



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. XLVIII. fideicommissi. Examinatur Illustris Controversia de Successione in Fideicommisso Familiæ Comitum de Rechberg, quorum Schema Genealogicum afjecimus, ut Lucem afferret Legentibus.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-72287](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-72287)

CONSILIUM XLVIII.

In Cauſa Fideicommiſſi inter Illuſtriſſimum Dominum Comitem Gaudentium à Rechberg Propatrum, & hujus ex Fratre Pronepotem controverſi.

S U M M A R I U M.

1. ſeqq. Facti Species.
9. De Executorum in Teſtamento nominatorum Potestate afferuntur rationes dubitandi.
10. Adjudicatur iisdem potestas decidendi ſaltem in prima Inſtantia. Teſtimonium Principis plenam efficit probationem.
11. Jus Auſtregarum tam Legalium, quam Conventionalium & Familiarium conforme eſt Conſtitutionibus Imperii.
12. ſeqq. Nihil decedit Jurisdictioni Imperatoria, ſi Status Imperii in quodam Caſu litrem componant per Compromiſſum vel Auſtregas.
17. Rationes, quòd Hæredes debeant adire Tribunal, quod præſcripſit Teſtator, remota omni Appellatione.
18. Referantur ea, ad qua ſe extendit Potestas Executorum in præſenti Cauſa.
19. ſeqq. Inſtitutio Fideicommiſſorum, Majoratum &c. laudanda eſt, evitatis quibusdam abuſibus.
22. Inſtitutio Fideicommiſſi Quaſtionis nullo laborat defectu. Qui Jus habet teſtandi, relinquere poteſt Fideicommiſſum.
23. Alienatio ex Cauſa poteſt prohiberi.
24. An requiratur conſenſus Imperatoris ad inſtituendum Fideicommiſſum?
25. Solennitates ad inſtituendum Fideicommiſſum requiſita.
26. Teſtator poteſt ordine, quo vult, vocare ad Succeſſionem in Fideicommiſſo, & adicere gravamina, qua placent.
27. Agitur in hac Cauſa de Fideicommiſſo familiari.
28. An iſtud ſit Primogenitura, an verò Majoratus? explicatur utriuſque natura.
29. ſeqq. Rationes, ex quibus videtur conſtituta Primogenitura.
34. Oſtenditur, quòd inſtitutus potiùs ſit Majoratus: quia præ filiis ad Succeſſionem vocantur Fratres.
35. Quia incluſo Primogenitò non cenſentur incluſi omnes ejus Deſcendentes.
36. Quia ad Succeſſionem non Primogenitus, ſed major natu vocatur à Teſtatore.
37. Quia adjecta conditiones conveniunt Primogenitura.
38. 39. Non eſt autem in præſenti conſtitutus purus Majoratus, ſeu Fideicommiſſum Familia.
40. Sed ſucceſſio Linealis cum Majoratu, aut Senioratu Persona in Linea, in quam ingreſſum eſt Fideicommiſſum.
41. ſeqq. Reſpondetur ad argumenta oppoſita. Excluſo Patre an excludantur etiam Filii à Fideicommiſſo?
45. Si adſint atate pares, quis obtineat Fideicommiſſum? Commendatur Succeſſio Linealis cum Majoratu.
46. & ſeqq. An Joſephus Rudolphus de Rechberg Patruus Jure immiſſus ſit in Poſſeſſionem Fideicommiſſi ante Nepotem ex Fratre? Argumenta pro Parte negativa.
54. ſeqq. Defenditur Jus Joſephi Rudolphi.
63. ſeqq. Reſpondetur ad Argumenta oppoſita.
65. Succeſſio in Fideicommiſſis non à Patre, ſed ex Providentia Fideicommittentis habetur.
68. De Lineis, quas Fratres pro numero ſuo conſtituunt, qua potiùs ſunt Rami unius Lineæ principalis, non idem debet dici, quod ſtatutum eſt de Linea principali.
69. Voluntati Deſuncti ſufficienter expreſſa ſemper eſt obſequendum.
70. In Fideicommiſſis non tam obſervantia alibi conſueta, quam voluntas Fideicommittentis reſpicienda eſt.
71. Argumenta contra Succeſſionem D. Comitris Gaudentii à Rechberg pugnantia.
72. D. Comes Gaudentius habuiſſet Jus ſucceſſendi Fratri Joſepho Rudolpho, niſi ob Bannum Imperii tunc fuiſſet incapax.
73. Hinc reſtituto in antiqua Jura debetur Poſſeſſio ſaltem poſt Mortem ejus, qui interim poſſedit.
74. ſeqq. Reſpondetur ad oppoſita Argumenta. Juri excuſantur, ſi ad Facti Speciem male propoſitam reſpondent.
75. Equipollentium verborum eadem poteſtas eſt.
76. Verba præcedentia declarant ſequentia.
77. Commodior & planior verborum explicatio debet præferri.
78. Colliguntur hucusque dicta in favorem D. Comitris Gaudentii à Rechberg.

SCHEMA GENEALOGICUM
 DD. de RECHBERG
 QUOS PRÆSENS CAUSA ATTINGIT.

Gaudentius de Rechberg.
 Ux. Margaretha de Stein.

Joannes, dictus
 Hauns der Ritter.
 Ux. Ursula de Stein.

Georgius de Rechberg.
 Ux. Regina de Bubenhofen.

Christophorus.
 Ux. Anna de Stein.

Joannes
 Wilhel. Wolfgang, Carolus
 Conradus Ferdinand.
 Primus vocatus ad Fideicommissum.
 † 1617.

ERNESTUS
 Fundator Fideicommissi.
 † 1604. Improlis.

Bero.
 Tertius Successor Fideicommissi.
 † 1623.

Vitus.
 Canonicus. Gaudentius.
 Ux. Beatrix de Haidenheim.

Wilhelmus Leo.
 Secundus vocatus ad Fideicommissum.

Vitus Ernestus.
 Quartus Successor Fideicommissi † 1671.

Bero.
 Obiit ante Patrem.

Franciscus Leo.
 Ux. Com. de Fugger.
 Quintus Successor Fideicommissi. † 1672.

Vitus Ernestus.
 Sextus Successor Fideicommissi.
 † 1709.

Josephus Rudolphus.
 Post mortem Fratris Viti Ernesti Possessor Fideicommissi. † 1711.

GAUDENTIUS
 Bavaricarum Copiarum Ductor,
 prætendit Fideicommissum contra Pupillum Vitum Ernestum.

Vitus Ernestus.
 Post mortem Patris Josephi Rudolphi Possessor Fideicommissi. † 1719.

Antonius.
 & Bero.

Plures Liberi Masculi.
 Bero. Rudolphus.
 Franciscus Leo.
 Franciscus Josephus.

Josephus.
 † 1715.

VITUS ERNESTUS
 Pupillus, contra quem agit
 Pro-Patruus Gaudentius.

FACTI

SCHEMA GENERALIUM
DE RE FERRE

CHORUS PRAESENS CAUSA ATTINGIT

Gaudentius de Recho
Mr. Magistratus de Sain

Gaudentius
Mr. Anus de Sain

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Gaudentius
Mr. Anus de Sain

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Gaudentius
Mr. Anus de Sain

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

Georgius de Recho
Mr. Regius de Bodehor

FACTI

1.



Anno 1599. Ernestus Baro à Rechberg Cælebs in tribus Dominiis suis immediatè Imperio subiectis, Cronburg, Weissenstein, & Kellmünz Fideicommissum perpetuum successivum constituit, cujus Fideicommissi primum acquirentem ante alios suos Agnatos, ob rationes, & merita in Testamento allegata, esse voluit Wolfgangum Conradum Joannis Patru sui Filium. Huic primo loco substituit Wilhelmum Leonem, dicti Wolfgangi Conradi Filium cum tota ipsius descendentiâ, ea tamen conditione, ut si post mortem suam ipse Wilhelmus Leo, præter Filios ex se genitos, superstites haberet fratres, genitos ex eodem Patre Wolfgango Conrado, in Fideicommissio non Filius Wilhelmi Leonis primogenitus, sed Frater ejus natu major succederet. Formalia Testamenti ꝑ. Derowegen sic habent: Derowegen sehen, instituiren, und benennen wir mit rechten Willen, wohl bedachten Sinn, und Muth - - - Herrn Wolff Conraden - - - hiemit zu unsern rechten, wahren, unzweiffelentlichen Universal-Erben aller und jeder unserer Eigenthumen, Haab, und Güter - - - Ob es sich aber durch den Willen Gottes begeben, daß mehr, wohlzumeinder Herr Wolff Conrad vor uns mit Todt abgehen solle - - - substituiren wir per Fideicommissum hiemit seinen Ehelichen Sohn - - - Herrn Wilhelm Leo - - - und im Fall sein Herr Vatter über kurz, oder lang noch mehr Eheliche Männliche Leibs-Erben von den Gnaden Gottes bekommen sollte, oder würde, wollen wir dieselbige, und ihre Männliche Erben gleichmächtig substituiren haben. De quorum Successione paulo infra sic: Da aber Er, Wilhelm Leo, zur Zeit seines Absterbens ein, oder mehr Eheliche Gebrüder, von obgedachtem seinen Herrn Vatter Wolff Conrad geböhren, und beynebend auch Eheliche weibliche Manns-Erben, von seinem eignen Leib herkommend, im Leben hinterlassen sollte, so soll alsdann in unser Verlassenschaft, auf Absterben gedachten Herrn Wilhelm Leo, sein ältester Bruder, und nicht sein Sohn; da aber er keinen Bruder bekommen würde, und aber ein, oder mehr Eheliche Söhne hinterlassen würde, so solle allezeit der Älteste, und ihre Männliche Erben, aber allezeit wiederum jetzt angeandeter Massen zuvor der Älteste, und also immer forth in Herrn Wolff Conraden - - - absteigender Lini per Fideicommissum substituirt seyn, immer so lang, und vil von ihme Herrn Wolff Conraden - - - absteigender Lini herkommend einiger Männlicher Erb im Leben seyn, und bleiben wird.

2.

In Casum, quo Linea, ex Wolfgango R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 1.

Conrado descendens, omnino deficeret, mortuis omnibus Masculis ex eo descendentibus, secundo loco substituit Testator prædictus cæteros suos Agnatos, descendentes ex utroque Patruo suo, Joanne Cognominato Equite, & Christophoro, circa quos pariter ordinavit, ut in quavis Linea semper succederet ante alios Senior, & proxime ipsi Testatori Agnatus, eo prorsus modo, sicut supra in ordine succedendi descendentium ex Wolfgango Conrado. Formalia. ꝑ. Derowegen cit. Da es sich aber - - - zutragen wurde, daß jetzt bemeldte Linea gar mit Todt abgieng, also dann wollen wir andere unsere Agnaten, so von beeden unseres geliebten Herrn Vatters Gebrüder, Herrn Hansen Ditteren, und Christoph von Rechberg seel. Herkommen, per Fideicommissum substituirt haben, also und der Gestalt, daß alle, und jede unsere Verlassenschaft, wie in diesem unsern Testament per Institutionem, & Substitutionem verordnet, - - - allezeit auf den Ältesten, und uns nächst-gesippten, und seine Männliche Lineam, doch in solcher Linea allezeit nur auf den Ältesten, wie hiedoben bey Herrn Wolff Conraden specificirt, und aufgedruckt ist, und dann nach Abgang dessen Lini wiederum auf den Ältesten, und seine Männliche Lineam, und also von einer Lini zu der anderen fallen, und kommen solle, so lang und vil einiger von Rechberg unserer Anherrlichen Lini vorhanden ist, und im Leben bleibt.

3.

Casu denique, quo tota Linea, ex Avo Testatoris descendens, omnibus Posteris intermortuis, intercederet, tertio loco ad Fideicommissum vocavit reliquos Agnatos Masculos, cum iisdem Conditionibus, cum quibus priores, scilicet, ut semper succederet ante alios Senior, & ipsi Testatori proximus. Formalia: Da aber solche unser Anherrliche Linea aus dem unwandelbaren Willen Gottes gang und gar abgehen solle, alsdann, und auf solchem Fall substituiren wir abermahls per Fideicommissum unseren gangen Nahmen, und Stammen deren von Rechberg zu Hohen-Rechberg ꝛc. (doch, wie gemeldet, allezeit vor auf den Ältesten, und uns am nächst gesippten Manns-Erben) und wollen, daß unsere Verlassenschaft, und Fideicommitirte Haab, und Güter von einer Lini zu der anderen gehen, und kommen sollen, aller Gestalt, und Massen von unser Anherrlichen Linea hieroben specificirte disponirt worden, jedoch ebenmächtig mit allen Gravaminibus, die wir in unserem Testament allen, und jeden Fideicommissariis Hæredibus nach Gelegenheit unserer Institution, und Fideicommissariæ Substitutionis befohlen, und aufgetragen, auch sine Deductione Trebellianicæ, jederzeit fallen, und erblich gelangen ꝛc.

T t t

Hac

4.

Hac Institutione, & Substitutione facta, addit Testator, quod quidem optaret, ut Haeredes sui Fideicommissarii, Dominiorum, à se relictorum Possessores, pro majore Familiae Illustrissimae gloria, & memoria sui firmiore, pro se, & Haeredibus suis à Caesarea Majestate impetrarent Dignitatem Baronatus Imperii; quia tamen Fideicommissum hoc ita constitutum est, ut non statim ad Fideicommissarii Haeredis Haeredes, sed ad Seniores solum perveniat, atque adeo contingere potest, ut Fideicommissarii Haeredis Filii vel nunquam, vel serò admodum, & quidem fortè tantum Senior ex illis in eo succedat, ac propterea ceteris grave esse posset Baronalem Statum sustinere, adjunxit, ut saltem ille, qui Fideicommissaria Bona obtinuerit, Baronis titulum ferat, ceteri verò omnes cuique Fideicommissario Haeredi actuali, quamvis juniore, praesentiam, & praecedentiam deferant, & relinquunt. Formalia: Zum sechzehenden, Obwohlen wir liebers nichts wünschen möchten, dann daß unsere Fideicommissarii Haeredes allwegen Inhaber der Herrschaften unserer Fideicommissariae Hereditatis, und dann auch zu mehrerer Zierd, und Ansehen unserer wohlhergebrachten Nahmen, und Stammens, sonderlich auch uns zu besserer Gedächtnus, sich, und ihre Erben von Kaiserlicher Majestät zum Freyherren Stand erheben ließen; jedoch weil es damit also gestaltet, daß es nicht gestricks auf des Fideicommissarii Haeredis Erben, sondern auf den Aeltisten jederzeit allein gelanget, und dahero sich oft begeben möchte, daß des Fideicommissarii Haeredis Eheleibliche Söhn eintröder gar nicht, oder doch spath, und villeicht nur der Aeltist unter ihnen zu diesem unseren Fideicommissio kommen, und alsdann den Ubrigen zu schwer fallen möchte, den Freyherren Stand, so in obgedachtem Fall principalliter wegen der Fideicommissariae Hereditatis auf sie kommen würde, hinauszuführen. So ordnen, und wollen wir, daß auf solchem Fall, da einer aus unseren Fideicommissariis Haeredibus, so den Freyherren Stand nicht allbereit angenommen, für seine Erben, und Nachkommen den Freyherren Stand zu propagiren nicht vermöchte, alsdann denselben Stand für sein ganze absteigende Linie zu sollicitiren, und anzunehmen nicht; aber hingegen verbunden seyn solle, für seine Person den Freyherrlichen Titul zu führen etc. Et post paulum: Wir versehen uns auch gegen unseren Agnaten in gemein - - - sie werden ihnen mit nichten entgegen seyn lassen, jedem unserem Fideicommissario Haeredi, welcher in würcklicher Possession obangelegter unserer Herrschaften, und Güteren kommen würde, für sein Person bey allen Zusammenkünfften, da er gleich sonst jünger, als andere wäre, unsert und des

ren ohne Ruhm zu melden ansehndlichen Verordnung, und Herrschaften wegen, die Praesentenz, und Borgang deferiren, und würcklich lassen etc.

Præterea ergo Fideicommissarius Haeres fuit Wolfgangus Conradus à Rechberg: huic successit ejus Filius Wilhelmus Leo. Post istum, quia nec Frater, nec Filios post se reliquit, & ipsi Patris ejusdem Joannes Wilhelmus, & Carolus Ferdinandus, qui alii, illo sine Successione masculina delincto, vocabantur proximi, nullo relicto post se Masculo Haerede, decesterunt, Fideicommissaria Bona devoluta sunt ad Beronem Filium Christophori alterius Patris Testatoris; post hujus mortem in Possessionem Fideicommissi intravit ejus Filius Vitus Ernestus, qui proin quartus fuit Successor hujus Fideicommissi. Porro hic ipse Vitus Ernestus duos suscepit Filios, Beronem, & Franciscum Leonem. Bero quidem, post se relicto Filiis, Vito Ernesto, Josepho Rudolpho, & Gaudentio, nunc Serenissimi Electoris Bavariae Supremo Copiarum Ductore, ante Patrem obiit, adeoque in Fideicommissio actualiter non successit. Proin illud post mortem Patris obtinuit ejus Frater natus minor Franciscus Leo. Obiit hic improbis 1672. & Fideicommissum obtinuit Vitus Ernestus primogenitus Beronis, qui & ipse 1709. factis concessit, postquam tres Filios suscepisset, Vitum Ernestum, Antonium, & Beronem.

Inter Primogenitum istorum Vitum Ernestum, & Patrum ejus Josephum Rudolphum orta est contentio circa Successionem, isto contendente, Jus succedendi ex ultima Voluntate Testatoris Fideicommissis sibi competere, illo Jus istud contra sibi arrogante. In Possessionem Fideicommissi à Dominis Commissariis per Dominos Executores Testamenti perpetuo constitutus, salvis tamen Partis cujusque Juribus, immisus est Josephus Rudolphus. Sed protestatus adversus hunc immisionis Actum per Curatores suos (nam minorennis tunc erat) est Vitus Ernestus, & oblato Libello Litem Patris suo movit. Tandem res eo deducta, ut partes compromitterent in ipsos DD. Commissarios predictos tunc Weissensteini praesentes, illisque committeretur Decisio Controversiae juxta Tabulas Testamenti, & explicatam in hoc Testatoris Voluntatem faciendam. Quia verò Josephus Rudolphus brevi postea, nempe 12. Mart. 1711. factis concessit, istius autem Frater Illustrissimus Dominus Comes Gaudentius, tunc Banno Imperiali cum Serenissimo Electore Bavaro affectus, peregre aberat, Vitus Ernestus propria autoritate, & absque alia solenni Immisione Possessionem Fideicommissi adiit, cumque timeret, hanc à Domino Comite Gaudentio altero Patris suo futuris temporibus sibi controvertendam, hujus sui Possessionis mantenentiam per Decretum

Ca.

Cæsareum 1. Mart. 1712. emanatum actu ipso obtinuit.

7.

Res hæc, quia Contradictor tunc temporis nullus aderat, per conuentionem Dominorum Executorum mansit in isto Statu, usque ad Serenissimi Electoris, & ipsius Domini Comitis Gaudentii cum isto post Pacem compositam in Bavariam reditum. Post hunc Dominus Comes Gaudentius, usufructu iure, quod per Testamentum Fideicommittentis obtinuit, tum beneficio Amnestiæ sibi, & omnibus Electoris Bavariæ sequacibus concessæ, primò à Serenissimo Electore prædicto, deinde per hunc à Serenissimo Episcopo Augustano, tanquam Executoribus Testamenti perpetuis, petiit ad Fideicommissum Quæstionis se, tanquam Lineæ Christophinæ Seniores, admitti, eoque rem deduxit, ut per commune ambo- rum Dominorum Executorum Decretum Vito Ernestus iuberetur Fideicommissum hæcenus à se propria autoritate possessum, cedere Domino Comiti Gaudentio; sed ille Decreto huic opposuit Decretum Manutenentiæ, à Cæsarea Majestate impetratum. Quia verò istud, ob tacitam claram Dispositionem Testamentariam, cui hæc Viti Ernesti Possessio è diametro contrariabatur, tanquam Ob- & Subreptitium rejectum est, ipse in Consilio Imperiali Aulico id effecit, ut 9. Julii 1716. Consilium istud Litem ad se advocaret Viennam, & Decretum Manutenentiæ confirmaret.

8.

