego addo Lanfrancum Oriānum in repet.capit. quoniam contra,in verbo,testium depositiones.num.71. in fi.de proba. Feder. Schench in tract.de testibus.num. 41.Aufrerius ad Capellam Tolosa.q.94. ad finem.& cō-
* munem* hanc esse dixit præcitato loco Socinus. Secundò saltem semiplenè probabunt,vt eo loci Socin. ait, & eorum testimonium perfectæ fidei efficietur,iunctis aliis testibus:vt in specie respondit Ruin.consil.34. nume.
86 6.libr.4.& in simili de solicitatore † causæ,cuius testimonium non esse integrum creditur,respondit Alexan. consil.56.num.12.lib.2.& vulgare apud omnes est multorum testium fidem supplere aliorum imperfectionem, quod hîc dicere nunc supersedeo. Tertiò responderi potest,
87 saltem † fidem his fore adhibendam, si aliundè veritas aperta haberi non posset,vt post alios censuit Marsil. singu.533.satis prolixè.accedit etiam quòd hîc (vt suprà attigi sæpe)versatur & aliqualis favor dotis, cuius causa his proxenetis adhiberi fides solet: vt respondit Ruinus d. consi.34.num.4.lib.4.

Secundò,huius promissionis veritatem probat Pompeius Rota notarius, qui asserit, se requisitum fuisse à Quartario & Pacio,vt conscriberet libellum supplicem, quo Quartarius ab Illustriss. Duce impetraret facultā-
88 tem donandi,vt promiserat: quod quidē notarij † testimonium optimum censetur. Nam plus ei quàm alteri creditur.ita Bal.in auth.sed cum testator.num.16.C.ad l. Falcid.quem secutus sum libr.2.de arbitra. iud.casu 105. nu.40.accedunt Barba.consi.25. col.2.lib.4 & Curt.Sen.

in tract.de teſtib.concluſ.17.

Tertiò producti ſunt, inter multos, duo alij teſtes ſummæ fidei, nempè, Reuerendus. D. Ambroſinus, vicarius generalis Reuerendiſſimi Dom. Epiſcopi Senogalliæ, & Illuſtris D. Pucius viceſgerens Illuſtriſs. Do. Ducis Vrbini in ciuitate Senegalliæ. ij ambo affirmabāt, Quartariū coram ſe affirmaſſe, atque confeſſum fuiſſe, ſe verè promiſiſſe donare bona ſua d. Ferrando. Illud te-
89 ſtimoniū † Do. Vicarij viri religioſi atque ſacerdotis, vim duorū habet, vt inquit gloſſa in cap. monachus. 77. diſtin. quam probarunt Ruinus conſ. 137. nu. 2. & nu. 13. lib. 2. & Rola. conſ. 24. nu. 54. lib. 1. poſt Alex. conſ. 43. lib. 7. His accedunt Craue. conſ. 267. nu. 2. & conſ. 272. nu. 16. verſi. tertiò probatur. quos ſecutus ſum lib. 2. de arbitra. iudicū, ca ſu 98. nu. 5. 6. & ſcribit Craue. vbi ſuprà de teſtimonio epiſcopi, vt ei deponenti de confeſſione actus geſti facti à parte credatur. Ita quoque vt eo loci Craueta ait, d. nu. 16. verſ. ſecundò probatur, magna adhiberur fides teſtimonio Principis. Quod idem dicere de eius vices gerēti, cuius vitæ integritas & probitas eſt à principe probata. Hīc nō refero aliorū teſtimonia, quæ & clara & aperta ſūt. cōcludo itaque ſatis ſupérque probatū eſſe Quartarii promiſſionem. Quocircà compelli debet eam obſeruare, & documēto publico cōfecto teſtatū poſteritati relinquere bona hæc ſua donaſſe D. Ferrādo eiúsve filiis. Quod futurū fore ſperant filii dicti D. Ferrādi pro ſumma religione & æquiſſima iuſtitiæ adminiſtratione Illuſtriſſimi & Excellentiſſimi D. Ducis Vrbini, vt verè de eo illud Eſaiæ
90 cap. 32. dicere poſſint. Ecce in iuſtitia † regnabit rex, & principes in iudicio præerūt. Verè equidem credūt Magnifica atq; honeſtiſſima D. Geneura viduata D. Ferrādi: necnon & illius filij pupilli Illuſtriſſimo D. Duci cordi eſſe illud Hieremiæ cap. 22. Audite verb. domini, qui ſedetis ſuper ſolium Dauid, vt & ſerui tui, & populus tuus. Hæc dicit dñs, facite iudiciū & iuſtitiā, & liberate oppreſſū de manu calumniatoris, & aduenam & pupillum, & viduam nolite contriſtare.

Iacobus Menochius I. C.

SVMMARIVM

1 *Contractus ſubſtantia vbi eſt in alicuius arbitrio, eo non arbitrante, non creditur ab eius perſona, &* 11.
2 *Vendens fundum precio tali, vel vt Titius arbitrabitur, an Titio non arbitrante ad alterum recurratur.*
3 *Induſtria perſonæ ſi ſit electa, & moriatur, non recurritur ad aliam.*
4 *Induſtria perſonæ electa dicitur, cum declaratio alicuius rei cō mittatur iudicio alicuius.*
5 *Diſpoſitio ab homine procedens perſonam vnius reſpiciens. ad alium non porrigitur.*
6 *Vendens fundum tali precio, vel vt Titius arbitrabitur, an Titio non arbitrante ad alterum recurratur, diſtinguitur. & nu mer. 40.*
7 *Societas ſi contracta ſit ex illis partibus quas Titius arbitrabitur, illo non arbitrante contractus dicitur nullus neque recedi tur à perſona Titij.*
8 *Incertitudo commiſſa in arbitrio tertij quando talis eſt, vt niſi eſſet commiſſa vitiaret diſpoſitionem, ſi veniret declaranda arbitrio iudicis, ſi tertius ille non arbitretur, non recurritur ad arbitrium boni viri. & num. 44.*
9 *Argumentum à ceſſante ratione valet.*
10 *Recedi poteſt à perſona illius, qui debebat doris incertitudinē arbitrari, & ante num. 12.*
11 *Et quid in aliis caſibus, ex multorum ſententia.*
12 *Augmentum dotis quale dicatur.*
13 *Priuilegium, fauor & ius doti competens, an dicatur etiam cōpetere argumento ſuperuenienti.*
14 *Accidens regulatur ſecundum ſubſtantiam actus, nam ſi recurratur ad arbitrium boni viri pro declaratione ſubſtantiæ actus, ita pro declaratione accidentis, ſed ſi aliàs, ſecus.*
15 *Accidens facillimè probatur cum de ſubſtantia actus conſtet.*
16 *Induſtria perſonæ dicitur electa, cum nudum factum ei commiſſum præſumatur.*
17 *Induſtria perſonæ ex duobus non dicitur electa in declaratione dotis.*
18 *Incertitudo dotis, an ipſam vitiet.*
19 *Ad arbitrium boni viri recurri poteſt, quando illud quod alterius arbitrio declarandum eſt, ab aliquo antecedente declarationem recepit, eo non arbitrante.*
20 *Ex relatione ad aliud res certa redditur.*
21 *Ratio eadem vbi eſt, idem ius ſtatuendum.*
22 *Dos multis modis ſi ambigua & incerta ſit, declarari poteſt.*
23 *Ad arbitriū boni viri recurritur primo nō arbitrāte, licet agatur de ſubſtātia actus, & cuius cauſa regulariter nō recurritur, qñ aliàs altera partiū cū alterius iactura locupletaret.*
24 *Matrimonium quis contraxiſſe non præſumitur abſque dote.*
25 *Locupletari cum alterius iactura dicitur cum quis non adimplet ex parte ſua, promiſſa.*
26 *Conductor habitauit domum cuius penſio eſt remiſſa arbitrio tertij, eo non arbitrante receditur ab eius perſona, & recurritur ad arbitrium boni viri, & qua ratione.*
27 *Ad arbitrium boni viri recurritur primo non arbitrante, quādo res integra non eſt, & qua de cauſa.*
28 *Receditur à perſona non declarante, & ad boni viri arbitrium recurritur, de iure canonico inſpecta veritate.*
29 *Ius canonicum in foro ſeculari etiam ſeruari debet.*
30 *Factum nudum iure canonico parit actionem. Et inter laicos Eccleſiæ ſuppoſitos obſeruari debeat.*
31 *Rauennæ ciuitas an regatur iure canonico, & ſupra num. 28.*
32 *Ius canonicum ſeruari debet inter laicos in ciuitatib. licèt non immediatè ſed mediatè Eccleſiæ ſubiectis, & quales ſint. Quando ſcilicèt ius ciuile diſcrepat à Iure Canonico.*
33 *Aequitas in materia dotis multum conſideratur.*
34 *Confidentia de aliquo tunc haberi dicitur cum negocium eſt omnino incertum, & in determinatum.*
35 *Vſurarum reſtitutio cum eius quantitas incerta ſit, quomodo ſit facienda.*
36 *Induſtria perſonæ non dicitur electa per ſolam rei commiſſionem, ſed, & aliud requiritur.*
37 *Induſtria perſonæ, tunc electa dicitur, cum factum arduum cōmittatur.*
38 *Dotis incertitudo an ſit difficile negocium. vt declaretur. locatio finitur morte locatoris.*
39 *Dos incerta qua ab vno declarari non poteſt, ab alio poterit.*
40 *Vendēs domū precio centū & eo pluris quod Gaius declarabit, & arbitrabit ſi Gaius nō arbitrabitur, vēditio an valeat, & an reſpectu illi⁹ pluris recurratur ad arbitriū boni viri.*
41 *Accidens commiſſum alicui, ſi ipſe ſuper illo non arbitretur, an recurratur ad arbitrium boni viri.*
42 *Intellectus ad. l. ſi coita. ff. pro ſocio.*
43 *Verba ne aliter, formam demonſtrant.*
44 *Incertitudo commiſſa arbitrio alicuius, an alteri committi poſſit, & quando.*
45 *Dos incerta cum poſſit declarari viuente vxore, an idem ſit poſt mortem.*
46 *Dos vt quid vniuerſale in ſolo numo conſtare poteſt.*
47 *Dos congrua qualis dici rectè poſſit.*
48 *Fideicommiſſum alienari poteſt non tantum pro conſtituenda dote, ſed etiam pro augmento.*
49 *Aequitas ſola in terris Eccleſiæ ſpectari ſolet.*
50 *A communi opinione recedendum eſt, cum ei repugnant veræ & concludentes rationes.*

FACTI SPECIES.

Dominus Marius Carrarius Rauennas in vxorem duxit Dominam Ioannam Andriolam, cui dotis nomine D. Petrus Andriolus dictæ Dominæ Ioannæ patruus promiſit libras. 700. quas

ſoluere

soluere promisit, & ob id & totum quidquid de pluri ac omnem pecuniarum quantitatem declarandam & arbitrandam per Reuerendissimum Dominum Paulum Veggium Rauennatem Episcopum Cussanensem. cuius quidem declarationi & arbitrio vltrà dictas libras. 700. prædictæ partes stare promisserunt. id que per se & suos hæredes, adhibito iuramento prædicta esse vera, attendere & obseruare velle. Mortuus est ipse Reuerendissimus Dominus Paulus, nulla facta declaratione illius pluris.

Dubitari nũc cõtingit, an super illo pluri arbitrãdo & declarando recurri possit ad arbitriũ boni viri.

CONSILIVM XCIII.

Initium à Domino.

CVM doctè admodũ & subtiliter respõsum hac in causa fuerit à doctissimo D. Vincentio Carrario vti fratre mihi colendissimo, nõ erat quòd frustrà diem & operam in his luderem. Verùm amicissimi precib. deuict⁹ dicã, & ego paucis, quantũ fieri poterit, qđ hac de re sẽtio. Respondendum videbatur, nõ posse recurri ad arbitrium viri boni.

1 Primò ea rõne adducebar, ꝙ vbi substãtia cõtract⁹ † est in alicui⁹ arbitrio, eo nõ arbitrãte nõ receditur ab ei⁹ pso na. l. si qs arbitratu. ff. de ver. ob. l. vlt. C. de cõtra. emp. vbi Bal. & Sali. Dec. cõs. 404. col. 2. & ideo scribit Ang. in d. l.

2 si quis arbitratu, ꝙ vẽdens † feudũ pretio centũ, & pro eo pluris qđ Titius arbitrabitur, illo Titio nõ arbitrãte, nõ recurritur ad alterũ. & Angelum secuti sunt ibi Roma, Imola & Alex. Atqui hoc in casu substantia huius contractus dotis videtur commissa arbitrio dicti D. Pauli: ergo eo mortuo ad arbitrium alterius recurri non potest.

3 Secũdò nõ parũ vrget illa ratio, ꝙ vbi electa † est pso næ industria, ea pson mortua, ad alterũ nõ recurritur. l. 1. ff. de off. ei⁹. l. cùm hi. §. si Prætor. ff. de iud. & scripsi lib. 1. de arbit. iudic. q. 68. nu. 8. sed hoc in casu electa vī indu

4 stria d. D. Pauli. cùm † illi cõmissa sit declaratio hæc, quæ iudiciũ hominis requirit, iuxta l. inter artifices. ff. de sol. & rõne cõfidẽtiæ vī esse huic Reuerẽdissimo Episcopo cõmissum hoc arbitriũ, ob id ei⁹ industria vī electa: vt post multos scripsi in d. q. 68. num. 11. 12. sequitur ergo, ꝙ mortuo ipso Do. Paulo ad alterius arbitriũ recurri nõ debet.

5 Tertiò huc spectat, quòd vbi dispositio † ab homine procedens personam vnius respicit, ad alium non porrigitur. l. locatio. ff. locati. & l. si ita expressum. ff. de cond. & dem. l. si quis arbitratu. & l. centesimis. §. vltim. de verbo. obl. sed hæc conuentio ab homine est, & personam Do. Pauli Episcopi respicit, ergo eo mortuo ad alium recurri non potest. ita simili in quæstione argumentatur Iacobus Butriga. q. 5. num. 15.

Quartò hanc opinionem maximè videtur confirmare doctrina Angeli in d. l. si quis arbitratu. de verb. obli. vbi hanc proponit quæstionem, Vendo tibi fundum pretio centum, & eo pluris, quòd Caius declarabit & arbitrabitur: si Caius non arbitrabitur, venditio quidẽ tenet & valet: sed ratione illius pluris non recurritur ad arbitrium viri boni. Et quòd hoc in casu nõ recurratur ad arbitrium viri boni, cum Angelo tenere Doctores cõmuni

* ter * testatur Soc. Sen. in d. l. si quis arbitratu. nu. 16. Ergo idẽ hoc nostro in casu dicendũ videtur, ꝙ cõtractus ipse matrimonij firmus & validus maneat: & ꝙ ratione illius pluris recurri nõ possit ad arbitrium viri boni. confirmatur hoc fundamentũ ex doctrina Soci. Sen. d. l. si quis arbitratu. num. 16. versi. vtraque opinio. Aut (inquit Soci-

6 nus) contractus † non est perfectus, & tũc nõ facta declaratione, cõtractus in totũ est nullus. Hic nõ videtur casu noster. Aut contractus est perfectus (inquit Socinus hoc est absolutus quò ad illam summam, & tunc non resoluitur contractus: sed illud pluris reijcitur ac si de eo nihil fuisset dictum. Ita videtur dicẽdũ hîc, vbi & cõtractus matrimonij est perfect⁹, & promissio etiã dotis perfectè cõclusa pro illa summa 700. librarũ. & illud pluris videtur quodãmodo casu atque obiter adiectũ, hoc est, si cõtingeret eam pluris arbitrari à d. Reuerẽdissimo Episcopo. cùm ergo sit vita functus, nullo prolato arbitrio, sequitur nec matrimoniũ dissolui, nec dotis promissionẽ annulari, nec etiam posse ad arbitriũ viri boni recurri.

Quintò cõferre videtur tex. l. si coita. ff. pro socio. quo

7 loci scriptum est, quòd si coita fuerit societas † ex illis partibus, quas Titius arbitrabitur, illo non arbitrãte, cõtractus irritatur, & à persona Titij nõ receditur. Et illius resp. ad rẽ hãc meminit gl. in l. in personã. §. generaliter de reg. iur. & in l. vendẽtis. C. de cõtrah. em. & retuli li. 1. de arbitr. iudic. q. 68. nu. 32. in fi. ergo idẽ hoc in casu dicendũ vī. ꝙ d. Reuerẽdiss. Episcopo nõ arbitrante super illo pluri, non recedatur ab eius persona.

Sextò & ad rem magis vrgere videtur hæc satis solida argumẽtatio qua vsus est Castr. cons. 11. Viso libello. nu. 3.

8 vers. sed quãdo, li. 1. Quando incertitudo † cõmissa in arbitrio tertij talis est, quæ si nõ esset cõmissa, vitiaret dispositionẽ, si veniret declarãda arbitrio iudicis, si tertius ille non arbitretur, nõ recurritur ad arbitriũ viri boni. sed in casu nostro talis est incertitudo, ergo recurri nõ debet ad arbitriũ viri boni. Minor propositio probatur argumẽto

9 † ducto à cessãte ratione dispositionis, quod sanè genus argumenti iuri nostro optimè probatur. l. quod dictum, vbi Docto. ff. de pactis, & l. adigere. §. quamuis. ff. de iure patron. Atqui nostro in casu cessant illæ rationes, quib.

10 aliàs in causa dotis † permissũ est recedi à persona illius, qui super ipsa dote arbitrari debuit, iuxta l. cùm post. §. gener. ff. de iure dotium, l. si filiæ. de lega. 3. & l. 3. C. de dotis promiss. Cuius quidem sententiæ duæ rationes sunt. Prima, quòd dos declarari potest secundũ personarum qualitatẽ & patrimonij quantitatẽ. Secunda, quia in dote principali id factum est, ne mulier indotata maneat. Hæ rationes cessant in casu huius pluris, cùm iam dos sit constituta, nec periculum sit, quòd mulier remaneat indotata, cùm ergo cessent rationes, debet etiam cessare dispositio. ita voluit argumentari Paulus Castr. d. cõs. 11. nu. 3. sed quãdo etsi paulò obscurius quàm à me factũ sit.

Septimò atque vltimò huic opinioni videtur suffragari multorum auctoritas, quæ magni faciẽda fortè est.

11 Ita † enim in specie respondit Castr. d. cons. 11. nu. 3. li. 1. aperrè affirmans ratione huius pluris non declarati ab eo cui cõmissa fuerat declaratio, non posse recurri ad arbitrium boni viri. Castrensem secuti sunt Curt. Iun. cons. 36. nu. 11. Soc. Iun. cons. 35. in fi. li. 1. Rol. à Valle in tract. de lucro dotis. q. 88. nu. 5. Phanucius trac. de lucro dotis, in rub. in verbo restituenda. nu. 41. Et Castrensem ego pariter secutus sum lib. 1. de arbitra. iud. q. 68. nu. 34.

Cæterùm re diligentissimo studio perpensa, vnà cum ipso eruditissimo. D. Carario consultore contrariam sententiam veriorem esse opinor, nempè recurri nunc posse ad arbitrium boni viri.

Quod vt verum esse ostendam, multis, quæ partim ab ipso doctissimo Carario considerata fuerunt, ita mo-

* ue or. Illud tamen ante omnia dicam, veram * & receptam esse sententiam Doctorum, quòd quando dotis declaratio alicuius viri arbitrio committitur, eo non arbitrante, recurritur ad arbitrium boni viri. ita Ale. & Ias. in l. si quis arbitratu. nu. 10. & ibi. Soc. Sen. nu. 27. de verb. ob. & Soc. Iun. cons. 141. nu. 9. lib. 1. quos secutus sum li. 1. de arbitrijs iud. q. 68. num. 39. quibus accedunt Io. de S. Blasio in tract. de priuileg. dotium. priuileg. 6. Corneli. cons. 260. nu. 1. lib. 1. Baldus nouellus in tract. de dote. parte 6. priuil. 9. Rip. in l. ita stipulat⁹ nu. 35. de verb. ob. Io. Bell. in

commenta.ſuper conſuetud.Aluer.ti. de donatio. in 17.
12 priuileg.Illud etiam ſciendum eſt, augmentum † dotis illud dici quod doti iam conſtitutæ accedit,atq; ita ſuperuenit: ita ſcribunt Specul.Aret.& Fulg.quos ſecutus eſt Cephalus conſi 156.num.34.lib.1. & præter eos clarè Neuiz.conſi.45.num.20 21.quod intelligo procedere ſiue ex parte mulieris ſiue ex parte viri augmentum ſuperueniat.

13 Primò,omne ius † & priuilegium quod doti tributũ eſt,etiam dotis augmento cenſetur conceſſum atque tributum. Atqui (iam diximus) in dote eſſe conſtitutum, quòd non arbitrante & declarante eo,cuius declarationi ſuper dote erat ſtandum, ad arbitrium boni viri recurritur: ergo idem faciendum eſt in declaratione augmenti dotis. Illa maior propoſitio probatur ex l. ſi proprietati. ff. de iure dotium.l. inter ſocerum.§.cum inter. ff.de pactis dota. l. etiam. C. de iure dotium. §. illud.in auth.de æqual.doti.copiosè ſcripit Roland.in tract.de lucro dotis.q.100.vbi multis adductis ſimilibus oſtendit, ſtatutũ lucrum dotis marito tribuens, locum etiam habere in augmento dotis.Illis accedunt Cephalus conſi. 156. nu. 25.lib.2.Bellonus conſi 47.num.1.Neuiz.lib.2.Syluæ nuptio.num.75.& copiosè conſi.76.in fine. Rubeus conſil. 151.num.1.& conſil.156. num.2.& egregiè Crauet.conſil. 291. numer.2.vbi reſpondit, dotis augmentum fieri ita poſſe ex bonis fideicommiſſi vt conſtitui. Imò ipſemet Caſtr.d.conſi.11.numer.3.verſ.ſed quando.lib. 1.cenſuit, hoc augmentum eſſe ipſam dotem principalem:dum ita ſcribit:nam quò ad illam ſummam delarandam ita principalis eſſet diſpoſitio,ſicut ſuperiam declarata.&c.

Secundò ita argumentor: aut volumus,hoc pluris eſſe ſubſtantiam dotis, atque ita dotem ipſam, aut volumus eſſe accidens.ſi volumus eſſe ſubſtantiam,(vt cenſuit Caſtr.paulò ſuprà relatus) res clara eſt,poſſe recurri ad arbitrium boni viri,vt iam ſuperius diximus.Aut volumus eſſe accidens, & tunc dico multò magis poſſe recurri ad arbitrium boni viri. Quod hac ſolida ratione
* demonſtratur.* Recepta eſt Doctorum opinio,quòd quã
14 do pro declaratione † ſubſtãtiæ recurri nõ poteſt ad boni viri arbitrium, non etiam poteſt recurri pro declaratione accidentis:ita multi à me relati lib.1.de arbitra.iudicum. q.68,num.32.ſcribunt:ita econtra dicendum eſt, quòd quando pro declaratione ſubſtãtiæ recurri poteſt ad arbitrium viri boni,ita etiam poſſe debet pro declaratione accidentis,imò & id multò facilius.

Quod vel ex eo conſtat,quia ſi difficilius de ſubſtãtia conſtat quàm de accidenti: nam diximus, accidens
15 † facilè probari cùm de ſubſtantia conſtat,vt tradunt Bar. & cæteri in l.certi cõdictio.§. quoniam.ff.ſi certum pet. clarè Craue.in tract.de antiqui tempor.vltima particula primæ partis,nu.24.& in 2.part.nu.63.& part.3.nu.22.ita ſi ab aliquo ſubſtãtia declarari põt,ita ẽt accidẽs, ex quo q põt præſtare quod eſt plus, poteſt etiam quod eſt minus. Et tamen non ſequitur econuersò, vt is non poſſit quod eſt minus,etſi non poteſt quod eſt plus:cùm à minori ad maius ſolum liceat argumentari negatiuè.ſi non poteſt quod eſt minus, ergo nec etiam quod eſt plus. ita ergo in caſu iſto argumẽtari poteſt. recurri poteſt ratione ſubſtantiæ,quod eſt plus, ergo etian recurri poteſt ratione accidẽtis,quod eſt minus:& non ecõtrà, vt iã dixi.

Tertiò adducor argumento à ceſſante ratione,quod iure noſtro probatur, vt ſuprà dictum fuit. Atqui ratio illa,qua prohibetur recurri ad arbitrium viri boni, non arbitrante eo,cui commiſſum eſt,ceſſat hoc in caſu: ergo ceſſat & prohibitio. Ratio inquam illa eſt, quia dicitur
16 electa † nduſtria perſonæ,exquo nudum factum ei cenſetur mandatum.ita Baldus in l,vnica. §.ne autem.colu. 2.C.de cadu.tollen.quem ſecutus ſum.d.lib.1.de arbitra. iud.q.68.nu.27. Atqui ratio hæc ceſſat ex duobus in declaratione huius pluris.

17 Primò,† quia in declaratione dotis non dicitur electa induſtria, cùm ex perſonarum qualitate & quantitate patrimonij poſsit declarari.

