

445
(20)

B R I E V E
N O T A
D I
F A T T I , E R A G I O N I

P E R

La Baronessa D. Marianna Prota

C O N

*Il Duca di Albaneta D. Giuseppe
Prota di lei germano fratello.*

C O M M E S S A R I O

Il Regio Consigliero Signor D. GIO: BATTISTA JANNUCCI.



In Banca di Prificio.
Preffo lo Scrivano Vecchiarelli!



ER fondarsi la giustizia della domanda della Baronessa D. Marianna Prota nella causa, che tiene con l' Illustre Duca d' Albaneta D. Giuseppe Prota di lei germano fratello, figlia della quondam D. Rosa Biscione, circa l'esser chiamata espressamente nella successione della metà de' beni sottoposti al fedecommesso dal quondam D. Marco Antonio Biscione padre della menzionata D. Rosa, e perciò doverli deferire alla supplica per parte della medesima prodotta

col dovuto ossequio avverso il decreto interposto dal Regio Signor Consigliere D. Gio: Battista Jannucci, con cui s'è stimato sottoporre detta domanda a termine con la clausola di *non alienet, & se obliget respectui fructuum*, conviene reassumere il tenore del fedecommesso sudetto, che è il seguente.

Nel 1709. il menzionato Testatore fe il suo testamento chiuso, e sigillato, in cui istituì suo erede universale, e particolare D. Carl' Antonio suo unico figlio maschio, col peso de' susseguenti fedecommessi.

Prescrisse che il medesimo dovesse essere usufruttuario, durante la sua vita solamente, e non oltre, dell'eredità, e dopo la sua morte nell'usufrutto sudetto doveessero succedere li figli mascoli *tantum* di esso D. Carl' Antonio *pro aequis portionibus*: Colla reciproca sostituzione tra i medesimi in caso di morte di ciascheduno *in pupillari etate, vel quandocumque* senza figli mascoli, *pro aequis portionibus*.

Quale reciproca parimente ordinò tra i discendenti maschi di esso Carl' Antonio e nel caso della mancanza de' medesimi, volle che l'usufrutto dovesse pervenire alle figlie femine *in capita*, e loro descendententi *in infinitum in stirpes*, colla medesima reciproca sostituzione. Nel caso poi (al presente di già verificato) di morte di detto D. Carl' Antonio senza figli nè maschi, nè femine, prescrisse in tal forma:

Ed in caso che detto Carl' Antonio morisse anco senza figlie femine, o vero con figlie femine, le quali, e loro descendententi legittimi, e naturali morissero in età pupillare, o quandocumque senza figli, e descendententi legittimi, e naturali; in tal caso voglio, che in detta mia eredità così in quanto all'usufrutto, come in quanto alla proprietà succeda, e debba succedere Rosa mia figlia legittima, e naturale moglie del Dottor Signor D. Francesco Antonio Proto, ed i suoi figli; e descendententi in infinitum, ciascheduno di essi figli, e descendententi per ugual parte, e porzione, colla

detta condizione detta di sopra, che l'una preceda all'altro, quale morisse in età pupillare, o vero quandocumque senza figli, e descendentibus; quale Rosa, e suoi figli, e descendentibus io da ora per allora nel caso sudetto sostituisco, e chiamo nella detta mia eredità, e nella proprietà, ed usufrutto di quella volgarmente, per fedecommesso, e per ogn' altra miglior via, perchè tali è la mia volontà.

Fè il sudetto Testatore la stretta proibizione di alienare i beni della sua eredità per qualunque causa, prescrivendo per l'effetto sudetto diverse particolari providenze, tra le quali il doverli da esso D. Carl' Antonio sottoporre al medesimo fedecommesso la legitima, che avrebbe potuto pretendere. E ciò con espressa dichiarazione, che far dovea con pubblico, e solenne instrumento di accettazione, colla pena della privazione di detta eredità in caso di controvenzione.

Qual dichiarazione con pubblico instrumento a seconda del prescritto dal padre Testatore apparisce fatta dal detto D. Carl' Antonio.

I figli di D. Rosa espressamente chiamati, e sostituiti per la morte di D. Carl' Antonio senza figli, e senza discendenti nè maschi, nè femine sono due, cioè l'Illustre Duca d' Albaneta D. Giuseppe Proto, e la menzionata Baroneffa D. Marianna.

Commeffa ad istanza della Baroneffa l'eredità di detto qu. D. Carlantonio nel S. C. in persona del Regio Consigliero Signor D. Gio: Battista Jannucci, e domandatossi dalla detta Illustre Baroneffa la metà de' beni sottoposti al detto fedecommesso D. Marcantonio suo avo materno, e sequestrarli gli altri beni liberi rimasti nell'eredità di detto D. Carlantonio, per le distrazioni fatte de' beni del fedecommesso; e perciò non poterli consegnare la fede, o copia autentica del decreto di preambolo spedito dalla G. C. della Vicaria *ex testamento* a beneficio di detto Illustre Duca dell'eredità del detto D. Marcantonio, dal detto Signor Commissario s'interpose il seguente Decreto.