Non acquievit Rescripto huic Serenissimus Elector, sed Causam Domini Comitis Gaudentii Generalis sui, & suam assumens, Suo, & Serenissimi Episcopi Augustani, tanquam perpetuorum Testamenti Executorum nomine, Libellum Cæsarea Majestati porrexit, Jura implorantis, & sua deduxit, clarèque ostendit prætensionem contrariam resistere Testamento, ac Fundationi Fideicommissi in illo factæ, atque ab Imperatore Rudolpho II. confirmatæ, in quo tum Serenissimus Elector Bavarus, tum Augustanus Episcopus constituti sunt Executores perpetui cum Jure decidendi dubia, circa Successionem in hoc Fideicommissio futuris temporibus oritura. Sed Responsum ad hoc Viennam tum datum non est. Mansit ergo res penes Rescriptum, jam antea de manutenendo Vito Ernesto in Possessione Fideicommissi datum, & continuavit ille hanc Possessionem suam usque ad mortem suam, quæ 12. Mart. 1719. evenit. Reliquit ille post se Filium impuberem, pro quo Jus succedendi in Fideicommissio contendunt Tutores. Causam Domini Comitis Gaudentii, & suam defendunt Serenissimus Elector Bavarus, & Serenissimus Episcopus Augustanus ex Testamento Fundatoris à Rudolpho II. Imp. confirmato, ex quo etiam cognitionem de Controversiis, super modo, & ordine succedendi orituris, sibi contendunt competere, exclusa potestate appel-

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

landi, & provocandi ad aliud superius Tribunal. Pro Pupillo econtra stat Consilium Imperiale Aulicum, quod etiam negat Dispositionem Testatoris, utpote cujus Confirmatio, quæ dicitur à Rudolpho Imperatore facta, non extet, quoad Cognitionem hujusmodi Controversiarum à Dominis Executoribus prætensam cum exclusione recursus ad Suprema Imperii Tribunalia subsistere, consequenter contendit in re ista, quatenus illa concernit Domina immediatè subiecta Imperio, S. C. Majestatem solam habere Jurisdictionem fundatam. Ex hac Facti Specie plures nascuntur Quæstiones, & Dubia.

QUÆRITUR I.

Utrum Serenissimus Elector Bavarus, & Serenissimus Episcopus Augustanus, tanquam nominati à Testatore Executores perpetui ultima sua Voluntatis, habeant Jurisdictionem fundatam cognoscendi, & decidendi Controversias, circa Successionem in Fideicommissio Quæstionis oritur, & orituras, cum exclusione Appellationis, & recursus ad alia Tribunalia?

9.

Pro Affirmativa pugnat Voluntas Testatoris, prohibentis, ne alibi Dubia, circa Successionem occurrentia, decidantur, quæ Voluntas, ut dictum est Num. præc. confirmata dicitur à Rudolpho II. Imperatore. Pro Negativa verò militat 1. Quia non constat de ista Confirmatione, cum in Actis istius Cause hæc Confirmatio non invenitur, ut adeò meritò dubitari possit, an revera Confirmatio hæc data sit. 2. Quia Testator prohibere non potuit in præjudicium Supremæ Jurisdictionis Cæsarea, ne in hujusmodi Controversiis Successoriis recurratur ad Suprema Imperii Tribunalia. 3. Quia in Casu præsentis agitur de Dominiis Imperio immediatè subiectis, in quibus Dominiis S. C. Majestas sola Jurisdictionem fundatam habet. 4. Imò præcipua Regalia, & Jura Dominiis Weissenstein, Kellmünz, & Böhmenkirch annexa in qualitate Feudi à S. C. Majestate, & Imperio proficiuntur, ut proinde horum Possessor nec quoad personam suam, nec quoad Bona etiam Allodialia, utut onere Fideicommissi affecta, se Supremæ Imperatoris Jurisdictioni subducere, aliamque inferiorem Jurisdictionem, illaso Vassallicio Juramento, agnoscere possit, præsertim cum hanc agnitionem, & Imperatoris Jurisdictionis diminutionem 5. Expresse prohibeant Ordinationes Nobilitatis Equestris Circuli Suevici de Anno 1560. & Decreta Cæsarea de Anno 1616. 1630. & 1688. ubi sub pœna 50. Marcarum Auri vetatur, ne Nobilitatis

Rationes dubitandi

Tit 2

Eque-

Equestris Membra, horumque Bona ad ul-
 lius Electoris, Principis, aut Status Imperii
 Tribunal sub ullo titulo, vel praxextu tra-
 hantur, & injungitur omnibus, ut Jurisdi-
 ctionem, S. C. Majestati in Nobilitatem
 Equestram, hujusque Bona privativè com-
 petentem, factam tectam conservent, neque
 ullibi, nisi apud S. C. Majestatem, vel hu-
 jus Commissarios lites suas componant. 6.
 Nec alii Principes, vel Status Imperii pati-
 untur, per Pacta, vel Testamenta suorum
 Landfaffiorum, vel Subditorum Jurisdic-
 tionem in eos competentem sibi subduci, &
 ad alia externa Tribunalia Causas eorum tra-
 hi; sed hujusmodi Pactis, & Ultimis Vo-
 luntatibus non obstantibus, per Mandata
 Penalia sic attentatas Exemptiones, vel eo-
 tendentes Prorogationes perpetuas alienæ
 Jurisdictionis inhibent, causasque, & perso-
 nas ad sese avocant. 7. Neque alia fuit
 mens Fideicommittentis; licet enim ille in
 Testamento suo §. 23. Dominis Executori-
 bus concesserit cognitionem differentiarum,
 super In-vel Substitutione in Fideicommis-
 so ortarum, cum Clausula, ut Partes ipso-
 rum Sententiæ, absque Appellatione ad alia
 Tribunalia, acquiescant, hoc tamen intel-
 ligendum solummodo est, quando temerè,
 & dolosè Fideicommissarius Hæres hujusmo-
 di Appellationem interponit, & circumdu-
 ctivam Juris viam attentat quærere, prout
 patet ex §. cit. ibi: *Ob auch -- -- unser
 Fideicommissariorum einer -- -- disem un-
 serem Testament, und letzten Willen -- --
 frevent, und gefährlich -- -- anzusechten,
 zu widertreiben, oder zu hindern sich un-
 tersiehen wurde.* Et hoc quidem eatenus
 solum, quatenus id permissum est per Jus
 utrumque Civile, & Canonicum, salvis Ju-
 ribus Dominorum Directorum, quibus Feu-
 di nomine Dominia, fideicommissa affecta,
 subjecta sunt, & multò magis suprema Cæ-
 sareæ Jurisdictione, quam adeò illæsam hac
 Dispositione sua voluit, ut ne quidem in
 Casu notoriæ Privationis contra temerarium,
 & dolosum impugnatorem Testamenti Exe-
 cutores voluerit ad ipsam privationem pro-
 cedere, sed ad Juris remedia, & quidem
 coram Cæsarea Majestate, & hujus Supre-
 mis Tribunalibus applicandâ remiserit, ut
 elucet ex Testamenti §. 24. ibi: *Derselbige
 omnibus Remediis Juris -- -- bey Königscher
 Käyserlicher Majestät, oder Derselben
 Hochlöblich, & Käyserlichen Cammer, Ge-
 richt -- -- Immissoriales impetret.* ut
 proinde in præsentî Casu 8. Idem Fidei-
 committens præsumi nequeat voluisse disce-
 dere ab Exemplo tam suo, quam Agnato-
 rum suorum, dum Anno 1594. Controver-
 sias quasdam circa varia, à Majoribus suis
 relicta, fideicommissa amicabiliter compo-
 fuerunt, hujusque suæ Compositionis Con-
 firmationem à Sua Cæl. Majestate petierunt,
 quam etiam ista impertit cum expressa Clau-
 sula Restrictiva: *Doch uns, und dem Heil.*

Reich an unser Obrigkeit, und sonsten
 männiglich unvorgriffen, und unschö-
 lich. 9. In Casu subtrato non amplius
 videtur res esse integra, quippe cum S. C.
 Majestas, & hujus Supremum Judicium
 Aulicum se jam immiserit in præsentem
 Controversiam, facta sufficienti Causæ co-
 gnitione, & publicato, atque intimato
 Decreto Manutenentiæ Possessionis penali
 ad Dominos Executores 1. Mart. 1712. cu-
 jus Rescripti Publicationem, & Intimatio-
 nem etiam Domini Executores acceptarunt,
 appresso Sigillo suo agnoverunt, & nuper
 defuncto Fideicommissario adstiterunt in
 Causa contra Hornstein, & respectivè Au-
 striacum Fiscalem Oenipontanum, datis In-
 tercessionalibus ad Augustissimum.

Verum hæc Rationes non videntur evince-
 re, quòd non adhuc sustinenda sit Volun-
 tas ultima Fideicommittentis, volentis, ut
 Controversiæ, circa Fideicommissum suum
 ortæ, ab Executoribus, sine recurra ad
 alia Tribunalia, decidantur.

Ad 1. Licet Confirmatio hæc non in-
 veniatur inter Acta Augustana, tamen Seren-
 issimus Elector in Literis 23. Nov. 1717.
 suo, & Celsissimi Coadjutoris Augustani,
 tanquam tunc Diocesan Administratoris, no-
 mine ad Augustissimum datis Confirmatio-
 nis istius meminit, & in ipsa intentionem
 suam, in favorem Domini Comitum Gau-
 dentii susceptam, fundavit. Formalia:
*Wie nun Euer Käyserl. Majestät Vorfah-
 rer im Reich Käyser Rudolph solch des er-
 sten Fideicommittenten Ernst Freyherr von
 Reichberg erlassene letztwillige Disposition
 und perpetuirliche Testaments, Execution
 Gnädigst confirmiret. Quod repetit post
 pauca verba. Formalia: So hoffen wir
 nicht, daß Euer Käyserlich, und Königlich-
 chen Majestät Intention seyn könne, daß
 solch zugelegtes, und von Dero Vorfah-
 ren selbst confirmirtes Executions, Amt
 durch die Instanz Dero Hochlöblichen
 Reichs-Hoff-Raths, uns entscheiden, und
 benennen zu lassen.* Non autem est cre-
 dibile, quòd si Serenissimus Elector hujus
 Confirmationis non haberet certam notiti-
 am, id in Literis suis adeò assertive propo-
 suisset, seque in hac Confirmatione tam
 positivè fundasset. Imò ex hoc ipso sit ple-
 na fides de impetrata hac Confirmatione;
 nam quando Princeps de re, aut facto al-
 quo Testimonium perhibet, solus plenam
 efficit probationem.

Haunold, tom. 5. de J. & F. 11. 4. n. 284.
 Præsertim si concurrant alia indicia, & Con-
 jectura, quale in præsentî est, quòd utroque
 Dominus Executor, Serenissimus Maximilianus
 Elector Bavarix, & Celsissimus
 Henricus Episcopus Augustanus, ad hoc à
 Testatore requisiti, ut videre est in

Lunig. Reichs-Archiv. part. special. con-
 tin. 3. Num. 327. & 328. fol. 554. &
 555.

se obligaverint ad eandem Confirmationem ab Augustissimo impetrandam; ut proinde dubitari non possit, eam re ipsa consecutam fuisse: cui non obest, quod apud Acta non reperitur; fortasse enim cum aliis Instrumentis, quorum plura in Archivo tam Monacensi, quam Augustano desiderantur, Exemplum illius amissum est.

Præterea 2. Domus Bavarica, & Episcopi Augustani hæcenus semper fuerunt in Possessione hujus Executionis, & potestatis non interrupta, ut constat ex Literis allegatis, ibi: *Also, daß von solcher Zeit (nempe ab Anno 1599. quo conditum est Testamentum) man von Seithen unseres Hauses Bayren, und des Fürstlichen Stifts Augspurg in einer niemahl interrupter Possession der übertragnen, und acceptirten Testaments Execution unperturbirter gestanden* &c. Igitur Præsumptio est saltem de Confirmatione Cæsarea impetratâ, licet nec Monachii de hac reperiretur Exemplum. 3. Iidem Domini Executores pro talibus, & quâ perpetui ab Augustissimis Imperatoribus hæcenus regnantibus per tantum tempus 120. annorum semper fuerunt agniti, sicut per plurima Exempla ex Actis ostendi potest. Igitur ex hoc Capite subri, & everti Testamentum, aliâ omnibus Solennitatibus instructum, & omnibus numeris absolutum, non potest, quasi illud Imperatoria Autoritate confirmatum non esset, cum hoc ipso ratificatum ab Imperatoribus sit factum ipso, quod constitutos Executores pro talibus semper agnoverint.

Ad 2. Dispositio ista, tam Jure Communi, quam particularibus Imperii Romano-Germanici Constitutionibus spectatis, potuit à Testatore fieri. Jure Communi quidem; quia hoc Jure certum, & indubitatum est, quod quilibet de re sua liberè, & plenissime disponere possit, cum eatenus dicatur Rei suæ Moderator, & Arbitrator: de specialibus Imperii Constitutionibus, & Consuetudinibus autem; quia apud Publicitatis, & Cameralitatis indubia res est, quod Nobiles ad instar aliorum Statuum, & Procerum Imperii speciali hoc gaudeant Privilegio, ut non semper rectâ, & immediate in Camera, & Consilio Aulico Imperiali conveniri queant: sed vel inter se Lites, ac Controversias, quas secum invicem, aut cum aliis habent, amicabili compositione finiunt, vel Privilegio primæ Instantiæ, seu Austregiarum utuntur.

Ordin. Camer. p. 2. tit. 3. & 5. Nolden. de Stat. Nobil. c. 17. n. 47. Sixtin. de Regal. l. 1. c. 4. n. 96. Rodingius in Pandect. Camer. l. 1. tit. 4. & seq. Knipschildt de Nobil. l. 3. c. 23. n. 802. & seqq.

Quod si igitur per hujusmodi Austregas Imperatori, & Supremis Imperii Tribunalibus non præjudicatur, æquè parum præjudicabitur per Austregas Familiæ, vel per Compro-

missum, in præsentis Casu à Fundatore Fideicommissi constitutum. 2. Hæc Testatoris Intentio, dum Hæredibus, & Successoribus suis inhiuit Processus pretiosos, & ad Immortalitatem usque nonnunquam productos in Supremis Imperii Tribunalibus, & horum loco eodem ad Austregas, & Arbitros remisit, qui summariè, intra breve tempus, sine strepitu Judiciali, & sic absque magnis expensis, Controversias inter Hæredes, Agnatosque suos coortas, antequam isti ad acerbiteriam aliâ inevitabilem perveniant, de plano tollant, & decident, est valde rationabilis, & summè laudabilis; quia unicè tendit ad conservationem, & splendorem Familiæ, & Bonorum à Fundatore in fideicommissum relictorum: solent enim hujusmodi Bona, ipsæque Familiæ occasione Litium, coram Supremis Imperii Tribunalibus ceptarum, cum diu admodum ibi pendere soleant, aut omnino intercidere, aut saltem plurimum obscurari.

3. Judices Austregarii, ut Vitriar. *Inst. Jur. Publ. l. 4. tit. 5. n. 14.* quem sequitur Clarissimus P. Schmier de *Judic. c. 3. n. 259.* docet, probabiliter carent tam Jurisdictione Ordinariâ, quàm Delegatâ, sed Arbitri duntaxat sunt quoad Causas, quas in Judicio suo Austregario decidunt: quod et si complures negent, quos allegavi in Opere meo Canon. *ad Libr. 2. tit. 2. n. 121. §. an Judices.*

id tamen solummodo intelligendum est de Judicibus Austregariis à Lege publica constitutis, non verò de familiaribus, & constitutis vel Compromisso Familiæ, vel Testatoris ultima Voluntate: hi enim Jurisdictionem vel dare non possunt, vel eandem, si aliâ hujusmodi Judex Austregarius illam aliunde jam habet, non censentur in se prorogare. Igitur horum saltem, i. e. Judicum Austregiarum familiarium pronuntiata propriè non sunt Sententia, sed Laudum. A Laudo autem Arbitri appellari non potest.

L. ex sententia. l. 1. C. de Arbitr.

Igitur quidquid sit de Arbitris Legalibus, an ab eorum Sententia appellari possit, quod concedit

Müller. *ad Struv. Exerc. 9. thes. 59. lit. µ. §. 12.*

Non tamen appellari poterit à pronuntiato Judicum Austregiarum familiarium, quales in præsentis Casu sunt Domini Executores Testamentarii: consequenter Fundator Fideicommissi Quæstionis dum Appellationem Hæredibus suis fideicommissariis prohibuit, nihil fecit contra Jus Commune, sed potius secundum illud; atque ideo hæc ejus Dispositio, licet Confirmatione Imperatoris foret destituta, tamen valida esset. 4.

Esto, quod Testator, ut Consilium Imperiale Aulicum supponit, non potuerit prohibere Hæredibus suis fideicommissariis, &

Agnatis Appellationem ad Suprema Imperii Tribunalia, hoc tamen saltem manebit, quod potuerit quoad primam Instantiam hos suos Agnatos, & Successores obligare ad Austregas Familiars; nam hoc tradunt Jcti & Publicistæ ferè omnes. Imò non potest Imperator, neglecto Austregarum Judicio, Causas in prima Instantia ad suam Aulam trahere.

Reincking de Regim. Sacul. & Eccl. l. 2. class. 2. c. 16. n. 10. & seqq. Rosenthal. de Feud. c. 12. concl. 1. n. 35. Lymn. de Fur. Publ. l. 9. c. 5. n. 82. Blum. Process. Camer. tit. 27. n. 11. Textor ad Recept. Imp. de Ao. 1654. §. 168. D. 3. thes. 22. Schubhard. de Austreg. concl. 2. Ziegler. comm. concl. §. Austrega n. 14. Rumel. de Aur. Bull. p. 2. dissert. 1. coroll. 2. Schweder. Introd. ad Jus Publ. part. special. sect. 2. c. 17. n. 12. & patet ex Recept. Imp. §. 168. alleg. item ex Instrum. Pac. Ofnabrug. art. 5. §. Visitatio. §. 5. ibi: *Cetera in Aulico non minus, quam in Camera Imperialis Judicio privilegium prima Instantia, Austregarum Jura, & Privilegia de non appellando Statibus Imperii illibata sunt.* Concordant Capitulationes Imperatorum Leopoldi I. art. 18. & 32. fm. Josephi I. art. 17. Caroli VI. hodie gloriose imperantis. §. 18. ubi S. C. Majestas aperte promisit: *Die Ständt des Reichs und Reichs Ritterschafft / auch allerseiths dero Unterthanen im Reich / von ihren ordentlichen Rechten nicht zu tringen, zu erfordern / und vorzubescheiden / sondern einen jeden bey den herkommenen Privilegiis de non appellando, & evocando, sowohl in Civil- als Criminal-Sachen / Electionis Fori, item Jure Austregarum tam Legatum, quam Conventionalium, vel NB. Familiarium &c. zu lassen &c.*

Sumus autem in hoc Casu ultimo Austregarum familiarium. Igitur saltem in prima Instantia Judicatura erit penes Dominos Executores Testamentarios, neque Judicium Imperiale Aulicum poterit Causam istam ad se advocare, aut de illa immediate cognoscere.

12.

Ad 3. In primis nec de Jure, nec de Praxi insolitum, & inauditum est, quod Immediatus Immediatus, & Privilegiis ceteris (utpote quæ præcisè in proprium Privilegiati commodum, & favorem tendunt) saltem quoad aliquas particulares Causas tam pro se, quam pro suis Hæredibus, qui ejus factum præstare, & Voluntatem ultimam, tanquam Legem supremam, omnino ad amissum adimplere tenentur, renuntiare, & Forum alienum possint agnoscere. Imò quod tacita, & expressa Conventione Jurisdictionis Judicis incompetentis prorogari pos-

sit, non expectato proprii, & competentis Judicis consensu, patet ex

L. si se aliqui. l. ff. de Judic.

habètque hoc locum etiamnum hodie, ut cum Maranta, Vantio, Cravetta, & pluribus aliis docent Berlich. p. 1. concl. §. n. 31. Manz. Decis. Palat. q. 97. §. n. 11. P. Friderich de For. Comp. p. 4. n. 433. Ego ad tit. cit. n. 145. & seqq.

Neque per hoc injuria fit Judici competenti, apud quem Judicium nondum tractari cepit; hoc enim fit permittente Legge.

L. si se aliqui cit. Et l. sed si in servum. §. cum duabus seqq. ff. de recept. qui arbit.

Et litigantes Judici, in quem prorogata Jurisdictionem, non dant Jurisdictionem, sed eam tantum in se exercendam admittunt, & sic remittunt Jus, vi cujus præscriptione Fori privilegiati, aut competentis alius contra Judicem non suum uti possent.

Matth. Stephan. de Jurisd. l. 1. c. 25. n. 46. Hilliger in Doncl. l. 17. c. 10.

Lit. N.