Secundò, quia habita ratione principalis dotis declaratæ, id multò facilius poteſt iudex pro ſuo arbitrio declarare, vt ſcripſi libro 2. de arbitra.iudicum, caſu 145. & clarius ex infrà dicendis comprobatur. Hinc ſequitur erraſſe Paulum Caſtren. dicto conſilio 11.nume.3. verſic. ſed quando, libr.1. dum dixit hoc in caſu incertitudinẽ
18 vitiare. errat inquam, quia ſi in cauſa † dotis principalis vbi maior adeſt incertitudo, illa non vitiat, quantò fortius non debet hic vitiare? & infrà repetam ſuo loco.

Quartò accedit hæc argumẽtatio:quando illud,quod
19 alterius † arbitrio declarandum eſt, ab aliquo antecedenti declarationem habet, eo non arbitrante, recurritur ad viri boni arbitrium.ita reſpondit Roma conſ.502. quem ſecuti ſunt Curtius Iun.conſi. 36. num. 7. & Iaſon in l.ſi quis arbitratu.num.13.de verb.ob.& ſcripſi lib.1.de arbitra.iud.q.68.num 34.& nu.51.ſi (inquit Roma.) quis promittat ſoluere quod Caius debet: & quòd is Caius debeat ſtetur arbitrio Sẽpronij: quia quod debet Caius, ex contractibus inter eos initis, diſcerni facilè poteſt: eo Sempronio non arbitrante, ad viri boni arbitrium recur-
20 ri poteſt. ea eſt ratio, quia ex relatione † ad aliud res certa redditur.l.vbi autẽ non apparet.§.illud, de verb. obli. & ſcripſi copiosè, d.q.68.nu.43.vbi num.42. ob hoc cenſui, promiſsionem ſimplicem dotis non ita cenſeri incertam vt vitietur,cùm dos habita relatione ad perſonarum qualitatem & patrimonij quantitatem, facilè certificari & declarari poſsit. Atqui in caſu noſtro idem verè & clarius euenit, qnia hoc plus,certificari poteſt (vt dixi) tum ex maiori ſumma iam promiſſa: tum ex qualitate perſonarum, & quantitate patrimonij: ergo recurri poteſt ad arbitrium viri boni.

Quintò ſuffragatur non parum, quòd vbi eadem ad-
21 eſt ratio, † ibi idem ius debet ſtatui. vulgata l.illud. ff ad l. Aqui.cum ſexcentis ſimilibus.Sed in caſu huius pluris eadem adeſt ratio, qua ad viri boni arbitrium debeat recurri, quæ eam eſt, cùm de tota ipſa dote declaranda ad ipſum (vt iam dixi) recurritur. ergo ita recurri hoc in caſu poterit,vt in illo dotis principalis. Illa minor propoſitio probatur, diſcurrendo ſingulas rationes, quas Doctores noſtri conſiderant in ea opinione affirmanda.
22 Prima † ratione vtuntur, quòd dos poteſt facilè declarari ſecundum qualitatem perſonarum, & quantitatem patrimonij, & ob id cenſent virum bonum errare non poſſe. ita hanc rationem perpendunt à me relati paulò ſuprà, & ſcripſi lib.1 de arbitra.iud.q. 68.nume. 41. 42.hæc ratio locum habet & hoc in caſu, vt ſuprà in tertio fundamento demonſtraui. ſecundam rationem ex Baldo & Iaſone retuli d.q.68.num.44. quòd ſcilicèt res deſierit hoc in caſu eſſe integra. Quæ ſanè ratio,(ſi vera eſt, quam eo loci dubiam eſſe cenſui,) locum etiam habet & hoc in caſu: vt patet manifeſtè. Tertia ratio verior eſſe videtur, quòd in dote ſit hoc conſtitutum, ipſius dotis fauore, vt dixi d.q. 68. num.46. Qui ſanè fauor locum habet & in hoc augmento, vt dixi ſuprà in primo fundamento.Nec ad rem facit,quòd iſte fauor ob id conſideretur, quia alioqui mulier remaneret indotata. Non inquam ad rem facit,vt infra in reſponſione ad ſeptimum fundamentum dicam.

Sextò non parum vrget hæc ratio. Ad viri boni arbi-
23 trium, † primò non arbitrante, recurritur, etiam vbi de ſubſtantia actus agitur, & cuius cauſa regulariter recurritur, cùm agitur, ne altera partium cum alterius iactura locupletur,ita Iaſ.in l.ſi quis arbitra.numero.12.de verb. obli.& alij plures.quos retuli li.1.de arbitra.iud.q.68.nu. 47.48. Atqui hoc in caſu D.Pet. Andriolus dotis promiſſor cum iactura D. Ioannæ & D. Marij locupletabitur, niſi ad boni viri arbitrium recurratur, ergo omninò, & à fortiori, cùm in cauſa dotis recurratur regulariter, debet recurri. Minor probatur, quia iam D. Marius & D. Ioanna matrimonium adinuicem contraxerunt, atque ita ex ſui parte adimpleuerunt promiſſa: quorum cauſa

dos &

dos & illud pluris fuit promissum: ergo si D. Petrus non
soluit illud plus, locupletabitur cum illorũ iactura, qui
24 non contraxissent † matrimonium absque ea dote: ita do
cuit Bald. in l. vlt. C. de contrah. empt. quem secutus est
Soc. Sen. consi. 44. num. 9. lib. 1. & præter eum Paris. con.
25 132. num. 3. li. 4 quòd ille dicitur cum alterius † partis ia-
ctura locupletari, qui ex sua parte non adimplet promis
sa, cum altera pars iam adimpleuit atque satisfecit. Et i-
deò eo loci scribit Baldus, quòd si alter ex compromit-
tentibus cœpit ex sua parte adimplere, vt quia cœpit sol
uere partem pretij, quòd arbitro non declarante ipsum
pretium, recurri potest ad arbitrium viri boni. Hinc scri
bunt Bar. & Castr. in l. si merces, in princ. ff. locati. & Soc.
Sen. in d. l. si quis arbitratu. nu. 19. ver. aliquando & ter-
29 tiò, si conductor † habitauit domum, cuius pensio esset
remissa arbitrio tertij, licèt ille non arbitretur, tamen re-
ceditur à persona, & recurritur ad arbitrium boni viri
ea ratione, quia is conductor, qui domum habitauit; lo-
cupletaretur cum iactura locatoris, qui, dum permitten-
do conductorem habitare dicitur satisfeciſſe contractui
locationis ex sui parte, & ob id recurri potest ad arbitriũ
viri boni. Similem casum recensет Soc. Sen. d. consil. 44.
num. 9. li. 1. Et hoc illud est, quod scribunt omnes, quòd
27 quando res † desiit esse integra, recurritur ad viri boni
arbitrium, primo non arbitrante, ita censent Bald. in l.
vlt. C. de senten. quæ sine certa quant. & Ias. in d. l. si quis
arbitra. num. 10. de ver. oblig. & ibidem Soc. Iun. nume.
22. Paris. consi. 30. nume. 36. lib. 1. & consi. 132. nume. 3. lib.
4. & Curt. Iun. consi. 36. nu. 7. Est huius sententiæ ratio,
quia quãdo res desiit esse integra, is qui ex sui parte satis
fecit promissioni, damnũ sentiret, & aduersarius cũ alte
rius iactura locupletaretur: quẽadmodũ hìc cõtingit vbi
ex cõtractu matrimonij, cuius cã dos est promissa, res
desiit esse integra. Nec D. Marius sine illo augmento D.
Ioannã duxisset, nec D. Ioãna bonis paternis renũtiasset,
si credidisset, se nõ cõsecuturã vnà cũ dote & illud pluris.

Septimò ac vltimò confert non mediocriter, quòd de
28 iure Canonico, illius æquitate † inspecta, à persona non
declarante receditur, & ad viri boni arbitrium recurri-
tur. ita Soc. Sen. in l. si quis arbitratu. nu. 28. versi. postre-
mò. de verb. obl. & alios retuli lib. 1 de arbitra. iud. q. 68.
nu. 55. Quibus accedunt Paris. consi. 132. nu. 5. lib. 4. Cora-
sius in l. qui liberos. nu. 183. ff. de ritu nupt. Atqui in casu
nostro ius Canonicum illiúsque æquitas seruari debet,
cùm simus in terris Ecclesiæ, hoc est in nobilissima & an
tiquissima Ciuitate Rauennæ. in qua quidem (vt dixi) ẽ-
29 tiam in foro seculari ius † Canonicum seruari debet. ita
censuit Bald. in auth. ad hæc. nu. 6. C. de vsuris. vbi scri-
30 bit, quòd nudum † pactum, quod iure canonico parit a-
ctionem, cap. 1. de pactis. & copiosè Ias. in l. iurisgentiũ.
§. sed cùm nulla. num. 4. ff. de pactis, etiam inter laicos ec
clesiæ suppositos obseruari debet. idem probarunt Imo-
la in cap. quæ in ecclesiarum. nume. 12. de consti. & Iason
in d. §. sed cùm nulla. num. 6. Felinus in cap. quæ in eccle
siarum. nume. 47. de const. vbi alia his similia recenset. &
ibidem nu. 44. ex text. in capitu. si duobus. de appella. re-
gulam hanc facit, quòd in terris Ecclesiæ etiam inter lai
cos ius canonicum seruari debet. Quam sanè regulam
probarunt Abbas & Decius in d. capitu. si duobus, vter-
que num. 6. & ibidem Bero. num. 18. & in specie ciuita-
31 tis † Rauennæ quòd in ea seruari debeat ius Canonicum
inter laicos scribit Alexan. consil. 177. num. 2. versic. nec
obstat, quòd si. lib. 2. vbi inquit extare statutum in ciuita-
te illa, quòd vbi ius ciuile contradicit iuri Canonico, ser
uari debet ius ciuile. atqui in casu nostro ius ciuile non
repugnat iuri canonico, cùm nihil expressim determina
tum hac de re in iure ciuili reperiatur. Et dato quòd con
tradiceret ius ciuile iuri Canonico in casu hoc nostro, ad-
huc tamen etiam in ipsa Ciuitate Rauennæ erit obser-
uandum ius Canonicũ, reiecto illo statuto, quod nõ va-
* let, iuxta * magis receptam Doctorum opinionẽ, de qua
atteſtatur Beroius in d. ca. si duob. nu. 18. de appella. His
accedit quod fortius respondit Corn. consi. 261. in fi. li. 4.
32 etiam in terris † non immediatè, sed mediatè ecclesiæ
subiectis, vt in ciuitate Ferrariæ, Vrbini, & his similibus
seruari debet ius canonicum, etiam inter laicos, cùm à
iure ciuili discrepat. Et de ciuitate Ferrariæ idem sensit
Soc. Se. consil. 92. nu. 11. versi. sed pars aduersa, li. 3. Quod
equidem à fortiori hoc in casu procedere debet, vbi æ-
33 quitas † ratione causæ dotis consideratur. l. si ego. §. 1. ff.
de iure dotium. ibi, benignius. & in l. cum post §. gener.
ff. eo. quem textum scribit in specie nostra Soc. Sen. in d. l.
si quis arbitratu. num. 28. versic. postremò, de verb. obli.
post Alexandrum, quem refert, habere locum generali-
ter, hoc est absolutè de iure canonico.

Non obstant adducta in contrarium, in quorum dis-
solutione non leuis labor versatur. Ad primum respon-
deo, illud procedere cæteris in casibus, præter casum do
tis: cuius quidem substantia vbi commissa fuerit decla-
randa alicuius arbitrio, eo non arbitrante, ad viri boni
arbitrium recurri potest, vt dixi supra post Ias. d. l. si quis
arbitratu. num. 10. de verb. obli. & retuli lib. 1. de arbitra.
iudicum. q. 68. nume. 39. Quod quidem & ipsemet Ca-
strensis, qui nobis aduersatur, affirmauit.

Non obstat secundum, quia respondeo, quòd quem-
admodum non censetur electa industria personæ in de-
claratione dotis in vniuersum, vt dixi suprà in tertio fun
damento nostræ sententiæ, ita nec censetur electa in de-
claratione huius pluris, quod declarari æquè potest per
virum bonum ac potuisset per ipsum Reuerendissimum
Episcopum. Nec ratione rei dici potest solùm de eo con-
fidentiam partes habuisse, si quidem tunc habetur con-
34 fidentia † de aliquo cùm negotium est omninò incertũ
& indeterminatum, vt egregiè respondit Baldus consi.
128. Quidam vsufructuarius. col. 2. versi. sed ad hæc res-
pondetur. lib. 2. dum scribit, in casu cap. quamquam, de
vsuris in 6. censeri electam industriam parochi, cuius o-
pera satisfieri debet illis, à quibus vsurarius extorsit vsu-
ras, ea ratione, quia qualis & quanta esse debet vsura
35 rum † restitutio, est omninò incertum. Ita enim respõdit
Craue. consil. 303. nu. 2. Censeri electam Vasalli industri-
am, dum ei feudum conceditur, cùm eius fidei commis-
sa sit defensio vitæ & honoris domini, quod quid incer-
36 tum continet. Non enim sola commissio † efficit, vt cen
seatur illius industria electa, sed cùm aliquid fuit adie-
ctum, sine modo expressim, vt si dictum sit, tuæ fidei &
conscientiæ committo: siue tacitè, vt qualitas negotij id
suadeat, vel quia arduum est, vel quia omninò incertum,
ita vt possit vno vel altero modo, accuratè vel minus ac
curatè ex personæ qualitate explicari. Quod certè hìc
non contingit. Præterea accedit, quòd tunc dicitur ele-
37 cta industria † personæ, cùm factum arduum commit-
titur, vt multis probaui d. lib. de arbitra. iudicum, q. 68.
nume. 15. sed hoc negotium declarationis dotis non est
difficile, vt expressim inquit text. in l. si pater filiæ. de leg.
3. ergo non censetur electa personæ industria.

Non obstat tertium, quia respondetur, illam regulam
non esse perpetuam, sed tantùm procedere illis in casi-
bus. Nam ille text. l. locatio. ff. locati, solùm diffinit, lo-
cationem factam donec voluerit locator finiri ipsius lo-
catoris morte. Ea est ratio, quia cùm locator moritur,
38 dicitur nolle, atque ita locatio † finitur: vt copiosè de-
claraui lib. 1. de arbitrarijs iudicũ. q. 69. num. 2. & nu. 19.
20. & ibidem etiam ita declaraui d. l. si ita expressum. de
condi. & dem. & d. l. centesimis. §. vlt. de verb. oblig. Ra-
tio autem rationis est illis in casibus, quia aliàs impossi-
bile esset scire, an is vellet, vel non, cùm iam mortuus in-
terrogari non possit. sed nostro in casu lege cautum est,
39 vt dos, † quæ ab vno declarari non potuit, ab altero pos
sit. d. l. cùm post. §. gener. de iure dotium, cum similibus.

Non obstat quartum, quia respondetur, illam Angeli
doctrinam vel vera non esse, vel parũ casui nostro con-
uenire. Duo Angelus sentit: primum quòd vb Caius,
40 qui illud † pluris debuit declarare, non declarat, non

recurratur ad viri boni arbitrium. Et in hoc cum Angelo
* concordare communiter* Doctores teſtatur Soc. Sen. in
d.l.ſi quis arbitratu.num.16. Verumtamen vna cum Al-
ciato ibidem num.26. credo contra Angelum eſſe com-
* munem* opinionem. inquit enim Alciatus eſſe receptiſ-
ſimum, quòd recurri debeat ad arbitrium viri boni. Et
verè poſſe recurri ad arbitrium viri boni hoc in caſu do-
cuit Salycetus in l.vlt.colum.3.verſi. quæro tertiò. C. de
contrah.empt.& ibidem Bal.num.7.idem probat: quan-
do ſaltem pretium principale excedit dimidiam iuſti pre
tij:& cùm eo Fabianus in tract.de emp.& vend.q.5.prin
41 cipali.nume.29. Et cùm hoc ſit quid accidentale † rece-
pta magis opinio videtur, quòd Caio non arbitrante re-
curratur ad arbitrium viri boni: vt ſcribit Opizonus in
d.l. ſi quis arbitratu.nu.24.25. Roma.conſil.502. Decius
conſi.404 num.14.& Natta conſi.390.in fi.lib.2. Cùm er
go contra Angelum ſit communis ſententia, ſequitur,
hoc fundamentum poſſe in aduerſarios retorqueri. Se-
cundum quod ſenſit Angelus, illud eſt, quòd Caio non
declarante illud pluris, contractus tamē adhuc validus
manear. Hoc ſecundum pronuntiatum impugnant, Bal-
dus, Caſtrenſis, Salicetus & alij, quos refert Soc. Sen. in
d.l.ſi quis arbitratu.num.16. qui cenſent contractum an-
nullari. ſi hāc poſteriorē opinionem probamus, rectè di
cimus, non recedi à perſona Caij non arbitrantis: & con-
tractum eſſe nullum. Non enim eo caſu aliqua inde exo-
ritur iniquitas, nam æqualitas ibi ſeruatur, emptor recu
perat pretium, & venditor rem. Quod in caſu noſtro cō-
tingere non poteſt: quia etſi D. Petrus conſequi poſſit li-
berationem, ne ſoluat illud pluris: imò & dorem poſſit
recuperare: attamen D. Marius non poteſt conſequi pri-
ſtinam libertatem vxore dimiſſa. Et ita inæqualitas eſt
maxima. Non ergo ab ea doctrina argumentari licet ad
caſum noſtrum. Nec repugnat illa diſtinctio Socini, qa
immò verè nos verſamur in primo caſu illius diſtinctio-
nis. Non enim hîc promiſſio & conuentio ſuper quanti-
tate dotis fuit perfecta in illa ſumma 700. librarum, ſed
vnà cum illo pluri poſita fuit, vt reſtitueretur, præſuppo
ponentes ipſæ partes pro certo & abſoluto, quòd illud
pluris præſtari & ſolui deberet. conceditur enim contra-
ctum matrimonij eſſe perfectum, ſed negatur promiſ-
ſionem dotis eſſe perfectam ſine illo pluri. Sed eſto quòd
ſimus in ſecundo caſu, attamen iam conſtat ratione plu-
ris recurri ad arbitriū honi viri, ex magis recepta opinio
ne contra Angelum, vt iam diximus.

42 Non obſtat quintum, quia reſpondeo, d.l.ſi coita. †
procedere eo caſu, cùm expreſſim, atque ita ſpecialiter
actum eſt, vt is ſolus, cui commiſſa fuit patrium diſtri-
butio, partes declararet atque arbitraretur. id quod a-
pertè ſignificant illa verba: Nam id ipſum actum eſt, ne
aliter Societas ſit quàm vt Titius arbitratus ſit. Hæc e-
43 nim † verba, ne aliter, formam demonſtrant, vt ſcribunt
Pariſi.conſi.19.nume.15.libr.2.& Soc.Iun. conſil.181.nu-
mero 6.7.lib. 2. & conditionem facere (quod idem eſt)
affirmarunt Boer.q.243. numero 11.& Socin. Iun. conſi.
85.in fi.li.primo.

Non obſtat ſextum fundamentum, quod cæteris ſo-
lidius videtur, & quo Caſtrenſis conſultatio fulcita eſt.
44 Reſpōdetur primò, illam propoſitionem maiorem, quā
Caſtrenſis facit, & quæ verè fuit Angeli in dicta l.ſi quis
arbitratu, non eſſe veram, vt ipſemet Caſtr. in dicta lege,
ſi quis arbitratu. numero ſexto inquit. l. hæc venditio,
qua ſuam aſſertionem probat Angelus, illi non ſuf-
fragari.

Secundò reſponderur, nec illam propoſitionem mi-
norem Caſtrenſis eſſe veram, cùm ſuæ illæ rationes non
procedant hoc in caſu. Nam prima vera non eſt, quòd
hoc in caſu locum non habeat. d. l. 3 C. de dotis promiſſ.
& d.§. gener, quia immò multò fortius & clarius, vt ſu-
prà in tertio fundamento oſtendi. Non etiam eſt vera ſe
cunda conſideratio Caſtrenſis. nam conſideraretur hæc
ratio, ne mulier indotata maneat, ſequeretur, q̄ vbi ante
virum moreretur, & dos ipſa principalis, quæ alterius
arbitrio declaranda venit, non eſſet declarata, non am-
plius declarari poſſet: cùm ibi ceſſat fauor mulieris, ne
indotata ſit, ex quo iam vita functa non eget dotis con-
45 ſtitutione, & tamen † contrarium eſſe verius cenſuerunt.
Ruin.conſil.225.lib.1.& Soc.Iun.conſil.35.lib.1. qui in ea-
demmet facti ſpecie vnà cum Decio reſponderunt. & il-
los poſt Rola. de lucro dotis. q 88. ſum ſecutus lib. 1. de
arbitrijs iudicum. q.68.nu.42. Non ergo ſolus fauor do-
tis eſt in cauſa huius declarationis, ſed hoc contingit, vel
quia dos de facili poteſt declarari. d.l.ſi filiæ. de leg.3. vel
quia res deſij: eſſe integra, & ille dotis promiſſor cum al
terius iactura locupletaretur, vt iam ſuis locis diximus.
Ita enim videmus hoc eſſe cōmune & cæteris in caſibus,
præter dotē, quòd ſcilicèt vbi res integra eſſe deſijt, eo nō
arbitrante, cuius arbitrio ſtandum erat, ad viri boni ar-
bitrium recurritur: quemadmodū diximus ſuprà. Non
ergo in caſu dotis, ſeu illius pluris hoc contingit ob illam
rationem Caſtrenſis. Præterea & ſecundò reſpondetur,
quòd & ſi non facta declaratione dicatur hoc in caſu mu
lier dotem habere in illa dote principali, non tamen ſe-
quitur, quòd congruè dotata cenſeatur ſine illo augmē-
to: alioqui ſequeretur abſurdum, quòd dotata dici pol-
46 ſet, quæ dotem tenuiſsimam eſſet conſecuta: † cùm dos
vt quid vniuerſale etiam in vno numo conſtare poſſit: vt
ſcribunt Baldus in capit. ſi proponente, de reſcri. & Ri-
pa in rubr.ff.ſol.matrim.num.53.verſi.quartò dos. Quòd
ergo dicimus eſſe dotatam mulierem, intelligimus, cùm
dos congrua eſt conſtituta: quæ quidem congrua dicitur,
hîc ſine illo pluri, ſine quo fortè nec Do. Marius duxiſſet
in vxorem D. Ioannam, vt in ſpecie ſenſit ipſemet Caſtr.
d.conſ.11.num.3.verſi.3.dico, lib.1. nec D. Ioanna renun-
tiaſſet bonis paternis ad commodum D. Petri eius pa-
47 trui. Nec exiſtimanda eſt dos † congrua, quam patruus
conſtituit, ſed quæ ad legitimam vſque aſcēdit. ita mul-
tis declarani lib.2. de arbitrarijs iudicum, caſu 149. nu.
22. Rurſus & tertiò dico eſſe hîc animaduertēdum, quòd
hæc Caſtrenſis conſideratio eſt admodum leuis. Nam vi-
demus augmento dotis ſuperuenienti eſſe tributa omnia
priuilegia ipſi doti conceſſa, vt diximus ſuprà, & tamen
ſine illo augmento conſtat mulierem eſſe dotatam & nu-
ptam. ſi ergo eſſet vera ratio Caſtrenſis, opus eſſe dicere,
illi augmento non competere dotis priuilegia, cùm ſine
eo non remaneat indotata. atqui contrarium eſt verius,
ergo malè ſenſit Caſtrēſis. Et egregiè huc pertiner, quod
reſpondit Cra. conſilio 291. col. 1.& 2. dum cenſuit, pro
48 dotis † augmento licere alienare bona fideicommiſſi, &
dotis fauore id permiſſum eſſe. Quartò reſpondetur, nos
49 hîc eſſe in terris Eccleſiæ, vbi ſola æquitas † ſpectatur,
ob quam receditur à perſona eius, qui declarare debuit,
& ad viri boni arbitrium recurritur, vt ſuo loco diximus

Non obſtat vltimum, quia reſponderur ſingulatim
illis auctoritatibus quas caſui noſtro nil obeſſe exiſtimo.
Nam Paulus Caſtrenſis, non tantum nititur ea ratione,
quæ huc ſpectat, quàm alijs permultis, quæ caſui noſtro
non conueniunt. Et fortè ita ex ea ſola ratione, quam ſe-
cundo loco perpendit Caſtrenſis, non reſpondiſſet, ſi a-
liæ non adfuiſſent rationes, quas ille vrgentes exiſtima-
uit. Id quòd tantò fortius hîc dicendum eſt, vbi aperrè
demonſtrauimus Caſtrenſis rationem eſſe falſam, & a-
lias plures adeſſe, quibus aduerſus eum ſentiendum eſt
hoc in caſu. non etiam repugnat auctoritas Curtij Iunio
ris d.conſi.36.nu.11. quia de re noſtra verbum non facit,
ſed ſolùm ſequitur regulam generalem à Caſtrenſi pro-
poſitam, atque ita obiter ſecutus eſt Caſtrenſem. Quo fit
vt in Curtij auctoritate non ſit conſtituendū fundamen
tum, vt ſcribunt Neuiza.li.5. Syluæ nupt.num. 29.& Al-
ciatus in tract.præſump.reg 1.præſump 51.& li.4. Parerg.
iuris.cap.17. ita pariter reſpondere poſſumus Socino Iu-
niori.d.conſi.35.in fin.lib.1.& Rolando in tract. de lucro
dotis.q.88. verè enim illi aliam iuris quæſtionem expli-
cant, & obiter ea auctoritate Caſtrenſis vtuntur. Hoc

idem ego

idem ego feci d.libr.1.de arbitrarijs iudicum.q.68.nu.34. Phanucio autem ita parum est tribuendum vt cæteris, cùm re non perpensa, sed perfunctoriè Castrensem secutus videatur. Sed esto quòd ex professo ita omnes cum Castrense senserint, non tamen pro Castrensis opinione
* in casu nostro iudicandum est, cum vera sit & * probatis-
50 sima Doctorum sententia, licere † recedere etiam à communi opinione, cùm ei repugnāt veræ & concludentes rationes: ita scribunt Ioan. Andr. in cap.1.de cons. Abbas in cap. Capellanus, col.1. de feriis, quos secutus est Iason in auth. nouissima. nu.22. C. de inoff. testa. egregiè Curt. Iu. consi.29.nu.11.in fi. Neuiz. lib.5. Syluæ nupt. num. 67. & Parisius cons.92.num.62.lib.3. Concludo itaque, ad iudicis arbitrium, qui vir bonus dicitur, posse recurri: vt is loco dicti Reuerendissimi Dom. Episcopi declarare habeat illud pluris.

