

RAGIONI

P E R

La magn. D. Eleonora Oriolo madre,
ed erede *ab intestato* della fù
Marianna Ferrari

IN ESCLUSIONE

Del fedecommesso preteso dalle magn.
D. Gelsomina, e D. Teresa Ferrari.

DEGNISS. COMMESS.

Il Reg. Conf. Sig. D. Antonio Spinelli.



Presso lo Scrivano Nicoletti.

1101

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

1101
1101



J. M. J.



Assat' a miglior vita la pupilla Marianna Ferrari, figlia del fu Scipione della Città di Corigliano, per la G.C. della Vicaria fu di lei dichiarata erede *ab intestato* sua Madre D. Eleonora Oriolo, la quale fu pur anche immessa nel possesso de' beni ereditarj. Credea, non esser molestata dal possesso di quei beni, al godimento de' quali per legal indubitata ragione era chiamata, per ratterperarle il duolo della perdita dell' unica sua diletta

figlia: ma non fu così. Ha ella tollerato 'l rancore, e lo dispendio di due gravi litigj, per li quali non guari doppo, ottenuto il possesso, ne fu rimossa, e sottoposti li beni ereditarj ad un general sequestro; Il primo li fu promosso dalle magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina Ferrari zie paterne della defonta pupilla. Il secondo dalla magnifica D. Rosalia Papa Ava paterna della medesima pupilla.

Le magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina per un fantastico particular fedecommeso ebber ricorso nel S. C., e dedussero, che tra li beni rimasti nell' eredità della pupilla Marianna, eran una casa palaziata con trappeto, ed orto di celsi, ed un tenimento d'olive nel lungo detto la Chiubica sottoposti da Pietro Ferrari, dal quale alla pupilla eran pervenuti, ad un espresso, assoluto, perpetuo fedecommeso, aperto a lor beneficio per la morte di Marianna senza figli: Domandarono perciò dichiararsi dal S. C., ch' a loro spettassero li cennati due poderi, e frattanto interimamente ordinarli l' annotazione di tutti li beni ereditarj, e che la G. C. della Vicaria non procedesse alla spedizione del preambolo, come dalle suppliche *fol. 1., e 4.*

Commessasi questa causa nel S. C. alla felice m. del Configlier Bosco fu ordinata la controsupplicata, e l' annotazione *penes quem cum cautione, vel penes tertium cum obligatione*, e ne furono spedite le provisioni, come dal decreto *fol. 2.*

La destrezza di chi *in partibus* faceva le voci delle magnifiche Ferrari, se che, queste provisioni s' eseguissero totalmente in danno di D. Eleonora, che rattrovandosi nel possesso de' beni ereditarj in virtù del decreto della Vicaria, ed offerendo pronta la malleveria, non potea esserne rimossa, e pur fu fatta l' annotazione, non solo delli due poderi, su li quali s' indirizzava il litigio del particular fedecommeso, ma di tutti li beni ereditarj della defonta pupilla, e si consignarono ad un terzo *cum obligatione.*

Fè ricorso D. Eleonora nel S. C., e domandò esser mantenuta nel posses-

so de' beni ereditarij , nel quale rattrovasi in virtù del decreto della Vicaria , A' questa domanda certamente doveasi deferire , perche dalle magnifiche Ferrari altr' azione non erasi nel S.C. dedotta , che quella d' un particolar fedecommeſſo su li due cennati poderi , che se pur reggeſſe, dalle mani dell'erede dovrebbero riconoſcerlo, se non non foſſe uſcita in campo D. Roſalia Papa , contraſtando alla Madre la luttuoſa ſucceſſion della figlia , su la vana ſperanza di poter l' Ava alla Madre eſſer preferita , o almen ugualmente colla Madre concorrere . Dedotta queſt' azione dall' Ava paterna nel S. C., ſi ſtimò bene da D. Eleonora preſtar' il conſenſo , ch' in un contraddittorio ſi diveniſſe a decreto , col quale fu ordinato : che riſpetto alla controversia tra l' Ava paterna , e la Madre per la ſucceſſione inteſtata di Marianna , la G. C. della Vicaria di nuovo procedeſſe alla ſpedizione del preambolo *auditis omnibus intereſſe habentibus , & non conſignet &c.* Riſpetto alla controversia per lo particolar fedecommeſſo, fu dato termino ordinario , e che frattanto reſtaſſe ferma l' annotazione , e conſegna già fatta, come dal decreto *ſyl. 81.*

In eſecuzione di queſto decreto , nella G. C. della Vicaria s'è molto dibattuto pe' l' preambolo *ab inteſtato* della defonta Pupilla tra la Madre , e l' Ava paterna , la quale diſeſa dallo ſteſſo contraddittore, che degnamente fa le parti di D. Teſeſa Ferrari per lo preteſo fedecommeſſo, molto egli operò col ſenno , e colla mano , molto patì nell'aver ſuccumbito , per eſſer ſtato conſirmato 'l decreto di preambolo a prò della Madre, coſſi dalla G.C. della Vicaria , come dal S.C. Per lo preteſo particolar fedecommeſſo fu compilato 'l termin' ordinario, nel quale s' è procurato provare li ſequenti fatti , che non ſi pongono in diſputa da ambedue le parti .

Che tra li beni ereditarij di Marianna Ferrari vi ſiano una caſa palazzata con trappeto , ed orto di ceſſi , ed un tenimento d' olive nel luogo detto la Chiubica , pervenuti a Marianna per la perſona di Scipione Ferrari olim ſuo Padre dall' eredità di Pietro Ferrari di lei Patriuo magno ,

Che nel 1733. Pietro Ferrari fe' l' ſuo ultimo ſolenne Teſtamento , e non avendo figli , o altri deſcendenti , ed avendo Nepoti maſchi , e femine di due ſuoi fratelli germani premorti, Francesco e Giacomo Ferrari, furono tutti li ſuoi nepoti da lui gratificati , ma con inegual ſorte : perche Scipione unico figlio maſchio di Francesco, fu agl' altri prediletto per eſſere ſtato iſtituito erede univerſale , e particolare tanto nell' uſufrutto , quanto nella proprietà in tutti , e qualiſivogliano ſuoi beni ; ordinò però su li cennati due poderi un fedecommeſſo di non poterſi vendere , o alienare , acciò andaeſſero da erede in erede di Scipione , intendendo per eredi li figli maſchi del medefimo, procreandi in coſtanza di matrimonio , e non procreando maſchi , vi ſuccedeſſero le femine del medefimo Scipione , e non procreando poi detto Scipione nè maſchi , nè femine , in tal caſo , che andar doveſſero li cennati due poderi a D. Teſeſa , e D. Geſſomina, loro eredi , e ſucceſſori tanto maſchi , quanto femine . Traſcriveremo a ſuo luogo le parole della particolar diſpoſizione di queſti due teni-

tebimenti, come quelle, dalle quali si vedeva forgere un ideato assoluto fedecommesso, unque mai dal Testatore ordinato.

Gravò Scipione erede istituito a collocar in matrimonio D. Gelsomina, e D. Teresa, di lui sorelle germane, con darli dotali 1000. per ciascheduna di dote, ed ordinò tra queste una reciproca sostituzione nelli dotali 1000. nel caso di morte senza figli di ciascheduna, e nel caso poi, che ambedue mancassero senz' aver procreati figli, volle, che tutti li dotali 2000. ritornassero a Scipione erede istituito.

Gravollo pure di prestar alcuni legati in beni stabili, e quantità a figli maschi, e femine di Giacomo altro suo fratello premorto, li quali però non avessero dovuta tentar lite alcun' a Scipione erede istituito, e tentandola fossero privati delli legati, perche in tal caso voleva, che tutto fosse stato di detto Scipione erede, e non delli figli di Giacomo, protestandosi, che la sua disposizione l' avea regolata a maggior gloria d' Iddio, e per pura carità, essendo beni da esso lui acquistati, come dal Testamento fol. 29. e 36.

Che da Scipione fu adita l' eredità, e prestati li legati. Che da Scipione casato con D. Eleonora Oriolo in costanza di matrimonio furono procreati due figli, uno maschio, e l' altra femina, li quali ambedue al Padre sopravvissero. Il maschio, che fu postumo dichiarato erede del Padre *cum onere dotandi sororem de paragio*, sei mesi dopo nato, passò a vita più felice, e di lui ne fu dichiarata erede per *mediocritate* D. Eleonora Madre, e l' altra metà *facto* col possesso de' beni fu adita da Marianna sua sorella ultima morta, dieci anni dopo 'l Padre, e n' è stata dichiarata erede D. Eleonora Oriolo di lei Madre. Questi fatti non vengono altercati dalle parti, e compilato l' termino, ritrovasi la causa in stato di decidersi.

La controversia si raggira nel vedersi, se su li due sopraccennati poderi da Pietro Ferrari fu stabilito un espresso assoluto, e perpetuo fedecommesso a beneficio di D. Gelsomina, e D. Teresa Ferrari, così nel caso di morte di Scipione erede istituito senza figli, come nel caso, che li figli di Scipione al Padre superstiti, fossero morti senza figli, com' è accaduto. Credono D. Teresa, e D. Gelsomina, ch' espressamente fian chiamate al godimento delli cennati due stabili in ambedue li casi, e che qualora non fosse sì espressa la di lor chiamata in ambedue li casi, che dalle conjetture si vadi manifestamente a conoscere tal' essere stata la volontà del disponente: In maniera che per la morte de' figli di Scipione senza figli, per fedecommesso espress', o tacito, credono esser' invitate al godimento della casa palaziata, e dell' oliveto nella Chiubica.

Per l' opposto D. Eleonora Oriolo Madre, ed erede *ab intestato* delli figli di Scipione, crede con umiltà, e franchezza poter dimostrare, che dal Testamento di Pietro Ferrari mica si vegga ordinato un assoluto, e perpetuo fedecommesso in caso di morte, ma solo un fedecommesso condizionale in caso d' alienazione.

Che qualora si vogli stabilito un assoluto fedecommesso, fu solo a beneficio de' figli di Scipione, o maschi, o femine, e condizionatamente, non procreando Scipione figli, a beneficio delle magnifiche Sorelle

di ~~Ferrari~~ dal che non essendosi verificata la condizione, ed avendo Scipione procreati, e rimasti figli, si estinse affatto la chiamata di D. Teresa, e D. Gelsomina, restando li due poderi liberi nel dominio de' figli di Scipione.

E finalmente che non vi sian' affatto congetture valedoli per l' estensione d' un fedecommesso contenzionale a restitutorio, discensivo a collateral', e lineale, condizionato in un certo, e determinato caso ad un caso difficile, e totalmente opposto.

Scrivendo noi per la magn. D. Eleonora Oriolo, erede di suoi figli, in esclusione del preteso fedecommesso su li due cennati poderi, dividiamo questa scrittura in due punti: nel primo, scriveremo del fedecommesso espresso; nel secondo, risponderemo alle conghietture in esclusione del fedecommesso tacito.

PUNTO PRIMO

Nel quale si dimostra, che da Pietro Ferrari altro fedecommesso espresso non fu ordinato, che quello di non potersi vendere, o alienare li due sopraccennati poderi, e non già un fedecommesso assoluto in caso di morte, ed anche che si vogli ordinato un fedecommesso assoluto, fu a prò de' figli procreandi da Scipione Ferrari, e condizionato, non procreando figli, a prò delle magnifice D. Gelsomina, e D. Teresa Ferrari, dal che per la nascita de' figli di Scipione si estinse affatto la chiamata delle magnifice Sorelle di Ferrari, e molto più per esserne sopravvissuti li figli a Scipione.

OR conviene trascrivere le parole della particular volontà di Pietro Ferrari per li due cennati stabili, come quelle, che decidono questo punto. Egli dopo aver instituito erede universale, e particolare in tutti, e qualsivogliano suoi beni Scipione Ferrari soggiunse.

E perche in detta mia eredità de' beni stabili si rattrova un tenimento d' olive piccole, e grandi posto nel Territorio di questa Città di Corigliano, dove si dice la Cbiubica, che si vada in questa marina, che l'anni passati comprai dal Signor Giuseppe Giardino mio Cognato, come ancora la mia Casa palaziata con trappeto, ed orto di celsi attaccati a detta mia casa, intendo, e voglio, che tanto detto tenimento d' olive, e casa palaziata, trappeto, ed orto, come sopra, siano sottoposti a Fedecommesso, come io faccio, ed ordino, che non si possano vendere, alienare, permutare, o altro, ma che sempre siano sottoposti a detto Fedecommesso, che vadano da erede ad erede di detto Scipione Ferrari, e successori in perpetuum, quale casa palaziata con trappeto, ed orto stanno posti dentro questa Città nel luogo detto li Pignatari, però detto fedecommesso, come sopra espresso, e confinato, intendo,

do, ed ordino, che debbia, ed abbia d'andare da erede mascolino di detto Scipione Ferrari mio erede procreandi in costanza di matrimonio, e mancando gl' eredi mascolini c' abbiano, e debbiano succedere a detto fedecommesso le figlie femine procreande da detto Scipione erede, & quod absit, che detto Scipione non procreasse figli maschi, nè femine, in tal caso, ed ogni tempa ordino, e voglio, che li suddetti beni sottoposti a detto fedecommesso vadino, e debbano andare alle Sorelle di detto Scipione, anche figlie di detto Francesco Ferrari, e dalla Signora Rosalia Papa per nome chiamate Gelsomina, e Teresa Ferrari loro eredi, e successori in perpetuum tanto maschi, quanto femine, ma che solamente s' abbiano da dividere l' annue entradi, e rendite ugualmente resti ferma detto fedecommesso, come sopra dalle parole del Testamento fol. 32.

