

11 260

RAGIONAMENTO

P E R

D. Pasquale , e D. Serafino Elmo della Città
di Lecce

C O N T R O

D. Terefa Zaccaria della stessa Città ;

PER LA CAUSA DA RIFERIRSI NEL S. R. G.

*A relazione del dottissimo Giudice della G. C. di
Vicaria Civile Sig. D. Stefano Patrizj.*



St. Rainieri

OTTEMANNO

1870

1871

1872

1873

1874

1875

1876

1877

1878

1879

1880

1881

1882

1883

1884



Lettere
per la
colle
terna;
bollo p
mo a
map q
e, il
bicava
rispote
ore s
Mi dapp
ditore
Stampa



D. O. M.

NON ho io reputato finora cosa necessaria dare alle stampe le ragioni, le quali si convengono a *D. Pasquale*, e *D. Serafino Elmo* per la preambolo dalla Corte Bajulare di Lecce spedito, e dalla G. C. della Vicaria confermato per la metà del retaggio del fu *D. Francesco Zaccaria*, colla contraddizione di *D. Teresa Zaccaria* loro zia materna; la quale ha in suo beneficio ottenuto il preambolo per l'altra metà. Il motivo, per cui io non ho fino a questo punto fatto uso della stampa, egli è stato quello stesso, che rattenne il modestissimo *Secrate*, il quale interrogato un dì, perchè egli non pubblicava in iscritto ciò, che appreso, ed inlegnato avea, rispose: *Quoniam video chartam multo pretiosiorum, quam quæ scripturus essem.*

Ma dappoichè ho io ravvisato, che l' dotto mio contraddittore con ben lunga erudita allegazione data alle stampe (siccome mi avvidi nel punto , ch' egli elo-

T. Ant. Caspenti:

quentemente nel S. R. C. aringò) si è sforzato a tutto uomo di porre in forse, anzi di abbatter, e distruggere la ragione, la quale a i miei clienti si attiene; adducendo leggi, ed autorità di Scrittori eruditi, e del Foro; spiegando *antinomie*, e contraddizioni di leggi delle *Pandette*, e del *Codice di Giustiniano*; ricorrendo fino alla *storia legale*, com' egli dice, delle due scuole diverse de' *Procoliani*, e *Sabiniani*. Perciò, sul dubbio di non veder Io traballare, o più tosto naufragar la stabile, e foda ragione de' miei clienti, standomene Io neghittoso, e non curante, e senza adoperarmi a dileguar la densa nebbia, e foschissima caligine, la quale ha procurato il favio, ed accorto avversario sparger sopra di quella; ho finalmente giudicato esser cosa convenevole di torre il freno al primiero mio proposito, e di sprecar anche Io alcuna carta, ancorchè questa molto più preziosa, e da reputar sia di ciò, che Io in essa farò per ragionare. Quindi umile, e rispettoso Io supplico il S.R.C., ed i gravissimi Senatori, e ragguardevoli, che lo compongono, a condonare la scarrezza del mio povero talento; imperciocchè posso Io da sentto dire, che *ita se res habet; ut ego, qui neque usu satis, & ingenio parum possum cum patroño disertissimo comparer.* (1).

Ma qualunque Io mi sia però, colla sposizione del successo, ed indi col porre in nota la vera ragione, la quale nella presente contesa concorre, diviserò gli equivoci, i paralogismi, e la falsa storia adoprate per offuscar la più manifesta, ed evidente giustizia, la quale a *D. Pasquale*, e *D. Serafino Elmo* si attiene.

Egli dunque è a sapere, che *l' Dottor Fisico D. Francesco*

sco

(1) Cicerone *pro Publio Quintio* §. 1. n. 2.

ſuo Zaccaria medico di gran nome nella città , ed in tutta la Provincia di Lecce , nel ſecondo giorno di Settembre dell'anno 1752. fece il ſuo ſcritto teſtamento ; e non eſſendo ſtato a' ſuoi giorni giammai marito , e perciò non avendo figli , almeno legittimi e naturali ; ma ſoltanto avendo tre germane ſorelle , cioè una Bizzoca per nome *Orſola* ſeco lui dimorante , e due altre paſſate a marito , cioè *Veneranda* per nome una , e *Tereſa* l'altra ; iſtituì erede univerſale *Orſola* Bizzoca , ed uſofruttuaria , durante la ſua vita ; e dopo la morte di lei , impoſe , che 'l retaggio ſoſſe gito a *Veneranda* , e *Tereſa* , con dividerſi egualmente tra di loro . Indi ſoggiunſe , che qualora ſoſſero eſſe premorte ad *Orſola* ſua erede , in tal caſo ſoſtituiva i loro figli maſchi , eſcluſe le femmine , anche con dividerſi tra di loro il retaggio per metà . Ma perchè il dotto avverſario lungo comento ha fatto ſulle parole del teſtatore ; quindi ragionevol egli è di qui eſattamente tranſcriverle .

Iſtituiſco , e faccio in mia univerſale , e generale erede la Signora Orſola Zaccaria mia amatiffima ſorella in tutti , e qualſivoglia miei beni ſtabili , mobili , oro , argenti lavorati , e non lavorati , reggimenti di caſa , ogli , vettovaglie , eredità , ſucceſſioni , eſcadenze , liti , e caufe , ed altri qualſivogliano miei beni , che dopo mia morte ſi troveranno , ad eſſarne ſignora , e padrona uſofruttuaria ſua vita perdurante tantum , & non ultra ; dopo la morte della quale , voglio , ordino , e comando , che tutti i miei beni , ed eredità VADINO in beneficio delle Signore Veneranda , e Tereſa Zaccaria altre mie dilettiſſime ſorelle equaliter , & pro equali parte , & portione , e diſporne a loro libero arbitrio .

Item voglio , ordino , e comando , che premorendono le ſu-
det-

dotte Signora Veneranda, e Teresa alla detta Signora Orsola mia universale, e generale erede, in tal caso dopo la morte della predetta Signora Orsola, da oggi innanzi, e sostituisco in miei universali, e particolari eredi li figli maschi solamente, escludendo le femmine, delle predette mie Signora sorelle Veneranda, e Teresa, aequaliter, e pro aquali parte, e porzione, cioè per la metà li figli maschi della sudetta Sig. Veneranda, e per l'altra metà li figli maschi della sudetta Sig. Teresa, ad esserne li medesimi veri Signori e padroni, e disporre a loro libero arbitrio, perchè tale è mia volontà (1).

Queste dunque son le parole dell'istituzione, e della sostituzione, le quali hanno apprestato un vastissimo campo al mio dotto avversario da potervi colla fecondità di suo sapere spargervi la copiosa femenza di leggi, di Scrittori eruditi, e del Foro, e da poterlo inaffiare colla storia legale. Ma quindi a poco si scorgerà qual esser debba il frutto, che dalla messe dovrà agli riportare.

Dopo di cotesto testamento sopravissero il testatore, e tutte le sue forelle ancora. Ma nell'anno 1757. passò ad altra vita Veneranda madre di D. Pasquale e di D. Serafino Elmo miei clienti. Nell'anno 1758. compì il corso di sua vita Orsola erede universale; e nel mese di Gennajo dell'anno 1759. terminò i suoi giorni D. Francesco Zaccaria testatore; essendo restata vivente Teresa oggi in giudizio, la quale anche tiene tre figli maschi. Cotesto successo non può contendersi, ed io per secondar il piacere dell'oppositore, fedelmente l'ho narrato.

Nel

(1) Fol. 4. a. f.

Nel mese di febbrajo dello stesso anno 1759. *D. Teresa Zaccaria*, e *D. Pasquale* e *D. Serafino Elmo* con quiete, e con pace chiesero colle loro istanze presentate nella Corte Bajulare di Lecce la spedizione del preambolo del retaggio del defunto, cioè per metà a prò di essa *Teresa*, e per l'altra metà in beneficio degli *Elmi* (1). Come in fatti così fu quello interposto, siccome dalla sua copia si ravvisa (2).

Si diede cominciamento alla divisione dell'eredità, e molti mobili furon tra di loro divisi. Ma nel mentre volevasi proseguire la divisione degli stabili, dell'olio ereditario, e de' nomi de' debitori, si avvidero *D. Pasquale*, e *D. Serafino Elmo*, che *D. Teresa*, ed i suoi figli (i quali soli eransi trovati in casa del defunto in tempo della quasi repentina sua morte) avevano occultato, e trafugato tutto il danajo, che in quantità grande si era da *D. Francesco* defunto nel corso di sua vita accumulato; onde incominciarono a farne alcun rumore. Ma volendo *D. Teresa*, ed i suoi figli prevenir ogni altro giudizio di *espilazione*, giudicarono cosa a proposito il ricorrere nel S. R. C.; come in fatti *D. Teresa* con sua supplica, deducendo in effo l'eredità di *D. Francesco Zaccaria*, pose in campo la nuova sua gran pretesione di doversele l'intero retaggio del defunto; cioè metà per disposizione testamentaria di costui, e l'altra metà per diritto di accrescere; imperciocchè disse, ed ora coraggiosamente sostiene, ch'essendo premorta *Veneranda* coerede al testatore, a cui ella era sopravvissuta, doveasele perciò il retaggio intero; perchè erasi

(1) Fol. 16.

(2) Fol. 17.

erasi la porzione ereditaria di *Veneranda caducata* : Quindi chiese vietarsi alla Corte Bajulare di Lecce ogni altro ulterior procedimento , ed imporle la trasmissione degli atti .

Così fu ordinato . Ma rimasero sorpresi i fratelli d' *Elmo* , allorchè fu loro intimata coresta ben foggjata pretesione ; poichè si avvidero , che non essendo contenti *D. Teresa* , ed i suoi figli del sacco dato al retaggio del defunto ; pretendevano poi con altro ritrovamento toglier loro l' intera porzione ereditaria ; onde fu , che con istanza nel S. R. C. domandarono essi sequestrarli tutta l' eredità , acciò questa non si fosse maggiormente dilapidata da *D. Teresa* , e da' suoi figli disertata . Tanto fu dal S. R. C. ordinato , e 'l sequestro fu in Lecce anche eseguito .

Stimarono allora i fratelli d' *Elmo* di esser anche tempo proprio di sporre nel S. R. C. querela di *espilata* eredità contro di *Teresa* , e suoi figli ; perchè essendo stata la morte di *D. Francesco Zaccaria* testatore cagionata da una cardialgia , la quale l' aveva per lo corso di ore ventiquattro tormentato , e finalmente ridotto a morte ; i figli di *Teresa* , i quali secolui dimoravano (tenendo celato il male , ed indi la morte di *D. Francesco* per saccheggiar trattanto tutto il contante , ed il miglior mobile) , avevano impedito , che quegli nell' ultimo periodo di sua vita fosse stato munito del Sacramento della penitenza , e di tutti gli altri , i quali a i moribondi debbonsi amministrare ; e tutto ciò , affinchè non fosse pervenuta a i fratelli d' *Elmo* la trista novella del malore , da cui *D. Francesco* era stato sorpreso ; e quindi l' agio essi avessero avuto di metter a sacco il meglio , e 'l più prezioso del retaggio . Perciò ferono istanza d' imporli alla Regia U-
dien-

dienza di Lecce di prenderne informazione, e di trasmetterla nel S. R. C. Come in fatti l'informazione fu presa, e di già nel S. R. C. si trova trasmessa. Ed ancorchè cotesto giudizio non fiasi profeguito, egli è questo addivenuto, perchè disputandosi ora chi sia l'erede; fa mestieri a i fratelli d'Elmo di attender l'esito di cotesta briga, per indi poi profeguir quell'altra. Trattanto nella G. C. della Vicaria si è proceduto alla spedizione del preambolo; ed ancorchè nel dì, in cui la causa si propose, non fossi Io stato inteso, perchè nel S. R. C. mi trovava in altra causa occupato; pure, non ostante, che lungamente per *D. Teresa* si fosse declamato; giudicò di esser giusto, e ragionevole la G. C. di confermar il preambolo dalla Corte Bajulare di Lecce precedentemente spedito.

Avverso a cotesto decreto *D. Teresa* Zaccaria ha prodotto il richiamo nel S. R. C., pretendendo, che l'preambolo interamente a suo prò debba ordinarfi; e per cotesta impresa sostener il mio dotto contraddittore, eruditamente ha scritto, ed eloquentemente ha perorato; ricorrendo sin anche alla *storia legale*.

Io dunque, che sostener debbo la ragione di *D. Serafino*, e di *D. Pasquale Elmo* in confronto di cotanto ragguardevole Giurisprudente, quanto egli è l'avvocato di *D. Teresa* Zaccaria, m'ingegnerò nella miglior maniera, che la picciolezza del mio talento mi somministrerà, dimostrarne la vera, e sòda giustizia. E ciò Io facendo, se non userò quella tanta elevatezza, e cotanta gravità, di quanta egli è ricolmo il dotto mio contraddittore, tutto addiviene, perchè Io non mai mi son reputato tanto valevole, e possente, che giunga il mio scrivere; o l'aringare ad altri imporre, ed arrear fuggezione; perchè costoro son da ag-

B

gua-

guagliare a quegli uccelli, de quali dicèsi, che per la soverchia attività dello stomaco; digeriscano sin anche il ferro; a i quali così fatti presuntori, ed altieri adattamente son da *Gerardo-Giovanni Vossio* paragonati, allorchè avvertisce: *Tales (Doctores) struthionibus etiam vere compares, qui externo apparatu mimantur subli- mem volatum; sed vix se valent extollere a solo* (1).

Or seguitando Io le tracce del mio dotto maestro, dividerò il mio ragionamento in tre capi. Nel primo dimostrerò, che la maniera usata dal testatore *D. Francesco Zaccaria* nell' istituir *Orsola* sua sorella nel testamento, dinota esser costei stata istituita vera erede proprietaria, e non miga già solamente usufruttuaria, come vanamente, e con coraggio incomparabile spaccia il dotto contraddittore. Nel che Io fare, mi comprometto convincerlo con gli stessi Scrittori da lui così tanto fastosamente rapportati.

Nell' altro dividerò di essersi verificato il caso della sostituzione ordinata dal testatore a beneficio di *D. Pasquale*, e *D. Serafino* figli di *Veneranda*; e che perciò sieno improprij i termini di trasmissione, e di diritto di accrescere, a cui il dotto contraddittore ricorre; ed additerò gli abbagli, ne quali egli incorre coll'aggrandita ed amplificata *storia legale*.