Præterea 2. Jurisdictioni Augustissimi per hoc nihil decedit, si unus, vel alter Status Imperii in uno, vel altero Casu, hujus Judicium Imperiale Aulicum, vel Camerale non imploret, sed breviori viâ, & modo per Compromissum, sive per Austregalem cognitionem controversias ortas dissolvi curet. Hoc autem, & nihil aliud intendit Testator, quando voluit Controversias, circa Fideicommissum à se relictum coortas, à DD. Executoribus de plano definiri; cum enim Hæres adeundo Testamento sibi delatam Hæreditatem cum Testatore quasi contrahat de implenda ejus Voluntate, potestas decidendi Controversias circa hoc ortas censetur data per Compromissum. 3. Imperatoris Jurisdictioni supremæ non præjudicatur per Austregas Legales, si illis Partes, neglecto Consilio Aulico, aut Cameraali, uti velint. ergo nec præjudicatur eidem per Austregas Familiars, licet istæ ejus nature sint, ut ab illis appellari non possit; nam per hoc nihil aliud fit, quam quod per Compromissum in Arbitros, à quorum Laudo Appellatio à Jure prohibetur. 4. In Casu præsentis Testator solum præscripsit modum lites inter Cognatos circa Fideicommissum coortas, sine magnis, & pretiosis Processibus per Compromissum Familiare tollendi: quod æquè parum Imperatoris Suprema Jurisdictioni repugnat, quam parum repugnat, si Lis decidatur per Arbitros, atque hoc modo potestas appellandi tollatur. Manebit ergo in ceteris casibus salva Immedietas, nec Imperatori subducetur Jurisdictionis, quippe quam extra Casus, qui Successionem Fideicommissariam, & Testamentum Fundatoris, ipsumque fideicommissum non concernunt, nunquam cogitarunt sibi arrogare DD. Executores, sed libenter S. C. Majestati relinquunt, quemadmodum luculentum Exem-

plum

plum de isto extat in Processu inter Dominum ab Hornstein, & Possessores fideicommissi Rechbergiani in Causa debiti, & Hypotheca in Böhmenkirchen, quæ Causa in Consilio Imperiali Aulico decisa est, quin se DD. Executores in eam ingererent. §. Controversia ista fideicommissum Rechbergianum, quantum illud immediata bona sunt, nequam attinet; neque enim aliquid juris sibi DD. Executores in ea bona, ut sunt immediata, tribuunt: sed tantum attingit Successionem fideicommissariam, & quaritur, quis inter Agnatos secundum ordinem præscriptum, & de mente Testatoris in iis Dominis succedere debeat: quam Cognitionem aliis, quam Imperatori, adstruere æque parum repugnat immediatati, quam illi repugnant Austregæ, aut Qualitas Vasallitia respectu alterius Domini Directi Imperatore inferioris; nam & Vasallus in Causis Feudalibus subiacet Jurisdictioni Domini Directi, & Parium Curie, licet, quatenus immediatus est, & bona illa immediate Imperio subiecta sunt, iustitiam expectare ab Imperatore debeat. Ex quo patet

13. Ad 4. §. & 6. Quia nihil impedit Vasallum Imperii, quo minus possit decisionem Controversiarum sibi quoad bona sua motarum Arbitris, vel Austregis permittere; cum enim, ut Num. prac. dictum est, nec Arbitri Compromissarii, nec Judices Austregarii Familiare veram Jurisdictionem habeant, huiusmodi decisionis commissione nulla sit prorogatio Jurisdictionis alienæ, neque per hoc diminuitur Suprema Jurisdictio S. C. Majestati in Ordinem Equestrem Imperii, ejusque bona privative competens. Quare cum allegata Ordinatio Nobilitatis Equestri Circuli Suevici, & Decreta Casarea solum prohibeant, ne Ordinis Equestri membra ratione Bonorum luorum immediatorum ad aliam inferiorem Jurisdictionem trahantur, vel ipsimet illam in sese prorogent, non apparet, quomodo Dispositio fideicommissantis in hæc Decreta, & Ordinatio peccet, quippe per quam Serenissimus Elector Bavarie, & Celsissimus Episcopus Augustanus pro tempore existentes solum constituti sunt Judices Austregarii, & Arbitri Compromissarii, & quidem solum quoad Causas ad Executionem Testamenti, & Successionem in fideicommissis motas: quam suam intentionem satis explicat ipse fideicommissi Author in Testamento suo §. 23. ibi: demnach, und zum drey und zwainzigsten, ob sich in einem oder mehr Punkten dieses unseren Testaments zu einer, oder mehr Zeiten Zerungen, und Mißverständnis zutragen, auß was Ursachen, und so offt, und vil es immer geschehen möchte, und damit dieselbige richtig, und schleinig ohne alles Appelliren, Reduciren, Suppliciren, und andere weiltläufige Weeg Rechts erkläret, und hingeleget werden; so ordnen, und wollen Wir, daß auß

Hoch- und Höchstgedachter Unserer verordneten Herren Executores samtslichen Mittel sechs, oder nach Wichtigkeit oder Gestalten der Sachen mehr verordnet werden, welche jederzeit beyde Partheyen fleißig abhören, und folgendes durch ihren NB. Schiedsrichterlichen Sentenz (quod Arbitrium sonat) die Sach fürderlich, und decisivè entscheiden sollen etc. Neque huiusmodi Arbitrorum electionem, vel Constitutionem ullus Princeps subditis suis prohibet, vel prohibere potest, cum regulariter in Arbitros compromittere possint omnes, qui rerum suarum liberam administrationem habent,

ut colligitur ex c. cum tempore. §. de Arbitr. Et ibi notat Abb. n. 3. Zes. ff. eod. n. 5. Pirhing num. 10. König num. 5. Wiestner n. 14.

Idque permissum etiam Vasallo post Sixtinum, & Vultejum existimat

Struv. Syn. Jur. Feud. c. 16. thes. 8.

juxta quem etiam absque consensu Domini Directi Vasallus compromittere super re Feudali potest: quod saltem verum est, quando cognitio Causæ ad Judicem Ordinarium pertinet; tunc enim in Arbitrio litigantium est, an ad hunc velint recurrere, vel in Arbitros compromittere, ut clarè habetur

L. 2. Feud. tit. 15. tit. 34. princ. & tit. 46.

In præsentis Casu difficultas non est, cum dispositio fideicommissantis à S. C. Majestate vel ipsa sit confirmata, vel confirmatam esse non immeritò præsumi possit.

14. Ad 7. Interpretatio in hoc Argumento proposita repugnat tenori claro Testamenti; nam in verbis Num. prac. relatis, non tantum in Casu temeritatis, aut doli commissi, sed universaliter, quodcumque circa Testamentum, & hujus dispositionem dubium incidit, DD. Executoribus decisio ejus committitur; Doli autem, & temeritatis tunc solummodo Testator meminit, quando pœnam privationis decernit ita impugnantis Testamentum, ibi: Ob auch - - unser fideicommissariorum Hæredum einer, oder mehr dissem unserem Testament, und letzten Willen - - frevend - und gefährlich - - anzusehen - - sich untersehen wurde, so wollen Wir - - befohlen haben, daß der, oder dieselben - - sich unserer Verlassenschaft für sich gänzlich privirt seyn, und verwürcket haben sollen etc. In quo etiam aliquid præter Jus Canonicum, & Civile intendit disponere; nam prosequitur: und dis ohne einige fernere Disputation, Widerred, oder wie er sich entschuldigen möchte, es wäre NB. mit Geistlichen, oder Weltlichen Rechten, wie dann dis alles ihne nicht helfen, oder fürtragen solle. Dum verò Remedia Juris in Camera Imperiali Immittoriales impetrando applicari vult, id intelligendum est, quando per contumaciam pœnâ privationis affectus fideicommissariis Bonis non vult cedere; nam l. cit. additur: Sonderen et solche verwürckte fideicommissariam Hæredum

ditatem ohne alle Mittel, oder ferneren Process (der ihme keines Weegs gestattet werden solle) alsbald in drey Monaten außs längst dem Nächsten - - so ohne das sonst auf sein Absterben succediret - - übergeben.

15. Ad 8. Etiam pro presenti Fideicommissaria Dispositione injunctum DD. Executoribus est, ut Confirmationem Cæsaream peterent: neque ratio erat, quare aut DD. Executores ejus petitionem omitterent, aut S. C. Majestas petitam negaret, cum nihil à Jure alienum, aut aliàs inusuetum contineat. Imò ut *Num. 10.* dictum est, sufficientia adsunt Argumenta, quæ probent aut reipsa confirmatam illam fuisse à Cæsare, vel saltem tractu temporis tam diuturni, & continuâ observantiâ ratihabitam.

16. Ad 9. Decreto Manutenentiæ 1. Martij 1712. emanato acquieverunt DD. Executores, quia tum ob impedimentum Banni Imperialis Illustrissimus Dominus Comes Gaudentius Fideicommissariæ Successionis judicabatur incapax, post quem non aderat alius senior, & testatori in Linea vocata propinquior, quàm nuper defunctus, in cujus favorem Decretum hoc emanavit. Causa contra Hornstein, & Fiscum Benipontanum non concernebat Successionem Fideicommissariam, extra quam potestas DD. Executorum sese non porrigit.

17.
Deciditur
Quæstio.

Quare ad Quæstionem *Num. 9.* propositam DICENDUM, Dominos Executores habere Jurisdictionem, vel potius potestatem cognoscendi fundatam super controversiis, circa Successionem in Fideicommissio Quæstionis ortis, & orituris, cum exclusione Appellationis, & recursus ad alia Tribunalia. 1. Quia ita voluit Testator, & hæc voluntatis ejus dispositio satis certè est approbata ab Imp. Rudolpho II. quæ Confirmatio, quòd facta revera sit, prudentissimè præsumitur, licet Confirmationis istius Exemplum apud Acta non extaret juxta dicta *Num. 10.* 2. Dispositio ista, quatenus prohibet Appellationem ad alia Tribunalia, non est contraria Juri communi, sed maxime ei concors; quia per illam DD. Executores non sunt constituti propriè Judices cum vera Jurisdictione, sed potius Arbitri Compromissarii, in quos Hæredes adeundo Hæreditatem Fideicommissariam cum Testatore quasi compromiserunt: consequenter pronuntiatum illorum non est propriè Sententia, sed Laudum Arbitri, à quo de Jure communi Appellatio prohibetur juxta dicta *Num. 11.* 3. Eadem Dispositio non præjudicat Supremæ Jurisdictioni, quam S. C. Majestas in omnia Bona immediatè Imperio subiecta habet; quia in hac Controversia agitur solum de Successione Fideicommissaria, & ordine in hac tenendo, non verò de Juribus Immediationis, quæ Jura, non obstante hac Dispositione, Imperatori salva manent, ut ostensum est *Num. 12.* 4. Ip-

se Imperator Josephus glor. mem. per suum in Bavaria Administratorem Principem de Löwenstein Anno 1710. munere isto functus est, & in eadem prorsus qualitate, tanquam Executor Testamenti Rechbergiani, per deputatum à se Commissarium interesse voluit Congressui Weissensteinii habito eo ipso tempore, quo Controversia de Successione in motu fuit, ubi coram dicto, & Serenissimi Principis, & Episcopi Augustani Commissariis ab ultimo Fideicommissi Possessore defuncto contra Patrum Josephum Rudolphum Lis tradito Libello coepta, & contestata, Forumque utriusque DD. Executoris innegabiliter agnitum est, & Acta ibi, ut refertur, Josephus Imperator approbavit, & confirmavit. Est autem apud Jctos exploratum, quod per quemlibet actum in Judicio factum fundetur Jurisdictio Judicis, cæteròquin etiam incompetentis, etiam si Litis contestatio nondum facta fuisset; si enim Partes mutuo consensu Judicem adeunt, & ei Libellum offerunt, jam res desit esse integra, & Judex sic approbatus reculari non amplius potest.

Georg. Obrecht de *Jurisd. l. 4. c. 11. num. 46.*

quod multò magis procedit in Casu præsentis, ubi Cæsarea Majestas rei notitiam habuit, & non contradixit, sed potius ipso facto Acta confirmavit. 5. Eandem potestatem Executoriam agnovit, & aperte falsus est etiam hodiernus Augustissimus Imperator Carolus VI. in Rescripto Manutenentiæ 1. Mart. 1712. ad Celsissimum Coadjutorem Augustanum dato. Formalia: An Deiner Liebden, und unser vermähligè Kayserliche Administration in Bayren NB. als verordnete Perpetuos Executores. Quod confirmatur ex aliis Literis ejusdem Augustissimi 23. Maij, & 30. Junij ejusdem anni datis, ubi à DD. Executoribus Informationem petiit: consequenter optimè novit Officium perpetuum ipsi Testamento delatum; & sic etiam saltem tacitè ratificavit omnia illa, quæ Officio huic ex vi Dispositionis à Fundatore factæ inseparabiliter annexa sunt. 6. Denique si aliunde potestas cognoscendi de hujusmodi Controversiis ex Testamento DD. Executoribus non competeret, ea potestas, & Jurisdictio per decursum tanti temporis, quod ab anno conditi Testamenti, scilicet 1599. usque huc lapsum est, fuisset acquisita Consuetudine; nam licet cum

Stephan. Forcatul. in *Cupidin. Jurisp. c. 17. n. 5.* Roland. à Vall. *Conf. 29. n. 33. vol. 2.*

aliqui velint, ad præscribendam Jurisdictionem acquiri tempus immemorabile, hoc tamen intelligi solum debet de Præscriptione contra Cæsarem absentem, & ignorantem, ut latè

Paurmaister de *Jurisd. Rom. Imp. l. 1. c. 21. n. 39.*

Secus est, quando Cæsar est præsens, & sciens, quid

quid agatur; tunc enim ad præscribendum contra Imperatorem sufficit decennium, ut videre est apud eundem

Paurmaister. l. cit.

consequenter in præsentī Casu multò magis præscriptum censebitur intra annos 120. & ubi Imperator noticiam sufficientem habuit de negotio.

18. Confecta-
tia,

Ex quo proin sequitur, quòd iidem DD. Executores exercere possint omnia, quæcunque iisdem à defuncto Testatore in Testamento sunt demandata, sicut est 1. Novi Fideicommissarii Hæredis post mortem prioris Possessoris in possessionem Fideicommissi immisso; nam in sua ultima dispositione, ut videre est §. 12. & 20. Dominus Testator sæpius repetitis precibus petit, & voluit, ut quicumque Fideicommissi sui futurus esset Successor, semper per hos suos Executores perpetuos in Bona Fideicommissio subjecta solemniter immitteretur. 2. Manutentia ipsius Testamenti; nam hæc iisdem DD. Executoribus à Testatore in perpetuum est commissa, simulque potestas data agendi, & faciendi omnia, quæcunque ad executionem illius idonea iudicabunt. 3. Confectio, & renovatio Inventarii; nam eosdem idem Testator rogat, ut post mortem cujuscunque Fideicommissarii omnium ab hoc relictorum Bonorum exactum conficiant Inventarium in præsentia ejus, qui ad Fideicommissum proximè vocatur; additurque insuper, ut hujus Inventarii renovationem, etiam Fideicommissario vivente, singulis decenniis faciant, & à quovis Fideicommissario cautionem idoneam de non deteriorando exigant: Et ita observatum est statim post mortem Testatoris Anno 1604. 1614. & 1618.

Neque obstat, quòd ab hoc ultimo anno confessio hæc, & renovatio Inventarii sit omissa; deinde enim iterum Anno 1710. observantia hæc restituta est, & ipse Fideicommissarius novus, Dominus Josephus Rudolphus per DD. Commissarios DD. Executorum Administrationis Bavaricæ, & Episcopi Augustani in Possessionem Fideicommissi solemniter immisus. Similiter etiam Anno 1712. renovatio Inventarii actualiter jam fuit decreta, & à Consilio Aulico Imperiali eodem Anno 23. Maji approbata, licet deinde ad preces ultimo defuncti Domini Fideicommissarii, & ex aliis etiam rationibus intermissa fuerit. Certè omisso dictæ renovationis adeò diuturna usque ad Annum 1710. non fuit utilis Fideicommissio in sua dignitate conservando; nam exinde DD. Possessores Fideicommissi ansam acceperunt ad deteriorationem ejusdem, quæ modo præ oculis jacet, dum in eum statum deductum illud est, ut vix spes super sit illud iterum restituendi & constituendi extra statum interitus integri.

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. I.

QUÆRITUR II.

Utrum Fundatio Fideicommissi Quæstionis & modus succedendi, ab ipso Testatore ordinatus, teneat?

Cynus, Barbatus, & pauci alii, quos refert Molin. de Primogen. c. 1. n. 2. censuere, talia Fideicommissa, & Primogenituras in Reip. perniciem, contra naturalem rationem, & æquitatem, ac proinde illicitè in foro conscientie institui. 1. Quia contra Jura, & naturalem æquitatem, atque æqualitatem servandam inter filios, per ea uni Filiorum relinquuntur penè omnia Bona, Primogenii vinculo alligata, reservata cæteris portione modica. 2. Hoc modo excluduntur fœminæ, etiam si natu majores sint, quàm Masculi, ipsæque relinquuntur pauperes sine competente Dote, ut pro ipsarum qualitate nubere non possint, sicque coguntur invitæ Religiosam vitam assumere. 3. Ad istiusmodi Primogenituras non melior, & aptior, sed major natu solet vocari: hominesque, ut ejusmodi Primogenia instituant, quibus ipsorum memoria Gentilium potius, quàm Christianorum more inaniter conservetur, Successores adstringendo ad Nominis, & Insignium Institutoris assumptionem, & delationem, allici solent ad opes multas per fas, & nefas comparandas, & retinendas, cum pauperum detrimento, multorum injuriâ, ac propria salutis jacturâ.

Sed quòd licita sit hujusmodi Primogeniorum, Majoratum, & Fideicommissorum institutio, modò abusus, qui in eis instituendis intervenire possunt, vitentur, est communis Doctorum, quos referunt, & sequuntur

Covar. in 4. Decret. p. 2. c. 8. §. 6. n. 5. §. quartò deducitur. Item in c. Rainucius de Testam. princ. n. 24. Et lib. 3. var. c. 5. num. 5. §. tertio principaliter. Sot. 4. de Just. q. 5. art. 1. ad 2. Padilla in Rubr. C. de Fideicommiss. num. 4. Molin. de Primog. c. 1. n. 3. Molin. Theol. tract. 2. de Just. D. 578. n. 3.

nam in primis hujusmodi Primogenituræ, Majoratus, & Fideicommissa cedunt in ornamentum, & robur Reip. cujus interest habere illustres, & divites Familias, Proceres, & Optimates, qui belli, ac pacis tempore ipsi delerviant, ac veluti ossa, ac nervi ipsius sint. Deinde id ipsum cedit etiam in robur, & firmamentum totius Familiæ, talia Primogenia, & Fideicommissa instituentium, dum qui ad ea, tanquam Familiæ Caput, vocatur, cæteris per suas opes, & potentiam potest, ac solet esse præsidio, & juvamine. Quæ sanè locum non haberent, si Bona, ex quibus Primogenituræ instituantur, aut Majoratus, inter multos dividerentur, integrumque Possessoribus esset

19.

Rationes
Dubitandi.

20.

Deciditur
Quæstio.

Vuu

ea subdividere, dissipare, consumere, & alienare.

21.
Responde-
tur ad ra-
tiones du-
bitandi.

Neque contrarium probant Rationes Num. 19. allatae; nam ut licite, & valide huiusmodi Majoratus instituantur, necesse est, ut si Institutor talis Majoratus alios Descendentes habeat, quibus Portio Legitima in Bonis ejus debetur, semper relinquat ipsis competentia Alimenta, attenta illorum qualitate: quin & Fœminis relinquit debet competens Dos in ratione Alimentorum, ut nubere pro ratione Status sui competenter possint. Si aliter instituat Majoratus, iniqua, & invalida est ea institutio tam in foro conscientiae, quam in exteriori, quatenus competentia Alimenta aliorum attigerit, & eatenus revocari, & moderamen adhiberi etiam in foro exteriori debet.

Molin. D. 578. cit. n. 5.

Et intelligit hoc etiam Molina alter de Primogen. l. cit. n. 10.

cum plerisque aliis, etiam quando filii alias habent competentia Alimenta. Quare Ad 1. Argumentum in contrarium allatum, Filiis tantum debetur Legitima, in cæteris Pater inter illos introducere inæqualitatem potest. Ad 2. Fœminis, ut dictum, salva est Dos, & quidem talis, ut nubere competenter possint. Ad 3. Abusus aliquorum non potest tollere usum, & sapè saluberrimè instituta, si abusus irrepit, degenerant pessimè.

22.
Rationes
Decisionis.

Quare etiam in nostro Casu Institutio Fideicommissi, & modus succedendi, ab ipso Testatore ordinatus, tenebit, cum ex nulla parte offendi possit, quod aliquo labore defectu. Non enim 1. Defectus est in Fideicommittente; potuit enim de Bonis, in Fideicommissum relicto, testari, saltem si Allodialia illa sint; (nam si Feudalia, per Testamentum de iis disponere non potuit sine Consensu Domini Directi, cum hujus Consensu potuit) ergo etiam in Fideicommissum relinquere potuit, ex communiter recepta Regula, juxta quam Fideicommissum relinquere possunt, qui testandi jus habent.

L. sciendum. 2. ff. de Legat. 1. l. si incertus. 1. §. sed si. 1. & §. si quis. 5. ff. de Legat. 3. Struv. ad ff. Exerc. 30. thes. 14. Lauterbach. ff. ad S. C. Trebell. §. 11. Somating. Inst. de Fideicommi. hered. n. 6. Clariss. D. Franz ibid. n. 6. Clarissimus D. Ayblinger tit. eod. n. 4.

Ratio est, quia cum quilibet sit rei suæ moderator, & arbiter.

L. in re mandata. 21. C. mandat.

cæteris paribus, etiam præcavere potest, ne res sua aliter, quam ipse vult, alienetur, sed potius causa Familiæ conservandæ in Agnatione permaneat: quod ipsum est instituire Fideicommissum Familiæ.

Welmer. pract. obs. V. Stamm-Lehen, Müller. ad Struv. thes. 14. cit. lit. a.

23.

