



UNIVERSITÄTS-
BIBLIOTHEK
PADERBORN

Consilia Seu Responsa Juris

Schmalzgrueber, Franz

Augusta Vindelicorum & Ratisbonae, MDCCXL

Cons. LIX. Testamenti Inter Liberos, ubi potissimùm agitur de Admixtione
Matris in Dispositione Paterna inter Liberos, simúlque de Natura
Fideicommissi hac Dispositione constituti.

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

QUÆSTIO VIII.

An, posito, quòd Sacra Congregatio, vel ipse Sanctissimus Communicationem Privilegiorum Cassinensium, aut novam Gratiàm faciat expressè cum Derogatione Juris Parochialis, sperari possit limitatio, aut revocatio Concessionis, in quantum derogat Juri Parochiali?

36. **R**espondeo. Si ad concedendam hanc novam gratiam procedatur viâ ordinariâ, non esse periculum, ne hujus concessionis inferatur præjudicium notabile, & grave Ecclesiæ Parochiali; semper enim hujusmodi Gratiæ concedi solent cum Clausulâ, *Salvâ Justitiâ Ecclesiæ Parochialis*. Hinc, ubi addita est talis Clausula, Gratiâ concessa non est extendenda ad id, quod præjudicat Parochiali Ecclesiæ, sed hujus Jura manent integra, ita, ut nihilominus debeantur Parocho Reditus Stolæ eo modo, ac si ipsemet actus hos peregrisset. Excipitur, nisi per novam illam Gratiàm facta fuisset divisio Parochiæ, & ipsa Ecclesiâ Monasterii per hanc erecta in Parochialem: quo tamen casu plerumque Ecclesiæ Parochiali antiquæ reservatur certa aliqua Pensio annua, ab Ecclesiâ Parochiali novâ solvenda.

37. Si tamen absque divisione, concederetur Monasterio Privilegium Baptizandi infantes

Familiarium, & horum Matrimoniis affistendi, cum expressâ derogatione Juris Parochialis (quod tamen secundum dicta Num. 33. & 34. sperari non potest, cum non constet, tale Privilegium unquam fuisse concessum à Sede Apostolica) attendendum erit, an Concessio argui possit de Ob-vel Subreptione ex taciturnitate veri, aut assertione falsi in Supplicatione, pro hac Gratiâ obtinenda oblata, interveniente. Si Vitium hoc Ob-vel Subreptionis adfit, eo probato, facile impetrari poterit hujus Concessionis revocatio, vel saltem limitatio eò usque, ut salva maneant Jura Parochialia Parocho; nam Rescripta Gratiæ, si Ob-vel Subreptione impetrata sint, ipso Jure sunt irrita.

per textum *c. ad audientiam. 31. de Rescript. c. si motu. 23. de Prabend. in 6. & Clem. 1. eodem.*

Idem dicendum, si divisio Ecclesiæ Parochialis, & Ecclesiæ Monasterii in novam Parochialem erectio cum simili vitio obtenta sit. Ita autem obtenta probabitur, si ostendatur, propositam fuisse causam falsam, aut veram quidem, sed non legitimam, si, dum de ea faciendâ agebatur, non auditus est Parochus &c. tali enim casu supplicari Sedi Apostolicæ poterit, ut examinetur Causa, pro divisione faciendâ in Libello proposita, & si in subsistens reperitur, revocetur divisio.

38.

CONSILIUM LIX.

In Causa Dispositionis Paternæ inter Liberos cum onere Fideicommissi.

SUMMARIUM.

1. 2. Facti Species.
3. seqq. In Testamento Patris inter Liberos Privilegiato nulla persona extranea, ne quidem Mater institui potest absque ullis solennitatibus.
7. Est tamen tale Testamentum si absque solennitatibus fiat, solummodo invalidum quoad Personam admixtam.
8. 9. Imò si admixtio cedit in favorem Liberos, valebit etiam quoad personam extraneam.
10. 11. Requisita ad valorem Testamenti Patris inter Liberos.
12. Responso ad Argumenta opposita.
13. Describitur Fideicommissum Familia.
14. Differentia inter Primogenituram, & Majoratum.
15. 16. In præsentî casu censetur constitutus Majoratus.
17. Majoratus uni tantum Persona defertur, exclusis aliis.
18. Majoratus aut Primogenitura per mortem Possessoris transit ad proximè vocatum absque alia traditione aut apprehensione.
19. Defectus Legitima aliis Liberis suppleri debet ex Fideicommisso.
20. Et hoc supplementum etiam petere possunt hæredes ejus, qui plenam Legitimam non accepit.
21. seqq. Fideicommissarii licitè possunt inter se transigere de Fideicommisso: scilicet quando mens Testatoris est dubia.
25. Contra claram mentem Testatoris Filii non possunt inter se pacisci in præjudicium Successorum suorum.
27. seqq. Minori notabiliter laeso competit beneficium Restitutionis in integrum.

I.



Empronius, Domini O. Dynasta, tres post se reliquit Filios, quorum unus in Statu Sæculari mansit, alter ad Ecclesiasticum transit, factisque est Canonicus in duabus Ecclesiis Cathedralibus, tertius Ordinem S. Benedicti professus est. Advertens, ob gravem ætatem (nam Septuagesimum quartum annum tum egerat) sibi mortem vicinam esse, inter hos suos Filios Dispositionem ultimam de Bonis à se possessis fecit, scripto quidem conceptam, & propria manu sua à capite ad calcem exaratam, nullis tamen adhibitis testibus, nec appresso Sigillo proprio, additâ tamen expressâ clausulâ, quòd hanc suam Dispositionem, non obstante, quòd Solennitates Juris in ista observatâ non sint, velit haberi pro absolutè validâ, ex speciali hac adnotata ratione, quòd Bona hæc sua, de quibus ita inter Filios disposuit, non per Hæreditatem à Parentibus suis acceperit, sed industriâ suâ, exhibitis in bello servitiis, exantlatis in isto periculis, benèque ordinatâ Oeconomîâ sibi acquisierit. Proinde illam idem Testator, acsi cum omnibus Juris solennitatibus fuisset facta, ab institutis suis Hæredibus, prohibita omni inter eos contentione, aut hujus Paternæ Voluntatis transgressione, in omnibus punctis sub Filialis obedientiâ debito, & conscientiâ obligatione, firmiter, & inconcussè observari voluit.

2.

In hac Dispositione sua præter alia idem Sempronius statuit 1. Ut Domina Conjux, si ipsi Testatori supervivat, ad tempus vitæ suæ sit universalis Hæres, & Administratrix omnium Bonorum, à se Testatore relictorum, idque tum, quia in Pactis Dotalibus ita cum ipsa conventum est, tum verò, quòd notabilem quantitatem Bonorum illa ipsi attulerit, in quorum proinde, uti & Sedis Viduitatis, Donationis propter Nuptias &c. Compensationem meritò eidem Ususfructus Bonorum, à Testatore relictorum, quamdiu illa vixerit, adjudicari debeat. 2. Ut Filio suo secundo-genito, usque dum ex Canonicatibus suis fructus percipere incipiat, 200. fl. annui, post habitam verò eorum fructiferam possessionem, 100. duntaxat, annuatim, dum vixerit Mater, pendantur; post mortem verò utriusque Parentis, excluso Filio Religioso (quippe qui nullam ampliùs prætensionem formare potest) idem Ludovicus (quem ipse Pater, quamdiu ille in vivis extiterit, excludere nec possit, nec etiam ob certas rationes velit) cum Fratre suo Laico in æquales partes succedat, non tamen antea, quàm tribus eorum Sororibus circa id, quod ex eadem Dispositione iisdem debetur, plenè fuerit satisfactum. 3. Castrum verò O. cum appertinentiis, quòd primùm ex Bonis immobilibus fuerit, quæ

ad Familiam Testatoris pervenerunt, & quorum ratione eadem Familia in Matricula Nobilitatis Equestris Suevicæ locum invenerit, apud Seniores Masculinæ Stirpis perpetuis futuris temporibus maneat, ita, ut extra dictam Familiam non alienetur, sed Bona hæc indivisa, & nullatenus mutilata apud eandem conserventur, quamdiu aliquis Masculinæ Stirpis superstes fuerit. Hac verò extinctâ, Filiabus regressus ad ea Bona detur, quæ proinde ad easdem, harumque Liberos recidant, quamdiu aliquis, vel aliqui ex illis superfuerint, cum obligatione tamen ex proventibus istorum Bonorum aliquid expendendi ad Causas pias, vel erogandi in pauperes, & præcipue continuandi fundationem factam pro Domo Pauperum, & conservandi Sacellum S. Wolfangi. Hac Specie Facti posita,

QUÆRITUR I.

