

2.

P E R

D. Nicolò , e D. Ferdinando Cherubino

Per la causa , che hanno nel S. C.

C O N

D. Pietrantonio Canonico Aquino , D. Marianna
Mangone , e D. Giuseppe Morelli .

DEGNISSIMO COMMESSARIO
L' Illustre Signor Marchese Porcinari .



In Banca di Falanga :
Presso lo Scrivano Salvatore di Nicola :

quidam de claustris I. M. de ...

De ...

... ..

... ..

... ..

LA causa, su la quale debbo io scrivere, è tale, che altra nè più ardua, nè più difficile a me si è presentata fin ora. I fatti sono varj, e multipli, e tra le controversie, in cui si raggira, vi sono delle nuove, non ancora dal S. R. C. decise nella materia dell'ultime volontà. Per potete agevolmente il vero discernere dal falso, e il diritto dal torto separare, egli è mio disegno, premettere il fatto fondamentale dell'azione, che a' magnifici Cherubini, miei clienti s'appartiene ed esposto che lo avrò discendere all'eccezione, che da' Rei convenuti D. Marianna Mangone, e D. Giuseppe Morelli mi s'opponne. Ma per toglier di mezzo ogni confusione, che derivar potrebbe dall'eccezione, che hanno suddivisa artificiosamente in molte altre eccezioni, intendo io ciascuna partitamente esaminare, e discutere, facendo uso a luogo e a tempo del fatto, e delle ragioni secondoche il bisogno richiederà.

D. Luigi, l'ultimo de' maschi di Casa Mangone, non avendo che una nipote appellata D. Marianna, figlia del fu D. Francesco, istituì egli la medesima erede sopra uno speciosissimo stabile sito nelle pertinenze della Città di Rossano del valore di ducati quarantamila e più. Stimò fa-

re un legato col peso di alcune messe a' figliuoli del fu D. Giuseppe Cherubino, ed agli altri figli di D. Nicola Cherubino, con aver lasciato però la terza parte dell' usofrutto del medesimo a D. Ferdinando Cherubino sua vita durante, allo stabile nominato *Surdo* sito è posto nel territorio di Rende *fol. 8. a r. lit. A.* La cagion finale di tal legato non fu soltanto la stretta congiunzion di sangue, che tra il suddetto testatore, ed i legatarij summentovati intercedeva, ma soprattutto il disimpegno della gratitudine, che egli volle mediante tal Legato verso i legatarij suddetti esercitare; atteso che detto specioso stabile nominato *Isti*, che formò l'opulenza dell' anzidetta casa di Mangone, egli pervenne alla medesima dalla casa de' suddetti Cherubini; attesochè il quondam D. Domenico Cherubino, come che non lasciò se non che due figlie femine a se superstiti, una chiamata D. Francesca, l'altra D. Teresa, istituì ambedue eredi, universali, e particolari, colla condizione, la quale già le medesime adempirono, cioè di maritarsi una, che fu D. Teresa, con D. Francesco Cherubino; e l'altra, che fu D. Francesca, con D. Girolamo Mangone maritossi. Accadde la morte del comune Padre, e, avendosi la dilui eredità divisa, toccò in porzione ad essa D. Francesca il surriferito stabile detto *Isti*, oltre un prelegato di ducati quattromila fattole dal Testatore.

Questo fatto ci somministra la scienza della cagion
fina-

finale del legato anzidetto : imperciocchè vedendo già il suddetto D. Luigi spenta la sua famiglia , e la grande eredità , che restava alla suddetta unica sua nipote , stimò bene con detto legato dimostrare a' suddetti Cherubini la gratitudine dell' animo suo , cosa che non può , se non che per ogni parte commendarsi . Il gran legislatore Solone fu il primo , che introdusse presso i Greci in Atene la fazione de' testamenti , ma volle , che i Testatori la metà de' loro beni a' loro congiunti lasciasse , e propriamente , a quelli , da cui i beni erano loro pervenuti , e degli altri i beni all'incontro a loro arbitrio disponessero . Ma ritorniamo al fatto della controversia . Passato da questa a miglior vita il suddetto Testatore , i suddetti Cherubini da una parte , e D. Pietro ~~Andriotta legatario ancora di un Palazzo lasciatogli dal suddetto Testatore di lui congiunto dedussero l' eredità del medesimo nel S. R. C. , e domandarono de' loro rispettivi legati la soddisfazione . Non ancora l' eredità del medesimo era stata adita dalla sua erede D. Marianna , sicchè era giacente , onde non poteva altro fare il Signor Commessario , se non che ordinare un sequestro *penes tutum tertium* de' suddetti due corpi legati , il quale già ritrovasi , effettuato , ed ordinare nel tempo stesso all' erede suddetta , che dichiarasse se volesse , o nò adire . Suss seguentemente impartì termine ordinario fu l' eccezioni , che si proponevano contro di amendue i legati suddetti : ma nel tempo stesso , si~~