E finalmente farò conoscere, come per epilogo, che verificato già il caso della sostituzione a beneficio de' fammentati *D. Pasquale*, e *D. Serafino*, irragionevolmente si pretende dall' autorevol avverfario, che debbansi ammetter alla successione della porzione di *Veneranda* anche i figli di *Teresa*; giacchè il testo del Giureconsulto *Paolo*, e l' altre autorità addotte per ciò

com-

(1) *Vossio de cognitione sui.*

compravere, di tutto altro ragione, fuorchè di quello, per cui si rapportano.

C A P O I.

Si dimostra, che D. Francesco Zaccaria nel suo testamento istituì Orsola sua Sorella, non solamente erede usufruttuaria, ma anche proprietaria fin tanto che fusse ella vissuta; il che si divide con gli stessi Scrittori dall'avversario, per sostenere la sua impresa, additati.

IL dotto, ed erudito mio avversario, per trarre conseguenti a suo buon grado, ha stimato di disputare sulla istituzione dell'erede fatta da D. Francesco Zaccaria; cioè se Orsola erede da costui istituita, doveva reputarsi erede proprietaria, ovvero soltanto usufruttuaria; e se D. Veneranda, e D. Teresa sostituite dopo la morte di quella, sieno state seconde, o pure prime eredi; di guisa che, essendo stata Orsola una semplice usufruttuaria, doveansi Veneranda, e Teresa reputar vere eredi nella proprietà, vivente tuttavia Orsola. E ponendo egli il mio maestro in mostra le parole del testamento, gli è venuto in talento di scrivere, ed aringare, che indubitata cosa sia, che Orsola fu erede usufruttuaria, a segno, che doveasi stimare semplice legataria; essendo state le vere eredi proprietarie Veneranda, e Teresa.

Per sostenere egli cotesta sua asserzione, ha fatto uso delle autorità del Cardinal de Luca, di Marciano, e più di ogni altro del Presidente del Senato Pedemontano

Gian-Antonio Belloni (1): Or fo a me rifeffa di non conoscere, che cotesti Scrittori dicano il contrario di quello, che il dotto mio maestro autorevolmente spaccia, quantunque volte si vogliano essi adattar al fatto, e non miga' già il fatto agli Scrittori; surgerà quindi, che a ragione avea lo rincrefcimento di scrivere per questa causa, perchè ben mi avvedeva *Certa- tam multo pretiosiore esse, quam qua scripturus essem.*

Io tralascio, per non logorar carta maggiore, di rammentar l'antica disputa tra *Baldo*, *Angelo*, *Imola*, e *Viglio*, ed i loro seguaci intorno al dubbio, se uom istituito usufruttuario fin tanto ch'egli viva, ed altri proprietario dopo la sua morte, debbasi reputar il primo soltanto usufruttuario, e l'altro proprietario, anche vivente il primo; o pure costui debba giudicarsi erede nella proprietà ed usufrutto fin tanto, ch'egli viva, di guisa, che dopo la sua morte debba restituir l'eredità all'altro. Tralascio, ripeto, cotesta quistione, perchè dovrei troppo dilungar il presente mio ragionamento, senza che alcuno lo richiegga; onde mi restringerò a ragionar soltanto di ciò, che alla causa presente egli è da potersi adattare; lasciando i luoghi comuni, e le tesi generali.

Dico perciò, con buona pace del mio maestro, che in questa disputa, non è egli da stabilire un canone generale, ed illimitato, com'ei fa, il quale si possa, e debba indistintamente adattar a tutte le formole, di cui facciano mai uso i testatori ne i loro testamenti; perchè

(1) Si addita il Cardinal de Luca *discurs. 2. de herede*, Marciano *disputazion. 99.*, e Belloni *de jure accrescendi cap. 7. quistion. 16. nn. 234.*

(XIII)

che il creder ciò , egli è volerne più di quello , che i Scrittori insegnano ; poichè *Marciano* stesso , e l' *Cardinal de Luca* cotanto estolti dal mio dotto avversario , si riportano al *Belloni* medesimo , da essolui giustamente reputato , per discernere quando abbia luogo , e quando no l'anzidetta tesi ; mentre il *Cardinal de Luca* scrive : *Est bene verum , quod ista non est regula necessaria , cum nullibi lex eam expresse statuerit , sed solum presumpitiva , quod S.C. magis communis Doctorum schola id credat. disponentis voluntati magis adaptatum . Et consequenter ubi diversæ voluntatis probatio etiam adminiculativa , seu conjecturalis accedat ,*
CONCORDANT OMNES , UT ISTA ATTENDI ,
ac prevaleri debeat , cum nulla subsistat ratio dubitandi , ut apud eosdem supra allegatos (1) .

Lo stesso *Cardinal de Luca* dunque preso per duce , e scorta dal mio dotto maestro nella sua spiritosa impresa , avvifa , che non sia ella una regola necessaria , ed un fermo , ed inviolabil canone , che un erede istituito nell' usufrutto , ed altri nella proprietà dopo la morte di quello , abbiassi il primo a reputar un semplice legatario , e l' altro vero erede proprietario , anche vivente il primo ; ma per contrario così il rammentato Scrittore , come tutti gli altri distinguono i varj casi , e le differenti maniere da i testatori usate nelle formole delle istituzioni . Il che con sano intendimento vuol dinotare , che allora quando nelle cause , le quali si han per le mani , si scriva , sia egli disdicevole di ricorrer al *commune omnium Sanctorum* ; ma si deve scrivere sul fatto , adattando a questo la leg-

(1) *Cardinal de Luca de herede disc. 2. num. 5. , ed addita Bellone , ed il Marciano .*

legge , ed i Dottori ; e non miga già strecchiar a suo talento il fatto , per appiccarvi poi spiritosamente la legge ; perchè *Alfeno Varo* avvisò : *In causa jus esse positum* (1).

E per non dilungarmi dagli stessi Scrittori addotti dal mio maestro , Io lo prego a meglio riscontrar il *Presidente Belloni* , perchè egli ficuramente rinvenirà , che le parole di cotesto Autore , grave per altro , da essolui trascritte , e troppo enfaticamente nel S. R. C. recitate , ragionano del caso della moglie lasciata legataria dell' usufrutto , e non già istituita erede usufruttuaria , come ravvisasi da quelle parole : *Quia testator qui uxori legat usumfructum , & post ejus mortem instituit extraneum heredem* ; le quali parole , ancorchè dal mio contraddittore si additino per errore dell' Impressore nel numero 134. del cap. 7. della *questione 16.* , si rinvengono però nel numero 236. ; e quindi non è la dottrina di *Belloni* d' adattar al caso degli eredi istituiti , cioè nell' usufrutto uno , e l'altro nella proprietà dopo la morte dell' usufruttuario . Di questo dunque il rammentato Autore ragiona altrove (2) ; ed ivi dopò d' aver egli per molti numeri (3) rapportato i varj casi , da' quali si può conghietturare , che sia l' erede semplice usufruttuario , passa dopo a rammentar l' altre formole usate dal testatore , da cui si vada a rilevar , che cotesto erede debba riputarsi nel tempo stesso proprietario , ed usufruttuario , e perciò egli scrive : *Plane , si ex verbis , aut conjecturis colligere possimus , testatorem habuisse uxorem pro proprietaria*

(1) Nella l. 53. §. in clivo , D. Ad leg. Aquiliam.

(2) Ne parla nel num. 291. , e seguenti dello stesso capo 7. *quist. 10.*

(3) Cioè dall' additato num. 292. sino al num. 397.

vin, tunc sine dubio censetur heres universalis, & per fideicommissum gravata hereditatem ei restituere, qui post ejus mortem vocatus est, secundum opinionem eorum, quos reculimus supra numero 292. quae in his terminis verissima est (1).

Or cotesto valentuomo, tra gli altri casi, ch' egli divisa per discernersi, che 'l primo erede sia tale nell' uso-frutto, e nella proprietà, addita il seguente: *Secundo vero, si testator simpliciter instituat uxorem heredem, & postea faciat mentionem de usufructu, non principaliter, sed per modum causae, puta dicat, instituo uxorem meam heredem, ut quamdiu vixerit utatur fruatur omnibus bonis meis, & post ejus mortem instituat alium; ex hoc autem colligimus eum voluisse uxorem heredem universalem invitare, & gravare, ut post mortem hereditatem instituto restituat, secundum ea, quae ex veterum sententia reculimus supra numero 292, & seqq., quaeque in his terminis sunt verissima (2).*

Fermandomi un tantino su questa tesi, egli è da esaminare, se tutto ciò, che cotesto Scrittore avvisa, e che con innumerevoli autorità, e ragioni conferma, sia adatto al caso, del quale oggi si contende, e per cui il mio dotto contraddittore ha promossa la presente briga. Il nostro testatore dunque, istituendo Orsola sua sorella erede, si spiegò così: *Instituisco, e faccio in mia UNIVERSALE, e GENERALE erede la Sig. Orsola Zaccaria mia amatissima sorella in tutti, e qualsivogliano miei beni stabili, mobili, ori, argenti lavorati, e non lavorati, reggimenti di casa, ogli, vettovaglie, eredità, successioni, escadenze, liti, e cause,*
ed

(1) Belloni nel luogo additato num. 376.

(2) Belloni nel luogo accennato num. 391.

ed altri qualsivogliano miei beni, che dopo mia morte si troveranno, ad esserne signora, e padrona usufruttuaria sua vita perdurante tantum, & non ultra, e alla morte della quale voglio, ordino, e comando, che tutt' i miei beni, ed eredità vadino in beneficio delle Signore Veneranda, e Teresa Zaccaria alle medesime due siffime sorelle aequaliter, & pro aequali parte, & portione, e disporre a loro libero arbitrio (1).

Io prego il mio ragguardevol maestro a riflettere questa formola d' istituzione usata dal nostro testatore, e quello che scrive il Presidente Belloni da lui stesso addotto in sostegno del suo nuovo intraprendimento; ed indi dica con imparzialità, Orsola fu erede usufruttuaria soltanto, e Veneranda, e Teresa eredi proprietarie anche vivente Orsola; ovvero costei fu vera erede proprietaria ed usufruttuaria istituita dal testatore? Se egli vorrà usare la sua solita onestà, non potrà non affermare, che fu quella vera erede proprietaria gravata a restituire il retaggio a sue sorelle dopo sua morte; imperciocchè, non solo, che 'l testatore istituì erede assolutamente sua sorella, ed indi per modum cause dichiarò, che dovea esser usufruttuaria *quandiu vixerit*; ma di vantaggio l' istituì erede universale, e generale; la quale formola d' istituzione non porta seco di essere stata Orsola semplice usufruttuaria, di guisa, che si debba agguagliare ad una legataria, come vuole il mio maestro; ma opra in maniera, ch' ella sia stata erede dell' intero retaggio, e della proprietà, ed usufrutto fin tanto, ch' ella fosse vivuta.

Ed è ciò tanto vero, che 'l testatore volle, che non altri

(1) Fol. 4. a. r.

(XVII)

trimenti tutt' i suoi beni , ed eredità fossero giti ;
 (Vadino) a Veneranda , e Teresa , se non se dopo la
 morte di Orsola erede universale , e generale . Dunque ,
 se tutt' i beni , ed eredità dovevano andare a Veneran-
 da , e Teresa dopo la morte di Orsola erede universa-
 le , e generale ; per necessità deveasi affermare , che co-
 stei fu istituita erede anche nella proprietà , la quale
 non potea dalle sue mani togliersi , se non dopo la
 sua morte ; e conseguentemente dovea ella esser la
 posseditrice della proprietà ; e se dovea ella esserne la
 posseditrice fin tanto , che vivea ; non poteva la stes-
 sa proprietà nel medesimo tempo esser presso di Ve-
 neranda , e di Teresa ; semprecchè non piaccia al mio
 maestro di far seguire una cosa mostruosa , ed alla
 natura contraria ; giacchè , *Contra naturam quippe est ,
 ut cum aliquid ego possideo , tu quoque id tenere videa-
 ris* ; siccome insegnò il Giureconsulto Paolo (1).

Inoltre io supplico il mio dotto avversario a ponderar
 bene quella parola *vadino* , cioè *tutti i miei beni , ed
 eredità vadino in beneficio delle Signore Veneranda , e
 Teresa* (la quale parola , per altro , si è tanto dal
 mio maestro crivellata ad altro uopo , senza che l'
 bisogno l'avesse richiesto) ; poichè scorderà da favio ,
 ch' egli è , ch' essendo quella un verbo comune , e
 non già diretto ; è conseguentemente portando seco una
 sostituzione fedecommessaria ; dinota perciò , che Orsola
 fu vera proprietaria erede ; ma gravata a restituir dopo
 la sua morte . Così appunto avvifa lo stesso Gian-Anto-
 nio Belloni , cotanto famigliare al mio dotto oppositore :
*Secundo , dic' egli , procedit , non solum , si testator
 usus*

C

(1) Nella leg. Possideri 3. §. ex contrario D. de acquirenda , vel amit-
 tenda possessione .

usus sit verbo, substituo, sed etiam quolibet alio communi verbo, puta dixeris, & post uxoris mortem volo bona PERVENIRE ad Filium; nam quia verba communia sui propria significatione denotant substitutionem etiam fideicommissariam, ut ostendimus in hoc cap. question. 3. num. 67.; ideo Titius per ea vocatus, non intelligitur in iis bonis institutus, sed per fideicommissum substitutus, eaque ratione censetur uxor in tota hereditate instituta, & fideicommissio gravata, secundum ea, qua supra diximus, quaeque in his terminis & receptissima sunt, & verissima (1).