Iacobus Menochius I.C

SVMMARIVM

1 *Fama & honori proprio studens damnandus non est.*
2 *Negligens famam propriam peccare dicitur.*
3 *Fama bonis præfertur.*
4 *Fama gloria non potest nisi solis eximijs viris contingere.*
5 *Concilium pronuntiare potest Episcopum ob patratum crimen deponendo esse.*
6 *Reus certus de condemnatione, an cogi possit coram iudice cōparere, vel in vniuersitatem ingredi.*
7 *Concilium prouinciale an recusari possit iusta de causa.*
8 *Senatus concilio prouinciali æquiparatur.*
9 *Ratio eadem vbi est, idem ius statuendum est.*
10 *Doctores omnes vnius ciuitatis & collegij an in aliqua causa recusari possint iustis de causis.*
11 *Caput collegij, seu principalis quando est suspectus, cætera mēbra suspecta dicuntur.*
12 *Papa, vel Imp. si in aliqua causa esset suspectus quid sit faciēdum.*
Iudex quibus iustis causis vti suspectus remoueri potest.
13 *Iudex qui semel super aliqua causa iudicauit, super eadem amplius iudicare non debet, & qua ratione.*
14 *Iudex vt suspectus remoueri potest, si iā aperuit animi sui opinionem.*
15 *Ita pariter propter iniuriam commissam contra litigantem.*
16 *Iudex indiscretus, & iniustus vti suspectus remoueri debet.*
17 *Ita ex nimia seueritate in iudicando.*
18 *Accusatio nomine accusatoris carens vti literæ carentes subscriptione scribētis, debet, vel debent reijci, & eis nulla præstatur fides.*
19 *Accusatio cur continere debeat nomen accusatoris, & accusati.*
20 *Accusator multis exceptionibus repelli ab accusatione potest, vt si ab accusato accusaretur, & alijs.*
21 *Excommunicatus accusare non potest.*
22 *Denuntiatio absque denuntiantis nomine non valet.*
23 *Iudex qui præstitit fidem literis, quibus præstari non poterat, vti suspectus remouendus est.*
24 *Comparatio literarum vt legitimè fieri possit, quæ obseruari debeant. & num.26.*
25 *Apices iuris sunt rigorosa examinationes. quibus omissis etiā veritas haberi potest.*
26 *Et quidquid bonam fidem non tangit, de apicibus iuris dicitur.*
27 *Carceris pœna requirit claras, & apertas probationes.*
28 *Pœna vbi iudicis arbitrio est indicenda, non ordinaria, sed leuior imponi debet.*
29 *Cognitio causa antequàm feratur sententia, est necessaria, licet facultas cognoscendi sit iudici arbitraria.*
30 *Et quæ requirantur ad causæ cognitionem.*
31 *Citatio ad causæ cognitionem maximè est necessaria tā de iure diuino quàm humano.*
32 *Partes debent audiri de rationibus suis antequàm feratur sententia.*
33 *Accusator adesse debet dum reus ab eo accusatus condemnatur*
34 *Festinanter & ex abrupto procedi non debet in causa cognitione.*
35 *Fuga nunquàm facit plenam probationem, sed inditium tantum.*
36 *Fuga propter timorem violentiæ excusat.*
37 *Et an ille timor iuramento probari possit.*
38 *Iudex in iudicando non debet excedere fines mandati, aliàs quod actum est, non valeat.*
39 *Carceratio aut fit ad pœnam, aut ad custodiam.*
40 *Carcerari is non debet, qui quæstionibus subijcit atque torqueri non potest.*
41 *Constitutus in dignitate torqueri non potest.*
42 *Carcerantur homines ad custodiam, qui pœna corporali in defectum solutionis pecuniariæ plectendi sunt.*
43 *Pœna capitalis non debet imponi pro crimine leuiori.*
44 *Excommunicatus ob inobedientiam, quia ad iudicium non venit, de crimine quo accusatur responsurus, an pro confesso habeatur, & intelligatur condemnatus.*
45 *Puniri quis non debet duplici pœna.*
46 *Pœna non parit pœnam.*
47 *Deponi à dignitate nemo potest nisi ex causis à iure expressis.*
48 *Clericus regularis quia tria vota solenniter emittit, ob fornicationem potest deponi.*
49 *Clericus regularis pro primo delicto deponi à dignitate vel puniri non potest, secus in clerico seculari.*
50 *Scriptura si non appareat quo tempore fuerit scripta in dubio ad leuandam pœnam interpretandum est vt iam multis annis fuerit scripta.*
51 *Antiquitas temporis excusat quem à pœna.*
52 *Peccans si diutius se à peccatis abstineat, videtur peccasse impetu & ignorantia potius, quàm dolo, & peccandi consuetudine.*
53 *Sequentia declarant præcedentia in omnibus casibus etiam quò ad vitam, & mores hominum.*
54 *Peccans continuò si per triennium bene honestèque vixerit satis videtur emendatus.*
Delinquens, per trienny testimonium quibus honestè vixit, purgatur.
55 *Adolescentia & ætas iuuenilis vel ex toto excusat, vel leuem pœnam criminis fornicationis reddere solet.*
56 *Accusatio facta longissimo tempore post delictum an valeat.*
57 *Præses vel iudex coram quo producta est scriptura, si ipsam occultaret, pœna falsi puniendus esset.*
58 *Idem de notario dicimus.*
59 *Quid si dixerint scripturas furto subtractas esse?*
60 *Et an standum sit eorum iuramento de amissione.*
61 *Iuramentum non defertur vbicunque adest suspicio vel præsumptio in contrarium.*
62 *Mendax in vno casu, in cæteris præsumitur mendax.*

CONSILIVM XCIIII.

Initium à Domino.

QVI famæ † & honori proprio pro sua virili, consulere studet, is non damnandus, sed, mea quidem & omnium de rebus optimis iudicātium, sententia, laudandus est: si quidem & diuinæ & humanæ leges clamant; hominem in odore bonæ famæ viuere debere. Salomon omnium sapientiss. Prouerb. capitulo 22. ita admonet: Melius est nomen bonum, quàm diuitiæ multæ. Eccles. capit. 41. scriptum est: Curam habe de bono nomine, hoc enim magis permanebit tibi, quàm mille thesauri pretiosi & magni. Diuus Augustinus in quondam sermone (vt relatum est in cap. non sunt, 11.q.3.) damnat illos, qui famam propriā contem-

contemnunt. & libro de ciuitate Dei, capitu. 19. ſcribit, propriæ famæ eſſe conſulendum, non ob laudem humanam, ſed ob aliorum vtilitatem, ne ſcilicèt malo exemplo alios ad mala moueat. Hinc idem Auguſtinus libro de vita clericorum, inquit, duo nobis fore neceſſaria, cõſcientiam & famam: conſcientiam noſtra ſola cauſa, famam cauſa proximi. Quocirca D. Thomas Quodli. 10. q. 6. arti. 13. admonet eum peccare † qui famam ſuam negligit. Lex humana tanti ſemper facit hominis famam, vt eam † bonis prætulerit. l. iſti quidem. ff. quod metus cauſa. l. iuſta. de manumiſſ. vind. l. quiſquis. C. de poſtula. Quid, quod & Ethnici omnes bonæ famæ conſulendũ eſſe aſſerunt? Plautus ille Comicus in Moſtella, inquit, *Ego, ſi bonam famam mihi ſeruaſſem, ſat ero diues*. Iſocrates vero ita iubet: Plus tibi curæ ſit, vt honeſtam famam quàm diuitias ingentes libris relinquas. Nam hæ mortales ſunt, illa verò immortalis. Et per famam comparari poſſunt opes, nunquam verò pecunijs fama redimitur. Idem diuitiæ etiam improbis accedunt, at famæ † gloria non poteſt niſi ſolis eximijs viris contingere. Recte igitur & ſanctè cenſuit D. Auguſtinus de opere monachorum, Nil eſſe miſericordius quàm bonæ famæ conſulere. laudari itaque non damnari meretur Reuerendus Don. Archangelus Veronenſis, dũ omni ſtudio & diligẽtia conatur famam propriam defendere, & ab omni criminis labe abeſſe demõſtrare. Nec iniquè agit, dum Reuerendum admodum Caſsinenſis ordinis Præſidem cæterosque Reuerendos Abbates, vt ſuſpectos ſua in cauſa iudices recuſat. Iure enim id conceditur, quod multis in ea demonſtrari poteſt.

Primò, Reuerendus admodum præſes huius congregationis maiorem habere iuriſdictionem & poteſtatem in ſuos monachos non creditur, quàm in ſuos clericos habeat Concilium prouinciale, cuius verè ſumma eſt poteſtas, cùm † pronuntiare poſsit, etiam Epiſcopum, ob patratum crimen, eſſe deponendum. ita glo. in cap. biduum. 2. q. ſexta, & ſcribit Gondiſal. Villadi. in tracta. de legato part. 1. quæſt. 10. nume. 27. Atqui † Concilium prouinciale, cùm iuſta ſubeſt recuſationis cauſa, recuſari poteſt: ergo & ipſe D. Præſes. Illa minor probatur ex aperto tex. capituli quòd ſuſpecti. tertia, quæſt. 5. quo loci in fine ſcribit Nicolaus Pont. Max. Ioannẽ os aureum, hoc eſt, Chryſoſtomum recuſaſſe ingredi collegium, id eſt, Concilium, quod vouerat contra ſe cõgregatum. Cuius quidem recuſationis & hiſtoriæ meminit Sozomenus lib. 8. hiſto. eccleſ. cap. 17. in hæc verba: Vocauit & Ioannem quoque, vt ſeſe defenderet. Iuſſit autem, vt cum eo adeſſet Serapion & Tigrius presbyter, & Paulus lector. Ioãnes igitur & alios quoſdam clericos familiares ſuos, & Demetrium Piſiuntis Epiſcopum ad illos mittens, ait, ſe non detrectare iudicium, quin paratum eſſe, ſi priùs tamen accuſatores cognouerit, & obiectum crimen expenderit, coram ampliori Synodo ſui defenſionem ſuſcipere. Neque enim ſe tam ſtultum fore, vt iudices ferat eos, qui eſſent manifeſti hoſtes. Hæc Sozomenus. Et in ſpecie Concilium † prouinciale recuſari poſſe iuſtam ob cauſam, affirmarunt Specul. in titu de requiſitione Concilij, in prin. num. 3. & Calder. conſil. ſexto, tit. de appell. Francus in capitulo poſtremo, verſi. octauò & vltimò, & in capitulo cum ſpeciali, verſicul. decimò quæritur. de appella. Felin. in cap. 1. num. 6. de iudicijs, & ibidem Dec. in prima lectu. num. 16. & in 2. nume. 15. & Ripa, nu. 40. Gondiſal. Villadr. in tractat. de legato par j. q. 10. in fine. & Boer. q. 269.

Secundò accedit, quòd ſenatus, † qui Concilio prouinciali æquiparatur, capitulo, eccleſia. 16. q. 1. recuſari poteſt. ita Boer. dicta quæſt. 169. numer. 4. ergo etiam hic Reuerendus Præſes & cum eo cæteri Abbates congregationis: ex quo eadem ratio iuſtæ cauſæ recuſationis ſuadeat ita poſſe Præſidem hunc recuſari, vt poteſt recuſari ſenatus. Eſt enim vulgati iuris, q̃ vbi eadẽ adeſt ratio, † idem ius ſtatui dẽt. l. à Titio. de verb. obl. cum ſimilibus.

Tertiò confirmantur relata, quia ita videmus, Doctores † omnes vnius ciuitatis & collegij, iuſtis de cauſis recuſari poſſe. ita Alberic. in tractat. ſtatutorum, parte 2. quæſt. 101. qui teſtatur, ita aliquando fuiſſe obſeruatum, idem ſcribũt Iaſon in l. apertiſsimi. nu. 10. C. de iudicijs. Dec. in. d. cap. 1. lectura prima. nu. 26. verſi. Quòd verũ, de iudicijs. & ibi Ripa. num. 40. Boer. d. quæſtio. 269. nu. 4. Gratus conſi. 134. nu. 1 & num. 4. lib. 2. & Portius cõſil. 91. nu. 20. li. 1. qui alios refert. Nec hîc dicatur, Don Archangelum conqueri tantùm de Reuerendo Præſide, non autem de cæteris Abbatibus: & ideo licèt ipſi præſes ſuſpectus ſit, non tamẽ ſuſpecti eſſe debent Abbates: quia reſpondetur, quòd quãdo caput † eſt ſuſpectum, etiã cætera mẽbra ſuſpecta ſunt. ita Baldus in l. prima. C. ſi rector prouin. Alex. conſi. 40. num. 2. lib. 2. Dec. conſil. 151. num. 19. quos ſecutus eſt Ripa in d. cap. 1. num. 41. de iudicijs, & ibidẽ Beroius. num. 123. Portius dicto cõſi. 91. nu. 19. Ea eſt, præter illos, ratio, Quòd mẽbra ipſa, Quippè quæ à capite pendent, illud verentur, nec audẽt quid, quod illius voluntati aduerſatur, agere. Quod ſi in aliquo vnius religionis capite vſuuenire ſolet, in hac certè quotidie obſeruatur, cùm maximam ſit monachorũ omnium erga eorum maiores obſeruantia.

Quartò (admiſſo etiam Reuerendum Do. Præſidẽ, nec Abbates, vt ſuſpectos poſſe recuſari) negari non poteſt, quin, ob iuſtam ſuſpicionis cauſam de honeſtate iudices alij non ſuſpecti dari debeant: ſi quidem videmus, Quòd etiãſi † Ponti. Maxi. vel Cæſar iuſtis de cauſis ſuſpecti recuſari non poſſunt, iudices tamen non ſuſpectos de honeſtate dare debent. Ita cenſuit glo. in capit. nullã. ſecunda q. 5. quam cõmendat Roma. conſi. 521. in fi. & ſimilis glo. in ca. à collatione. de appella. in 6. glo. vlt. dum declarat capitulum multis. 17. diſtinct. & Geminia. ac Ancharan. in d. capitu. à collatione, idem ſcripſerunt. Quibus accedit Aufrerius in trac. de recuſ. nu. 35. verſi. 36. cauſa. His apertè conſtat, Reuerendum Don Archangelum iure petijſſe ac petere, cauſam ſuam cognoſcendam ab alio eſſe quàm à Reuerendo admodum Do. Præſide vel alijs Abbatibus congregationis.

Nunc ſolùm ſupereſt demonſtrare de cauſa iuſta huius recuſationis. Et quãquam vna ſola ſufficere poſſit, hîc tamen permultæ adſunt.

Prima iuſta ſuſpicionis cauſa eſt, quòd iam ſemel de cauſa obiecti criminis Reuerendus Do. Præſes cognouit, & ſententiam tulit. Quocircà, etiamſi cõcederemus, quod minimè admittitur, ritè cognouiſſe, & rectè iudicaſſe, attamen nunc dum iterum cognoſcere & iudicare vult, ſuſpectus † verè dici poteſt. ita probat tex. in ca. accepta, vbi Abb. & Præpoſ. de appella. & ibidem Decius. Aufrerius in trac. de recuſationibus. num. 18. Ea eſt ratio, quòd credendum omninò eſt, quòd ipſe iudex conabitur tueri à ſe factum, ſiue bene, ſiue malè. Et iam de eius opinione conſtat. Eſt enim vera ſententia Ioan. Andreæ, & Abbatis ac aliorum in capitu. irrefragabili. §. exceſſus. de off. ordina. necnon & Aufrerij d. tractat. de recuſat. num. 15. verſicu. decima octaua, ſi iudex. &c. Iaſ. in l. apertiſſimi. num. 9. verſic. decima cauſ. C. de iudicijs. iudicem † vt ſuſpectum poſſe recuſari, ob id quòd iam aperuit animi ſui opinionem. Quod ſi in hoc ita eſt, quid dicendum in eo, qui iam ſententiam tulit?

Secunda cauſa iuſtæ ſuſpicionis clara & aperta eſt, quia non mediocriter † per iniuriam Reuerendus D. Præſes grauauit D. Archangelum. Atqui certi eſt iuris, ſuſpectum iudicem illum poſſe dici, qui ipſum recuſantem per iniuriam grauauit: ita Abbas in capitu. accedens. il. 2. vt lite non conſter. Aufrerius d. tracta. de recuſat. num. 19. verſi. ſi autem. & nume. 30 in fine. & confert. l. ſi quis prouocatione. C. de appella. omnes in capit. ad hæc. & cap. poſtremò. de appella. & ideo Iaſon in d. l. apertiſſimi num. 7. verſi. quarta cauſa. C. de iudicijs, ſcribit poſt Bald. in c. ad noſtram, de probat. iudicem † indiſcretum, vt iniuſtũ recuſari poſſe. Sequitur ergo quod Reuerendus

rendus Do. Præses ob illatum grauamen recusari iustè potest.iniusti grauaminis causas & rationes mox adferam.

17 Tertia iusta causa recusationis,est † nimia seueritas: ita Bal.in l.1.ff.de his, qui sunt sui vel alie. iuris. & Iason d.l. apertissimi.num.9.versi.tertia causa. Atqui aduersus Don Archangelũ nimis seuerus fuit Do.Præses (vt mox planũ faciã) iure ergo vt suspectus recusari potest.

De iniustitia & seueritate, Quibus contra Don Archangelum vsus est Reuerendus admodum Do.Præses, dicendum nunc est.

Prima iniustitia illa arguitur,quòd ignoti accusatoris vel denuntiatoris denuntiationem, vel accusationẽ admiserit.Nam,cùm Don Archangelus eo nomine, ꝙ inhonesta & maximè turpia scripserit quarundam moni
18 alium confessori, fuerit accusatus, accusatio † nomine accusatoris carebat:illi ergo nulla fides erat adhibenda, sed omnino reijcienda: quandoquidem & constitutiones ipsius congregationis sub cap.6.de modo scribendi capitulo generali, censuerint, literas omnes subscriptione nominis scribentis carentes, reiiciendas esse.Quæ sanè constitutio iuri communi conuenit. Nam siuè crimen ab accusatore iudici accusetur, siue denuntietur, certa esse debet persona accusatoris, vel denuntiatoris. de accusatione extant l.libellorum, in principio. ff. de accusa.& ibi in § 1. legitur, ꝙ si accusatio caret nomine, accusator reijci debet. & declarat Bart. in l. si cui, in principio. num.1. de accusa. Et hoc passim admittunt practici omnes,vt Angelus Aret. in tracta.de maleficijs, in verbo,mero officio,Albertus Gandinus in tractat. maleficijs.sub rubr.Qui accusare possint. & Bonifacius Vitalinus in suo pariter tractatu de maleficijs.sub rubr. Quid sit accusatio. nu. septimo,dum formant libellum accusationis, asserunt debere continere nomen accusatoris & accusati,diem, locum,& reliqua ab eis relata. Et hoc adeò certum est,vt ridiculum sit de eo dubitare. Et ratio
19 † admodum vrgens extat.si enim accusator tenetur accusationem prosequi, fideiussoris dare de expensis soluendis,si contingat succumbere, quemadmodum relati omnes scribũt,qua ratione fieri potest,vt accusatio procedat sine certo accusatoris nomine? Accedit quòd mul-
20 tis exceptionibus † repelli ab accusatione accusator potest, vt si iam ab ipso accusato accusatus fuit. l. negan da.C qui accus.non poss. Angel⁹ de maleficijs.dicto verbo, Et ad querelam. nu.19.vel si infamis est.l. qui criminis.C. eo.qui accus.nõ possunt.& scribit Angelus qui su
21 prà nu.12. qui num. 24. subiungit, excommunicatum † etiam repelli ab accusando. ex capitulo,pia, de excep. in sexto,& probat text.in ca. illud. de cler.excom.alias exceptiones non prosequor.Hinc scriptum reliquit Sozomenus lib.8. historiæ eccles.cap.17. Ioannem Chrysostomum recusasse ingredi iudicium Concilj, ob id quòd cognita sibi non erat persona accusatoris. Si verò hunc non fuisse accusatorem, sed potius denuntiatorem dici-
22 mus: adhuc † necesse erat,vt de certa ipsius persona constaret. quemadmodum relati practici omnes scribunt, vt Angelus de maleficijs, in verbo, Necnon ad denuntiationem. Gandinus sub rub. Quomodo de maleficijs cognoscatur per denũtiationem, & Vitalinus sub rubr. de denuntiationibus,&c. dum formant denuntiationis libellum. Et eadẽ ratio hîc militat, quæ in ipsa accusatione.ꝙ scilicèt multis exceptionib⁹ repellitur denũtiator à denũtiando:quas sanè exceptiões frustrà lex cõcessisset, si denũtiatio ab incognito denũtiatore data reciperetur.

Non ergo iure Reuerendus Do. Præses hãc,siue accusationem,siue denuntiationẽ appellemus, criminis delationem admisit,suppresso delatoris nomine.

23 Secunda arguitur iniustitia, ꝙ adhibenda † fuerit fides literis munuscriptis, quas ille ignotus accusator asseruit scriptas manu d.Reuerendi Don Archangeli:& tamẽ certum est, quòd nulla eis præstanda erat fides, recognitione non facta ab ipso Don Archangelo. Erat enim opus, literis habitis, ipsum Don Archangelum requirere, (vt asseritur in dicta fuisse ordinatum, & Reuerendus Domi. Præses aliter nunc dicat, & malè) vt literas illas recognosceret, an sua manu essent conscriptæ.si fassus fuisset, sua manu scriptas fuisse, in eum ferri iusta sententia poterat, qua emeritis pœnis plecteretur. At si negasset, alijs probationibus erat conuincendus, quòd illas scripserit. Et cùm alia via quàm comparatione literarum conuinci non poterat, (quẽadmodum nixus fuit
24 Reuerendus D. Præses eum conuincere) obseruanda † multa erant in ipsarum literarum comparatione.

Primò eligendi erant duo periti, comparationes.§.omnes.C.de fide instr.vbi Barto.in secunda lectu. num.3. & post eum & alios scripsi lib.2. de arbitrarijs iudicũ, &c. Casu 114.num. 26.27. & ibidem numero 28. subiunxi secundum requisitum, quòd electi periti iurare debeant, se bona fide esse facturos comparationem. Tertiò vt ibidem numero 29. scripsi omninò requiritur, quòd assumantur aliæ scripturæ, è quibus accipere possint hanc literarum comparationem. Non enim sufficit sola inspectione illius scripturæ de qua est controuersia, vt hîc, de his literis iudicare esse scriptas manu illius: quandoquidem vsu compertum est. multos similibus characteribus scribere, quibus & alter: & facilè alterius literas fingere, & falsificare (vt vulgò dicitur) potest.d.l. comparationes, vbi Docto. & multa exempla recensetMarsili.in rub.C.de probat.numero 318.quem retuli. d. casu. 114.numero 15.& ibi etiam recensui Vldaricum Zasium libro 2. singula. respon. cap. 25. qui testatur, se nouisse monachum Augustæ in monasterio S. Vldarici, qui scripturam quamcunque intuebatur, non tam imitari, quàm ex pari effingere potuit. Et duo extant exempla huius rei in hac ipsa religione, vt Don Archangelus in suis æquissimis defensionibus retulit. Ne igitur idem euenisse hoc in casu dici posset, erat omninò obseruandum, vt alijs literis habitis fieret comparatio. Et quemadmodum d.casu 114. nu.29. scripsi, literæ istæ, è quibus erat sumenda comparatio, certæ esse & indubitatæ debebant, quòd scilicèt manu ipsius Don Archangeli essent scriptæ, vt putà,quòd priùs ab eo essent recognitæ, vel quòd habeant subscriptionem trium testium, vel quòd sit scriptura, qua ipsemet vsus sit in iudicio. Et hoc requisitum nullo pacto omitti poterat, quippè quòd versatur circa veritatis indagationẽ & cognitionem Nec dici potest de apicibus iuris, qui ex constitutionibus congrega-
25 tionis omitti debent,cùm iuris † apices sint rigorosæ examinationes, quibus omissis etiã veritas haberi potest, vt declarant Bart.in l.si fideiussor.§.quædã.ff.mand.& ibi Baldus & Salice.in l.placuit.C.de iud.Iaf.in l.alienã.col. 2.versi.quintò limita.C.de procur.qui post Baldum scri-
26 bit, iuris apices † dici,quidquid bonã fidem non tangit, sed extrinsecus ventilatur. Et de apicibus iuris est, litem debere contestari,mulierem non posse esse procuratricẽ, exceptionem cõtra executionẽ,vt relati declarant. Nonnulla alia requisita esse necessaria in hac literatum comparatione retuli in d.casu 114.nu.31.32.& num.34. referre supersedeo. cõstat ergo, minus rectè hac in re fuisse processum.