Da queste parole di Pietro Ferrari D. Gelsomina, e D. Teresa Ferrari vogliono esserli ordinato, e stabilito un espresso, perpetuo, ad assoluto fedecommesso a lor beneficio in ogni caso, ed in ogni tempo che Scipione erede istituito fosse morto senz' aver procreati figli, o procreati fossero a lui premorti, o superstiti al Padre fossero indimorti senza figli com' è avvenuto; E non è questo un pensare contro le chiare parole del Testamento, l' espressa volontà del Testatore? Appellasi fedecommesso espresso quello, che venghi ordinato con parole, nelle quali non vi sia veruna dubbiezza, ed ambiguità, che possi porre in forse la volontà del disponente. Or se si legge in questa special disposizione ordinato, che morendo Scipione erede istituito senza figli, o con figli, li quali morissero senza figli e nell' uno, e nell' altro caso invitate le sorelle di Ferrari, al godimento delli sopracennati poderi? si legge solo la chiamata delle magn. Attrici nel caso che, *quod absit, che detto Scipione non procreasse figli maschi, nè femine*. Dunque avvedo Scipione non sol procreati, ma lasciati figli maschi, e femine, non si è verificata la condizione sotto la quale si leggono chiamate? Noi siamo nel caso della morte de' figli di Scipione senza figli, al quale non avendo il Testatore provveduto, si deduce per conseguenza, che non volle provvederlo, acciò li beni restassero liberi alli figli maschi di Scipione, ed in mancanza de' maschi alle femine.

L' espressa volontà di Pietro Ferrari non fu altra, che ligar le mani a Scipione suo nipote, ed erede allora giovinetto, e non ancor casato d' alienar per atto tra vivi li due notati poderi, ordinando con ciò un fedecommesso mero controvenzionale in caso d' alienazione per atti tra vivi: eccolo dalle parole del Testamento, che convien ripetere.

Intento, e voglio, che tanto detto tenimento d' olive, e casa palaziata trappeto, ed orto come sopra siano sottoposti a fedecommesso, come io faccio, ed ordino, che non si possano vendere, alienare, permutare, o altro, ma che sempre siano sottoposti a detto fedecommesso. Si fa replicatamente parola di fedecommesso, ed altro non si vede ordinato, che non si possano vendere, alienare, o permutare, senza che si facci parola di morte. ed in caso di morte di chiamata. O. de.

Testamento l' fedecommesso al divieto d'alienarli per atti tra vivi. Questo divieto, o sia proibizion d'alienare in due maniere vien da nostri DD. considerato; o qual conghietture della sostituzione ordinata in caso di morte; o pure come principal disposizione. Della prima ne parleremo nel punto secondo, ove ci siam determinati, rispondere alle conghietture. La seconda, alla quale si riduce la disposizione di Pietro Ferrari, convien sottoporla ad esame.

La proibizion d'alienare senza comminazion di pena, senza contemplazion di famiglia, o di persona alla quale andar dovesse la cosa proibita alienandosi, contro la forma prescritta dal Testatore, per legal disposizione si riduce ad un nudo precepto, e consiglio per li notissimi Testi in *l. Filius fam. §. divi et 2. de legat. 1.*, e in *l. Lucius de legat. 3.* essendo in liberta dell'erede di seguire il consiglio del Testatore, o no. Qualificato poi il divieto, che li nostri dicono vestito colla contemplazione della famiglia, o della persona, la quale avocar potesse la cosa alienata, si rend' efficace, e costituisce un fedecommesso controvenzionale; al quale si da luogo nel preciso caso dal Testatore ordinato, come chiarissimi n' abbiamo l' esempi nel *l. Pater Filium §. Filiam suam de legat. 3.* nella *l. peto §. Fratres de legat. 2.* con altri concordanti ed espressamente nella *Novel. 159. de restit. Fid. com.*; ed è questa una teorica certa, ed indubitata nella legal disciplina.

Vediamo ora cioche fu ordinato da Pietro Ferrari: Ch' avesse ordinato, e repetito 'l nome di fedecommesso, che non si possano vendere alienare, o permutare sarebbe stato inutile, se non avesse soggiunto, che vadano di erede in erede di detto Scipione: ecco la causa, che veste il divieto: ecco le persone, le quali se mai da Scipione si fossero contro l'ordinato dal Testatore venduti, alienati, o permutati li due controvertiti poderi, avrebbero potuto rivendicarli. Questo fedecommesso sol controvenzionale è quello, che fu espressamente ordinato da Pietro Ferrari, al quale si da luogo sol nel caso di controvenzione alienandosi contro la forma dal Testatore prescritta. Se da fedecommesso controvenzionale si possi far estensione a fedecommesso assoluto in caso di morte, è una delle più intrigate legali controversie. Non cale a noi esaminare questa disputa a minuto: atteso crediamo, ch' anche dato per fedecommesso assoluto quello ordinato dal nostro Testatore, pur le magnifice D. Teresa, e D. Gelsomina restano escluse: Diciamo solo che la comune scuola de' nostri DD. in questa disputa ha seguitata la distinzione del famigerato *conf. 363. di Decio*: che sol divieto in se stesso non sia nudo, ma da causa vestito, efficace per il fedecommesso controvenzionale, e più di tal causa vi sia altra ragione dal divieto indipendente, acciò sia questa ragion' operativa, s' estende il fedecommesso da controvenzionale ad assoluto. Se per contrario, vi sia sol quella ragione, per la quale si rende valida, e vestita la proibizione, non può darsi estensione, sebben concepita con strettissime parole, e denotantino perpetuità.

Tiberio Decian. seguitando questa distinzione coll' opinione di Soccia,
e di

e di *Gabriel*: il quale *ab enamevazione Doctorum* dice esser la comune nel *conf.*... così scrisse: *Et postremo animadvertendum, quod differentia, antestator prohibuerit alienationem bonorum suorum simpliciter puta nolo bona alienari, & addiderit postea causam, quia volo remanere in familia vel in meos descendentes, an vera prohibuerit alienationem extra familiam ratione addita expressa, quia voluit remanere in familia; nam primo casu videtur magis comunis, quin inducatur fideicommissum in casu alienationis tantum, & est ratio quia cum simpliciter prohibitio facta fuerit nullo habito respectu ad familiam, sive descendentes non valuiſſet illis prohibitio tamquam nuda.... & ideo ut vestiretur, & valeret addit causam quia voluit bona sua remanere in familia, vel in suos descendentes, & ideo illa causa adjecta satis operatur, cum faciat prohibitionem de nulla validam, nimirum si inducat fideicommissum tantum in casu alienationis.*

Ant. Peregr. nel trattato de fideicom. nell'articolo 14. tratta di proposito quest' articolo; riferisce l'opinione contraria tra Dottori, e restringendo poi la controversia alle diverse formole de' fedecommissi controvenzionali dice egli, che se dal Testatore si sia proibita l'alienazione: *quia vult in sua familia conservari, vel quia vult ea apud suos posteros, & descendentes permanere*, che in tal caso, non ostante l'opinione di *Arctin.*, e loro seguaci per lo fedecommissio assoluto la contraria opinione sia la più vera difesa dallo stesso *Soccino* a se stesso contrario da *Dec. conf. 218. & conf. 89., e 119. da Alciat. virilmente nel conf. 31. da Curt. Jun. conf. 47.* da qual si considera al riferir di *Peregr.* nel num. 15. in fin. *Quod aut Testator adjecti hæc verba, quia voluit bona sua conservari in familia, absque prohibitione alienationis præcedente, & tunc operetur absolutum, & simpl. x fideicommissum: aut adjecta fuerunt prohibitioni, & tunc aut prohibitio erat nuda, & operentur validitatem prohibitionis, & fideicommissum committitur in casu contrafactionis tantum; aut prohibitio erat valida, & eo casu operentur absolutum fideicommissum cum alium effectum operari non possent*, e doppo aver riferita l'opinione di molti altri DD. dà *Peregr.* il suo sentimento nelle seguenti parole: *Et hæc in contingentiâ facti mihi verior de stricto Jure visa fuit, sive prohibitioni adjecta sit clausula, quia in perpetuum voluit, sive enim omiſſa perpetuitatis mentione, ut per Doctores in dictis locis, & est casus expressus in Auth. de resti fideicom.*

Anzi *Ant. Peregr.* è della stessa opinione in due altri casi più forti, che la proibizione non sia nuda, ma vestita, *ne alienari possint de meo nomine, de mea familia, de meis descendentes*, ed indi aggiunta la ragione, *quia voluit bona sua in eos, vel in sua familia conservari*, o pure proibita l'alienazione *extra familiam, ut in familia relinquatur*, sempre che non vi sia antecedente disposizione per un fedecommissio assoluto, com' egli scrive nel num. 18. dello stesso articolo provandolo con sode massime legali, e rispondendo a tutte le opposizioni in contrario. Così pure *Vincen. Fusar. de fideic. quest. 688.*, il quale doppo aver riferita l'una, e l'altra opinione, dice non doverſi così nel consultare, come nel giudicare da questa oppi-

nione recedere, come più ricevuta, e più vera, anche che per prin-
 cipal disposizione sia aggiunta la ragione alla proibizione, *ut bona*
remaneant in familia. Lo fonda dalli sopracitati Testi della *l. Pater*
filium §. filiam de legat. 3. ove la proibizione d' un' edificio, che non
 uscisse dal suo nome, *sed ad vernas pertinere*, dal Giureconsulto
 Scevola sol tanto un fedecommesso controvenzionale s' istimo sta-
 bilito, e nel §. *Pater*, ove si propone il caso della proibizio-
 ne dell' alienazione fatta da un Padre a' figli Bredi istituiti de'
 predj, che li pervenivan dalla di lui eredità, acciò si conserva-
 ssero per li di loro successori, e che se ne cautelassero *ad invicem*,
 Scevola rispose: *nil de fideicommissis proponi*. Ecco le parole del
 Testo: *Pater filios heredes scripserat, & adiecerat, pradia, quae ad*
eos ex bonis meis perventura sunt, nulla ex causa alienent, sed con-
servent successioni suae: deque ea re invicem sibi cavent: ex his ver-
bis quaesitum est an pradia per fideicommissum relicta vitentur: Re-
spondi, nil de fideicommissis proponi. Io maniera ch' il fedecommesso
 controvenzionale, che fonda si nel divieto di poterli li beni aliena-
 re, non s' estende a fedecommesso assoluto: se oltre la ragion, che ve-
 ste la proibizione, non vi sia altra indipendente ragione per la quale si
 vegga principalmente ordinato un fedecommesso assoluto. Nella di-
 sposizione di Pietro Ferrari, tranne la ragion che veste il divieto, non
 si legge altra ragione, anzi congettura per un fedecommesso absolu-
 to, ne le parole, *che sempre siano sottopost' a detto fedecommesso,*
che vadano da Erede ad Erede di detto Scipione Ferrari, e successori
in perpetuum fanno alterar' il divieto, poiche queste si sentono se-
 condo la *disposizione* del precedente fedecommesso, ed a vita di
 colui a cui è espresso, o intrinsecamente è diretto il divieto, co-
 me, coll' Autorità di *Dreio*, di *Ces.*, di *Menoch.*, di *Mart.*, di *Ru-*
sario, ed altri, scrisse il *Rag. Capocelati*, nella *consult. 32. num. 58.*
ivi: Nec aliqua vis erit facienda in multis verbis semper, & in perpe-
tuum, intelliguntur enim secundam subjectam materiam, nec inducunt
fideicommissum, ubi non est, nec esse potest, & restringuntur ad ter-
minos fideicommissi praecedentis, lo stesso scrisse coll' autorità di *Gr-*
tian. Gio: Battista Hodierna nella *controvers. 32, num. 47.*, e v' è l'es-
 presso caso del Testo nella *sopracit. l. Pater filium* nel §. *fundum Ti-*
tianum, ove proibita l' alienazione *quoad vixerit*, sebbene poi fos-
 sero seguite le parole: *Ita enim sit, ut fundus Titianus de nomine*
vestro nunquam exeat, fu da Scevola determinato, che con tal rag-
 gione, quantunque denotante perpetuità colle parole *nunquam exeat*,
 non restav' alterata la precedente proibizione.

Questo è per legge, ma nel caso nostro vi concorre il fatto, perche lo
 stesso Pietro Ferrari, doppo aver detto da Erede ad Erede, e suc-
 cessor' *in perpetuum* volle spiegare coloro, li quali sotto queste paro-
 le si sentissero compresi, e dichiarò, che intendea per gl' eredi pro-
 creandi da detto Scipione in costanza di matrimonio maschi, ed in
 mancanza de' maschi le figlie femine pur procreande da detto Sci-
 pione, dal ch' essendos' in questa forma dichiarato 'l disponente,
 chi non va a conoscere, che per gl' eredi, e successor' *in perpetuum*
 in-

intender volle solo li figli di Scipione, alli quali soltanto adattansi le parole procreandi da detto Scipione.