An Dispositio ista Sempronii, inter Liberos à Patre facta, subsistat?

Contra valorem hujus Dispositionis Paternæ pugnant sequentes Rationes.

1. In hoc Testamento per verba expressa, ^{Ratione Dubitatio} ibi: *So ist mein gänglicher Will / und Meynung / bringen es auch die aufgerichtete Ehe: Patta, und Seyraths: Drieff mit / daß mein Frau / wann sie nach dem Willen Gottes mich überleben wird / NB. ein völlige Erbin / und Administratrix aller meiner Verlassenschaft seye / so lang sie lebet / ohne all Wider- und Einred meiner Kinder ic.* Hæres, & Administratrix omnium Bonorum pro tempore vitæ instituta est Mater: consequenter intrat doctrina certissima, sumpta

ex l. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de Testament. juxta quam personæ extraneæ in Testamento Parentum inter Liberos Privilegiato institui nequeunt. Neque obstat, quòd Uxor Marito conjunctissima sit, utpote cum isto principium Affinitatis facit, & in individua vitæ, quam agunt, consuetudine, utriusque & faventis, & adversantis fortunæ loca est; nam

2. Hoc loco pro extraneis personis habendi sunt omnes illi, qui non sunt in numero Librorum Testatoris.

per Leg. 21. & §. 1. cit. Clarus l. 3. sent. §. de Testam. q. 10. num. 1. Surd. cons. 258. n. 22. Joan. Harpp. ad §. 3. & 4. num. 228. Inst. de Testam. ordin. Carpzov. p. 3. Const. 4. def. 19. num. 5. Pruckman vol. 1. cons. 34. n. 77. Mevius ad Jus Lubec. p. 2. tit. 1. art. 2. n. 32. Lauterbach ad Jus Provinc. Würtemb. p. 3. tit. 5. thes. 11. Andr. Schäfer p. 3. q. 23. num. 7. Müller, ad Struv. Exerc. 32. thes. 19. Lit. a.

Pro-

Proceditque hoc, quod pro Extraneis habeantur, non solum 1. Quando præter proprios suos Liberos Pater instituit Novercam, aut Mater Vitricum,

Emman. à Costa. *ad c. si Pater. §. in suo Testamento. num. 11. de Testam. in 6. Manz. Decis. Palat. 36. n. 16. Pruckman vol. 1. conf. 1. num. 398. & seqq. Mevius p. 2. cit. tit. 1. art. 2. num. 33. Müller. ad Struv. Lit. a. cit.*

sed etiam 2. Quando Pater cum Liberis instituit propriam horum Matrem, aut vicissim Mater Patrem, ob generalitatem textus *L. 21. §. 1. cit.*

Idem dicendum 3. Quando Vitricus, aut Noverca in Testamento, inter Liberos à se progenitos condito, instituit Privignum, aut Privignam; nam, quæ in Jure specialiter singulari Parentum, & Liberos favore inter ipsos introducta sunt, ad Vitricum, & Novercam regulariter non pertinent.

Arg. l. si nondum. 3. & l. de his. 11. C. de furt. Lauterb. de singul. Affinit. Jur. p. 2. art. 3. sect. 12. n. 1031. Müller. ad Struv. l. cit.

Item 4. Quando in Testamento Parentis inter Liberos testantis instituantur hujus germani Fratres, & Sorores,

Harpp. *ad §. 3. & 4. num. 228. Inst. de Testam. ordin. Pruckman vol. 1. conf. 12 n. 115. Müller. l. cit.*

Imò doctrina hæc locum habet 5. Quando in tali Testamento institutus est Pater, vel Mater Testatoris,

ut contra Rittershuf. *ad Novell. p. 6. c. 2. n. 1. docet allegatus Harpp. l. cit. cum aliis.*

Nec pro valore hujus Testamenti Argumentum duci potest ex communi doctrina, juxta quam,

testibus Menoch. *conf. 287. num. 12. Gilken ad l. 21. §. 1. n. 26. C. de Testam. Besold. ad Jus Provinc. Würtenb. p. 3. tit. 5. thes. 41. Wefenbec. conf. 21. n. 45. Carpzov. p. 3. Conf. 4. def. 20. Ludwell. tract. de Ult. Volunt. p. 2. pag. 344. & seq. Mevio ad Jus Lubec. p. 2. tit. 1. art. 2. n. 32. & seq. Pruckman. vol. 2. conf. 1. n. 200. Ferdinand. Christoph. Harpp. de admixt. person. extran. in dispos. Parent. int. Liber. thes. 27. Müller. ad Struv. thes. 19. cit. Lit. e.*

Extraneæ personæ titulo particulari à Patre in sua Dispositione inter Liberos honorari possunt; nam

3. Inprimis inter ea, quæ titulo universali Institutionis relinquuntur, & illa, quæ relinquuntur titulo Legati, aut Fideicommissi si particularis magna est disparitas; quod enim Legata, & Fideicommissa particularia relinqui Uxori, & aliis personis extraneis in Testamento Patris, inter Liberos disponentis, possint, extat textus specialis *Novell. 107. c. 1. ibi: Si tamen aut Uxori, aut ex- B. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 1.*

traneis personis aliquibus voluerit relinquere Legata, aut Fideicommissa - - sint firma: contra verò circa Institutionem personæ extraneæ, & ipsius etiam Uxoris textus

L. hac consultißima. 21. §. ex imperfecto. 1. cit.

universalis est, ibi: *Si verò in hujusmodi voluntate Liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti - - pro nulla haberi. 2. Non defunt, qui*

apud Pruckman *vol. 2. conf. 1. n. 201.*

docent, quod ne quidem Legata in Testamento Parentum inter Liberos extraneis personis adscribi valeant: Et quamvis allegatus Harpprecht *thes. 28. verius sentiat, Authores istos exaudiendos non aliter esse, nisi in casu, quo in tali Testamento forma, à Justiniano præscripta, observata non fuit: tamen 3. In hoc omnes conveniunt, quod Legata, & Fideicommissa, in Testamento Parentum inter Liberos relicta, non valeant, nisi saltem de duorum testium præsentia, cum dispositio hæc facta est, doceri possit,*

ut post Bald. Jason. Natta, Bursat. Berol. Castr. & Fulgos. docent Carpz. *p. 3. conf. 4. defn. 19. Ludwell. de ult. Volunt. pag. 334. Richter. decis. 29. n. 88. Stephani ad Novell. 107. n. 8. Merlin. decis. 806. n. 3. Schurff. cent. 2. conf. 28. n. 6. Lauterb. ad Jus Würtenb. D. 3. thes. 11. Struv. Exerc. 32. thes. 19. Müller. ibid. Lit. e. & alii apud istum.*