riservò la provvidenza da dare sù l'immissione ne' suddetti due corpi legati, *fol. 60. proc. 1. v.* Il termine ora trovasi già compilato, e l'erede colla spedizione del preambolo ha, sebbene con alcune riserbe, adita l'eredità summentovata; onde la controversia è già nello stato di poter esser decisa.

L'azione, che a' legatarij suddetti s'appartiene per avere l'immissione su de' corpi legati, ella è certa, ed indubitata; imperciocchè per l'uso pratico del foro a' legati la via esecutiva s'accorda, allora quando l'eccezioni, che contra i medesimi s'allegano, abbiano bisogno d'altra, e maggiore indagine. Questo è appunto il caso della nostra controversia, in cui l'eccezioni, che opposte si sono contra i suddetti legati, avendo bisogno di una matura, e ben lunga discussione non possono perciò fra tanto la via esecutiva de' medesimi impedire, o sospendere. E che sia così esaminiamolo sul fatto medesimo.

Si oppone a' legati suddetti la surriferita D. Marianna col dire, che detto stabile di *Surdo* alla medesima si appartenga in vigore di un antico fedecommeſſo, e lo stesso ella rafferma, per lo Palazzo suddetto; al qual fedecommeſſo soggiunge venir ella chiamata *ex propria persona*: e di più quando ciò non potesse aver luogo dice, che il suddetto stabile di *Surdo*, le fosse stato costituito in dote dal suddetto Testatore; onde che egli non poteva legarlo. Queste sono l'eccezioni della medesima, ma la loro insufficienza
da

da se stessa si manifesta, e si scuopre: attesochè ella come crede, qual è, del Testatore suddetto ha il preciso obbligo di aver rato il dilui fatto. Ma oltre alla medesima, che detti legati contraddice, s'oppone anche D. Giuseppe Castiglioni Morelli raffermando, che i suddetti due corpi ad esso lui s'appartengono in vigor d'un antico fedecommesso istituito, e formato dal fu D. Antonio Mangone. Finalmente contraddice gli stessi suddetti legati D. Pietrantonio d'Aquino raffermando, che i suddetti due corpi onnessi siano al fedecommesso suddetto con qualità di primogenitura, e che ad esso lui spettano qual primogenito della fu D. Barbara Mangone ultima Agnata di sua famiglia, alla quale crede, che detto fedecommesso fatto tiasi, ed ordinato. Ma per farsi chiara, e lucida l'intera sostanza delle cose, conviene esporre il fedecommesso summenovato.

Il fu D. Antonio Mangone nell' anno 1700. fece il suo ultimo chiufo *in scriptis testamento*, in cui istituì suo erede universale , e particolare il fu D. Girolamo Mangone suo nipote figlio di Giccio Mangone; dopo la qual istituzione asserì , che aveva comprato il suddetto feudo Sardo, e tanto sopra il medesimo , che sopra il suo palazzo, vi formò il seguente fedecommeso: *Item dichiaro io predetto Testatore D. Antonio tenere , e possedere come vero Signora e Padrone una mia possessione grandiosa detta lo mio feudo , sita , e posta in territorio della terra di Ronde , e propria*

net

nel luogo detto Surdo, giusta li suoi notorj fini, come anche sotto li ventuno Aprile 1698. aver comprato di miei propj danari uno Palazzo sito, e posto in questa Città di Cosenza, e propio luogo detto lo Triglio, ovvero lo Critacchio, seu supra S. Rocco per lo prezzo di ducati mille, e novecento come per istrumento rogato per mano di Notar Giuseppe delli Marzj di questa Città oltre le grosse spese fatteci per risarcimento di esso, ed attualmente ce ne stò facendo, ed in detto Palazzo ci dovrò ponere l'armi della mia famiglia, che perciò detto Palazzo, e detto feudo e nell'intiero loro rispettivo stato gli lascio jure praelegati a detto D. Girolamo mio erede, delli quali ne sia, e debbia essere usufruttuario sua vita durante, e dopo sua morte debbiano pervenire detto mio feudo, e Palazzo, ed in essi succedere il suo figlio primogenito, o che terra luogo di Primogenito legitimo, e naturale, e li suoi figli, e discendenti mascoli in perpetuum, & infinitum de Primogenito in Primogenito, escluse sempre le femine.