Die 11. mensis Julii 1758. Neap. Per Dominum Militem U. J. Dominum D. Joannem Baptistam Mariam Jannucci Regium Consiliarium, & Cause Commissarium, &c. visis actis, supplicatione porrecta in S. C. pro parte Baronissæ D. Mariannæ Proto sub die 13. elapsi mensis Junii currentis anni 1758. fol. 2. ad 3., Copia instrumenti capitulorum matrimonialium ejusdem D. Mariannæ fol. 4. ad 20. Copia inventarii bonorum remansorum in hereditate quondam D. Marci Antonii Biscione fol. 21. ad 40.; Fide inter cetera testamenti ejusdem D. Marci Antonii fol. 41. ad 42., Comparitione presentata ex parte nominatæ Baronissæ D. Mariannæ Proto sub die prima currentis mensis, & anni fol. 51. ad 52. ejusque notificatione fol. 53.; Alia supplicatione porrecta in S. C. ex parte Illustris Ducis Albaneti de dicto die 13. mensis Junii fol. 56.; Altera supplicatione magnifici Baronis Campimajoris D. Josephi Rendina de die 26. prædicti mensis Junii fol. , ac comparitione hac die presentata ex parte citati Illustris Ducis Albaneti fol. memoriale dictæ Baronissæ D. Mariannæ Proto fol. ac retrospecto alio memoriali, partibusque certioratis fuit provisum, & decretum, quod M. C. V. consignet copiam, sive fidem præambuli ab ea expediti quondam D. Caroli Antoni Biscione, & tam respectu decreti spectavisse & spectare medietatis bonorum subjectorum fideicommissi instituto a citato quondam D. Marco Antonio Biscione peti-

ti per nominatam magnificam Baronissam D. Mariannam Proto, & Illustram Ducem Albaneti, cum citatis eorum supplicationibus, & comparationibus fol. 2. ad 3. fol. 51. ad 52.; & fol. 56., quam aliorum ab iisdem deductorum in ipsimet supplicationibus, & comparationibus infra quatuor dies audiantur partes, adimpletis adimplendis. Verum suprascriptus Ill. Dux Albaneti D. Josephus Proto non alienet bona remansa in hereditate, neque rebemat capitalia nominati q. D. Caroli Antonii Piscione, inconsulto S. C. sive prefato Domino Cause Commis., sub pena nullitatis, & invaliditatis actus, donec aliter, &c. & se obliget penes acta S. C. & presentis cause respective fructuum illorum. Nec non adnotatio facta bonorum mobilium, & librorum remansorum in hereditate predicta, quondam D. Caroli Antonii Piscione, & cartellarum pignorum, ut in actis, stantibus obligationibus penes acta S. C. factis per dictum Illustram Ducem de exhibendo illa ad omnem ordinem S. C. & Domini Commissarii forma remaneat penes eundem Illustram Ducem cum iisdem obligationibus hoc suum, & intimetur = Jannucci = Priscotus = Salvator Vecchiavella Scriba.

Di questo decreto col dovuto ossequio se n'è prodotta la supplica di gravame per parte della Baronessa D. Marianna, la quale spera nommeno dalla giustizia del Signor Commessario, che degl' altri Signori del S. C. doverli deferire alla dimanda della medesima per l'immissione nella metà de' beni del detto fedecommeso, con riformarsi, o piuttosto dichiararsi il detto decreto come sopra interposto dal detto Sig. Commessario, per essere chiara, e letterale la chiamata della medesima nel caso di già verificato della morte di D. Carlantonio figlio del fedecommettente senza discendenti nè maschi, nè femine a di lei beneficio (Niente potendo ostare il motivo di ordine addotto per parte di detto Illustra Duca germano fratello di detta Baronessa, di non potersi dal fedecommesario pretendere l'immissione in via esecutiva) per le particolari circostanze di fatto, e di legge, che nel presente caso concorrono, quali colla maggior brevità possibile spiegheremo colla presente nota.

L'inconcussa prattica de' Tribunali, quando il fedecommeso è certo, e l'erede dell'erede gravato si oppone alla domanda del chiamato per l'immissione, è di ordinarsi il sequestro pendente il termine, che considerarsi si deve come cartolario. Così coll' autorità de' nostri forensi dopo tutti scrisse Carl. d' Ales. in observ. ad consult. Reg. Cap. Lat. n. 30. con queste parole: *In casibus autem, in quibus non auditarur de permanentia, & constantia fideicommissi, licet ex aliqua circumstantia immixta fideicommissum non competat, sequestrum tamen factendum esse, non ambigitur, & traditis per Dominum meum in dec. 5. n. 50., & Cyp. ibi: Sicuti sequestro locus est ad beneficium venientium ab intestato ad ostendendum bonum jus, vel in continentia, vel cum brevi tempore.*

Ma ciò non deve aver luogo nel nostro caso, poiché siamo ne' termini di un secondo, o ulteriore fedecommesario, che non tiene l'obbligo di chiedere la restituzione, per essersi ipso jure a quello trasferito il possesso de' beni del fedecommeso, per il chiaro testo della l. penal. de omni autem Cod. ad Trebell., ove prescrive l'Imperador Giustiniano, che dal primo al secondo fedecommesario jura, & actio

1178.
n. 30

nes transirent ipso jure , absque ope restitutionis .

Più ragioni di ciò da' Dottori si assegnano . Primo perchè dal secondo , o ulteriore fedecommeffario non può alcuna detrazione pretendere il primo , *l. si patroni §. qui fideicommissarium , ff. ad S.C. Trebellian. Salycet. , e gli altri DD. nel detto §. cum autem .* Secondo perchè essendo già trasferite le azioni nel primo fedecommeffario , *jam facta sunt ad ceteros transmisibiles* , giusta il testo nella *l. pater filium 38. §. quindecim* , ove *Bart. ff. de legat. 3. Socin. jun. conf. 89. num. 11. vol. 3.* Terzo perchè vana sarebbe la restituzione , postochè *a primo ad secundum fideicommissarium transeunt ipso jure utiles actiones , l. ex asse 28. ff. ad S. C. Trebellian.* Quali ragioni per la conferma della detta conclusione legale tra degli altri vengono ponderate da *Peregrin. de fideicom. artic. 2. nu. 59. , e dal Reg. de Ros. in praxi civili decret. cap. 4. num. 129. post medium sub versic. neque etiam .*