Alii quinque testes requirunt, per *L. fin. §. fin. C. de Codicill. Brunnera. ad Auth. quod sine. C. de Testam. Stryck. de Jur. testand. int. Liber. c. 4. num. 8. Schepliz tit. 23. §. 4. n. 8.*

Imò nonnulli, uti Martinus Glossator, relatus ab Accurs. *ad Novell. 107. princ. V. delinquant. Surd. conf. 258. fin. Fufar. conf. 41. n. 18.*

volunt requiri testes septem. Estque Sententia, quæ ad valorem Legati, aut Fideicommissi particularis, personæ extraneæ admixtæ relicti, plures, quam duos testes requirit, si quidem ad Juris veritatem nobis respiciendum sit, teste dicto Harpprecht *thes. 36. verior propter Regulam*

cit. l. fin. C. de Codicill. & §. fin. Inst. de Fideicommiss. Haredit.

quoad talia Legata nec in *Novell. 107. cit. nec alibi limitatam. Neque obest, quod Sententia, juxta quam non nisi duo testes necessarii sint, non modò,*

teste Pantschman. *l. 2. q. 6. n. 2. à DD. approbata, sed etiam in praxi recepta dicatur*

à Mevio *ad Jus Lubec. p. 2. tit. 1. art. 2. num. 34.*

Nam 4. Etiam isti AA. qui binarium testium numerum hoc casu volunt sufficere, insuper requirunt, ut testes illi duo sint rogati.

— — — — — Hilligee

Hilliger *ad Donell. l. 6. c. 9. lit. c.*
 ut sint presentes, actusque continuus
l. cum antiquitas. 28. princ. §. & siquidem.
C. de Testam. l. fin. §. fin. C. de Codicill.
 Harppr. *ad §. fin. n. 9. Inst. eod.*

ut Testator coram his Testibus suam Voluntatem, in Scriptura contentam, seu id ipsum, quod scripsit in favorem Extranei, exprimat.

Gloss. *ad dictam Novell. 107. lit. m. Barry de Success. l. 1. tit. 3. n. 7.* Franc. Pfeil. *cent. 1. conf. 88. n. 11.* Müller. *ad Struv. §. 19. cit. lit. 1.*

& denique, ut iidem Testes subscribant.

Müller. *l. cit.*

Deficiente Subscriptionem, vel ejusmodi voluntatis Declarationem, Testamentum non valet, quamvis sit à Testatore subsignatum.

Müller. *l. cit.*

Unde Sententiam Boërii, qui

decis. 241. n. 3. post Alexandrum, & Castrensem

docet, Legatum, Uxori in Testamento Paterno relicto, non adhibita aliâ Solennitate, subsistere, erroneam esse fatentur communiter cæteri Doctores, & probatur hoc ex Generalitate Textus

L. 21. §. 1. cit.

ubi quoad extraneam Personam immixtam Defuncti Voluntas est prorsus nulla. Et confirmatur ex clarissimo Textu

Novell. 107. c. 1.

ubi Uxor, & Extraneus junguntur, & simul expressè traditur, quòd quoad Uxorem, & Extraneum Testes adhibendi sint.

Schroetter. *de Testam. int. Liber. c. 9.*

Et hanc Sententiam post plurimos alios, quos allegat, latè firmat

Pantschman. *q. 6. cit. per totam, præsertim n. 38. & 39.*

ubi dicit, ab eadem nec in consulendo, nec in judicando recedi debere. Accedunt

Joan. Harppr. *ad Inst. l. cit. n. 228.* Stryck. *de Jur. testam. int. Liber. c. 4. n. 10. & seqq.* Mevius *ad Jus Lubec. libr. 2. tit. 1. art. 2. n. 33.*

Similiter de Legato, Uxori relicto, respondit

Alex. vol. 7. conf. 114. n. 3.

& de Casu, quo Mater in dimidiam Bonorum partem Usufructum Marito assignavit,

Hippolyt. Riminald. *vol. 3. conf. 241. n. 17.*

Imò ita Doctores communiter sentire, & aliquot Scabinorum præjudiciis hæc corroborat

Carpzov. *p. 3. Const. 4. def. 19.* Consentunt Brunnem. *cent. 2. decis. 59. n. 11.* & *cent. 3. decis. 27.* Bruckman. *vol. 2. conf. 1. n. 198.* Casp. Ant. Theaur. *qq. forens. l. 4. q. 34. n. 7.* Ferd. Christoph. Harppr. *de admixt. person. extran. thes. 1 §.* Müller. *ad Struv. thes. 19. cit. lit. 1.*

Sola ergo Parentis, inter Liberos testantis, Scriptura ad hoc, ut etiam Legata, & Fi-

deicommissa, qualicumque Personæ extraneæ relicta, sustineantur, non sufficit, sed præterea Testium adhibitio necessaria est.

Novell. 107. c. 1. cit. Besold. ad Jus. Prov.

Würtenb. D. 3. thes. 4. Gilken. ad l. 21.

§. 1. n. 26. C. de Testam. Hartm. Pistor.

l. 1. q. 2. n. 3. & seqq. Jacob. Thoming.

decis. 4. n. 10. Carpzov. l. 6. Resp. 33. n.

19. & seqq. Enekel. privil. 1 §. c. 2. n. 6.

Pantschman. q. 6. cit. n. 39. & q. 9. per totam.

Mevius ad Jus Lubec. p. 2. tit. 1. art. 2. n.

34. Rot. Rom. p. 1. noviss. decis. 734.

Müller. ad Struv. §. 19. cit. lit. 9. cum ali-

is apud istum, contra Gloss. & Bartol.

ad Auth. quod sine. & l. 21. §. 1. cit. Si-

chard. ad dictam Auth. n. 2. Gomez. ad

Leg. Taur. 3. n. 58.

Ex quo patere videtur in Casu præsentis ipsa Nullitas Testamenti; nam in hoc 1. Instituta est Mater à Patre *juxta Num. 3.* 2. Mater *juxta Num. 4.* in Testamento privilegiato Patris inter Liberos habenda est pro persona extranea: consequenter, ut qualicumque alia Persona extranea, ita nec ipsa unâ cum Liberis in hoc Testamento Paterno Hæres instituitur, & sub honorabili Institutionis Titulo admisceri non potuit, nisi intervenientibus Juris Solennitatibus, Imò 3. *juxta Num. prac.* etiam, quando Legata, & Fideicommissa particularia in tali Testamento relinquuntur Matri, necesse est, ut adsint saltem duo Testes, qui Voluntatem Defuncti audiant, eique subscribant. In hoc Testamento, de quo agitur in præsentis Casu 4. Nulli sunt adhibiti Testes, sed sola habetur Scriptura Testatoris, quæ *juxta dictum Num. 5.* ad valorem etiam Legatorum, & Fideicommissorum particularium non sufficit. Multò minùs ergo sufficiet ad valorem Institutionis, prout in Casu Questionis facta est. Proinde 5. Liquida videtur esse Nullitas hujus Testamenti: quod proinde merito impugnari potest. Verùm hæc Argumenta non probant intentionem, prout demonstrabunt sequentes Rationes.

Nam, si Argumenta hæc aliquid probant, id probant duntaxat, quòd Testamentum istud non subsistat quoad Institutionem Matris, quâ à Testatore Marito declarata est Hæres, & Administratrix Bonorum omnium à Testatore relictorum pro tempore vitæ; de quo hic non amplius queritur; neque enim cum Matre, utpote pridem defunctâ, res agitur: sed de valore Testamenti quoad reliqua. Certum est autem, quòd in Casu, quo in Testamento imperfecto Liberis Persona extranea admixta est, voluntas Defuncti duntaxat, quantum ad illam permixtam personam attinet, pro nulla haberi debeat; sic enim expressè

L. hac consultissima. 21. §. ex imperfecto. 1. C. de Testam.

ibi: *Certum est, eam voluntatem Defuncti,*

NB.