Posso, che 'l fedecommesso ordinato da Pietro Ferrari si restringe ad un fedecommesso controvenzionale, perche non si vede fatta menzione di morte, ne veruna chiamata, o sostituzione in caso di morte, e che non vi sia ragione per estenderlo a fedecommesso assoluto, nasce per conseguenza, che proibita l'alienazione per atti tra' vivi, come fu ordinato da Pietro Ferrari, *che non si possano vendere, alienare, permutare, o altro*, non include gl'atti d'ultima volontà, o la successione intestata, e la ragion si è, perche il verbo di alienare nella propria sua significazione a contratti tra vivi s'adatta. Importa l'alienazione il trasferirs' il dominio, ciò che non si verifica negl'atti di ultima volontà per effetto della pura disposizione. Così al minore dalla legge li vien vietato alienar senza decreto di Giudice, ma validamente senza decreto per Testamento può disporre. Colui, a cui sia vietata l'alienazione, non controviene al divieto col disporne per Testamento: poiche la semplice disposizione non importa traslazione di dominio, se non seguita la morte, ed adita l'eredità. Da queste ragioni mossi Dottori, han per fermo, che, proibita l'alienazione con parole adatte a contratti tra vivi, non include gl'atti di ultima volontà, e molto meno la successione intestata, essendo questa una distrazione, che fa la legge, e non già l'uomo. Su questo articolo v'è la chiara determinazione di Scevola nella *cit. l. Pater filium* nel §. *Jul. Agrippa*; e nel §. *quindecim de legat. 3.*

Al sentimento di Scevola non può opporsi quello di Papiniano in *l. Peta* §. *Fratre de leg. 2.* ove la proibizion d'alienare esclude l'istituzione dell'erede straniero, perche nel caso di Papiniano alla proibizione v'era aggiunta la ragione, *ut in Familia relinqueretur*, per la quale ragione determinò quel gran Giureconsulto, che controvenivasi al divieto disponendone per atto d'ultima volontà; Perciò li nostri DD. in questo si sono regolati dalle parole del divieto: se le parole abbino compresi, così gl'atti tra vivi, come quelli d'ultima volontà o siasi considerato, che la proibizione veniva diretta alla conservazione de' beni nella famiglia, han seguitata la determinazione di Papiniano: se le parole si riferiscano nel atti tra vivi, senza contemplazione d'agnazione, han seguitata la determinazione di Scevola: ma nell'uno, e nell'altro caso la successione intestata unqu: mai vien esclusa dalla proibizione d'alienare: perche è disposizione di legge, e non di Uomo, così han scritto li nostri più pesati DD., così è stato deciso da' Senati forastieri, e dal nostro S. C. e per non tesserne un lungo catalogo ci basta raccordare a' Signori del S. C. quel tanto lascid scritto.

Il *Card. de Luca* anche nel fedecommesso conservatorio nel *discors. 54. num. 15.*, ed è bene, che se ne trascrivano le parole. *In proposito autem hujusmodi prohibitionum alienationis habentium dictam rationem accessorie, consequutive, ita ut ex*

illo non resultet fideicommissum restitutorium, sed solum conservatorium, pluries, ac pluries idem respondi, praesertim in una Sabinen. de Pedrocbis pro Luca Pedrocco; me consulente pro veritate, an dicta prohibitione non obstante, quamvis adessent illi de familia, extra quam Martinus ejus abavus prohibuit bona alienari, disponere posset ad favorem ejus nepotum ex sorore proximiorum, ac legitimorum ab intestato heredum, dum agnati de familia ab eodem Testatore per aliam lineam descendentes ab ipso quinto gradu distabant; Et respondi affirmativè, quoniam fideicommissum conservatorium non tollit successionem ab intestato, neque illius ordinem pervertit, etiamsi legitimi successores non sint de familia juxta doctrinam Bart. in l. p. 10 §. Frat. num. 2. & l. cum Pater §. cum inter ff. de legat. 2., quam ceteri sequuntur cumulati per Bellon. jun. cons. 1. num. 84. de Marin. resol. 131. num. 4. lib. 1. Fusar. quaest. 688. num. 100.

II. Senato de Mantua in una simile controversia, sebbene non volle entrar nella decisione dell' articolo sel fedecommissio controventionale possi estenderi a fedecommissio assoluto, ebbe però per vero, che proibita l' alienazione, e vendita, e permessa solo in caso di necessità, e tra quei della famiglia, nec aliter, nec alio modo non impediva poterne testare, come referisce Surd. nelle decis. 124.

L'acutissimo Fabro nel suo lodevolissimo codice così porta esserli deciso dal suo Senato lib. 6. Tit. 22. Defin. 4. le di cui parole è bene, che si riflettano, e si trascrivano, come quelle, che fan vedere, quando il fedecommissio controventionale si restringe all' atti tra vivi, quando include gl' atti d' ultima volontà, e quando da controventionale possi estenderi ad assoluto. *Prohibitio alienationis* (sono parole a Fabro) *extra Familiam, ut bona perpetuo in familia conserventur, fideicommissum inducere quidem solet, sed non nisi conditionale si alienatio extra familiam facta fuerit, & ut ajunt, in casum controventionis. Existisse autem conditio videbitur, si extraneus haeres institutus sit non item si ex causa successionis intestati bona Testatoris ad cognatum, qui de familia non sit, pervenerint, propterea quod in institutionibus factum Testantis in intestati successione sola legis potestas versatur. Ceterum si ad certas personas, certosve casus ea prohibitio restricta sit, cavendum erit, ne per largiorem, quam par sit, interpretationem conditiones suas egrediatur prohibitio, non quod odiosu videri debeat quae familiae conservanda favorem praese fert, maxime si nobilem proponas familiam, aut etiam illustrem, cujus facultates integras conservari publice quoque interfit, sed quia defunctorum voluntates, quantumcumque favorabiles adjuvanda sunt per interpretationem, ut tamen nunquam suppleantur, ne Testatoris rem tractantes ipso liberaliores videamur. At si qui bona sua perpetuo in familia conservari disertis per bis jusserit, aut quod idem est extra familiam alienari prohibuerit, addita prohibitionis ratione, conceptaque in hac verba quia volo bona mea perpetuo in familia remanere, magis est ut inter eos omnes, qui sunt ex familia, servato proximitatis ordine, grausque praerogativa, si leicommissum reale, & perpetuum, nec tantum gradule, sed etiam reciprocum relictum videat.*

-deatur, cui locus fieri debeat, quoties alioqui eventorum fit, ut ad extraneum, licet non nisi per viam successionis legitima bona devolvantur. Ita Senatus in eadem causa.

Dal nostro S. C. fu deciso, che la proibizion d' alienare concepita nella seguente formola, *quod nullatenus bona praedicta possunt vendi, alienari, sive pignori per ipsum Anastasium Donatarium, ejusque haeredes, & successores ex quavis causa etiam urgenti, & semper, & in perpetuum illa teneri deberent per ipsum Anastasium ejusque haeredes, & successores pro eorum victu, & sustentatione* non importasse fedecommesso assoluto, ma solo in caso di alienazione tra' vivi, come riferisce il Reggente de Rosa nella sua pratica civile cap. 4. num. 110.

Il divieto ordinato da Pietro Ferrari si riduce a vendita, alienazione, o permutazione; E la parola *altro* deve riferirsi a somiglievole contratto, come di pignorazione, locazione perpetua &c.

Ma fingasi, che 'l fedecommesso ordinato da Pietro Ferrari mero controvenzionale possi estendersi a fedecommesso assoluto, anco in caso di morte (contro tutti gli legali assiomi) anzi che espressamente si fosse ordinato un fedecommesso assoluto, e restitutorio, qual vantaggio da ciò possan ritrarre le magnifiche Sorelle di Ferrari, non sappiamo vederlo. Pietro Ferrari nel stabilir il fedecommesso disse, che li due poderi andar dovessero da Erede ad Erede di detto Scipione Ferrari, e successor' *in perpetuum*, e sin qui sarebbe al certo stato inutile il fedecommesso, perche per nome di Eredi, e successori certamente sentivasi degl' Eredi anche stranieri, giusta l' espresso Testo in *l. annalibus Cod. de legat.*, e della *h. Pater §. Pater de legat. 3.*, e per gl' intieri *Tit. delli Digesti*, e del *Cod. de haeredibus instituendis*, ma come susseguendo disse, che per Eredi intendea li figli procreandi da Scipione in costanza di matrimonio masculini, ed in mancanza di costoro, che ci dovessero succedere le figlie femine, procreande da detto Scipione, è certo, che volle intendere per gl' Eredi del sangue, ma sempre colla qualità ereditaria, poiche, quando dichiarò, che per Eredi, e successori intendea li figli, espressamente li chiamò, com' eredi di Scipione, in maniera che volle, che fossero figli, ed Eredi, come insegnò *Bart. nella l. ex facto. Bald. nella l. 1. Cod. de condit. insert. Succin. nel conf. 158. lib. 2.*, *Decio nel conf. 38.*, *Cravet. nel conf. 131.*, *Decian. nel conf. 98. vol. 3.*, *Perigr. artic. 32. num. 34.*, *Fusar. quest. 338. num. 5.*; E venendo chiamati colla qualità ereditaria, ancorche espressamente chiamati, potea ben il Padre gravarli, ed eran tenuti al gravame, pe' l' Testo della *l. cum a Matre Cod. de rei vindicatione*, e pe' l' Testo della *l. unum ex familia §. si rem ff. de legat. 2.*, e per quello scrisero per questi Testi Paolo de *Castr. in l. fil. fum.*, *Curt. Sen. nel conf. 45.*, *Rimin. nel conf. 528.*, *Surd. nella decis. 322. Menoch. nel conf. 958. Sforz. Quid. de fideic. quest. 2. artic. 5. num. 70.* seguitati dal *Reg. Capec. nella consult. 32.*

Passiamo avanti. Siano pur chiamati *ex propria persona*, come discendenti, e non quali Eredi li figli maschi di Scipione al godimen-

to del preteso assoluto fedecommesso ordinato da Pietro Ferrari su li due cennati poderi, dal che invitato al sedetto fedecommesso Scipione Juniore figlio postumo di Scipione Erede istituito, e nella mancanza di costui Marianna ultima morta, per la quale il Testatore disse: *E mancando gl' Eredi masculini, ci abbiano, e debbano succedere le figlie femine, procreande da detto Scipione Erede, chiamando le figlie femine col verbo succedere, che altro non volle dire, che chiamarle come Eredi ab intestato di Scipione loro Padre, potche il verbum succedere è proprio per le succession' intestata,*

Non vogliam' entrar nella disputa, se per la natività del postumo maschio s' estinse affatto l' invito delle femine chiamate in mancanza delli maschi, atteso all' istesso maschio dove succedere così la Sorella, come la Madre, articolo già dibattuto, e deciso dalla Gran Corte della Vicaria, e dal B. C. S' abbi per invitata *ex propria persona* Marianna Ferrari figlia legitima, e naturale di Scipione al godimento del fedecommesso assoluto preteso ordinato da Pietro Ferrari; questo non giova affatto alle magnifiche Sorelle di Ferrari, come chiamat: sotto l' espressa volontaria condizione, che Scipione non procreasse ne' maschi ne' femine, *quod absit che detto Scipione non procreasse figli maschi, ne femine, in tal caso, ed ogni tempo ordino, e voglio, che li sudetti beni sottoposti a detto fedecommesso andino, e debbano andare alle Sorelle di detto Scipione.*

Non crediamo, che possi porsi in disputa, che la chiamata delle Sorelle di Ferrari, come addetta ad un futuro dubbio evento, fosse condizionata, sottopost' ad una condiz on volontaria dipendente dalla libera volontà del disponente; or non essendosi la condizion verificata, per la quale li due poderi dovean passare da Scipione a D. Gelsomina, e D. Teresa, ed essendosi verificato il caso, che Scipione non solo avesse procreati, ma lasciati figli maschi e femine, non sappiamo vedere, con e a D. Gelsomina, e D. Teresa li salti in testa, che per espresso fedecommesso siano elle invitate al godimento de' due cennati stabili? Fors' è nuovo in Jure il legal assioma tratto dalla *l. qui hære ti §. fin. ff. de cond., & demonstr., quat paria sunt nil fieri, aut fieri sub conditione, quæ purificata non fuerit, & deficiente conditione, deficiet ipso Jure dispositio?* e che una volta estinta *amplius non reviviscit?* E certo che le condizioni principalmente volontarie devono verificarsi in forma specifica, e basta che in un sol momento siano adempire, o pur in un sol momento estinta la speranza di poterli adempire, attendendosi il principio, e non la durata pe' l' Testo della *l. si quis hæredem ff. de instit., & subst.,* così per l' Istituzioni universali, come per li ligati, e fedecommessi per l' *§. quod & in legatis della cit. l. si quis hæredem;* E però, siccome nelle condizioni affermative, s' attende il principio dell' esistenza, e non si cura il tratto successivo, così nelle condizioni negative basta, che in un sol momento di tempo si verifichi l' opposto, e la ragion si è, *perche contrariorum eadem est disciplina Text. in l. i. ff. de his, qui sunt sui,* e si da

si da luogo alla regola, *quod operatur probosum in proposito operatur oppositum in opposito. Text. in l. fin. §. fin. ff. de legat. 3.*

Così nelle condizioni *si consul factus fuerit, si nupservit, si vidua erit,* s'attende il puro momento, che sia consolo, vidua, o maritata; e si dee l'eredità, o il legato, ancorche deponga il Console il consolato, passi la vidua allo stato conjugale, la maritat' al vedovile, per l'espressi Testi in *l. si quis heredem cit. Tit.*, e della *l. fin. C. de iudic. viduit. toll.*

Così nella condizione *si liberos habuerit* v'è l'espresso Testo degl' Imperadori Severo, ed Antonino, che si debba il legato *statim* nato un figlio, poco importando, che immediatamente muoja, come leggiamo nella *l. cum uxori C. quando dies legati, vel fideic. cadit. i. vi. Cum uxori ususfructus fundi legatur, & ejus proprietatis, cum liberos habuerit, nato filio statim proprietatis legati dies cadit, nec quicquam obest si is decedat.* Uniforme a questa determinazione sono l'altre, che leggiamo nella *l. si vir Uxori*, e nella *l. solemus ff. de cond. & demonstr.*, e la ragion' è quella da noi sopr' additata, e che ci viene somministrata dal cit. Testo della *l. si quis heredem Cod. de Instit. & substit. i. vi. Sancimus quandocumque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore: sive post mortem: conditionem videri esse completam.* E nel Testo della *l. heredibus ff. ad Trebell.* dal Giureconsulto Scevola per la stessa ragione, fu deciso un caso, che non è fuor di squadro per la decisione della corrente causa averlo presente. Tizio institui eredi due suoi figli, con reciproca sostituzione tra essi loro, morendo cadauno senza figli, e non rattrovandoli vivo pregolli, che 'l restituissero alla Madre, e soggiunse *vosque liberi carissimi hoc fideicommissum teneri invicem volo, donec liberos binos educaveritis*: Fu dal Giureconsulto domandato, se un degl' Eredi, procreati due figli se ne fosse indi morto senza figli, era tenuto al fedecommissum? rispose Scevola: *Secundum ea, quae proponuntur videri fideicommissi onere liberatos*; E pure trattavasi d' una disposizione paterna con reciproca sostituzione, indi gravati del fedecommissum colla condizione *donec binos liberos educaveritis*, che sembrava importasse tratto successivo: ma perche in un sol momento, che procreati, e nati li figli, dal Padre poteansi dir' educati, in quel momento si stimò estinta la condizione, colla quale eran gravati del fedecommissum, ed una volta estinta *amplius non reassumit*, per avvalerci della frase di Cujacio.