Oltre a ciò la translazione , che si fa al primo fedecommeffario per autorità del S.C. Trebelliano , e per disposizione dell' Imperador Giustiano ha luogo a favore del secondo , ed altri successori fedecommeffarij , allo scrivere del citato *Reg. Carl' Antonio de Rosa nel luogo cit. , e degli altri DD. comunemente* , tra de' quali *Achille Person. de adipisc. possess. nu. 404. Grass. in §. fideicommissum quest. 42. num. 5. Camill. de Medic. conf. 68. num. 13. il Reg. de Marin. lib. 2. cap. 88. num. 4. , e Peregr. nel luogo citato num. 58. , ivi : Tertius est casus cum fideicommissarius primus , qui fideicommissum agnovit , rogatur restituere secundo ; nam a primo fideicommissario in secundum transeunt ipso jure actiones , & rerum dominia , absque alia restitutione .* Nè si richiede , che l'erede o giudiziariamente , o estragiudizialmente venghi interpellato , bastando o il decorso del tempo , o la verificaione della condizione , come scrisse *Bald. in dict. §. cum autem num. 3. in fin. ivi : In fideicommissario rogato sufficit quelibet interpellatio extrajudicialis , vel diei apposti lapsus , vel per conditionis eventum .* Quindi il menzionato *Regente Carl' Antonio de Rosa in praxi decret. civil. cap. 4. num. 149. post medium* , dopo avere insegnato , che il fedecommeffario , a cui fu fatta *re , aut verbis restitutio* , non è tenuto *adire Judicem pro obtinenda possessione* ; soggiunge , ciò procedere *tantummodo ad confirmationem , quatenus Judicis autoritate possidere ipse cupiat* ; Ed indi : *Neque etiam necessaria est secundo fideicommissario , in quem ipso jure actiones transeunt , ut ex l. pen. §. cum autem C. ad S.C. Trebell. , Bart. , Bald. , Salycet. , & Alex. in l. 1. §. de illo ff. eod. Ripa ibidem , & in §. sed quoties Peregr. dict. art. num. 58. vers. tertius est casus , & ex nostratibus Reg. de Marinis lib. 2. cap. 88. num. 4. Camill. de Medic. conf. 68. E finalmente attesta essere questa comune sentenza de' DD. E perciò sarebbe permesso alla Baronesse D. Marianna proprio jure , & absque ope restitutionis haredis , ingredi possessionem rei sue .*

Per questa ragione comunemente affermano i DD. , che al secondo , o ulteriore fedecommeffario , a cui *ipso jure sunt translata jura , & actiones* compete il beneficio della *l. final. Cod. de edict. D. Adrian. toll. , e che possa ad instar haredis prendere il possesso .* Così *Barrolo ne' Commentarj della detta l. fin. post nu. 9. ivi : Adde quod quando nulla est facta restitutio in casibus , in quibus transeunt jura , & actiones sine restitutione , quos videbimus infra ad Trebellian. , l. pen. §. fin. com.*

petit beneficium hujus legis fideicommissario universali, ex ea ratione, quam supra dixi. E l'istesso ripete nella detta l. penult. §. cum autem, scrivendo: Ultimo nota, quod in omnibus illis casibus, in quibus actiones transeunt sine restitutione, indubitanter puto, quod fideicommissarius habet remedium, l. fin. Tene manui ista, quia sunt bona. Così anche Marefcost. lib. 1. variar. cap. 1. num. 17. ivi: Sed quamvis verum sit, possessionem regulariter a fideicommissario de manu heredis, & non auctoritate propria accipiendam esse; tamen hoc primum restringi debet in secundo fideicommissario. E così rapporta più volte deciso dalla Rota Roman. in una Laodiens. apud Card. Seraphin. in una Maceratensi coram Penia, & in una Bononiensi coram Corduba. E gli altri molti Autori, che han confermato tal foda conclusione legale, si han largamente da noi rapportati nel tom. 6. della nostra Giurispr. forensi in un particolar capo, che è il 29. per totum, e specialmente nel num. 6. & 7.

Il secondo motivo, per cui il fedecommissario non è in obbligo di ricevere il fedecommeſso *a manu heredis*, è qualora ne abbia il testatore data questa facoltà al chiamato. Così dispone il testo nella *l. Titia cum testamento §. 1. ff. de legat. 2.*, ed insegnano comunemente i Dottori, tra de' quali Menoch. *de adipisc. possess. remed. 2. a num. 47. Argell. de legitim. contradict. qu. 10. art. 2. num. 19. Reg. de Marinis resol. 88. num. 9. lib. 2. Reg. Capyc. Latr. dec. 108. num. 30. Rot. Rom. dec. 315. num. 7. & dec. 396. num. 1., part. 3. rec. dec. 148. nu. 6. & dec. 185. nu. 8. & 9. p. 5. rec.* ove largamente si sostiene, che quantunque il fedecommissario non si ritrovi nel possesso de' beni del fedecommeſso, possa opporsi, acciò quello non si abbia dall'erede. Or questa facoltà di prendersi dal fedecommissario il possesso *propria auctoritate*, può essere, o con parole espresse, o tacitamente, allo scrivere di Antonino d' Amat. *variar. resol. lib. 1. resol. 36. nu. 147. & 179. Crasso in §. fideicommissum qu. 43. num. 6. & 7. Menoch. ed Argell. ne' luoghi di sopra citati, e dopo gl'altri il Reg. de Marin. dict. resol. 88. num. 10. ed il Reg. Capocelatr. deccis. 108. num. 31. E si presume data dal testatore la facoltà al fedecommissario di prendere il possesso *propria auctoritate*, qualora nella disposizione vi è la clausola *omni modo meliori*, come nel nostro caso nelle parole di sopra trascritte. Così Ciriaco *conrov. 12. num. 37. Luigi Mansi consult. 224. n. 5. Et 6. Eugen. cons. 55. num. 58. vol. 4. Berous cons. 16. num. 33. lib. 2. Martin. de succ. legat. p. 4. qu. 19. artic. 1. num. 7. Argell. de legitim. contradict. qu. 10. art. 2. num. 27. Peregr. lib. 2. cons. 28. num. 26. Et de fideicommiss. art. 47. nu. 54. Hondedeus cons. 38. vol. 2. vers. quarto licentiam, & de Marin. d. resol. 88. lib. 2. num. 11.* Ed altri molti da noi riferiti, e ragguarati nel citato tomo 6. della nostra Giurisprudenza forensi cap. 29. n. 3.*