Ed in caso, quod absit, mancata la linea, e discendenza masculina, e di detto primogenito, in tal caso non ostante, che fussero figlie femine discendenti di detto primogenito, quali femine voglio, che restano escluse, ed in esso palazao, e feudo succeda, e debba succedere, il secondo genito di detto D. Girolamo mio erede, e li suoi figli discendenti mascoli legittimi, e naturali sempre di primogenito in primogenito, escluse sempre le fe-

9

femine, *ut supra*, e mancando la linea masculina del secondo genito, ancorchè ci restassero femine, *ut supra* debba succedere il terzo genito mascolo legittimo, e naturale di detto D. Girolamo mio erede, e li figli, e discendenti mascoli di primogenitu in primogenitu escluse sempre le femine, e mancando la linea masculina del terzogenito succeda il quartogenito, e la sua discendenza masculina, & successive succeda il quintogenito, e così debba osservarsi in perpetuum, & in infinitum nelli figli, e discendenti di detto D. Girolamo mio erede colla prerogativa masculina, e primogenitura; quali chiamati voglio, che siano, e debbiano essere procreati di legittimo matrimonio, escludendo li legittimati per qualsivoglia modo di legittimazione anche per subsequens matrimonio. ~~E con debba osservarsi che in successione non possa succedere mai l'altra linea immediata chiamata.~~

Se non sarà estinta prima la linea legittima e naturale dell' antecedente chiamato, cioè non possa succedere la linea del secondogenito di detto D. Girolamo se non sarà estinta, ed evacuata prima la linea della discendenza masculina legittima, e naturale del detto suo primogenito chiamata nel primo luogo, e così debba osservarsi in perpetuum in ciascheduna delli detti figli del detto Signor D. Girolamo, *ut supra* chiamati, escluse sempre le femine. Verum mancando la linea masculina di detto D. Girolamo mio erede, in tal caso succeda. fol. 40. dist. proc.

Dalla suddetta disposizione letteralmente da me trascritta si ravvisa, che nella medesima si sia formato un fedecommesso agnatizio mascolino con quelle parole dopo soggiunte dal Testatore, *così per mia memoria , e per decoro della mia Casa, fol. 42. lit. B.* discensivo però nella famiglia dell' erede istituito colla perpetua esclusione delle femine , anche di quelle , che si trovassero nella linea dell' ultimo possessore , e conseguentemente più prossime al gravato . Ordinato così tal fedecommesso per li discendenti mascoli agnati dell' erede istituito , presentossi il caso al Testatore anzidetto dell' estinzione de' medesimi, e cercò egli provvedervi con sostituire altri per quelle ultime parole , che si leggono così : *succeda* , ma non dichiarò la persona , che succeder dovesse : e tal mancanza ha dato luogo al litigio per li motivi che seguono .

Le verisimilitudini s' inducono dagli atti umani , che frequentemente si fanno . Noi a tal proposito veggiamo , che ne' fedecommessi agnatizj mascolini, estinti i mascoli, s'invitano alla successione le femine . E vediamo altresì , che chiamata la famiglia effettiva, in mancanza di questa venga alla successione invitata la contentiva . Onde da questa pratica d' agire , che hanno gli uomini comunemente, sorge la verisimilitudine, che nel dubbio alla medesima accomodati si sieno . Quindi si desume da' nostri contraddittori, che nell' estinzione de' masco-
li