2. Non est defectus in eo, cui Fidei-

commissum relicto est; est enim relicto Familiæ, ex qua successive omnes vocati sunt: quod colligitur ex prohibitione, ne alienatio fiat extra Familiam.

L. Pater. 38. §. fratre. 3. l. cum Pater. 77. §. cum inter. 28. l. Lucius. 88. §. instituo. 15. ff. de Legat. 2. Struv. Exerc. 36. cit. thes. 17.

Neque obstat, quod facta alienationis prohibitio alias nullius sit momenti; hoc enim intelligendum est tantum, quando nulla appareat causa, ob quam prohibitio facta est, neque designata est persona, cujus respectu alienationem Testator prohibuit.

L. filiusfamilias. 114. §. Divi. 14. ff. de Legat. 1. l. Pater. 38. §. Julius. 4. §. ff. de Legat. 3. Intrigl. de Substit. cent. 3. q. 27. n. 27. Petr. de Petra de fideicommi. q. 1. Joan. à Sande de probib. rer. alien. p. 3. c. 1. §. 5. Struv. thes. 17. cit.

Potro per causam hic nihil aliud intelligitur, quam quod Testatorem ad inhibendam alienationem movit, puta odium in eos, quibus res forte alias erat obventura.

L. Lucius. 88. §. marre. 16. ff. de Legat. 2.

Vel favor certæ personæ, cui peculiariter prospicere voluit.

L. fin. C. qui non poss. ad libert. veni.

vel quod Testator noluerit rem de Familiæ sua abire,

ut in l. pater cit. §. fundum. 5.

sed semper in ea manere.

L. unum ex familia. 67. §. sed & si. 5. l. peto. 69. §. fratre. 3. ff. de Legat. 2. l. filius. 114. §. Divi. 14. ff. de Legat. 1. Müller. ad Struv. thes. 17. cit. lit. d.

In nostro Casu causa prohibitionis, ne bona alienentur, fuit, ut illa intra Familiam Testatoris semper permanerent. Ergo causa non est, cur ex hoc Capite impugnari possit.

3. Non est defectus ex parte Approbationis Cæsareæ; quia hæc ab Imp. Rudolpho II. data est, vel data esse merito præsumi potest,

ut dictum est ad Quæst. præc. Num. 10.

Imò dubium est, an ad talium Conventionum Fideicommissariorum validitatem inter Imperii Immediatos Cæsareæ Majestatis Confirmatio requiratur; nam de hoc inter DD. valde controversatur,

teste Lauterbach. ff. ad S. C. Trebell. §. 3.

Utraque Sententia magni nominis habet Affectus, ut videre est apud

Harppecht Disp. de Fideicommi. Convent. thes. 20.

Neque desunt plurima, & quotidiana exempla hujusmodi Pactorum, citra Cæsaream Confirmationem pro validis habitorum. Monet tamen

Lauterbach l. cit.

distinguendum esse inter Pacta Juri Communi

ni conformia, & eidem contraria; item inter Pactorum talium substantiam, & Justitiam. Si contraria sint hujusmodi Pacta Juri Communi, omnino necessaria est Cæsarea Confirmatio. Talia sunt Pacta Principum, & Comitum Imperii, quibus Filia ipsorum incongrua Dote, Legitimæ, de Jure Civili determinatæ, minimè respondente, jubentur esse contentæ; nam talia Pacta, & Conventiones, nisi à S. C. Majestate fuerint confirmatæ, vel ipsæ Filia sponte suâ in onus, & gravamen Legitimæ suæ impositum consenserint, aut Portioni suæ hæreditariæ, necdum delatæ, juratò renuntia-verint, non valent, nec possunt excludere Filias à petitione Supplementi Legitimæ, prout ante aliquot annos in Camera Imperiali ex permultis rationibus Juris non una vice pronuntiatum fuit,

teste Lauterbach l. cit.

Aliud est, si Pacta ejusmodi Juri Communi non sunt contraria. Et ex hoc Capite Molin. tr. 2. de Just. D. 576. n. 11. dicit, si quis nullum habeat Hæredem, cui partem Bonorum suorum relinquere teneatur, & possideat Bona è vinculo, & obligatione libera, nullaque sit Lex, quæ ipsum impediatur de illis pro libitu disponere, illaque subicere vinculo, & obligationibus, quibus ipse voluerit, talem utique etiam in Lusitania absque ulla Regis facultate posse de his Bonis suis, aut eorum parte instituere Primogenium cum vinculis, & gravaminibus, ordinè succedendi in eis, quibus voluerit. Idem tenet, et si Hæredem, aut Hæredes habeat, quibus juxta Leges partem suorum Bonorum relinquere teneatur absque ullo in ea onere, & gravamine; nam de reliqua parte, de qua liberè potest disponere, poterit similiter absque ulla Regis voluntate instituere pro libitu Majoratum. In Casu nostro Fideicommissum non est contra Jus Commune; nam ejus Institutor, utpote cæcils, non habuit Hæredes suos, sed liberè disponere de Bonis potuit. Igitur licet non fuerit petita, & obtemperata Confirmatio Cæsarea; tamen Institutio Fideicommissi valuisse.

4. Non est defectus ex parte Solemnitatum; nam Fideicommissum Quæstionis relictum est in Testamento, omnibus Solemnitatibus Juris instructo. Igitur sicut Testamentum, ita & Fideicommissum hoc ratione modi, & Solemnitatis præscriptæ impugnari non potest. Unde circa Fideicommissi institutionem considerandus est modus, quo illud instituitur; potest enim relinqui vel in Testamento, vel ab intestato, aut in Codicillis. Si in Testamento quis vult relinquere Fideicommissariam Hæreditatem, necesse est, ut illud ab initio subsistat, & valeat, atque adeò, ut in illo Hæres recto Jure, i. e. directè instituitur, cui dein injungitur Restitutio Hæreditatis, ut cum aliis notat

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 4.

Someting Inst. de fideicommiss. hæredit. n. 10.

Et quidem, quod valere debeat Testamentum, patet, quia Fideicommissa sunt pars Testamenti, & accessio illius. Vitiato autem toto, vitiatur quævis illius pars, & principali non subsistente, neque accessio, vel sequela potest subsistere. Quod verò sufficiat, si Testamentum valeat ab initio, ratio est, quia si ex post facto Testamentum subvertatur ex causa præteritionis, vel exheredationis, Fideicommissum hodie sustinetur ex communi Regula, juxta quam Testamento imperfecto ratione præteritionis, vel exheredationis, vitiatur sola Institutio.

Auth. ex causa. C. de Liber. præterit.

quod præter Rationem Juris Communis singulari favore conservandæ ultimæ Voluntatis receptum est.

Manz. ad §. 2. Inst. de fideicommiss. hæredit. n. 6. & 7.

Quod autem necesse sit, Hæredem fiduciarium directè institui, quando Fideicommissum in Testamento relinquatur, patet, quia inutile est Testamentum, in quo nemo Hæres instituitur, cum Hæredis institutio sit basis, & fundamentum totius Testamenti.

§. ante Hæredis. 34. Inst. de Legat.

Confirmatur, quia Fideicommissum est quædam Substitutio. Substitutio autem non valet, nisi præcedat Institutio; est enim secundo loco facta Institutio, consequenter supponit illam tanquam primam, sicque nulla est, nisi illa præcedat. Quod si Fideicommissum relinquatur in Codicillis, vel ab intestato, quocunque modo relinquatur, sive in Epistola, aut Libello, sive sine Scriptura, verbis, aut nutu, ad valorem illius plus non requiritur, quam ut Hæredes ab intestato venientes rogentur Hæreditatem alteri restituere.

§. præterea. 10. Inst. de fideicommiss. hæred.

Neque aliarum Solemnitatum adminiculo opus est, ut Fideicommissum sussultum sit. Quin imò aliquando Fideicommissum valet, et si nemo testis intervenerit, quando nimirum Testator præsentem Hæredem, cujus Fidem elegit, commisit, ut Hæreditatem, ejusve partem restituat alteri; tum enim, si confiteatur iste Fideicommissum, id solvere cogendus est: si verò hoc neget, tunc Fideicommissarius, postquam juraverit de calumnia, Juramentum Hæredi deferet, & tum si iste juret, nihil se à Testatore de Hæreditate, vel ejus parte restituenda audivisse, in Foro externo absolvitur; si verò recusat jurare, iterum cogendus est solvere.

§. fin. Inst. de fideicommiss. hæredit. l. fin.

C. de fideicommiss. Struv. ad ff. Exerc.

36. thes. 23. Joann. à Sande l. 4. tit.

5. decis. 18. Lauterbach. ff. ad S. C.

Trebell. §. 10. Carpzov. p. 2. Const.

18. def. 40. & 41. Someting. ad Inst.

de Fideicommiss. hæred. n. 10.

Uuu 2

§. Denis

26.

5. Denique etiam non est defectus ex parte ordinis succedendi, & conditionum adjectarum; Testatori enim integrum est vocare ad Successionem in Fideicommissio, quò ordine ipse vult, vocareque prius quasdam particulares personas, quæ cæteris præferantur, eo ordine, quo ipse statuit, & postea vocare reliquos de sua Familia, ut expressè dicitur

L. omnia. 32. §. fin. ff. de Legat. 2.

modò bona, de quibus hujusmodi Substitutiones, & ordinem succedendi statuit, sint libera, nullique alteri debita. 2. Potest de Jure Communi Fideicommissio addere quæcunque vincula, & apponere quæcunque gravamina, & onera, quæ vult, modò emolumentum Fideicommissi non excedat,

ut colligitur ex *l. ab eo. 9. C. de fideicommiss. & consentiunt l. cum hi. 1. fin. C. commun. de Legat. & fideicommiss. l. sed et si sic. 6. fin. ff. de Legat. 3. l. cum Pater. 77. §. eorum. 1. ff. de Legat. 2. l. planè. 92. §. fin. ff. de Legat. 1. l. cum hi. 8. §. hac oratio. 2. & §. sed et si. 5. ff. de transact.*

Estque res ex se perspicua, eò quòd unicuique integrum sit sua relinquere cum gravaminibus, quæ voluerit, nulloque Jure id reperiat prohibutum. 3. Potest adjicere quæcunque Conditiones, dummodo à Jure reprobata non sint; est enim rei suæ quis moderatus, & arbiter.

Molin. de Primogen. l. 2. c. 12. n. 32.

Molin. Theol. tr. 2. de J. & J. D. 577.

n. 4. Valasc. tom. 2. consult. 153. n. 23.

QUÆRITUR III.

*Ad quam Fideicommissi Speciem pertineat Fideicommissum
Questionis?*

27.

Certum est, pertinere ad Speciem Fideicommissi Familiaris; nam Fideicommissum Familiæ est, & dicitur, in quo respicitur principaliter ad Familiam, & in ultima Voluntate (prout frequentissime inter Nobiles, & Illustres Personas fit) cavetur, ut Hæres institutus Bona immobilia, ab ultimo Possessore accepta, post mortem aliis de Familia restituat, sicque Bona illa ad Familiæ nitorem, & splendorem conservandum perpetuò apud eandem maneant: tale autem est Fideicommissum præfens, prout patet ex tenore Testamenti, ubi Testator semper substituit aliquem de Familia, vetitque, extra Familiam Reclbergianam Bona à se relicta alienari.

28.

Dubium ergo est, ad quam Speciem Fideicommissi Familiaris Fideicommissum istud pertineat? Nam multiplicis generis dantur Fideicommissa Familiaria, inter quæ præ cæteris insignes Species sunt Primogenitura, & Majoratus. Et quidem si Fideicommissum relinquatur ea conditione,

ut in eo semper succedat natu maximus de familia, vocatur Majoratus in specie; si verò ita ordinatur, ut Primogenitus primùm succedat cum suis Descendentibus, & in horum defectum Secundogenitus cum suis Descendentibus, & sic deinceps, vocatur Primogenitura.

Ant. Peregrin. de Fideicommiss. art. 27. n.

24. Knipschildt de Fideicommiss. Fam. c.

6. n. 268. Clarissimus D. Christophor.

à Chlingensperg ad Inst. tit. de Fideicommiss. hæred. q. 2. prop. fin. cum aliis.

Est ergo Primogenitura Fideicommissum individuum in una tantum persona, eaque Primogenita deferendum, excludens concurrentem simultaneum aliorum, ut cum aliis bene docet

Card. de Luca de Fideicommiss. disp. 6.

n. 6.

Adeoque in illa consideratur tantum Linea recta descendens, ita, ut tantum succedat Primogenitus, & quamdiu aliquis ex ipso descendens superest, semper à Successione excluduntur Patruus, & Collaterales.

Gaill. p. 2. conf. 3. n. 2. & seqq. Molin.

tr. 2. de J. & J. D. 577. n. 5.

Continuat. Thesaur. pract. Belold. V.

Primogenitur.

Majoratus in specie, seu Senioratus cum Primogenitura in hoc quidem convenit, quòd sicut ista, ita & ille uni tantum personæ possidendus deferatur, cum exclusione concurrentium simultanei aliorum; in hoc tamen differt, quòd in ipso non consideratur Linea recta descendens, sed ætas; nam illi deferatur, qui in familia Senior est. A Fideicommissio specificè accepto Majoratus, & Primogenitura differunt; quia Fideicommissum specificè acceptum Fideicommissarius accipere debet ab Hærede gravato, nec prius in Fideicommissarium transit Dominium Fideicommissi, quam per Hæredem gravatum fiat traditio. In Majoratu autem, & Primogenitura unus non gravatur alteri restituere, sed is, ad quem deferatur, illum, vel illam censetur immediate accipere ab ipso Institutore, & eo ipso, quòd ultimus Possessor è vita discedit, aut alia quacunque ratione ex Institutoris præcepto cedit eam alteri vocato, ad istum Dominium, & actiones omnes absque alia traditione, aut apprehensione transeunt, ut adeò Possessor non sit sequentis futuri Successoris debitor.

Valasc. tom. 2. conf. 184. n. 17. Mo-

lin. tr. 2. de J. & J. D. 576. n. 11.

In præsentem Casu Inclyta Facultas Juridica Tubingensis putat, à Testatore Ernesto constitutam esse Primogenituram: quod probare contendunt per sequentia Argumenta.

I. Primogenituræ, ut Nam. prac. notatum est, ea est natura, ut à Linea Primogeniti, qui semel Primogenituræ possessionem ingressus est, nunquam fiat transitus ad Lineam secundogeniti, quousque ex Primogenite

genito aliquis superstes est, ut adeo nunquam Patruus præferatur Nepoti ex Primogenito. Hoc autem in Casu præsentis videtur colligi ex Tabulis Testamenti, ibi: *Nach Abgang seiner Lini*, quæ verba aliud operari non possunt, quam quòd ex Masculis descendenti- bus ex Linea, ad quam semel pervenit hoc fideicommissum, semper Primogenitus suc- cedere debeat Primogenito, quamdiu aliquis ex tali Linea superest, ac tum demum, quan- do Linea illa quoad masculos omnino defe- cit, transire ad aliam Lineam. Neque ob- est, quòd Testator ante Filios Wilhelmi Leo- nis ad Successionem vocaverit Fratres istius, siqui extarent; item quòd addiderit, posse contingere, ut fideicommissarii Hæredis Li- beri aut nunquam, aut natu major duntaxat ad Successionem veniat. Nam

30. 2. Hæc omnia solum considerata sunt pro tali restrictione, quæ præcisè affigitur Lineæ Wolfgangi Conradi, consequenter ad Seniore Primogenitum alterius Lineæ ex- tendi non debet. Patet istud ex intentione Testatoris; nam iste in fundatione Fidei- commissi sui intendit præcipuè conservatio- nem, & splendorem Familæ in quavis Li- nea, quæ intentio per contrariam inter- pretationem non parum frustraretur: nam si in Linea, quam semel ingressum est Fideicom- missum, non remaneret, sed semper ad Se- nio rem transire fideicommissum istud debe- ret, quivis fideicommissarius potius priva- tis commodis, quam fideicommissi con- servationi intenderet. Consectaneum ergo est, quòd verissimè Lineam post Lineam vo- caverit Testator, ita ut vocatus suam de- scendentem Lineam secum ad Successionem fideicommissi trahat, cum eo tamen mode- ramine, ut ex Linea pro tunc vocati, non nisi Senior, & Testatori proximus possessio- nem fideicommissi teneat. Et postcò

31. 3. Si non fuisset Testatoris mens, ut in Linea, quam semel est ingressum fideicom- missum, illud maneat, neque ad aliam Li- neam transeat, nisi priori deficiente, tunc malè se explicasset Testator, dum dixit, quòd post extinctam Lineam ultimi Possessoris Fi- deicommissum transire debeat ad alteram Li- neam, & quidem ad Seniore inter eos, qui ab ista descendunt; sed debuisset dicere, quòd fideicommissum non ab una Linea ad aliam, sed à seniore ad seniore transire debeat: quod tamen non fecit, sed potius contra- rium, dum seniore proxime Agnatum cum masculina Linea sua, & post hujus defectum cæteros vocavit; quæ verba effectum non haberent, nisi Linea ingressi fideicommissi possessionem præ aliis prerogativam habe- ret, ut Primogenitus semper ex ultimo Pos- sessore succederet. Non debent autem ver- ba dispositionis carere effectu ex communi DD. monito, quòd nulla disponens verba sine speciali effectu relinquenda sint.

32. 4. In nulla successione Hæredes sui ma- sculi à Patris successione excluduntur, quam

ubi est purus Majoratus, vel Senioratus, tran- siens unice de persona seniore ad personam seniore, & non de Linea ad Lineam. At- qui in casu præsentis probari non potest, quòd à Testatore constitutus sit Majoratus, vel Senioratus ejusmodi; nam 1. De hu- jusmodi Majoratu ne vestigium quidem ex- tat in Testamento. 2. Tales Majoratus, & Senioratus personales paucissimi sunt in Ger- mania. 3. Non fuit mens Fundatoris se- nio rem absolute succedere; nam §. 16. vo- luit, ut Successor in fideicommissio assumeret Baronatum, & haberet præcedentiam præ aliis suis Agnatis in omnibus istorum conventibus, etiam si his junior ætate foret, quod stare cum Senioratu non potest, ut- pote in quo non potest succedere junior, superstite Seniore. Igitur dicendum est, quòd ex voluntate Testatoris succedere de- beat Senior in Linea actualiter vocata: & hinc cum quot sunt fratres, tot novas faciant Lineas, voluit semper succedere Primoge- nitum; consequenter fideicommissum ab ipso constitutum est Primogenitura.

5. Majoratus inter Agnatos quampluri- mos propagatæ amplissimæ Familæ inducet inextricabiles difficultates inter natos ead- em die, & ut facile contingere potest, ead- em horâ; quæ difficultates facillimè ca- ventur, si dicatur ex vi voluntatis Testatoris tantum succedere debere Seniore in Linea vocata, seu Primogenitum. Igitur dicen- dum, quòd non Majoratum, sed Primoge- nituram instituerit Fundator. Quod confir- matur ex eo, quòd docet

Molin. de Primogen. l. 3. c. 4. n. 13. & 14. Olymp. Prompt. §. Primogenitura. n. 4.

juxta quos Primogenituræ Successio solet quatuor observationibus adhibitis deferri. 1. Namque considerata est Linea, ut illi, qui ex Linea ultimi Possessoris præcedunt, aliis præferantur, nec fiat transitus ad alias Lineas, quamdiu aliqui ex illa Linea superant. 2. Considerandus est gradus, ut qui possessori sunt magis conjuncti, præferantur remotio- ribus. 3. Considerandus est sexus, ut inter eos, qui sunt ejusdem Lineæ, & gradus, præferatur masculus. 4. Consideranda est ætas, ut inter pares Lineæ, gradu, & sexu, natu major præferatur minori, adeo ut non sit curandum de gradu, nisi in Linea, nec de ætate, nisi in gradu. Hæc autem omnia videntur præscripta in fideicommissio præ- senti; nam in hoc ex mente Testatoris suc- cedunt soli masculi, nec admittitur alia Linea, nisi priore omnino deficiente, & ex his, qui sunt de eadem Linea, succedit natu major. Ergo &c.

Verum his non obstantibus, DICO I. In Casu præsentis non est in- stituta Primogenitura, sed potius Majora- tus. Ostenditur I. Si Primogenitura in Casu præsentis esset instituta, semper Primo- geniti Filii Primogeniti, & iterum horum Primo-

33.