Il terzo motivo nasce dall'altra legal conclusione, che il beneficio della *l. fin. C. de adict. Div. Adv. toll.* non ha luogo contro colui, che abbia un titolo simile all'erede, quale validissimo è da darsi quello del testamento del fedecommittente, che in pronto si produce, e volendosi opporre cosa contro del titolo chiaro, che si allega dal fedecommissario, deve esaminarsi nel termine *super petitorio*, con ammettersi trattando il fedecommissario chiamato a godere i beni del fe-

decommesso *authoritate propria*. Così insegnano communemente i Dottori sopra il testo della *dict. l. fin.* tra' quali la *gloss.* che disse, *sufficere ad excludendum heredem possessionem petitam ex legitimo titulo*. E bastare qualunque titolo *existentiae veritatis colorem*, & *apparentem figuram habentem*, l'insegnò dopo gli altri Luigi Mansi t. 3. *consult.* 223. num. 13., ivi: *Nec dicatur non satis fuisse solam tituli consimilis allegationem, sed necesse sit eum verum, & legitimum quoque probare, quia potius in hoc casu docent Doctores, sufficere, quod titulus a contradictore allegatus, quo suam possessionem consuevere intendit, habeat existentiae, aut veritatis colorem, & apparentem figuram, licet essentia nec verus, nec talis sit, qualis primo intuitu apparet.*

Celebre intorno a ciò è la solenne decisione del S. C. profferita a favore di D. Carlo Mastrillo, con cui dato termino nel petitorio, fu mantenuto nel possesso, che *authoritate propria*, avea preso de' beni sottoposti a fedecommesso, quantunque non fosse stato chiamato nel testamento *proprio nomine*, ma come discendente da altri, e coll'espressa condizione, *si heres decederet sine filiis masculis*; Onde questo defonto superstite un figlio, sembrava giusta il consiglio 21. di Oldrado doverli escludere, e si ebbero da esaminare dal S. C. le congetture, quali si leggono appresso il *cit. R. Capecelatr. d. dec. 108. lib. I. a n. 63. usque ad 75.* ove ne rapporta la decisione. Diversi però sono i termini del nostro caso, ove si porta un testamento solenne con una chiamata espressa, e di esecuzione di un solenne testamento continente la chiamata di detta Baronesse D. Marianna, per l'osservanza del quale con pubblico istrumento se ne obligò l'ultimo defonto D. Carlo Piscione.

E da ciò deriva l'altro motivo, qual si è, che il fedecommissario in quanto a' beni sottoposti al fedecommesso deve riputarsi come erede, per la chiara disposizione del testo nella *l. postulante §. sed & in huiusmodi d. ad Trebell.* ivi: *Nam quodammodò in partem hereditatis Senatus recipi voluit fideicommissarium, & heredis loco habere.* Concorda il testo nella *l. si heres in fin. d. eod. tit.* Quindi il titolo del successore fedecommissario, è simile a quello dell'erede, *Marius Auguillarius cons. 95. in princ. Argell. de legit. contrad. art. 5. num. 175. Aloysius Manni consult. 123. tom. 3. n. 5. e 6.* e siccome al primo compete l'utile, così al secondo compete il diretto nella *leg. fin. Cod. de edict. divi Adr. tollendo*. Così *Barb. nella detta leg. fin. num. 9. Argellio questio. 8. art. 2. num. 59. Menach. de adipiscenda possessione rec. med. 4. num. 181. Honded. cons. 64. num. 60. vol. 1. Gabriel. cons. 24. num. 6. vol. 2. Ciriac. contr. forens. controuv. 12. n. 3.*

E ne termina più duri alieni dal nostro caso, cioè che non apparischi data al fedecommissario la facoltà *capiondi possessionem propria auctoritate*, anzicchè *ob occupationem vitiosè possideat*, pure insegnano i Dottori che non può restare nel possesso in concorso dell'erede, che pro II
sta in vigore della legge finale. Così *Peregr. in tract. de legat. l. 1. §. 1. num. 59. vers. veram*, ivi: *Verum hoc so-
lus videtur sufficiens: siquidem ex titulo legatarij, & fideicommissi dominium rerum relictarum a die mortis testatoris fit, & ex die adita hereditatis verè in legatarium, & fideicommissario*

rium translatum est, l. a Tit. ff. de furt. leg. si tibi homo §. cum seruum, ubi sic Bart. notavit ff. de legat. 1. Idemque occupata possessio-
ne vacante ex titulo preamboli, non videtur ut heres pro ea re legata-
rium convenire possit, quia proprietatis causa absorbet causam possessio-
nis, cap. cum dilectus de causa poss. & propriet. & quia heredi obstare
videtur exceptio doli, quia petat, quod statim ex legali, & fideicom-
missi causa restitutus sit, l. dolo ff. de dol. excepti. & cap. dolo de reg.
jur. Quia ratione in possessoriis adipiscendæ obstat agenti exceptio notorii
dominii ex parte rei conventi ad evitandos circuitus, ut plenè dixi in
articulo precedenti. E Roland. a Valle in cons. 78. num. 1. e 2. tom. 1.
così scrive: Nulli enim dubium est, quod fideicommissarius, qui possidet,
& est paratus in continenti edocere de juribus suis, dicitur legitimus con-
tradictor ad impediendam immissionem requisitam, &c. per regulam, dolo
facit, qui petit, quod statim restitutus est, cap. dolo facit, de reg. jur. in
6. Bart. & alii in l. filiam fratribus ad Trebell. Dec. cons. 4.