Nel caso nostro vi è una ragion più forte, perche la chiamata delle Sorelle di Ferrari fu sotto la momentanea condizione, nel caso che Scipione Erede istituito non procreasse figli, che certamente s'estinse colla semplice nascita de' medesimi, e furono chiamate nel preciso caso, che non procreasse figli, & *quod absit, che detto Scipione non procreasse figli maschi, e femine in tal caso &c.* per le quali parole, in tal caso, restringeti la disposizione al caso espresso in esclusione d' ogn' altro caso *Text. in l. 4. §. fin. ff. de cand. & demonstr. Gravet. conf. 98. num. 5. Peregr. artic. 29. num. 28. Cyriac. lib. 2. contr. 28. Ciarl. lib. 1. cap. 100. num. 2.*

Ma qui si piglia il detto *Contraddittivo*, eh' alle parole, *in tal caso*, suffieguono l'altre, *ed ogni tempo*, per le quali si deve presumere essersi da Pietro Ferrari ordinato un perpetuo fedecommesso in ogni caso, in ogni tempo, e per ogni futuro evento, che li figli, e descendenti *in perpetuum* da Scipione fossero mancati senza figli.

Son verissime le parole *ed ogni tempo*, che suffieguono immediatamente doppo le parole *in tal caso*, è fallà però l'illazione, che da queste parole si debba presumere un fedecommesso assoluto perpetuo, poichè non possono queste alterar la condizione, sotto la quale le magnifiche Sorelle di Ferrari sono chiamate, e mutar la significazione del verbo col farli produrre un effetto diverso, anzi contrario. A queste parole la risposta caminarebbe nel secondo punto, ove ci siam deliberati rispondere alle congetture, giacche in questo punto se parla del preteso espresso fedecommesso: ma si risponda qui, e si ci risponda con vere legali massime, ed indubitate, per le quali crediamo bene, che le parole, *ed ogni tempo* senza farle essere superflue, ed otiose, ben vero operative ogni altro possono produrre, tranne quello della chiamata delle Sorelle di Ferrari, nel caso della morte de' figli di Scipione senza figli. Per vedersi a ch' al più estendere si possa la chiamata condizionata delle Sorelle di Ferrari per le parole *ed ogni tempo*, è ben che li dottissimi Giudicanti si ricordano.

Che la Teorica da noi fondata, per le condizioni volontarie, che per loro natura siano momentanee vien dalla comune scuola de' Dottori limitata, *uso* dalle parole della disposizione, possi adattarsi tratto *successivo*, perchè allora non s' attende sol il momento della purificata condizione, ma ben anche la durata, e l'effetto uniforme però alla condizione, e non già dissimile, o contrario, così scrive coll' opinione di *Bart. Alberic., Angel.*, ed altri il *Card. Tusco lit. C. conclus. 598.*

La chiamata delle Sorelle di Ferrari fu sotto la precisa condizione, che Scipione non avesse procreati figli ne' maschi, ne femine. Questa condizione *si liberos non genuerit, vel non habuerit* promuove tra Dottori una delle più belle controversie: se riputar debbasi momentanea, in maniera che riputasi verificata nel momento della nascita de' figli, per un picciol momento, che doppo la nascita respirano ancorche al Padre non sopravivano; o pure che abbi tratto *successivo*, e durata sino alla morte del Padre, nel qual tempo si riguarda l' esclusione del sostituto. Promuovono questa controversia il *Card. Mantica de Conjectur. lib. 11, num. 2., Castil. tom. 5. cap. 89. de conject. ultim. volunt., Anton. Peregr. de fideicom. artic. 29. num. 21.*, e dopo aver riferito essere questo punto molto controversito, seguitando egli l' opinione di *Aratini*, fonda esser la condizione *si liberos non habuerit* mera momentanea, che ad escludere il Sostituto, basta che per un sol momento 'l gravato abbi avuti figli, ancorche nel tempo della morte non l'abbia, e questo scrive aver luogo pur anche nel caso particolare d' essere stato l'erede gravato a dar qualche cosa dell' eredità sotto la condizione *si liberos non habuerit*.

So-

Sono molto stringenti le ragioni addotte da Peregr., e fornite di vere legali massime, e molto adatte al nostro caso, e però ci convien trascriverle: *Sed hic congrue quæro quid si Testator heredem scriptum post ejus mortem gravaverit hereditatem, vel aliquid dare, sub conditione si liberos non habuerit, an ad excludendum substitutum sufficiat, heredem liberos habuisse, quamvis non extiterint mortis suo tempore: Hanc quæstionem reassumit Mantic. loco cit. num. 5. porro contra substitutum decidunt Jacob. de Aret., & Alberic. de Rosar. in detta l. ex facto §. si quis autem, & præter eos Paul. de Castr., Jason. in detta l. in substitutione col. 4. & in l. si quis heredem col. 4. Cod. de instit. & substit., ubi refert sic fuisse de mente Ang. in l. generaliter §. cum autem Cod. de Instit., & substit., & consuluit in cons. 364. Rationes amosunt hæc: conditio cum liberos habuerit statim filiis natis purificatur detta l. cum Uxori Cod. quando dies legati cedit, ergo per contrarium, conditio si liberos non habuerit statim deficit, ut contrariorum contraria sit ratio.*

Secundo quia considerari potest natis filiis testatorem noluisse gravare heredem propter dimefa impendia filiorum causa.

Tertio videtur Text. in l. heredibus ff. ad Trebell. ubi illa conditio, donec binos liberos educaveritis evacuat fideicommissum collatum post mortem sub conditione si sine filiis, statim susceptis filiis, igitur & ista si liberos non habebit.

Quarto quia evidenter multum interest inter hanc conditionem si decesserit sine filiis, & inter si liberos non habuerit, nam primo caso qui liberos præmortuos habuit antè ipsius mortem verè sine filiis decessit d. l. ex facto §. si quis autem, qui autem filios habuit, licet præmortui sint, verum tamen est filios habuisse, ac ideo falsum est filios non habuisse, ideoque conditio deficit, nempe in conditionibus nudum, & mexum factum inspicimus l. qui heredem, & d. l. Marcius ff. de cond., & demonstr. Denique ultra Paul., & Jason. non adductos per Mantic. extat Bald. decis. cons. 57. tom. 2. ubi determinat, quod conditio hæc si liberos non genuerit, statim natis liberis deficit, & substitutus ob defectum conditionis excluditur.

Non ostante però, che questa sia l' opinione comune, e ricevuta convien confessare, che se nella disposizione vi sia parola, che denoti tratto successivo, allora l' opinione contraria è la più equa, che la condizione si liberos non genuerit in esclusione del sostituto, debba verificarsi nel dì della morte del gravato colla sopravivenza de' figli, e di questo sentimento fu Soccin. nella l. solemus, e nella l. cum Avus de cond. & demonstr. come se la condizione accompagnata fosse coll' adverbio *quandocumque liberos non genuerit*, che si adequa alla parola *ed ogni tempo* che non procreasse figli in questo caso giusta la Teorica di Soccin., di Cuman., di Alex., del Card. Mantic. d' Odd., ed altri la condizione si liberos non genuerit può pur verificarsi se al gravato li figli non sopravvivono: ed ecco di qual' efficacia sarebbero state le parole *ed ogni tempo* a prò delle Sorelle di Ferrari col sentirsi verificata la lor chiamata, anche nel caso, che Scipione, doppo aver

procreati figli fofs' indi morto senza figli. Interpretazione consona alla volontà del disponente, che volle, che da Scipione li due poderi andassero a D. Teresa, e D. Gelsomina, ed uniforme alla ragion legale, senza fare star superflue le parole *ed ogni tempo*, e senza fatli produrre un'effetto contrario.

Può pur rifletterfi, che le sudette parole *ed ogni tempo* se fossero dal Testatore apposte a favor di Scipion' erede istituito, giache riferiscono alla procreazione de' figli. Avendo il Testator' ordinato, che non procreando Scipione figli, li due poderi dovessero andare alle Sorelle di Ferrari, senz' aver fatta memoria in caso di morte, avrebbero le chiamate potuto, e con ragione, chieder' essersi verificato il caso della chiamat' a lor beneficio pria della morte di Scipione, reso soltanto inabile a procreare; E qui convien riflettere: che che dicono li Naturalisti, seguendo la sentenza di Aristotile gravissimo Filosofo nel *cap. 14. lib. 5. de byst. Animalium*, che l'vuomo atto sia alla procreazione sino al settagesimo anno; che che si narra di Massinissa Rè della Numidia aver generato Metimato nell' età di anni ottantasei, al riferir di *Plin. nel lib. 7. cap. 14. dell' Istoria naturale*, e di *Valev. Massim. lib. 8. de Senectute de Massimissa Rege Numidia*; Che che si narra di Catone Censorino, che in età di ottant' anni avesse procreato l' altro Catone Avo di Caton Uticenze, giusta la testimonianza di Plutarco nella sua vita; Che che di Uladislao Rè di Polonia, ch' in età di novant' anni avesse generati due figli, Uladislao, e Casemiro, al riferir di Enea Pio nella sua Europa *cap. 25.*, inclinando li Giuristi circa *ea, quæ frequentius accidunt; compita* negli' vuomini l' età d' anni sessanta non si riputan più atti alla procreazione giusta l' opinion di *Fulgos. nel conf. 212.* per la magistral *Glos. nella l. si Pater fam. §. in arrogationibus ff. de Adoptionibus in verb. sexaginta*, per la qual ragione vien proibita l' arrogazione pria dell' età d' anni sessanta, potendo attendere alla procreazione senz' avalersi del legal beneficio per aver figli, a contemplazion de' quali dalla *l. Papia* confermata da Poppeo in tempo d' Augusto furono vietate le nozze alle femine, passata l' età d' anni 50. ed agl' Uomini d' anni 60. com' inabili alla prole. Giunto in tanto Scipione erede istituito all' età d' anni 60. avrebbero potuto benissimo D. Teresa, e D. Gelsomina chieder' e s' rsi verificata la condizione *sotto la quale venivan chiamate*, se non avesse soggiunto *in tal caso ed ogni tempo* col rispetto alla procreazione, per poterli pur verificar il caso speciale d' aver figli in altra più avanzata età.

Quando adunque concediamo, ch' il fedecommesso controvenzionale s' estend' a fedecommesso assoluto; condizionale, non procreando figli al tempo della morte senza figli, pur per la morte di Scipione con figli s' estinse affatto la chiamata di D. Teresa, e D. Gelsomina, e qui son proprj i terminj del celebre conf. 21. di Oltrad. ricevuto in tutti li Senati d' Europa, e canonizzato con tante sinodali decisioni del S. C. sino ad essersi imposto perpetuo silenzio su la controversia tra DD., se nel Foro sia detto config. ricevuto, come attesta il Reggente de
Pont,

Pont. nel *conf.* 61. e nella *decis.* 39. e il Regente Galeot. nella *contr.* 26. lib. 2.

Anz' il caso, nel quale consigliò Oltrad, era più forte del nostro per un durevole fedecommesso, anche dopo la morte de' figli. Il Testatore avea instituiti eredi un Fratello, e quattro nepoti di due Fratelli premorti, quali sostituì nella seguente formola: *Si aliquis heredum meorum sine filiis aut nepotibus aut deinceps descendantibus, & masculis morti contigerit, ejus portio devolvatur ad cohæredes superstites, vel eorum hæredes dum tamen sint masculi, & ex masculis secundum rectam lineam descendantibus*; Indi gravò li maschi a dotar le femine, e morendo poi tutti gl' eredi, senza figli, o nipoti, o altri ~~descendenti~~ maschi, ordinò che li suoi beni andassero alla Rom. Chiesa. Delli nipoti eredi instituiti, uno passò all' altra vita con aver lasciati quattro figli, de' quali uno si casò, e lasciò una figlia, che fè sua erede, e fu instituita anche dal Patruo. Nacque la controversia, se li maschi dell' eredi instituiti potean avvocare in vigor della sostituzione li beni pervenuti dal Testatore alla femina, così per l' istituzione del Padre, come del Patruo. Oltrado non dubitò esser fedecommessaria la sostituzione, ma estinta la chiamata per la morte del nipote instituito con figli, appunto per li termini delli Testi da Noi citati nella *l. si quis hæred. ad Trebell. l. cum uxori C. quando dies legat. ced.*

Chi non vede quanto questo caso era più duro del nostro, poiche in questo la condizione era: *Si aliquis heredum meorum sine filiis, aut nepotibus, & descendantibus masculis morti contigerit*, e per la nascita de' primi figli li stimò estinta la chiamata *ob non purificatam conditionem*; Nel caso nostro la chiamata è stata con la precisa condizione, se Scipione non procreasse figli, che si adatta alli soli figli immediati *ex corpore* di Scipione Ferrari, giusta la dottrina d' *Alciat. in l. liberorum num. 34. vers. Sextus casus ff. de verbor. significatione* seguitata da *Culd. Pup. decis. 353.* da *Thesaur. nella decis. 248. num. 8.* Nel caso d' *Oltrad.* si vedea contemplata l'agnazione per la chiamata de' maschi in esclusione delle femine; Nel nostro si veggono chiamate le femine in mancanza de' maschi. Nel caso d' *Oldrad.* oltre molti gradi di sostituzioni, in ultimo luogo veniva chiamata la causa pia, com' era la Chiesa Romana; Nel nostro fino alla chiamata di D. Gelsomina, e D. Teresa non v'è altro, che un grado di sostituzione per li figli procreandi da Scipione.