li suddetti la parola *successa*, senza altro detto si fosse, bastantemente ci dà ad intendere, che chiamata sia stata, ed alla successione anzidetta invitata la linea femminile dell'ultimo mascolo della suddetta famiglia Mangone, la quale è la suddetta D. Marianna Mangone, che fu figlia del fu D. Francesco Mangone primogenito, ed è rimasta superstite al fu D. Luigi Mangone ultimo mascolo. Ma perchè un sì fatto fedecommesso fu istituito con qualità di primogenitura, pretende il summentovato D. Pietrantonio, qual figlio primogenito della fu D. Barbara Mangone escludere essa D. Marianna, credendo un tal fedecommesso non agnatizio, ma mascolino con qualità di primogenitura, e cui perciò aspirar non possa essa D. Marianna, sebbene agnata ella sia. ~~Io non entro per serg. a tal controversia, essendo il mio oggetto di pretendere l'estinzione di tal fedecommesso totalmente.~~ All' incontro pretende D. Giuseppe Castiglioni Morelli in suo beneficio la spettanza di tal fedecommesso, raffermando, che estinta la discendenza mascolina dell'erede istituito sia troppo, che verisimile, l'aver voluto chiamare il Testatore, e contemplare la sua famiglia propria in esclusione delle femine dell'erede istituito, che sono fine della lor famiglia, e principio di un'altra. Onde esso D. Giuseppe qual fu figlio della fu D. Orsola Mangone nipote dello stesso D. Antonio fedecommittente debba escludere tutti gli altri. Queste sono le ragioni per cui si pretende

la sussistenza del summentovato fedecommesso , non ostante che estinti i suddetti mascoli dell'anzidetta famiglia Mangone espressamente chiamati , non siasi espressa nella sostituzione , mediante la parola *successa*, qual persona era quella , che il Testatore suddetto intendeva di sostituire senza averla espressa . Contra le suddette pretensioni , io sono ad esaminar la qualità del fedecommesso anzidetto , e a dimostrarne l'insussistenza : il che formerà il primo capo di diritto di questa Scrittura.

C A P. I.

In cui si prova l'Estinzione del fedecommesso suddetto.

E' Troppo , che risaputo , quanto a cuore siano state le cautele presso gli antichi Romani praticate intorno alla formazione de' Testamenti per riparare le frodi , le quali furono tante frequenti presso gli stessi Romani , che bisognò farsi la legge Cornelia testamentaria *De falsis* : ed è nota pur anche la cura , e l'avvedutezza , che praticar si dovevano , affinchè certa fosse stata la persona dell'erede , e tutto quello , che veniva nel testamento scritto . Fu il testamento presso i Romani reputato un atto tanto serio , che come tale si credeva di doverfi fare colla possibile maggiore attenzione , la quale si credeva mancare , allorchè le cose nel medesimo ordinate non si fossero disposte , o espresse colla maggior certezza ,
e chia-

e chiarezza , che si potesse : ed è a proposito , che a render dette cose maggiormente comprovate io trascriva le parole di Quintiliano , il quale parlando de' testamenti così scrisse . *In more Civitatis , in legibus positum est , ut quotiens fieri potuerit , defunctorum Testamentis stetur . Idque non mediocri ratione . Neque enim aliud videtur solatium mortis , quam voluntas ultra mortem : alioqui potest grave videri , & ipsum patrimonium , si non integram legem habet , & cum omne jus nobis in id permittitur viventibus , auferatur morientibus .* La permission di testare , così ben rilevata da Quintiliano , ed innalzata alla qualità di legge , fa ben comprendere l' obbligazion di doverli il Testatore esprimere con certezza nelle cose , che vuol disporre . E di qui parimente si rileva , perchè ~~il testamento~~ far si debba *unico testatu* , senza che vi si tramischiasse atto alcuno diverso , o alieno dal testare .

I testamenti presso i Romani si cominciarono a fare a modo di legge convocato il Popolo ne' Gormizj ; ne' quali il Testatore ad alta , e chiara voce doveva sua volontà manifestare . Richiesero l'autorità del popolo , perchè si credeva , che l'intestate successioni deferite dalla legge rivocare non si potessero , se non se con altre leggi contrarie , quali aver si dovevano le volontà de' privati dal Popolo autorizzate . Quindi si riconobbe la necessità della certezza ne' testamenti in riguardo del Testatore , non meno , che dell' Erede ; cosicchè venne vietato a chi dubi-

bio fosse lo stato di libero , o servo , far testamento , ed il testamento si ha per nullo , quando incerta sia la persona dell'erede . Anzi il postumo suo non poteva essere istituito erede riputandosi come persona incerta dal non sapersi se fosse per nascere , o nò , se maschio , o femmina nascesse , e se nato vivesse , o pure subito morisse . E ciò faceva , che nato il postumo rompesse , ed infermasse il testamento . Si trovò ben vero il riparo col savio intendimento di Cajo Aquilio inventore della notissima formola : ma ciò fu per lo postumo suo , restando fermo il diritto per lo postumo alieno infino all'Imperator Giustiniano , come io con maggior chiarezza farò di qui a poco per dimostrare . Ecco dunque la necessità della certezza ne' testamenti in riguardo al Testatore , ed all'erede , attesochè l'indole necessaria della legge si è la diletta certezza tanto per colui che la fa , quanto per coloro , che la ricevono .