34. Concluse- nes.

Primogeniti in infinitura, exclusis semper secundogenitis, & aliis Majoribus, ac Senioribus Familiae, deberent succedere, ut videre est apud DD. & nominatim

D. Andlern *Jurispr. Publ. & Privat. l. 2. tit. 33. n. 36. & seqq. ibi: In Primogenitura Successio de Linea ad Lineam progreditur, ita, ut quotiescunque Bona Primogeniturā affecta Lineam unius ex vocatis ingreditur, secundogeniti, vel alterius Linea non admittatur, nisi deficientibus omnibus prioris Lineae, eaque totā evacuata, & finita &c.*

talem autem Primogenituram non esse institutam in Casu praesenti, ex Testamento Fundatoris Fideicommittentis, quod in hujusmodi Controversiis potissima Lex, & Regula est, teste

Knipschildt de Fideicomm. Famil. Illustr. c. 3. num. 2. & c. 9. num. 1. Item c. 6. num. 148.

apertè colligitur; nam ibi §. 12. Testator Filio Patris sui Wolfgango Conrado, quem primo loco instituit, hujus Filium Wilhelmum Leonem, & masculos ejus Haeredes, cum hac tamen expressa reservatione, substituit, daß (Formalia) wann er Wilhelm Leo zu Zeit seines Absterbens ein, oder mehr Eheleibliche Brüder von gedacht seinem Vatter Wolff Conraden geböhren, und beyneben auch Eheleiche Manns Erben, von seinem selbst eignen Leib herkommend, im Leben hinterlassen solte, so solle alsdann in des Testatoris Verlassenschaft auf Absterben des Herrn Wilhelm Leo NB. sein älttester Bruder, und nicht sein Sohn; da er aber keinen Bruder bekommen wurde, und aber ein, oder mehr Eheleiche Sohn hinterlasset, so solle allezeit der ältteste, und ihre Mannliche Erben / aber allezeit wider NB. jetzt angedeuter massen zuvor der ältteste, und also immer fort in Herrn Wolff Conrads absteigender Linie per Fideicommisum substituirt seyn, immer so lang, und vil von ihme Herrn Wolff Conraden absteigender Lini herkommend einiger Mannlicher Erb im Leben seyn, und bleiben wird &c. Quibus verbis evidentissimè Primogenitura excluditur; alias non Frater Wilhelmi Leonis, sed Filius istius Primogenitus, & sic deinceps, exclusis Patribus, debuisset succedere. Nam

35.

2. Primogenitura ejus natura est, ut incluso Primogenito, censentur inclusi omnes ab eo descendentes, & exclusus secundogenitus cum suis Descendentibus, ita, ut horum successioni locus non sit, nisi deficiente Linea Primogeniti, quā extinctā, tandem succedit secundogenitus, & ipsius Descendentes, si adsint.

Bethius de Statut. & Pact. pag. 308. Olymp. §. Primogenitura. n. 8.

Neque enim aetas, sed Lineae Prærogativa in Primogenituræ Successione prævalet; & sicut Primogenitus, ejusque Descendentes,

quando hi supersunt, prærogativa gradus, & successioni utuntur adversus Secundogenitum, ejusque descendentes, ita etiam Secundogenitus, ejusque Descendentes adversus Tertio genitum, ejusque Posterum, ut ut aetate majores, eadem prærogativā gaudebunt.

Stryck. de Success. ab intest. D. 7. c. 1. thes. §. 2. & §. 3. Olymp. l. cit. num. 13. Subsumo: atqui in Casu praesenti per hoc, quod Primogenitus Wolfgangi Conradi filius Wilhelmus Leo ad Successionem in Fideicommissum post Patrem suum à Testatore vocatus sit, non excluduntur ab eodem Testatore Fratres illius posterius geniti, sed potius Senior istorum, si qui superstites sint, præhabetur Liberis Wilhelmi Leonis, ut Num. præc. ostensum est. Igitur Fideicommissum istud non est Primogenitura, sed potius Majoratus. Nam

3. Pro Majoratu potius, quam pro Primogenitura concludi tunc debet, quando ad Successionem Fideicommissi non Primogenitus, sed Major natus vocatur à Testatore. Tiraquell. de Primogen. q. 1. fin. Betold. l. 1. dissert. Nomico-Polit. 4. num. 13. Springsfeldt de Apanag. c. 5. n. 6.

in hoc enim Jura Primogenituræ, & Majoratus præcipuè inter se differunt, quod illa soli Primogenito Filio, seu qui inter Liberos unius Lineae ex parente familiae primus est natus, hæc verò Seniori, sive unius familiae Agnatō aetate maximo, dem ælttisten des Stammens, und Namens, qui in tota familia aliqua aetate major est, & alios natiuitate antecedit, Successionem deferant. Proinde in Primogenitura prima nascendi fors inter Liberos ultimi Possessoris, in Majoratu verò prærogativa aetatis fundamentum Successionis est, ut adeo in hoc ad Successionem tantum vocetur, qui post mortem Possessoris aetate major est, non verò, qui Primogenitus reperitur; consequenter in hoc aetate major excludit defuncti natus majoris Liberos.

Alex. Conf. 4. lib. 4. per totum. Tiraquell. de Primogen. q. 10. n. 160. Knipschildt de Fideicomm. c. 6. n. 311. D. Andlern *Jurispr. l. 2. tit. 35. n. 28.*

atqui hoc fit in Casu praesenti; nam in Fideicommissum Quæstionis non succedunt ultimi Possessoris Primogeniti Descendentes, sed his præteritis vocatur Frater natus proximus ultimo defuncti Possessoris, vel alius, si quis adest, proximè conjunctus Authori Fideicommissi, prout clarè indicat §. 16. ubi sic loquitur: Es seye mit solcher Succession also gestaltet, daß solche nicht gestracks auf des Fideicommissarii Haeredis Erben, sondern auf den NB. älttisten jederzeit allein gelanget, und daher sich begeben möchte, daß des Fideicommissarii Eheleibliche Sohn entwedder gar nicht, oder doch spat, und NB. villicht nur der ältteste unter ihnen zu diesem Fideicommiss kommen möchte &c. Ex quo cla-

re patet, quod fratres Possessoris natu majoris præ hujus Filiis vocaverit, adeoque potius Majoratum, quam Primogenituram instituerit; alias post mortem Possessoris, hujus filius Primogenitus deberet succedere, quod prædicta dispositioni contrarium est.

37.

4. Primogenitura, ut cum aliis notant Knipschildt *de Fideicommiss. c. 6. cit. n. 301. & seqq.* Olymp. §. *Primogenitura. cit. n. 10.*

constituta tunc dicitur, 1. Quando Testator unum tantum vocavit, velut Filium, vel proximiorum unum. 2. Quando vel in ipsa dispositione, vel in præfatione mentionem facit de Primogenitura. 3. Quando Castrum in Familia conservari præcepit; nam Jure Primogenituræ id fecisse præsumitur.

4. Si dixit, quod Bona de Primogenito in Primogenitum transire debeant. 5. Quando successivè vocavit Primogenitos, & post eos secundogenitos. 6. Si dixit de gradu in gradum. 7. Quando vocavit priores; quia tunc Primogenitos vocasse censetur. 8. Quando imposuit onus deferendi arma, & insignia Familiae. Atqui in præfenti Fideicommissio, licet aliqua, præcipua tamen, & Characteristica Signa Primogenituræ hic indicata non adunt, sed potius contraria.

Nam 1. In hoc Fideicommissio Testator præ Filiis secundi Fideicommissarii Wilhelmi Leonis vocavit ad Successionem hujus Fratrem natu majorem, si talis adit. 2. Nullam in dispositione sua mentionem fecit de Primogenitura, sed potius iis qualitatibus Fideicommissum suum affectit, ut Majoratus in eo constitutus censeretur. 3. Præcepit quidem Bona sua conservari in Familia, sed voluit, ut ad ultimi Possessoris Fratrem, non verò ad ejus Filios, vel de Primogenito ad Primogenitum illa transeant: consequenter Præsumptio, quæ ex hoc præcepto de Primogenitura capitur, aperte labitur.

38.

DICO 2. In præfenti Fideicommissio non est constitutus purus Majoratus, vel Senioratus; nam Majoratus propriè dictus tunc institutus censetur, quando inter eos, qui sunt ejusdem Familiae, semper Seniori, sive Agnato natu maximo, dem æltisten desß Stammens, und Namens, qui in tota aliqua Familia ætate major est, & alios natiuitate antecedit, defertur Successio.

Bethius *de Pact. Illustr. Famil. c. 3. fol. 461.*

Hoc autem non fit in Casu præfenti; voluit enim Testator, ut Bona sua non ad Seniores in tota Familia, sed ad eum, qui in Linea, ad quam Fideicommissum ingressum est, Senior est, devolvantur, nec ad aliam Lineam transeant, nisi priori illa omnino extincta; & sic ex ejus dispositione post Wolfgangum Conradum, & hujus Lineam vocavit cæteros suos Agnatos descendentes ex utroque Patruo suo; horum Lineam autem, consequenter tota Posteritate, ex Avo suo descendente, penitus intermortuam, succede-

re voluit reliquos Rechbergici Stemmatum, & Nominis. Vidit autem posse fieri, ut junior præ Seniore in alia Linea hoc modo succedat in Fideicommissum: atque hinc cavet, ut huic, licet juniore, à cæteris Agnatis in omnibus concedatur prærogativa honoris, & Præcedentiæ. Formalia: Wir versehen uns auch gegen unseren Agnaten in gemein - - sie werden mit nichten ihnen entgegen seyn lassen, jedem unseren Fideicommissario Hæredi, welcher in würccklicher Possession obangeregter unserer Herrschafften, und Güteren kommen wird, für sein Person bey allen Zusammenkunften, NB. da er gleich sonst jünger, als andere wäre, unsert und deren ohne Ruhm zu melden ansehentlichen Verordnung, und Herrschafften wegen, die Præminenz, und Vortgang deseriren, und würccklich lassen etc.

DICO 3. In præfenti Casu non est constitutum purum Fideicommissum Familiae; nam ut

Molin. *tr. 2. de J. & J. D. § 77. n. 5.* notat, in Fideicommissio Familiae puro simul succedunt omnes de Familia proximiores in gradu, & Fœminæ succedunt æqualiter cum Masculis, prout sumitur ex

L. omnia. 32. §. fin. ff. de Legat. 2. ibi: Qui ex his proximo gradu procreati sunt, Et l. peto. 69. §. Fratre. 3. ff. eod. ubi: Omnes Fideicommissum petent, qui in Familia fuerunt. Junctis sequentibus verbis, quibus statuitur, ut soli proximiores in gradu admittantur, & caveant, de illo restituendo suo tempore posterioribus in gradu.

atqui in Fideicommissio præfenti 1. Non succedunt omnes simul, qui sunt de Familia in eodem gradu, sed unus tantum, & quidem Senior, ac Testatori proximus. 2. Non succedunt Fœminæ, sed soli Masculi. 3. Non attenditur ad solam propinquitatem gradus, sed etiam ad diversitatem Linearum, inter quas ipsas ordo successionis constituitur, Ergo &c.

DICO 4. In Fideicommissio præfenti constituta est Successio Linealis cum Majoratu, aut Senioratu personæ in Linea, in quam aliquando ingressum est Fideicommissum, ita, ut semper Senior, & proximè Agnatus de illa Linea succedere debeat, quamdiu aliquis superest de illa Masculus. Patet ex verbis Testamenti, ubi Testator primò voluit, ut Wilhelmo Leoni ante Filios succederet ejus frater ipsi natu proximus, si talis superesset: hoc non extante, Fideicommissum devolveretur ad natu majorem Filium, & hujus natu majores Posterios, quamdiu aliquis ex descendentes Wolfgangi Conradi superesset in vivis: hujus Lineam omnino extinctam, statuit, ut perveniret Fideicommissum ad Descendentes ex utroque Patruo suo, ita tamen, ut in quavis Linea succederet Senior: tandem verò tota Familiam Avi sui exinanitam, varentur reliqui Agnati masculi, semper ta-

39.

40.

men ex istis Senior, & ipsi Testatori proximus, exclusis interea aliis junioribus, & remotioribus à Testatore.

41. *Responde-*
tur ad Ra-
tiones du-
bitandi.

Neque aliud evincunt Argumenta à Num. 29. allata. Ad 1. Quòd Testator quoad Successionem in Fideicommissò à se constituto voluerit Filiis ultimi Possessoris, & ex his etiam Primogenito, Fratrem Secundogenitum præhaberi, patet ex hæcenus dictis, & ex ipso tenore Testamenti, ut adeò Fideicommissum istud Primogenitura esse non possit; nam in Primogenitura, incluso Primogenito, censentur inclusi omnes ab eo Descendentes, & exclusus Secundogenitus cum suis Descendentibus, sicut è contrario, rejecto semel Primogenito, omnes ab eo Descendentes à Successione Primogenituræ rejecti dicuntur, si tamen Pater istorum, seu Primogenitus ob infamiam, vel aliam causam inficientem à Primogenitura tanquam inhabilis rejectus sit; quia exclusa radice, tanquam infecta, excluditur, quidquid ab ea provenit. Aliud est, si radix à Successione excludatur per morbum, vitium mentis, aut ingenii, ipsi tantummodo inhaerens, & non posteritatem inficiens; tunc enim, Patre ob istam excluso, in Primogenituram succedit Filius, hujusque Posterus Primogeniti.

42.

Ad 2. Interpretatio illa clare est contra tenorem Testamenti; nam expressè Testator voluit, eodem modo Successiones in aliis Lineis regulandas, sicut expressum est in Institutione Wolfgangi Conradi. Sicut ergo vi primæ Institutionis non Wilhelmi Leonis Filius, sed ejus Frater, si quis post mortem ejus superstes mansisset, debuisset succedere, ita hoc etiam in sequentibus Successionibus observandum, ut semper ultimi Possessoris Fratres præferantur ejusdem descendentes masculis: quod enim expressum est in Institutione, id præsumitur repetitum in Substitutione per vulgata. Ad id, quod additur, hoc modo non obtentum iri splendorem, & conservationem Familiæ in quavis Linea, à primo Authore Fideicommissi intentum, dico, Successionem Linealem cum Majoratu, Num. 40. assertam, æquè, imò magis conducere ad istum finem; sic enim spem fruendi Fideicommissò concipere possunt non tantum Primogeniti, suo ordine, sed etiam Fratres Secundogeniti, sicque pluribus obveniunt opes relicte, descendentes quidem ab ultimo Possessore, quippe ad quos veniunt fructus Fideicommissi à Patre percepti; Fratribus, dum Jus succedendi in illo post fratrem Primogenitum defunctum ipsis datur.

43.

Ad 3. Adhuc verum est, quòd Testator vocavit Lineam post Lineam; nam primò vocavit Wolfgangum Conradum, & Filium ejus Wilhelmum Leonem, hujusque Posteros; ita tamen, ut si Fratres Wilhelmus Leo post se relinqueret, istos illis in Successione præferret. Sublatà Linea, & Sublineis, seu Ramis descendentes ex Wolfgango Con-

rado, secundò loco substituit Lineam descendentem ex Fratre Wolfgangi Conradi Joanne Wilhelmo; hac cessante, Lineam descendentem ex Carolo Ferdinando, altero Wolfgangi Conradi Fratre; qui duo fratres cum masculos Hæredes nullos post se relinquerent, vocavit Lineam Christophinam, quæ pariter in tres Sublineas pro numero Filiorum istius, si omnes Statum Matrimoniale voluissent eligere, potuisset dividi.

Ad 4. Etiam in Fideicommissò, in quo constituta est Successio Linealis cum Majoratu, Filii ultimi Possessoris excluduntur à Patruis: & tale Fideicommissum si constitutum sit, facile contingere potest, ut junior in Linea, quæ actu ingressa est in Possessionem Fideicommissi, præferatur Seniori descendenti ex alia Linea.

Ad 5. Per hujusmodi Successionem Linealem cum Majoratu evitantur difficultates, in hoc Argumento objectæ, cum non facile contingat, ut in una Linea plures sint pares ætate. Et posito, quòd hoc in Casu rarissimo contingeret, id tali casu observandum foret, quod

Struyck. de Success. ab intestat. disert. 7. c. 1. thes. 49.

observandum dicit in Casu, quo gemini nascuntur masculi, & quis primus in lucem editus sit, ignotum est; nam tunc juxta cit. Authorem uterque in Primogenitorum particularium Successionem admitti debet. Differentiam hujus Fideicommissi à Primogenitura jam ostendi, quæ præcipue in hoc consistit, quòd in Primogenitura Primogenito semper succedat Primogenitus in Linea recta descendens, quamdiu talis aliquis extat; in præfenti Fideicommissò autem Filios ultimi Possessoris excludat Patruus, vel alius Major in Linea. Cæterum hujusmodi Successiones Lineales cum Majoratu non sine prudenti ratione inventæ sunt; instituuntur enim eo præcipue fine, ut nunquam, vel raro Tutelæ sit locus, sed Nobilia hujusmodi Fideicommissa, & Subditi in istis habitantes semper proprios habeant Dominos.

Betsius de Pact. Illustr. famil. c. 8. fol. 461.

QUÆRITUR IV.

Utrum Josephus Rudolphus Excellentissimi Domini Comitis Gaudensis Frater post mortem Viti Ernesti Fratris ipsorum Primogeniti præ hujus Filio Primogenito Fideicommissum Quæstionis Jure prætenderit, & per actualem inmissionem in possessionem illius à DD. Commissariis DD. Executorum perpetuorum Testamenti, spectata Fideicommittentis voluntate, merito obtinuerit?

Negarunt istud jam olim Curatores Filii Primogeniti minorennis à memorato Vito Ernesto relicti, qui propterea adversus inmis-

immissionem in favorem Josephi Rudolphi à Dominis Commissariis decretam, & executioni datam protestati sunt, litèrque moverunt Immissio, quam tamen præmatura istius mors succidit, ut dictum est in Specie Facti Num. 6.

Fundamenta istud negandi præcipua sunt.

1. Quia in præsentì Fideicommissò videtur constituta Primogenitura: in Primogenitura autem à Primogeniti, semel Possessionem Primogenituræ ingressi, Linea nunquam sit transitus ad Lineam Secundogeniti, quamdiu ex Primogenito descendens aliquis superstes est, ut adeò nunquam Patruus, licet propinquior primò acquirenti, præferatur Nepoti ex Primogenito, quippe cum proximitas tali casu non ex persona primi acquirentis, sed ultimò defuncti Fideicommissarii sit æstimanda, ut cum aliis notat

Hartm. Pistor. l. 3. q. 23. Schilter. de nat. Success. c. 38. Befold. p. 6. cons. 265. Struv. Synr. Jur. Feud. c. 9. thes. 7. Stryck. de Jur. feud. c. 16. q. 17. Schwveder. Dissert. de Jur. Agnat. in Feud. thes. 8.

Subsumo; atqui aderat tum temporis aliquis ex ultimo Possessore Primogenito Descendens, nempe Vitus Ernestus, Josephi Rudolphi ex Fratre primogenito Nepos. Ergo hic eidem Josepho Rudolpho Jure Primogenituræ præferri debuit.

2. Esto, Fideicommissum istud non sit verè Primogenitura, ut Quast. præc. à Num. 34. ostensum est, erit tamen Successio Linealis cum Majoratu, & Senioratu in Linea vocata: in qua Hypothesi concedendum videtur, quòd fratres ultimi Possessoris Primogeniti præferri debeant Filiis ejusdem, non tamen aliter, quàm si descendant ex Linea actualiter vocata. Atqui Rudolphus Josephus non descendit ex Linea actualiter vocata; descendit enim ex Patre Berone, qui licet Primogenitus Viti Ernesti quarti Successoris in Fideicommissò fuerit, ante Patrem tamen mortuus est, consequenter actualiter vocatus non fuit, sed Fideicommissum Fratri suo secundogenito Francisco Leoni cessit. Igitur præ filiis fratris sui primogeniti Josephus Rudolphus prætere Successionem in Fideicommissò non potuit.

3. Ex mente Testatoris debet Fideicommissum hoc manere in Linea actualiter ingressa in Possessionem Fideicommissi. Atqui Linea, ex qua descendit Josephus Rudolphus, nunquam actualiter ingressa est in Possessionem Fideicommissi; nam Linea, quæ actualiter fuit in Possessione Fideicommissi, mortuo Francisco Leone absque Liberis ex se susceptis, est intercisà, & Vitus Ernestus ultimò defuncti Possessoris Pater, dum non à Patre suo Berone, utpote qui Fideicommissum nunquam possedit, sed proprio Jure memoratum Fideicommissum obtinuit, novam inchoavit Lineam. Ergo in hac juxta Testatoris voluntatem Fideicom-

missum manere, nequaquam verò ad Josephum Rudolphum, ejusque Lineam transire debuit.

4. Si Joannes Wilhelmus, primi acquirentis Wolfgangi Conradi frater, post hujus mortem superstes mansisset, nunquam tamen, etsi propinquior primo acquirenti, Wilhelmi Leonis filius, aut Fratribus, horumque Descendentia Masculinæ, si quam ille post se reliquisset, in Successione Fideicommissi debuisset præferri, ideo præcisè, quia ad hanc Successionem vocatus non fuit. Igitur cum neque Bero, Josephi Rudolphi Pater, utpote ante Patrem suum defunctus, ad illud actualiter vocatus fuerit, etiam hujus filius Josephus Rudolphus Jus Succedendi prætere non potuit; neque enim plus Juris habere potuit, quàm quantum à Patre in ipsum fuit transmissum.

5. Si aliqua specie probabilitatis honestari prætentio, à Josepho Rudolpho facta, posset, hæc maximè sumeretur à pari cum Fratribus Wilhelmi Leonis speratis, qui, si tales in rerum natura extitissent, & post mortem dicti Wilhelmi Leonis mansissent superstites, ex mente Fideicommittentis in Fideicommissum successissent, exclusis ejusdem Filiis, ut adeò videatur æquale Jus favere Josepho Rudolpho, ut mortuo Fratre Primogenito Vito Ernesto Successionem, hujus filio excluso, prætere potuerit. Atqui non est paritas, neque identitas rationis inter Josephum Rudolphum, & Wilhelmi Leonis Fratres; nam isti descendissent ex Wolfgango Conrado tunc actualiter vocato, Josephus Rudolphus autem ex Berone actualiter non vocato.