E' verissimo, che per le congetture, tal volta si suol recedere dal *conf. d' Oltrad.*; ma trattandosi d' una disposizione d' un estraneo, dal qual' è stata esclusa l'agnazione, non che contemplata, oh quanto queste congetture dovrebbero esser efficaci, stringenti, e concludenti, come nel secondo punto dimostreremo.

Qui dovrebbero terminare le nostre suppliche. su questo punto, nel quale abbiam fondato, ch' il fedecommesso ordinato da Pietro Ferrari fu li cennati due poderi fu mero controvenzionale in caso di alienazione, ch' estendendolo a fedecommesso assoluto, rispetto a D. Teresa, e D. Gelsomina fu condizionale, che per non essersi verificata la condizione, non han che sperare, ed estinto riputar deesi ogni vincolo, e gra-

gravame fin dalla morte di Scipione erede istituito con figli; ma accid veggano li nostri dotti Contraddittori, che più della lettera del Testamento, l'ostano tutte le legali massime, colle quali si sciogliono tutte le opposizioni in contrario, delle quali facendoci carichi, le risolviamo.

Potrebbero opporci, ch'essendo stati li figli di Scipione espressamente chiamati al godimento de' cennati due poderi, e non già post' in condizione, devono riputarli anche gravati colla stessa condizione *si filios non procreaverint*, non solo a prò de' loro figli, e descendenti, ma a pro delle magnifiche D. Gelsomina, e D. Teresa, dal che essendofi già fatto 'l caso della morte de' figli di Scipione senz' aver procreati figli, si debba dar luogo alla chiamata di D. Gelsomina, e D. Teresa.

L' opposizione è fuori della volontà del Testatore, espressa nelle parole del Testamento, ed estranea dal nostro caso. Non si legge nel Testamento gravame imposto a' figli di Scipione, ed omissa ogni condizione puramente chiamati, onde entra la regola, *quod omissum habetur pro omisso*, poiche quello che 'l Testatore volle l' espresse, ed il gravame fu imposto solo a Scipione non procreando figli, e non già a subii figli. Se vogliamo estendere questo gravame anche a' figli di Scipione, incontriamo tutta la resistenza della legge, che ne' fedecomessi non vuol estensione da persona a persona, da caso a caso.

Non poniamo in disputa, che per la costituzione dell' Imp. Giustiniano nella *l. fin. Cod. de fideicom.* può presumers' il gravame, il fedecomesso, quantunque espressamente dal disponente non ordinato, qualora s' abbi la pruova della volontà del Testatore spiegata da conjetture, presunzioni, ed interpretazione delle stesse parole del Testamento giusta il sentimento di *Papin. in l. cum proponebatur ff. de leg. 2.*, ed è quello che li nostri chiamano fedecomesso tacito; ma entra per questo quella gran disputa, se le conjetture, le presunzioni non siano sì certe, che equivagliano alla pruova, che nasce dall' espresse parole del disponente, ma sol sian nel carattere di conjetture, e di presunzioni; in maniera che rendano dubia la volontà del disponente, se nel dubio debba giudicarsi per la libertà, o pe' l' gravame; E sebbene questa si decida dall' altro articolo tra' Dottori dibattutissimo, com'è quello, se li fedecomessi siano favorevoli, o più tost' odiosi, se gravosi, o pur onorevoli, poiche a questa controversia si adattano le massime, che li favorì, gl' onori possono ampliarsi, li pesi, gl' odj devonli restringere. Sono per questo articolo tra di loro sì opposte le oppinioni de' nostri DD., che sarebbe troppo titar alla lunga questa scrittura, se volessimo chiamarlo ad esame; l' oppinione però ch' è stata da tutti li Senati abbracciata in questo articolo, e si è riputata più equa, è quella di caminarsi per la via di mezzo, che se li fedecomessi siano agnatizj, e riguardano il lustro, il decoro delle famiglie, che colla conservazione de' beni si mantiene, abbi luogo l' oppinione di riputarli li fedecomessi favorevoli, senza poi tal rispet-

spetto debban giudicarsi odiosi, e gravosi, e come tali per ogni menoma dubbiezza, che metti in ambiguità la volontà del Disponente non può, ne deve ammettersi il gravame, e per la libertà deve giudicarsi, senza potersi fare menoma esenzione da persona a persona, da caso a caso.

Nel nostro fatto egli è certo, che siam lontani da fidecommessi agnatzij, da contemplazion di famiglia, trà perchè si tratta d' una disposizione d'un trasversale, trà perchè si veggono invitate le femine, e posposti li maschi della medesima famiglia: onde siam nel caso de' fidecommessi odiosi, nelli quali non milita la pruova tacita, e non può affatto estendersi il gravame da caso a caso, e da persona a persona.

Queste sono massime indubitate; ma per non procedere colle sole generali regole veniamo al particolare. Vogliamo concedere, che li figli di Scipione furono dispositivamente chiamati al godimento delli due poderi, e non già post' in condizione da quelle parole del testamento che vadano da *Erede ad Erede, e successori in perpetuum*, intendendo per questi li figli da Scipione procreandi in costanza di matrimonio, e' post' in condizione soltanto ad escludere D. Teresa, e D. Gelsomina; ma che perciò? forse perchè dispositivamente chiamati debbansi riputar gravati *eodem onere*, che fu gravato l'erede a lor beneficio? oh che non vale l'argomento, è chiamato dunque è gravato, quantunque vagli per l'opposto, è gravato dunque è chiamato per il Testo in *l. ab eo C. de fideicom.* poichè dalla vocazione attiva, non s' inserisce alla passiva, e dall' onore della chiamata, non v' è illazione all' imposizion del gravame, ma solo alla potenza di poterlo gravare: ci iamolli, potea gravarli per'l Testo della *l. 1. §. sciendum ff. de leg. 3.*; ma non siegue per conseguenza, dunque gravolli. poichè dipende questo dalla libera volontà, e disposizione del Testatore, così scrivono *Saccin. Jan. cons. 57. num. 5. vol. 4.*, *Cravet. cons. 98. num. 14. Odd. cons. 26. n. 14.*

Sù queste ragioni stà fondata la regola, che sebben li figli siano dispositivamente chiamati, o per espressa volontà del disponente, o per la tacita dipendente dalle conjetture, o per disposizione di qualche particolar statuto, non devonli riputar gravati, e v' è per questa regola il rotondo Testo nella *l. filius famil. 114. §. cum erit de leg. 1. ivi: Cum erit rogatus, si sine liberis decesserit per fideicommissum restituere conditio defecisse videbitur, si Patri supervixerint liberi, nec quaritur an haeres existerint*; è questa una Teorica così certa, che Vincenzo Fufar: *de substit. quest. 441.* ebbe a dire, esser temerità dalla medesima recedere, così pure insegna *Mantic. de coniect. lib. 7. Peregr. de fideicom. artic. 12. num. 70.* il Configlier Giuseppe di Rosa *consult. 42. num. 28. Thesaur.* nella *dec. 96. num. 32., 33.*, il *Card. de Luca* in molti suoi discorsi *de fideicom.* e principalmente nel *discors. 82. ed 83.*, di modo che, non perchè li figli di Scipione furono espressamente chiamati al godimento delli due poderi, si riputan gravati *eadem conditione* a pro delle sostitute.

Quando

Quando volessimo concedere, che li figli di Scipione, perche chiamati, si sentono anche gravati, contro la regola legale, pur' il gravame si sentirebbe a prò de' loro descendentì, e non già a prò delle sostitute. Or quanti articoli dovrebbero decidersi a forza de' limitazioni contro le ferme massime per far un salto dalla linea di Scipione alle sostitute. Colla semplice dispositiva chiamata de' figli, si dovrebbero in primo luogo tra essi loro reciprocamente sentir sostituti, e gravati a beneficio de' loro descendentì, questi sostituiti, non solo a loro ascendentì, ma ahi trasversali, ed indi per saldar alle sostitute, indispensabilmente dovrebbero concorrere li requisiti dalla *l. Titia Scios. Seja Libertis de legat. 2.* Per tutti questi articoli le regole generali son negative.

Ricevono limitazione, o perche espressamente dal Testatore sia stato altrimenti ordinato, o perche vi siano congetture tali, che facciano conoscere la mente del disponente essere stata di stabilire un fidecommesso non solo descensivo, ma reciproco tra descendentì della medesima linea, ed anche reciproco tra linea, e linea, Il Cardinal de Luca nel *discors. 82. num. 5., 6.* scrive: *Tertius casus est, ubi posita dicta filiorum vocatione activa, questio sit de vocatione passiva, quia nempe ipsi filii in conditione positi censeantur, non dum vocati, sed etiam gravati ad favorem suorum, & sic successivè de uno in alium in eadem descendencia.*

*Et quartus demum ad rem, est casus, in quo posita etiam dicta passiva, & successiva vocatione in eadem descendencia, intret questio ulterioris durationis illarum substitutionum, quæ concepta sunt sub dicta conditione, si sine filiis; Et in bis duobus casibus, pariter recepta est pro regula opinio negativa, ut ex vocatione activa non inferatur ad passivam, neque vocati censeantur gravati, nisi alias conjectura limitationem suadent, ut tam de regula, quam de limitatione, cæteris relictis, habetur apud Merlinum *decis. 269. num. 3. Ottobon. decis. 113. num. 9. Rota decis. 181., 319., & 436. part. 1. rec. dec. 18. part. 8. quæ est Romana fideicommissi de maximis, in qua plures aliæ in idem prodierunt decisiones coram Bevilinqua, & Cerro, ut infra in eadem causa discurs. 84.**

Dunque per regole certe, li figli di Scipione sebene l'abbiamo per dispositivamente chiamati, non si sentono gravati. Possono queste regole ricevere limitazione dalle conghjetture; Vediamo quali siano, queste congetture si efficaci, che contro le massime s'abbino a presumere gravati, ed eccoci al secondo punto.

PUN-

P U N T O S E C O N D O.

Nel quale si dimostra, che nella disposizione particolare di Pietro Ferrari della Casa palaziata, e tenimento d' olive, non vi siano affatto congetture, per recedersi dal consiglio XXI. di Oltrado, e riputarsi il gravame repetito ne' figli di Scipione Ferrari a pro di D. Teresa, e D. Gelsomina.

PER quella disposizione, per la quale, le parole sono scevere d' ogni ambiguità, non possiamo appartarci dal vero significato delle medesime, che se rozze siano, rozzamente devono interpretarsi, e la ragion si è, perche le parole sono foriere de' nostri cuori, e dimostran qual sia la nostra volontà, dal che inutilmente della volontà del Disponente si disputa: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio* (sono parole del Giureconsulto Paolo in *l. Ille aut ille ff. de legat. 3.*) Ne convien recedere nell' ultime volontà dal significato delle parole, e profetizando con congetture, argomenti, e presunzioni divinar qual fosse la volontà del Testatore, atteso possono esser sì fallaci le congetture, che possiamo renderci, o più avari, e più liberali del Disponente, come c' avvertisce Antonio Fab. nel *lib. 6. tit. 22. defens 4.* del suo Codice, ivi: *Sed quia defunctorum voluntates quandocumque favorabiles ita adjuvanda sunt per interpretationem, ut tamen nunquam suppleantur, ne Testatoris rem tractantes ipso liberaliores videamur.*

Quando le parole ricevono interpretazione, si ricorre alle congetture, per intagare, qual sia stata del Disponente la vera volontà; ma devono essere congetture, evidenti, necessarie, e che si ricavano dall' istesse parole della disposizione, e per mezzo delle medesime evidentemente resti dimostrato qual sia stata la volontà del Defunto, come fu definito dagli' Imperadori Severo, ed Antonino nella *l. 1. Cod. de cond. inserti.* ivi: *Nisi alia Defuncti voluntas evidenter probetur.* Se questa teorica corre per tutte l' ultima volontà: oh quanto maggiormente regge, quando si tratta de' fedecomessi non agnatizj, e perciò odiosi; quando si tratti d' un fedecomesso condizionale sottoposto a volontarie condizioni, nel quale non milita la ragion della verisimil mente del Testatore giusta la Teorica di Bartolo in *l. Gallus §. & quid si tantum & l. Mevius ff. de cond., & demonstr.*, e come largamente fonda Fusar. *quest. 31. Casanat. consil. 1. num. 37. e 38. Altograd. controversj. 55. num. 87.*

Le parole della particolar disposizione di Pietro Ferrari per li due poderi non ammettono dubiezza alcuna, sono s'espresse, che non meritano glossa, particolarmente per la chiamata di D. Gelsomina, e D. Teresa, quale, come abbiám fondato nel primo punto, (van) nel dì della nascita de' figli di Scipione, molto più nella di costui morte colli medesimi figli, li quali quantunque chiamati al go-

dimeo-

dimento delli due controvertiti poderi , non si veggono poi affatto gravati.