Tutto ciò io ho rapportato per divisare, che gli stessi Scrittori addotti dal mio savio contraddittore gli son contrarij, quantunque volte non le massime generali ch' essi stabiliscono, ma si legga ciò, che per i casi particolari, e specialmente quello, che al nostro proposito si adatta, essi rapportano. Del rimanente essendosi già ravvisato, che il nostro testatore non abbia altro preteso fare con quella formola d' istituzione, se non se gravare *Qrsola* sua erede a restituire il retaggio dopo sua morte a *Veneranda*, e *Teresa*; si scorge già, che anche molto adatto al caso nostro sia il risponso di *Sevola*, in cui propone egli il caso, che'l testatore avea legato alcuni vasi, o altri pezzi di oro e d'argento a *Seja*; a cui avea lasciato l'usufrutto pel tempo, che fosse vissuta; dopo di che avesse quelli restituiti a i figli delle serve di esso testatore. A cotesta dubitazione e quesito risponde il Giureconsulto, che *Seja* non era miga già semplice usufruttuaria, ma vera proprietaria; onde avvisò così: *Species auri, & argenti Seja legavit, & ab ea petiit in hac verba, a*

te,

(1) Belloni ivi stesso num. 440,

(XIX)

te, *Seja*, peto, ut quicquid tibi ~~speditur~~ in ~~oro~~ argento legavi, id, cum morieris reddas, restituas illi, & illi venis meis, quarum rerum ususfructus, dum vires, tibi sufficiet. *Quaeritur est, an ususfructus argenti, & auri solus legataria debeat? Respondi, futurum verba, quae proponerentur, proprietatem legatam, addito onere fideicommissi (1).*

Or in questo caso il testatore prima legato aveva a *Seja* i vasi d'oro, e d'argento, e dopo aveale imposto, che avesse quelli in tempo di sua morte restituiti a i figli delle serve, con doverne *Seja* esser usufruttuaria nel mentre fosse vivuta. Nel caso nostro il testatore prima istituisce erede universale, e generale *Orsola* in tutto il suo retaggio, con doverne esser signora, padrona, ed usufruttuaria sua vita perdurante; dopo la morte di cui doveva il retaggio andare *illi, & illi*, cioè a *Veneranda, e Teresa*. Nel caso di *Seja*, *Scévola* risponde, ch'ella era non solo usufruttuaria, ma ben anche proprietaria. Nel caso nostro il dotto mio maestro coraggiosamente decide, che *Orsola* sia una misera usufruttuaria. Or a chi di cotesti due Giureconsulti debesi credere? E qual risponso mai de' due egli è da seguitare? Se vogliasi ricorrere alla storia legale, in questo caso, perchè *Cerbidio Scévola* fu *Subiniano*, e non *Procoliano*, siccome a suo tempo proprio di visero; perciò essendo molto in grazia i *Sabiniani* al mio avveduto contraddittore, debesi quello che *Scévola* risponde seguitare; e non miga quello, che come contrario al fatto, che viene in contesa, vuole il savio mio maestro dar a dividere.

Io per maggiormente divisare, qual ella sia la forza

(1) L. *Species* 16. D. de auro, & argento legatos

di quella parola *Vadino*, per via meglio sincerar il dotto mio avversario, intorno al doverli reputar gravato *Orsola* a restituir il retaggio a *Veneranda*, e *Teresa*; dovrei ragionare dell' indole delle parole dirette, o civili, e delle precarie, e comuni; ma per non annojare viepiù il S. R. C.; prego il mio savio oppositore a rammentarsi di ciò, ch' egli molto meglio di me ha nel dottissimo, ed eruditissimo *Claudio Chifflexio* letto, ed osservato (1).

Oltrechè allora quando sia stato uom istituito erede nell' usufrutto, non devesi francamente decider, ch' egli sia soltanto usufruttuario, ed altri proprietario; ma è mai sempre da indagare, ed investigar la volontà del testatore; poichè insegna il dotto *Gian-Giacomo Vissenbachio*, dichiarando il suddetto risponso di *Scevola*: *Sub nomine ususfructus proprietas legata censetur, conjectura voluntatis* (2).

Molto più cotesto principio invariabilmente rinviene luogo, quando, siccome sopra ho divisato, e come nel caso nostro addiviene, prima s'istituisca alcun erede nel fondo, o nell'intero retaggio, ed indi si faccia menzione dell' usufrutto; così appunto, tra gli altri, avvertisce il chiarissimo *Benedetto Carpzovio*: *Communiter tamen eo inclinans, legata primo re ipsa, et submensis postea demum verbis quibusdam ususfructum denotantibus, veluti quando legatur fundus ad utendum fruendum; non tam ususfructum, quam proprietatem ipsam legatam censeri* (3).

Io

(1) *Claudio Chifflexio de substitutionibus cap. 8. de verbis directis, et precariis.*

(2) *Vissenbachio nel lib. 7. delle Pandette, disputazione 39. tesi 2.*

(3) *Carpzovio nella Giurisprudenza forense part. 3. costituzione 13. de finizione 9. num. 1. 2. e 3.*

(XXI)

Io tralascio di rammentar ciò , che a questo proposito avvertiscono il Covarruvia , il Facchineo ; il Castillo, ed altri (1), perchè sarebbe lo stesso, che ristuccar il S. R. C., ed lo consumar carta, la quale è molto più preziosa, che non è ciò, che dovrei dire. Quindi dò compimento a questo primo capo, col conchiudere, che Orsola fu vera erede proprietaria, ed usufruttuaria; e Veneranda, e Teresa non altrimenti esserlo doveano, se non dopo la morte di quella. Ond'è, ch'essendo Orsola erede premorta al testatore, farebbe il testamento divenuto in causa di caduco, e dovrebbesi la successione tramandare *præter tabulas*, ed intestata, sempre quando non vi fossero tra mezzo le sostituzioni, di cui Io nel seguente capo ragionerò.

C A P O II.

Si dimostra di essersi verificata la sostituzione fatta dal testatore D. Francesco Zaccaria a pro' di D. Pasquale, e D. Serafino Elmi figli di Veneranda; e perciò non son adatti, ma impropri i termini di trasmissione, e di diritto di accrescere in questa causa; e si divisano gli sbagli, in cui si è incorso col favellar della storia legale.

PRima, che Io incominci a ragionar sulla tesi proposta in questo capo, egli è mestieri, che tragga qui

(1) Covarruvia *lib. 2. variar. resolut. cap. 2. num. 5.*, Facchineo *lib. 4. controvers. 16.*, Castillo *de usufruct. cap. 8. num. 23.*

quasi, come luogo proprio, ed oppotuno; un ~~colui~~ ^{colui} guente, che surge da ciò, che ho conchiuso nell' antecedente capo; cioè, ch' essendo *Orsola* stata istituita vera erede nell' intero retaggio dal testatore *D. Francesco Zaccaria*; deriva quindi, ch' essendo ella premorta allo stesso testatore, senza ch'egli abbia la sua disposizione testamentaria punto corretta, nè mutata; l'eredità è divenuta in causa di caduco, o vogliamo dire simigliante al caduco; e perciò deesi dare la successione a coloro, i quali *præter tabulas* dalla legge son chiamati. Coloro, i quali son oggi legittimi eredi del fu *D. Francesco Zaccaria* sono *D. Teresa* sua sorella per una metà, e *D. Pasquale*, e *D. Serafina Elmo* suoi nipoti per altra sorella *Veneranda* premorta per altra metà, siccome fu dall' Imperador *Giustiniano* prescritto, ed ordinato (1).

Che dovebbesi dir divenuto il retaggio in causa di caduco, per esser l'erede al testatore premorta, egli è troppo sicuro, secondochè dalla legge *Papia Poppea caducaria*, e dall' Imperador *Giustiniano* fu imposto (2). Ma perchè, siccome per la legge *caducaria*, il retaggio si atteneva al Fisco; e dopo per beneficio di *Giustiniano* si acquista agli eredi legittimi, semprechè il testatore di bel nuovo del suo retaggio non disponga; quindi non avendo *D. Francesco Zaccaria* fatta altra disposizione; la sua eredità, come quasi *caducata*, a i suddetti legittimi eredi per forza della legge si è tramandata.

Questo indubitato conseguente da feno n' addiverrebbe, quan-

(1) Nella novella 118. §. *si autem defuncto*.

(2) Nella *leg. unica* §. *¶ cum triplici*, §. *Pro secundo*, & §. *Quod si in medio*, *Cod. de caducis tollendis*.

(XXIII)

quantunque volte si volesse disputar sulla tesi dal mio dotto contraddittore nella prima parte del suo ragionamento premessa; cioè, chi sia stata l'erede proprietaria, se *Orsola*, ovvero *Veneranda*, e *Teresa*? e non mica già ne seguirebbero quelle sue tante conseguenze, le quali vengono come nuovi risponsi di *Scevola*, o di *Papiniano* esagerate.

Per sottrarsi dunque il mio savio maestro da cotesto argomento, gli è mestieri, che ricorra egli alla sostituzione fatta dal testatore nel suo testamento, là dove avendo ordinato, che dopo la morte di *Orsola* fosse già l'eredità a *Veneranda*, e *Teresa*; ne siegue quindi, che furono queste a colei sostituite. Così per verità egli il mio chiarissimo avversario disse nella seconda parte del suo ragionare; ma soggiunse, ch'essendo *Veneranda* sostituta premorta ad *Orsola* erede istituita; ne addiviene quindi, che anche l'intero retaggio debbasi a *Teresa* per ragion del diritto di accrescere; imperciocchè essendo una delle due sostituite premorta all'erede; la porzione della premorta si acquista, e si accresce all'altra sostituta vivente; senza che possa l'erede premorta tramandar, e trasmettere al suo erede la porzione, in cui era stata sostituita; perchè *hereditas non adita, non transmittitur*, allorchè il caso addivenga in erede straneo.

A dir vero così addiverrebbe, se però la sostituzione fosse stata fatta nelle sole persone di *Veneranda*, e *Teresa*; ma perchè il testatore prevede ancora il caso, che coteste due sostitute non potessero esser eredi di *Orsola*, col premorir alla medesima; quindi soggiunse: *Item voglio, ordino, e comando, che premorrendo le sudette Signore Veneranda, e Teresa alla detta Signora Orsola mia universale, e generale erede,*
in

in tal caso, dopo la morte della predetta Signora Orsola, da oggi nomino, e sostituisco in miei universali, e particolari eredi li figli mascoli solamente, escludendo le femine, delle predette mie Signore sorelle Veneranda, e Teresa, equaliter, e pro equali parte, e porzione, cioè per metà li figli mascoli della sudetta Signora Veneranda, e per l'altra metà li figli mascoli di detta Signora Teresa.

Da coteste parole dunque si ravvisa, che'l testatore sostituì i figli di Veneranda, e di Teresa, quantunque volte esse ad Orsola fossero premorte. Or essendo addivenuto, che Veneranda premorì ad Orsola; si verificò intanto il caso della sostituzione de' figli di Veneranda, i quali perciò, siccome impediscono ogni diritto di accrescere a favore di Teresa, così non hanno mestieri di trasmissione veruna da farsi a loro per mezzo della persona di loro madre; essendo già essi stati spezialmente eredi costituiti; poichè la sostituzione per sua propria indole impedisce il diritto di accrescere, e qualunque *caducazione* del retaggio. Ed affinchè possa io ad imitazione del mio dotto maestro (avendomi proposto di seguir sempre le sue orme) valermi della vera *storia legale*, per dichiarar con i suoi principj l'anzidetta mia asserzione; brevemente dirò alcuna cosa del diritto di accrescere, delle sostituzioni, e della *legge caducaria*.

Il diritto di accrescere fu antichissimo nella Romana Giurisprudenza, e fu usato anche molto tempo prima della *legge caducaria Papia Poppea*; e comechè di esso le *leggi delle XII. Tavole* non avessero parlato; non è però, che dopo di esse non si fosse da i primi Giureconsulti nel foro Romano quello introdotto.

La

(XXV)

La cagione della sua introduzione fu la legge delle stesse XII. Tavole ; imperciocchè colla quinta Tavola di esse , secondo l'ordine datole dal dottissimo Jacopo Gotofredi (1) , fu provveduto alle successioni testate, ed a quelle di coloro, i quali senza testamento fossero morti.

Dopo di cotesta legge addiveniva sovente ; che alcuno facendo testamento , disponeva di parte del suo retaggio , e di altra non facevane menzione veruna . Per contrario la legge delle XII. Tavole soltanto aveva ragionato di coloro , i quali , o per intero disponevano del loro patrimonio ; o che senza disposizione veruna essi morivano ; onde in tal caso non preveduto , nè deciso dalla legge , non sapevasi cosa mai era a farsi ; imperciocchè , non poteasi dividere il retaggio , e dare ciò , di che erasi nel testamento disposto all'erede in esso istituito ; e quello , di che non erasi disposto , all'erede intestato e legittimo ; perchè si reputava da i Romani cosa intollerabile , e mostruosa , che un cittadino , pagano fosse nel tempo stesso morto testato , ed intestato , come avvisò Cicerone , allorchè disse : *Unius pecunia plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt : nec unquam factum , ut ejusdem alius testamento , alius , lege heres esset.* (2) : Onde addivenne , che nel diritto Romano fu tutto ciò registrato per fermo canone ; e regola inalterabile , siccome si ha dalle regole di Sabino , secondochè ce ne reca testimonianza Pomponio , o sia Ulpiano , il quale notò : *Jus nostrum non patitur eundem in paganis & testatum ,*

D

(1) Vedi Jacopo Gotofredi. ne i frammenti delle leggi delle XII. Tavole , Tavola 5. capo 1. e 2.
(2) Cicerone De Inventione.

Et intestatarum deceffisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, ut testatus, Et intestatus quis sit (1).
 Quindi per evitar cotesta repugnanza, o mostruosità, pensarono i Giureconsulti di ricorrere alla interpretazione della volontà del defunto; e perciò quantunque volte il testatore disponeva di porzione del suo retaggio, e dell'altra nò; allora i Giureconsulti per isfuggire quella tanto abborrita successione testata, ed intestata nello stesso tempo, reputavano, che'l testatore cittadino Romano pagano, a cui poteva, o dovea esser noto cotal abborrimento, e divieto della legge, non avesse giammai immaginato di morir testato, ed intestato nel medesimo tempo; ma che la sua volontà fosse stata, che a colui stesso, a cui lasciata egli avea porzione del suo retaggio, si fosse il rimanente ancora somministrato; e perciò essi permettevano, e consigliavano, che se gli fosse quel restante aggiunto, ed accresciuto; onde poi furse per questa cagione il diritto di accrescere. Ecco come avvifa, non già il tanto decantato Belloni, ma il chiarissimo Jacopo Gotofredi. *In nullo ipso, ipsaque juris potestate, nemo in paganis bonis testatus, Et intestatus decedere potest: nam ut maxime pro parte bonorum meorum heredem instituero, at tamen tota hereditas ad institutum pertinet, sic ut tacite in universo institutus intelligatur. Unde Et jus accrescendi enatum quoque est, causa testati trahente ad se causam intestati* (2).
 Se poi addiveniva, che 'l testatore, disponendo dell'in-
 tero

(1) Pomponio lib. 3. ad regul. Sabini, o sia l. Jus nostrum 7. D. de Regulis juris.