6. Ex voluntate Testatoris inter omnes Masculos Hæredes, ad Fideicommissum habitualiter vocatos, ita constitutum est circa ordinem succedendi, ut in hoc observetur, quod expressum est circa Successionem Wolfgangi Conradi primi acquirentis, & ab hoc descendendum. Sed circa hanc Successionem expressum est, ut Descendentes ex Wolfgango Conrado omnino excluderent Joannem Wilhelmum, & ipsius Descendentes. Ergo etiam per Descendentes ex Vito Ernesto ultimò defuncti Possessoris Patre, quippe qui proprio, & non paterno nomine ad Successionem venit, quamdiu aliqui ex his superstites erunt, excludentur ejus Fratres Josephus Rudolphus, & Gaudentius.

7. Successio Fideicommissaria, si aliud à Testatore constitutum non sit, imitatur Successionem in Feudo. Atqui in Feudo propinquitas non à primo acquirente, sed ab ultimo Possessore deducitur, & ita quidem, ut proximitas ista non tantum ratione gradus, sed vel maximè ratione Lineæ ejus, qui Feudum possedit, & ultimò defunctus est, æstimanda sit, solùmque admittatur ad Successionem is, qui ex Linea hac descendit, non verò alii, qui descendunt

50.

51.

52.

47.
Rationes
dubitandi.

48.

49.

dunt ex aliis Lineis, etiamsi primo investito sint propinquiores.

Mantic. *detacit. & ambig. convent. l. 23. tit. 27. n. 17.*

Hinc si Vassallus plures reliquit filios, & in divisione Bonorum, inter ipsos facta, Feudum ad unum illorum venit, illo mortuo, ejus Linea, quamdiu duraverit, censetur esse proximior, & praeferitur Lineae alterius Fratris.

2. *Feud. tit. 50. fin.*

Linea vero illius deficiente, ad Stipitem proximè sequentem iterum recurritur, & ita consequenter, ut sic primò semper de Linea, postea de gradu sit laborandum.

Textor *dissert. de Success. Lineal.* Belsold. p. 6. *conf. 265.* Struv. *de Jur. feud. c. 16. q. 17.* Schweder. *de Jur. Agnat. in Feud. thes. 8.*

Ergo idipsum observandum erit etiam in Successione Fideicommissaria.

53.

8. In Fideicommissio Quæstionis semper observatum est hæcenus, ut Primogenitus exclusiverit à Successione Secundogenitum, neque huic locus fuerit, nisi extincta Linea Primogeniti. Hoc ipsum observatur etiam alibi, ubi non ætas, sed propinquitas Lineæ consideratur; nam Linea Primogeniti semper praeferitur. Si vero penitus extincta sit, tum primùm admittitur Linea Secundogeniti, & quidem ita, ut in casu, quo ex Secundogenito supersunt duo, unus, qui propius contingit Lineam ratione gradus, alius vero ratione ætatis præcedit, ex hac descendens excludat proximiorē Stirpi quemcunque, & non gradus proximitas, aut ætatis prærogativa, sed ordo Lineæ, aut Stirpis, & Genituræ, seu Jus uni Lineæ acquiritum attendatur. Imò sic constitutum est in Aurea Bulla quoad Successiones Electorum, & Principum, ubi Primogenitus excludit omnes, qui ex Secundogenito nati sunt, quamvis ratione gradus propiores sint: ut adeò à pari, & ex hac Observatione benè concludatur, idipsum etiam in præsentī Casu observandum esse.

54.

Decisio
Quæstionis
cum Ratio-
nibus.

Verùm hæc Argumenta non sunt adeò efficacia, ut non his insuper habitis oppositum videatur omnino tenendum. DICO igitur: Dominus Josephus Rudolphus Excellentissimi Domini Comitis Gaudentii frater, post mortem Viti Ernesti fratris ipsorum primogeniti, præ hujus filio primogenito fideicommissum controversum Jure prætendit, & meritò à Dominis Commissariis, per Dominos Executores deputatis, in Possessionem illius immisus est. Patet I. Ex voluntate Testatoris in Testamento expressa; in hoc enim disposuit, ut si Wilhelmus Leo filius primi acquirentis, præter filios proprios, reliquisset Fratrem, aut Fratres, non primogenitus illius filius, sed Frater ejusdem natu major in Fideicommissio post ipsum succederet; & hoc ipsum semper observari voluit etiam in futuris Succes-

sionibus, ut nempe semper senior in Linea præferatur juniori, etiamsi filius ille sit ultimi Possessoris. Atqui post mortem Viti Ernesti, qui sextus Fideicommissi Successor, & frater DD. Josephi Rudolphi atque Gaudentii erat, Casus hic contigit; nam tunc ex una parte aderant tres ejus filii, Vitus Ernestus, Antonius, & Bero, ex altera vero duo illius fratres, Josephus Rudolphus, & Gaudentius. Igitur illis tribus ex mente Testatoris præferri istorum duorum natu major, nempe Josephus Rudolphus debuit.

2. Si Successionis ordo, à Testatore designatus, intelligi deberet, quòd descendentes ex ultimi Possessoris Linea soli, Fratribus ejusdem exclusis, deberent succedere, Testator sibi ipsi contradiceret; voluit enim ut deinceps in futuris temporibus, & Successionibus observaretur, quòd constitutum est de Wilhelmo Leone. De hoc autem constitutum est, ut ipso mortuo, Frater ejus supersites, si quem haberet, in Successione præferretur ejus filio. Igitur id etiam voluit observari in futuris Successionibus. Hoc ipsum autem simul noluisse, si verba illius deberent intelligi de Linea; quæ Ramus tantum est principalis Lineæ; nam Fratres semper inchoant novam aliquam talem Lineam, hoc ipso, quòd sint Collaterales: & sic nunquam esset locus Successioni fratrum, nisi post extinctum omnino fratris Fideicommissi Possessoris descendentiæ, neque aliquis Casus venire posset, quo Frater Nepotibus ex Fratre posset præferri. Neque dicas, ideò Dominum Josephum Rudolphum Fratri suo Vito Ernesto non potuisse succedere in Fideicommissio; & præferri ejusdem filii; quia Pater ipsorum Bero fideicommissum nunquam possedit, & sic Linea, quam ipse cœpit, non fuit actualiter vocata; nam

3. Aliud est actualiter vocatum esse, aliud actu succedere. Patet in Primogenitura, ubi Jus succedendi in ista Primogenitura, licet ante Patrem mortuus, transmittit in filium Primogenitum: consequenter iste, Avò defuncto, exclusis Patris, admitti debet ad Successionem, ob rationem, quia Primogenito statim, atque hanc lucem alpeixit, Jus istud quæsitum est, quòd ei nec Pater, nec alius quisquam ullo unquam casu potest adimere. Neque officit, quòd Primogenitus, vivente Patre, Jus succedendi non habuerit; cum enim Jus hoc radicatum sit in filio, vivo Patre, licet exercitium illius non habuerit, adhuc tamen transmittere in Primogenitum suum potest, quippe cum aliis nec spes simplicis expectationis, & Successionis futuræ transmittatur ad descendentes in Stirpes. Pari igitur ratione, licet Bero Josephi Rudolphi, & Gaudentii Pater in fideicommissio actualiter non successerit, ut pote mortuus ante Patrem suum, tamen illud transmittere in filios potuit, ut etiam ipsi censerentur vocati, & eveniente casu, quo

quo Seniores essent in Linea juxta Testatoris voluntatem exercere illud actualiter possent. Et quidem, quod tam Bero, quam filii illius omnes actualiter vocati fuerint ad Successionem in Fideicommissis, licet non omnes Possessionem ejus obtinuerint, ostenditur ex eo, quia

57.

4. Cum ingrediente, & actualiter vocato etiam mascula ipsius Linea, & primo quidem Senior in ista vocatur ad Successionem. Atqui extincta Linea primi acquirentis Wolfgangi Conradi, & fratribus ejus Joanne Wilhelmo, ac Carolo Ferdinando sine mascula prole defunctis, in Fideicommissum controversum ingressus est Bero Domini Josephi Rudolphi, & Gaudentii Proavus, tertius Fideicommissi Successor. Igitur cum isto vocati sunt omnes Descendentes per ipsius Beronis Lineam; consequenter etiam Bero alter dictorum Dominorum Pater, & ipsimet ejus filii. Ex vocatis autem in Linea, quæ semel ingressa est in Fideicommissum, succedere juxta mentem Testatoris debet Senior. Hic verò tempore, quo ultimo defuncti Pater mortuus est, in Linea Beronis Proavi sui erat Josephus Rudolphus. Igitur hic juxta mentem Testatoris succedere in Fideicommissum debuit. Neque obstant verba in Testamento expressa fol. 16. fac. 2. ubi cavetur: *Das Fideicommiss nach Abgang der ersten Fideicommiss-Erbens-Lini auf die ander Lini, und zwar auf den Ältesten, und dem Testatori nächst-gesippen, und seine Mannliche Lini, doch in solcher Lini allezeit wieder auf den Ältesten, und seine Mannliche Lini, und also von einer Lini zu der andern fallen solle; quia*

58.

5. Verba hæc Testatoris non possunt intelligi de quavis Sublinea; alias ut Num. 55. dixi, semper à Successione excluderentur Fratres, quando adsunt filii ultimi Possessoris defuncti, quos tamen istis præferri voluit Testator: sed intelligi debent de Lineis principalioribus, in quo sensu accepta adhuc verificantur, licet excluso filio ultimo defuncti Possessoris, successisset Dominus Josephus Rudolphus; nam tres Lineæ principales respectivè in hoc Casu extiterunt. 1. Wolfgangi Conradi. 2. Joannis, qui erat Patruus natu major Fundatoris, quatenus ab hoc deducta est nova Linea Descendens per Joannem Wilhelmum ejus filium. 3. Christophori, qui ejusdem Fundatoris erat Patruus natu minor, & Parens hodiernæ Weissensteinianæ Lineæ. Voluit ergo Fideicommissi Author, ut primo succederet Wolfgangus Conradus, deinde ipsius filius, post hunc Nepos, aut Frater, si quis extaret, & sic Successio perseveret in hujus Linea, quamdiu illa vigeret, ita tamen, ut semper præferretur Senior in illa Linea. Extinctis verò omnibus Descendentibus ex Wolfgango Conrado, voluit, ut succederent Descendentes reliqui ex Joanne Patruo Funda-

toris cum iisdem Conditionibus. Hac verò Linea cessante, petiit, ut veniretur ad Descendentes ex Christophoro altero suo Patruo: & hujus tandem Linea extincta, ad reliquos Agnatos. Et sic salvatur, quomodo semper succedere debeat Senior, & tamen Successio ex Linea ultimo Defuncti, quamdiu illa non extinguitur, non debeat egredi. Ex quo tandem ducitur ultimum, &

6. Argumentum: Successio ista, ut Num. 40. ostendi, est Linealis cum Majoratu, & Senioratu in Linea vocata, ita, ut semper Senior, & proximè Agnatus Testatori succedere in Fideicommissis debeat, quamdiu aliquis superest in illa Linea Masculula. Atqui modò, postquam nulli amplius adsunt Descendentes ex primo acquirente Wolfgango Conrado, hujusque Fratribus Joanne Wilhelmo, & Carolo Ferdinando, Linea vocata est Linea Christophina, & in hac Linea tempore, quo è vivis abiit Vitus Ernestus ultimo Defuncti Pater, Senior erat Dominus Josephus Rudolphus. Ergo hic debuit succedere, sicque Jure suo admissus est in Possessionem Fideicommissi; nam quòd Dispositio Testatoris de quavis etiam Sublinea intelligenda sit, nullis Argumentis probatur, sed potius ex hæcenus deductis patet contrarium.

59.

Argumenta à Num. 47. proposita maxime triplici nituntur Fundamento. 1. Quòd in Fideicommissis Questionis constituta sit Primogenitura. 2. Quòd ex mente Fideicommittentis Successio debeat manere in Linea, quæ ingressa est in Possessionem Fideicommissi, quamdiu aliquis ex illa superest, & sic Jus succedendi, quando filii ex ultimo Possessore adsunt, ademptum sit hujus Fratribus, quippe qui Lineam pro numero suo dividunt, & sic inchoant novam Lineam. 3. Denique, quòd Linea, ex qua descendunt Domini Josephus Rudolphus, & Gaudentius, non sit actualiter vocata, cum Pater illorum Bero nunquam ingressus sit in Possessionem Fideicommissi, utpote ante Patrem suum mortuus, & sic non potuerit Jus succedendi transmittere in filios.

60.

Subruuntur Fundamenta adversa Partis.

Ex his, quod attinet ad primum, ex dictis à Num. 34. satis constat, quòd in præfenti Casu non sit instituta Primogenitura; nam primò statim post Wilhelmum Leonem præ hujus filiis Testator admisit ad Successionem illius fratrem natu majorem, si aliquem post se reliquisset: quod observari etiam voluit in aliis Successionibus futuris, & colligitur ex verbis Testamenti, ibi: *Dahero sich oft begeben möchte, daß des Fideicommissarii Hæredis Eheleibliche Sohn eintrweder gar nicht, oder doch spat, und nur villeicht der Älteste unter ihnen zu diesem unserm Fideicommissis kommen etc.* Ex quo etiam patet, quòd dum idem Testator voluit, ut Successio semper maneat

61.

in Linea; quæ Possessionem fideicommissi accepit, quamdiu aliquis ex illa adest, hoc intelligendum sit de Linea principali, in plures Ramos divisa, vel divisibili, non verò de quavis Sublinea; quia cum, uti dictum est, Fratres pro numero suo Lineam dividant, nunquam Casus posset contingere, quo filius ultimi Possessoris primogenitus aut nunquam, aut serò nimis succederet, quippe qui semper præferretur fratri Patris, utpote ordienti novam Lineam.

62.

Quod attinet ad tertium, dum ex eo, quòd Bero, DD. Josephi Rudolphi, & Gaudentii Pater, non adeptus sit Possessionem fideicommissi, infertur, Lineam istorum non esse actualiter vocatam, Sequela ista videtur repugnare Principio passim recepto, juxta quod in hujusmodi fideicommissis, præsertim quæ naturam Primogenituræ habent, Filius Primogenitus Hæreditatem etiam nondum aditam ad Filios suos transmittit, ex ratione satis clara; quia Successio Primogenitalis fundatur in Pacto, & providentia Majorum, & non habetur à Patre, ex quo Primogenitus habet Jus radicatum, quamprimum nascitur.

Hugo Grotius de Jur. Bell. & Pac. l. 2. c. 7. §. 22.

Et hinc si Primogenitus ante Patrem moriatur, Jus tamen Primogenituræ in Nepotem transmittit, ex hac quidem ratione; quia Pater & filius censentur semper eadem esse persona, & Filius personam Patris repræsentat, ac Nepos succedit in locum Filii, ut adeò Filius Primogeniti mortui Jus Primogenituræ, quod Legis, vel Consuetudinis beneficio Pater ejus, si non actu, at habitu saltem, & potentia consecutus est, obtinere debeat.

Mynsing. cent. 3. obs. 23. n. 2.

Et procedit hoc teste eodem

Grotio l. cit.

in quacunque Successione Lineali; nam in hac, ut

Frideric. Gronovius ad Grotium loc. cit. n. 9. addit,

futurus Hæres, etiamsi ante Possessionem moriatur, & ad Regnum, aut fideicommissum non pervenerit, Jus tamen succedendi transfert in Hæredem suum, quasi jam revera possidisset, & qui proximus semel fuit, etsi non possiderit, tamen ejus Posterius, quamdiu supersunt, excludunt alios propiores; quia, ut notat

Grotius l. cit. n. 30.

in Successione Lineali mortui pro vivis habentur in hoc, ut in Liberos Jus Succedendi transmittant. Cum igitur in præsentis Casu sit Successio Linealis cum Majoratu, seu Senioratu in Linea, non obstabit, quòd Bero Pater fideicommissum non obtinuerit. His notatis,

63. Facilis est Responsio ad Argumenta opposita. Ad 1. Patet ex hætenus dictis, quòd Testator in hoc fideicommissio non voluerit constituere Primogenituram. Et

Respondetur ad Argumenta opposita.

Confirmatur ex verbis Testamenti, ubi Testator voluit, ut Successio in hoc fideicommissio semper caderet in Seniore, & proxime ipsi Agnatum, auf den ältesten, und uns am nächsten gesippten Manns Erben, quæ verba debent aliquid operari, ne sint otiosa. Nihil autem operarentur, imò omnino non verificarentur, si Nepos ex fratre ultimo fideicommissi Possessore posset excludere à Successione Patrum; neque enim Primogeniti filii filius est Senior, & propinquior Testatori, sed uno toto Gradu remotior, & plerumque saltem Patrus junior.

Ad 2. Patet Responsio ex hac ipsa ratione: imò Argumentum hoc probat contra Pupillum ultimò defuncti Viti Ernesti filium; probat enim, quòd non ipse, sed Frater natu major hujus ultimò defuncti, excluso suo Nepote, succedere in fideicommissum debeat, quippe qui ex Linea, ab ultimò defuncti Patre, & fideicommissi Possessore cepta, sicque, etiam ex mente Partis Adversæ, actualiter vocatà descendit. Quòd verò Bero DD. Josephi Rudolphi, & Gaudentii Pater, utpote ante Patrem suum mortuus, ad fideicommissi Possessionem non venerit, nihil obest: nam sufficit, quòd per Successionem tertii fideicommissarii Hæredis Beronis Linea Christophina ingressa sit in Possessionem fideicommissi, quæ proinde Linea per hoc, quòd Bero Junior, prædictorum DD. Pater, ipse non possederit fideicommissum, non interruptitur, sed continuata est in ipso hoc Berone juniore, & ad dictos Dominos producta. Certe si secundus fideicommissi Possessor Wilhelmus Leo ante aditam Possessionem fideicommissi, & ante Patrem fuisset mortuus, indubitatum fuisset, Jus succedendi mansurum fuisse apud Filios suos post se relictos, & præ his apud Fratres ejusdem, ita tamen, ut si ex Descendentibus à Wilhelmo Leone aliquis superesset Familiæ Senior, & Testatori vicinior, extinctis Fratribus, ad ejus Descendentiam tandem iterum rediret Jus succedendi; contrarium enim dicere, scilicet quòd casu, quo successisset aliquando Frater, in hujus Sublinea semper manere Successio debeat, quamdiu aliquis ex istis superstes est, exclusis ejusdem Wilhelmi Leonis Filii, est aperte contra intentionem Testatoris, utpote qui Fratrum Leonis Liberos non magis censetur dilexisse, quàm proprios ejusdem Leonis Liberos.

Ad 3. Linea, ex qua descendit Josephus Rudolphus, est ipsa Linea Christophina, quæ per Beronem ejus Proavum, tertium fideicommissi Possessorem actualiter ingressa est in Possessionem fideicommissi, consequenter actualiter vocata est: & sic actualiter vocati sunt omnes, qui per Lineam istam descendunt, licet suo modo, tempore, & ordine, ita, ut licet aliqui ad actualem fideicommissi Possessionem non perveniant, unus tamen semper alteri substituitur.

tus censeatur, donec Linea ista omnino cesset. Quod additur, proximè Defuncti Patrem in Casu Quæstionis non à Patre suo, sed tanquam Collateralem respectu Prædecessoris sui Francisci Leonis proprio Jure successisse, verum est; nam Successio in Fideicommissis non à Patre, sed ex providentia Fideicommittentis habetur, neque Hæres Fideicommissarius Patri, sed potius Fideicommittenti succedit, juxta illud effatum, quòd primo Institutore Majoratus dicatur Successor quilibet in infinitum succedere.

Mantic. de Conject. ult. Volunt. l. 8. tit. 12. n. 31. Molin. de Primogen. l. 2. c. 4. n. 6. & seqq. Ant. de Padill. in l. unum ex Familia. §. ff. Falcidia. n. 2. ff. de Legat. 2. Joan. à Castill. Contr. Jur. c. 9. n. 12. Joan. à Sommern trad. de Repras. c. 6. n. 6. Knipschildt de Fideicommiss. c. 9. n. 77.

Sed hoc ipsum probat, non obesse Filio, quòd Pater ejus ob præmaturam mortem succedere non potuerit; quia non Patris voluntate, sed Juris quodam beneficio Successio ad Filium, & Descendentes transmittitur, præsertim in Casu, ubi à Testatore (prout in Casu præsentis contigit) in Fideicommissio Agnationis, & Familiæ ratio habita, & illud Familiæ, & Agnationis conservandæ causâ relictum fuit: nam tali casu, etiam si Pater Fideicommissi Possessionem non adierit, transmissioni locum esse, communis est DD. conclusio, qui videri poterunt apud

Knipschildt c. 9. cit. num. 26. & 66. Mantic. de Conject. ult. vol. l. 11. tit. 20. num. 23. & l. 8. tit. 10. fusè Jacob. Menoch. l. 4. præsumpt. 95. per totam.