Cæterùm concedamus literarum comparationem fuisse rite & rectè factam, attamen iuri non conueniebat, quòd tam seuerè condemnaretur Don Archangelus, quandoquidem dici non potest, quòd plenè & perfectè de crimine, ex ea comparatione literarum constaret, ut ex veriori Doctorum opinione scripsi in iam citato casu 114. num.24. ad finem. quo loci scripsi post Socinum Seniorem, iudicis arbitrio multum tribui: atqui cùm iudicis arbitrio relinquitur, mitius agitur. Siue ergo dicamus plenã non esse probationem,pœna tam grauivt amotionis & depositionis ab Abbatia (quam grauem
27 mox dicam) nec tam tetro & seuero carceri † erat claudendus, cum in his probationes claræ & apertæ acquirantur.l.vl. C. de probat. siue dicamus arbitrariam fuisse ipsi Re-

ipſi Reuerendo D. Præſidi, adhuc mitior pœna erat plectendus Don Archangelus. Nam, vbi iudicis arbitrio
28 pœna † eſt indicenda, non ordinaria, ſed leuior indici atque imponi debet, vt ſcripſi libro 1. de arbitrarijs iudicum, &c. q. 86. vbi copiosè ſcripſi. Et eiuſdem ſententiæ nunc addo Ioan. Andr. in capit. 1. de conſtit. & Felinum in capit. quoniam frequenter. §. porrò, colum 2. vt lite non conteſt. quos ſequitur Grammat. conſilio 39. numero 11.

Tertia iniuſtitia arguitur, quia Don Archangelus nunquam ad iudicium fuit vocatus, nullæque aſſignatæ fuerunt defenſiones, nulla actorum facta copia. Et ta-
29 men explorati iuris eſt, neceſſariam † omninò fuiſſe cauſæ cognitionem, quæ omitti poteſt numquam. Etſi enim iudici datum eſt arbitrium cognoſcendi & iudicandi de cauſa ſiue ciuili, ſiue capitali: attamen is nunquam cauſa non cognita poteſt ſententiam ferre. quemadmodum abundè ſcripſi li. 1. de arbitrarjis iudicum. & c. quæſt. 19.
30 Et eo loci docui plura † requiri, vt dicatur adhibita cau-
31 ſæ cognitio. Primò citatio partis. Quæ ſanè citatio † omitti nullo modo poteſt, cùm iuris diuini atque humani ſit. Eſt enim ſcriptum Deutero. cap. 1. Audite illos, & quod iuſtum eſt iudicate. Imò Deus ipſe Opt. Max. non priùs pœnis emeritis affecit Adamum, primum patrem noſtrum, quàm eum ad iudicium vocaret, & crimen is fateretur. Geneſ. cap. 3. & ideo Ioan. cap. 7. aduerſus Phariſæos exclamabat Nicodemus: Numquid lex noſtra iudicat hominem niſi prius audierit ab ipſo, & cognouerit quid faciat? Lex quoque Canonica citationem requirit accuſati antequàm cõdemnetur cap. 1. & cap. 2. 3. quæſt. noua, & cap. 1. 4. quæſt. 4. & lex ciuilis requirit citationẽ quouis in caſu, in quo lædi quis poteſt. l. de vno quoque. ff. de re iud. Secũdò in cauſæ cognitione requiritur,
32 vt iura † & rationes partiũ exaudiantur: vt in præcitata q. 19. num. 4. ſcripſi. Et ideo ſcriptum eſt in Act. Apoſtol. cap. 25. Feſtum Paleſtinæ Præſidem aduerſus Iudæos per quirentes Paulum Apoſtolum damnari, his coarguiſſe: quia nõ eſt conſuetudo Romanis dãnare aliquem homi
33 nem, priùs quàm is, qui accuſatur, † præſentes habeat accuſatores, locúmque defendendi ſe accipiat, ad abluenda crimina quæ ei obijciuntur. Tertiò in cognitione cauſæ requiritur iudiciarij ordinis obſeruatio, ne ſcili-
34 cèt feſtinanter † & ex abrupto procedat: quẽadmodum in d. quæ. 19. nu. 5. admonui. quibus accedit Gregorius in mora. qui ita ſcribit: Ad proferendã ſententiã numquam præcipites eſſe debemus, ne indiſcuſſa temerè iudicem⁹. Nec quælibet malè audita nos moueant, ne paſſim ſine probatione credamus. quæ ſanè ſentẽtia malè ergo Don Archangelum fuit hîc obſeruata, cùm non priùs fuerit ad iudicium vocatus, & eius iura audita, quàm condemnatus. Nec hîc dicendum eſt quod D. Archangelus fuit vocatus, & cùm acceſsiſſet ad monaſterium San. Benedicti in Ciuitate Mantuæ aufugit: quia reſpondetur, quòd etiamſi ſine aliquo iure aufugiſſet, non tamen ad-
35 huc poterat condemnari: ſi quidem fuga † nunquam his caſibus facit plenam probationem, ſed indicium tantùm. l. lex Cornelia, Bar. in l. 1. ff. de bonis eorum qui ſibi mortem conſciue. Felin. in c. nullus, de præſump. Dec. conſil. 234. Grammati. conſi. 14. & conſil. 17. & paſſim omnes, Quod quidem indicium non ſufficiebat ad condemnationem. Cæterùm, fortius dicimus in caſu noſtro, hanc fugam nec indicium quidem facere: quandoquidem aufugit Don Archangelus timens facti violen-
36 tiam, & in ſpecie, quod fugiens † hanc ob cauſam excuſetur, ſcribunt Bartol. in l. quid ſit fugitiuus. § 1. ff. de ædil. edicto. Bal. in l. 1. eo. tit. Io. de Amicis conſ. 7. nu. 19. & egregiè Gram. voto 10. nu. 1. qui ſcribit, indiciũ non facere fugã illius, qui ab aliquibus audiuit, quòd captura erat cõtra eum ordinata: quẽadmodũ contingit in hoc ca-
37 ſu. Quòd autẽ hîc timor, † ſatis probari poterit iuramento ipſius Don Archangeli: vt in ſpecie affirmauit Lud. Caretius in ſua practica criminali, in verbo, Tertiũ indicium ad torturam. num. 6. eſt pag. 44. ſecundum impreſsionem Venetã. Prætereà apertè probatur ex ſubſecuto actu, dum fuit violenter prehenſus. Quòd verò malè fuerit prehenſus, mox planum faciam.

Quarta iniuſtitia arguitur ex prehenſione iniuſta & iniqua: quam ſanè iniuſtitiam patefaciam, omni ex parte, ducto argumento à partibus enumeratis: quæ ſolùm tres ſic eſſe videntur. Prima eſſe poteſt ob cauſam S. officij inquiſitionis hæreticæ prauitatis. Secunda, ob cauſam criminis literarum inhoneſtarum. Tertia ob inobedientiam. Quò ad primam cauſam, non poterat deprehendi Don Archangelus, tum quia Reuerendus D. Præſes in his poteſtatem non habet, vt manifeſtè conſtat: tum quia ipſemet Pont. Max. re cognita non iuſsit, vt hanc ob cauſam S. Officij D. Archangelus prehenderetur, & carceri includeretur: ſed ſolùm iuſsit, eum à dignitate Abbatiæ deponi, vti ex literis Illuſtriſ. Card. Piſarum apertè conſtat. Quocircà ſi Reuerendus Do. Præſes vult aſſerere ſe hanc ob cauſam prehendi feciſſe
38 D. Archangelum, clarè apparebit exceſsiſſe † fines mandati, atque ita malè egiſſe. Quò verò adſecundã cauſam, idẽ dicendum eſt, q̃ ſcilicèt non poterit prehendi. Nam
39 † vel ad pœnam, vel ad cuſtodiã facta fuit prehenſio, & carceratio. Ad pœnam facta non dicitur, quemadmodũ ipſe Reuerẽdus D. præſes adhuc fateẽ. Ad cuſtodiã verò
40 fierit non potuit, ea ratione prima, q̃ is, qui † quæſtionibus ſubijci atque torqueri non poteſt, nec carcerari poteſt. ita Angelus in tractat. maleficio. in verbo, q̃ fama publica, &c. nu. 80. in fin. poſt Catald. in tract. de Syndi-
41 catu. q. 151. Atqui clericus, & qui † dignitatem obtinet, torqueri non poteſt, vt ſcribit præcitato loco Angelus, num. 102. ergo à fortiori D. Archangelus, qui & clericus & in dignitate abbatiatus poſitus erat, non potuit carce-
42 rari. Secundò ad cuſtodiam ſolùm carcerantur † qui pœna corporali principaliter, vel ſecundariò, nempè in defectum ſolutionis pecuniariæ plectendi ſunt. l. 1. vbi Bar. ff. de cuſtod. reo. at Reuerendus Do. Archangelus neutra ex his pœnis puniri poterat: ergo non potuit hanc ob cauſam carcerari. Illa minor eſt per ſe nota & manifeſta, tum quia nec ſolet nec poteſt Reuerendus D.
43 Præſes ob leuiora † hæc crimina pœnam capitalem indicere, nec etiã pecuniariam: cum communia ſint omnia. Quò verò ad tertiã cauſam, quòd ſcilicèt D. Archangelus tanquam inobediens & fugitiuus fuerit prehenſus, dicendũ eſt, quòd ſi ita res ſe habet, nullo modo prehendi potuit, cùm adhuc dici non potuerit fugitiuus: ex quo diſponunt conſtitutiones congregationis, eum dici fugitiuũ, q̃ extra monaſteriũ religionis fuit quinq; dies, ſine expreſſa licentia ſuperioris. Non ergo prehendi vt talis potuit Don Archangelus, q̃ nec per biduum quidẽ abfuit, nec extra loca religionis. Prætereà dici non potuit Don Archangelus inobediens & fugitiuus, recedendo à monaſterio Sancti Benedicti, cùm iuſtis de cauſis receſſerit, nempè metuens vim ſibi inferri vt ſuprà dictum fuit. Rurſus falſum eſt, quòd hanc ob cauſam inobedientiæ, ac etiam alterius ſuprà proximè relata, ob crimen ſcilicèt literarum turpiter ſcriptarum, fuerit D. Archangelus prehenſus. Nam conſtat ex fide notarij, quòd Don Bernardus, qui vnà cum auxilio brachij ſeculatis prehendi curauit Donnum Archangelum, aſſeruit quòd mandato ſummi Pontificis prehendebatur. Hoc idem affirmat Reuerendus D. Celſus non ſemel ſuis in literis, quas ſua manu ſcriptas, maioribus ſuis dedit.

Quinta iniuſtitia eſt, quòd iniquè & aduerſus omnia iura fuit condemnatus Donnus Archangelus, & dignitate priuatus. Et quia tres eſſe poſſunt cauſæ (vt diximus) huius condemnationis & depoſitionis, nempè, ob crimen quòd hæreticis fauerit: ſecunda, quòd fuerit inobediens: tertia, quòd literas inhoneſtas ſcripſerit: ſingulatim oſtendam non potuiſſe ita puniri & deponi de prima cauſa, nempe quòd hæreticis fauerit, nulla eſt cõtrouerſia, quãdoq̃dẽ Põt. Max. ipſum D. Archãge-

lum

lũ non erraſſe iudicauit:atque eum ita reſtituit ſuæ dignitati. de alijs duabus itaque eſt dicendum. Et quò ad inobedientiam, res eſt clara, non potuiſſe deponi & ſua dignitate priuari,etiamſi verè fuiſſet inobediens. Quod iure & exemplis demonſtratur. iure pontificio ſtatutum
44 eſt, fortiori in caſu, quòd excommunicatus † & inobedientiam, quia ad iudicium non venit, de crimine, quo accuſatur, reſponſurus, ſi per annum in excommunicatione perſeuerat, ſolùm habetur tamquam confeſſus & conuinctus de eo crimine, de quo fuit accuſatus: atque ita illa inobedientia ſolum operatur, vt pro confeſſo habeatur & conuicto de illo crimine,de quo fuit accuſatus ſicque aliam pœnam non infert,ita cenſuerunt Abbas in capi.1.nu.25.de iudicijs, & ibi Butrius. col.vlt.verſi.puto
* pro concordia.& ibidem Ripa. num. 77. communem* hanc eſſe opinionem teſtatur:& quam probarunt Aufrerius in annotationibus ad Capellam Toloſan. quæ.366. Didacus in capit.alma mater.parte prima.§.7.num.10.de ſenten.excom.qui eiuſdem opinionis recenſet Ioã. Lup. in cap.per veſtras. §.18. num.24. de dona. inter virum & vxo.idem ſcripſit Paulus Griland. in tract. de hæret.q.8.
45 in fine. Ea eſt vera huius ſententiæ ratio: quòd nemo † debet duplici pœna affici: cap. at ſi clerici, in fine. & ibi
46 gloſſa. in verbo, duplici. de iudicijs. Nec pœna † parit pœnã ca.quia diuerſitatẽ,de cõceſs.præben.gl.& Doct.in c.imputari,de reg.iuris,in 6. Duplici enim pœna hîc excommunicatus puniretur. Primò, quia haberetur reſpectu primi dilecti pro confeſſo & conuicto, id quod non leuem pœnam infert.

Secundò, quia noua pœna eſſet, ſi priuaretur beneficio, pro eo crimine, quod, ſi verè eſſet confeſſus, priuationis pœnam non inferret. ſi ergo grauis excommunicati ſola contumacia & inobedientia non operatur pœnam priuationis beneficij & dignitatis, à fortiori dicendum eſt, quòd ſola ſimplex vnius diei inobedientia D. Archangeli non potuit operari, vt ipſe à ſua dignitate deponeretur: ſi quid potuit operari, id ſolùm certè operari potuit, vt haberetur pro confeſſo & conuicto de crimine, quo accuſatus fuit, quòd ſcilicèt literas inhoneſtas & turpes ſcripſerit.Quod ſanè crimen an inferat depoſitionis pœnam, mox dicam. Exemplis etiam res hæc clara redditur: ſi quidem conſtat, quòd, cùm Don Aurelius Cremonenſis,& D.Theodorus Venetus receſſiſſent à ſuis monaſterijs, & Romam acceſſiſſent, ibique multos menſes commoraſſent, non tamen fuerunt tanquàm contumaces & fugitiui aliquibus pœnis affecti immò eorum alter factns eſt Prior, alter verò Decanus.ſi ergo æqualis iuſtitia ſeruanda eſt, à fortiori, dicendum D. Archangelum non potuiſſe ita deponi, cùm non ſolùm menſes non abfuerit, verùm nec diem vnum. Quò verò ad tertiam cauſam, quòd ſcilicèt D. Archangelus ſcripſerit literas inhoneſtas,adhuc dicendum eſt, quòd non potuit ob id deponi & ſua dignitate priuari. Nam deponi
47 † nemo à ſua dignitate poteſt, niſi ex cauſis à iure expreſſis. Ita docuit Geminnia. in cap. de his verò. 50. diſtinct. & Bernardus Diaz in ſua practica Canonica cap.127.nu. 3.qui alios citat. Atqui iure ſancitum non reperio, quòd ob hanc cauſam poſſit quis deponi & ſua dignitate priuari: ſi quidem ſolùm admittunt Doctores, quòd cleri-
48 cus † regularis, qui tria vota ſolenniter emittit, ob fornicationem poſſit deponi, vt ſcribunt Dec. in d.cap.at ſi clerici, in prin.num.38. verſi. tertiò limitari, de iudicijs. & Ioan. de Selua in trac.de Beneficio, par.3. q.3. in fine. Et ideo ob ſolam ſuſpicionem poſſe deponi à dignitate, nemo, (quòd viderim) concedit. quod equidem olim obſeruatum fuit in hac religione erga D. Danielem de Suzaria, qui vt ſuſpectus, quòd literas amatorias dediſſet cuidã moniali, non fuit depoſitus à dignitate prioratus, qua tunc Vicentiæ fungebatur. Prætereà eſt hîc aduertendum, quòd etiamſi verè conſtaret D. Archange-
49 lũ deliquiſſe, nõ tamẽ potuiſſe à dignitate deponi, cùm † non appareat aliàs ita deliquiſſe.Nã in ſpecie ſcribit Geminia.in ca.1.col.vlt.verſi.puto ſic poſſe diſtingui. 35. diſtinct.clericum regularem non poſſe deponi pro primo delicto,etſi diuerſum ſit in clerico ſeculari. Rurſus cùm non conſtet,quo tempore ſcriptæ fuerint hæ literæ à D.
50 Archangelo,eſt in dubio † ad pœnam leniendam interpretandum,quòd iam multis abhinc annis ſcriptæ fuerint,iuxta l.ſi de interpretatione.ff.de pœnis.atqui ſi iam multis ab hinc annis ſcriptæ fuerunt,duo excuſare debe-
51 bãt D. Archangelũ à tã graui pœna.Primò tẽporis † antiquitas,vt probat l.ſi diutino. ff. de pœnis. quo loci ſcriptum,leuius eum puniri debere,cùm poſt delictum à ſe commiſſum iam multum temporis eſt trãſactum. Quocircà, Augunus Cæſar (vt in illius vita ſcribit Suetonius c.32.)diuturnorum reorum,& ex quorum ſordibus nihil aliud quàm voluptas inimicis quæreretur,nomina aboleuit: vt ſi quis quem repetere vellet, par periculum pœnæ ſubiret.Et idem Suetonius in vita Domitiani c. 9. ſcribit,Domitianum iuſſiſſe, reos,qui ante quinquẽniũ proximũ apud ærarium pependiſſent, vniuerſos diſcrimine liberari.Et M.Diuillius(auctore Liuio lib.3. decadis primæ)tribunus plebis edixit vetera peccata iam obliterata non eſſe repetenda. Huius ſententiæ illa eſt ratio,quam & Tiraquellus in tracta.de pœnis legum,&c,
52 cauſa 29.nu.4.aſſignauit,q,quitiã diu peccauit,& deinde diutius à peccatis abſtinuit,magis videtur peccauiſſe impetu,ignorãtia,infirmitate,& cæteris id genus, q̃ delictum minuunt, quàm dolo & peccandi conſuetudine. Vita enim ſequens iam diu bene rectéque ac lõgè à ſceleribus acta,ſatis oſtendit atque declarat,non illud facinus commiſiſſe peruicaci quadam, aut inueterata ingeniij malitia.Ex ſequẽtibus † enim cùm in omnibus reb°,
53 tum maximè in his,quæ ad mores attinent,præcedentia mirum in modum declarantur. l. ſi hi qui, vbi Bald. & Docto.C.de adulter.& §.vl.vbi gl.in verbo,vt appareat. in authen.de reſtitu.& ea quæ parit in 11.menſe. Vel etiã dici poteſt ex eiuſdem Tiraquelli ſententia, q quocunque † animo id fecerit, ſi tamen aliquanto poſt tempore,
53 id eſt, triennio bene honeſtéque vixerit: videtur ſatis emendatus,vt eſt notabilis tex. in terminis his noſtris in §.ſancimus.in auth.de monachis.cùm dicitur, Attamen ſufficit ad meliorem purgationem doctorum & virtutis argumentum,triennalis temporis teſtimonium. & probat tex.in cap.ſi quis cognitus.17.q.2.

Secundò Donnum Archãgelum excuſare potuit ipſa
55 ætas † iuuentutis.Solet enim adoloſcentia vel ex toto excuſare,vel lenire pœnam criminis fornicationis. l. ſi adulterium.§.1.verſi.fratres. ff.de adulter.& alia ſcripſi li. 2.de arbit.iud.&c.caſu.329.num.3.4.Prætereà & illud di-
56 cam,quòd cùm † iam diu hæ literæ fuerint ſcriptæ, non erat illius accuſatoris tam tarda & ſera accuſatio recipienda,quia calumnioſa præſumitur:ita in ſpecie reſpõdit Bald.conſi.37.Quidam tabellio,in fi.lib.1. quem ſecuti ſunt Marſil.in prac.criminali.§. diligenter. nu.201. & Carerius in prac.ctiminali.pag.60.nu.27.

Sexta & vltima,& forè cæteris grauior eſt iniuſtitia, quòd literæ illæ,quarum cauſa D. Archangelus fuit accuſatus,nunc occultantur ab ipſo Reuerendiſſi.D. Præſide,quod non alia ratione fieri creditur, quàm vt non poſſit D.Archangelus ſuam innocentiam probare. Et cũ literæ illæ ita exiſtentes apud ipſum D. Præſidem, cenſeantur eſſe apud perſonam publicam,ex quo in iudicio
57 productæ fuerunt,falſi † pœna tenetur D.Præſes eas occultando.l.Paulus.§.1.ff. ad l.Cornel. de falſis. & l. eum qui.C.eo.Qua de re ſcripſi vberius li.2.de arbitrariis iudicum &c.caſu 311.num.1. vbi cum cæteris ibi relatis di-
58 xi, notarium,† hoc eſt, perſonam publicam pœna falſi teneri,ſi probationes & iura partium occultat. Nec hîc admittenda eſt excuſatio ipſius D.Præſidis, quòd literæ
59 illæ fuerunt ſibi furto ſubtractæ, quandoquidem † hoc non præſumitur, ſed probari omnino dẽt.l.ſi quis ex argẽtariis.§.an & hæredi,vbi Bar.ff.de edẽ. omnes in l.vlt. C.de fide iuſ.& egregiè Fel.in c.accepimus, in fi.de fide

inſtru. Et reſpondit Anchar. conſ. 319. nu. 4. quòd non probans caſum amiſſionis præſumitur dolo occultare. & Ancharanum ſecutus eſt Soc. Sen. conſ. 159. num. 4. & conſ. 190. col. 4. verſ. ſed præmiſſis. li. 2. idem reſponderũt Grat. conſ. 23. nu. 19. li. 1. Cra. conſ. 112. nu. 17. & Goza. conſ. 17. nu. 11. Nec hic dicendum eſt, quòd credi † debeat iuramẽto D. Præſidis, quòd literas illas amiſerit, vel quòd furto ſubtractæ fuerint, quia hoc caſu † non recipitur iuramentum, cùm ſit præſumptio contra eum, quòd eas occultauerit, ne veritas & innocentia D. Archangeli appareat. ita in ſpecie cenſuit Aſflict. deciſ. 330. num. 2. verſ. in contrarium. Prætereà in multis arguitur Do. Præſes mendax, quemadmodum apertè in ſuis defenſionibus oſtendit D. Archangelus, quo ſit vt mendax † in vno, præſumatur & in cæteris, ita Craue. cõſ. 28. col. pen. verſ. 4. dico, poſt Paulum Caſtrenſem, quem citat: & ex regula capitu. ſemel malus, de reg. iur. in 6. His concludo, D. Archangelum iure recuſare Reuerendum admodum Do. Præſidem ſuæ congregationis, ac cæteros Abbates, rationibus ſuo loco conſideratis. Atque ita iuris eſſe arbitror.

Iacobus Menochius I. C.

SVMMARIVM.