Inoltre il Popolo Romano in tempi certi , e determinati solamente convocava i Comizj , nè a tutti vi era l'adito permesso . E perciò , avvenendo , che morivano molti intestati , fu introdotto il Testamento *per aes , & libram* , che si faceva con una vendita immaginaria . Ma perchè egli era soggetto a varie sottigliezze , e rigorose solennità , senza le quali era nullo , perciò s'introdusse il testamento pretorio , e nuncupativo . Essendo poi succedute le costituzioni de' Principi , che prescrissero altre solennità , ne venne ,
che

che si stabilisse una nuova forma di testare in parte secondo l'editto pretorio, ed in parte secondo le suddette costituzioni de' Principi, in modochè nel diritto Giustiniano non ne occorrono se nonchè il testamento nuncupativo, ed il testamento *in scriptis*. Ma non è però, che, i testamenti antichi aboliti, non fosse rimasta ne' presenti la ragion, che siano leggi, e che come tali debbano avere la lor certezza e nella persona del Testatore, e nella persona dell'erede; siccome si spiega colla parola lasciata dall' antichità al testamento, che si fa a voce dinominandosi testamento nuncupativo; imperocchè la parola nuncupare significa esprimere chiaramente la cosa, così scrisse Brissonio nel suo lessico, servendosi dell'autorità di Festo per la genuina spiegazione di tal voce così: ~~nam nuncupatio est pronuntiatio~~ *tit. lib. 2. de offic. Juris consulti, nominata certa, nominibus propriis pronunciata*, e la vecchia Glossa su tal parola *nuncupare est palam nominare, et confirmare*. Nè minor certezza è necessaria al testamento *in scriptis*, anzicchè a chiare note deesi leggere quel che il Testatore ha ordinato, e preferito in modochè contenendo egli verbo visibile si dichiarerebbe nullo, ed invalido. Ecco l'espresso testo nel corpo delle leggi di Giustiniano. *L. Heredi D. Si tabula Test. nuncupata. Heredi; cujus nomen inconsulto ita deleatur sit, ut penitus legi non possit, dari bonorum possessio minime potest: quia ex conjectura non proprie scriptum videtur, quamvis, si post prolatus tabulas dele-*

deletum sit testamentum, bonorum possessio competat. Nam, & si mortis tempore tabulae fuerint, licet postea interierint, competet bonorum possessio, quia verum fuit, tabulas extare.

Io non ho potuto ritrovare tra il gran numero degl' interpreti commento a tal legge più opportuno, ed accomodato, che quello della Glosa presso Leon Moscato dell'edizione del 27., che perciò ho stimato necessario trascriverne le parole: *Ponamus igitur quod Titius in testamento suo instituit sibi heredem Sejum, & ante mortem Titii praedicti nomen dicti Seii, ita deletum fuit inconsulto, idest non ex voluntate dicti Titii, ut penitus legi non possit; numquid potest dari bonorum possessio dicto Sejo heredi? & certe minime: quia ex conjectura, idest ex praesumptione non proprie scriptus videtur. Praesumitur enim non scriptus, cum legi non possit, quatenus competat bonorum possessio si Testamentum sit deletum post tabulas prolatas, scilicet in publicum apud Judicem, vel etiam quemlibet privatum, mortuo tamen Testatore, & vere competit bonorum possessio si testamentum sit deletum post tabulas prolatas, scilicet in publicum apud Judicem, vel etiam quemlibet privatum mortuo tamen Testatore. Nam etsi mortis scilicet tempore tabulae fuerint subaudi quamvis non prolatae, apud Judicem, vel alium competet bonorum possessio, licet postea interierint scilicet dictae tabulae: quia verum fuit tabulas extare, scilicet tempore mortis Testatoris. Semel enim extirpasse tabulas mortuo Testatore desi-*
de-

deratur; nam, & si extare defierunt, quamvis postea interciderunt, bonorum possessio poterit periri: ut in Lege de bonorum posses. secundum tab. l. i. §. Semel Oculis perspicere, non dico intelligi: ex conjectura, idest ex præsuntione præsimitur enim non scriptus cum legi non possit.