Queste massime legali vieppiù debbono procedere trattandosi la causa
nel Tribunale supremo del S. R. C. ove si attende principalmente il
titolo, & bonum jus, quando anche ostasse l'eccezione di ordine,
come affai bene scrisse Rolando nel citato cons. 78. num. 5., ivi: Non
obstat quod ex adverso objicitur; quod ista opinio locum non habet in ter-
minis nostris; quoniam fideicommissarius ipse, antequam apprehenderet
possessionem prædictam, debebat prius petere ab heredibus gravati resti-
tutionem realem honorum, vel saltem verbalem, §. restituta de fideicom.
libert. Quod cum non fecerit, non videtur legitimus contradictor, quia
respondetur, quod etsi hæc conclusio communiter recipiatur, ut infra
dicetur; tamen ea limitatur, locum non habere, ubi causa recognoscitur
summariè, ut in senatu Principis, qui vicem Præfetti Prætorio ob-
tinet, secundum Guid. Papam in quæstion. 29., & equiparatur Principi,
ut est gl. ordinaria in l. non ambigitur, & ibi Bart. de leg. Jason.,
& Ripa in l. quominus in 2. & 3. notab. de flumin. latè dixi in cons. 70.
num. 18. cum plurib. vol. 1. Ed indi facendo menzione del S. R. C.
soggiugne: Quod ipsum Principem representat, ut per Afflict. ad dec.
102. in fin. ubi refert, S. C. Neapolitanum representare personam Regis,
Decius cons. 100. in fine, & Cravett. in citato cons. 143. colum. fin. qui
Princeps potest judicare secundum quod Deus judicaturus esset, Bart. in
l. fin. in principio Cod. de jur. delib.: & secundum conscientiam, ut per
Bart. in l. 1. C. ut quæ desunt Advocatis, Judex suppleat: & sola facti ve-
ritate inspecta, secund. Bart. in l. Æmilius Largianus in fine ff. de mi-
noribus, Decius in cit. cons. 200. in fine, & ita in propriis terminis dixit
Guidon Papa cit. quæst. 29., ubi refert, quod Domini de parlamento Del-
phinali, qui vicem Præfetti Prætorio obtinere possunt, judicare: secundum
conscientiam, juxta doctrinam Bartol. in d. l. 1., qui si aliter facerent secun-
dum Theologos, peccarent, ut refert ibi Bartol., cum debeant principaliter
attendere ad veritatem potius, quàm ad subtilitatem, juxt. notata in Cle-
mentina Pastoralis de re judicata.

Questa sentenza di Rolando viene comunemente seguitata dagli altri
Autori il. Il Regente de Ponte decis. 49. n. 47. Menoch. cons. 2. nu. 183.,
& 190. Cravet. cons. 299. sub nu. 8. vers. 4. respondeo, Riminaldus jun.
consil. 545. nu. 25. Hondedeus consil. 92. n. 63. & 64. lib. 1., & Min-
fing. centur. 6. observ. 93., laddove afferma, che nel Tribunale Supremo

ove si rappresenta la persona del Principe , il giudizio possessorio giammai sospenda la decisione della causa principale : e così sostenendo le ragioni del fedecommeffario, insegnò Luigi Mansi *conf. 345. num. 30. , & seqq. tom. 5. ,* ove ne allega la ragione , che prima fu addotta da Francesco Ciriaco *controv. 10. num. 59. ,* ivi : *Cum enim tale Tribunal procedat. sola facti veritate inspecta, non debet prorogare decisionem ejus, quod sibi constat: nec serere lites ex litibus, quas unica sententia tollere potest, l. terminato 3. C. de fructibus, & lit. expens. Abbreviare valde Reip. interest, l. properandum 13. in princ. Cod. de judiciis, Surdus decis. 120. num. 4.*

E notissime sono le decisioni del S. C. nelle cause di Carafa , di Mastrillo, di Miano così decise, e nella famigeratissima causa della Tenuta dello Stato di Badolato, in cui, ed in altre Tenute di feudi Pier Francesco Ravaschiero aveva instituito fedecommeffo, nel quale era succeduto il Principe di Belmonte D. Daniele Ravaschiero , di cui ritrovavasi erede D. Anna Ravaschiero di lei germana sorella così ne' feudali , come ne' burgenfatici , quale il medesimo giorno, in cui morì il dilei fratello ottenne la commessa della causa in persona del Consigliere D. Francesco Gascone, dal quale fu interposto decreto *Quod Princeps Satriani nihil innovet circa contenta in dict. comparitione, sub pena nullitatis, & invaliditatis actus.* Ma perchè , non ostante detta inibizione prese il possesso il Principe di Satriano delle Tenute de' feudi, quantunque avesse fatto istanza la Duchessa dell' Acerenza per la rievocazione dell' attentato , e dal Collateral Consiglio si fosse ordinato , che prima d'ogn' altra cosa si fosse decisa la causa dell' attentato , nella qual controversia scrissero Pietro di Fusco , Francesco d' Andrea , e Serafino Biscardi, succumbè la Duchessa dell' Acerenza , ed ottenne il Principe di Satriano col decreto interposto dal S. C. nell' anno 1645. del seguente tenore : *Infra quatuor dies audiantur partes super omnibus hinc inde pretensis super petitorio. Et interim manuteneatur in quasi possessione, in qua repetitur Illustris Princeps Satriani D. Franciscus Ravascherius una cum ejus fratribus super medietate status Badolati, Turtura, & exercitii jurisdictionis secundarum Causarum Versæ S. Catherine, & pro alia medietate Illustris Marchionissa S. Marci D. Sylvia Maria Caracciolo, prestita cautione respectu fructuum.* Decisioni da noi rapportate nel t. 6. della nostra giurisprudenza forense *cap. 32. per totum.*