Confirmatur à pari cum Primogenituris, ubi per Jus Repræsentationis Filii succedunt in locum Patris prædefuncti non aliter, ac si iste actualiter Fideicommissi Possessionem habuisset, ut communiter ab AA. pro indubitato habetur, pro qua sententia

Menochius præsumpt. 95. n. 14.

allegat triginta quinque Authores. Addatur del Castillo Contr. Jur. c. 20. Kellenbenz de venunt. Success. Illustr. Famil. q. 33. n. 15. Joan. à Sommern c. 6. cit. n. 14. & c. 11. n. 3. Knipschildt l. cit. n. 34. & seqq.

Spes enim Successionis radicatur in Patre defuncto, & ex immutabili prærogativa naturæ ipso nativitate momento Filio acquiritur.

Henr. à Rosenthal de Feud. c. 7. concl. 26. n. 17. D. Baro ab Andlern Jurispr. l. 2. tit. 35. n. 24. fin.

Igitur nihil facit, quòd Pater proximè defuncti Possessoris successerit non Patrio, sed proprio nomine; nam hoc ipsum probat, quòd post ipsius mortem potuerit succedere ipsius frater natu major Josephus Rudolphus, quippe qui ex voluntate Testatoris post ipsum proximè vocatus erat, quòd Jus, cum illud non à Patre, sed à Jure, & Testato-

ris voluntate acceperit, per hoc non perdit, quòd Pater ejus ob præmaturam mortem ad Fideicommissi Possessionem non venerit.

Ad 4. Latissima est disparitas, quia Joannes Wilhelmus, & Linea ejus ad Successionem nunquam pervenit, adeoque quâ nunquam ingressa, actualiter nunquam vocata est. Contrà verò Linea Christophina, ex qua Dominus Baro Josephus Rudolphus originem traxit, actualiter Successionem ingressa, adeoque etiam actualiter vocata est. Igitur Joannes Wilhelmus, tanquam ex Linea habitualiter tantum vocata oriundus, tanquam habitualiter tantum vocatus, eatenus æquiparari Domino Josepho Rudolpho non potest, utpote Descendenti ex Linea Christophina ingressa, & actualiter vocata ad Possessionem. Neque obest, quòd Pater ejus ad Successionem non venerit; nam hoc non obstante, ut Num. præc. ostensum est, vocatus est actualiter. Igitur Jus suum transmisit ad Filios. Imò, ut eodem Num. præc. dixi, vocati ad Successionem in Fideicommissio causam non habent à Patre, sed à primo Institutore, qui vocare potuit, quos voluit. Noluit autem Institutore Fideicommissi vocare Joannem Wilhelmum Patrualem suum, aut hujus Descendentes, nisi deficiente Linea Wolfgangi Conradi. Consequenter cum Fideicommissum ob defectum Successionis Masculinæ in Lineam Joannis Wilhelmi nunquam ingressum sit, non potest ipse haberi pro actualiter, sed tantum pro habitualiter vocato. Contrà in Lineam Christophinam, ex qua descendit Bero Domini Josephi Rudolphi Pater, jam actualiter Fideicommissum ingressum est. Igitur Bero hic pro actualiter vocato haberi debet: consequenter etiam Filius ejus Josephus Rudolphus.

Ad 5. Inprimis si Argumentum hoc aliquid probat, contra Pupillum ultimò defuncti Possessoris Filium probat; probat enim, quòd sicut Wilhelmi Leonis Fratres in Successione Fideicommissi debuissent præferri ejusdem Filii, si aliqui extitissent, ita Pupillo ultimò defuncti Filio debeant præferri ejusdem Fratres, utpote Descendentes ex Linea actualiter vocata. Deinde, ut jam supra monui, aliud est esse actualiter vocatum, & aliud venisse actualiter in Possessionem Fideicommissi, sicut aliud est alicui esse actualiter delatam Hæreditatem, & aliud ipsum venisse actualiter in Possessionem Hæreditatis; nam ne actualiter is, cui delata est Hæreditas, in Possessionem ipsius veniat, pluribus modis impediri potest. Imò Filius mortuus ante Patrem, licet actualiter ipsi Hæreditas Paterna delata non sit, quia tamen delata ipsi fuisset, si Patri superstes mansisset, ideo Hæreditatem nondum aditam Jure Sui-tatis ad suos Hæredes transmittit, vel saltem eadem Hæreditas, & Jus ad illam lisdem Jure repræsentationis manet. Idem ergo di-

66.

67.

cendum in Casu præfenti. Confirmatur: Filiū Wilhelmi Leonis, licet re ipsa à parte rei non extiterint, consequenter ad Possessionem Fideicommissi venire non potuerint, eatenus tamen actualiter vocati sunt, quatenus ex Linea actualiter vocata, & in Possessionem Fideicommissi ingressa sperabantur. Ergo etiam pro actualiter vocatis haberi debent Descendentes ex Linea Christophina, quippe jam ingressa in Possessionem Fideicommissi. Talis autem fuit Bero Josephi Rudolphi Pater. Igitur licet ille actu Possessionem Fideicommissi non acceperit, pro actualiter vocato tamen haberi debuit; nam quod Testator disposuit de vocatione Liberiorum Wilhelmi Leonis, etiam disposuit de Agnatis, & cujusunque Possessoris futuri Filiis, ex Linea semel ingressa Descendentibus, ibi: *der Aeltere und seine Mannliche Lini*: Igitur sicut si Wilhelmus Leo post se præter Filios reliquisset Fratrem, ex mente Testatoris Frater exclusisset Filium ejus Primogenitum, ita Josephus Rudolphus penultimi Possessoris Frater debebat excludere ejusdem Filium.

68. Ad 6. Jam dictum est, quod Joannes Wilhelmus Wilhelmo Leoni, & Descendentibus ex paterna illius Linea præferri in Successione non potuerit; quia Linea ipsius Joannis Wilhelmi nunquam ingressa est in Possessionem Fideicommissi. Hanc autem ingressa est Linea Christophina, ex qua descendit Josephus Rudolphus. Dices: etiam Bero Josephi Rudolphi Pater inchoavit Lineam diversam à Linea, quam inchoavit Vitus Ernestus Possessoris ultimò defuncti Pater: consequenter ipse Bero respectu hujus secundæ Lineæ à Vito Ernesto descendentis pro extraneo haberi debet. Sed contra est, quia licet verum sit, Fratres pro suo numero dividere Lineam Paternam, tamen Lineæ istæ, quas Fratres pro numero suo faciunt, tantum sunt Sublineæ, & Rami unius Lineæ principalis. Testator autem non de Sublineis, sed de Lineis principalibus loquitur, & secundum has regulavit Successionem, atque ordinem succedendi, ita, ut in Linea hujusmodi principali tamdiu Fideicommissum manere debeat, quamdiu de illa supersunt masculini Surculi. Erat autem Dominus Josephus Rudolphus Lineæ principalis Christophinæ, penes quam nunc est, & tunc etiam erat Possessio Fideicommissi, Nobilissimus Surculus, licet respectu Sublineæ, ab ultimò defuncti Patre inchoatæ, extraneus fuerit. Igitur in ipsius beneficium cedere debuit, quod Testator intuitu Lineæ principalis constituit, ut Senior in Linea superstes, & non ultimi Possessoris Filii in Fideicommissum succederent.

69. Ad 7. Argumentum à Feudo ad Majoratus, & Fideicommissa ob plurimas diversissimas Rationes non procedit universaliter, sed tantum in quibusdam casibus, ubi prorsus eadem lubet ratio, ut in terminis docent

Bald. in *Præjud. Feud. col. 3. num. 5.*
Bartol. in *l. ut Jurisjurandi. §. si Liberi. col. 1. n. 4. ff. de Oper. libert.*

In præfenti Casu diversitatem Fideicommissi controversi à Feudo clarè indicant verba Testatoris, dum voluit, ut in hoc Patruus præferretur Filio ultimò defuncti Possessoris, agnovitque posse hoc modo aliquando contingere, ut ex Filiis Possessoris ultimi aut nullus, aut Primogenitus tantum, idque post longum fortasse tempus succederet: qui casus, si in hoc Fideicommissum deberet observari ordo Successionis, qui observatur in Feudo, omnino nunquam posset evenire, cum in Feudo semper Filii præferantur Patruis. Consequenter ex verbis Testatoris clarè patet, quod Testator alium, quam in Feudo, voluerit in Fideicommissum suo observari ordinem. Ubi autem verba per se clara sunt, ibi nulli disputationi locus est, nec admittitur ulla alia Interpretatio, seu Conjectura voluntatis.

L. licet Imperator. 74. ff. de Legat. 1.
Tusch. tom. 8. Lit. U. concl. 108.

nam Voluntas Defuncti in exponendis dispositionibus, & ordinanda Successione est unica Regina, cui semper præcavendum, & obsequendum, quamdiu à Lege non irritatur; nec confugiendum est ad Scripturam sensa, quamdiu habentur clara Fideicommissi tenentis effata.

Ad 8. Observantia in Successione Fideicommissi præfentis potius contraria est; nam juxta hanc, ut ex Schemate Genealogico constat, ordo Successionis non semper ad Primogenitos, sed ad majores de Familia in Linea actualiter vocata, exclusis respectivè Primogeniti Filii Descendentibus, est devolutus, & Filius Primogenitus ultimi Possessoris, ejusque Descendentes tunc solum admitti sunt, quando non adfuerunt alii Seniores, & propinquiore Gradu respectu Testatoris; secus, si adfuerunt. Exemplum est in Vito Ernesto quarto Successore in Fideicommissum, qui duos habuit Filios: Beronem Primogenitum, & Franciscum Leonem Secundogenitum; & licet Bero ante Patrem mortuus tres post se, & Patrem reliquerit Filios, non tamen Primogenitus ex his in Fideicommissum immediate successit Avo, sed ejus Patruus, tanquam Familia, & Lineæ vocata tunc temporis Senior. Debuisse autem, hoc excluso, succedere Primogeniti, etiam ante Patrem præmortui, Filius Primogenitus, si veram Primogenituram Testator instituisse. Quod additur de usu, & observantia in aliis Fideicommissis, argumentum non facit pro modo succedendi in Fideicommissum præfenti; nam in Fideicommissis non tam usus, & observantia alibi consueta, quam Voluntas fideicommissi tenentis respicienda est. Ubi Primogenitus, patruis exclusis, succedit, fideicommissum per modum Primogenituræ institutum est:

est: & talia sunt fideicommissa, de quibus Aurea Bulla allegata loquitur.

QUÆRITUR V.

Utrum Illustrissimus Dominus Comes Gaudentius post mortem Fratris sui Josephi Rudolphi Jus succedendi in Fideicommissio controverso habuerit, vel si tunc ratione belli Gallici, agnitus fuit proinca-paci istius Juris, an saltem ille post plenam Amnestiam, Jus istud receperit, locumque illud exercendi nactus fuerit, per mortem ultimi Possessoris, qui interea in Fideicommissum immixtus fuerat?

71.
Rationes
Dubitandi.

EX iisdem Fundamentis hunc removere Pars Pupillo favens contendit, ex quibus litem movit Domino Fratri ejusdem Josepho Rudolpho: & in Confirmationem 1. Afferunt duo Responsa Juridica, unum facultatis Tubinganae, alterum Salisburgensis, quorum utroque Jus succedendi in Fideicommissio Questionis negatur Excellentissimo Domino Comiti Gaudentio. 2. Quia Author Fideicommissi voluit, ut in Linea Senioris, ad quem transit, continuaretur Possessio; ibi: Also wollen wir -- -- daß alle und jede unsere Verlassenschaft -- -- allezeit auf den ältesten, und uns nächstge-sipten, und NB. seine Männliche Lineam -- -- und dann nach Abgang diser Lini widerum auf den ältesten, und seine Männliche Lineam, und also von einer Lini zu der anderen fallen, und kommen solle: ex quibus verbis videtur colligi, quod nec Josephus Rudolphus sit legitime immixtus in Possessionem, & si hoc esset, tamen non possit succedere Dominus Comes Gaudentius, cum Dominus Frater ipsius Josephus Rudolphus plures reliquerit Liberos masculos; consequenter Linea ipsius adhuc perseveret, sicque juxta verba Testatoris allegata debeat in hac manere Fideicommissum: cui Sequela 3. Obesse non debet id, quod fideicommittens disposuit circa Fratres Wilhelmi Leonis speratos, ut nempe hi, si qui extarent, præferrentur istius filiis; differentiam enim inter hos, & alios Agnatos sufficienter explicat ipse fideicommissi Author, dum Prærogativam, fratribus Wilhelmi Leonis concessam, deinceps non amplius repetit, sed §. 12. tantum disponit, ut deficientibus fratribus, post mortem Wilhelmi Leonis inter hujus filios succederet Senior, & Linea ipsius masculina, semper tamen in ista iterum Senior. Formalia: Da er aber seinen Bruder bekommen wurde, und aber ein, oder mehr Eheliche Söhn hinterlassen wurde, so soll allezeit der älteste, und ihre Männliche Erben/ aber allezeit widerum jetzt angedeutet massen zuvor der älteste

ste, und also immer fort in Herrn Wolff Conrads Frey: Herrn von Reichberg etc. absteigender Lini per Fideicommissum substituieret seyn, immer so lang, und vil von ihm Herrn Wolff Conraden Frey: Herrn von Reichberg absteigender Lini herkömmd einiger Männlicher Erb im Leben seyn, und bleiben wird. Quod ipsum voluit observari etiam, quando deficiente omnino Linea masculina Conradina, Fideicommissum devolveretur ad alios Agnatos Descendentes ex Patris suis Joanne Equite, & Christophoro; semper enim voluit, ut Fideicommissum transfiret ad Seniore, proxime sibi Agnatum; & ipsius Lineam masculinam, ita, ut Successioni Senioris Collateralis tum solum dederit locum, quando Possessoris proprio; non paterno Jure vocati Linea Subalterna omnino cessavit; aliis si voluisset Filiis ultimi Possessoris præferre simpliciter Seniore in Linea Avita, opus non fuisset hac specialitate, ut scilicet succederet Senior cum sua Linea masculina; & ex hac iterum Senior cum sua Linea masculina, sed sufficisset dicere, ut ex Avita Linea semper succedat Senior, & ipsi Testatori proxime Agnatus: imò capi non posset, quando locum habere posset hæc Testatoris dispositio de Successione Senioris cum sua Linea; quia si Fratres ultimo Defunctus post se relinqueret; semper Fideicommissum, exclusis istius Liberis Masculis, & Linea, transfiret ad Patrum, & hujus Lineam Lateralem: ex quo 4. Sequitur, non obesse id, quod Testator §. 16. ait, posse contingere, ut Fideicommissarii Hæredis Filii aut nunquam, aut serò, & fortasse ex his Senior tantum succedat. Formalia: Wollen es damit also gestaltet, daß es nicht gestricks auf des fideicommissarii Hæredis Erben, sondern auf den ältesten allzeit allein gelanget, und dahero sich oft begeben möchte, daß des fideicommissarii Hæredis Eheliche Söhn entweder gar nicht, oder doch spat, und villeicht nur der älteste unter ihnen zu diesem unserm fideicommissio kömme etc. Nam primò verba ista non dispositivè, sed incidenter solum, & enuntiativè in Testamento ponuntur, ut adeò pro non adjectis, quatenus contrarietatem sapiunt, habenda sint. Deinde si verba ista explicari deberent in sensu, quem obvium præferunt, contrarietas, & contradictio in eodem Instrumento evitari non posset; nam ex una parte, dum Seniore Testator vocat cum sua Linea Masculina, admitteret ab hoc Descendentes præ aliis Collateralibus, ex altera verò parte eos excluderet, illis præferendo Seniore Collateralem. Debent autem Instrumenta, & maxime Voluntates Ultima ita explicari, ut evitetur contradictio, ad quam evitandam etiam impropranda sunt verba. Unde dum ait, posse contingere, ut ultimo defuncti Hæredis fideicommissarii Hæredes, & filii aut nunquam, aut serò admo-

admodum, & fortasse Primogenitus tantum succedat, id intelligendum est de secundò & tertio genito tantum, ut sensus sit, in casu, quo ultimo defunctus fideicommissi Possessor plures reliquit Filios, successurum quidem eidem immediatè Filium ejus primogenitum, secundò, & tertio genitum autem vel nunquam, si scilicet Primogenitus Lineam suam propaget, vel serò admodum, puta tum quando Linea Primogeniti, nullo relicto Masculo Hærede, extinguitur; tunc enim admittendum secundò genitum, si adhuc superstes sit, vel hoc mortuo ejusdem primogeniti filium: in quo sensu omnis evitatur contrarietas, quæ contrarietas non evitatur, si vi verborum istorum Senior extra Lineam specialiter vocatam semper simpliciter deberet succedere. Imò sic nunquam posset contingere, ut fideicommissarii Hæredis Hæredes, & filii ad Successionem veniant, quod tamen repugnat expresse tenori In- & Substitutionis §. 12. ubi cum Seniore, & proximè Agnato admittitur illius Linea masculina, & primum, hac extincta, Fideicommissum devolvitur ad aliam Lineam Collateralem. Denique quòd in hac Dispositione vox *Senior* non debeat capi simpliciter, sed cum restrictione ad Lineam specialem actualiter vocatam, ipse Testator §. 16. cit. *Vir versehen uns auch*, satis luculenter innuit, dum ibi voluit, Possessori fideicommissi à cæteris Agnatis dari præcedentiam, licet ille fortasse his junior sit. Et hinc cum Dominus Comes Gaudentius in Linea speciali actualiter vocatà non comprehendatur utpote cujus Pater Bero nunquam Hæres fideicommissarius actualiter fuit, non poterit ex vi verborum istorum evincere, ut excludatur ejus Pronepos, & ipse admittatur ad Fideicommissum controversum.

72.
Concluditur pro Parte affirmativa.

Sed his non obstantibus, DICO 1. Si ob Bannum Imperiale, cui tunc Illustrissimus Dominus Comes Gaudentius subiacebat, non fuisset judicatus incapax Successionis in Fideicommissio controverso, jam tunc ille debuisset admitti ad Fideicommissum, quando Frater ipsius Josephus Rudolphus est mortuus. Nam 1. Ex Testatoris voluntate ultimo defuncto legitimo Possessori fideicommissi debet succedere ejus Frater natu proximus, exclusis interea filiis à Defuncto relicti. Atqui Josephus Rudolphus, ut ostensum est ad *Quast. prac.* erat Legitimus Successor fideicommissi, estque ut talis à Dominis Commissariis Dominorum Executorum ex voluntate Testatoris immisus in Possessionem. Igitur tunc immediatè, exclusis aliis omnibus remotioribus, ei succedere debuisset Dominus Comes Gaudentius ejus Frater unicus adhuc superstes. 2. Si Bero Domini Comitis Gaudentii Pater adisset Possessionem fideicommissi, absque dubio post mortem duorum Fratrum suorum natu majorum in Suc-

cessione fideicommissi, nisi Bannum Imperiale obstisset, fuisset prælati Fratri natu majoris Filio Vito Ernesto ultimo defuncto Possessori; nam eo casu omnimoda paritas fuisset cum Wilhelmo Leone, hujusque filio, & Fratre post ipsum superstitè, quem, si aliquis extitisset, Testator voluit præferri filio, addiditque, id observandum etiam in Successionibus reliquis futuris. Atqui quòd Bero Pater Domini Gaudentii ad Successionem fideicommissi non venerit, non potest obstare ipsi Domino Gaudentio, quippe cum ipse ejus Pater nihilominus actualiter vocatus sit, & Jus succedendi, quod ipse nativitate nactus est, transfudit in filios, ut ostensum est *Quast. prac.* Neque obstat, quòd à parte rei, & in actuali facti contingentia Wilhelmus Leo nec filios, nec Fratres post se superstites reliquerit, adeoque res ad usum non venerit; sufficit enim adesse Dispositionem Testatoris de Casu, licet ipse Casus tunc non, sed primum in morte Fratris Viti Ernesti, & Josephi Rudolphi eveniret. 3. Dominus Josephus Rudolphus post mortem Fratris sui primogeniti Viti Ernesti in Fideicommissum Quæstionis præ hujus Filiis succedere ex Voluntate Testatoris debuit, quod probant Argumenta pro *Quast. prac.* allata à Num. 54. Atqui hæc ipsa Argumenta probant, quòd post mortem Josephi Rudolphi, nisi aliud impedimentum obstisset, præ Viti Ernesti, & Josephi Rudolphi Fratrum suorum Filiis debuisset succedere Dominus Comes Gaudentius, ut Argumenta hæc applicanti patebit. Ergo &c.