1 *Verba inuicem ſeu viciſſim poſita in ſubſtitutione, illam faciunt reciprocam.*
2 *Subſtitutio facta ſub his verbis, vos inuicem ſubſtituo vulgariter pupillariter, & per fideicommiſſum, dicitur fideicommiſſaria.*
3 *Subſtitutio quæ habet tractum temporis in futurum, dicitur compendioſa, vt ſi adeſſet dictio in perpetuum, & nu. 5.*
4 *Dictio perpetuò, quid ſignificet.*
5 *Prohibitio facta ne perpetuò bona alienentur extra familiam, extenditur etiam vltra quartum agnationis gradum.*
6 *Compendioſa ſubſtitutio continet fideicommiſſariam.*
7 *Inſtitutio, vt bona remaneant in familia, dicitur fideicommiſſaria, & qua ratione.*
8 *Subſtitutio vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum & purè concepta, & filijs æqualiter facta, quomodo recipiat interpretationem.*
9 *Sub uditio aliquãdo in ſubſtitutionibus admittitur, & quo caſu.*
10 *Conditio neceſſaria, etſi in ſubſtitutionibus non apponatur, tamen à lege ſubintelligitur, vt conditio illa, ſi ſine liberis deceſſerit, vt ibi.*
11 *Fœminæ an faciant deficere conditionem in ſubſtitutione poſitam, videlicet ſi ſine filijs deceſſerit.*
12 *Subſtitutio videtur facta ſecundum diſpoſitionem iuris.*
13 *Maſculi & fœminæ in materia ſubſtitutionum æquiparantur. & num. 18.*
14 *Maſculinum concipit fœmininum in quacunque materia, odioſa, & correctoria.*
15 *Expreſſum, vel ſubintellectum à lege æquiparantur.*
16 *Teſtator inſtituendo filios ſuos æquis portionibus, quemlibet in ſua portione alteri prætuliſſe & prædilexiſſe dicitur.*
17 *Et ita de eorum poſteris dicimus.*
18 *Fauores ſunt ampliandi & extendendi, ſicut odia reſtringenda.*
19 *Statutum in quo fœmina excluditur, eſt odioſum.*
20 *Fideicommiſſum eſt quid oneroſum & odioſum, & nu. 95.*
21 *Teſtator apponens in ſubſtitutione conditionem, & ſi quis eorũ deceſſerit ſine liberis &c. dicitur voluiſſe per eam filijs illis inſtitutis conſeruare ſucceſſionem ab inteſtato.*
22 *Filij poſiti in conditione, non dicuntur vocati ex teſtamento, ſed ab inteſtato.*
23 *Fœmina de iure ab inteſtato ſuccedere poteſt.*
24 *Conditio ſubſtitutionis ſi ſine filijs deceſſerit: an includat fœminas. & nu. 97.*
25 *Subſtitutus tunc demum admitti debet ex præſumpta mente defuncti, quando inſtitutus decedit ſine filijs, quibus ſuſcitur voluiſſe eos ſuccedere.*
26 *Præſumptio legis non attenditur in ſubſtitutionibus vbi conſtat de contraria teſtatoris mente, ſaltem coniecturis. & numero 32.*
27 *Et quid ſi coniecturæ à lege non eſſent approbatæ, ſed inſertæ quodammodo eſſent.*
28 *Teſtator præſumitur magis diligere filiam quàm neptem, & neptem magis quàm proneptem, & ſic deinceps.*
29 *Affectio maior dicitur erga natos quàm naſcituros.*
30 *Non natus cum non ſit in rerum natura incognitus dicitur.*
31 *Voluntas coniecturata teſtatoris idem operatur ac ſi eſſet verbis expreſſa.*
32 *Coniecturis recedimus à præſumptione inducta à legali diſpoſitione.*
33 *Euidenter & apertè apparere dicitur, quod coniecturis conſtat & apparet.*
34 *Donatio eccleſiæ facta in dubio præſumitur propter Deum facta, niſi coniecturis appareret alia de cauſa facta.*
35 *Nouatio non præſumitur, niſi expreſsè ſit facta.*
36 *Expreſſum illud dicitur, quòd coniecturis conſtat.*
37 *Scriptum dicitur quod ex coniecturis, & præſumptionibus conſtat.*
38 *Odium non conſideratur in iam non natis.*
Peccare non poteſt qui in rerum natura adhuc non eſt.
39 *Incluſio vnius, eſt alterius excluſio.*
40 *Dos relicta filiæ ſuccedit loco ſuæ portionis & legitimæ.*
41 *Pater dotando filiam, non dicitur eam dotaſſe vt excludatur ab hæreditate, ſed fecit vt obligationi legali ſatisfaceret, cum ipſam dotare cogatur.*
42 *Auus an teneatur neptem dotare, cum eius pater poſſit hoc facere.*
43 *Pater excludens filiam dotatam in ſubſtitutionibus, non excludit eam ex eo quòd ſit dotata, ſed potius vt maſculi præferantur ad conſeruationem agnationis.*
44 *Argumentum de filia ad neptem ex filio non valet vbicunque tractatur de priuatione.*
45 *Exhæredatio facta de filio, non trahitur ad nepotem: & qua de cauſa. nu. 47.*
46 *Statutum excludens filiam, nõ excludit neptem ex filio, & de veritate nu. 48.*
47 *Exhæredatio abſque cauſa fieri nequit.*
48 *Neptis ex filio an comprehendatur ſub excluſione à ſtatuto facta de filia.*
49 *Filia licèt ſit excluſa à ſucceſſione ex ſtatuto, tamen ſi veniret vti hæres maſculi vti maſculus videtur vocata.*
50 *Subrogatus ſapit naturam illius cuius locum ſubrogatur.*
51 *Teſtator vocans filios maſculos natos & naſcituros tantũ, eoſq; inuicem ſubſtituendo videtur feciſſe vt bona omni tẽpore in familia conſeruaret: Et an hæc coniectura ſit leuis. nu. 54.*
52 *Ratio tacita ex coniecturis habetur pro expreſſa.*
53 *Fœmine non poſſunt conſeruare agnationem & familiam, & qua de cauſa.*
54 *Coniectura illa, quòd ideò teſtator inſtituit maſculos vt bona in agnatione conſeruentur, eſt leuis.*
55 *Et quomodo procedat.*
56 *Fœminæ venientes ex maſculis uti agnatæ an dicantur conſeruare nomen familiæ.*
57 *Filiæ nuptæ efficiuntur de familia viri, & patris familiam relinquunt.*
58 *Priuilegium conceſſum pro ſe, & ſuis, non comprehendit filias nuptas, & qnomodo intelligatur. & nu. ſequen.*
59 *Priuilegium reſtringitur à ratione.*
60 *Statutum quòd extantibus maſculis fœminæ non ſuccedant, qua ratione inductum dicatur.*
61 *Teſtator præſumitur velle ſe conformare cum diſpoſitione ſtatutaria.*
62 *Fœminæ non comprehenduntur ſub ſtatuto loquente de maſculis, vbicunque ſtatutum facit aliquam differẽtiam inter maſculum & fœminam.*
63 *Et an comprehendantur nomine deſcendentium.*
64 *Declaratio ad Bartol. in l. hæredes mei. §. cum ita. in fi. ff. ad S. C. Treb.*

65 Con-

65 *Conditio si sine liberis decesserit, deficit si extrarent naturales, spurij fœmina & similes.*

66 *Conditio vt deficiat, sufficit vt adsit persona in conditione posita licèt non succedat.*

67 *Substitutus an excludatur per existentiam fœminarum, qua tamen succedere minimè possunt.*

68 *Filia iam à statuto exclusa per existentiam masculorum, non dicitur fuisse in consideratione testatoris substituenti si sine filijs decesserit.*

69 *Conditio quando, & quo casu deficiat ob existentiam personæ in conditione positæ, licèt non succedere possit.*

70 *Hæreditas adita non dicitur amplius hæreditas, sed patrimonium.*

71 *Et quid si post mortem suam deuenire deberet in alium per substitutionem.*

72 *Hæreditas relicta sub conditione ante conditionem alienari nequit.*

73 *Filia exclusa à statuto extantibus masculis intelligitur ab intestato, non ex testamento.*

74 *Grauati voluntas non potest nocere dispositioni testatoris fidei commitentis.*

75 *Testatoris voluntas eludi non debet.*

76 *Argumentum ab absurdo euitando valet.*

77 *Fœmina non potest concurrere cum masculo ad fideicommissũ, quia cum bona in familia conseruari debeant, ipsa hoc facere non potest.*

78 *Positi in conditione per substitutionem in infinitum censentur grauati, & in necessarium antecedens vocati.*

79 *Pars vna legis aliam declarat, vt in testamentis dicimus.*

80 *Masculi vocati in institutione exclusis fœminis, an in dubio intelligantur ita pariter vocati in conditione.*

81 *Testator si in vna parte testamenti de filijs masculis mẽtionẽ faciat, & postea in alia parte testamenti filium simpliciter nominet, de masculo semper intellexisse dicitur.*

82 *Et quia contra hoc multi tenent, ideo distinguitur.*

83 *Vel etiam secundum aliam reconciliationem approbatur opinio illa.*

84 *Argumentum à dispositione statuti ad dispositionem testatoris valet.*

85 *Statutum dicitur magis conuenire vltimis volũtatibus quàm contractibus.*

86 *Statutum excludens filias fauore agnationis, excludere decitur & neptem ex filio. & num. 96.*

87 *Testator si faciat plures gradus substitutionum, & substitutos grauet ne alienent, dicitur inter ipsos feciſſe reciprocam substitutionem, & cur hoc fit.*

88 *Reciproca substitutio cum prohibitione alienationis dicitur facta ob conseruationem agnationis.*

89 *Conditio fideicõmissi si euenire potest in vita substitutorũ, tacita conditio à lege subintellecta cessat & locum non habet.*

90 *Fœminæ non continentur neque faciunt deficere conditionem expressam à testatore, scilicèt si sine filijs decesserit.*

91 *Quando fœmina sint à statuto exclusæ extantibus masculis.*

92 *Et quando substitutus est idoneus conseruare agnationem.*

93 *Testator in dubio andicatur velle se conformare cum dispositione iuris communis vel municipalis.*

94 *Dispositio testatoris de substitutis facta extenditur etiam ad eorum successores, si eandem habent qualitatem, qualem ipsi substituti habent.*

95 *Fideicommissum constitutum fauore agnationis conseruandæ est fauorabile.*

96 *Neptis ex filio an exclusa intelligatur stante statuto excludente filias fœminas extantibus masculis.*

97 *Fœminæ secundum veriorem opinionem non faciunt deficere conditionem in substitutione positam, si sine filijs decesserit. & suprà num. 24.*

98 *Neptis ex filio an faciat deficere conditionem in substitutione appositam si sine filijs decesserit, & distinguitur.*

99 *Mulier faciens testamentum, in dubio non dicitur habere curam conseruandi agnationem.*

100 *Fideicommissum conditionale transmitti non potest quãdo maximè filijs ex primo substituto tacitè tantum sunt positi in conditione. & duobus num. seq.*

101 *Aliàs autem aliquibus coniecturis ius fideicommissi conditionalis transmittitur ad filios.*

102 *Persona non subintelligitur.*

103 *Fideicommissum conditionale licèt regulariter non transmittatur, fallit tamen vbi constat de contraria mente testatoris.*

104 *Testatoris voluntas constare dicitur vel verbis vel coniecturis.*

105 *Fideicommissum conditionale transmittitur ex coniecturata mente testatoris, vt si dotauerit fœminas, instituendo postea vniuersales hæredes filios masculos, & qua ratione.*

106 *Idem si sub eadem qualitate masculinitatis filios illos inuicem, & reciprocè substituisset. Et de alijs coniecturis. numero seq.*

107 *Filiorum appellatione in institutione continentur & nepotes.*

108 *Testator non præsumitur voluisse eligere viam, quo sua dispositio subuerteretur.*

109 *Fideicommissum trãsmissibile ad nepotes esse nequit, nisi bona perpetuò permaneant in familia.*

110 *Prohibitio testatoris ne bona alienẽtur, arguit testatorem noluisse nepotes, & cateros descendentes consequi debere dicta bona.*

111 *Ius accrescendi si est substitutioni fideicommissariæ iunctum, facit illam substitutionem sui natura nõ trãsmissibilem, transmissibilem.*

112 *Conditio tacita non impedit non transmissionem fideicommissi ad nepotes.*

113 *Fideicommissum conditionale pendente conditione non transmittitur.*

114 *Transmittere in alium non potest quis, quod ipse nondum est consecutus.*

115 *Lex non plus agit quàm sibi dictat naturalis ratio.*

116 *Priuilegium concessum personis tripliciter considerari potest.*

117 *Lex præsumens aliquid ex dispositione testatoris an specialis dici possit.*

118 *Donatio non præsumitur de mente eius quem donasse asseritur.*

119 *Fideicommissum alienare prohibitus, an possit filiæ hæredi relinquere & sic per alienationem legalem.*

120 *Expressio eorum quæ tacitè insunt, nihil operatur.*

121 *Bona prohibita alienari vt conseruentur perpetuò in familia, non possunt alienari nec alienatione hominis, neque alienatione legis.*

122 *Argumentum à contrario sensu non valet in materio restringibili, secus in fauorabili.*

123 *Testator non dicitur plus diligere neptem quàm filiam propriam.*

124 *Prohibitio alienandi quando est geminata, non solum alienatio hominis, sed & alia quæcunque à lege certis de causis permissa, dicitur omnino reiecta.*

125 *Prohibitio alienandi quibus modis potest fieri à testatore.*

126 *Testator substituendo inuicem per fideicommissum filios videtur tacitè prohibuisse alienationem.*

127 *Prohibitio alienationis facta institutis & substitutis sub qualitate masculinitatis, intelligitur etiam an alienatione legali, qua fit in fœminas aliàs successuras ab intestato.*

128 *Dictio dicti, cuius sit natura.*

129 *Grauatus tunc non potest filiæ sua relinquere bona fideicommissi, cum constat verbis, vel coniecturis testatorẽ voluisse, vt bona non alienentur, seu quod in familia conseruentur.*

130 *Dos potest constitui filiæ grauati ex bonis fideicommisso suppositis.*

131 *Quid si prohibita fuerit alienatio per testatorem.*

132 *Et an constitui possit dicta dos filiabus conceptis post fideicommissum factum.*

133 *Et quid si pater posset filiam dotare alijs bonis quàm fideicommisso subiectis. & num. 135.*

134 *Dos congrua censetur si legitima minor non est.*

135 Filia debet dotari de bonis fideicommisso suppositis, quando pater esset valde inops, adeò, vt non possit eam dotare.

FACTI SPECIES.

D. Laurentius de Cattamicis de Cortona anno 1518. suum vltimum testamentum condidit, in quo iure legati & institutionis reliquit Salomeæ filiæ propriæ Mariotto de Thoma suis iam matrimonio collacatæ, omne id, quod ipse testator promiserat & pro parte soluerat ipsi Mariotto pro dote ipsius Salomeæ. Et quòd in omnem casum suæ necessitatis, seu viduitatis habeat stallos & habitationem in domibus ipsius testatoris. Deinde ipse testator de cæteris suis bonis in vniuersum filios suos masculos his verbis instituit. In omnibus autem aliis dicti testatoris bonis mobilibus & immobilibus & semonentibus, iuribus & actionibus, nominibus debitorum & creditorum tam præsentibus quàm futuris, suos hæredes vniuersales instituit, fecit, nominauit, esse voluit & ordinauit Iacobum, Nicolaum, Franciscum, Bartholomæum & Bernardinum filios legitimos & naturales dicti testatoris natos ex ipso testatore & Domina Magdalena eius legitima vxore, & quoscúnq; alios filios masculos nascituros ex dicto testatore & ex dicta Domina Magdalena, & ex quacunque alia vxore. Et quemlibet eorum æquis & hæreditariis portionibus: & eos & quemlibet eorum adinuicem & vicissim substituit vulgariter, pupillariter & per fideicommissum in perpetuum, secundum formam iuris. Hac conditione, pacto & lege, in dicta institutione & testamento insertis, quòd dicti sui hæredes non possint, nec eis liceat alienare bona hæreditaria, nisi si & inquantum de iure possent.

Mortuo testatore, decesserunt Franciscus, Bartolomæus & Bernardinus sine filiis masculis, vel fœminis. Deinde decessit Iacobus relicto filio Seraphino & superstite etiam Nicolao Fratre. Demum decessit Nicolaus relictis Camilla & Eufrasia liabus ac nepotibus masculis ex Magdalena filia præmortua.

Nicolaus condidit testamentum & filias ipsas instituit, confirmando eis dotes, quas eis excessiuas constituerat: instituit etiam eius nepotes.

Nunc de multis dubitatur, & quæritur.

Primò, an Laurentius testator in suis bonis reciprocum fideicommissum inter ipsos filios suos constituerit.

Secundò, posito fideicommissum fuisse constitutum, an aliud defecerit ex parte Nicolai, ex quo relictis filiabus decesserit.

Tertiò dubitatur, an Iacobus in filium Seraphinum transmiserit ius fideicommissi ita constituti, cùm ante ipsum Nicolaum decesserit.

Quartò quæritur, an Nicolaus potuerit instituere hæredes filias suas etiam in bonis ipsius fideicommissi à Laurentio constituti.

Quintò, an saltem dotes ipsis filiabus ex d. bonis dare potuerit.

CONSILIVM XCV.

Initium à Domino.

ET si doctè & adeò acutè pro D. Seraphino responsum fuerit à Reuerendo admodum & Excellentissi. D. Ludouico Alpherio, mihi vti fratre colendiss. vt omnis opera mea videri possit superuacanea: vt tamen petenti satisfaciam, dicam ego quod de re non parum dubia sentio.

Primæ dubitationi respondendũ est, D. Laurentium testatorem reciptocè vocasse & substituisse per fideicommissariam filios à se institutos, cum ita disposuerit: Et eos & quemlibet eorum ad inuicem & vicissim substituit vulgariter, pupillariter & per fideicõmissum, in perpetuum, secundum formam iuris. Hanc substitutionem reciprocam esse negare potest nemo: cũ
1 id apertè significent † illa verba, inuicem & vicissim. l. in testamẽto. §. hæc verba. ff. de hæred. inst. l. iam hoc iure Icohæredi. §. qui discretas. & l. Lucius, vbi omnes. ff. de vulg. & pup. substit. Et de dictione vicissim, est tex. in l. de fideicõmisso. C. de transact. Et textus in simili in l. vnica.
2 C. si quacunque præd. dignit. Quòd verò reciproca † hæc substitutio sit fideicõmissaria, multis ita demonstratur.

Primò ex illis verbis, vulgariter, pupillariter & per fideicommissum. Quæ quidem hanc habent interpretationem, vt vulgariter sint substituti ante aditam hæreditatem, pupillariter verò, si hæreditate adita, eorum alter in pupillari ætate decessisset: & tandem per fideicommissum, si hæreditate adita, factus maior vita functus esset. ita docuit Bar. in l. Centurio. nu. 38. de vulga. Alex. consi. 208. col. 1. lib. 6. Dec. in l. precibus. num. 20. C. de impub. & alijs subst. Soc. Iun. consi. 180. nu. 75. lib. 2. post Rom. consi. 56. nu. 4. Ripa d. l. Centurio. nu. 78. & Paris. consi. 73. nu. 11.
✠ li. 3. qui * communem esse testatur. Cùm ergo instituti hi hæredes effecti fuerint maiores, hæreditate adita, & decesserit, fideicommissariè substituti censentur.

Secundò idem clarè ostendit illa dictio in perpetuum,
3 quæ hãc esse † substitutionẽ compendiosam, cum habeat tractum temporis in futurum ostendit vt scribunt Alex. consi. 59. nu. 4. in fi. li. 3. Ruin. consi. 168. nu. 20. in fi. li. 3. Soc.
4 Iun. consi. 168 num. 78. li. 2. Hæc enim dictio † perpetuò infinitatem significat, ita quòd censent omnes quòd pro
5 hibitio † facta, ne perpetuò bona alienentur extra familiam, extenditur etiam vltra quartum agnationis gradũ: ita censuerunt relati Doctores & Soci. Sen. consi. 250. col. vlt. lib. 2. consi. 43. nu. 7. & consi. 84. nu. 5. li. 3. Dec. consi. 38. col. 4. Ripa. in l. filiusfa. §. diui, num. 112. de leg. 1. vbi alios recenset. accedunt Soc. Iun. consi. 81. in fi. li. 3. & Paris. cõs. 88. nu. 22. li. 2. Cum ergo hæc dictio, perpetuò, significet tractum temporis in futurum, apertè constat, substitutionẽ hanc esse cõpendiosam. vt declarat Barto. in l. Centurio, nu. 9. & nu. 26. versi. rert. fuit opinio, & nu. 32. de vulga. & pupil. substit. & ibidẽ Gallaula nu. 327. Compendiosam † au-

6 sam † autem continere fideicommissariam certum est Et, præter Bartolum & relatos, scribunt Bellamer. consi. 26.col.2. Alex.consi.3.num.2.li.7.Soc.Sen.consi.144.col.1. li.1.Dec.consi.227.col.2.& consi.642.nu.1. Cur.Iun.consi. 86.num.3. Est ergo hæc substitutio fideicommissaria.

Tertiò confirmatur iam relata argumentatio, quia vo
7 luit hic testator, quòd perpetuò hæc bona † sint inter ipsos institutos & substitutos. Atqui hoc effici non potest nisi vnus sit grauatus alteri restituere,& priores alijs deinde sequentibus: ergo ita fideicommisso vnus erga alterum grauatus esse dicitur: ita probant l.cùm pater.§.liberis.l.peto.§.fratre.& l.codicillis.§.instituto.de leg.2.& respondit Alex.consi.59.nu.4.in fi.li.3.Et hæc fuit sententia glossæ in d.l.codicillis.§.instituto:dum asseruit,quòd quando testator voluit bona remanere in familia, quod inter eos de familia dicitur inductum fideicommissum. Quam sententiam in specie probauit post multos Soci. Iun.consi.168.nu.78.li.2.& præter eum Alexan.in l.filius-famil.§.diui.in fi.de leg.1.& Rub consi.53.num.4.Et relatam consequentiam facit etiam Natta consi.531.nu.28.29. lib.3.His etiam addo egregiam doctrinam Raphael. Comens.in l.cum ita.§.in fideicommisso.nu.4.de lega.2.qui docuit, inter descendentes institutos & substitutos censeri inductam reciprocam fideicommissariam, cum testator voluit bona conseruari in familia. idem respondit Dec.consi.270.in fi.

Nec huic firmatæ sententiæ aduersatur quod aduersus Alex.consi.208.col.1.li.6.respondit Rui. consi.7.nu.11.
8 li.3. Censuit Alex. quòd quando testator † ita substituit, vulgariter, pupillariter & per fideicommissum,substitutio hæc reciproca purè à testatore concepta, & filijs æqualiter facta,recipit interpretationem, vt censeatur facta post mortem,& ita sub conditione, quæ euenire potest in persona vnius ante alterum:ne, si pura esset substitutio, inutilis foret. Rui. vero contra.d.consil.7.nume.11. quod immo hæc intepretatio fieri non debet: sed potius substitutio censeri debet inutilis. Nec inquam hæc doctrina repugnat opinioni nostræ. Siquidem illud asserit Ruinus, quando in substitutione nullum est appositum verbum significans tractum temporis in futurum, vt ipsemet declarat in d.consi.7. num.11. in fin. In casu autem nostro adest dictio, in perpetuũ, quæ dilationem & tractum temporis in futurũ significat, vt iam diximus.Præterea & secundo respondetur ex declaratione Soci. Iun. consi.50.versi.& præterea.li.3. qui scribit, sententiam Alexãdri procedere, cum filij sunt à patre instituti,& sub-
9 stituti, quia conuenit illa subauditio † simul cum tacita illa conditione, si decesserint sine liberis, subintellecta à lege.l. cùm auus.de cond.& demonstr.& l. cum acutissimi.C.de fideicom. Si ergo in casu nostro non adesset illa dictio, in perpetuum,quæ omnem tollit ambiguitatem, dicendum etiam omnino esset, conditionem hanc esse subaudiendam ex sententia Alexandri. His apertè demonstratum est, inter hos filios extitisse reciprocum fideicommissum.

Secunda dubitatio proposita maiorem habet difficultatem: cùm enim testator simpliciter suos filios & hæ-
10 redes inuicem substituerit, atque ita conditionem † illam, & si quis eorum decesserit sine filijs, non apposuerit, hæc conditio à lege subintelligitur.l. cùm auus. ff.de cond.& demon. & l.cùm acutissimi.C.de fideic. Est ergo hic videndum,an conditio hæc defecerit, ob id quòd Nicolaus, de cuius successione agitur, decessit, relictis tribus filiabus.Qua quidem in re dicendum videbatur, has fœminas extinxisse conditionẽ hanc legalem.
11 Primò hæc sententia aperto iure probari † videbatur, nempè verbis d.l.cùm acutissimi. C. de fideicommis.ibi, filijs, vel filiabus. & in l. generaliter. §. cùm autem. ibi, sed ad filios, vel filias. C.de inst.& subst.filiæ ergo æquè ac masculi hanc conditionem faciunt deficere: & per consequens substitutus excluditur.

Secundò accedit argumentum ductum à fortio-
ri:si testator expressè adiecisset conditionem illam, si sine filiis decesserit,&c.hoc in casu adhuc fœminæ facerẽt
12 deficere conditionem. idque ea ratione, quia testotor † substitutionem fecit secundum formam iuris. Atqui iu-
13 ris forma & dispositio est,vt inter fœminas † & masculos nulla sit differentia, quò ad hos terminos.d. l. cùm acutissimi.dicta l, generaliter. §. cùm autem. Et secundum
14 formam iuris, masculinum † cõcipit fœmininum.l. qui duos,in fine.l.seruis legatis,in princ.de leg.3.Quod procedit in quauis dispositione, etiam odiosa & correctoria,vt scribunt gloss.& Doct.in l.Gallus,in prin.ff. de liber.& posthum.& latissimè Tiraquel.in tracta. de retractu consang.§.1. gloss.9.num.177.cum multis subsequẽtibus.Confirmatur, quia paria sunt quod conditio hæc,
15 si decesserit sine liberis,sit expressa,† vel à lege subintelligatur.ita in specie communem * esse opinionem censuit Socin.Sen.consi.182.col.2.lib.2.& Rui.consi.157.nu. 4.lib.2.idem Soc.in l.cùm auus.nu.62.

Tertiò non parum suffragatur, quòd testator insti-
16 tuendo filios suos æquis portionibus, quemlibet † in sua portione dicitur alteri prætulisse,& prædilexisse,vt clari iuris est. Quemadmodum ergo testator noster prætulit Nicolaum quò ad suam portionem,aliis, & eum præ-
17 dilexit,ita & omnem † eius posteritatem prædilexisse videtur,& cæteris prætulisse. ita docuit Bald.in d.l. cùm acutissimi. nume.5. C. de fideicomm. quem secutus est Curt. Sen. consi. 64. Antiquissima. col. 12. versi. confirmo præmissa. Et hanc Baldi doctrinam deduxit argumentando in hac specie Roland. consil. 82.numer.9. ver.3.accedit.li.3.& ante eũ Soc.Iun.cõsi.168.nu.10.li.2.q scripsit esse textum clarum d.l.cùm auus,de cond. & demonstra. quem in suam sententiam Baldum non citasse miratur Curtius.Et ita pariter,Baldo non relato,argumentati aliqui sunt, vt refert Soc. Sen. in d.l. cùm auus. nu.80.versi.quartodecimò.