(2) Gotofredi *Regularum Sabianarum* part. 2., regul. 7., o sia la l. Jus nostrum 7., vers. sed ad veram, nell'opere minori, pag. 758. edizione di Leiden 1733.

tero suo retaggio, istituiva due, o più eredi, e di costoro alcuni *adverso* l' eredità, ed altri no, perchè ~~potessero~~ la rifiutavano, o perchè altrimenti eran impediti a farlo; allora, se i coeredi eran tra di loro congiunti, la porzione la quale *cadabat*, e che non era *adans*, si accredeva al coerede congiunto per una ~~detestata~~ volontà del defunto, che credevasi di aver voluto, che la porzione, la quale rimaneva senza *adizione*, si fosse al congiunto coerede addetta, ed accresciuta. Ma quantunque volte i coeredi congiunti non erano, allora si dava ancora il diritto di accrescere per altro principio, il qual era tratto dal divieto delle due successioni testata, ed intestata; siccome l' eruditissimo Francesco Balduino avvertisce: *Constat jus accrescendi fuisse antiquius lege Papia: neque tamen descendere illud puro ex lege XII. Tabularum, sed potius ex jure civili, & disputatione fori; & quidem esse receptum partim propter conjecturam voluntatis, partim propter quemdam juris rationem. Si esset conjunctus coheres, tacite videbatur testator illi tribuere voluisse alterius partem deficiente. Sed etsi conjunctus alioquin non fuisset, tamen jus accrescendi habebat potestate juris, ut ait Ulpianus in l. 13. §. 3. D. Hereditibus instituendis. (1)*

Io veramente non intendo qual tesser una storia così noiosa del diritto di accrescere, che avesse a divenire storia dolorosa, e perciò mi rimetto agli anzidetti due gran lumi della Giurisprudenza Romana, ed al Duareno, ad Emundo Merillio, ed all' accuratissimo,
 D 2. e chia.

(1) Francesco Balduino *de lege Papia Poppea* in tom. 1. *jurisprudencia Romana & Attica* fol. 219. *vers. si una aut altera.*

e chiarissimo *Einicio*. (1).

Se antichissimo fu nella Romana Giurisprudenza il diritto di accrescere; molto più antiche ancora furono le sostituzioni, e specialmente la *vulgare*, la quale discende dalle leggi stesse delle XII. Tavole. Furono esse introdotte, e stabilite, acciò mai sempre ferme, ed illibate restassero le volontà de' testatori (2); e quindi Appiano Alessandrino scrive: *Solent Romani alteros heredes adscribere, si forte contingat, priores hereditatem non adire* (3). Onde si ravvisa, che se il diritto di accrescere surse o dalla creduta volontà del defunto; ovvero dall' abborrita mostruosità delle due successioni testata, ed intestata nel tempo stesso; le sostituzioni però, per la libertà dalla legge delle XII. Tavole data al testatore di disporre di sua roba a suo talento (4), derivano dalla espressa, e tal volta anche dalla sotto intesa volontà del testatore, la qual esige, e richiede, che ciò ch' ha egli ordinato, inalterabilmente si esegua, e si mandi in effetto.

E quindi ciascheduno da se stesso scorge di quanta forza maggiore elle sieno le sostituzioni, che non è il diritto di accrescere; poichè questo è stato da i Giurefulti inventato per una interpretazione, ed intendimento delle volontà de' testatori; e per l'opposito le sostituzioni furono da' testatori medesimi manifestamente

(1) Duareno *de jure accrescendi*, Emundo Merillio *Obscurorum, sive de jure accrescendi liber singularis cap. 1.*, Einicio *Ad legem Juliam & Papiam lib. 3. cap. 3. ad caput 2. legis.*

(2) Vedi Claudio Chifflezio *de substitutionibus cap. 1. 2.*, e 10.

(3) Appiano Alessandrino *de bello civili lib. 11. pag. 843.*

(4) *Paterfamilias uti legasset super pecunia tutelae sua rei, ita jus esto.* Vedi questo capo delle leg. delle XII. Tavole presso Godefroi Tavola V. cap. 1. e Pomponio nella l. 120. D. *de verbor. significat.*

amente imposte , ed ordinate . Questo appunto vol-
 le dichiarar Ulpiano , allorchè scrisse : *Si duo sint be-
 nedes instituti ; primus , & secundus ; & secundo tertius
 substitutus ; omittente secundo bonorum possessionem , ter-
 tius succedit . Quod si tertius noluerit hereditatem adi-
 cere , vel bonorum possessionem accipere ; recidit bonorum
 possessio ad primum ; nec erit ei necesse petere bonorum
 possessionem , sed ipso jure ei accrescet (1) .*

Questo stesso prescrisse Giustiniano in più sue costituzio-
 ni (2) ; e quindi l' eruditissimo Duareno insegnò : *Ex
 his , quæ jam dicta sunt de testatoris voluntate , illud
 consequitur , quod vulgo receptum , & ab omnibus proba-
 tum est , eum qui substitutus est uni ex coheredibus , al-
 teri coheredi præferendum esse ; nec aliter partem defi-
 cientem accrescere coheredi , quam si substitutus omise-
 rit . Idque præter varias constitutiones Justiniani codicis ,
 de caducis tollendis , & Novellam de heredibus , & fal-
 cidia , Ulpianus cap. 2. de bonor. possessione secundum
 tabulas aperite ostendit Nec multum referre puta
 expressa ne sit a testatore substitutio , an ex certis , aut
 probabilibus conjecturis appareat , testatorem substituere
 voluisse , l. ult. ubi nota , Cod. de heredib. instituend.
 Nam jus accrescendi ex lege magis , quam ex testatoris
 voluntate oritur , ut diximus cap. 1. lib. 1. (3) .*

Non altrimenti avvisò Emundo Merillio , il quale rama-
 mentando le varie differenze , le quali sono tra 'l di-
 ritto di accrescere , e le sostituzioni , scrive : *Tertia
 differentia est , quod jus accrescendi sit jus tacitum ;
 substitutus vero admittitur ex voluntate expressa testato-
 ris .*

- (1) Nella l. 2. §. si duo D. de bonor. possession. secundum Tabulas .
- (2) L. unica §. Quod si in medio Cod. de caducis tollendis . Novella 1.
 §. si vero institutio , De heredibus & Falcidia .
- (3) Francesco Duareno de jure accrescendi lib. 2. cap. 16.

ris . Propterea substitutio semper potior est jure accrescendi, & substitutus conjuncto praefertur (1).

Si ravvisa dunque da ciò, che finora ho Io accennato, che il diritto di accrescere non mai potea rinvenir luogo veruno nelle successioni, sempre quando erano queste regolate, e dirette, o voglia dirsi, concepute da i testatori colle sostituzioni; di guisachè, siccome quando il testatore istituiva due, o più coeredi, la porzione di colui, il quale non poteva, o ricufava di *adire*, si accresceva agli altri; così allorchè a costui, che non poteva, o non voleva *adire*, era altri sostituito; non davasi in tal caso luogo al diritto di accrescere; ma soltanto il sostituto la sua porzione per espressa, ed anche per sotto intesa volontà del testatore conseguiva.

Se le sostituzioni ebbero maggior vigore, che 'l diritto di accrescere nella Romana Giurisprudenza prima della legge *caducaria Papia Poppea*; molto più lo conseguirono dalla pubblicazione di questa fino a tanto, che fu essa da *Giustiniano* abolita, e l'antico, e primiero diritto nelle successioni richiamato, e restituito (2); e quindi a ben intendere la forza, e l'indole del diritto di accrescere; e 'l vigore, e la potenza delle sostituzioni, abbisogna distinguere tre epoche di tempo nel diritto Romano, siccome avvertisce il mentovato chiarissimo *Merillio* (3); e meglio, e più largamente di ogni altri l'incomparabil *Emecio* (4); cioè il tempo dalle leggi delle *XII. Tavole* fino alla pubblicazione

(1) *Emundo Merillio de jure accrescendi cap. 4.*

(2) *Colla l. unic. Cod. de caducis tollend.*

(3) *Nel luogo additato cap. 2.*

(4) *Commentarium ad leg. Juliam, & Papiam Poppeam lib. 3. cap. 1. e seguenti.*

nione della legge caducaria Papia Poppa; l'altro da questa fino a Giustiniano; e dalla costituzione di cotesto Augusto in poi.

Io non intendo entrar nella storia di cotesta legge, perchè ad altro uopo ne dissi alcuna cosa; soltanto dico, che siccome il diritto di accrescere, e molto più le sostituzioni furono antichissime nella Giurisprudenza Romana; così la legge Papia, non prima fu data fuori, se non fe nel sesto consolato di Ottaviano Augusto, dopo estinto il Triunvirato (1), e propriamente nell'anno 762. dall'edificazione di Roma, essendo Consoli Papio Murilo, e Quinto Poppeo. Secondò per altro Ottaviano Augusto quel tanto, che prima avea incominciato Giulio Cesare per ristabilir l'erario impoverito a segno, che gli stessi Senatori furono costretti a contribuire quattro oboli per ciascheduna tegola delle loro case, per sostener le guerre civili, le quali finalmente feron crollare la libertà Romana (2).

Tra gli altri capi contenuti nella legge caducaria vi fu il seguente: *Si vivo testatore post testamentum conditum heres, legatariusve decedat, conditiove deficiat, relictum in causam caduci, & quasi caducum Populo defertor* (3).

Or siccome cotesto capo per lo più distrusse il diritto di accrescere, a riferba di alcuni casi (4); così per contrario le sostituzioni, dalla pubblicazione di cotesta legge in poi, maggiormente furono dai cittadini Romani po-

(1) Tacito lib. 3. Annalium cap. 25. e 28. Vedi in questo luogo il Freinsenio, il Gronovio, ed altri.
(2) Dion Cassio lib. 46. cap. 31.
(3) Vedi Jacopo Gotofredi nell'opere minori nel cap. 30. di questa legge; ed Einesio lib. 3. cap. 1. nel capo 48. della legge Papia.
(4) Vedi Merillio nel luogo additato cap. 3., ed Einesio lib. 3. cap. 5. al capo 4. della legge Papia de causa caduci.

posse in uso, e frequentate; e da i **Clarecentati** (a i quali odiosa, ed invida quella legge era stata) con ogni vigore ampliate, e sostenute; procurando per mezzo di esse di sfuggire, e deluder le *caducazioni* de' testamenti, e dell' eredità, come lo stesso **Giustiniano** attesta (1); onde saviamente scrive l' **Einccio**: *Via enim illa, quibus legom caducaria cludere solebant veteres, ad substitutiones pertinent* (2).

Sicchè, se non ostante qual capo della *legge caducaria*, pure le sostituzioni il loro compimento conseguivano, ed i sostituti i retaggi ricevevano, comechè l'erede istituito, fosse al testatore premorto; così, dopo di aver **Giustiniano** l'antico diritto alle successioni restituito, togliendo da mezzo, ed abolendo la *legge caducaria*; in nulla le sostituzioni rimasero tocche, nè la loro efficacia diminuita; ma anzi viameglio esse ne' testamenti, ne' legati, e nelle donazioni *causa mortis* furono messe in uso, e praticate; onde scrive l'eruditissimo **Claudio Cbiffezio**: *Porro ante caduca sublata, & quo tempora. Ica Papia vigebar, magnus erat substitutionem usus, ne videlicet destruerentur testamenta, herede instituto non capiente, l. unica in principio, Cod. de caduc. tollend. Ideoque non in hereditate tantum, sed legatis, & mortis causa donationibus substitutiones fiebant, ut postea dicemus. A substitutione enim incipiebat testamentum, argumento legis si is qui 57. D. de heredib. instituendis; & hereditas in secundo gradu versabatur, non in primo, l. non putavit 8. §. a primo 5. D. de Bonorum possession. contra tabulas. Sed quantumvis caducis a Justiniano sublatis, nihilominus enim adhuc substitutionum usus*

(1) *L. unica in principio Cod. de caducis tollend.*

(2) *Einccio lib. 3. cap. 2. num. 4.*

usus fuit, in conservandis defunctorum voluntatibus, alias saepe interituris (1).

Da questa storica-legale narrazione dunque, che l'indotto contraddittore fa meglio di me, troppo chiaramente si scorge, ove sia stato dirizzato il mio ragionare; mentre avendo Io divisato, che l'indotto di accrescere rinvenga luogo soltanto, quando alcuna porzione del retaggio cada, e legalmente non fossista (2); e che per contrario quando l'testatore abbia al suo, o a' suoi eredi, che premuoiano, altri sostituito, svanisca il diritto di accrescere, perchè la sostituzione contiene efficacia tale, che fa cessare qualunque diritto di trasmissione, e di accrescere; surge quindi legittimo, e fermissimo conseguente, che avendo il nostro testatore Francesco Zaccaria istituito erede Orsola sua prima forella, ed alla medesima sostituite Veneranda, e Teresa; ed essendo quegli anche passato più oltre a sostituire a coteste i loro figli maschi, in ogni evento, ch'esse fossero premorte ad Orsola prima erede; non sono più d'adattare i termini della declamata trasmissione, e molto meno quei del diritto di accrescere. E perciò si scorge, che colla maggior improprietà, e contro alla vera storia legale, si vuol far entrare in nostra bucata anche quei panni lini, i quali debbonsi per altro uopo, e per altro uso riporre, e fissare.

Ed affinchè, oltre di ciò, che ho avvisato, maggiormente Io confermi la mia asserzione, e con essa il buon diritto de' figli di Veneranda premorta, ecco come

E me

(1) Claudio Chizzio de substitutionibus cap. 2.
(2) Così spiega la caducazione il dottissimo Eneacio nel commentario della legge Papia lib. 3. cap. 3. num. 1.

me scrive il dottissimo Francesco Balduino : *Si quis uni ex duobus heredibus substitutus sit, IS PRÆFERRI COHEREDI DEBET. Jus enim substitutionis potius est juri accrescendi, atque etiam conjunctionis jure. Nam illi manifesta testatoris voluntas aperte suffragatur (1).* Ed in altro luogo anche insegna : *Sed & jus substitutionis potius est, & transmissionis jure, & jure accrescendi, & successorio edicto; potestque, & ab intestato locum habere. Si substitutio non sit, accretioni locus est (2).*

La ragione di tutto ciò ella è, perchè quando premuoja l'erede al testatore, il testamento resta fermo, e riceve il suo incominciamento dalla sostituzione; e qualora addivenga, che anche il sostituto premuoja, se vi sia il secondo, o terzo sostituto, sempre si dà principio al testamento dal sostituto, il quale sopravviva. Costo canone del diritto Romano ce lo tramandò la scuola di Sabino cotanta diletta dal mio eruditissimo avversario, Papiniano dunque (il quale fu di questa scuola, e non già di quella di Procolo, come quindi a poco diviserò) scrisse : *Si filius substituat eum, a quo præteritus est; non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam, & quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus (3).*

Il Giureconsulto Ulpiano anche avvisò : *Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium præteriret; a secundo solo exheredaret; Sabinus, & Cassius, & Julianus, putant, perempto primo gradu, testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius ex-*
here-

- (1) Francesco Balduino *catechesis juris civilis de substitutionibus*. pag. 705. tom. 1. *Jurisprudentiæ Romanæ & Acticæ*.
 (2) *Idem*, *de hereditatibus intestatorum*. pag. 717.
 (3) Nella l. 75. *D. de heredibus instituend.*

accrettere tramanda la porzion ereditaria all'altro coerede (1).