Vediamo però per quali conjetture vogliono le magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina , che li figli di Scipione debban presumersi pur anche gravati, morendo senza figli, a lor beneficio , tuttoche dal Disponente niente per questo caso si fosse ordinato , anzi che chiamate ugualmente le femine di Scipione in mancanza de' maschi per termini di successione. Prima di venir all' esamina di queste conjetture, è ben ricordar di nuovo alli Signori del S.C. , che parliamo della disposizion d' un trasversale , senza veruna contemplazion di agnazione , anzi esclusiva dell' agnazione , poiche si veggono invitate le figlie femine di Scipione ugualmente , ed in mancanza di queste le sorelle medesimo in esclusione de' figli maschi di Giacomo altro fratello premorto, nepoti in ugual grado , e della stessa famiglia del Disponente , e con particolari legati gratificati nel medesimo testamento . Serve questo , cossì perche la maggior parte di quei Dottori , li quali han intrapreso a far durevole un fedecommesso , e da conjetture repetito il gravame , han parlato de' fedecomessi degli Ascendenti durevoli nella propria discendenza, come perche quando non si tratti de' fedecomessi agnatizj per la conservazione della famiglia , che conservasi col mantenimento de' beni , tutte l'altre conjetture si trascurano , per non indurre un gravame cotanto dalle leggi odiato , come in più suoi discorsi fondatamente , al suo solito , scrive il Card. de Luca *de fideicom.* , quale saviamente dice, che la regolatrice dell' altre conjetture è quella della contemplazione della famiglia , qual' esclusa, non si curano l' altre conjetture, se non siano molte , ed urgenti , come trà gl' altri discorsi può leggerli nel *discors.* 83. al u.9. ivi : *Magna siquidem , ac præpotens ista conjetura contemplata agnationis , qua concurrente alia conjetura , quamvis debiles habentur in magna consideratione , & è converso , ea cessante , reliqua , nisi magnus earum numerus urgeat negligi solent , & sic est aliarum regulatrix , ut patet ex toto hoc Titulo ;* E particolarmente quanto devono essere più urgenti, ed in maggior numero le conjetture , quando si tratti della disposizione d' un trasversale , e si voglia continuato il gravame non solo nella discendenza del primo prediletto instituto, ma che passi ad altro genere meno diletto , come sono li sostituti , lo stesso Card. nel *discors.* 83. num. 6. scrive così : *In præcedenti enim , in quo agitur de continuatione in eadem descendencia , seu eodem genere prædilecto facilius talis vocatio admitenda est : quoniam eadem urget ratio dilectionis erga primos filios nascituros in conditione positos , ac erga secundos , & tertios , secus autem ubi agitur de dicto quarto casu , in quo agitur de faciendo transitum ab uno genere personarum prædilecto in alterum minus dilectum ita inducendo novum substitutionis gradum seu ordinem , quoniam tunc magis resistunt regulae ideoque longè majores debent esse conjeturae ,* Colla scorta di queste sode regole passiamo ad esaminare le conjetture .

La prima congettura per un durevole fedecommesso l'appoggiano alle parole *ed ogni tempo*, che susseguono, come cennassimo, a quelle: *Et quod absit, che detto Scipione non procreasse figli nè maschi, nè femine, in tal caso, ed ogni tempo ordino, e voglio, che li sudetti beni sottoposti a detto fedecommesso vadano, e debbano andare alle Sorelle di detto Scipione D. Gelsomina, e D. Teresa, che se non se sentisse repetiti il gravame starebbero odiose, e superflue.* Nel primo punto dimostrassimo, che senza fare star oziose queste parole, ben producano il di loro effetto, così a prò dell'erede istituito, come a prò delle sostitute, ma sempre nel caso, che Scipione non avesse procreati figli o al più, che procreati fossero a lui premorti, poiche sebbene per queste parole si potesse dire indeterminata la chiamata delle magnif. D. Teresa, e D. Gelsomina, devono però accomodarsi al caso, ed alla condizione dal Testatore ordinata, come ne' proprj termini ci avvertisce Lelio Altogrado nel *conf. 60. num. 37. i. vi: Sed verè hæc verba nihil officiant, quia licet videantur indeterminatè posita respectu temporis ad favorem substitutorum, nihilominus non sunt accipienda indeterminatè respectu casuum, & conditionum, & in hoc diligenter est animadvertendum.* Basta questo aggiunto a quel che detto abbiamo nel primo punto rispetto a questa congettura, che se dovesse stimarsi superflua la parola *ed ogni tempo*, più da nostri Dottori si tolera, che la repetitione del gravame.

La seconda la vogliono dedurre dalla proibizione di alienare, che vanamente si vuole concepita con separata, e distinta orazione, dopo aver' ordinato un fedecommesso assoluto, e perpetuo, per tirar poi a lor bell'aggio le conseguenze, che essendo con separata orazione, proibita ogni alienazione de' beni al fedecommesso sottoposti, con esser la proibizione diretta alli stessi poderi, sia questa una delle potentissime conjetture a far presumere un perpetuo fedecommesso, ed indurre repetition di gravame, reciproca sostituzione trà descendenti della medesima linea, e tra le sostitute d'altra linea.

Nel primo punto dissimo, ch' al divieto ordinato da Pietro Ferrari per li due cennati poderi, riduceasi'l fedecommesso istituito dal medesimo, dal che mero controvenzionale dovea riputarli, e controvenzionale soltanto a prò de' figli procreandi da Scipione, e non procreando figli a prò di D. Gelsomina, e D. Teresa; Ma questa volta vogliamo esser cortesi col dotto Oppositore degnissimo Avvocato di D. Gelsomina, più di quello potrebb'egli stesso credere. Sia pur il divieto ordinato da Pietro Ferrari un divieto foriero, congiunto, o pedissequo ad un ordinato fedecommesso, reale, perche diretto alli due poderi, vestito da prole denotantino tratto successivo, e perpetuità, ma sempre però condizionato per le magnifiche D. Gelsomina, e D. Teresa; Adunque da questa premessa esorbitantemente concedutali ne potrà dedurre la durata del fedecommesso, l'estenzione da persona a persona, da caso a caso, non che dissimile, ma totalmente opposto? mai no.

La

La proibizion d'alienare sia reale ; precedi con orazion distinta , accom-
 pagni nella medesima orazione , suffiegua in altra orazione la sostituzione ,
 sia ingionta con parole denotantino tratto successivo , sempre ne' termini del fedecommesso costituito restringesi , ne può alterare affatto 'l fedecommesso, estenderlo da caso a caso , e da persona a persona , ancorche riguard' il favor della famiglia , così per comun sentimento de Dottori antichi , e moderni , per esempio di cose giudicate , attesta il Reggente Galeota nella *controvers.* 26. *lib.* 6. *nu.* 45 , colle seguenti parole : *Nec obstat modo , quod ex prohibitione alienationis in vers. Item dopd fatte , ex verbis illis universalibus ; videatur ampliata substitutio omni casu , & omni tempore , ponderando Institutum , & substitutos fuisse prohibitos alienare cum clausula in fine adjecta , Ita (che detta eredità sia inalienabile . Siquidem verissima , & ferè indubitata est conclusio ab omnibus plane in longè fortioribus casibus recepta , & admissa , ut prohibitio alienandi , sive consecutiva ad substitutionem precedentem , sive precedat ipsam substitutionem , ex hoc nullo modo ampliari , nec extendi ultra limites , casus , & personas in ipsa substituendi , sive fideicommittendi formola consideratas , & sic prohibitionem ipsam de non alienando regulari , restringi , & coardari ab ipsa substitutione , non è contra ; etiam si addita sit ratio , quia Testator velit conservare bona in familia , & etiam in prohibitione quantumcunque reali , quia sit directa ad bona , non ad personas , & non obstantibus dictionibus semper in perpetuum , & in infinitum D.D. omnes ab antiquissimis ad novissimos , concordì ore testantur judicatum in omnibus Rotis , Conciliis , Senatibus , & Parliamentis .*

In conferma di sì autorevole autorità potremmo aggiugner quella d' infiniti altri Autori ; ma per non esser di molta noja a' Signori del S. C. ci aggiugniam sol quella del Reggente Capecelatro nella *consult.* 37. del Presidente Merlin. nella *controvers.* 72. del P. Afflitto nella *controvers.* 32 di Rodoer. al de Marin. *resol.* 131. d'Odierp. nella *controvers.* 32. ; e d' infiniti altri da questi citati. Fondasi questa Teorica nell' espresso Testo del §. *nos igitur Auth. de restitut. fideicom.* ove dall' Imperador Giustiniano così si vede definito ecco le sue parole : *Unde subtilius testamentum considerantes verbis ipsius invenimus , hæredibus demonstratis filiis alienationem interdictionem , quando futuri essent sine liberis fungi vitam , non ulterius vero iis , qui solum eis successerint filiis , sed sufficere defunctorum usque ad filium stare interdictionem : Si enim & ipsi filios relinquentes moriantur , quod est relictum neque in longiorem filiorum vita alienationis prohibitionem voluisse facere &c.* , lo stesso fu determinato nella *l.* 39. e 93. *ff. de eond. & demonstr.* E la ragione che da nostri Autori si addita è sempre quella , che ne' fedecommessi è proibita espressamente l'estinzione da persona a persona , per il Testo nella *l. si ita stipularus §. Ch. yfagonus ff. de verborum obligat.* ; e se qualche volta è permessa l'estinzione per la quantità , e veggemenza delle congetture , è solo da caso a caso simile , unquemai dissimile , o contrario per il Testo della *l. Gallus §. quid si tantum ff. de liber. , & Posthum.*

E tutti quei Dottori li quali la proibizione d'alienare han riputata per una

una delle vaevoli conghietture han parlato di fedecommessi agnaticij, *ut bona in familia conseruentur*, seguendo la determinazione del Gran Papiniano in *l. Peto 71. §. Fratveff. de legat. & fideicom. 2.*

Nè ost' il dire, che trattasi d'una cosa particolare, per la quale si dee presumere particolar' affezion del Testatore; mentre, sebben sia vero, che tra'l cumolo di tante congetture, si annoveri da Dottori anche questa, è stata però sempre riputata una congettura debolissima, e di verun momento, e solo se n'è qualche ragion tenuta, quando si è trattato di qualche Torre, o nobil'edifizio, o altro podere in luogo, vaevole a conservare l'onor, e l'astro di nobil' e ben distinta famiglia, e di ccs'antica dell'istessa famiglia; in maniera che sempre si è avuta mira alla conservazione dell'agnazione, e perciò anque mai s'è avuta in considerazione la proibizione d'alienare anche di cosa particolare se non sia stata vestita dalla ragione *ut conseruetur in familia* così lascid scritto *Gratian, tom. 2 cap. 280. num. 18.* seguitato da Gio: Battista Odierna *coner. 32. num. 49. ivi: quod ad hoc ut vestiatur prohibitio, ratio debet esse expressa a Testatore, & non tacita etiam ubi prohiberetur alienatio Turris, Casiri, vel pulchri Palatii suorum majorum, quo casu licet presumatur causa splendoris familia, vel refugii suorum agnatorum, tamen ut dicit idem Bart. nr. 22. hoc intelligi debet, si Testator mandaverit, quod talis res remaneat in familia pro eius opinione allegans Tiraquell. in prefat. de retrad. l. 2. gnug. num. 8.*

La terza conghiettura lo vogliono dedurre dall'aver Pietro Ferrari ordinati più gradi di sostituzioni per questi due poderi: Questo però s'assume per risvegliar tanti articoli in una cosa pur troppo chiara, poiche non si leggono affatto queste ripetite sostituzioni nella disposizione di Pietro Ferrari: si leggono solo sostituti a Scipione erede instituito li tuoi figli procreandi in età di matrimonio, ma a questi non si vede dato altro sostituto: la chiamata poi delle magnific. Attrici è condizionata non procreando figli Scipione, dal che ancor che a Gelsomina e Teresa si fossero altri sostituiti, ed a questi successivamente altri, non perciò puol dirsi essernosi ordinati più gradi di sostituzioni, rispetto al primo instituito, mentre dipendean dalla verificazione della condizione, che non verificandosi, siccome non avea luogo la chiamata di D. Teresa, e D. Gelsomina, così cessavan tutti l'altri gradi di sostituzione sottoposti sotto la prima condizione.

In oltre questa conghiettura s'è riputata da nostri Dottori debolissima anche per la chiamata attiva, non che per la passiva, ch'è piu dura, ed affrosa, quando non sia accompagnata da altre vaevoli, ed efficaci congetture, quando non si tratti d'un fedecommesso agnaticio, e quando non riguardi li discendenti del primo instituito; e si tratti d'un fedecommesso ordinato, senza veruna mira alla famiglia, da un trasversale, e si vuole estendere alle sostitute condizionatamente chiamate. In questi casi questa congettura non si cura, siccome poco coperto ne fe il Gran Papiniano nel Testo della *l. baredes mei §. sum ita ff. ad Trebell.* e verun conto ne fe il nostro D. C. nella causa, per

per la quale scrisse Fabio d'Anna nel *conf.* §. di quelli di Mormile, tuttoche trattavasi della disposizione d'un Ascendente, e della vocazione attiva, ed a due Ruote fu deciso il contrario, come attesta *Odiern.* nella *contr.* 10. n. 6., ed 8.

A queste si riducono le congetture, che dallo stesso Testamento ha potuto il dotto Contradittore a forza del suo ingegno dedurre, per la repetizione del gravame. Argomenta di piu, che dalla verisimil volontà del Disponente, si debba un fedecommesso perpetuo presumere, poiche, se qual altro Lazaro, per Divina Onnipotenza, tratto dal Sepolcro Pietro Ferrari, venisse interrogato, certamente risponderebbe a prò di D. Gelsomina, e D. Teresa, in esclusione d'una estranea, com'è D. Eleonora Oriolo. E finalmente, ch' avendo Pietro Ferrari per questi due poderi gravato Scipione più a lui prossimo, e diletto, si devono presumere gravati li figli di Scipione più rimoti, e meno dilette. Questi però sono argomenti falsissimi come scrisse il citato *Odiern.* nella *controver.* X. e 32., e sebben han meritato l'applauso di taluni Autori sulla verisimil mente del Disponente, convien avvertire, che di questa presunzione si sono avvaluti, quando si è trattato di conservarsi li beni nella famiglia d'un fedecommesso ordinato da un Ascendente a prò de Descendenti, e pure si a questo argomento si è ristretto l'articolo per la durata del fedecommesso, non si ritrova esempio favorevole di cosa giudicata.