NB. quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi. Sic enim restringi valor ultimæ Voluntatis, privilegiatæ debet, ut neque iis, in quorum favorem remissæ sunt Solemnitates, favor hic pereat, neque iste ad alios, ad quos Legislator non voluit, extendatur. Sicut ergo ex Ratione, quòd Solemnitas in Testamento Parentum inter Liberos iisdem Parentibus remissa est in favorem, extraneæ Personæ admixtæ optime excluduntur

ex Regul. in omnibus. 68. ff. de R. I.

quia in omnibus Causis id observatur, ut, ubi Persona conditio locum facit beneficio, ibi, deficiente eâ, beneficium quoque deficiat; ita Liberi, exclusâ Personâ extraneâ, favor hic manere debet in salvo, cum utile per inutile viari non debeat,

juxta Reg. utile. 37. in 6.

neque debeat alteri per alterum iniqua conditio inferri, ex præscripto

Reg. non debet. 74. ff. de R. I.

Quare, cum nemo Paganus pro parte testatus, & pro parte intestatus possit decedere,

§. Hæreditas. §. 7. neque enim. Inst. de Hæred. instit. & Reg. Jus nostrum. 7. ff. per sæpius allegatam. hac consultißima. §. ex imperfecto.

optime statuitur, ut portio, extraneo relicta, Liberi accrescat, & talis persona extranea pro non adjecta, seu apposita habeatur.

Ant. Gomez. ad Leg. Taur. 3. n. 58. Ferd.

Vasq. de Success. progr. l. 2. §. 12. n. 117. & l. 3. §. 23. fin. Schrötter. de Testam. int. Liber. c. 9. Müller. ad Struv. thes. 19. cit. lit. 7.

8. Dixi initio præc. Num. si Argumenta hac aliquid probant; nam neque hoc probant; quòd in præsentis Testamento Paterno Dispositio, in favorem Uxoris, & respectivè Matris facta, invalida sit; nam Testator ex pluribus justissimis causis hanc fecit, intenditque præter alia per hoc favorem, & bonum ipsorum Liberos, prout patet ex Tenore ipsius Testamenti, ibi: Zumahlen sie ihnen (denen Kinderen) niches verhausen wird / sondern es nach ihrem Todtsfall wohl finden werden / sie mir auch ein zimliches zugebracht / so sie bey meiner Verlassenschaft zu fordern / und zu suchen hat / und weilen sich meine Mittel dahin nicht erstrecken / daß sie ohne der Kinder Nachtheit / und Schaden ihren gebührenden Wittib / Siz / Widerlag / und Abnuzung / nach Anlaß des Seyrath / Brieffs / haben / benebens auch die noch unverforgte Kinder erhalten kan ic. Ubi autem admixtio Personæ extraneæ non cedit in damnum, sed potius favorem Liberos, ibi Dispositio. hac consultißima. §. ex imperfecto. utpote quæ solum favorem Liberos spectat, locum non obtinet. Valere ergo debet, quod in præsen-

ti Casu Testator circa Uxorem, & respectivè Matrem disposuit.

9. Confirmatur per Argumentum à pari cum Substitutione; licet enim aliàs communis Doctrina sit, quòd in Testamento inter Liberos condito unus quidem Liberos alteri, non tamen extraneus substitui possit, ut post Clarum, & Grassum docent Polydor. Ripa tract. de tempor. nocturn. c. 141. n. 23. Dauth. ad l. 21. §. 1. n. 45. C. de Testam. Schurff. cent. 2. conf. 28. n. 2. Boër. decis. 241. n. 1. Hunn. Encyclop. Jur. univers. p. 4. tit. 3. c. 2. n. 4. Herzog von Testamenten tit. 6. q. 4. Ludvvell. de ult. Volunt. pag. 344. Müller. ad Struv. th. 19. cit. lit. 8.

Si tamen Substitutio Personæ extraneæ non tendat in damnum, seu præjudicium alicujus ex Liberi, v. g. si tantum unus adesset Filius, & extranea Persona ei substituitur, hæc Substitutio ab Interpretibus pro valida habetur, eò quòd illa talis Filii favorem, & commodum respiciat, cujus utique interest, ut habeat Hæredem,

L. & quia. 6. princ. ff. de interrog. in Jur. faciend. l. Julianus. 42. ibi: Utilitatem pupilli. ff. de acquir. vel omitt. Hæred. Vinn. ad §. 4. n. 5. Inst. de pupill. substit. Müller. lit. 8. cit.

Proinde, ut Testamentum præsentis Casus argui de Nullitate possit, ostendi debet, quòd aliud aliquod requisitum, & per Novell. 107. c. 1. pro valore Testamenti Paterni, inter Liberos absque Solemnitatibus conditi, præscriptum desit. Talia autem juxta Novell. cit. c. 1. sunt quatuor, scilicet 1. Ut Testamentum hoc Pater ipse scribat, vel ab alio scriptum subscribat; nihil enim interest, utrum Testamentum Paternum sit holographum, an verò subscriptum à Parentibus, cum paria habeantur aliquid scribere, vel subscribere, modò Liberi manum Patris agnoscant.

Müller. ad Struv. Exerc. 32. cit. thes. 18. lit. 8.

2. Ut Testator in hujusmodi Scriptura declaret tempus conditi Testamenti; tempus enim,

prout cum Bald. in l. contractus. 27. n. 6. de fid. Instrum. notat Müller. thes. 18. cit. lit. 8.

denotat Scripturæ perfectionem, & ejus appositione magis deliberata mens, & voluntas colligi, indeque de Veritate melius constare potest; hinc in tali Testamento addendus est annus, mensis, & ipse etiam dies; aliàs pro ritè confecto non habetur.

Gratian. discept. for. tom. 2. c. 235. Coler. decis. 16. n. 7. Hartm. Pistor, 2. q. 30. n. 1. & 14.

ubi refert, à Scabinis Lipsiæ Testamentum Patris, anno licet expresso, die verò non adjecto, nullum pronuntiatum fuisse. Suficit autem, si tempus assignetur per æquipollens,

pollens, ex quo concludere licet, quo tempore Testamentum sit conditum, ut si Testator dicat, *eo die, quo sexagesimum annum intravi.*

Gratian. *l. cit. n. 9.* Richter. *decis. 29. n. 20.*

3. Ut claris Verbis exprimat Liberos Nomina, & uncias, ex quibus eos Hæredes esse cupit. 4. Ut si facere divisionem rerum suarum inter eos voluerit, res singulas inter eos distribuendas notet.

II.

In præfenti autem Testamento hæc omnia observata sunt à Testatore. Nam 1. Ipsemet manu propria totum Testamentum scripsit: imò eâ usus est accurate, ut singulis foliis Nomen suum subscriberet; ipsiusque manus à filiis fuit agnita. Præterea 2. Addidit diem, mensem, & annum ejus confecti. Neque obest, quòd in folio primo indicaverit Voluntatem aliud fortasse condendi; nam addidit, in casu, quo perficere istud non posset, Testamentum hoc à Liberis habendum pro vera sua ultima Voluntate, atque ab his ut tale observandum: ut adeò de Perfectione hujus suæ Voluntatis dubitari non possit. Uterius 3. Singulis Liberis in hoc Testamento assignata est sua portio, Filiabus quidem ex recepto apud Nobilitatem Suevicam more consueta quantitas cum reservatione regressivâ ad renuntiatam Hereditatem Paternam, si Masculina Stirps interièrit, Filiis verò post mortem Matris adjudicata partes æquales, excluso tertio Filio Religioso, quippe qui (ut in Testamento exprimitur) nullam amplius prætensionem formare poterat. Denique 4. Castrum O. cum appertinentiis relictum est sub vinculo Fideicommissi eâ lege, ut semper in Linea Masculina Testatoris permaneat, quamdiu hæc superfuerit: quòd ipsum Testator facere Jure suo potuit. Proinde neque in relictis *Num. præc.* requisitis ullus defectus est, atque adeò dubitari non debet de valore Testamenti istius. Ex quo patet Responsio ad Argumenta opposita.