Quartò dubitationem mouet vulgaris illa, notabi-
18 lis tamen iuris regula; qua dicimus, fauores † esse ampliandos extendendosque,& odia restringenda. l. cùm quidam.de lib.& posthum.cap.odia,de regul.iuris,in 6. Atqui fauorabilis est dispositio ex parte fœminarum,vt deficere faciant conditionem, & per consequens admittantur,& odium versatur ex parte Seraphini masculi, vt ad hoc fideicommissum admittatur. vtrumque ita probatur. Quòd fœminæ æquè ac masculi admittantur,iu ri naturali & ciuili cõuenit: cùm vtrumque ius nullam differentiam inter masculum & fœminam constituat. l. maximum vitium. C. de li. præter. Hinc dicunt permul-
19 ti,statutum † quo fœminæ excluduntur, esse odiosum,ita, post alios,scribunt Ias.in l.qui exceptionem,de cond. indeb.Paris.consi.85 num.28.lib.2.& Soc.Iun.in consi.1. num.46.lib.1. Dec. & cæteri in l. venia. C. de in ius voc. Cæteros ex industria prætereo.Ex parte etiam Seraphini in casu nostro versari videtur odium,ob id agit de extendendo hoc fideicommissum ad hunc casum:cùm ta-
20 men fideicommissum † sit quid odiosum & onerosum.l. cohæredi.§.cùm filiæ,de vulg.& scribunt Dec.consi.336. in fin.Crauet.consi.180.in fin.& consi.208.num. 3.& idẽ responderunt Soc.Iun.consi.185.num.9.lib.2.& Siluanus consi.64.num.19.& num.25.Et hac argumentione vtitur in specie Soc.Iun.d.consi.168.num.11.lib.etsi eam ita firmatam non consideret.Et etiam Soc.Sen.in l.cùm auus. num.80.versi.octauo loco.

Quinto non mediocriter vrgere videtur hæc argu-
21 mentatio à fortiori deducta. Si hic testator † hanc conditionem expressè adiecisset,& si aliquis eorũ decesserit sine liberis,&c. per eam conditionem testator diceretur voluisse filiis illis conseruare successionem ab intestato.
* iuxta glossam & communem * opinionem Doc.l.Lucius,
22 la 2.ff.de hære. inst. Qui quidem scribunt, quòd filij † positi in conditione non dicuntur vocati ex testamento, sed ab intestato solùm cæteris anteferunt. Conditio ergo hæc adiecta testõre vĩ intelligẽda de his,q ab intestato

succedere

23 ſuccedere poſſunt: at fœmina † ab inteſtato poteſt ſuccedere. l. maximum vitium. C. de lib. præter. ergo conditio hæc & de fœminis intelligitur. ita in ſimili argumentatur Corn. conſi. 120. nume. 3. lib. 2. quem ad rem noſtram adduxit Soc. Iun. conſil. 168. nume. 12. lib. 2. Si hoc verum eſt, cùm expreſsè adiecta eſt conditio à teſtatore. Ergo à fortiori, cùm ſolùm à iure communi ſubintelligitur: ex quo ius commune æquè fœminas ac maſculos vult ab inteſtato poſſe patri ſuccedere.

Sextò dubitationem facit à fortiori auctoritas eorum,
24 qui cenſuerunt, fœminas † facere deficere conditionem cùm teſtator ſubſtituit expreſsim conditione adiecta, ſi deceſſerit grauatus ſine filijs. Ita enim affirmarunt Io. Andr. in c. Raynal. de teſtamen. & ibidem Butrius Roma. conſi. 148. Alexan. conſi. 55. col. pen. lib. 3. conſi. 38. lib. 6. & conſ. 17. lib. 7. Corn. conſilio 202. conſ. 230. lib. 1. Soc. Sen. conſ. 182. & conſ. 227. colu. vlt. libr. 2. & conſil. 55. lib. 3. Cur. Sen. conſ. 44. Statuto ciuitatis. & conſ. 69. Antiquiſſima, in tertia dubitatione. Lud. Bolog. inter conſilia Alex. conſilio 53. lib. 4. Iaſ. conſil. 142. lib. 2. Dec. conſil. 370. conſi. 568. & conſi. 570. Cur. Iun. conſi. 49. col. 2. conſil. 69. col. 3. vſque ad fin. & conſi. 156. col. 3. quos omnes recenſet Soc. Iun. conſi. 158. nume. 47. vbi eos probat. & conſil. 168. num. 13. lib. 2. His accedunt alij nonnulla relati ab eruditiſſimo compatre meo Cephalo conſ. 45. num 9. lib. 1. qui pariter hanc ſecutus eſt. ibi enim citat Ioan. Sadoletum, Albertum Bellum, Antonium de Leutis, & Dominicum de Maſſa, qui ſubſcripſerunt conſilio Ludouici Bolognini, refert & Ioan. de Anania, collegium, Peruſinum, Bononienſe, & Auenionenſe. recenſet & Io. Paliarenſē Riminaldum Seniorem, Virgilium de Sylueſtris, Ruinum, Pariſium & Socinum Iuniorem. & ibi. num. 32. refert Alciatum idem ſenſiſſe in tractatu de præſump. His addo Crotum conſ. 17. nu. 38. & Rolandum à Valle conſ. 82. nu. 23. lib. 3. & Campegium à Croto relatum.

Cæterùm, re diligentiſsimè perpenſa ſequor contrariam ſententiam, quam acutiſſimis rationibus probauit Reuerendus admodum atque Excellentiſsimus iuriſconſultus, mihi vti frater colendiſs. D. Ludouicus Alpherius, quòd ſcilicèt fœminæ hæ deficere non faciant conditionem hanc quominus adhuc locus ſit fideicommiſſariæ ſubſtitutioni. Quam ſanè ſententiam vt veram eſſe demonſtrem, multis adducor rationibus. Verùm illud priùs eſt ſciendum, quòd diſpoſitio l. cùm acutiſſimi. C. de fideicommi. & d. l. cùm auus. ff. de condit & de-
25 monſt. fundata eſt † in præſumpta mente teſtatoris. Lex enim præſumit, quòd teſtator tunc demum ſubſtitutum admittit, ſi filius inſtitutus & grauatus deceſſerit ſine liberis: at ſi ſuſcepti ſint liberi, noluit teſtator eos admitti,
26 excluſo ſubſtituto. Ab hac præſumptione † legis recedituꝛ cùm coniecturis conſtat de contraria voluntate teſtatoris: ita Comenſ. conſilio 2. in primo dubio. Socin. Sen. conſi. 6. num. 13. lib 3. quos refert & probat Roland. conſ. 82. num. 40 lib. 3. Quibus in ſpecie hac accedunt Ruinus conſilio 168. numero 30. lib. 3. Cur. Iun. conſi. 35. colum. 2. & conſi. 139. nu. 4. Pariſ. conſil. 19. nu. 95. lib. 2. qui Romanum & Ancharanum citat. & Soc. Iun. conſilio 168. num. 35. lib. 2. Cùm itaque l. cùm acutiſſimi, ita æquè faueat fœminis ac maſculis, vt cenſeantur excludere ſubſtitutos, ab hac diſpoſitione recedendum erit, ſi coniecturis conſtare poterit, teſtatorem ſolùm ſenſiſſe de maſculis: vt relati Doctores ſcribunt. Et non ſolùm coniecturis & præſumptionibus à lege expreſsim probatis recedere li-
27 cèt à præſumptione hac legali, ſed † etiam alijs coniecturis incertis, & à lege expreſsim non probatis, ita in ſpecie docuit Soc. in d. l. cùm auus. nu. 80. verſi. duodecimò allegebatur. Nunc videamus quibus rationibus poſſit demõſtrari volũtatẽ Laurentij teſtatoris fuiſſe, ſolùm intelligere de maſculis in cõditione à lege ſubintellecta.

Primò ea ratione & coniectura vtor, qua paſſim in hac ſpecie vſi ſunt permulti, quos infrà referam. Clari
28 & certi iuris eſt, teſtatorẽ † magis diligere filiã quàm neptem, & magis neptem quàm proneptẽ: atque de ſingulis, ratione maioris proximitatis. l. ſi viua matre. C. de bo-
29 nis mater. Maior enim affectio † habetur erga natos quã naſcituros, & qui adhuc non ſunt in rerum natura, iuxta l. qui filiabus. de legat. primò, & l. Titius, & l. idem tu-
30 tor. ff. de ſuis & legit. Nam qui † adhuc non eſt in rerum natura incognitus dicitur. l. prima. §. ſi quis proximior. ff. vnde cogn. Et ex d. l. ſi viua matre, plura his ſimilia ſcribunt ad huius propoſitionis confirmationem Dec. conſilio 15. numero quinto. conſilio 270. nu. 4. conſilio 288. numero 5. & conſi. 312. num. 2. Curt. Iun. conſi. 11. numero 4. conſi. 91. num. 7. & conſilio 116. num. 16. Gozad. conſil. 4. num. 1. Socin. Iun. conſilio 158. num. 26. lib. 2. Crau. cõſ. 62. numer. 8. Pariſ. conſi. 84. nume. 38. lib. 1. & conſilio 48. numero 17. libr. 2. & Grãma. deciſ. 63. numer. 13. Cæteros ſciens prætereo. Atqui in caſu noſtro Laurentius teſtator, cùm Salomeam filiam haberet, eam ab hæreditate ſua excluſit, dote tantùm ei aſſignata, & hæredes filios ipſos maſculos fecit, inuicémque eos ſuſtituit. Si ergo ob ſexum maſculinum teſtator propriam filiam excluſit: ergo à fortiori credendum eſt voluiſſe excludere & neptes ex filio Nicolao: quas ſanè neptes vti naſcituras, ſibiq; non cognitas, ac remotiores gradu ipſa filia Salomea, minus dilexit quàm ipſam Salomeam. Ita hac argumentatione vtuntur permulti in terminis noſtris, vt Iaſ. conſil. 140. colum. 5. verſicul. ſecundò principaliter. & conſi. 141. col. 6. ver. 4. pro eadem parte. lib. 2. Et ante eum Caſtr. & cæteri, quos refert Soc. Sen. in l. cùm auus. num. 80. de cond. & demon. Ruin. conſi. 150. nu. 7. vbi egregiè rem hanc explicat. ita etiam Soc. Iun. conſi. 168. nu. 37. li. 2. Alciat. reſpon. ad finem. & horum ratione non habita, Rolan. conſi. 82. nu. 28. lib. 3.

Huic tamen ſolidæ argumentationi plures obiici ſolent reſpõſiones ab illis, qui ab hac opinione diſſentiũt, quas hîc referre non grauabor, vt ex ordine vnà cum noſtris ſatisfaciam. Prima illa eſt, quòd non licet argumentari ab excluſione filiæ ad excluſionem neptis, cùm filiæ repugnet expreſſa teſtatoris voluntas: nepotibus verò non. Reſpondet huic obiectioni Socin. d. l. cùm auus. nu. 80. verſic. Quibus præmiſſis, Clarius dicam. Non negatur, imò conceditur, neptes non habere contra ſe voluntatem teſtatoris verbis expreſſam, ſed negari non poteſt, quin contra ſe habeant tacitam verbis, ſed coniecturis expreſſam. Et tantùm operatur voluntas teſtatoris coniecturata ad excluſionem perſonæ, quantum verbis expreſſa: cùm in vltimis his diſpoſitionibus tantum proſit
31 voluntas † coniecturata quantum verbis expreſſa. l. inter veſtem. ff. de auro & arg. & leg. iuncta l. cùm proponere-
32 tur. de leg. 2. Et dixi ſuprà quòd coniecturis † recedimus à præſumptione inducta à legali hac diſpoſitione. l. cùm acutiſſimi. C. de fideicom. Et eo loci vnà cum Socino in d. l. cùm auus. num. 80. verſi. duodecimò allegatur &c. dixi, parem eſſe hoc in caſu virtutem coniecturæ & præſumptionis non expreſſæ in lege, ac expreſſæ. Hinc fit vt etiam in caſu iſto expreſſa voluntate & ſcripta dici poſſint neptes excluſæ, vti excluſa fuit Salomea filia:
33 quandoquidem euidenter † & apertè apparere dicitur quod cõiecturis conſtat & apparet. l. quidam teſtamento. de vulga. ita & in l. ſi quis locu ples, in fin. ff. de manumiſſ. teſtamen. ſcribunt Barto. & Iaſon in l. licèt imperator, de lega. 1. ille numero 2. iſte nume. 5. Et in ſpecie noſtra ita reſpondet Iaſon conſil. 141. colum. ante pen. verſic. non obſtat dum tertio loco. libr. 2. His acceſsit Corſetus in ſuo ſingulari, in verbo, contractus, incipit in om-
34 nibus &c. dum ſcribit, donationem † eccleſiæ factam in dubio, præſumi non alia de cauſa quàm propter Deum. Si verò alia cauſa apparet expreſſa, ob illam facta dicitur. Cauſam expreſſam apparere ſcribit Corſetus, ex coniec-
35 turis & præſumptionibus. Ita nouatio, † quæ non præſumitur, ſed debet expreſsè fieri. l. vlt. C. de noua. expreſ-
36 sè † fieri dicitur, ſi coniecturis cõſtat. ita ibi declarat Cynus, & tradũt Im. in l. delegare. ff. de nou. Alex. cõ. 73. colum.

lum.1.lib.2.& Afflict.decis.44.nu.15.vbi nu. 14.adfert similem declarationem ad l.vnicam.§.sciendum.C. de rei vxo.actio.Cætera his similia prætereo.Illud solùm dicã, quòd tanta est vis præsumptionis & coniecturæ, vt scri-
37 ptum † illud censeatur, quod ex coniecturis & præsumptionibus constat. Ita Alex. in l.1. num.15. in fine.C.qui admitti.& Zucchardus in l.vlt.num.194.C.de edicto diui Hadria. toll.& scripsi in tracta. de adipiscenda possessione, remedio 4.num.122.

Secunda obijcitur difficultas huic solido fundamento, quòd filia odio esse potuit patri, ob id eam excluserit,
38 quod odium † considerari non potest in neptibus nondum natis.l.si quis in suo.§.legis.C.de inoff.testam. Non enim peccare potuit quæ in rerum natura tunc non fuit. Respondet huic obiectioni Socinus in d.l.cùm auus.nu. 80.versi.secundò allegabatur,testatorem non censeri excluisse filiam ob id quòd eam odio aliqua de causa haberet, sed quia sexum fœmininũ,quippè qui idoneus nõ est(vt mox dicam) agnationem & familiam conseruare, excludere voluit ob fauorem masculorum. Quod vel ex eo apparet, quia(vt etiam suo in casu considerat Socinus, ac etiam Iason. d.consil. 141. col.6.versi. quartò pro eadem parte. li.2.) hic testator non solùm filiam natam, sed & omnes nascituras excludere voluit : vt conijcitur apertè ex verbis institutionis, quæ ita scripta sunt: Instituit Io.Iacobum, Nicolaum,Franciscum, Bartholomæum & Bernardinum filios legitimos & naturales dicti testatoris, natos ex ipso testatore & dicta Do. Magdalena eius legitima vxore, & quoscumque alios filios masculos nascituros, &c. Ecce quòd hîc vocat filios masculos nascituros, & per consequens, non vocando fœmi-
39 nas nascituras, dicitur † eas excludere, iuxta regulam l. cùm prætor, de iud,cum similibus.

Tertia huic argumento obijcitur difficultas, quòd alia sit ratio in neptibus, quàm fuit in filia. Nam filiam pater ob id hæredem cum masculis non fecit, quia ei do-
40 tem congruam in testamento reliquit, quæ sanè dos † loco suæ portionis legitimæ est. At neptibus nil fuit relictum, nulla dos constituta : non ergo neptes æquè ac filiæ exclusæ censentur: ita obij iunt permulti relati à doctissimo Cephalo consil.17.nu.21.lib.1. Respondetur huic obiectioni, testatorem non ea ratione filiam excluisse, quòd eam dotauerit,sed ob id quòd voluerit per masculos familiam conseruari : vt infrà dicemus. Prætereà eadem est ratio in neptibus, qua dotari ab eorum parentibus possint, etiam ex bonis ipsius testatoris, cum illi tanquam filij duas quartas posse detrahere dicantur,nempè legitimam & Trebellianicam. Ita in specie huic obiectioni respondent Socin.Sen.in d.l.cùm auus.num. 80.versi. decimò dicebatur.Iason consil.141.colu.7.versi.Nec obstat illud.lib.2.& Soc.Iun.consi.168.num.43.lib.2.Prætereà & tertiò, ita responderi potest, non esse considerabilem rationem dotis constitutæ ad exclusionem filiæ, &
41 ad non exclusionem neptis. Siquidem pater † dotando filiam non dicitur ob id fecisse, vt inde filia esset ab hæreditate excluſa, sed fecit, vt obligationi legali satisfaceret, cùm filiam dotare teneatur, vt multis ostendit Ripa
42 in l.1.numer.55.ff.solu. matri. At hæc obligatio † non est auo erga neprem, cùm illa à patre suo potest dari, vt hîc: ita Ripa d.l.1.num.74 & scribunt Barba. consi.80.col. 13. 14.lib.3. Socin.Iun.consi.79.nume.15.lib.3. Tiraq.de iure primigen.q.62.nume.12.& Alcia.resp.498.num.4. Dum
43 ergo hic pater † filium excluſit,non ob causam dotis datæ excluſit, sed ob sexum, quo agnatio conseruari non potest. quæ ratio in nepte locum habet. Quinimò, si rectè considererur, ita respondent Castr. d.consi.79. Dec. consil.15.col.3.versi. nec obstat. & alios refert Rol. consi. 82.col.antepe.versi.non obstat denique.lib.3.qui scribũt, hanc obiectionem in obijcientes posse retorqueri, etsi de dotatione non loquantur. addo Ruinum consil. 168. numero 12. lib.3.

Quarta difficultas obijcitur huic argumentationi, q̃ cùm hîc agatur de exclusione & priuatione,fieri non
44 debet argumentum † de filia ad neptes ex filio. vt probant l.si quis filio,in prin. ff.de iniusto rupto & irrito testam.& §.posth.Inst.de exhæred.liber. vbi exhæredatio
45 † facta de filio non trahitur ad nepotẽ.Hinc docuit Bal.
46 in l.venia.C.de in ius vocando, q̃ statutum † excludens filiam,non excluderet neptem ex filio.Et Baldum secuti sunt alij nonnulli ibi.Ita ergo hoc in casu dicendum vr̃, non esse bonam consequentiam, testator excluſit filiam: ergo etiam voluit excludere nepres ex filio. Qua argumentatione vsus est in specie hac Curt.Sen.consi.45.Statuto seu consuetudine,col.8.versi. 6. fortiter comprobat. &c.Respondetur ex sentẽtia Soc.Iun.d.consi. 168.nu. 43. versi.& dum 2.lib.2.q̃ hîc non argumentamur ab exclusione,vt scilicet exclusio filiæ inferat & operetur exclusionem neptũ:sed argumentamur ad interpretãdam volũtatem testatoris, qui dum excluſit filiam ob masculos, ostẽdit voluntatem & mentem suam, sub illa conditione subintellecta à d.l.cum auus,& à d. l. cum acutissimi, fœminas non contineri.Nec repugnat d.l.si quis filio.& §.posthumorum:quia (vt Socinus scribit)procedunt, cũ pater habet necesse instituere vel exhæredare filium & neporem,quia exhæredatio de vno facta,ad alterum nõ infertur. Ea est ratio, (vt hoc præter Socinum dicam)qa
47 exhæredatio † sine causa fieri non potest. §. aliud quoq; capitulum,in authen.vt cùm de appel.cognoſ.Etsi ergo causa digna fuerit in filio,vt exhæredaretur, attamen illa causa nepoti nocere non debet.l.si quis in suo.§.legis. C.de inof. testam.Sed in casu nostro diuersum est, quia solùm hîc agitur de coniicienda volũtate testatoris,quæ talis coniicitur,vt ex exclusione filiæ voluerit conditionem à lege subintellectam solùm esse de masculis, non
48 autem de fœminis. Nec repugnat doctrina Baldi in d.l.
* venia.quia(vt Soc.ait.d.consi.168.nu.45.) communiter * reiicitur,vt apud Iasonem & Deciũ in d.l.venia.& Brunum in tract. Quòd stantibus masculis,&c.art. 6. nu. 93. & art.12.nu.234.Curt.Iun.consi.111.col.antep.versi.nec obstat quod.lib.3.

Quinta & nunc vltima obiicitur difficultas,quòd hæ fœminæ non videntur considerandæ tanquam fœminæ,
49 sed vt masculi,cùm loco † earum patris sint subrogatæ, & eum repræsentent.iuxta §. cùm filius. Inst. de hæred.
50 quæ ab intest. Et subrogatum † naturam eius cuius loco subrogatur assumit.l.eũ qui.§.iniuriarum. ff.si quis cautio.§.fuerat, Inst. de actio.Quemadmodum harum pater nunquam fuisset excluſus si vixisset:ergo nec hæ fœminæ illius loco subrogatæ. Respõdetur apertius quàm responderit Soc.Iun.d.consi.168.nu.46.versi.non obstat. lib.2.& eo tacito Rol consi.82.col. antep. versi. ad illud quod.lib.3 Quòd hoc in casu fœminæ non dicuntur loco patris subrogatæ : cum subrogatum illius naturæ & qualitatis esse debeat,cuius fuit illud, cui subrogari debet,vt scribunt Alex.consi.106.nu.17.lib.3.& Paris.consi. 49.num.78.lib.3 alios retuli lib.1.de arbitra.iud.q.54.nu. 30.32 vbi num.36.scripsi ex l.1 § hæc actio.ff.si quis testa. lib.esse iussus fuer.Bald.in l.certum.C. vnde legit.& ex alijs hoc maximè euenire in substitutione,quæ naturam institutionis,cuius loco subrogatur, non induit. Atqui non habent hæ fœminæ eam naturam & qualitatem, quam habebat earum pater,nempè qualitatem masculinitatis,qua familia & agnatio conseruari potest.

Secundò, vt sim huius opinionis mouet me multũ
51 vrgens hæc coniectura:cùm Laurentius testator † in hæredis institutione solùm filios masculos natos & nascituros vocauerit,eosque solùm inuicem substituerit in perpetuum,nõ alia ratione id fecisse præsumitur, q̃ vt bona in agnatione sua & familia conseruaret omni tempore. ita censuerunt omnes, quos infra referam. & maximè Ias.consi.141.col.6.versi.3.pro eadem parte.& col.8.versi. 7.prædicta.lib.2.Ruin.consi.119.nu.17.lib.3.Et sufficit ta
52 cita † hæc ratio,quæ pro expressa habetur,vt in specie scribũt Soc.Iun.d.cõsi.168.nu.54.Ias.vbi suprà,Atqui fœmi-

53 næ † non possunt conseruare agnationem & familiam: cùm in alterius familiam transeant, scribunt Io.de Ana. consil.4.col.2.Rui.consi.146. nu.4.libr.2.Paris.consi.22. nu.41.& consil.40.nu.43.lib.2.Cra.consi.180.consc 250.& consc.306.& Soc.Iun.consc.1.num.44.lib.1. ergo testatoris voluntas fuit, quòd sub conditione à l. cùm acutissimi, sub intellecta continerentur masculi,& non fœminæ.ita argumentantur in his ferè terminis Doctores, dum loquuntur de conditione expressa à testatore. Quæ quidē conditiones quò ad hoc procedunt à pari. vt respondit post Cur.Iu.consc.139.num.4.5.Soc.consc.59. num.9.lib.4. Ita inquam (vt dixi) argumentatur Castr.consc.79.Casus iste frequenter, li.1.quem refert Soc. in d.l.cum auus.nu. 85.ita etiam Ias. consc.141.col.4.in fin. vers.in primis ergo li.2.Soc.Iu.d.consc.168.nu.38.39. li.2.

Nec huic solidæ argumentationi repugnant aliqua, quæ obijci solent. Et primò solet obijci, quòd hæc con-
54 iectura † dicitur leuis,quòd scilicèt voluerit testator bona conseruari in agnatione, ex quo filios suos institutos reciprocè substituit. Siquidem ita videmus in casu l.cùm auus, vbi filius substituitur, & tamen etiam fœmina filia grauati excludit substitutum.d.l.cùm acutissimi.C.de fideicom. ita hac ratione relatam cōiecturam & argumen tationem esse leuem respondit Cor.consi.230.nu.7. lib.3. respondeo primò vnà cum Soc.Iun.d.consi.168.nu.55.lib.
55 2.relatam obiectionē posse procedere † in casu d.l. cùm auus, vbi sola simplex substitutio de filijs facta fuit. Nec ibi testator rationem habuit conseruandæ agnationis & familiæ:vt hîc. Quæ duæ coniecturæ in casu nostro iunctæ simul ostendunt, testatorem de fœminis non sen sisse. Et ita etiam sensit Ruin. consi.168.num.12.lib.3. qui contra Corn.d.cōsi.230.in indiuiduo respōdit: quod fuit in casu testamenti Ioannis de Lignano, celeberrimi Iurisconsulti. Quo in casu responderunt & Ale.consil.55. lib.3.& Soc.Sen.consi.227.lib.2.