La massima a dir vero è troppo costante, e da non porsi in dubbio; ma il fatto nel caso nostro non regge, e che sia così, io lo dimostrerò.

Il nostro testatore, dopo di aver istituita Orsola sua erede, ed a costei sostituita, come ho divisato nel primo capo, Veneranda, e Teresa, soggiunte. Item voglio, ordino, e comando, che premorendono le sudette Signore Veneranda e Teresa alla detta Signora Orsola mia universale, e generale erede, in tal caso dopo la morte della predetta Signora Orsola, da oggi nomino, e sostituisco in miei universali, e particolari eredi li figli maschi solamente, escludendo le femmine, delle predette mie signore sorelle Veneranda, e Teresa, aequaliter, & pro aquali parte, & porzione; cioè per la metà li figli maschi della sudetta signora Veneranda, e per l'altra metà li figli maschi della sudetta signora Teresa, ad esserne li medesimi veri Signori, e padroni, e disporre a loro libero arbitrio, perchè tale è mia volontà.

Si bingua il mio dotto avverfario d'inferire da questa formola di sostituzione, e specialmente dalla parola premorendono, più volte da lui ripetuta, e messa in nota con caratteri grandi, che doveano Veneranda e Teresa ambedue ad Orsola premorire, per avverarsi la sostituzione; ma essendo soltanto Veneranda premorta, e Teresa vivente rimasa; non fiasi perciò la condizione verificata; e quindi in esclusione de figli

(1) L. 30. D. de vulgar. & pupillar. substit. l. quamvis Cod. de Impuberum, & aliis substitut., Duavenus de jur. accrescendi lib. 2. cap. 16. aliq.

(XXXVII)

gli di *Veneranda* sostituti, debbasi la porzione di co-
stei a *Teresa* accrescere, ed accumulare.

Con buona pace del mio dotto avversario, non abbi-
sognava cotanto fondarsi su di quella parola, *premo-
rendono*; poichè se quel Notajo, che 'l testamento
scrive, avesse mai a suoi di favella italiana appreso,
avrebbe apparato ancora, che la stessa forza, e signi-
ficazione ha il *premorendono*, che 'l *premorendo*, sem-
prechè questa ultima parola col numero del più si
accozzi ed unifca; e saputo avrebbe ancora, che quel
premorendono, come indegno da usarsi da chi appena
abbia favella italiana appreso; soltanto si rinviene in
bocca di chi parla, e scrive senza sintassi, e come
parlar e scriver potrebbe alcuno Scita, il quale per
poca pezza tra gl' Italiani avesse conversato.

Ma o che *premorendono*, o che *premorendo* abbia il te-
statore detto, non perciò quindi furge, che avendo co-
stitui concepita la sostituzione nel caso, che *Veneranda*, e
Teresa fossero premorte ad *Orsola*; doveano ambedue
premorire, per poterli la sostituzione eseguire. La
Romana Giurisprudenza ci fa sapere, che sovente il
favellar nel numero del più, egli è da intendere di
guisa, come se il testatore avesse detto: *premorendo*
Veneranda sostituisco i suoi figli; e *premorendo* *Teresa*
i suoi figli io sostituisco. Ed ancorchè questo sia uni-
sono non solo alla mente del testatore; ma anche
al comun senso di ragionare; pure io voglio addurvi
l' autorità della legge. Il Giureconsulto *Paolo*, par-
lando appunto della condizione apposta nel numero
del più, avvertisce, ch' ella dee intendersi, come se
si fosse dichiarata nel numero del meno; ecco le sue
parole: *Quid ergo si quis ita scripserit, Sticum, &*
Pamphilum Titio do lego si mei erunt cum moriar,

Et unum ex his alienaverit ; an vel alter possit a legatario vendicari? Et placet vendicari. Nam hunc sermonem (licet pluralis sit) pro eo oportet accipi, atque si separatim dixisset, Stichum si meus erit cum moriar. Pamphilum si meus erit cum moriar (1).

Ma nel proprio caso nostro il Giureconsulto *Papiniano* ci somministra una sua decisione contenuta ne i suoi risponsi . Fu a lui proposto un dubbio della seguente maniera . Un padre avendo due figli , ed una nipote di altro suo figlio chiamata *Claudia* , o *Clodia* , come vuole il *Duareno* , nel suo testamento impose , che se alcun de' suoi figli premorisse all' altro senza figli , la sua porzione si dovesse restituire all' altro vivente . E nel caso , che l' uno , e l' altro morisse senza figli , l' intero suo retaggio fosse spettato a *Clodia* . Addivenne il caso , che morì un di essi , lasciando di se un figlio ; indi morì l' altro senza figli . Chiese *Clodia* la metà del retaggio spettato all' ultimo defunto senza figli . Si oppose , che non aveva ella diritto a domandarla , perchè il testatore avea chiamata *Clodia* alla successione , allorchè l' uno e l' altro suoi figli fossero morti senza figli ; essendo adunque morto il primo con figli , e l' altro no ; non doveasi perciò a *Clodia* cosa veruna ; perchè non si era la condizione avverata . Nulladimeno *Papiniano* rispose , che doveasi a *Clodia* la porzione del defunto senza figli ; poichè in questi casi doveasi ricorrere alla volontà del testatore , il quale sembrava di aver voluto , che se le fosse data la porzione di colui solo , il quale senza figli fosse morto ; e perciò rispose così : *Cum ita fuerit scriptum , fidei filiorum meorum committo ,*

(1) Nella *leg. Falsa demonstratio* , §. si quis D. de condit. & demonstr.

(XXXIX)

ut si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstitem fratri restituat; quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo: defuncto altero, superstate filio; novissimo autem sine liberis; Nepris prima quidem facie, propter conditionis verba admitti non videbatur; sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat; absurdum esse respondi, cessante prima substitutione, partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit avus, si novissimus fratris quoque portionem suscepisset (1).

Ed ecco, che non ostante, che la condizione della morte senza figli si fosse richiesta in ambedue eredi; pure per esserli quella adempiuta in un solo, volle Papiniano, che a Clodia nipote la porzione del defunto si fosse data. E quindi è, che nel caso nostro, comechè si fosse detto, che premorendo Veneranda, e Teresa, si sostituivano i loro figli; pure, essendo soltanto premorta Veneranda; i suoi figli sostituiti debbono la sua porzione conseguire; perchè ognuno di sano, e chiaro discernimento fornito ravvisa, che il testatore volle, che chiunque delle due sue sorelle fosse ad Orsola premorta, i suoi figli fossero a lui succeduti.

Ed è ciò tanto vero, che se il testatore avesse voluto, premorendo una soltanto di sua sorella, non fossero i suoi figli succeduti, non faceva mestieri di sostituire i figli; perchè allora per disposizione di ragione la parte della premorta si farebbe accresciuta alla vivente; ond'è, che avendo sostituiti i figli; dimostrazione troppo evidente ella è, che o fossero ambedue

(1) Nella leg. Marodes mei: 57. §. cum ita fuerit D. Ad S.C. Trebellianum.

due premorte , o che una solamente , sempre i figli della premorta venivano sostituiti .

Ma il dotto mio avversario , facendo uso di suo sommo sapere , quì mi rampogna , e dice , che cotesto testo di *Papiniano* fu corretto , ed ammendato da un altro dell' Imperador *Giustiniano* , il quale in un caso simile il contrario impose ; proscrivendo , e togliendo affatto dalla Giurisprudenza il testo di *Papiniano* .

Dice dunque l'erudito mio contraddittore , che l'Imperador *Giustiniano* decise con una sua legge il contrario di ciò , che *Papiniano* rispose nel suo caso ; imperciocchè avendo un testatore ordinato , che morendo l'uno , e l'altro figlio impubere , ch' egli avea istituiti eredi , sostituiva allora Tizio . Ed ancorchè si fosse disputato , e conteso dagli antichi Giureconsulti , se dovesse attendersi la morte di ambedue impuberi ; ovvero bastasse quella d' un solo , per darli luogo alla sostituzione ; nulla dimeno *Giustiniano* , seguendo la sentenza di *Sabino* , impose , che la morte d' ambedue nell' età impubere si fosse attesa , e non già quella di un solo . Io trascriverò prima quì le parole del testo di *Giustiniano* ; ed indi proseguirò ad esaminar il raziocinio storico-legale , che sopra di esso ha fatto il mio eruditissimo avversario . Ecco la legge di *Giustiniano* .

Cum quidam duobus impuberibus filiis suis heredibus institutis , adiecit , si uterque impubes decesserit , illum (scilicet Titium) sibi heredem esse . Dubitabatur apud antiquos legum auctores , utrumne tunc voluerit substitutum admitti , cum uterque filius ejus in prima aetate decesserit : an alterutra decedente , illico substitutum in ejus partem succedere ? Et placuit Sabino substitutionem tunc locum habere ; cum uterque decesserit , cogitasse enim

*nim patrem primo filio decedente, fratrem suum in e-
jus portionem succedere.*

*Nos ejusdem Sabini veriozem sententiam existimantes, non
aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi u-
terque eorum in prima etate decesserit (1).*

Or il mio dotto storico maestro , dicendo esser questa legge contraria al risponso di *Papiniano* , si studia di sciorre l' *antinomia* , come egli si figura , la quale tra di loro vi è ; è per poter tutto ciò compiutamente adempiere , dice di aver pensato coll' acume di suo sublime talento una risposta , a cui nessuno degl' *Interpreti* finora ha riflettuto . Cotesto suo pensamento , dice , volerlo trarre dalla *storia legale* . La *storia legale* , com' egli dice , è , che tragli antichi *Giureconsulti* vi furono due sette , o sieno scuole , cioè quella de' *Sabiniani* , e l' altra de' *Procoliani* . Or *Papiniano* essendo stato *Procoliano* ; ed avendo *Giustiniano* approvato la sentenza di *Sabino* ; surge quindi , che riprovò egli , e corresse quella di *Papiniano* . Ed a queste poche parole si restringe la *storia legale* ; e per questo nuovo ritrovamento , non ancora venuto in mente di tanti *Comentatori* , i quali finora il diritto civile , e la *Romana Giurisprudenza* hanno illustrato , si fa da *Giustiniano* dar bando al risponso dell' infelicissimo nuovamente straziato *Papiniano* .

Ma se io ora facessi toccar con mani , che la *storia legale* , la quale coraggiosamente spaccia il mio maestro , non vada a dovere ; e che *Papiniano* non si sognò giammai a suoi giorni di esser *Procoliano* , nè della sua scuola ; che cosa si dovrà allora dire di cotesta nuova

F gran

(1) *Giustiniano nella l. cum quidam 10. Cod. de impuberum, & aliis substitutionibus.*

gran pensata furta in mente del mio maestro , per torre le *antinomie*, e contraddizioni dalla Romana Giurisprudenza? Dovrà sicuramente dirsi , che in vece di *storia legale* , ella giustamente debba meritare il nome di *storia curiosa da leggere*. Eccomi alla pruova.

L'eruditissimo mio contraddittore acceso di zelo , e di fervore per dimostrare , che la G.C. della Vicaria col suddetto decreto di *preambolo* a prò de' miei clienti , incorse in un solennissimo errore ; egli , oltre di un cumulo di leggi , e di Scrittori raccolti per sostenere il suo intraprendimento , è trascorso fino alla *storia legale* , ed alle due sette opposte de' Giureconsulti ; per indi farmi sapere , che *Papiniano* sia stato della scuola , o setta di *Procolo*. Ma perchè (e sia detto con buona venia della sua *storia legale*) cotesto fatto storico non solo , che non è vero ; ma anzi dalla *storia legale* si rileva , che fu quegli della scuola di *Sabino* ; quindi per dilucidar cotesto *punto storico* , mi permetta il mio maestro , che Io un poco più largamente , ch' egli non ha fatto , gli rammenti l' origine di coteste due sette ; per indi genealogicamente , dirò così , poter divisare , che non sia la *storia legale* qual egli la crede.

Sin dal tempo di *Ottaviano Augusto* fiorirono due gravissimi Giureconsulti , i quali poi maggiormente sotto *Tiberio* furono per la perizia del diritto Romano sommamente reputati , cioè *Antistio Labeone* , ed *Atejo Capitone* , i quali , ancorchè eccellentemente fossero forniti del conoscimento del diritto civile , di guisa , che fossero stimati il decoro di quell' età ; nulla di meno diversa fu la loro fortuna ; imperciocchè fu *Atejo Capitone* , per mezzo della sua malvagia adulazione , da *Tiberio* promosso al consolato ; nè oltre della pretura giammai passò *Antistio Labeone* , uomo della Romana

mana libertà tenacissimo, e severissimo, e di merito maggiore di *Capitone*; onde *Cornelio Tacito* di cotesti due Giureconsulti ragionando, scrive: *Namque illa aetas duo pacis decora simul tulit. Sed Labeo incorrupta libertate, & ob id fama celebratior: Capitonis obsequium dominantibus magis probatur. Illi, quod praetoram intra stetit, commendatio ex injuria; huic, quod consularum adeptus est, odium ex invidia oriebatur* (1).

Fu a tal segno *Atejo Capitone* assentatore, che voleva lusingar *Tiberio*, di poter egli nel ragionare usar parole, ancorchè esse non fossero latine; perchè indi in poi lo farebbero divenute; per cui ne fu in presenza dello stesso *Tiberio* da *Marco-Pomponio Marcello*, con una mentita, ripreso (2).

E quanto più egli fu sappiente il diritto divino, ed umano; tanto maggiormente, per secondar l' altrui volere, il pubblico bene, ed il privato offese, e la vita civile privò del suo decoro; per la qual cosa maggiormente infame fu egli reputato; onde l' anzidetto *Tacito* notò: *Capito insignitior infamia fuit, quod humani, divinique juris sciens, egregium publicum, & bonas artes domi debonestavisset* (3). Morì egli nell' anno 23. del Signore, siccome per testimonianza di *Tacito* riferisce il chiarissimo *Guido Pancirolo* (4).

Or siccome cotesti due Giureconsulti furono tra di loro di costume differente; così nell' interpretazione del diritto civile furono ancora mai sempre di contraria opinione; ed ancorchè fino a quel tempo, per lo più, non ci fosse stata giammai tra i Giureconsulti anti-

F 2

chi

(1) Tacito lib. 3. annalium cap. 75.

(2) Svetonio de illustribus Grammaticis cap. 22.

(3) Tacito lib. 3. annalium cap. 70.