12. Respondetur ad rationes oppositas.

Nam 1. In hoc Testamento Mater est instituta non tam ut Hæres proprie dicta, sed ut Administratrix, & Usufructuaria tempore vitæ suæ, quòd passim solet etiam apud Familias plebejas, & absque contradictione sustinetur, præsertim, si id fiat ex justa causa, & in bonum Liberos, pro ut factum est in Casu præfenti, ut liquet ex dictis *Num. 8.* 2. Licet Mater in Testamento privilegiato Patris inter Liberos habenda sit pro Persona extranea, & Jure cautum sit, quòd Persona extranea in tali Testamento, nisi saltem duo accedant Testes, nihil etiam per modum Legati capere ex hereditate relicta possit, hoc tamen juxta *Num. 9.* limitari debet ad Casum, quando Legatum tale, vel Institutio cedit in damnum Liberos, & quando Testator pul-

lâ justâ causâ commotus hoc fecit. Atque 3. Ut ex tenore Testamenti dicto *Num. 8.* relato constat, id, quòd in favorem Matris Testator fecit, justissima ex causa fecit; reliquit enim ipsi Usufructum Bonorum ad tempus vitæ inter alia in compensationem Bonorum sibi allatorum in notabili quantitate, & quia Bona Paterna ad eam Summam se non extendebant, ut sine damno Liberos ei assignari posset Sedes Viduitatis, Wittib, Cist, & alia, ex Pactis Dotabilibus ipsi debita: ut proinde, quòd ita præstitum ipsi est, solutionis potius, quàm favoris indebiti Rationem habeat. 4. Denique licet concideret Testamentum hoc quoad Institutionem Matris, tamen per *Novell. 107.* ab Imperatore Justiniano requisita omnia juxta *Num. præc.* habet, consequenter sustineri illud deberet quoad Dispositionem inter Liberos, de quo hic solummodo quaeritur.

QUÆRITUR II.

Quale Fideicommissum Sempronius in hoc Casu consueverit, dum in Testamento suo ordinavit, ut Castrum O. semper maneat in Familia?

Certum est, pertinere ad genus Fideicommissi Familiaris; nam Fideicommissum Familiæ est, & dicitur, in quo respicitur principaliter ad Familiam, & in ultima Voluntate (prout frequentissimè inter Nobiles, & Illustres Personas fit) cavetur, ut Hæres institutus Bona immobilia, ab ultimo Possessore accepta, post mortem alii de Familia restituat, sicque Bona illa ad Familiæ nitorem, & splendorem conservandum perpetuò apud eandem maneat. Tale autem est Fideicommissum præfens, prout patet ex tenore Testamenti, ubi Testator Sempronius semper substituit aliquem de Familia, vetuitque, extra Familiam Castrum hoc alienari, adjectâ causâ, quòd illud primum ex Bonis immobilibus fuerit, quæ ad Familiam Testatoris pervenerunt, & quorum ratione eadem Familia in Matrícula Nobilitatis Equestris Suevicæ locum invenerit.

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 eâ conditione, ut in eo semper succedat natu maximus de Familia, vocatur *Majoratus in Specie*; si verò ita ordinatur, ut Primogenitus primum succedat cum suis Descendentibus, & in horum defectum Secundogenitus cum suis Descendentibus, &

sic deinceps, vocatur *Primogenitura*, prout cum aliis notant

Ant. Peregrin. de *Fideicommiss.* art. 27. num. 24. Knipschild de *Fideicommiss.* Famil. c. 6. n. 268. Præn. D. Christophor. de Clingenperg ad *Inst. tit. de Fideicommiss. Hæred. q. 2. prop. fin.*

adeoque in *Primogenitura* consideratur Linea recta descendens; in Majoratu autem in Specie, seu Senioratu ætas, quippe qui illi defertur, qui in Familia Senior est, sive ille sit ex Descendentibus ultimi Possessoris, sive ex hujus Collateralibus.

15. Judico, ex Definitione, & differentia utriusque *Fideicommissi*, hic assignata, optimè deduci, quòd præsens *Fideicommissum* ponendum sit intra Speciem Majoratus in Specie, seu Senioratus; nam id clarè indicant verba Testatoris, Testamento ejus inserta, ibi: das Gut O. solle NB. bey dem ältisten des Manns Stamms jeder Zeit verbleiben/dergestalt/dass es von dem Geschlecht nicht solle alienirt werden/sonder darbey unvertheilt/und ungeschmäleret erhalten werden/so lang einer des Manns Stamms lebt: Weilen auch die Töchter verziehene Töchter seynd/dahero nach Absterben des Manns Stamms den Regress daru haben/als solle selbiges nach Absterben des Manns Stamms auf die Töchter/und Töchters Kinder fallen. Ex quibus verbis clarè patet, quòd Testator in erectione hujus *Fideicommissi* non consideraverit Lineam rectam descendentem, sed ætatem, & illi deferri istud voluerit, qui in Familia Senior est: ut adeò liqueat, in hoc Casu non *Primogenituram*, sed Senioratum institutum fuisse.

16. Confirmatur ex Signis, ex quibus, ut notat Knipschild de *Fideicommiss.* c. 6. cit. num. 301. & seq. Et Olymp. §. *Primogenitura. n. 10.*

Primogenituram constitutam fuisse colligitur; nam ista constituta tunc dicitur. 1. Quando Testator unum tantum vocavit, velut Filium, aut 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, quòd Bona de *Primogenito* in *Primogenitum* transire debeant. 5. Quando successivè vocavit *Primogenitos*, & post eos *Secundogenitos*. 6. Si dixit de gradu ad gradum ordinandam Successionem. 7. Quando vocavit priores; quia tunc *Primogenitos* vocasse censetur. 8. Quando imposuit onus deferendi arma, & insignia Familiae. Atqui in præfenti *Fideicommissio* licet aliqua ex dictis Signis reperire sit, præcipua tamen, & Characteristica defunt; neque enim Testator in §. allegato, aut ullibi aliàs etiam verbulo *Primogeniti*, aut *Primogenituræ* meminit, sed potius mentem suam clarè, apertèque ex-

ponit, ubi vult, ut Castrum *Fideicommissarium* semper maneat apud Seniores Stirpis Masculinæ. Igitur non *Primogenitura*, sed Senioratus constitutus dicendus est.

QUÆRITUR III.

Utrum §. memoratus in favorem Senioris Familiae disponat, illique adjiciat Dominium Castri Questionis, an verò solum Usufructum, aut Administrationem, ita ut ceteris Cohæredibus de hujus fructibus debeatur aliqua Portio, positio, quòd adhuc alia Bona adsint?

17. Respondeo 1. §. Istum disponere in favorem Senioris Familiae, ita, ut hic semper, & solus Possessor esse debeat Castri O. *Fideicommissio* huic subiecti; hoc enim Majoratus in Specie, seu Senioratus cum *Primogenitura* commune habet, quòd sicut ista, ita & ille uni tantum personæ possidendus deferatur, cum exclusione concursus simultanei aliorum, juxta ordinem ad Successionem vocatorum, qui proinde, ut succedere in *Fideicommissariis* Bonis possint, expectare debent, donec ordo, à *Fideicommittente* præscriptus, eosdem tangat.