Or son queste congetture da far recedere dalle massime fode, e generali in un fedecommesso odioso, esclusivo dell'agnazione ordinato da un Transversale? Mai no. Le regole generali, come nel primo punto cennassimo, sono, che li figli seben chiamati non si riputan gravati. Gravati si presumon gravati a prò de' loro descendent, e non reciprocamente tra essi loro, e questo ancorche si sia ordinato un fedecommesso per i figli, ed a questi sostituiti i loro figli, e descendent con parole dettantino perpetuità, e sia contemplata l'agnazione come fonda il *Reg. de Marinis.* nel tom. 2. delle sue *resolut. cap.* 89. e così riferisce essersi dalla G. C. e dal S. C., deciso nella causa di Majo; molto meno a prò dell'estraneo sostituto, il quale unquema si riputa chiamato, se non concorrono li tre requisiti della *L. Titia Sejo §. Seja libertis de legat. 2.*, cioè che li chiamati sian non solamente gravati, ma reciprocamente tra essi loro sostituiti; che l'estraneo sia sostituto all'ultimo de' figli chiamati, e che si tratti di tutta l'eredità. Le sopraccennate lontane congetture non sono, ne possono esser di tanta efficacia, e valore, ch' in faccia alle legali massime in contrario, possino far presumere li figli di Scipione gravati, reciprocamente tra essi loro sostituiti, ed all'ultimo d'essi, non procreando figli, sostitute le sorelle di Ferrari, e così recedersi dal *conf.* d' *Otrav.*, dal quale come puol recedersi nel nostro caso, quando nel caso, nel quale istituiti li figli, e morendo senza maschi eran sostituiti li più prossimi della famiglia, e così sempre da grado in grado, accid li beni unquema uscissero dalla parentela di Gambazocchis, e morti li figli con figli maschi, s'istimo da *Aless.* estinto il fedecommesso nel *conf.* 139. vol. 6. num. 3. seguitato da *Rub. in l. Gallus ff. de*

*de liber, & Posthum. da Petr. de fideicom. quæst. 6. huc. 7. & 33. da Decian. conf. 4. num. 33. vol. 2. ; nel caso , ch' il Padre istituì un figlio , a cui morendo senza figli maschi sostituì li più prossimi della famiglia , perche voleva , che li beni restassero nella sua agnazione , e pure morto il figlio con figli , esser' estinto 'l fedecommesso volle *Acciat. in l. Pater filium §. si fundam num. 8. de legat. 3.* seguitato da *Menoch. nel conf. 376. num. 65. ; e nel conf. 393. num. 454.* nel caso , nel quale istituì da un Testatore li nipoti *ex fratre* , ed a medesimi sostituiti li più prossimi della famiglia , morendo senza figli maschi , aggiunta la ragione , acciò la di lui eredità in nessun tempo uscisse dal suo patrimonio , e ceppo , e pure morti li nepoti con figli si stimò estinto il fedecommesso da *Dec. nel conf. 391. num. 5.* , nel caso , ch' istituì li figli , a colui , che morisse senza figli , l'altro sostituitoli , volendo , e comandando , che la sua eredità vada da erede in erede *usque in ultimum hereditatis* , e pure morto un de' figli con figli si ripudò estinto il fedecommesso da *Mantova nel conf. 319. volum. 1.* ed in tanti altri casi a questi somiglievoli ; ma perche mendicarlo d' altri , se dallo stesso Conf. d' Oltrad. si legge , che in quel caso v'eran più conghietture , per far presumere repetito il gravame , non estinta la sostituzione , che nel caso nostro ? Si : siccome è ricevuto nel foro il Conf. d' Oltrado , così è ricevuta la limitazione , che si recede dal sentimento d' Oltrado , qualora vi concorrano le conghietture : queste però non devono essere quelle stesse , simili , o più deboli di quelle concorrono nel caso di Oltrad. altrimenti sarebbe una evidente contraddizione , dire è ricevuto 'l conf. di Oltrad. ma si limita dalle conghietture , e fian poi le conghietture quelle medesime , che concorran' nel caso d' Oltrad. , o non più di quelle urgenti , ed efficaci .*

Vengono altresì le decantate conghietture debilitate dalle conghietture in contrario , che sorgono dalla espressa volontà del Disponente ; i figli di Scipione si veggono chiamati , ma non reciprocamente sostituiti , ne gravati . All' incontro se si fosse dato luogo alla chiamata di *D. Gelsomina* , e *D. Teresa* , col non aver procreati figli Scipione , si veggono gravate a prò de loro eredi , e successori , e questi gravati a non potersi tampoco dividere li due controvertiti stabili . Per il legato delli ducati 2000. di dote a *D. Gelsomina* , e *D. Teresa* , si leggono reciprocamente tra esse loro sostituite , ed all' ultima morendo senza figli sostituito Scipione , e li suoi Eredi . Dunque quelli che volle gravare , gravò , quelli , che volle reciprocamente sostituire sostituiti , ed entra la regola *quod voluit expressit , quod non expressit noluit* .

Via più debilitate da queste le conghietture , per altro da loro stesse debolissime , per la repetizione del gravame , costituiscono almeno in dubio il preteso fedecommesso , e nel dubio trattandosi d' un fedecommesso d' un trasversale non agnazio , chi de' nostri Autori s' è unquemaï sognato d' affermare doversi recedere dalle massime legali , e giudicare per l' esistenza del fedecommesso ? Vediamo in simili , e più for-

ti

ei casi, com' è stato giudicato dalli Senati Forastieri, come dal nostro S. C.

Dalla Sacra Ruota Romana, leggiamo, essere stato sempre deciso, che li figli post' in condizione, sebben chiamati, non si reputan gravati ancorche si sia contemplata agnazione, sian stati ordinati più gradi di sostituzioni, e con parole denotantino perpetuità, e che dal *conf. 21. d' Otrado* non possi recederli, particolarmente, quando si tratti della disposizione d' un trasversale, se le congetture non sostituiscono una pruova evidentissima, chiara, e lucida per un durevole fedecomesso per il Testo in *l. 1. de condit., & demonstr. iij: Nisi evidentissimis probationibus Testatorem voluisse apparverit*, come può leggerli nella *decis. 486. part. 1. nella decis. 138. p. 5.*, ed in tante, e tant'altre che si tralasciano.

Dal Senato Pedamontano fu deciso un caso al nostro similissimo, anzi del nostro più forte, perche trattavasi della disposizione d' un Ascendente, il quale dotato quattro figlie femine, ed istituiti due suoi figli maschi soggiunse: *ordinando detto Testatore, che mancando uno di detti fratelli senza eredi del suo corpo procreati, succeda l' altro restante, e morendo tutti due senza figliolanza legittima, il più propinquo della linea Paterna succeda, e così successivamente sino al quarto grado: evenit casus*, che uno degl' Eredi istituiti mancò con una sola figlia femina, la quale passò a vita migliore in età infantile, ed in conseguenza senza figli; Nacque la disputa trà la Madre della morta Infante, e l' Fratello patrvele dell' Infante medesima, deducendo il Patrvele, che per la disposizione del comun Avo, essendo stat' escluse le proprie figlie, molto più dovea sentirsi esclusa la Nepote, o che almeno dovea sentirsi gravata sotto l' istessa condizione *si sine filiis*, anco per la ragione della reciproca sostituzione tra gli eredi sostituiti, ed ad ambedue morendo senza figli dovesse succedere il più propinquo della linea paterna, e così successivamente sino al quarto grado: Adduceasi la verosimile mente del Disponente, e la gran ragione, che se non sentivasi gravata la Nepote, certamente li beni del Testatore non potean pervenire sino al quarto grado per la regola del Testo *ad rem mobilem ff. de Procuratoribus: Quod qui vult consequens sequitur velle antecedens*, dal che credea il Patrvele concorrere in questo caso, bastevoli congetture per recederli dalla massima, e dal *conf. d' Otrado*: Ma dal Senato si ebbe per vero, che la Nepote non fosse nè esclusa, nè gravata, ed escluso il Patrvele fu ammessa la Madre, come può leggerli nella *decis. 248.*, presso *Antonio Tefaur.*

Preto 'l medesimo Autore nell' addizione del figlio alla *decis. 96.* si porta essersi posto in gravissima questione tra quei Eccellenti Giureconsulti un caso, nel quale 'l Testatore avea chiamato nella sua successione un nipote *ex fratre ejusque filios masculos, & illo decedente sine filiis masculis, substituit alterum fratrem Ecclesiasticum ejus vita durante, & post ejus mortem substituit T. & S. de Advocatis, & eorum filios masculos, prohibendo detractionem Trabellianica*

ca: omnibus heredibus, & in dote bona sua in alienari extra familiam in prejudicium substitutorum causa adjecta, quia voluit bona permanere integra inter filios masculos domus de Advocatis, de Cenneto, & in agnatione masculina de Advocatis ejusdem loci. Or in questo caso, quanto erano forti le congetture: contemplazione di agnazione: proibizion reale di alienazione *extra familiam*, ut bona integra permanerent inter filios masculos domus, & agnatione masculina: più gradi si sostituzione, anche riciproca, e pure quei Senatori stimarono esser molto difficile decidere pe'l fedecommesso, ed in fine non si divenne a decisione.

Non è di meno peso la decisione riferita da Borgnino Cavalcano. Il nobile Tommaso della Fossa Cremonese nel suo Testamento fe suo Erede Universale Francesco suo nipote *ex fratre*, quale gravò di dar a sua sorella tremila libre, indi soggiunse facendo altro legato colle seguenti parole: *Item legavit, quod casu, quo ipse D. Franciscus decederet sine filiis masculis legitimis, & naturalibus, hereditas, & bona ipsius Dom. Testatoris perveniant in proximiorum affinem masculum de agnatione, & causata nobilium della fissa, & eo decedente sine filiis masculis (ut supra) in proximiorum affinem masculum de agnatione, & causata predicta usque in perpetuum pro conservatione agnationis, & causata predicta masculina & exclusis feminis) quos singulariter, & debite referendo eo in casu instituit, seu substituit sibi heredes vulgariter, & per fideicommissum, omni meliori modo, & si dictus Franciscus haberet filiam feminam, seu filias feminas, quod habeant suam dotem condecensent.* Accadde il caso, che mancò l'erede istituito con aver lasciati due figli maschi, li quali ambedue morirono senza figli, l'ultimo de' quali istituit' erede sua Madre: fu dubitato, se il più prossimo affine maschio dell'agnazione della Fossa in virtù del fedecommesso, e col' espressa chiamata, potea vindicare li beni al fedecommesso sottoposti. Concorrea per' il fedecommesso l'espressa sostituzione dell'affine mascolino dell'agnazione *usque in perpetuum & in infinitum* per la conservazione della medesima agnazione, e causata sostituendolo *vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum, & omni meliori modo*, ed escludendone affatto le femine, avvalendosi altresì delle parole *hereditas, & bona ipsius Testatoris perveniant in proximiorum affinem masculum de agnatione*. Le congetture eran gravissime per presumere li figli dell' Erede istituito non sol chiamati, ma gravati, e pure fu ammessa la Madre in esclusione dell'affine più prossimo, come può leggerli presso il sudetto Cavalcano nella *decis. 5. p. 3.*, ove rapporta un caso simile avvenuto nella Città di Cortona con un'espressa regale proibizion di alienare *ut conserventur, & remaneant in familia*, e pur deciso in esclusione del fedecommesso: altro caso riferisce egli deciso dalla Ruota Romana trà l'Illustre famiglia di Pepoli, e di Confaga di Bononia, nel quale il Testatore dopo più gradi di sostituzioni, avea vietata l'alienazione de' beni, perche la sua volontà era stata, ed era, che li suoi beni *perpetud remanerent in familia successivis temporibus*, e pure fu giudicato estin-

to il fedecommesso. Esamina questo Dottore questa materia *largo calamo*, rispondendo a tutte le congetture.