A tal comento stimo convenevole aggiungervi, quel tanto che scrisse dottamente Donello nel suo Comentario al diritto civile nel lib. 6. al cap. 21. ove dalla genuina indole del verbo istituere rafferma il mio assunto. Egli così scrisse *instituere heredem est designare, quem velis tibi heredem esse. Sic enim dictum est instituere, ut compositio verbi indicat, quasi statuere, & locare aliquem in re aliqua. perficere heredis institutio duobus rebus verbis. Testatoris voluntatem de institutione significantibus, & Testatoris sententia verbis congruente. Et ut ordiamur ab heredis persona jam primum designari verbis oportet, & cum certum, quem sibi heredem testator velit. Heres institui, nisi certus demonstretur, nemo potest. Itaque illæ institutiones nullius momenti sunt: aliquis ex fratribus meis aut aliquis ex cognatis meis heres esto. Nemo enim hic demonstratur. Proinde nullus erit heres, quamvis ceteris omnibus uni concedentibus, aliquis existat, qui se dicat paratum hereditatem suscipere, nam nec is designatus est, aut demonstratus verbis, quod querimus. Demonstratur heres citra controversiam nomine suo. Sed demonstratur & sine nomine,*

figno quovis, & quavis demonstratione, ex qua intelligi possit, quis designetur quod in persona heredis instituendi exigimus, est & in hoc designando verba & in instituendo voluntas testatoris concurrant: idem exigimus, & in hujus institutione, idest in hujus vocatione ad hereditatem. Hæc, nisi verbis expressa, nulla futura est, quumvis testator factum voluerit Verbis exprimi institutionem oportet.

Alla cose anzidette, quantunque potessero bastare, stimo aggiugnervi altre leggi, e fra queste incomincio dalla famola *L. Quoties. D. de hered. instit.* -- *Quoties volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans (veluti frater meus, patronus meus) placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur; neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.* L'intelligenza di detta legge per poterfi dare genuinamente uopo egli è, che si premetta l'oggetto della controversia. Nella suddetta legge non può capirsi come non debba esser l'erede quello, che la volontà del Testatore ha per se evidentemente, e pure nella suddetta legge raffermafi, che nè l'erede scritto sia erede, perchè a lui manca del Testatore la volontà, nè per l'opposto quegli, con cui la volontà del Testatore suddetto concorre, perchè ad esolui manca la scrittura, cioè l'espressa istituzione; quandocchè la volontà del Testatore è quella, la quale alla lettera preferire si dee, e poco curar si debbono le parole, quando si ha la volontà

tà del Testatore. Questa fu la ragione, perchè l'antico Giureconsulto Tuberone rafferma, che l'erede verso cui concorrevla la volontà del Testatore si doveva riputare istituito, ancorchè ad essolui la scrittura mancasse; ma la dilui opinione fu contraddetta da Servio, e questa con l'andar degli anni fu da' susseguenti Giureconsulti comprovata; onde restò in voga la sentenza di Servio, e questa fu ricevuta nell'uso pratico del foro; siccome ce l'attesta Vulpiano nella suddetta legge *Quoties*.

Io non posso allegare miglior commento su detta legge, che quello dell'incomparabile Duareno nel titolo *de heredibus instituendis*, trascrivendone le parole, che sono le seguenti; *Instituere heredem est, vel nuncupare, vel scribere heredem. In hac specie dicuntur. Pater meus instituit heredem, quam instituisse, hac multum differunt. Aliud est instituere aliquem, aliud eum instituere velle. Aliud est quam agere, aliud agere velle, idque indubitatum est in his, in quibus sola voluntas non sufficit aliud esse, vel agere: his autem sola voluntas non sufficit ad institutionem heredis. Oportet eum, qui instituitur heres vel nuncupari, vel scribi oportet voluntatem aliquomodo exprimi: oportet voluntatem exprimi his verbis, quae apta sunt, et idonea ad voluntatis declarationem. Nec novum, aut mirum videri debet, quod hic dicimus, solam voluntatem non sufficere. Si sola voluntas sufficeret in testamentis, quos sum tanta solemnitas adhiberetur, quantam adhiberi necesse esse dicimus. Ego*

A 10

igitur

igitur contendendo institutioni haredis solam voluntatem non sufficere: oportet voluntatem aliquo modo verbis expressam esse idoneis ad voluntatis declarationem.