Molin. tract. 2. de J. & J. D. 577. n. 5. Continuat. Thesaur. Pract. Belold. V. *Primogenitur.*

18. Resp. 2. Idem §. disponit non tantum de mero *Usufructu*, aut nuda Administratione, sed etiam de *Dominio*, illudque Seniori Familiae adjicit, quamvis gravatum onere *Fideicommissi*, quoad Castrum O. cum pertinentiis: & quidem hoc *dominium* ab ipso obtinetur ipsa morte, vel cessatione *Fideicommissarii* immediatè præcedentis; nam hæc natura est Majoratus, & *Primogenituræ*, ut regulariter 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 transeant.

Valasc. tom. 2. conf. 184. n. 17. Molin. tract. 2. de J. & J. D. 576. n. 11. cum aliis.

Hinc, si inter bona *Fideicommissio* subiecta inveniatur res aliena, & ista tempore à Legibus præscripto à *Fideicommissario* Hærede possideatur, iste illam tandem usucapit; quia possessio pro Hærede præbet justum titulum, & causam habilem ad transferendum *dominium*. Dixi, Regulariter loquendo *dominium rei Fideicommissio affecta* obtineri à *Fideicommissario*, scilicet, nisi Author *Fideicommissi* aliter disponat; cum enim quilibet rei suæ sit moderator, & arbiter, *Fideicommittens* potest ita disponere, ut *Fideicommissarius* habeat solum *Usufructum*, *Dominium* autem maneat penes universam Familiam: Item potest disponere, ut Senior Familiae habeat

beat solam Administrationem, de fructibus autem participant ceteri de Familia vel omnes, vel aliqui à Testatore designati. Sed hoc exprimi in Instrumento Fideicommissi debet; aliàs procedet Regula supra dicta, & cum Dominio etiam fructus omnes, quippe cum res fructificet Domino suo, cedent soli Fideicommissario Hæredi. In Casu præsentis nihil tale expressum est. Proinde de fructibus Castri Fideicommissarii non debetur ceteris de Familia ulla portio.

19.

Resp. 3. Si Fideicommissum uni ex pluribus Filiis relinquatur in tanta quantitate à Patre Fideicommittente, ut ex reliquis Bonis vinculo Fideicommissi non alligatis ceteri Filii non obtineant integram Legitimam, his datur Actio ad supplendum id, quod deest, quæ exinde dicitur *Suppletoria*, & ex communi Interpretum, præsertim Neotericorum Sententiâ est *Condictio ex l. omnimodo. 30. & l. scimus. 36. C. de inoffic. Testam.* Supplementum hoc iisdem gaudet Privilegiis, & Beneficiis, quibus ipsa Legitima.

Berlich. p. 3. concl. 12. n. 2.

Ita, ut, quemadmodum Legitima ab omni ære alieno libera esse debet, ita, & supplementum, ipsaque petitio supplementi, & quidquid omnino conditionem Legitimæ deteriorem reddere potest, in Testamento pro non scripto habeatur.

Ant. Faber *Cod. l. 3. tit. 29. defm. 10. num. 4.*

Peti autem hoc Supplementum, uti & ipsa Legitima potest ex ipso Fideicommissio, si alia Bona ad plenam Legitimam singulis Hæredibus assignandam non iufficiant, & eatenus illa, quæ assignabuntur in Supplementum Legitimæ, libera erunt à vinculo Fideicommissi: Legitima enim gravari Fideicommissio non potest.

Peregrin. *tract. de Fideicommiss. art. 36. n. 61. Decian. conf. 35. n. 62. vol. 1. Müller. ad Struv. Exerc. 10. thes. 30. Lit. v. per l. quoniam in prioribus. 32. C. de inoffic. Testam.*

ubi prohibetur Legitimæ onus imponi. Quare in præsentis Casu videndum, an alter Filius Sempronii Legitimam suam acceperit. Si istam non plenè acceperit, ut observetur Patris Testatoris voluntas, quantum potest, salvo Fideicommissio, Supplementum accipi debet ex fructibus ejusdem, atque ex his tanta adjudicanda portio, ut Legitimæ defectum impleat.

20.

Resp. 4. Supplementum hoc petere possunt etiam Hæredes ejus, qui plenam Legitimam non acceperit; nam sicut Legitimæ, ita & Supplementi ejusdem petitio ad Hæredes quoscunque transmittitur.

Arg. l. etiamsi. 8. C. de Jur. dot. Rubeus *tract. de Querel. inoffic. Testament. c. 20. Gaill. l. 2. obs. 120. n. 12.*

Accessorium enim sequitur naturam principalis.

Reg. *Accessorium. 42. de R. J. in 6.*

Hanc Actionem ad Supplementum, ut Querelam inofficiosi, Bartolus videm putat terminari quinquenio: sed verius est eam ut perpetuam durare usque ad 30. annos, sicut durat Hæreditatis petitio; quia Supplementum non nisi instituto datur, tenditque non ad Testamenti rescissionem, sed potius ad ejus conservationem, secus, ac Querela inofficiosi: ut proinde inter hanc, & Actionem ad Supplementum non sit in hoc paritas.

Salicet. *ad l. 34. C. de inoffic. Testament. Hottoman. l. 2. obs. c. 22. Gaill. l. 2. obs. 120. Mynsing. cent. 2. observ. 72. Boer. decif. 250. Berlich. p. 3. concl. 13. n. 33. Müller. ad Struv. Exerc. 10. thes. 31. Lit. 7.*

QUÆRITUR IV.

An, si Filii Testatoris huic dispositioni mutuo consensu contravenerint, possint subsequenter aliis Successoribus præjudicare?

Videtur tenenda affirmativa. Nam 1. De Fideicommissio inter se Fideicommissarii valide possunt transigere per textum

L. de Fideicommissio. 11. C. de Transact.

(quem textum celebrem Pinellus, Gomefius singularem, & hanc in rem unicum in Jure appellat) ubi ita Augusti, *De Fideicommissio*, inquit, à Patre inter te, & Fratrem tuum vicissim dato, si alter vestrum sine Liberis excefferit vitâ, interposita Transactio rata est. Adde

L. Lucius. 78. §. fin. Et Brunnem. ibid. ff. ad S. C. Trebell. l. conditionis. 1. C. de Pact. Müller. ad Struv. Exerc. 6. thes. 17. Lit. 7.

Nec sine ratione; quia Bona restitutioni obnoxia regulariter alienari possunt, si is, cujus favore prohibitio facta est, in alienationem ipse consentiat.

Sichard. & DD. communiter *ad l. 11. C. de Fideicommiss. Knipschild de Fideicommiss. Famil. c. 111. n. 379. Harpp. Disp. de Transact. sup. Fideicommiss. int. person. vocat. thes. 5.*

Atque hoc

2. Procedit, sive Fideicommissum sit simplex, & purum, sive conditionale, & reciprocum per *LL. cit.* quia non solum res præsentis, sed etiam futuræ, & spes ipsa in Contractum rectè deducuntur,

L. nec emptio. 8. §. aliquando. 1. ff. de contrah. empt.

tametsi ex Legato, vel Fideicommissio conditionali proveniat.

Arg. *l. nomina. 17. & l. multum. 19. ff. de Hæred. vel act. vendit. Bocer. class. 3. D. 6. n. 34. Brunnem. Disp. de Spe c. 3. n. 18. & seqq.*

Quapropter, quod & transigendo Fideicommissarius Hæredi gravato spem, quam ipse

21. Ratione dubitatur

22.

in Bonis sibi aliquando restituendis habet, remittere possit, docent

Ranchin. *decis. p. 2. concl. 181.* Boër. *decis. 147. n. 7. & 8.* Cavalc. *decis. Fivizan. dec. 36. n. 2.* Afflict. *decis. 38. num. 5.* Gama *decis. Lusit. 264.* Vinn. *de Pact. c. 18. princ.* Fular. *de Fideicomm. q. 507.* Gaill. *l. 2. obs. 139. num. 7.* Faber *Cod. l. 1. tit. 25. def. 1.* Carpzov. *p. 2. conf. 35. def. 18. n. 9. & seqq.* Harpp. *l. cit. thes. 22.*

Imò

23.