(4) Guido Pancirolo de claris legum Interpretibus cap. 22.

chi diffensione alcuna (1); così indi surse divisione tale tra costoro, che ciascheduno si fece capo d'una fetta, o sia scuola; perchè *Atejus Capito in his, que ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate, & fiducia doctrina, qui & cæteris operis sapientie operam dederat, plurima innovare instituit* (2).

Fu *Antistio Labeone* figlio dell' altro *Labeone*, il quale avendo lasciato il partito di *Cesare*, con cui nelle Gallie militava, seguì *Pompeo* in Tessaglia (3); onde fu, che *Antistio* suo figlio conservò mai sempre lo spirito della libertà a segno, che non si scoraggiò di annoverar tra i Senatori *Marco Lepido* nimico di *Ottaviano Augusto* (4). Quanto mai fosse stato egli fornito del conoscimento di tutt' le scienze; e quanto fosse stato trasportato per la libertà, egli è da osservare *Aulo Gellio* (5).

Fu della scuola di *Atejo Capitone Massurio Sabino*, a cui succedette *Cassio Longino*; siccome del partito di *Labeone* furono *Nerva*, e *Procolo*, ed altri; e quindi addivenne, che sotto costoro maggiormente crebbero le diffensioni, di guisa, che divisi i Giureconsulti in due sette; altri furon detti *Sabiniani*, o *Cassiani*, e *Procoliani* altri (6).

Divisata dunque colla maggiore brevità la vera storia legale di coteste due scuole; egli è mestieri, che lo faccia comprender al mio avversario, che non sia vero.

(1) Pomponio nella l. 2. §. *Post hunc* 47. D. de origin. jur.

(2) Pomponio *historia de origin. juris*, o sia la l. 2. §. *Post hunc* D. de origin. jur.

(3) Plutarco in *Cesare*.

(4) Dione *Cassio historia Romana lib. 54. cap. 15.*

(5) Gellio *Noctium Atticar. lib. 13. cap. 10. e 12.*

(6) Vedi Guido Pancirolo *de claris legum Interpretibus cap. 22. e 23.*, e Guglielmo Vander Muelen *exercitatio in historiam Pomponii de origin. juris §. 47.*

~~non~~ ~~che~~ ~~Papiniano~~ fu *Procoliano*, siccome egli con ~~facilezza~~ ~~incomparabile~~ ha detto, e scritto; ma anzi, che quegli fu seguace della scuola di *Atejo Capitone*, di *Sabino*, e di *Cassio*, dimostrerò. E che sia così, ecco la genealogia. *Papiniano* fu discepolo di *Cerbidio Scevola* (1); costui fu discepolo di *Salvo Giuliano* (2); questi di *Giavoleno* (3); *Giavoleno* di *Celso Sabino* (4); costui fu discepolo di *Cassio Longino* (5); questi di *Massurio Sabino* (6); e costui fu discepolo di *Atejo Capitone* (7). Dunque il povero *Papiniano* fu *Sabiniano*, e tampoco per pensiero *Procoliano*.

E qualora il mio dotto maestro non voglia del suo errore ravvedersi con cotesta discendenza *storica-legale*; fenta ciò, che a questo proposito scrive il chiarissimo *Everardo Ottone*, ragionando di coteste due sette; *Ha partium contentiones sub Tiberio, Caligula, Claudio, Nerone, maxime vero sub Vespasianis, inter Jurisprudentes vehementissime agitatae sunt. Post Hadrianum autem, & Antoninum Pium refriguit iste disputandi aestus, & qui posthac vixerunt Jurisconsulti, miscellaneam professi sunt doctrinam, nullis unius disciplinae legibus adstricti. Alii quidem Proculejannis erant propriores, ut Pomponius, & Ulpianus: Sabinianis alii, ut Papinianus, & Paulus.* (8).

Or avendo io divisato colla vera *storia legale*, che *Papiniano* non fu seguace di *Procolo*, nè della scuola di

La-

(1) Pancirol. nel luogo additato cap. 55.

(2) Pancirol. cap. 48.

(3) Pancirol. cap. 38.

(4) Vander Muelen *loc. cit.* §. 47. pag. 723.

(5) Vander Muelen *ibidem*.

(6) Vander Muelen *ivi* stesso.

(7) Vedi la leg. 2. §. 47. *de orig. juris*.

(8) Everardo Ottone *in oratione de stoica Jurisconsultorum philosophia circa fin. vers. Ha partium contentiones.*

Labeone; prego il mio dotto contraddittorio di additarmi, da quale storia mai abbia egli tratto quel suo pensiero cotanto proprio, ed atto a scioglier la suddetta immaginata *antinomia*? Ma la risposta agevolmente potrà esser quella, ch'essendo coteste cose riferbate al saper di pochi solamente, egli non conviene, che sappiansi ancor da me, che Avvocato da dozzina mi sono, e non vado ritto, e teso, ostentando gravità, e da Oracolo rispondendo.

Io però tutto umile, e rimesso voglio avvertir un pensiero, non già mio, che non mi conosco valevole a pensar bene in Giurisprudenza; ma del dotto *Gasfredo Mascovio*; il quale avvisa, che la varietà delle anzidette due scuole de' Giureconsulti antichi, in nulla conduce per toglier quelle poche *antinomie*, le quali per avventura si trovano nel diritto Romano; onde scrive: *Proinde contrariarum ex sectis sententiarum rarissima in jure vestigia supersunt, si ea excipias, quae historica de iis ratione referuntur. Antinomia praeterea in jure pauca, & in quibus ipsis conciliandis, nihil profert regula de sectis tradita* (1). Ed essendo così, la storia legale, a cui il mio dotto avversario è ricorso per dilucidar la figurata *antinomia* tra 'l testo di *Papiniano*, e quello di *Giustiniano*, sembra, che sia stato un pensiero infelicissimo, e soltanto scritto per consumar *chartam pretiosiorum, quam ea quae dicta sunt*. Posto dunque per indubitato, a seconda della vera storia legale, che *Papiniano* non sia stato giammai della scuola, o setta di *Procolo*, o sia di *Labeone*; e posto ancora, che la varietà di coteste due sette non conduce alla

(1) *Gasfredo Mascovio* nelle note a *Gravina de origin. juris cap. 45. de Jurisconsultorum sectis pag. mihi 49.* dell'edizione di *Lipfia 1737.*

alla spiegazione dell' *antinomia*, la quale il mio dotto contraddittore si ha creduto con una nuova pensata rischiare, ne siegue per conseguente *incontrastabile*, e *necessario*, che tampoco regga quello, che lo stesso mio dotto maestro colla sua nuova, e non ancora intesa interpretazione, coraggiosamente ha smaltito, che *Giustiniano* corresse il testo di *Papiniano*, perchè dichiarò di seguitar egli la sentenza di *Sabino*, a cui per opinione, e per setta era stato contrario *Papiniano*; mentre ravvisandosi l' opposto di quello, che la *storia legale* del mio avversario ha preteso insegnarmi; ed essendo pur evidentissimo, che *Papiniano* fu *Sabiniano*, e non mai *Procoliano*; ne surge quindi, che *Giustiniano* in vece di correggere, lasciò intatto, e nel suo vigore il testo di *Papiniano*. Quindi avviene ancora, che debba il testo di *Papiniano* aver il suo luogo; e lo debba ancora aver quello di *Giustiniano*; ma ciaschéduno di essi ne i propri casi, i quali hanno essi determinato, e deciso.

Ed affinché vegga il mio dotto maestro, che cotesti due testi non sono tra di loro opposti, nè contraddicenti; lo intendo di far uso di quello stesso *Cujacio*, il quale a suo favore ha il mio avversario trascritto, ed enfaticamente rapportato, senza però interamente osservarlo. E che sia così, egli è a sapere, che cotesto gravissimo, e chiarissimo Uomo ragionando sul testo di *Papiniano*, e quello dichiarando, (dopo le sinistre spiegazioni, le quali dagli Interpreti se gli appiccano per cagione della legge di *Giustiniano*) rapporta la differenza, la quale tra l' una legge, e l' altra si rinviene. Or il mio ingenuo contraddittore soltanto si è compiaciuto di trascriver l' epilogo della legge di *Giustiniano* da *Cujacio* fatto; e la vera differenza

renza, che tra l'una, e l'altra egli avvisa, ha stimato lasciare in buon ora; il che per altro, non per cattivo, o reo intendimento da esso lui si è fatto; ma perchè ha creduto di perder tempo in vano, quantunque volte si fosse egli applicato a legger l'intera spiegazione sopra di quel testo da quel valentuomo fatta. Ma giacchè così è addivenuto, stimo Io esser cosa convenevole qui esattamente trascriverlo: *Vera, & liquida ratio differentia in eo consistit, quod in specie legis penultima* (ch' è la legge di Giustiniano) *substitutus venit contra verba si uterque, & contra voluntatem etiam testatoris, qui cogitavit, ut ait lex, primo decedente, fratrem suum in ejus portionem succedere, idest, qui inter fratres voluit conservare jura legitimarum hereditatum, & idcirco substitutus excluditur, cui neque scriptum, neque voluntas patrocinatur. In specie autem hujus §. (ch' è l'istesso di Papiniano) substitutus venit quidem contra eadem verba si uterque, sed non venit etiam contra voluntatem testatoris (1).*

Da cotesta spiegazione dunque, che Giacomo Cujacio fa sopra a i due testi di Papiniano, e di Giustiniano, si scorge manifestamente, che non solo non era egli da rapportarsi dal mio maestro per sostener sua nuova opinione; ma che anzi gli sia contrario cost per la causa, come per quello, che ha egli pensato circa l'autonomia; imperciocchè cotesto savissimo Interprete addita, che un testo sia dall'altro differente; poichè nel caso di Papiniano avea il sostituto a suo favore la volontà del testatore; in quello di Giustiniano l'avea

con-

(1) Cujacio in lib. 8. responsorum Papiniani, nella l. 57., §. cum ita. D. Ad Senatusconsultum Trebell., tom. 4. delle sue opere pag. 1195. lett. A.

(IL)

contraria; e perciò essendo i casi diversi, e differenti, un testamento non potevasi dir all'altro opposto.

Or dunque, se la legge di *Giustiniano* intanto richiede l'adempimento della morte dell'uno, e dell'altro figlio testatore per darli luogo alla sostituzione, in quanto, che la volontà del testatore questo richiedeva; non è quindi da trarre indistintamente, che in tutt' i casi, ne quali i testatori sostituiscano *Tizio* nell'evento, che *Cajo*, e *Mevio* muojano; debbasi perciò avverare la morte di ambedue eredi, per poter succedere il sostituto; mentre questo ha luogo soltanto, quando la volontà del testatore lo richiegga. E lo stesso *Cujacio* ci addita già quando la volontà del testatore ciò ricerca; cioè quando devesi conservare il diritto delle legittime successioni tra gli coeredi, come è nel caso di *Giustiniano*; imperciocchè essendo due fratelli figli del testatore coeredi istituiti, ed a costoro sostituito uno straneo in caso di morte di uno, e dell'altro coerede; troppo chiaramente si discerne, che la volontà del testatore sia, che morendo uno de' coeredi, succeda l'altro; e che'l sostituto non succeda, se non nel caso, che l'uno, e l'altro coerede figli del testatore muojano. Ma quando poi non vi sia cagione alcuna della conservazione delle legittime successioni; non si ricerca l'adempimento della morte dell'uno, e dell'altro coerede, perchè la volontà del testatore nol richiede.

Adattando ora al caso nostro tutto ciò, veggiamo quale sia stata la volontà del testatore *D. Francesco Zaccaria*. Egli istituì *Orsola* sua sorella, dopo la morte di cui sostituì *Veneranda*, e *Teresa*; e premorendo esse ad *Orsola*, sostituì i loro figli maschi. Dica ora ciascheduno di senso comune fornito, qual sia la volontà del testatore; cioè, che premorendo una sola di esse, sie-

no esclusi i figli della premorta, e ~~se non~~ sopravviventi? ovvero, che a chiunque ~~di~~ premuoja, succedano i proprj figli in esclusione dell'altra coerede vivente? Ognuno, che non ~~potrebbe~~ rere alla *bona legule* del mio avversario, ~~che~~ che troppo chiara sia stata la volontà del testatore di conservare *jura legitimarum hereditatum* tra la madre, ed i figli; e non già escluder costoro, per far interamente succeder l'altra coerede; il che qualora avesse il testatore richiesto, avrebbe bastato di sostituir soltanto *Veneranda*, e *Teresa*; senza passar oltre alla sostituzione de' loro figli. Ovvero avrebbe il testatore sostituita una all'altra, ed indi i loro figli. Ma non avendo il testatore detto cosa veruna di sue sorelle nel caso, che fossero premorte; ma soltanto nominati, e sostituiti i figli; ragionevolmente *Teresa*, ch'è sopravviva, vien esclusa da i figli di *Veneranda* premorta; come appunto avvertì quel *Francesco Duareno*, il quale dal mio avversario vien citato solamente senza trascriverne le parole.

Egli dunque comentando il testo di *Papiniano*, ed adducendo la ragione, perchè la nipote del testatore doveva succedere, e non già il fratello all'altro fratello defunto, scrive: *Sed tamen si uterque aequo conjunctus sit auctori, tamen aliquid amplius habet haec, nepos, quam nominatam, & expresse vocatur ad hereditatem; ille nepos ex filio jam mortuo non fuit vocatus a testatore* (1). Io tralascio di rapportare ciò, che insegnò *Bartola*, spiegando, e dichiarando cotesti due testi di *Papiniano*, e di *Giustiniano*, allorchè dice, che qualora il testato-

18

(1) Duareno nel titolo *de Vulgaribus & pupillari substituit.* cap. 15. pag. mihì 396. colum. 2.

(LI)

se non abbia usata la parola collettiva *utrumque*, e sia nella favella italiana, *l' uno, e l' altro*; ma che abbia egli istituiti due coeredi *Mevio*, e *Tizio*, ed indi abbia detto, e *morendo Mevio*, e *Tizio*, sostituisco *Caso*; che allora non vi sia dubitazione alcuna, che non abbia più luogo il testo di *Giustiniano*; e che sempre il sostituto succeda nel caso di morte di ciascheduno de' coeredi, senza che il coerede sopravvivate possa esser ammesso alla successione, come propriamente egli è il caso nostro (1). Non voglio, ripeto, ciò dire, perchè Io finora ho voluto confutare il mio avversario con gli stessi suoi Scrittori, e con *Cujacio* medesimo, il quale per altro sembra, che meglio di ogni altro abbia l' un testo, e l' altro dichiarato; siccome per altro fa ancora il dotto *Giovanni Sicardo*, il quale anche alla volontà presunta del testatore ricorre (2); e la stessa spiegazione di ambedue tali leggi fa il chiarissimo *Cesare Costa*, a cui il mio lettore rimette (3).