Nel passato mese di Giugno quest' istesso fu deciso nella Ruota del Signor D. Carlo Gaeta a relazione del Signor Marchese Ippolito nella causa tra li figli di D. Gio: Cornacchia , ed il Barone D. Bernardo Cornacchia , nella qual causa trattavasi , che il Barone D. Bernardo ritrovavasi dichiarato erede *ex testamento* ne' beni burgenfatici di D. Francesco Saverio Cornacchia suo cugino ; e perchè in vigore del testamento di D. Gio: Battista Cornacchia padre di detto D. Francesco Saverio , e di D. Giovanna Cornacchia ritrovavasi ordinato , che morendo detto D. Francesco Saverio suo figlio senza figli , nè maschi , nè femine, dovesse succedere nella di lui eredità burgenfatica la sudetta D. Giovanna ; dalla G. C. della Vicaria prima col decreto di preambolo fu dichiarato , che i beni burgenfatici rimasti nell' eredità di detto Barone D. Francesco Saverio pervenutigli dall' eredità di detto D. Gio: Battista spettassero in beneficio di detta

Giovanna in vigore di detta sostituzione; ed a dì 11. del passato mese di Maggio dal S. C. fu confermato detto decreto, e data l'immissione senza termine a' figli di detta D. Giovanna.

Rimane ora a rispondere all'insufficienti opposizioni contrarie, le quali sembrano a noi talmente lievi, che nè anche meriterebbero risposta.

Prima si oppone, che avendo il Testatore sostituita nel caso avvenuto D. Rosa figlia, ed i suoi figli; atteso lo statuto, la parola *figli* debba intendersi de' soli maschi, e non già delle femine.

Al che si risponde primo, che noi non siamo ne' termini di contemplata agnazione, ove vi potrebbe essere qualche dubbio: Nel qual caso solamente scrisse *Decian. resp. 7. vol. 1. n. 13.* riferito dal *Consigliero Rocc. resp. 71. n. 6. tom. 1. Tunc solum censeri vocatos masculos, quando causa finalis dispositionis fuit conservatio bonorum in familia*; Siccome praticò il sudetto Testatore, che esclude le femine nel caso di esistenza de' maschi dal medesimo discendenti, contemplando l'agnazione: Non così estinta l'agnazione; Poichè in tal caso chiamò Rosa sua figlia, ed i suoi figli, e discendenti. Onde ha luogo l'altra regola legale. *Ubi voluit, expressit; ubi noluit, non expressit.*

Secondo perchè lo statuto à luogo trattandosi di successioni intestate, non già di successioni testamentarie, per la commune sentenza de' Dottori. E la ragione di tal massima insegnata comunemente da i Dottori si è; perchè parlando i statuti di successioni *ab intestato*, ed essendo correctori della disposizione di legge comune, debbono propriamente aver luogo nel proprio caso, e non estendersi *neq. etiam ex identitate rationis*. Così *Ann. allegat. 70. n. 44. Grammat. decis. 101. n. 4. Assit. dec. 21. n. 3. Andrea d' Isernia*, ed altri, *Minadoys super Const. In aliquibus in 1. notabil. nu. 59.* Ed assai bene il *Consigliero Rocco resp. 71. n. 1. tom. 1. ivi: Appellatione filiorum veniunt foemina, l. liberorum cum concord. ff. de V. S. ibi: Filiorum appellatione omnes ex nostris descendibus contineri. Ergo & foemina, quae a nobis descendunt; masculinam enim concipit foemininum, l. qui duos, ff. de leg. 2. maxime in favorabilibus, l. 1. §. quare, & ibi gloss. ff. de cens. in possess. mist.*

E l'opinione di taluno in contrario non solo apparisce contraria alla ragione, e riprovata comunemente da' Dottori di più sana mente, ma parimente da' supremi Tribunali, come fondò largamente il *Consigliere Rocc. d. resp. 71. r. 1. per tot.* ove a seconda di ciò ne rapporta la solenne decisione del S. C. nella causa di Giovanna, e Catarina Manifeola: avendo scritto nel n. 7. in tal forma: *Fundata hac parte, responderetur ad statutum nostrum In aliquibus, quod loquitur in successione ab intestato tantum: Et qui dixerunt, quod etiam procedit in testamento, reprehensi fuerunt, ut inquit Andr. ibi in vers. quod nunc vers. sed si pater; Cum Pater potest facere testamentum, & istituere filliam una cum filio, quia lex maximum vitium C. de lib. prator non est correctea per d. Constit.; quae nihil exprimit de testamento: Et quilibet habere debet liberum arbitrium in testando.* E nel n. 8. e 9. scrive: *Quod nec potest trahi ad ultimam voluntatem; etiam ex identitate rationis, Ann. alleg. 70. n. 44. Grammatic. decis. 101. n. 4. Maxime, quia hoc statutum, tamquam correctorium juris communis debet proprie intelligi in casu suo, & non extendi, Assit. dec. 21. n. 3. qui allegat Andr.*