Præterea, & secundò, confirmando relatam responsionē,dico esse aduertendum,quòd in casu d.l.cùm auus, substitutio fuit simpliciter facta sine longo tractu tēporis in futurū: ob id familiæ conseruationē ostendere nō potest:at nostro in casu substitutio fuit facta in perpetuum. Quæ perpetuitas cessaret, si fœminæ facerent deficere conditionem.

Secunda difficultas huic solido fundamento obijcitur,
56 quòd etiam hæ † fœminæ sunt agnatæ, & viuentis nomē familiæ conseruabunt.l.pronuntiatio, in fine, cum l.sequenti.de verb.sig. Alex. consc.55.nu.5.li.3.Ias.consi.142. col.4.ver.6.facit li.2.Ergo & de illis testator creditur intellexisse. Respondeo vnà cum Soc.Iun.in d.cōsi.168.nu. 59.quòd licèt filiæ masculorū dicantur de agnatione patris, non tamen dicuntur idoneæ ad conseruandā agna-
57 tionem & familiā. Nam filiæ † nuptæ efficiuntur de familia viri, & patris familiā relinquunt, vt docuit Barto. in l.quoties.C.priuileg.Schola.li.12. qui scriptū reliquit,
58 quòd priuilegiū † alicui concessū pro se & suis,non com petit filiæ nuptæ.Et quamquā hæc Bartoli sentētia sit ma ximè dubia, si absolutè intelligatur,vt apparet ex copiosè relatis à Tiraquello in tract. de legib. connubial. l.1. nu.35. attamen sine cōtrouersia procederet, si priuilegiū cōcederet † hanc ob cām,vt familiā suā is priuilegiatus pos-
59 set cōseruare.Nā cùm ratio restringeret priuilegiū, argu mento l.cùm pater.§.dulcissimis.de leg.2.solū illud priui legium competeret illis, qui idonei essent familiam primi priuilegiati conseruare. Ita intelligunt permulti rela ti ab Osascho in decisionibus Pedemontanis, decis.127. numer.1. qui scribit, fœminam nuptam extra familiam non censeri de familia ad conseruationem ipsius familiæ. Non enim negatur his fœminis priuilegium, ob id quòd non sint de descendentibus: sed quia in eis deficit qualitas requisita, conseruationis familiæ.

Tertiò accedit, quòd in ciuitate Cortonæ extat statutum 47. sub. rubr. de succes. ab intest. quo fœminæ existentibus masculis à successione ab intestato excludūtur.

60 Quod sanè statutum † non alia ratione editum creditur, quàm vt bona conseruantur in agnatione & familia:quē admodum copiosè scribunt Soc. Iun. consi.1. num.44. consi.10.nu.21.consi.30.nu.5.consi.118.nu.6.lib.1.&consi. 9.nu.9.lib.2.& Craue.consc.180.num.1. Atqui iuris est præ
61 sumptio,quòd testator † voluerit suam voluntatem esse legi municipali conformem. vt scribit Bartolus in l. hæredes mei.§. cùm ita. in fi. & ibi Ripa num.75.ff. ad S.C. Trebell.& infrà copiosius dicam. Quemadmodum ergo statutum pro conseruatione agnationis & familiæ nō admittit fœminas cum masculis ad successionem patris, ita hoc casu pater præsumitur voluisse,pro conseruatione suæ familiæ,solùm intelligere in tacita illa conditione, si decesserit sine liberis,de masculis, non autem de fœminis.Hac argumentatione passim in specie vtūtur post Castren.Soc.& alios,Ias.consi.140.col.7.vers.9.facit.lib. 2. Gozad. consi.59. num.6. & consi.89. num.5. versi.2. quia. Soc. Iun. consi. 168. num.46. & num.63. lib. 2. & Neuiz. consi. 33. num. 9. Ea quoque ratione vtuntur, quia hoc in casu ob statuti dispositionem materia sit dif
62 ferens inter masculum & fœminam,cùm masculus, † & non fœmina,admittatur ad successionem, ob id masculinum sub se non continet fœmininum. ita post Ancha. in l.tres fratres.ff.de pactis, scribunt Alex. in l.Gallus.§. quidam rectè,in fi.de lib.& posth.& consi.127.col.1.lib. 1.& Soc.Sen.consi. 51.col.7.li.4. quos cum alijs recenset. Soc.Iun.d.consi 168.nu.67. Quibus accedunt Tiraquel. in l.si vnquam,in verbo liberos.nu.102.C. de reuo.dona. Didacus lib.3.varia.resol.ca.5.nume.5.& Soc.Iun.consil. 13.nu.11. lib.3. cæteros sciens prætereo. Et ad rem magis confert quod respondit Butr.consi.9.in 1.dubio, nempè,
63 sub nomine † descendentium & posterorum fœminas non contineri,cùm relatum statutum in ciuitate viget. Et Butr. secuti sunt in specie hac Soc.Iun.d. cōs.168. nu. 68.Et Butrium quoq; probarunt.Soc.Sen.consi.227.nu. 5.ver.6.& vlt.lib. 2. copiosè Ias. in d. l. si quis id quod nu.18.de iurisd. om. iud.& vberius Tiraq.de retractu cōsang. §.1.gl.9.nu.198.& Paris.consc.88.nu.13.lib.2.

Nec huic tertiæ argumētationi aduersantur aliquæ difficultates.Prima, quòd hæc argumentatio procederet quando statutum excluderet filias propter earum patruos,& ita ob fratres defuncti.Nam tunc verè dici posset verba aliàs cōprehendentia sexum fœmininum hoc casu non continere. Atqui statutum Cortonæ iam relatum non excludit filias à successione intestati patris ob earum patruos:ergo ab ipso statuto non licet sumere interpretationem ad casum nostrum. Ita obiiciunt Curt. Sen.consi. 44.Statuto ciuitatis,co.12.vers.respondemus. & Soc.Sen.consi.55.in fin.lib.3.qui Socinus ait, ita argumentantes paralogizare,hoc est æquiuocare. Et (inquit Curtius)hoc argumentū videtur posse retorqueri,q̄ quē admodum ex statuto hæ filiæ patruos excludunt, ita & ex volūtate testatoris.Respōdetur huic difficultati duobus modis per Socinum Iuniorem d.consi. 168.num.69. versi.Nec obstat.&c. Cuius primam responsionem verè non probo,cùm difficultatem non dissoluat.Respondet
64 itaque secūdo loco Socinus Iunior,quòd doctrina † Bar. in d.§.cùm ita,intelligitur respectu testatoris,& non gra uari, hoc est, quòd testator respectu suæ successionis præsumatur voluisse admitti illos,qui ab intestato ex dis positione statuti vocarentur,& ita fideicommisso esse lo cum,vel ne, secundum quòd sunt personæ, quæ ipsi testatori ab intestato succederent. Et quòd ita sentiat Bartolus, inquit Socinus ita fuisse interpretatum ab Alex. consil.15.in fin.lib.4.& à Soc.Sen.consi 249.col.14. lib.2. & consilio 33.colum.2.libr.4. Eiusdem sententia ego addo Ruinum consilio 146.numero septimo libr. secundo, qui in specie nostra loquitur,Gozad,consi.89.numer.7. idem etiam docuit Zucchardus in l.vlt.num.85. versicu. ego credo.C.de edicto diui Adrian.tollen. qui similibus comprobat. Quorum sententia probabilior est illa, quam secuti sunt idem Ruinus sibi parum cōstans consi.143.

ſi.143.nu.13.lib.2.& Pariſ.conſi.89.colum.vltim.lib.ſecundo,qui cenſuerunt in hac ſpecie teſtatorem conſideraſſe perſonam grauati,cui ſuccedi debet. Eſt enim magis receptum,teſtatorem conſideraſſe propriam perſonã.Qua ex re fit,vt cùm in ſpecie noſtra vt Seraphinus excludit has neptes patrueles ſuas à ſucceſsione inteſtati Laurentij aui ex diſpoſitione ipſius Statuti:ita excludat ex fideicommiſſo à Laurentio conſtituto,qui hoc caſu ſuam voluntatem conformem eſſe voluit diſpoſitioni ſtatuti.

Secunda obiicitur difficultas, quòd non licet argumentari à ſtatuti diſpoſitione, qua fœmina excluditur, ad coniecturandam voluntatem teſtatoris:cùm filius,etiamſi ab vniuerſali ſucceſsione excludatur, deficere ta-
65 men faciat conditionem.vt videmus in † ſpurio & naturali,qui faciunt conditionem deficere, & tamen non ſuccedunt:ita etiam in fœmina dicendum videtur, vt faciat deficere conditionem,ſub qua ſubſtitutus vocatus eſt,licèt à ſtatuto ob maſculos excludatur, ita obiiciunt Corneus conſil.91.colum.2.libr.1.& conſil.202.colum.4.libr.3.& Socin.Sen.conſil.182.colum.2.& in fin.lib.2.quos refert Soc.Iun.d.conſil.168.numer.44. idem cenſuit Ruinus conſil.152.numer.4.libr.2. Ea ratione, quòd ſufficiat
66 perſonam † extare,quæ in conditione eſt poſita, licet nõ ſuccedat.l.filiusfam.§.cùm quis.de leg.1. ex quo nudum pactum in conditione conſideratur. Reſpondet huic obiectioni Socin.Iun.d.conſil.168.numero 72. verſicul.nec obſtat contra Corneum & Socinum eſſe communem
* *ſententiam,vt ſcribit Brunus in tract. Quod ſtantibus maſculis,&c.artic.12.colum.2.& 3.eſt in quæſtio.5.num.85.qui ex Corneo & aliis ſcribit,ita demum fœminã per exiſtentiam maſculorum excludi, ſi ipſi maſculi re ipſa ſuccedunt,alios recenſet idem Soc.Iun.conſil.28.nume.9.libr.3. Ego verius & clarius reſponderem, non ſuffi-
67 cere † in caſu noſtro fœminas exiſtere,ſed debere ſuccedere,vt excludatur ſubſtitutus.Nam conditio à l.cùm auus,& à l.cùm acutiſsimi,ſubintellecta, non eſt ſimpliciter in modum nudæ & meræ conditionis ſubintellecta, ſed in modum diſpoſitionis,quaſi quòd ita apertè teſtator vocauerit filios ſui inſtituti hæredis ante ſubſtitutũ: & quos voluit potius ſuccedere quàm ipſum ſubſtitutũ, vt illarum legum aperta ſunt verba.Et ideo dicimus, q̃ illi filij ita tacitè vocati ſuccedunt ex præſumpta mente teſtatoris.Fuit ergo mens teſtatoris vt illi filij haberent ſuccedere,& caſu quo non ſuccederent,voluit ſubſtitutum conſequi hæreditatem.& ita verè ſenſit Soc. in dicta l.cùm auus,colum.42. ſic intelligens & declarans Comenſ.in l.filiusfa.§.cùm quis.de legat.1.& Alber.in l.generaliter.§.cùm autem.C.de inſtitut.& ſubſtitut. Cùm
68 ergo filia † ob maſculi exiſtentiam effecta ſit inhabilis, eam teſtator non habuit in conſideratione, cùm iam sciret illam non ſuccedere.Nec ad rem noſtram confert dicta l.filiusfam.§.cùm quis,de legat.1. quia reſpondeo ex egregia declaratione Ruini conſil.126.nume.11.verſi. vel ſecundò,& fortè melius.libr.3.quòd aliquando ſubſtitu-
69 tio † ab initio ceſſat in ſubſtantia.ſicuti quando eſt facta ſub conditione.l.cedere diem.ff. de verb.ſigni. Hoc caſu ſola ſuperexiſtentia perſonæ poſitæ in conditione facit deficere ſubſtitutionem ex defectu conditionis. Et hoc caſu procedit text.d.§.cùm quis.quo ſanè in caſu nos nõ verſamur.Aliquando ſubſtitutio non ceſſat ab initio in ſubſtantia,ſed ineſt,licet careat effectu:& tũc ſola ſuperexiſtentia non impedit effectum:Quemadmodum dicimus de pupillari tacita,quæ non impeditur per ſolam ſuperexiſtentiam matris,quæ non vult,nec poteſt ſuccedere.l.vlt.C.de impub.& aliis ſubſtit.Et hoc ſecũdum Bar. in l.Centurio.nume.5.de vulg.quia initio ineſt,matre etiam exiſtente in medio,licet contra matrem, antequam excludatur,non habeat effectum.Et hoc in caſu verè nos verſamur.

Prætereà ad d.§.cùm quis. reſpondetur ex declaratione Bartoli ibidem in fine,quem probarunt Ange. & Caſtr.ibi & Soc.Iun.conſi.42.num.28,verſ. vel 2.li.1.d.§. cùm quis, ſolùm procedere,quando poſiti in conditione non fuerunt hæredes ex voluntate, vel quia noluerunt, vel quia eorũ pater eos exhæredauit.Non autẽ locum habet,cùm lege,vel caſu impediuntur, & hæredes eſſe non poſſunt, vt contingit in caſu noſtro, vbi filia ob maſculos à ſtatuto excluditur.

Tertia obijcitur difficultas huic fundamento & coniecturæ,quòd ſcilicèt illi locus eſſet quãdo hîc ageretur de hæreditate & ſucceſsione teſtatoris,ſed cum agatur de hæreditate patris dictarum filiarum,& ita d. Nicolai,
70 quia hæreditate † teſtatoris per eum adita effectum eſt totum patrimonium ipſius Nicolai.l.1.veteres,vbi copiosè Iaſ.nu.14.de acq.poſſ.non eſt interpretãda hæc ſucceſſio ex voluntate teſtatoris, ſed ipſius Nicolai,cuius bona
* petunt filiæ. ita in ſpecie obijcit Curt. Sen.conſ.44 Statuto ciuitatis,col.6.verſi.6.fortiter.& Cephal.conſilio 45.nu.17.lib.1. Reſpondeo vnà cum Caſtren.d. conſi.79. & Socin.Sen.in l. cùm auus.nu.80. verſi.11. dicebatur.ff. de cond.& demon.& Soc.Iun. conſi.168.nu. 73 li.2.& Socinum probauit Rolan. d.conſi.82. col.antepe. verſi. Non
71 obſtat etiam.&c.non eſſe verum † quòd bona hæc abſolutè facta ſint Nicolai,adita per eum hæreditate, quia verius eſt, eſſe facta ſua ſub conditione & qualitate reſtitutionis,eueniète caſu, iuxta textum in ſimili in l. ex facto. §.ex facto. ff. ad S. C. Trebel. Et ideo verè agitur de bo-
72 nis teſtatoris, quæ re ipſa † pendente cõditione alienari à grauato non poſſunt.l.vlt.§.pen. C. comm. de leg.

Quarta obiici poteſt difficultas ſecundum Soc. Sen. conſi.182.col.2.ver. poſtremò & 4.li.2. & Rui. conſi. 152.
73 numero 3.lib. 2. quòd filia † à ſtatuto excluſa cenſeatur ſolùm excluſa ab inteſtato,non autem ex teſtamento. licèt ergo filia ob diſpoſitionem ſtatuti,ſi ageretur de ſucceſſione ab inteſtato,non faceret deficere conditionem, attamen, cùm agitur de ſucceſſione ex teſtamento, quo à patre Nicolao vocata fuit, non admittitur ſubſtitutus. Reſpondetur,quòd aut hîc conſideramus diſpoſitionem Laurentii,harum fœminarum aui,& tunc clarum eſt has fœminas non fuiſſe vocatas,ſed excluſas, quemadmodũ hactenus fuit demonſtratum, & infrà apertius planum faciam.Aut conſideramus diſpoſitionem Nicolai patris, & tunc dicendum eſt, nihil illam prodeſſe ad interpretandam voluntatem Laurentii teſtatoris. Nec enim vo-
74 luntas † grauati nocere poteſt diſpoſitioni teſtatoris fideicommittentis.Quod apertè ſcripſerunt contra Socin. & Ruinũ iam relatos eruditiſſimi Fabius Acoronbonus & Hier.Torniellus in rep.l.hæredes mei.§.cùm ita ff. ad Trebell.ille in fi.iſte nu.154.verſi.vlt.&c. Nam,(vt rectè dicebat Torniellus)ſi hoc concederetur, facilè teſtatoris
75 † fideicommittẽtis voluntas eluderetur, quod iuri repugnat.l.fideicommiſſa.l.ſi ita quis. §. vlt. de condit. & demon.Dec.conſi.399.nu.1.& Rui. conſi. 122. nu. 8. libr.2. Prætereà Socini & ſequacium relata ſententia procedere poſſet in ſimplici fideicõmiſſo,in quo de enixa voluntate fideicommittentis non conſtat: at ſecus cùm enixè conſtat teſtatorem velle bona conſeruari in familia,tunc grauatus dum non poteſt filiam propriam hæredem inſtituere,vt infrà dicam in quarto huius conſultationis articulo.per conſequens non poteſt inſtituendo filiam interpretari, imò verius ſubuertere voluntatem teſtatoris fideicommittentis.His conſtat,inconcuſſãm ſtare tertiam hanc argumentationem.

76 Quartò mouet me argumentatio † hæc ab euitando abſurdo: quæ quidem iure recipitur. Si enim hæc tacita conditio hîc intelligeretur etiam de fœminis,illud ſequeretur, quòd,ſi Nicolaus † reliquiſſet vnà cum his ſuis filiabus etiam filios maſculos, hæ fœminæ vnà cum maſculis in fideicommiſſo ſuccederent:quod quidẽ abſurdũ eſt,inſpecta voluntate Laurentii teſtatoris,qui voluit familiam ſuam cõſeruari quæ(vt diximus)à fœminis conſeruari non poteſt.Ita argumentatur Socinus Iun.d.cõſi. 168.nu.74.lib.2.Nec(inquit ille)dicatur. q̃ abſurdũ euitabatur,ex quo fœminæ à ſtatuto excludũtur:quia reſpõ-

detur,ſtatutum non nocerè fœminæ in ſucceſsione ex te ſtamento:ſed ab inteſtato. Nec hîc dici poteſt,has fœminas vti in conditione tantùm poſitas fuiſſe ſucceſſuras ab inteſtato,quia cum Socino reſpondeo,quòd imò ex teſtamento,quippè quòd in infinitum ſubſtitutiones factæ fuerant:ex quo ſequitur in conditione poſitos fuiſſe
78 grauatos,& in † neceſſarium antecedens vocatos, iuxta doctrinam Oldr.conſi.174.què ſecuti ſunt plures. Ruin. conſi.118.nu.11.lib.2.Boer.q.155.nu.13.18.& Cephal.conſi. 251.num.79.lib.2.iuncta tamen doctr.Bart.in l.Centurio, nu.37.verſ.quæro vlterius,de vulg.& ibi Ripa.num.166. dum ſcribunt in conditione poſitum & grauatum cenſeri vocatum.Alex.conſi.67.in fine.libr.5.Corn.conſil.273. col.1.lib.4.& Soc.Sen.conſi.249.col.3.lib. 2. abundè Soc. Iun.conſi.110.nu.21.lib.3.& Pariſ.conſi.75.num.63.libr.2. Ne igitur hoc abſurdum ſequatur,erit dicendum, quòd quemadmodum hæ filiæ eo caſu non potuiſſent ſuccede re,ita nec hoc noſtro,cùm eadem adſit vtriuſque caſus ratio,nempè agnationis conſeruandæ.

79 Quintò accedit,quòd quemadmodum vna pars † le gis alteram declarat.l.vtrum.ff.de petit.hæred.ita etiã vna pars teſtamenti alteram aperit.l.qui filiabus. de legat. 1.vbi copiosè Iaſon. Arqui Laurentius teſtator in inſtitu
80 tione † à ſe facta in ſuo teſtamento ſolùm maſculos tam natos quàm naſcituros vocauit,ergo & in conditione ta cita & à lege ſubintellecta de ſolis maſculis ſenſiſſe præſumitur:ita in ſpecie argumentantur.Iaſon cõſ.140. col. 7.verſi.octauo.cõſ.141.colu.8.verſi.11. facit lib.2. Gozad. conſ.89.num.6.Neuiz.conſi.33.nu.7.Alba conſ.19.nu.12. & Soc.Iun.d. conſ.168.num.74.lib.2.Quorum ſententia confirmatur ex notabili doctrina Abbatis conſ. 37. Videtur primo.col.vlt.lib.2. qui reſpondit quòd ſi teſtator
81 † in vna parte teſtamenti filij maſculi mentionem faciat; & poſtmodum in alia parte,filiũ ſimpliciter nominet, de maſculo ſemper intellexiſſe præſumitur: cùm vna pars teſtamenti aliam declaret. Quam ſanè Abbatis ſententiam probarunt Curt.Sen. conſi.52. Super teſtamentis. col.5.verſi.2.in terminis, & conſi.76.D.Ludouicus, col.9.Iaſ.conſ.69.in fin.lib.3. & conſi.137. col. 8. verſic.9. ad idem.lib.4.Ruin.conſ.83.in fin.conſi.99.num.9.conſ. 134.nu.19.conſ.146.nu.6.& conſ.147.nu 8.lib. 2. & conſi. 139.nu.15.& conſi. 168. num. 12.libro 3. Neuiz. conſilium 33.nu. 9. Curt.Iun. conſi.112.nu. 4. conſil.113. numero 8. & conſi.114. num. 20. & conſi. 153 num. 6. Ripa in l. ex facto.§.ſi quis rogatus.il 1. num.17.ff.ad Trebell.Alciat. reſp.638.num.2.Pariſ. conſi.18. num.22.conſil.48.num.5. & conſi.73. num.48.lib.2. Soc.Iun.conſi.90.num.17. lib. 1. conſi.103 num.55. & conſi.160.num.36.lib.2. Rub.conſi.141.nu.4.Cæterùm non ignoro,hanc Abbatis aſſertionem eſſe non parum controuerſam: ſi quidem omnium primus ab eo diſſentit Io.de Ana.conſ. 22. & illum ſecuti Iaſon ſibi parũ cõſtãs in d.l.qui filiabus.nu.3.de leg.1. & cõſ.142.col.6.verſi.6.lib.2.Ita etiam Ruinus ſibi incoſtãs conſ.93.uum.15.conſi.140.num.6. conſi. 144. num. 17. & conſi.152.num.6. lib.2. ita Pariſius à ſe ipſo recedẽs conſ. 38.num.27.32.conſil.39.num.3.lib.2.conſi.35.num.19.conſ. 56.num. 10 & conſ.72.num. 50. lib. 3. & conſ. 74.nu. 14. lib.4.Ita pariter variauit Soc.Iun.conſ.3.num. 42. conſi. 100. num.20.lib.1. conſ. 158.num.40.& conſ. 170. nu. 29. lib.2 conſi.13.num.26.conſi.71.num.14.conſi.73. num.12. & conſi.136. num. 39.lib. 3. Quocircà in tanto doctorum
82 conflictu illam conciliationem † nunc probo, quòd aut nulla extant verba, nulla coniectura, qua dici poſsit, teſtatorem id egiſſe, vt bona in familia conſeruentur per maſculos: & hoc in caſu rectè procedat opinio Io. de Anania & ſequacium. Aut verbis, vel coniecturis conſtat, teſtatorem ob id vocaſſe maſculos, quia voluit agnationem per eos conſeruari: (quemadmodũ noſtro in caſu conſtat)& tunc procedit opinio Abbatis & aliorũ, qui eum probarunt. Hanc conciliationẽ fecerunt Ruin. conſil.139.num.16.vbi in ſpeciè noſtra loquitur. lib.2.& conſi.134.num.19.conſi.146.numer.6.& conſi.147. nume. 7. lib.2. Curt.Iun.conſ. 114. col. vlt.Pariſ.conſ. 93. nu.15. lib.2.clarius Soc.Iun.conſ.103.nu.55.lib.1.Alcia.reſp.632. nu.2. & Alba conſ.19.& Rub.conſ.31.nu.6.conſ.71.nu.6.
83 & conſ.150.in fine. Secundo † etiam modo ita conciliantur hæ opiniones. Aut agitur de filijs plurium, vt putà de filijs ſui ſanguinis, & de filiis extranei:& tunc mentio maſculinitatis in vna parte facta non cenſetur in altera repetita. Ita procedat opinio Io. de Anania & aliorum, qui eum ſunt ſecuti.Et hic caſus non eſt de quo agimus. Aut agitur de filijs vnius tantùm (vt hîc verè agitur) & tunc repetitio præſumitur. & hoc in caſu procedit opinio Abbatis & aliorum.Hanc conciliationem in terminis noſtris facit Rui. conſ.140.nu.6.lib.2.& clarius conſ. 168. nu. 33. lib. 3. & idem reſpondit Aemylius Ferrettus
* conſ.11.nu.9.Præterea opinio Abbatis ſine controuerſia procedit,quãdo in ciuitate extat ſtatutum, quo fœminæ per maſculos excluduntur, vt hîc. Ita Zucchardus in l. vlt.num.85.C.de edi.diui Hadr.toll.