Ma tutto ciò, che finora ho detto, egli è stato a sol fine di far ravveduto il mio dotto maestro, che avendo egli addotti tante leggi, e Scrittori; costoro chiaramente insegnano il contrario di quello, per cui si adducono, come ho già divisato. Del rimanente tanto *Papiniano*, quanto *Giustiniano* determinano il caso, in cui il testatore abbia usata la parola collettiva *utrumque*, la quale nella favella italiana dinota *l' uno, e l'*

G 2

ab-

(1) Bartolo nella *l. heredes mei §. cum ita D. ad S. C. Trebell.*

(2) Sicardo, sulla *l. cum quidem C. de Impubecum, & aliis substitutionib. num. 4.*

(3) Cesare Costa *lib. 2. variarum ambiguitatum juris cap. 16.* nel testo di Everardo Ottone *rom. 4. pagin. mihi 1256.*

altro; cioè morendo l'uno, e l'altro; ma qualunque volte il testatore non usi cotesta parola collettiva, ma semplicemente dica, morendo *Veneranda*, e *Teresa*, come ha fatto il nostro testatore; non v'ha dubbio in tal caso, che per darli luogo alla sostituzione, sia bastante la morte d'un solo de' coeredi. Io per dimostrare cotesta mia asserzione voglio qui trascrivere il risponso d'un Giureconsulto *Sabiniano*, acciò non possa incontrar nessuna opposizione presso del mio maestro cotanto condiscendente per quella fatta. Costui è *Cerbidio Scevola*, il quale, secondochè ho pocanzi divisato, fu maestro di *Papiniano*.

Finge il caso *Scevola*, che'l testatore aveva istituito eredi *Cajo Sejo* per metà del suo retaggio, per la quarta parte *Lucia Tizia*, e per la restante porzione altri. Dopo ordinato aveva a *Cajo Sejo*, ed a *Lucia Tizia*, che appresso la loro morte avessero restituita a *Tizio*, ed a *Sempronio* la metà di quello, di cui egli istituiti l'aveva. Indi *Cajo Sejo*, e *Lucia Tizia* avendo adito l'eredità, giunse nell'ultimo periodo di sua vita *Cajo Sejo*, il quale istituì erede della sua porzione la stessa *Lucia Tizia*. Morto già *Cajo Sejo*, chiesero *Tizio*, e *Sempronio* la porzione, la quale il testatore avea loro lasciata dopo la morte di *Cajo Sejo*. Per contrario *Lucia Tizia* diceva, che doveasi attendere anche la sua morte, e trattanto ella dovea godere quella porzione ancora; perchè il testatore avea ordinato, che dopo la morte di ambedue si fosse la metà a loro restituita. In questa contesa *Scevola* rispose, che succeduta già la morte di *Cajo Sejo*, dovea *Lucia Tizia* subito restituire la porzione di costui a *Tizio*, ed a *Sempronio*. Ecco le parole del Giureconsulto.

Cajo Sejo ex senisse, Lucia Tizia ex quadrante, & aliis

en

*in Titius portionibus heredibus institutis, ita curit (re-
 fator). Fidei autem vestra mando Caji Seji, & Lucia
 Titia, uti post obitum vestrum reddatis, restituatis Ti-
 tio, & Sempronio semissem patrimonii, & portionis ejus
 quam vobis dedit. Quæsitum est, cum utrique adierint
 hereditatem, & postea Caji Sejus defunctus sit, Lucia
 Titia herede instituta, an hæc Lucia Titia partem di-
 midiam semissis, quam rogatus erat Caji Sejus restituere,
 protinus debeat? An vero post suam demum mortem
 universum Fideicommissum tam ex sua persona, quam
 ex Caji Seji datum, restituere debeat? Respondi, Luciam
 Titiam statim teneri, ut partem dimidiam semissis ex
 persona Caji Seji restituat (1).*

Or cotesto caso, in cui Scevola rispose, niente differisce dal nostro, ed Io sì posso con maggior ragione dire, che cotesto Giureconsulto, non già dall'anno 1590, in cui scrisse Menochio tanto estolto dal mio maestro, di cui quindi a poco dovrò ragionare; ma dal secondo secolo dell'era Cristiana, in cui egli visse (2), sembra di aver risposto per la presente causa; imperciocchè se avendo quel testatore istituiti eredi Cajo Sejo, e Lucia Titia, ed impostogli, che dopo la loro morte avessero restituito il retaggio a Tizio, e Sempronio; morto soltanto Cajo Sejo, rispose Scevola, che si dovesse la porzione di costui dare a Tizio, e Sem-

- (1) Scevola nella l. Lucius Titius 78. §. Cajo D. Ad S. C. Trebellianum.
- (2) Gerbido Scevola visse sotto Marco-Aurelio Antonino Filosofo Imperadore, il quale fu assunto all'Impero nel 161.e morì nel 179. Di cotesto Giureconsulto si valse Marco Antonino, come riferisce Giulio Capitolino in Marco Antonino cap.12.; e con ragione Modestino nella legge 13. D. de excusat. tutor. lo chiama Corifeo de Giureconsulti; ed Arcadio, ed Onorio nella l. 3. Cod. Theodos. de testam. lo chiamano prudentissimum Jurisconsultorum.

e *Sempronio*, e non già a *Lucia-Tizia*, e questa opponeva, che dovea attendersi la morte anche sua, e non già quella di un solo; che dovrà dirsi del caso nostro, in cui *D. Francesco Zaccaria* sostituì i figli di *Veneranda*, e *Teresa*, quantunque volte esse fossero premorte ad *Orsola*; ed è soltanto premorta *Veneranda*? *Scævola*, cioè il più dottissimo di tutti i Giureconsulti vuole, che debba succedere i figli di *Veneranda*. Per contrario il mio dotto maestro, come da più di *Scævola*, colla sua storia legale, vuole, che debba *Teresa* succedere. A chi dunque di costoro dovrà il S. R. C. deferire? *Giovanni Deckero* in una contesa di simil fatta, ch'ebbe col suo avversario, avendo addotto cotesto risponso medesimo, scrisse: *Scævola respondit Luciam-Tiziam statim teneri ad restitutionem ex persona Seji; a Scævola responso si non diffideat Iudex, ejus erit hac sententia* (1).

Io tralascio di qui trascrivere, ciò, che per cotesta nostra quistione scrive *Giacomo Menochio*, *Ferdinando Valquio*, e cento altri (2); ma soltanto stimo di trascrivere ciò, che al nostro proposito insegna il dottissimo *Andrea Alciato*. *Procedit autem suprascripta conclusio, etiam si in toto substitutum sit, ut quia dixerit testator volo post mortem vestram Tizia restitui totum, vel quicquid vobis reliqui: resolvuntur enim haec verba in singularem sensum, et quilibet censetur in parte sua rogatus, ut Tizio ipsi det; unde nullus est reciproca locus, quod et Succinus respondit. Idem quoque est, si*

- (1) Deckero *Dissertationes juris, & decisiones posthumae, dissertat. 14. num. 7. vers. hanc facti speciem Scævola cum nostra conservamus.*
 (2) Menochio *lib. 4. presumption. 186. num. 12.*, Valquio *de successio- nib. tom. 2. lib. 3. §. 25. num. 46.*

collective gravati heredes proponantur, ut quia dixerit testator. Post mortem amborum, vel post mortem omnium, adhuc nulla inter eos reciproca continebitur, quod communiter receptum est, et a Baldo responsum extat, cum enim omnes gravati sint, censetur quilibet in parte sua duntaxat rogatus. Nec refert, an collective, post mortem &c. facta sit, an sub expressa conditione si ambo, vel si omnes decederent; subest enim semper eadem ratio. Ergo idem jus esse debet in utroque, atque in eo omnes consensunt, ut pluralitas in singulares sensus resolvatur; admittaturque statim substitutus (1).

Ecco dunque come cotesto gravissimo Scrittore (il quale incominciò il primo coll' erudizione, e colla vera storia legale a sottrarre dalla barbaria la Giurisprudenza Romana), ecco dico, come risponde anche nel caso, che la sostituzione sia fatta a più coeredi allorchè tutti muojano, e la morte d' un solo addivenga; reputando egli valevole in questo evento la morte di un solo, affinchè il sostituto subito succeda. Ed adduce egli la ragione propria, ed efficace, che non essendosi indotta tra i coeredi nessuna reciproca sostituzione; deve darsi perciò immediatamente luogo alla sostituzione dal testatore ordinata.

Io non so, che udii dal mio dotto avversario brontolare intorno alla sostituzione *fedecommissaria*, e *volgare*; quasicchè la *fedecommissaria* faccia succedere il sostituto; non così però la *volgare*. Ma per toglier ogni altro scampo, a cui possa egli ricorrere; Io stimo a ciò rispondere con quello, che a questo uopo avvisa il mentovato Giovanni Deckero. *Illud substit-*

24-

(1) Alciati nella leg. *vel singularis* 36. num. 8. et 9. D. de *Pulchr. & pupillar. substit.*

tutio fideicommissaria cum vulgari, & pupillari commune habet, ut si duobus institutis substituarur sive alius atque alius, sive unus sub conditione si sine liberis, duæ sunt substitutiones, sive duo fideicommissa, & duæ conditiones nempe ut conditione eveniente in Titio, vel in Mævio, admittatur is, qui mortuo sine liberis substitutus est, nec utriusque decessus expectandus (2).

Egli ormai è tempo di ragionare del *consiglio 797*. di *Giacomo Menochio*, alcune parole del quale furono con maestria tale, e così coraggiosamente in Ruota recitate, che non potette il mio accuratissimo maestro rattenerli dal dire, che cotesto Scrittore fin dall'anno 1590., in cui scrisse quel suo *consiglio*, sembrò di comporlo propriamente per questa causa, che ora deve il S. R. C. decidere. E comechè risposto io avessi, che cotesto Scrittore avea per avventura; già tutto ripieno di estasi, e di spirito profetico, ciò preveduto; mi fu risposto, che Profeta alcune fiato sogliono divenire gli Scrittori ancora; perciò egli è da osservar ora, quale sia la sua profezia, quantunque volte questa per intera, e non miga dimezzatamente, come si è praticato, si trasciva.

Giacomo Menochio (1) dunque scrive, che *Mondinero Erminulfo* fece il suo testamento, in cui istituì eredi *Diana*, e *Clemenza* sue sorelle, alle quali sostituì i loro figli maschi così: *Item dixit, iussit, voluit, & legavit, quod post mortem prefatarum dominarum Diana & Clementie heredum institutarum ut supra, filii masculi prefatarum sororum legitimi, & naturales succedant*

(2) Deckero nell' accennata dissertazione, num. I.

(1) Nel *consiglio 797*.

dant; & succedere debeant matri prædefunctæ in bonis & hereditate ipsius testatoris; quos filios masculos in casu prædicto sibi heredes instituit, seu substituit vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum.

Præsupponitur in facto; quod præfatus testator decessit solummodo hoc ipso anno 1590. Una vero ex dictis sororibus, nempe D. Clementia decem ab hinc annis decessit relicto domino Antonio filio, ac etiam superstite dicta Domina Diana ejus sorore. Et prædictus testator non mutavit aliquo modo dictam institutionem, et substitutionem, etsi scivit dictam Dominam Clementiam ante se decessisse.

Dubitari nunc contingit, an dictus dominus Antonius domina Clementia ejus matri substitutus admitti debeat ad dictam ejus matris portionem, vel potius excludatur a domina Diana?

Respondendum existimo, dominum Antonium admitti non debere ad successionem portionis dominæ Clementiæ matris sue, sed excludi a domina Diana, cum adhuc non evenerit casus substitutionis, in quo vocatus est ipse Dominus Antonius. Cum enim testator vocaverit filios sororum post mortem earum copulative conjunctarum, sequitur dicendum, requiri quod prius amba ipsæ sint vitæ functæ, antequam filii substituti succedant.

Fin qui il mio accuratissimo maestro si è compiaciuto trascrivere, e recitar le parole di Menocchio; ove giunto, pondera ogni cosa a suo talento; e declamando, ed essollendo il tuono di sua voce, dice, che la causa sia già spedita con còtesto consiglio del Menocchio.

Io supplico il S. R. C., e chiunque altri sia, a voler riflettere quanto sia oggi divenuto grande il coraggio nel nostro foro in addurre; e rapportar gli Scritto-

ri senza ch' egliino interamente si leggano , nè che per pensiero da lontano si salutino. Io voglio in primo luogo esaminare , se lo stesso sia il caso , in cui il *Menochio* scrisse , che quello , di cui oggi si contende ; ed indi divisare quale sia la sua sentenza.

Primamente nel caso , in cui scrisse *Menochio* , dal testatore si era fatta una sostituzione pupillare , volgare , e fedecommissaria , colla proibizione , e divieto di alienar l'eredità ; onde argomentava lo stesso Scrittore , ch'erasi indotta una reciproca sostituzione tra *Clementza* , e *Diana* ; ecco come egli scrive : *Atqui nostro in casu inter dictas dominas Dianam , & Clementiam facta censetur reciproca substitutio . Ergo per mortem domine Clementie non admittitur dominus Antonius substitutus , sed domina Diana reciprocè prius vocata . Illa minor probatur ex eo , quod quando testator duobus institutis heredibus , eos gravavit alteri restituere ; & prohibuit eos posse alienare , UT HIC FACTUM EST , dicitur inter ipsos institutos inducta reciproca , sicuti hanc esse communem opinionem testatur Alciatus in responso 655. . . . Rursus nostro in casu adjecta fuit clausula illa vulgariter , pupillariter , & per fideicommissum , que operatur reciprocum fideicommissum inter institutos (1).*

Prègo Io ora il dotto mio maestro a dirmi , la sostituzione fatta dal nostro testatore è volgare , o fedecommissaria ? egli costantemente ha sostenuto , che sia volgare , e non già fedecommissaria. Inoltre , mi risponda , nella nostra sostituzione vi è divieto di alienazione , vi è fedecommissum , o altro , per cui si potesse indurre una reciproca sostituzione tra le due sorelle

(1) *Menochio* nell' additato Consiglio 797. num. 17. e seguenti.

nelle *Veneranda*, e *Teresa*? egli non mai ciò ha detto, nè poteva affermare, perchè nel testamento tutte queste cose non leggonsi. Dunque, come il caso, in cui scrisse il *Menochio* si affomiglia in tutto al nostro, di guisa, che si vuole, che dall' anno 1590., vaticinando cotesto Scrittore, ragionò propriamente per lo caso nostro? Ah, che cotesti vaticinij son troppo fallaci, e mal riescono nel fatto.