3. Super Fideicommissio Familix, quando Testator simpliciter in Familia voluit Bona remanere, nec de ordine succedendi quidquam expressit, inter Agnatos celebrata Transactio subsistit.

Arg. l. Filiusfam. 114. §. sed si omnes. 17. ff. de Leg. 1. l. is, qui. 94. ff. de Legat. 3. l. voluntas. 4. C. de Fideicomm. Fular. q. 300. n. 29. & q. 716. n. 2. Knipschild *de Fideicomm. fam. c. 11. n. 417. præcipue n. 422. & 431.*

Quin etiam in casu, quo Testator tale Fideicommissum familiæ ordinavit, ut non tantum Bona in Familia conservari iusterit, sed insuper certum procedendi ordinem præscripserit, si quidem omnes, qui ad Fideicommissum ejusmodi aspirare possunt, in Transactioem in eundam consentiant, de hujus validitate dubitare vix licet propter

L. nihil. 120. §. omnibus. 1. ff. de Legat. 1. l. Lucius. 88. §. Insulam. 14. ff. de Legat. 2. l. quotiens. 11. C. de Fideicomm. Novell. 159. c. 3. Fular. *q. 560.* Gaill. *l. 2. obs. 34. num. 10.* Müller. *ad Struv. Exerc. 6. thes. 17. Lit. 7.*

Si enim valida in hoc casu perhibetur Fideicommissi alienatio, sanè à fortiori de illo etiam bonâ fide transigere permissum est, ut rectè colligit

Molin. *de Primog. Hisp. l. 4. c. 9. n. 3.* Knipschild *c. 11. cit. n. 106.* Urceol. *q. 50. n. 45.* Harpprecht *thes. 22. cit. Müller. Lit. 7. cit.*

24.

Verum hæc Argumenta nihil videntur probare pro Casu nostro. Nam 1. Transactio est tantum de re dubia, & controversa, neque fit, nisi aliquâ re datâ, vel promissâ, reventâ, vel remisâ.

c. super eo. 7. de Transact. l. qui transigit. 1. ff. & l. Transactio. 38. C. eod.

in Casu autem præsentis voluntas Testatoris clara est ex Tabulis Testamenti, ubi absolute voluit Castrum Fideicommissarium permanere semper penes Seniores Familix. 2. Bona restitutioni obnoxia tum solum alienari possunt, quando is, in cujus favorem prohibitio facta est, in alienationem ipse consenserit. In præsentis autem Casu talem consentum impossibile est obtineri; nam ad possessionem Castri prædicti vocati à Testa-

tore sunt omnes Familix Seniores, etiam futuri, & nondum existentes, qui proinde in conventionem, inter Filios Testatoris contra hujus intentionem factam, consentire non potuerunt, eamque approbare. 3. Potest quidem Fideicommissarius Hæredi gravato spem, quam ipse in Bonis sibi aliquando restituendis habet, pro sua persona remittere, non tamen pro suis Successoribus, ad quos successivè deferri Bona Fideicommissaria ex mente Testatoris debent, quippe qui Successores causam non à Fideicommissario antecessore, sed ab ipso Testatore immediate habent. 4. Autoritas, & textus in tertio Argumento allati in Casu præsentis solum probant, quòd Fideicommissarius, ad quem ex mente Testatoris deberet devolvi Fideicommissum, possit Jus hoc suum cedere alteri post ipsum immediate successuro, non verbò hoc præterito, alii remotiori; cum enim iste Jus suum non habeat à proximo Possessore, sed ab Authore Fideicommissi, Jus istud eidem absque sua voluntate tolli non potest. Et pro hoc 5. Stat expressus textus

L. fm. §. sed quia. 2. C. comm. de Legat. ubi Justinianus, *Nemo itaque, inquit, Hæres ea, - - qua restitui aliis disposita sunt - - putet imposterum alienanda.* Quare ad Quæstionem præsentem

DICENDUM, non obstante, quòd Filii Testatoris hujus dispositioni mutuo consensu contraverint, horum Successoribus salvum fore Jus, sibi per voluntatem Testatoris acquisitum: atque adeò, etiamsi Senior Frater Castrum Fideicommissarium vel ex toto, vel ex parte cessit juniori Fratri, hoc mortuo, illud deferetur Seniori de Familia. Probatur hoc à paritate cum Fideicommissio Familix simplicis, ad quod, non obstante, quòd Agnatus Hæres contra voluntatem defuncti illud extra Familiam alienaverit, nihilominus admittuntur illi, qui aliàs, re non alienatâ, successissent,

Struv. Exerc. 36. thes. 19.

Neque alia esse videtur mens

L. peto Luci. 69. §. Fratres. 3. ff. de Legat. 2.

quàm quòd in familia Testatoris proximus quisque post eum, cui Bona primum iste reliquit, invitatus videatur, si iste alienaverit, quippe ad quem ut aliquando transferatur, intentio fuit Testatoris, ac ideo addidit, ne alienaretur.

Vid. Socin. Jun. vol. 1. conf. 26. n. 84. & seqq.



M m m m

QUÆ-

25.
Deciditur
Quæstio.

QUÆRITUR. V.

Anposito, quòd nec Ususfructus, nec Administratio Castri Fideicommissarii vi hujus dispositionis pertineat ad Primogenitum solum, sed istam, & illum cum hoc communem habeat Secundogenitus, iste tamen, adhuc in Minorennitate constitutus, velit illas liberè cedere Primogenito cum consensu Curatorum cum reservatione certa Pensionis, possint Curatores consentire, nec ne, & quomodo de damno inde, adepti Majorennitate, forsan eventuro, isti prospiciendum?

26. **R**espondeo 1. Hæc Quæstio in Casu præfenti cessat, cum juxta dicta Num. 2. Matri ad tempus vitæ suæ ab ipso Testatore adjudicatus sit Ususfructus, & Administratio Bonorum ab ipso relictorum omnium: quam dispositionem cum validam esse probent dicta Num. 7. & seqq. sequitur, de hoc Jure Ususfructus, & Administrationis non potuisse pacisci Filios, vitâ Matris durante. Hac Mortuâ, ad Fratrem Primogenitum juxta dicta ad Quæstionem 3. non sola Administratio, & Ususfructus Castri O. cum pertinentiis, sed etiam Dominium, excluso Fratre Secundogenito, devolutum est: ut adeò neque hoc Casu habeat iste, quod Fratri Primogenito cedere possit, vel potuerit. Reliqua Bona ex vi Testamenti Paterni inter Fratrem Primogenitum, & Secundogenitum Ludovicum juxta dicta Num. 2. cit. in partes æquales debebant dividi: quæ divisio si facta non fuisset, sed idem Ludovicus omnem utilitatem, & Administrationem illorum Bonorum cessisset Fratri suo Primogenito, tunc primum locus præfenti Quæstioni foret. Et hinc

27. **R**esp. 2. Si Frater secundogenitus Primogenito suo Fratri in hac sua parte virili pro certa portione cessit Jus suum contra dispositionem Paternam, interest, an hac sua cessione, in minorennitate facta, læsus sit notabiliter, vel non. Si læsus non est, aut læsio non fuit notabilis, non habet remedium in Jure; nam Minori non succurritur, nisi quando læsus est, & læsio non est modica, sed talis, quæ, spectatâ qualitate Contractus, & contrahentium conditione, prudentis arbitriò gravis, & notabilis est.

Ita Abb. in c. 1. n. 8. de in integr. restit. Menoch. de arbitr. cas. 74. n. 4. Covar. l. 1. var. c. 3. num. 11. Vallens. ad tit. de in integ. restit. f. 1. n. 4. Pirhing. ibid. n. 4. Wiestner dict. tit. n. 6.