84 Sextò confert argumentatio † ducta à diſpoſitione ſtatuti ad diſpoſitionem teſtamenti, quæ iure recipitur. l. ſi quis legauerit,vbi Bar.ff.de leg.1.ſcribunt alij, quos
85 nunc referam. Hinc dicimus ſtatutum † magis conueni re vltimæ voluntati quàm contractibus. ita tradunt Bal. l. pen.col.pen C. de verb.ſigni. Curt. Sen. conſi.26. col. 6.verſ.verum his omnibus.& con.45.col.4.& Curt.Iun. conſ.5. num.18.Crane.conſi.vlt.num.12.& Soc.Iun.conſ.
86 181.nu.38. lib.2. Atqui, quando ſtatutum † fauore conſeruandæ agnationis excludit filiam, excludit etiam neptes ex filios. Ita Fulg. Alex. Iaſ. & Dec.in l. venia.
* C. de in ius voca.& * communem teſtatur Soc. Iun. conſi.1.num. 59. lib.1.Quibus accedunt Soc. Sen conſi. 252.col.8.in fi. & conſi.296.col. 2.lib. 2. Ruin. conſi.140. num. 16. lib. 3. & Iaſ.conſi. 221.col.3.lib.2. idem Iaſ.conſ. 141. col. 5.verſi.2.pro eadé parte.eo. lib.2. vbi in terminis noſtris ita argumentatur vt Soc. Iun. refert & probat in conſi. 168. numero 46. & numero 77.verſi.6.libro 2.

Septimò confert argumentatio, qua in ſpecie vtitur Soc.Iun.d.conſi.168.nu. 78. lib.2. Sed eam clarius ad
87 rem noſtram deduco.Cùm teſtator † plures gradus ſubſtitutionum facit,& ſubſtitutos grauat,ne alienent, dicitur inter ipſos ſubſtitutos feciſſe reciprocam ſubſtitutionem,glo.l.in codicillis.§.inſtituto:de leg.2. Alex. in l. filiusfam.§.diui,in fi.de leg.1.& alios retuli ſuprà in 1. art.
88 in 3. fundamento. Quæ ſanè reciproca † facta præſumitur fauore conſeruandæ agnationis,vt ſentiũt gl.d. §. inſtituto.& clarius Bald.in l.quoties,la 1.col. 1. C. de fideicom.& alii à Socino d.conſi.168.num.78. relati. Atqui(vt ſuprà diximus) non poſſunt fœminæ agnationem & familiam cõſeruare,ergo ex mẽte teſtatoris non dicũtur facere deficere conditionẽ,ob quã Seraphinus admittitur.

Octauò plurimum me in hanc ſententiam impulit, quòd Laurentius teſtator poſt ſubſtitutiones à ſe factas, ipſos inſtitutos & ſubſtitutos alienare prohibuit: quo fit vt in vita potuerit euenire conditio fideicommiſſi, nempè ſi eorum alter alienaſſet. Atqui,vbi fideicommiſſi cõ-
8 6 ditio † euenire poteſt in vita ſubſtitutorũ,tacita illa conditio à lege ſubintellecta,hoc eſt,ſi ſubſtitutus & grauatus ſine liberis deceſſerit, ceſſat,& locum non habet. Ergo ſi cõditio illa tacita,qua fœmina à lege vocatur,ceſſat, ſequitur,fœminas nõ facere deficere cõditionẽ, & ita nõ excludere ſubſtitutum. Illa minor propoſitio probatur auctoritate Comenſ. in l.cùm auus. Scribit ibi Soc. nu. 29 verſi.tertium corrolarium.& illum ſecuti ſunt Soc. Iu. conſi.126.nu.17.lib.1.& egregiè Pariſius conſi.19. nume. 96.lib.2.qui in notabili caſu reſpondit. Teſtator inſtituit Antonium hæredem & conditionem adiecit, quòd aſſumeret nomen & inſignia ſuæ familiæ, quod niſi id feciſſet,ſubſtituit & vocauit Nicolaum. Is Nicolaus ſuſcepit filios,reſpondit Pariſius, hos filios non cenſeri poſſe os in conditione ad excluſionẽ Nicolai,& ita non ſubintelligi ex diſpoſitione d.l.cùm auus,& d.l.eum acutiſſimi,cùm caſus ſubſtitutionis euenire potuerit viuẽte ipſo Nicolao,

pſo Nicolao, nempè ſi Antonius non aſſumpſiſſet ſibi nomen familiæ teſtatoris & eius ſtemmata. Eandē Comenſis ſententiam probauit idem Soc. Sen. conſi. 6. nu. 8. lib. 3. vbi ſimilem caſum refert. Sed in claris noſtris terminis idem reſpondit Rui. conſi. 168. nu. 30. verſi. præterea. lib. 3. qui in hoc caſu alienationis reſpondit.

Nonò & vltimò mouet me auctoritas eorū, qui cenſuerunt in conditione illa expreſſa à teſtatore, ſi deceſ-
90 ſerit ſine filijs, fœminas † non contineri, atque ita non facere deficere conditionem, cùm relatæ coniecturæ adſunt. Et idem eſt hîc dicendum in conditione hac tacita & ſubintellecta, quæ illi expreſſæ æquiparatur, vt diximus ſuprà in ſecundo fundamento. Quòd autem obcōſecutas ſub expreſſa conditione fœminæ non comprehendantur, affirmarunt, Caſtrenſis, Fulgoſius, Comenſis, Socinus Senior, Cato Saccus, Iacobus Puteus, Aretinus, Barbatia, Alexander, Riminaldus Senior, Caccialupus, Ioannes Petrucius, Ambroſius Opizonius, Lancellotus Decius, Marianus Socinus Senior, Curtius Senior, Calcaneus. Aloyſius Tentor, Ambroſius de Aduocatis, Iaſō, Philippus Decius, Curtius Iunior, Corneus, Baldus nouellus, Gozadinus & Alciatus. Quos ſanè vigintiſex Doctores ita recenſet Socinus Iun. conſi. 168. num. 84. 85. lib. 2. & nu. 86. Scribit Dynū & Bartolum idē ſcripſiſſe, cùm
91 adeſt ſtatutum † excluſiuum fœminarum, vt extat in caſu noſtro. His accedunt alii enumerati à Gerardo Mazollo conſ. 5. num. 66. nempè, Crotus, Gratus, Elephantutius, Saluiolus, Gammarus, Pepus, Sala, Palæotus, Pariſius, Ruinus, Brunus. Et hos etiam refert Rolandus à Valle conſi. 82. num 33. verſic. ſecundo & nouiſſimo, lib. 3. qui ex recentioribus addit Beroium, Albā & Portium. Ego quoque addo Neuiz. conſi. 33. nu. 11. qui ſcribit, hanc ſententiam probaſſe Mathæum Boſſium & Conradum Manlium Cæpollam in conſilijs ciuilibus conſi. 49. nu. 7. Alciatum reſpon. 52. in fine, qui idem reſpondit quod docuit in locis à Socino Iuniore ſuprà relatis. idem Alciatus reſpon. 632. Idem reſpondit eruditiſſimus Hieronymus Albanus nunc Cardinalis meritiſſimus conſi. 21. nu. 10. 11. Didacus Couuar. in ea. Raynaldus, in initio. num. 1. de teſtamen. Et eandem ſententiam verè probat Arius Pinelus in d. l. ſi viua matre. num. 25. C. de bonis mater.
92 quando ſcilicet ſubſtitutus † eſt idoneus conſeruare agnationem & familiam, vt eſt in caſu noſtro.

Non obſtat nunc adducta in contrarium, quibus etſi ex iam deductis pro Seraphino ſubſtituto ſatiſfactum credam, in ſpecie tamen reſpondeo. Ad primum itaque dico ab illa legis præſumptione & cōiectura eſſe receſſum ob varias & multiplices cōtrarias coniecturas & præſumptiones ſuprà conſideratas, cùm, vt præfatus ſum, hæc legis præſumptio pendeat à coniecturata voluntate teſtatoris.

Non obſtat ſecundum, quia reſpondeo, quòd illa verba prolata à teſtatore ſecundum formam iuris, non referuntur ad formam iuris communis, ſed ſtatutorum ciuitatis Cortonæ: cùm verior & recepta magis ſit Docto-
93 rum ſententia, teſtatorem † in dubio præſumi velle diſpoſitionem ſuam eſſe iuri municipali cōformem. ita Bart. in l. hæredis mei. §. cum ita. in fin. ff. ad Trebell. & ibidem
* communem * teſtatur Ripa. num. 75. Quibus accedunt Dec. conſi. 153. num. 1. & conſi. 155. num. 2. Soc. Sen. conſi. 94. num. 11. lib. 4. Rui. conſi. 30. nu. 14. lib. 2. Afflict. deciſ. 44. num. 20. Pariſ. conſi. 78. num. 25. lib. 2. & conſi. 5. nume. 27. li. 3. Soc. Iun. conſi. 104. nume. 27. li. 1. Neuiz. conſi. 35. nume. 6. & copiosè Craue. conſi. 109. nume. 3. & conſi. 250. nu. 2. alios etiam plures recenſet eruditiſs. Zanchus in d. §. cùm ita, vt dubitādū minimè ſit, quin hæc ſit recepta opinio. Quocircà argm̄ retorquet, vt quēadmodū ſtatutum excludit fœminas propter maſculos, ita eas excludere voluerit hic teſtator. Atque ita hoc in caſu maſculinum non concepit fœmininum, vt dixi ſuprà in tertio fundamento noſtræ ſententiæ. Et in ſpecie ita reſpondet Soci. Iun. conſil. 168. numero 88. lib. 2.

Non obſtat tertium, quia reſpōdeo vnà cum Soc. Iun. d. conſi. 168. num. 80. argumentum procedere cùm ea-
94 dem qualitas † quæ fuit in inſtituto, continuat in ſuis deſcendentibus: & illi eiuſdem naturæ ſunt, cuius fuit ſuus ille anteceſſor vocatus. Nam & erga eos tunc eſſe creditur illa animi affectio, quæ fuit erga primum inſtitutum: at ſecus cùm diuerſa eſt qualitas & natura, vt hic. Quandoquidem tunc ceſſante illa cauſa affectionis, ceſſat & ipſa affectio, & per conſequens de eo vocatio: iuxta vulgatam regulam l. adigere. §. quamuis, de iure patro. Et hanc Socini reſponſionem probauit & Rolan. d. conſi. 82. nu. 40. verſi. ſimiliter.

Non obſtat quartum, quia reſpondet Soc. Iun. d. conſ. 168. num. 91. 92. lib. 2. quòd licèt fideicommiſſum ſit odioſum, attamen ex voluntate teſtatoris regulatur, & cùm voluntas teſtatoris hæc ſit, vt fœmina non faciat deficere conditionem, illa obſeruari debet. Reſpondeo ego clarius & argumētū ita in fœminas retorqueo. Hoc fideicommiſſum eſt inductum pro conſeruatione familiæ & agnationis, vt ſuprà demonſtrauimus: atqui fideicō-
95 miſſum † conſtitutum fauore agnationis conſeruandæ, eſt fauorabile, ergo debet extendi. Illa minor propoſitio probatur auctoritate multorum: ita enim ſcribunt Ancha. conſ. 27. col. pen. verſi. hic autem loquimur. Curt. Iun. conſi. 3. nu. 12. & conſ. 22. nu. 11. Capicius deciſ. 108. num. 15. Gozad. conſ. 89. nu. 12. qui in terminis noſtris loquitur. Pariſ. conſ. 63. nu. 27. & conſ. 35. nu. 38. lib. 2. & Soc. Iun. conſi. 181. nu. 39. lib. 2.

Non obſtat quintum fundamētum contrarium, quia reſpondeo præter Soc. Iun. d. conſi. 168. nu. 93. lib. 2. quod argumentum retorquetur in aduerſarias. Teſtator, ponendo filios in conditione, ſolùm dicitur vocaſſe eos, qui ab inteſtato erant ſucceſſuri, ſed filia ſuccedere non poterat, ergo filia non fuit in conditione poſita. Et ſi
96 fœmina † non fuit poſita in conditione, ergo à fortiori nec neptis ex filio, iuxta d. l. ſi viua matre. C. de bonis mater. Et, ſi rectè perpendatur, ita etiam ad excluſionem neptis argumentatur Corn. d. conſ. 120. nu. 3. lib. 2.

Non obſtat vltimum, quia reſpondetur, receptam
97 † magis opinionem eſſe in contrarium, vt ex enumeratis apertè conſtat. Et ab ea communi non eſſe conſulendo & iudicando recedendum cenſuit Rolan. d. conſ. 82. col. vlt. verſi. Non obſtat. lib. 3. Præterea Soc. Iun. d. conſ. 168. nu. 94. vſque ad finem. li. 2. ſingulatim reſpondet ad omnes contrarias auctoritates. Non repetā ab eo ſcripta. Nec etiam obſtant auctoritates adductæ, poſt Socinum Iuniorem, à Cephalo & Rolādo, quia illis ſigillatim reſpondeo. Sed priùs præmitto illam diſtinctionem cōmu-
* niter * receptam: q̄ aut teſtator ſubſtituit à ſe deſcenden-
98 tes, aut † extraneo. Si ſubſtituit à ſe deſcendentes, neptis ex filio non facit deficere conditionem: atque ita nō excludit ſubſtitutum. Et in caſu procedit magis recepta opinio, quam nos, qui verſamur in hoc caſu, probamus & ſequimur. Si verò extraneus eſt ſubſtitutus, tunc neptis non facit deficere conditionem, atque ita non excludit ſubſtitutum. Ita procedat cōtraria opinio. Hāc diſtinctionem omnium primus fecit Caſtr. d. conſ. 79. &
* cōmuniter * recipi teſtatur Rol. d. conſ. 82. col. pen. Nunc modò reſpondeo contrarijs Doctorum auctoritatibus. Non etiā nobis repugnat auctoritas Io. Sadoleti, Alberti Belli, Antonii de Leutis, & Dominici Maſſæ: quādoquidem illi loquuntur eo caſu, in quo neptes ex filio in conditione poſitæ concurrebant cū Alexandro ſecūdo loco ſubſtituto: poſt reciprocā factā inter filios teſtatoris inſtitutos: & is Alexander nō erat filius, nec ex deſcēdētib. teſtatoris, ſed extraneus, qui familiā & agnationē conſeruare non poterat: vt Alexandrum illum fuiſſe extraneum, commemorant apoſtillātes ad conſi. Barbatiæ inter ipſa conſilia Alex. conſi. 52. lib. 4. nu. 9. in verbo, Alphonſi. & ideo Bologninus in d. conſi. 53. quod edidit contra illud conſilium Barbatiæ, ſæpe contendit, eo in caſu non adfuiſſe rationem conſeruandæ agnationis, vt i-

conſtat ex ſcriptis ibi nu.17.& ibi recentiores apoſtillantes.Non ergo nobis illorum auctoritas obeſt. Nec etiam repugnat auctoritas Io. de Ana. d. conſi,22. quia verè is ibi in fine concludit, filias non excludere ſubſtitutos.& ſi dicatur,loquitur ille eo caſu quo expreſſim maſculi nõ ſunt poſiti in cõditione,& ita de mente teſtatoris conſtabat, quia reſpondeo etiam in caſu noſtro ex coniecturis permultis conſtare de mente teſtatoris, quòd maſculos tantùm in conditione eſſe voluerit. Nec pariter repugnat auctoritas collegiorum,quia vt ſcribit Soci.in l.cùm auus.nume,80. loquuntur cùm extraneus fuit ſubſtitutus,vel pia cauſa.& clarè idem refert Caſtren.in l.1.in fi. C.de cond.inſertis.Non pariter repugnant auctoritates Riminaldi Sen.& Virgilij de Sylueſtris,inter conſilia ipſius Riminal.conſ.223.& 224.lib.2. quia ex iã deductis conſtat contra eos eſſe opinionem magis receptam, cùm illam probauerint quinquaginta Doctores: à quib⁹ diſſentire,nefas eſſe opinor.

Præterea,non repugnat auctoritas Soc.Iun.d.conſ. 158.nume.47.lib.1.quia(vt ipſemet ibi declarat) loquitur cùm ſubſtitutus non poterat conſeruare agnationem & familiam.Et Socinus Iunior d.conſ.17.nu.20. li.3.loquitur quando ex coniecturis conſtabat mentem teſtatoris eſſe,quòd ſubſtituti à nepte excludantur, vt ipſemet ibi nu.4.declarat.Non quoque repugnat auctoritas Ruini conſi.93.conſi.1.2.& conſ.143.lib.2.Siquidem Ruin.d.cõ ſi.93.conſiderat,illum ſubſtitutum fuiſſe tranſuerſalem teſtatoris:qui quidem teſtator inſtituerat filium,& illis ſubſtituit quendam Auguſtinum tranſuerſalem:& ob id illa affectio,& illa ratio,ob quam teſtator excludere ſolet filias,cùm inſtituti ſunt & ſubſtituti proprij filij, ceſſat hoc caſu,quo tranſuerſales ſubſtituuntur:cùm ſcilicèt non conſtat teſtatorem vocaſſe ſubſtitutum pro conſeruatione agnationis & familiæ.ita etiam Rui.cõſ.142. lib.2.loquitur cùm filia in re certa inſtituta fuit filio inſtituto ſubſtituta:quo ſanè in caſu non poteſt conſiderari ratio conſeruandi agnationem. Præterea Ruino non eſt in hoc deferendum.Nã,præter id,quòd in ſpecie noſtra contrarium conſuluit multis in locis, vt in conſi. 130. col.vlt.& conſ.145.in fin.lib.2.& conſ.139.num.16. libr.3. illud maius eſt, quod in fortiori caſu idem reſpõdit, quã
99 do teſtatrix † quæ tamquam fœmina,curam non habet conſeruandi agnationem,ita diſpoſuit,vt ipſe Ruin. conſi.141.lib.2.reſpondit ſubſcribendo cõſilio Vincentij Herculani,cui in eadem ſpecie ſubſcripſit Curt.Iun.conſilio 35.Non etiam repugnat auctoritas Pariſij conſil. 18.nu.3. & conſi.41.num.25.lib.2.qui verè Pariſ.in d.conſi. 18. nu. 21.cum ſequentibus contrarium reſpondit, nempe filiã non impedire ſubſtitutum.Nec ipſe Pariſius diſſentit d. conſ. 41.lib.2.cum de hac re non diſputet.Non repugnat auctoritas Croti conſi.17. quia Crotus deceptus eſt auctoritate eorum,præſertim collegij Peruſini,& Auinionenſis,quæ reſponderunt,quando ſubſtitutus erat extraneus,vel pia cauſa,vt dixi ſupra.Præterea Crotus ipſe cõ ſi.1.copiosè magis pro ſubſtituto contra neptem reſpondit.Non quoque aduerſatur auctoritas Alciati in tract. præſumpt.reg.3 præſumptio.32.nu.2. verſ. præſupponit: quia Alciatus concedit veram eſſe opinionem Caſtrẽ. d. conſi.79.Caſus iſte frequenter.cùm extat ſtatutum, quo fœmina per exiſtentiam maſculorum excluditur:quemadmodum extare hoc in caſu diximus. Non quoque repugnat auctoritas doctiſsimi cõpatris mei Cephali, quẽ honoris cauſa ſemper nomino.d.conſilio 45.libro 1. quia ipſe ibi nume.15.fatetur ſuo in caſu non fuiſſe ab illo teſtatore conſideratam rationem conſeruandæ agnationis,vt fuit in caſu noſtro. His conſtat rem hanc eſſe claram pro Seraphino ſubſtituto contra neptes Nicolai filias.

Tertia dubitatio propoſita enucleanda nunc eſt, an Io.Iacobus Seraphini pater trãſmiſerit ius huius fideicõ miſsi in ipſum Seraphinum.Et dicendum videbatur nõ
100 tranſmiſiſſe:quandoquidem hoc fideicommiſſum † cõ-
* ditionale eſt, quod tranſmitti non poteſt, vt eſt gl.* cõmuniter recepta in l.vnic.C. de his qui ante apertas tab. quam eſſe ab omnibus probatam cenſuerunt Soc. Sen. conſi.6.nu.11.lib.3. Iaſon conſi.154. col. 1.lib.4.Brun.cõſi. 8.col.1.Curt.Iun. conſ.16.num.1.Goza.conſ.29.nu.10. & Soc. Iun. conſi.117. num.2.lib. 1. cæteros de indũſtria omitto.

Secundò maiorem dubitationem mouet auctoritas Ruini conſi.140.nu.14.lib.2.qui reſpondit,quòd licèt ali-
101 quibus † coniecturis dicatur, ius fideicommiſsi conditionalis tranſmiti ad filios, attamen nullo modo tranſmittitur,cùm filij ex primo ſubſtituto tacitè tantùm ſunt poſiti in conditione, iuxta diſpoſitionem l. cùm auus. de condi.& dem. &l. cùm acutiſsimi.C. de fideicom. Ea ratione mouetur Ruinus, quia, ſi tranſmitti diceremus,
102 duo ſpecialia concurrerent. primum,quia perſona † ſubintelligeretur,contra l.ſi ita ſtipulatus.§.Chryſogonus. ff.de verb.obl. alterum,quòd pendente conditione tranſmittatur ius fideicommiſsi, contra l. vnicam.C. de his qui ante aper. tab. Quam quidem aſſertionem multis ſimilib. Ruinus comprobat.His dicendum videbatur,Io. Iacobũ nõ trãſmiſiſſe ius fideicõmiſsi in Seraphinũ filiũ.

Cæterùm, contrarium verius eſſe arbitror, nempè Iacobum tranſmiſiſſe ius huius fideicommiſſi in Seraphinum filium. Quam ſententiam, vt veram oſtendam, multis adducor, ſed illud dicam ante omnia, q̃ licèt re-
103 gulariter fideicommiſſum † conditionale non tranſmittatur.l.vnica.§.ſinautem C.de cadu.toll.cum ſupra relatis:attamẽ tranſmittitur cùm conſtat de cõtraria voluntate teſtatoris.ita docuit Bal.in l.vnica.C.vt actio.ab hæred.& cõtra hæred.& in l.ſi pater.q.4.C.de inſti.& ſubſti.
104 de teſtatoris volũtate † cõſtare dicit vel verbis expreſſis, vel cõiecturis: quæ ſanè cõiecturæ ſufficiũt, vt præcitatis locis ſcribit Bal.& tradunt Ruin.conſi.179.nu.5. lib.2. & Decius conſil.397.nu.5.Et idem cenſent cæteri omnes, quos infrà referam.Hoc præmiſſo, dico hîc adeſſe plures coniecturas, quibus conijcitur, teſtatorem voluiſſe hoc fideicommiſſum in ſubſtitutorum filios tranſmitti.

105 Prima eſt coniectura, quia teſtator † iſte filiam propriam Salomeam dotauit, & ab inſtitutione vniuerſali excluſit,inſtituendo tantùm filios maſculos, Quod non alia ratione videtur feciſſe,q̃ vt bona in agnatione conſeruaret:id quod fieri non poſſet, niſi fideicommiſſum tranſmitteretur.Hanc eſſe coniecturam admodum efficacem reſponderunt in ſpecie Ruin.conſi.156.nu.5. conſ. 140.nu.15.& conſi.179.nu.6.7.lib.2.Soc Sen.conſ.6.nu.13. lib.3.Doc.conſ.574.nu.4.qui in ſpecie eiuſdem caſus reſpondit cum Ruin. d. conſ. 156. lib. 2.Iaſ.conſ. 52.col. vlt. verſ.quarta coniectura.lib.3.& conſ.154.col.3.verſ.3.quia. lib.4.Pariſ.conſ.87.nume.14.li.2.Cur.Iun. conſ.69.col.2. verſ.accedit alia coniectura. & conſi. 89. nume. 6. Pariſ. conſ.69.nu.77.lib.3.Rub.conſ.28.nu.8.& conſ.120. num. 4.Soc. Iun.conſil.167.numer.20.lib.2.Craue. conſil. 306. nu.3.Seeũda cõiectura eſt,quia teſtator ſub eandẽ quali-
106 tate † maſculinitatis ipſos omnes inſtitutos filios inuicẽ & reciprocè ſubſtituit. Quã quidem coniecturã demõſtrare,teſtatorem voluiſſe fideicommiſſũ tranſmitti à ſubſtitutis in eorum filios,reſponderunt,Iaſon conſ.154. col.3.verſi.accedit etiam quarta.lib.4.

Tertia eſt coniectura, quia teſtator non ſolùm filios maſculos natos,ſed etiam naſcituros vocauit & inſtituit:
107 ergo etiam nepotes,qui † filiorũ appellatione in inſtitutionibus continentur.Ita in ſpecie noſtra reſpondit Rub. conſ. 28.nu.9. voluit ergo teſtator & ad nepotes trãſmitti.Et hoc vrgenti hac ratione ſuadetur.Si ſub hac filiorũ appellatione non cõtineri & nepotes diceremus, ſequeretur quòd teſtator ſibi malè conſuluiſſet, quia euenire poterat,quòd alter filiorum inſtitutorum, viuo teſtatore deceſsiſſet, & teſtator non mutato teſtatore deceſsiſſet: atque ita ſuum teſtamentum non celebratum iuxta conſi. Galli. Aquilij.l. Gallus. de lib. & poſth. effectũ eſſet nullũ.quod dicendũ non eſt,quia nõ præſumitur teſtato