Ma se dopo di tutto ciò io dicessi, che *Menochio* sia dall' anno 1590., scrivendo propriamente per questa nostra causa, insegnò, che *D. Pasquale*, e *D. Serafino Elmo* debbono succeder in esclusione di *D. Teresa* loro zia; che risponderebbe il mio dotto maestro? Mi darebbe, tutto crucciato, una mentita sul viso. Ma veggiamo, che risponde il *Menochio* con quello stesso suo consiglio dell' anno 1590. cotanto francamente, e fastosamente additato dal mio maestro, senza interamente osservarlo; nè leggerlo.

Egli dunque dopo di aver risposto a tutti gli argomenti, e ragioni a pro di *Diana*, e contro al figlio di *Clementia* rapportati, conchiude e termina il suo consiglio così: *Hoc ita posito, quod scilicet substitutio hæc sit compendiosa, & ob casum, qui evenit nempe ob id quod domina Clementia heres non exiit, resoluta sit in vulgarem, sequitur dicendum, quod licet institutio facta de domina Clementia sit caducata ob id quod decessit ante testatorem, NON TAMEN CADUCATA EST SUBSTITUTIO FACTA DE EJUS FILIIS, cum testamentum sumat vires ab hac substitutione vulgari, ut copiose differui in consilio 106. n. 374. Et hinc etiam sequitur, FILIOS DICTÆ DOMINÆ CLEMENTIÆ MITTI DEBERE IN POSSESSIONEM EX REMEDIO LEGIS ULTIMÆ C. DE EDICTO*

DIVI HADRIANI TOLLENDO, quod vulgariter substituto conceditur, ut post alios scripsi in commentario de adipiscend. posses. remedio 4. n. 206. DEBENT ETIAM MITTI IN POSSESSIONEM EX DECRETO, ET CONSTITUTIONE DE CONTINUANDA possessione, sicuti tradunt Rebuffus &c. (1).

Or dunque se questo Autore conchiude il suo ragionamento per i figli di *Clemenza* premorta, contro di *Diana*; come il mio esattissimo maestro abbattendosi alle prime parole del suddetto consiglio, cotanto coraggiosamente, col recitarne, e trascriverne poche parole, s'innoltra a dire, che sembrava, che cotesto valentuomo sin dal 1590. scritto avesse per questa causa? Scrisse egli, è vero, per questa causa; ma non a prò della sua cliente; ma a favore de' miei da lui benefagiati clienti.

Determini, e decida ora il S. R. C. il presente piato cogli stessi Scrittori dal mio dottissimo avversario per la sua causa rapportati, ed Io son contento; ed i miei clienti ne lo supplicano; poichè, ripetendo Io ciocchè il *Deckero* pocanzi trascritto avvisò per lo risponso di *Scevola*, dico: *A Menochii responso si non diffideat Judex, ejus erit hac sententia.*

Io dovrei qui terminar cotesto capo; giacchè oltre tante ragioni, ed autorità di diritto espresso da me addotte in dimostrazione della giusta causa de' miei clienti, basterebbe la sola autorità del trascritto *Menochio* per convincere il mio maestro; poichè avendo egli stesso usata la testimonianza di tale Scrittore per la sua causa; a seconda di ciò, che costui scrive, dovrebbesi la causa decidere; perchè l'attestazione del testi-

(1) Menochio nello stesso Consiglio 797. num. 50.

testamento si rende irrefragabile contro colui, il quale in giudizio la produce.

Dovrei, dico, qui dar compimento a questo capo; ma Io voglio tormi d'addosso il mio avvedutissimo avversario con un *ablativo assoluto*, il quale mi vien somministrato da *Marco-Antonio Peregrino*; affinchè si possa anche nella nostra bisogna adattare il comune adagio: e se l'ha tolto da presso con un *ablativo assoluto*. Scrive dunque il rammentato autore: *Decimus quintus casus est, cum substitutio de aliquo reperitur facta pluribus honoratis, per ablativos absolutos, quia dictum sit, & decedentibus dictis meis heredibus, vel decedentibus prafatis A. B. C. sine filiis, substituo D.; hoc quidem casu ablativi isti absoluti, qui de sui natura faciunt conditionem, resolventur in suas singularitates, si exinde nullum sequatur absurdum, sed aliquod justum & equum, & consonum menti testatoris ad textum in L. falsa §. fin. D. de condition. & demonstrat. (1).*

Or avendo il nostro testatore fatta la sostituzione con parole dinotanti ablativo assoluto; poichè disse, che premorendono le sudette Signore Veneranda e Teresa alla sudetta Signora Orsola mia universale, e generale erede, in tal caso dopo la morte della predetta Signora Orsola, da oggi namino, e sostituisco in miei universali, e particolari eredi li figli delle predette mie Signore sorelle &c. Dunque la condizione si risolve nel numero del meno, ed è bastevole, che fiasi verificata la morte d'una sola.

Che quel tanto declamato premorendono dinoti un ablativo assoluto, egli è troppo chiaro; perchè nella favella

(1) Peregrino de fideicom. art. 13. num. 62.

favella latina dovrebbero dire *promeritoribus Veneranda, & Theresia &c.* E conseguentemente così essendo, si scorge già, che per ogni via giustissimo fu il decreto della G. C. della Vicaria, ed irragionevole il richiamo avverso di quello proposto dal mio maestro nel S. R. C.; giacchè si è dimostrato, che gli stessi Scrittori da lui usati, per irragionevole, e fantastico, anche con un *ablative assoluto*, lo condannano.

C A P O III.

Si dimostra l'irragionevolezza dell'avversa parte nel pretendere, che alla successione della porzione lasciata a Veneranda debbano succedere anche i figli di Teresa unitamente con D. Pasquale, e D. Serafino Elmo.

IL dotto avversario dopo di aver eloquentemente così tanto favellato ne' due precedenti capi sulle tesi da lui proposte, e di cui Io ancora ho ragionato; im- prende in terzo luogo, che qualora la G. C. della Vicaria civile stimava di dare il preambolo per la porzione di *Veneranda* a i suoi figli; dovea anche ammettere alla successione della stessa porzione i figli di *Teresa* unitamente con *D. Pasquale*, e *D. Serafino*. Or non avendo ciò praticato la G. C., è rea ella d'un solennissimo errore, per cui merita il suo decreto di esser ammendato.

Cotesta asserzione del mio dotto maestro si smaltisce con franchezza, e libertà tale, che di più far non potrebbe di qualunque fermo, ed irrefragabil cano-
ne

ne del diritto Romano . Per compruova di coteſta
 imprefa ſi ricorre di nuovo alle parole della ſoſtitu-
 zione , ad a quel maledetto *premocondono* ; e dopo ſi
 vuole , che le parole della ſoſtituzione ſieno evidenti,
 e manifeſte per la ſucceſſione de' figli di *Tereſa*, uni-
 tamente con quelli di *Veneranda*, alla porzione di co-
 ſtei . E ſi foggiugne , che 'l voler eſcludere i figli di
Tereſa da coteſta ſucceſſione , egli è richiamar in ſoccorſo
 preſunzioni , ed interpretazioni della volontà del teſta-
 tore ; quandochè queſta è troppo aperta , ed eſpreſſa
 per quelli .

Io , a dir vero , reſto fuor di me , come mai ſi poſſa rin-
 venir in alcuni coraggio tale , che non gli arreſti da
 qualunque malagevole intraprendimento . Ma affinché
 il S. R. C. abbia ad eſattamente tutto ciò pondera-
 re , Io di bel nuovo , non altrimenti , che 'l mio av-
 verſario ha fatto , traſcrivo qui le parole del teſta-
 mento : *Item voglio , ordino , e comando , che premo-
 rondono le ſudette Signore Veneranda , e Tereſa alla
 detta Signora Orſola , da oggi nomino , e ſoſtitiſco in
 miei univerſali , e particolari eredi li figli maſchi ſola-
 mente , eſcludenda le femmine , delle predette mie Signo-
 re ſorelle Veneranda , e Tereſa , equaliter , & pro
 equali parte , & portione , cioè per la metà i figli
 maſchi della ſudetta Signora Veneranda , e per l'altra
 metà li figli maſchi della ſudetta Signora Tereſa .*

Or queſte parole , le quali ſono per i figli di *Veneran-
 da D. Paſquale , e D. Serafino* più chiare , e lumino-
 ſe , ch' egli non è il ſole nel fitto meriggio ; ſi vogliono
 manifeſte per i figli di *Tereſa* , a ſegno , che per eſ-
 ſer premorta *Veneranda* , debbono ammetterſi alla ſuc-
 ceſſione di ſua porzione , non meno i ſuoi figli , che
 quelli di *Tereſa* . E per compruovare coteſta eſorbi-
 tan-

tanza , si adduce in testimonianza *Paolo* Giureconsulto , allorchè avvisò : *Cum nulla in verbis ambiguitas est , non est admittenda voluntatis questio* (1).

Ma di grazia , qual è coteita chiarezza di volontà del testatore per i figli di *Teresa* ? *D. Francesco Zaccaria* sostituisce ad *Orsola* sua sorella erede da lui istituita *Veneranda* , e *Teresa* ; e premorendo esse ad *Orsola* , sostituisce a costei , dopo la sua morte , i figli maschi di *Veneranda* , e di *Teresa* , cioè per metà i figli della prima , e per metà i figli dell' altra . Or essendo premorta *Veneranda* , ove è , che chiaramente il testatore abbia voluto , che fossero succeduti i figli di *Teresa* una insieme co' figli di quella ? E non è egli chiaro per contrario , che abbia il testatore voluto , che a *Veneranda* fossero succeduti i suoi figli , ed a *Teresa* i suoi ? Questo , e non altro si può dalla mente del testatore , e dal comune uso di favellare dedurre .

Ed in questa tesi , che si propone , quale Scrittore mai , fuorchè l'autorevol mio maestro , si ha sognato finora di sostenere così fatta stravaganza ? A dir vero , nessuno ancora . E se soltanto i Scrittori han quistionato , se alla madre premorta debbano succeder i figli sostituiti , ovvero la sorella , secondo il caso proposto da *Menecbio* nel tanto esagerato consiglio 797 ; e non mai , se i figli della premorta , e gli altri della vivente sieno insieme ammessi alla porzione della premorta ; come ora dal mio avvedutissimo avversario si vuole , che anche i figli di *Teresa* sieno ammessi alla successione della porzione a *Veneranda* dal testatore lasciata ?

Quel-

(1) nella l. 25. §. 1. D. de legatis 3.

(LXV)

Quello stesso *Giacomo Menochio*, il quale nell' antecedente capo ha fatto ritrovar poco veridiero il mio maestro colla sua profezia del 1590., propone un caso simile al nostro; ma siccome esaminò egli la questione tra i figli del premorto, e l'altro sostituito vivente; così non mai si sognò di porre in disputa veruna pretensione de' figli del vivente; onde scrive così: *Entenditur hic casus, ut locum habeat non solum in institutionibus, sed. etiam in substitutionibus; & ideo si testator ita dicit, si filius meus decesserit sine filiis, volo bona mea devenire ad Titium, & Cajum, & eorum liberos. Si contingat Titium decedere pluribus relictis filiis; deinde decedat is filius institutus sine filiis; illi filii Titii unam partem tantum consequuntur, aliam vero portionem Cajus. Ita scripserunt Bartholus &c. (1).*

La disputa dunque soltanto potrebbe essere, se i figli di *Veneranda* potrebbero conseguire maggior porzione, che *Teresa*, e succeder perciò *in capita* al testatore, secondochè si ravvisa dal dubbio proposto dal *Menochio*; e non già, che i figli di *Teresa* si potessero ammetter alla successione della porzione di *Veneranda* unitamente con i figli di costei.

Oltrecchè, siccome Io pocanzi ho accennato, e siccome dal senso comune di favellare, si discerne, il testatore volle a *Veneranda* sostituire i suoi figli, ed a *Teresa* i suoi. Ed in fatti così avvisò il *Ruino*, seguitato da molti Scrittori, e dal *Fusario*, il quale nota: *Ruinus expresse in consilio 28. lib. 2., ubi in legato relicto Romano, & Joanni-Mariae fratribus, & eorum liberis*

I

(1) *Menochio lib. 4. presump. 18. num. 14.*

beris, mortuo Joanne-Maria, dicit legatum deberi filiis Joannis-Maria, & adducit plura, & precipue, quia legatum intelligitur factum filiis cujuslibet post mortem patris, & in parte, in qua pater erat vocatus; & quia filii censentur per vulgarem substituti parentibus, qua substitutio excludit jus accrescendi, l. 2. §. si duo D. de honor. possess. secundum tabulas . . . Et facit etiam ratio, quia qua ratione testator prætulit patrem, eadem ratione voluerit præferri in illa portione omnem ejus posteritatem, ut in his terminis loquendo de materia transmissionis sic voluit Hondedens conf. 70. num. 33. in fin. lib. 1., & Petra de fideicommiss. quest. 11. num. 36. (1).

Io dovrei risponder a tutte l'altre autorità in copia grande dal mio dotto contraddittore trascritte, e specialmente a quelle del Gomezio, e di Graziano (2); ma per divenir non viepiù noioso di quello, che mi sono, dico, che tali Autori non ragionano del caso, in cui sieno sostituiti i figli degli eredi posti in condizione; ma che uno straneo sia agli eredi sostituito; nel cui caso, il voler sostenere, che l'coerede vivente escluda i figli del premorto, valde durum videtur, per usar l'espressione di Fusario (3); onde il Canonico de Luca stesso, di cui il mio avversario ne trascrive uno spezzone, nel medesimo luogo da lui additato, scrive così: *Testator si duobus institutis, post eorum mortem substituat eorum liberos, utrum uno mortuo ante testatorem cum filiis, superstes in totum succedat, exclusis li-*
be.

(1) Fusario de substitution. quest. 493. num. 4.

(2) Gomez. variar. resolut. tom. 1. cap. 3. num. 35. Graziano discept. 288. num. 1. e 7.

(3) De substitut. quest. 54. num. 42.

(LXVIII)

perciò del ragionamento , e della dotta allegazione
del mio avversario , molto più adattamente si può di-
re : *Bona, & præclara est oratio, Lysia, mihi autem
minus convenit* (2).

Napoli a' 20. del 1762.

Basilio Palmieri.

(2) Diogene Laerzio nella vita di Socrate num. 20.

VAT
1516416

Ms. Vat. 1516416. Secondo l'antico catalogo di Socrate
in vita di Socrate. • *Bona et præclara est oratio Lysia* ed. M. G.