& alios; Quia Constitutio eatenus disponit, quatenus loquitur: & in
 eo, in quo non disponit, nec exprimit, standum est juri communi; Ita
 determinatur ex aliis Constitutionibus, ut in Constit. Ut universis, &
 Constit. Pravitatem, ut dicit Minad. in d. Constit. In aliquibus 2. notab.
 n. 41. Ed indi sogginge nel n. 13. Quod disponens non vocavit filios
 masculos tantum, quia utique si voluisset, dixisset, ut dicit in hoc pro-
 posita Alex. cons. 3. vol. 3. & Curt. sen. cons. 63. n. 15. Quod si dispo-
 nens non voluisset comprehendere fœminas, vocasset filios masculos: sed
 dicendo filios, & non addendo masculos, complectitur fœminas, Bartol.
 in leg. cum Avus, vers. quero ff. de condit. & demonstr. Et demum
 non contemplatus fuit familiam, nec iussit, bona in ea conservari. Igi-
 tur quomodo poterit præsumi exclusio fœminarum? Nullo modo certè
 potest in hoc casu, quia fœmina non excluditur propter masculos, nisi
 ratione conservande agnationis; sed ubi agnatio non fuit contemplata,
 non censetur exclusa, Minadoys. in 2. notab. sup. d. Constit. n. 120.

E ad ogn' uno è nota la massima legale, che procede per legge co-
 mune, cioè che trattandosi di escludere le femine discendenti dal
 testatore, ed i di loro discendenti mascoli, o femine, le pruove deb-
 bono essere chiare, ed indubitate, e conchiudentissime, e come dico-
 no alcuni, luce meridiana clariores. Così assi dal testo nella l. 1. C.
 de condit. insert. ove rescrisse l'Imperadore per il caso dell' esclusione
 della femina richiederfi un' espressa volontà del defonto, ivi: *Nisi alia
 defuncti voluntas evidenter probetur. l. Lucius §. questum D. de legat.
 3.* ivi: *Respondi pertinere, nisi aliud sensisse testatorem probetur. l. nup-
 tura D. de jur. dot.* in quelle parole: *Nisi evidentissimè contrarium pro-
 betur. l. libertus §. fin. ff. de manum. test.*, ivi: *Nisi aliud sensisse pa-
 tremfamilias manifestissimis rationibus probaverit. l. si plures ff. de ulg.*,
 ove disse il Giureconsulto: *Nisi alia fermè fuerit mens testatoris: quod
 vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum.*

S' aggiugae chè il Testatore non si restrinse a chiamar nel caso avvenuto i
 soli figli maschi, ma ben tre volte i discendenti in infinitum di detta D.
 Rosa sua figlia pro equis portianibus, come dalle parole di sopra tra-
 scritte: E ad ognuno è noto, che sub nomine descendantium veniunt
 omnes tam masculi, quàm femina. Così dopo gli altri il Card. de Luca
 de fideicom. in summa n. 276. ivi: *Alia verò magis generalia verba, nem-
 pe descendantes, conjuncti, proximi, attinentes, parentes, seu de paren-
 tola, & similia complectuntur amnes masculos, ac fœminas, agnatos, &
 cognatos, nisi aliquod adjectum, seu aliàs probata diversa testatoris vo-
 luntatis diversimodè suadent.* E nel discorso 22. nu. 15. de jure patrona-
 tus, & disc. 30. num. 5. & 6. de jure patronat.

L'altra opposizione consiste che nel 1714. allorchè contrasse matrimonio
 la suddetta Baronessa D. Marianna Prota col fu Barone D. Niccolò
 Rendina, se ampia rinuncia, che si pretende anche estendere al pre-
 sente caso di fedecomesso accaduto per la morte di D. Carlo Pi-
 soione senza discendenti nè maschi nè femine.

L'opposizione è del tutto giusta per fatto, e per legge. Per fatto per
 doppio motivo. Primo perchè prima di farsi detta rinuncia, fu fatta
 istanza per l'istituzione del detto Barone D. Niccolò Rendina nella G. C.
 della Città il 26. Aprile 1713. in cui dedusse, che con detta rinun-
 cia facienda non intendeva pregiudicare, nè se stesso, nè detta sua

moglie, e figli. E dalla G. C. della Vicaria fu ordinato, quella conservarsi per futura cautela, come si legge *fol. 9.* Secondo per fatto non sussiste l'opposizione; poichè la sudetta rinuncia fu fatta restrittivamente alle successioni, e fedecommeffi sino a quel tempo verificati a beneficio di der. D. Marianna, ed in avvenire nelle successioni *ab intestato* solamente con le parole restrittive sino al detto tempo: con soggiugnerfi, che da all'ora in avanti si devolveffero *ab intestato* solamente per eredità, successioni, e linee sudette, e tanto per linea diretta, come collaterale, e trasversale in qualsivoglia grado.