Si verò hac sua Cessione notabiliter læsus est, & læsio ista probetur, competit ipsi contra damna illata, aut in futurum timenda beneficium Restitutionis in integrum.

c. constitutus. 8. dict. tit. & l. hoc Editum. l. cum seqq. ff. de Minor.

ubi etiam ratio additur, quòd fragile sit, & infirmum hujusmodi atatum consilium, & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: & hinc meritò Prætor adversus hujusmodi captiones auxilium, & opitulationem ipsis promittat.

28. **R**esp. 3. Eidem Secundogenito ita læso dictum beneficium competet, etiam si cessio facta esset solenniter, i. e. cum consensu Curatorum, & interveniente Decreto Judicis; quamvis enim per solennem alienationem Bonorum, quæ sunt Minorum, & possessio, & dominium in accipientem transferatur, firmaque regulariter perseveret alienatio.

juxta l. fin. C. de prad. minor.

si tamen Minor læsionem docere possit, juxta perpetui Edicti auctoritatem, non obstante consensu Curatorum (quippe quorum auctoritas non ad nocendum, sed ad utilitatem procurandam pupillorum, & Minorum se porrigit) ipsòque Judicis Decreto, ipse restitutionem impetrare potest.

L. venditio. 1. l. non est. 2. l. siquidem. 11. C. dict. tit.

Proceditque hoc, etsi alienatio facta sit ex causa necessaria; nam, stante læsione per alienationem ejusmodi secutâ, licet Curator Minori alienanti adstiterit, aut solus locò Minoris eandem fecerit, Minori assistitur.

L. tutor. 47. ff. de Minor. l. si jam puberes. 1. & duab. seqq. C. si tut. vel Curat. interven.

29. **E**stque hoc verum, etsi Curator, vel Tutor in tali alienatione non deliquerit, & culpam non habeat, juxta l. 47. cit. princ. ibi: *Nec idcirco, si justum sit restitui, denegandum id auxilium (scilicet in integr. restit.) quòd Tutor delicto vacaverit.*

Resp. 4. Hoc beneficium restitutionis in integrum frustra implorabit Frater Secundogenitus, si labi passus sit tempus, pro impetrando beneficio isto à Legibus constitutum. Constitutum autem Minori pro beneficio hoc impetrando

per l. fin. C. de tempor. in integr. restit.

est quadriennium, quod numerari debet ab anno 25. ætatis completo, quo Minor esse definit, usque ad annum 29. completum.

30. **R**esp. 5. Quæ hæcenus dicta sunt de Bonis Paternis reliquis, inter duos hos Fratres dividendis, cum proportionem intelligenda sunt etiam de Casu, quo Pater Testator (cujus tamen contrarium Quæstione 3. ostensum est) voluisset Castrium, Fideicommissi vinculo ligatum, ab utroque Fratre possideri communiter; nam si Frater Secundogenitus hujus possessionem, reservatâ pensione, in Minorennitate cum, vel sine consensu Curatorum cessisset Fratri Primogenito, & hac cessione fuisset læsus, in integrum, si intra tempus à Jure constitutum hoc petisset, fuisset restituendus. Quia tamen Fratres hi duo jam pridem fati cesserunt, & supersunt duntaxat Filii duo ex uno illorum, tempusque Restitutionis in integrum ex facto Patris,

Patris, & Patruum dudum antea lapsum est, quoad Bona libera à Fideicommissio saltem Restitutio hac vix locum habebit; facilius autem obtinebitur quoad Bona Fideicommissaria, quippe de quibus Antecessores Pater, & Patruus contra voluntatem Fideicommissantis in damnum, & præjudicium Successorum disponere non poterunt, cum isti causam ab Antecessoribus suis non acceperint secundum dicta Num. 23. & 24. Aliud est, si presentes Fideicommissarii Pactum inter se inierunt, & Secundogenitus Primogenito cessisset Ad-

ministracionem, & Usumfructum Bonorum Fideicommissariorum pro certa Portione; in hoc enim Casu, probata læsione ex Pacto in Minorenitate inito, intra annos à Lege præscriptos competeret Secundogenito Beneficium Restitutionis integrum, non tamen post horum annorum lapsum, nisi aut prævaricatio, aut fraus manifesta, aut alia rationabilis causa Judicem moveat ad Quadriennium hoc extendendum.

Molin. tract. 2. de J. & J. D. 574. n. 3.

CONSILIUM LX.

Die angemuthete Erbtheilung zwischen Stieff-Vatter / und dessen Stieff-Kinder betreffend.

SUMMARIUM.

1. 2. Facti Species.
3. Quæstiones discutienda.
4. Pater de Jure Communi servat Usumfructum Bonorum Maternorum, etiamsi ad secundas Nuptias transeat.
5. 6. Pena secundarum Nuptiarum non extenduntur ad Virum binubum.
7. Statuta Juri Communi contraria stricta interpretationis sunt.
8. 9. Recipiunt tamen interpretationem ab usu.
10. seqq. Quæ Bona Maritus cum Hæredibus Uxoris dividere debeat, dependet potissimum ex Consuetudine Locorum.

14. 15. Quinam intelligantur sub nomine Ehren-Kinder.
16. Unio Prolium legitime facta, non potest dissolvi pro libitu Prolium.
17. Pater habet Usumfructum ad dies Vita in Bonis Maternis suorum Liberorum.
18. Si Sententia in Appellatorio confirmatur, censentur singula ejusdem Membra confirmata, nisi excipiantur.
19. Præcipuum non subjacet Collationi, neque imputatur in Legitimam.
20. Colliguntur Dicta in Summam.

FACTI SPECIES.

I. **D**ennach Herr A. Burger des Heiligen Römischen Reichs Freyen Stadt R. nach Ableiben seiner ersten Haus-Frauen Maria, sich in die andere Eheliche Verbindung eingelassen, und ad secunda Vota geschritten, hat sich zwischen ihme eines, und dessen von besagter seiner Hausfrauen zu gebrachten Stieff-Kinderen anderen Theils, wegen Abtheilung gegenwärtigen Vermögens einiger Span, und Zerrung erhoben, da der Erstere, als welcher das ganze Vermögen fast allein mit seinem selbst eignen sauren Schweiß härtiglich erworben, solches bis zu seinem Tod beybehalten, hernach jedem seinen, und mit eignen leiblichen Kinderen gleichen Antheil, vermög von löblichen Stadt-Magistrat ihme zwar aufgetragener, aber nicht mit allen Solennitäten versehenen Einkindschaft, hinterlassen

R. P. Schmalzgrueber Consil. Tom. 1.

wollte; die Letztere aber durchaus auf die Abtheilung antrangen, sich stieffend auf das Recht-Buch gemeldter Stadt, allwo expressis verbis versehen. Formalia: So oft ein Mann vor dem Weib stirbt/und dieselbe Ehren-Wittwe-Stand hält / so ist dieselbe nicht schuldig abzutheilen; wann selbe aber nicht länger Wittwe-Stand halten will / so ist sie schuldig mit den Ehren-Kinderen abzutheilen / und einen Theil zu nehmen.

Nun diese Zwistigkeit ist ad Strepitum Judicialem ankommen, allwo der Sentenz wider ihne Stieff-Vatteren aufgefallen, und selber dahin verfallt worden, daß er mit seinen Stieff-Kinderen abzutheilen / und sich dem Inventario zu submittiren schuldig seye / doch dergestalten / daß in Consideration seiner grossen Mühe/und mühesam geführten Oeconomie, ihme 1500. fl. zu einem Voraus / vor der Abtheilung / gestattet werden sollen. Weilten aber er Stieff-

M m m m 2 Das

2.