Nella Ruota di Firenze non si ebbe per repetito il gravame nel seguente caso. Niccolò de Beroardis nel suo Testamento dopo aver proibita l'alienazione d' una Casa, così all' Istituti, come à substituti, per racion, che volea, che quella rimanesse presso gl' Istituti, e substituti loro posterì, e descendentì, ed in caso d' alienazione, volle, che devenisse a Flammetta figlia del Testatore suoi figli maschi, e loro descendentì maschi, Istitui eredi Capparino, e Gio: Battista suoi figli, indi soggiunse: *Esi aliquis eorum decederet sine filiis legitimis, & naturalibus, & ex legitimo matrimonio, & suo corpore procreatis, substituit alium superviventem, & ejus filios taliter procreatos ut supra. Ipsisque ambobus decedentibus absque filiis &c. ipsis & ultimo decedenti substituit Dominam Flammettam, & ejus filios masculos, & ab ea, & eis descendentes masculos secundum gradus prerogativam. Esi Capperinus, & Joan: Baptista ambo decederent cum filiis, & filii ipsorum, seu alicujus eorum decederent sine filiis &c. Ultimo decedenti ex dictis filiis Capparini, & Joan: Baptista substituit filios superviventes dicti Capparini, seu Joan: Baptista. Esi dicti Capparinus, & Joan: Baptista ambo decederent cum filiis, & dicti eorum filii decederent, & quilibet eorum decederet quancumque sine filiis, dictos filios Capparini, seu Joan. Baptista ad invicem substituit secundum gradus prerogativam. Quibus omnibus, & singulis filiis dicti Capparini, & Joan. Baptista taliter ut supra procreatis, & ultimo decedenti ex prædictis substituit Flammettam, & ejus filios masculos, & ab ea, & eis descendentes, ut supra ita ut effectus eum sit, quod defunctis Capparino, & Joann. Baptista sine filiis, vel filiis ipsorum omnes sine filiis, hæreditus dicti Testatoris deveniri ad dictam Flammettam, & ab ea descendentes.*

Accade il caso, che Capparino passò all' altra vita senza figli, indi anche Gio: Battista con aver lasciate due figlie femine Smeralda, ed Elisabetta; Questa passò a miglior vita gravida, & secto ventre se n' estrasse un figliuolo, che sopravvisse poco tempo, indi morì. Nacque la controversia tra' l' Padre di questo morto Infante, e Smeralda figlia di Gio: Battista, la quale in virtù della sopraccitata disposizione dell' Avo credea essere invitata all' eredità dell' Infante, che doveasi riputar sempre gravato. Credea, che stante la reciproca sostituzione non sol tra gl' Istituti, ma tra li di loro figli quancumque sine filiis mancassero, e tutti mancando sostituita la Flammetta, ed i di lei figli maschi, e loro descendentì, dovesse presumersi ordinato ut perpetuo fedecommesso, ed i figli dell' Istituti già chiamati *vocatione activa* dovessero sentirsi puranche gravati, tanto più che trattavasi della disposizione dell' Ascendente in esclusione d' un estraneo, ma dalla Ruota di Firenze fu deciso il contrario, e si ripudò estinto il fedecommesso per un sol momento, che sopravvisse l' estratto dal fetto ventre, come si riferisce da Vincenzo Ondedeo nel suo *conf.* 60.

Ma

Ma senz'andar in traccia delle giudicature de' Senati stranieri , così lo veggiamo più volte deciso in casi più forti dal nostro S. C. , e per non essere all' intutto noiosi colle deboli nostre suppliche, ne raccordiamo à Signori del S. C. sol tanto due , che sono le più adatte alla presente disputa . Una si è quella attestataci dal Reggente Rovito nel *conf. 34. lib. 1.*, l'altra dal Configlier Giuseppe di Rosa nella *conf. 40.*

Giulio di Buonuomo nel suo Testamento fe suo Erede Bartolomeo suo Nipote *ex Fratre premortuo*, e sottopose a perpetuo fedecommesso gli ben'immobili, ed annue entradi della sua Eredità, indi soggiunse, che detto Bartolomeo Erede istituito fosse stato semplice usufruttuario sua vita durante *tantum* di detti beni, e morendo egli *absque liberis* chiamò al godimento de' beni sudetti Vittoria di Buonuomo sua Nipote *ex alio Fratre* allora maritata con Niccolò Russo suoi Eredi, e successori, e Gennaro, Laura, ed Aluisia di Costanzo, altre Nipoti del Testatore da Silvia Buonuomo sua sorella. Ordinò in oltre, che lasciando Bartolomeo figli, fossero li maschi preferiti col peso di dotar le femine, & *masculis non extantibus* succedessero le femine col medesimo vincolo, e fedecommesso, e successivamente li di loro descendententi *in perpetuum & in infinitum*, ma sempre colla legge di dover'essere soltanto usufruttuari, e nel caso, che si estinguesse la linea deg'eredi, e successori della casa di Buonuomo, e passasse l'eredità a quei di casa Russo, e di Costanzo, e loro eredi, volle, che uno almeno di essi assumesse il cognome di Buonuomo, e si servisse del suggello, ed insegna della sua casa, ed estinguendosi alla perfine tutta la linea di Buonuomo, tanto descendente, quanto trasversale, volle, che de' beni sudetti se n'erigesse un pio Monte perpetuo nella Città di Pozzuoli, con aver strettissimamente vietata l'alienazione de' sudetti beni, affine rimanesse perpetuamente nella famiglia, perche voleva, che si osservasse il fedecommesso, e vincolo *in perpetuum*. Accadde il caso, che Bartolomeo erede istituito lasciò tre figli Langellotto, Giacobe, e Giulio juniore, de quali, Giacobe fu casato con Teresa Fornaro, colla quale procreò più figli, li quali però nel contagio dell'anno 1656. in pupillar'età con Giulio, e Langellotto loro Zij morirono senz'aver lasciati figli, o altri descendententi. Nacque la disputa per questi particolari beni tra Teresa Fornaro Madre dell'estinti Pupilli con Gennaro, e Marc'Antonio Russo figli di Vittoria di Buonuomo chiamata dal Testatore non sol essa, ma li suoi Eredi, e successori, e tutto che costoro in virtù del fedecommesso ordinato da Giulio Seniore aveano ottenuta dalla Corte di Pozzuoli l'immissione sopra tre Territorj, introdottasi la causa nel S. C. da Teresa Fornaro erede dichiarata de' figli Pupilli, per l'immissione, ed estinzione del fedecommesso, fu dal S. C. deciso a prò della madre per l'estinzione del fedecommesso; tuttoche per l'esistenza per Gennaro, e Marc'Antonio Russo si fosse impegnato il Configlier Giuseppe di Rosa, sostenendo, che non sol per l'espressa volontà del Disponente, ma per l'evidentissime congetture vedesi stabilito un perpetuo agnatzio fedecommesso non sol tra descendententi, ma da linea a linea, *ut bona conserverentur in familia*, dal che doveasi recedere dal-

dalla massima, e dal *conf. 21. di Olivad.*, e presumerli sempre repetito il fedecommesso, & *in perpetuum*, come dal Testatore veniva ordinato. *Fuit decisum contra allegata* com' egli stesso attesta.

Non di minor riflessione è la decisione a due Ruote riferitaci pe' l' seguente caso dal Reggente Rovito nel *conf. 34. tom. 1.* Paulo di Priolo istituì eredi quattro figli maschi, quali sostituì reciprocamente & *ad invicem quancumque sine filiis decessissent*, e se tutti morissero senza figli li sostituì li più prossim' in grado della linea masculina della casa, e famiglia di Prioli, acciò l'eredità passasse *in perpetuum* a più prossimi della linea masculina di detta casa. Fu l'eredità adita, indi se ne passò all' altra vita uno degli eredi istituiti, con aver istituito suo erede un suo figliuolo, a cui pupillarmente & *quancumque* fu sostituita la pia Congregazione de' Chierici Regolari, alla quale essendosi fatto luogo per la morte di detto Pupillo, nacque la disputa, per una massaria rimasta nella di lui eredità, tra Vittoria de Prioli la più prossima della famiglia di Paolo fedecommittente, che credea esser espressamente chiamata al fedecommesso ordinato da Paolo de Prigoli, e credea, che la volontà del Disponente fosse espressa per quelle parole. *Ita & aliter quod dicta hereditas transeat in perpetuum propinquioribus de linea masculina dictae domus*. Le congetture eran gravissime: perche si trattava della disposizion d'un Ascendente, dal qual'era si contemplata l'agnazione, e che *in perpetuum* li beni passassero all'agnati, li figli tra di loro reciprocamente sostituiti colla qualità masculina, v'era il progresso a più gradi di sostituzioni, e considerata l'estinzione della linea, in maniera che sembrava chiara la volontà del Disponente, d'esserli stabilito un'assoluto, e perpetuo fedecommesso, e di doverli aver per repetito il gravame non solo ne' figli post' in condizione, ma per tutti coloro, che avrebbero composta la linea, e pure il S. C. giudicò per l'estinzione del fedecommesso, e che non si dovea recedere dal *conf. 21. di Olivad.*, e presumere repetito il vincolo del fedecommesso, e fu decisa la causa a pro della Congregazione de' Chierici Regolari *nemine refragante* de' Consiglieri delle due Ruote, come attesta il Reggente Rovito nel citato *conf. 34. fuit judicatum in favorem Regularium junctis Consiliariis duarum aularum nemine, ut fertur, refragante*.

Come nel prospetto delle lode massime legali canonizzate da tante giudicature può adesso rivedersi la controversia nel caso nostro, ove sempre ci convien ripetere, siam lontani da contemplazion d'agnazione, da rec proca sostituzione, chiamate le femine con ordine di successione senza verun peso, invitate D. Gelsomina, e D. Teresa, ed a Scipione sostituite condizionatamente, non procreando Scipione figli? eh ch'è vanità il pretenderlo.

Non s' adattano al caso nostro le decisioni, che dal dotto Avvocato di D. Gelsomina si sono allegat' a sud prò.

Nella *dec. 108. di Capyc.* si trattò, che Francesco Marramaldo Padre di Giacomo Antonio, ed Antonio, prelegò ad Antonio le case dove egli abitava *cum hac conditione* che durante la sua vita non potesse alienarle, vendere obbligarle, dividerle, ne trasferirle *in extraneum*,
e mo-

e. motendo senz'eredi maschilini *ex suo corpore descendenti*, che se succedute case fossero di Giacomo Antonio, ritrovandosi vivente, o del suo figlio primogenito indi soggiunse *ita quod dicta Domus non exeant de domo de Marramalis*. La disputa nacque, perche Gio: Battista figlio d'Antonio voleva vendere ad estranei le cennate case: credea estinto ogni vincolo per aver Antonio lasciati figli: li fu contrastata la vendita da Francesco primogenito di Giacomo. Dal S. C. fu deciso che non poteansi le case alienare, perche tuttavia durava il fedecommesso: ma per qual ragione? non per altro, che per la clausola *ita quod dicta Domus non exeant de domo de Marramalis* come riferisce lo stesso Capyc. *Fuit votatum per omnes, quod dictum fideicommissum adhuc duret, ut Jo: Baptista non possit alienare, per clausulam illum: ita quod dicta domus &c.*

Questa decisione è contraria alle magnifiche D. Teresa, e D. Gelsomina, perche se non vi fosse stata quella clausola, su la quale s'appoggiò la decisione, sebben trattavasi della disposizione d'un Avo, dal quale era stata contemplata l'agnazione per aver posti in condizione i maschi soltanto d'Antonio, ed in mancanza di questi il primogenito di Giacomo Antonio; pure, per aver Antonio lasciati maschi si sarebbe riputato estinto ogni vincolo. E chi non vede che questa decisione favorisce la nostra causa?

Tampoco fa per il nostro caso, quello scrisse il Reggente Rovit nel *conf. 80.* per la causa di Galiano, per la quale, dal dotto Contraddittore *gratis* s'asserisce essersi decisa per l'esistenza del fedecommesso; quando il Reggente Rovit, nel *conf. 81.* attesta, che riferitasi la causa dal Consigliere de Ponte, dal S. C. fu ordinato, che le parti la compromettessero; Ma se si fosse determinata, dovea certamente giudicarsi per il fedecommesso, non già a forza di conghietture, ma per l'espressa volontà della Testatrice, come si legge dal fatto, che si porta trascritto dal Reggente de Rosa nella sua pratica nel *cit. cap. 4. num. 206.* e fu: Galiano de Galiano avendo tre Fratelli Gio: Tomaso, Gio: Leonardo, e Paduano, tutti e tre istituì eredi, volle però, che una massaria detta Paduano si desse a colui, a cui più avesse favorito la sorte; e comandò, che mancando poi quello, a cui era toccata per sorte senza prole legittima, fusse dell'altro fratello, o dell'altro maschio, perche voleva, che sempre fosse d'un maschio della famiglia Galiano, se ci fusse, e non essendoci maschio, chiamò le femine discendenti da Paduano altro fratello. Tocchè la massaria in sorte a Gio: Tomaso, ed essendo costui morto senza prole legittima, in virtù dell'espressa chiamata toccò a Gio: Leonardo, il quale restò Annibale suo figlio; nella morte di costui, senza figli maschi, nacque la disputa tra una femina discendente da Paduano chiamata Galiana espressamente dalla Testatrice chiamata, e la figlia d'Annibale: questa veniva certamente esclusa, perche la volontà del Disponente era espressa, che pervenendo la massaria all'altro fratello vi succedesse il figlio maschio, perche voleva, che fusse stato sempre d'un maschio ed in mancanza del maschio, espressamente chiamò le femine di Paduano.

Se

Se si fusse fatto il caso : che Gio: Tomaso fusse morto con prole legittima , allora potea entrare la disputa , e certamente si sarebbe decisa per l'esclusione del fedecommesso . Quindi questa decisione non è applicabile al caso nostro .

La somma della causa è questa . Il fedecommesso da Pietro Ferrari per i due poderi fu mero controvenzionale , che non esclude la successione intestata , della quale si tratta . Qualora potesse estendersi a fedecommesso assoluto , fu per i figli di Scipione , e condizionato per le magnifiche Attrici , per le quali non essendosi purificata la condizione non anno veruna azione . Sono terminate le nostre suppliche per D. Eleonora Oriolo ; Conosciamo bene ; che in una causa pur troppo chiara a prò della nostra Cliente ci siamo troppo dilungati ; Ma essendosi tanti articoli risvegliati , ci è convenuto esaminarli , anche ripetendo le stesse cose per non appartarci dal buon avviso di Plinio , che nella lettera 20. scrisse : *Sapè mihi disputatio est cum quodam deo homine , & perito , cui nil aequè in causis agendis , quam breuitas placet , quam ego custodiendam esse confiteor , si causa permittat , alioquin prauaricatio est . Præuaricatio enim est cursum , & breuiter attingere ea , quæ sunt inculcanda , & repetenda .*

Cætera suppleant &c.

Napoli 14. Giugno 1752.

Biaso di Fiore .

VAA
1522932