Per legge poi è totalmente disperata l'impresa contraria; essendo assai noto nel foro, che per potersi sostenere la rinuncia al fedecommeffo, si richiegga special espressione del tenore del medesimo, per la disposizione del notissimo testo della *leg. de his ff. de testamentis*, non bastando qualsivoglia generalità di parole, e qualsivogliano clausole apposte da' Notari per la commune sentenza de' Dottori. Maggiormente se nel tempo della rinuncia era incerta la verificazione della chiamata della rinunciante, allo scrivere di *Burat. dec. 749. num. 3.*, ivi: *Quin amplius nec sola scientia materialis verborum testamenti sufficit, nisi etiam vis, & proprietates illorum intelligatur, leg. scyphi ff. de optione legat. Propterea in proposito quamvis probaretur, quod Dominicus notitiam habuerit testamenti dicti quond. Tiburtii etiam explicitam omnium in eo contentorum, & per consequens dicti fideicommissi, nihilominus non potest dici, quod ex hoc habuerit scientiam, & certitudinem juris sibi ex dicto fideicommissio competentis; cum ista cognitio pendeat ex resolutione articuli, an legitimatus per subsequens matrimonium sit vocatus in dicto fideicommissio, quae est questio de apicibus juris, & valde controversa inter scribentes.* Or se nel caso nostro nella sudetta rinuncia non si fa alcuna menzione del detto fedecommeffo istituito dal detto D. Marcantonio Piscione, nè del tenor del medesimo, ed in quel tempo vivea D. Carlo Piscione figlio chiamato con tutta la sua discendenza, non si sa comprendere come possa pretendersi, che la rinuncia si estenda ad *haec jura penitus non solum ignorata, verum valde incerta, & remota*; ostando a ciò le massime communissime de' nostri Dottori, tra de' quali *Sforza Odd. in repetition. leg. qui Romae §. duo fratres articul. 1. n. 8. Maimard. dec. 22. lib. 4. Font. dec. 397. n. 1.* ove disse il contrario esser questa cosa ridicola ad imprendersi. *Laderchio c. 73. Redenasco cons. 29. an. 76. & sequentib. Mascard. conclus. 243. Linglois dec. 14. quest. 1. num. 3.* Le parole de' quali, ed altri molti autori, che anno scritto in termini assai più duri, ed alieni dal presente caso, traslasciamo di trascrivere, sì perchè questa è massima ad ognuno nota, come per esserli da noi copiosamente rapportate nel *tom. 6. della nostra Giurisprudenza Forense cap. 21. per totum de renunciat. non extendenda ad fideicommissum*, ove infinite decisioni furono da noi addotte. Ed oltre a quelle, questa appunto fu la solenne causa della successione al fedecommeffo di Pier Francesco Ravaschiero, per cui principalmente si opponeva la rinuncia, contro la quale dottamente scrisse Serafino Biscardi: *& nulla habita ratione della medesima, in via esecutiva si ordinò l'immissione, come di sopra si è detto.*

Questi quesiti però da i Dottori si sono esaminati, e risolti come sopra ne' termini de' fedecommeffi puri, e giammai posti in contro-

verfia, trattandoli di fedecommeffi condizionali, come fu quello istituito da D. Marcantonio Piscione, per la chiara disposizione del testo nella *l. Paulo Callimaco §. Pompejus Hermippus de legatis 3.* in vigore del qual testo la rinuncia quantunque generalissima, giammai si estende a' fedecommeffi condizionali, ma a quelli, che sono puri solamente, come concordemente insegnano gli Autori ne' commentarj di detto testo, e nella *l. qui Roma ff. duo fratres ff. de verborum obligation. ove Bart.* nella *quest. 8. Socino conf. 211. num. 8. Dec. conf. 86. colum. 3. Ruin. conf. 137. num. 14. lib. 2. Paris. conf. 45. num. 16. lib. 3. Marcian. disput. 14. num. 31. Francesco de Petr. conf. 51. nu. 26.* ed altri molti da' medesimi citati. Ed affai notevole intorno a ciò è la decisione del Senato di Savoia, che rapporta *Anton. Fab. in Cod. de transact. defin. 11.* da noi con altre consimili autorità de' Dottori, ed esempj. di cose giudicate trascritte nel luogo citato dalla nostra *Giurisprudenza forense v. 17.*

Ed il non potere aver luogo la domanda dell' Illustre Duca Prota, a riserva di detta metà di fedecommeffo, dell'altra pretesa immisione ne' beni prima donati da detto D. Marc' Antonio a D. Carlo suo figlio pretesa dall' Illustre Duca d' Albaneta in vigore del decreto di preambolo interposto dalla G. C. della Vicaria dell' eredità di D. Carlo Biscons; si stima chiaro; essendovi le controversie dell' imputazione, detrazione, ed importo di quelle, per le alienazioni fatte dal preteso donatario, le quali certamente devono imputarsi; e rispetto a' mobili, tapezzarie, ed altro, giusta il valore *de tempore mortis* del testatore. Poichè se ciò ha luogo trattandosi di legittima per il responso del Giureconsulto *Cajo* nella *l. 73. ad l. Falcidiam*, e per il testo nella *l. Marcellus ad Trebell.* maggiormente ciò deve aver luogo, trattandosi di altre detrazioni non privilegiate, com' è la legittima.

Per tale incertezza dell' importo non devesi con ciò impedire l' immisione al fedecommeffario de' beni sottoposti al fedecommeffo.

In questi termini fu la *decis. 333.* appò *Surdo* del Senato di Mantua; Poichè quantunque egli dicesse esservi le deduzioni da farsi di legittima, e Trebellianica; *Major tamen pars dominorum*, così soggiugne nella fine di detta decisione, *tenuit boredom, non esse mittendum in possessionem, sed in ea conservandum fideicommissarium, donec facta esset executio, si locus esset detractioni legitima, Falcidia, vel Trebellianica, super quibus nunc Domini non erant certi.*

E questo anche atteso il disposto dall' Imperador Giustiniano nel *§. curare Inst. de actionib.* in quelle parole. *Curare debet Judex, ut certi rei, & summa sententiam ferat.* Potendosi al più pretendere cautela, pendente detto acclamamento.

Napoli 16. Agosto 1758.

Domenico Potenza
Giuseppe Sorge.

V.A. 1
1516439