DICO 2. Domino Comiti Gaudentio, post Pacem universalem in antiqua Jura restituito, saltem post mortem ultimi Possessoris interea instituti, debet adjudicari Possessio fideicommissi controversi præ Pupillo, ex ultimo Possessore relicto. Nam 1. Ex mente Testatoris §. 12. semper succedere in Fideicommissio debet Senior, & proximus ipsi Agnatus in Linea, quæ actu possidet fideicommissum. Atqui inter præsentès Testatoris Agnatos, descendentes ex Linea Christophina, quæ modò est in Possessione actuali fideicommissi, proximus Agnatus est Dominus Comes Gaudentius, nam Fundatori fideicommissi juxta Regulam computandi gradus in ordine ad Successiones, quòd tot sint Gradus, quot personæ, Stipite dempto, ipse Testator conjunctus est in Gradu septimo, filius verò ultimo Defuncti in nono. Neque hic iterum dicatur, cum pro numero Fratrum dividantur Lineæ, Dominum Gaudentium non existere in eadem Linea cum suo Fratre Pupilli præsentis Avo; nam contrà est, quia 2. Fratres tantum faciunt diversas Sublineas, non autem diversas Lineas principales, non autem potest dispositio Testatoris intelligi de Sublineis, & de proximi Agnato, & Seniore in Sublinea; sic enim contra mentem

mentem Fundatoris nunquam esset locus Successioni Fratrum, quando adiunt Filii relictæ ex ultimo Possessore, neque hi unquam excludi possent à Patruis, vel aliis propinquius conjunctis Testatori, quem tamen Casum contingere posse agnovit ipse Testator, dum dixit, posse contingere, ut ultimi Possessoris Filii aut nunquam, aut serò nimis, & quidem fortassis Primogenitus tantum, succedat. Si objicias, Testatorem præ Filiis Possessoris ultimi tantum admittere Patruos, prout patet ex Dispositione facta circa Fratres Wilhelmi Leonis speratos, quos in casum, si aliqui extitissent, & superstites fuissent, post ipsum Wilhelmum Leonem, admittit ad Successionem præ Filiis ipsius, non verò istorum Propatruos; nam contra est 3. Quia licet in hac Dispositione de Wilhelmo Leone, Testator tantum loquatur de hujus Fratribus speratis, tamen in reliquo Testamenti contextu præ Filiis ultimi Possessoris admittit simpliciter Seniores in Linea, quæ Possessionem Fideicommissi habet. Et esto, ex voluntate Testatoris tantum admitti deberent Patruis, exclusis interea Filiis, sicque per se loquendo in Casu præsentis potius Jus haberet Patruus Pupilli ex prædefuncto ultimo Possessore Fideicommissi, tamen Privilegio quasi postliminii, & Restitutionis plenæ in omnia Jura præhabita per Pacem Universalem factæ restituendus videtur Dominus Comes Gaudentius, etiam in istud Jus, utpote qui in vacatura penultima ex Voluntate Testatoris vocatus ad actualem Possessionem fuisset. Neque obesse potest, quòd in hac vacatura Possessionem Fideicommissi apprehenderit, & per conniventiam Dominorum Executorum eandem continuaverit usque ad mortem suam Fratris primogeniti Filii, & aliàs Juris præsumptio sit, quòd qui patitur alium in Fideicommissum ingredi, illudque possidere, censetur renuntiassè Juri suo; nam quia Dominus Gaudentius non admittebatur ob Bannum Imperiale, & sic contra voluntatem se videre præteritum debuit, nulla ex hoc Renuntiatio intelligi potest, quippe quæ tunc solum arguitur, quando quis sciens, & volens passus est alterum investiri.

74. Argumenta contraria ex hucusque disputatis efficaciam suam jam amiserunt. Ad respondetur ad Argumenta opposita. I. Hujusmodi Consilii, & Responsis Judex non adstringitur, neque illa ita sunt consideranda, tanquam si rationes, & fundamenta eorum scrutari, & reperto errore, Juri, & Actis authoritatem istorum doctissimorum cæteroquin hominum postponere nefas, & Religio esset.

Mevius *conf.* 40. n. 6. Barbof. *Thef. loc. comm.* 16. c. 67. *axiom.* 17. Præsertim in Casu præsentis, ubi in Specie Facti, ad ambas Universitates transmissa, satis partialis data est Informatio, & luculenter indicatum, in quam partem ut inclinaret

R. P. Schmalzgrueber *Conf. Tom. I.*

Responsum, desideratum fuerit. Atque hinc tam Jctorum Responsa, quam ipsa narrata, ad quæ dantur, respicienda sunt, ut bene monet

Ernest. Cothman, *conf.* 29. vol. 3. n. 404.

Et Jcti excusandi sunt, si secundum ea, quæ ipsis proponuntur, respondent; nec enim aliter illa sua Responsa tuentur, quam quatenus narratis, & propositis sibi concordant.

Barbof. *loc. cit. axiom.* 19.

Ad 2. Ex verbis illis evidenter desumitur, quòd Testatoris intentio non fuerit, ut Successio semper maneat penes unam Lineam subalternam, sed ut mutant inter se vires, & Fideicommissum ab una ad alteram transeat, atque ad priorem revertatur, si in hac adsit Senior aliquis, ut sic semper succedat ille, qui in Linea principali, quæ tunc Possessionem Fideicommissi habet, est Senior. Neque dicas, si hoc voluisset Testator, debuissè illum loqui clarius, & non dicere, ut ab una Linea ad alteram, sed ab uno Seniore ad alterum Seniore in Linea vocata devolvatur. Nam contra est, quia verba ista Synonyma sunt, & liberum Testatori fuit Successores nominatione personæ, vel Lineæ indigitare, cum æquipollentia ista sint, & nihil referat, quidquid ex æquipollentibus præferatur; æquipollentium enim verborum eadem vis, ac potestas est.

Rauchbar *l. 1. q. 2. n. 17.* Carpov. *l. 3. resp. 10. n. 20.*

Ad 3. Prærogativam, Fratribus Wilhelmi Leonis præ hujus Filiis datam, etiam ad reliquos Agnatos extendendam, satis indicat Fideicommissi Author in Testamento suo §. 12. *cit. v. Derowegen setzen / instituiren* 10. ubi vult, deficiente Linea Conradina, ex Agnatis reliquis, descendentibus ab utroque Patruo suo Joanne cognominato Equite, & Christophoro, semper succedere Seniore in Linea proximè vocatâ, eo prorsus modo, quo statutum est circa Lineam Conradinam. In hac autem voluit Filiis defuncti Possessoris præferri Fratrem, aut Seniore in ea Linea. Ergo eundem modum voluit observari circa Successiones in aliis Lineis, ut proinde defectus in expressione non fuerit, sed potius geminata dispositio, & ex antecedentibus intelligendus fuerit sensus consequentium; sicut enim verba præcedentia declarant sequentia:

L. utrum. 23. ff. de hered. petit. l. qui filius. 17. princ. l. si servus. 50. §. fin. ff. de Legat. 1. Barbof. *Thef. loc. 20. c. 11. axiom. 37.*

ita multò magis verba geminata magis operantur.

Tusch. *tom. 4. lit. G. concl. 28. n. 2.*

Ergo dici non potest, quòd Testator aliter disposuerit in prima Successione Lineæ Conradinæ, & aliter in aliis successivè vocatis Lineis.

Y y

Lineis

75.

76.

Lineis. Neque hic iterum dici potest, Lineæ nomine non principalem, sed Sublineam in loco præsentem accipiendam; nam Testator utitur nomine Lineæ simpliciter, non verò Sublineæ, quæ propriè non Linea, sed ramus Lineæ est in plures divisæ: & explicat seipsum Testator in Testamento suo, ubi ait, posse contingere Casum, ut fideicommissarii Hæredis Hæredes, & filii aut nunquam, aut serò admodum, & fortasse ex his Senior duntaxat in Fideicommissio quæstionis succedat: nam si in quavis Sublinea, seu Linea Subalterna semper manere deberet Fideicommissum, quamdiu aliquis Descendens ex ista superest, sique filius ultimi Possessoris excluderet Patrum, & Seniore in Linea principali fideicommissi Possessionem ingressa, contingere non posset ullo tempore, ut Fideicommissarii Hæredis filii aut nunquam, aut serò admodum possent succedere; semper enim succederet ante omnes alios ex his Filiis primogenitus. Neque obesse debet, quòd idem Testator in casum, quo primi fideicommissarii Hæredis filius nullos post se relinqueret Fratres, sed plures filios, voluerit succedere istos, & ex his Seniore cum Masculis ipsorum Hæredibus. *formalia: Da aber er keinen Bruder bekommen würde, so soll allezeit der Älteste, und ihre Mannliche Erben substituirt seyn; nam signatè utitur Numero plurali, Ihre Mannliche Erben, locò cuius debuisset potiùs adhibere Numerum singularem, dicendo, der Älteste, und seine Mannliche Erben, si voluisset, exclusis Patruis, admitti filios. Clariùs mentem suam explicavit Testator in subsequentiis, ubi agit de ordine succedendi, quem extincta Linea Conradina, voluit teneri inter reliquos Agnatos suos, ubi non utitur nomine Mannliche Erben, sed Mannliche Lini, & statuit, ut primò succedat Senior Agnatus cum sua Linea, scilicet quam non ipse incepit, sed à qua descendit, seu cum Linea sua principali, quæ plures Ramos habere potest, additque, alteri Lineæ succedendi locum non dandum, nisi priori Lineæ extincta, & sic deinceps. Ex quo jam intelligi potest, quomodo Senior possit succedere cum sua Linea, & tamen post hujus mortem præ ejus filiis admitti Patrus in eadem Linea principali consistens.*

77.

Ad 4. Etsi verba illa in isto Argumento relata non dispositivè, sed incidenter solum, & enuntiativè in Testamento ponantur, negari tamen non potest, quòd explicationem veræ Voluntatis, quam fideicommissarius habuit, & modi in Successione observandi contineant, præsertim si contrarietatem nullam cum præcedentibus habeant. Ab hac autem contrarietate, & contradictione absolventur, si dicatur, quòd cum Testator statuit, ut semper succedat Senior cum sua Linea Masculina, nomine Lineæ intellexerit Lineam principalem; sic

enim facile ostenditur, quomodo Senior succedere posset cum sua Linea, & tamen contingere casus, ut sæpe ultimi Hæredis fideicommissarii filii aut nunquam, aut serò admodum, & fortasse Primogenitus tantum succedat, si scilicet in eadem Linea principali adsint alii Collaterales Seniores; nam si unus ex istis, præmortuis ultimi fideicommissarii Hæredis filius, superstes sit, nunquam filii isti succedent; si verò sat longo tempore vivat, Successioni filiorum serò admodum, & fortassis tantum Primogenito locus aperietur. Quæ explicatio sine verborum tortura contrarietatem, & contradictionem apparentem evitat. Contra nemo non videt, verba allegata in explicatione Partis adversæ sub equuleo atroci gemere, imò omnino multis modis falsificari; nam 1. Explicatio hæc post mortem ultimi Possessoris statim, nullo alio mediante, admittit filium ejus Primogenitum; contra Testator dicit, fideicommissum suum sic constitutum esse, ut non statim ad fideicommissarii Hæredis Hæredes devolvatur, ibi: *Weilen es damit also gestaltet, daß es nicht gestreckts auf des fideicommissarii Hæredis Erben -- gelanget.* 2. Explicatio data ab exclusione, & tarda Successione excipit filium primogenitum; contra Testator casum aut omnimodæ exclusionis, aut tardæ nimium Successionis vult intelligi de omnibus fideicommissarii Hæredis filiis, etiam de Primogenito, quem proinde à Seniore post mortem fideicommissarii ad Successionem admittendo clarè distinguit, dum ait, quòd contingere possit Primogenitum ex illis serò admodum, & quidem solum succedere, ibi: *Und villeicht nur der Älteste unter ihnen.* 3. Explicatio adversa verba hæc, *der Älteste unter ihnen*, applicat filio secundò genito, quem tum primùm admittit ad Successionem, ubi Descendentes ex Primogenito defecerunt; contra Testator hanc Restrictionem ad Secundogenitum apertè excludit iisdem verbis, *der Älteste unter ihnen*, hoc Pronomine intelligendo filios omnes, etiam Primogenitum, Quæ omnia, & plura alia, si non præoccupatus contraria opinione animus rite perpendat, non poterit non fateri, in plana intellectu verba allegata formare hunc sensum, posse contingere, ut aut nullus succedat filius ultimi Possessoris, aut post plures annos, & ex iis solus ille, qui Senior, seu Primogenitus ex iis est, ex quo necessariò sequitur, alium iis præferendum, scilicet Seniore Collateralem, ex eadem Linea principali descendentem. Quod additur defuncti ultimi fideicommissarii Patrem non paternò, sed proprio Jure vocatum fuisse ad Successionem, verum esset, etsi Pater ipse Bero venisset ad Successionem; nam in fideicommissis non succeditur Patri, aut causa habetur à Patre, sed à primo Authore fideicommissi, qui omnes suos Agnos;

Agnatos, ordine à se constituto, ad Successionem vocavit. Sicut ergo ex eo, quòd Pater Fideicommissum possederit, non sequitur, quòd Filius non succedat Jure proprio à primo Authore obtento, ita ex eo, quòd Pater ad Successionem non venit, non potest inferri, quòd vel ipse, vel filii ejus ad Successionem vocati non sint.

QUÆRITUR VI.

Quid sentiendum de universa
Causa, in Responso presentis exami-
nata?

78. Respondeo, Præensionem Illustrissimi Domini Comitis Gaudentii justissimam esse. Patet ex hæcenus disputatis, quæ proin per Anacephalaxosin colligo. Nam 1. Fideicommissum præsens non potest haberi pro Primogenitura, ut ostensum est à Num. 34. & præcipue ex hac ratione; quia in Fideicommissio isto non Primogenitus Primogenito, sed hoc interea excluso, Patruus, vel alius Senior in Linea, quæ actu Possessionem Fideicommissi habet, succedit; juxta ordinem succedendi à Fideicommittente in Testamento præscriptum: consequenter

79. 2. Juxta eundem ordinem à Testatore præscriptum potius constituta est Successio Linealis cum Majoratu, aut Senioratu personæ in Linea, in quam aliquando ingressum est Fideicommissum, ut declaratum est Num. 40. & elucet etiam ex eo, quia ipse Testator agnovit, posse contingere, ut Filii ultimi Possessoris aut nunquam, aut serò, & fortasse Primogenitus tantum succedat, qui Casus nunquam posset contingere, si in Fideicommissio hoc proprie constituta Primogenitura esset; nam in hac, exclusis omnibus aliis, succedit Primogenitus. Et quidem indubitæ, & necessariò, id exigente ipsâ Primogenituræ naturâ, quam proinde Testator hac ipsâ voce Fortasse à se in Fideicommissio suo exclusam voluit.

80. 3. Institutio hujus Fideicommissi, & modus succedendi circa illud statutus ab ipso Testatore nullo laborat vitio, quod valorem illius tollat, ut patet ex Num. 19. & seqq. Atque adeò ordo Successionis ita præscriptus, tanquam Lex à Testatore posita, est observandus. Fuit autem à Testatore ordinatum, ut primò quidem in Fideicommissum ab ipso relictum succedat Wolfgangus Conradus; deinde ejus Filius Wilhelmus Leo: & si iste præter Filios proprios post se relinquat Fratrem, aut Fratres, ex his natu major præferatur Filiis ipsius Wilhelmi Leonis, prout apertum est ex Specie Facti Num. 1. Quod ipsum Testator voluit, ut

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 1.

observaretur etiam in futuris Successionibus, adeò, ut semper in Linea vocata præferatur Senior, & Testatori proximè conjunctus, ut elucet ex verbis Testamenti relatis Num. 2. & 3. & sæpius ibidem repetitur.

4. Sub Linea vocata non potest intelligi quævis Sublinea, seu Linea subalterna, ut ostensum Num. 55. 73. & præcipue 76. & ratio probat; quia aliàs, cum Fratres pro suo numero dividant Lineam, & tot faciant novas Lineas, quot ipsi sunt, nunquam Patruus, utpote aliam Lineam subalternam inchoantes, possent excludere Filios ultimi Possessoris, quod tamen Testator voluit. Sed hoc Lineæ vocatæ nomine intelligenda est Linea principalis; sic enim jam intelligi potest ex una parte, quomodo contingere possit Casus, ut ultimi Possessoris Filii aut nunquam, aut serò admodum, & quidem fortasse Primogenitus tantum succedat, si scilicet succedat, qui in illa Linea Senior est; ex altera verò parte patet, quomodo Successor in Fideicommissio adhuc possit esse junior aliis Agnatis, ut ipse Testator aliquando futurum agnovit, si scilicet in alia, vel aliis Lineis, ad quas Successio Fideicommissi nondum pervenit, adsit Senior, vel Seniores, quod non est impossibile.

5. In præsenti Linea principalis actualiter vocata, est Linea Christophina, & hæc non est intercisa per obitum Beronis primogeniti Fratris ante Patrem suum, & per Successionem Francisci Leonis Secundogeniti, ut propterea dici debeat, Filium Beronis primogenitum Vitum Ernestum, dum ad ipsum post mortem Francisci Leonis Patruus devolutum est Fideicommissum, inchoasse novam Lineam; nam Linea Christophina in Descendentibus à se adhuc perseverat, & succisa tantum per mortem Francisci Leonis, sine Mæculo Hærede factam, est in ramo aliquo, seu Linea Subalterna: consequenter si in hac Linea Christophina adsit Patruus, vel alius Senior proximè Agnatus Testatori, iste præferri Filiis ultimo Defuncti Possessoris debet.

6. Aderat autem tempore, quo mortuus est Vitus Ernestus penultimus Possessor Fideicommissi, Patruus Josephus Rudolphus, & huic, quo minus ipse succederet post mortem Fratris sui ante istius Filios, non obfuit, quòd Pater ipsius Bero ob mortem præmaturam, quam ante Patrem suum obiit, in Fideicommissio actualiter non successerit; quia, ut in Primogenitura, ita etiam in Fideicommissis Filius ultimi Possessoris, licet ante Patrem mortuus, sicque Possessor Fideicommissi ipse non fuerit, Jus succedendi, ipsa nativitate sibi quæsitum, transmittit in Filios suos, ultimo defuncti Possessoris Nepotes, ut ostensum est Num. 62. Igitur post mortem Viti Ernesti Fratris, ante

Y y y 2

hujus

81.

82.

83.

hujus Filios, cum Testator sic disposuerit, succedere debuit in Fideicommissio Josephus Rudolphus natiuitate proximus: consequenter à Dominis Commissariis Dominorum Executorum in ejus Possessionem Jure suo est immissus, juxta demonstrata à Num. 54.

84.

7. Post hujus Josephi Rudolphi mortem Senior, & proximè Agnatus Testatori in Linea vocata non est alius, nisi Illustrissimus Dominus Comes Gaudentius: ergo hic, nisi ob Bannum Imperiale, quo tum cum Serenissimo Electore Bavarie afficiebatur, pro Successionis istius incapace habitus fuisset, debuisset succedere Fratri suo Josepho Rudolpho præ Filiis tum ex hoc, tum ex altero Fratre Vito Ernesto relictis, prout patet ex dictis à Num. 71. Quia verò nunc idem Illustrissimus Comes post Pacem Germaniæ redditam gaudet Jure quasi Postliminii, & restitutus est in omnia Jura antiqua, quæ occasione Belli præteriti perdidit, cum his Juribus recuperasse censendus est etiam Jus succedendi in Fideicommissio controverfo, vi eorum, quæ dicta sunt à Num. 73. Igitur vi istius Juris recepti saltem nunc, post mortem interea instituti Nepotis sui, in Fideicommissio isto debet succedere; & proinde, quamvis ipse propria Authoritate in Possessionem illius intrare non possit, in eam tamen, causa cognita, & vocatis interessatis, à Dominis Executoribus immitti debet.

85.

8. Idem Domini Executores, quia illis Testator perpetuam executionem Testamenti tradidit cum Jure cognoscendi de omnibus Controversiis super Successione ortis, vel orituris, cum exclusione Ap-

pellationis, & Recursus ad alia Tribuna- lia, in Casu isto potestatem in voluntate Testatoris fundatam habent ad Immissionem hanc faciendam, & decidendam Quæstionem, seu Controversiam præsentem, ita, ut impediatur ab hujus potestatis exercitio etiam ab Excello Judicio Imperiali Aulico nequeant; tum quia Dispositio hæc ab Imperatore RUDOLPHO II. est confirmata, vel saltem confirmata esse meritò præsumitur; tum quia tam de Jure communi, quam de particularibus Imperii Romano-Germanici Constitutionibus, Nobiles ad instar aliorum Statuum, & Procerum Imperii hoc singulari gaudent Privilegio, ut non semper rectè, & immediatè in Camera, vel Consilio Aulico Imperiali conveniri queant: sed vel inter se Lites, & Controversias, quas secum invicem, aut cum aliis habent, amicabili Compositione finiunt, vel Privilegio primæ Instantiæ, seu Austregarum utuntur, prout explicatum est Num. 9. & seqq. Quia tamen modò Lis pendet in Consilio Imperiali Aulico, & ab hoc emanavit novum Decretum Manutenentiæ in favorem præsentis Pupilli, ideo judico, Immissionem interea suspendendam, usque dum decusum sit Punctum circa Potestatem hanc Dominis Executoribus adjectam, & à parte adversa in Controversiam tractam. Atque hoc est, quod Juri, æquitati, & ultimæ Testatoris Voluntati conformè esse existimo, salvâ meliore aliter sentientium opinione.

☞ (O) ☞



CON-