Nè ha minor peso il §. 5. dell' istessa legge per le seguenti sue parole -- *Tantundem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem destinans inferere, non addidit: Nam & hunc pro non instituto putat. Sed si conditionem addidit, dum nollit detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est. Quam sententiam & ipse, & nos probamus.*

Una sì fatta legge per poterli bene spiegare ha posto in tortura i più famosi interpreti sul motivo, che non si sa capire, come possa esser nulla l'istituzione dell'erede fatta dal Testatore, che voleva soggiungervi la condizione, e non additolla, perchè una sì fatta condizione omissa deesi reputare di niun momento, come non scritta, e restare all'incontro ferma l'istituzione scritta: ma il contrario decise il Giureconsulto, e la difficoltà disciolse bene Paolo de Castro nel commento a tal §. con queste parole. *Omissio conditionis, quam Testator voluit apponere, & per errorem omisit, vitiat institutionem. Sed e converso si per errorem apposuit, quam apponere non intendebat, non vitatur institutio, sed habetur pro non apposita. Ratio diversificatis est, quia in primo casu constabat, quod Testator noluit facere instituta-*

stitutionem puram: sed conditionalem, & non apparet, quam conditionem voluit apponere. Unde nec valet, ut pura: quia Testator noluit; nec ut conditionalis, quia quam conditionem voluerit apponere ignoratur, & sic vitiatur ratione incertitudinis.

Premesse già tali dottrine conviene dimostrarle applicabili al caso della nostra controversia. Mancando i mascoli della famiglia Mangone, chiamati dal Testatore espressamente; volle fare la sostituzione a' medesimi, e già disse la controvertita parola *succeda*, ma non additò, cioè non scrisse, chi doveva succedere; sicchè dunque l'erede non fu scritto, onde la pretesa sostituzione si dee reputar caducata, ed estinta secondo le sopra allegate autorità, le quali, quantunque ~~non per l'estinzione dell'erede~~, tengono però lo stesso luogo nelle sostituzioni, altre non essendo queste, che seconde istituzioni. Di più, noi ancorchè si volesse supplire l'erede sostituito, quantunque non scritto, siamo nel dubbio per l'imperfezione dell'orazione, se il suddetto Testatore fedecommittente avesse voluto fare la suddetta sostituzione volgare soltanto, giacchè si faceva nell'estinzione de' primi chiamati, o pure fedecommessaria, giacchè avendo gravato i primi eredi, i quali erano più dilette, si presume, che con gli altri meno dilette altrettanto avesse voluto. Onde questa incertezza fa, che la sostituzione sia nulla, come fu dichiarata nulla l'altra contenuta nella sopradetta *l. quous* per la condizione, che vi

voleva aggiungere il Testatore , e non l'aggiunse .

Si conferma tutto ciò da una altra incertezza circa la nostra controversia , la quale proviene , che essendo ugualmente cara , e diletta al Testatore la discendenza dell' erede istituito , che la sua famiglia contentiva , restiamo nel dubbio se nel caso previsto dal medesimo dell' estinzione de' mascoli dell' erede istituito avesse voluto colla parola *succeda* invitare , e chiamare le figlie femmine discendenti dall' istituto , o pure in esclusione delle medesime i mascoli , o le femmine della famiglia contentiva dell' Erede , o quelli proprj dell' istessa famiglia contentiva d' esso Testatore ; onde l' uguaglianza di tale presunta affezione rende incerta , e dubbiosa la suddetta sostituzione . E' letterale su ciò il responso di Ulpiano nella *l. si fuerit legatum* 10. *D. de Rebus dub.* , ove i seguenti casi egli figura : *Si fuerit legatum relictum uni ex cognatis meis , qui primus Capitolium ascenderit : si simul duo venisse dicantur , nec apparet , quis prior venerit , an impedietur legatum ? vel ei , qui monumentum fecerit , & plures fecerint : vel ei , qui maximus natu est , & duo patres aetate sint : sed & si legatum Sempronio amico fuerit relictum , & duo sint aqua caritate conjuncti . . . Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni , vel quibusdam libertas relicta est ? & verius est in his omnibus etiam legata , & libertates impediri .* Ecco quanto opera per la nullità del legato l' incertezza della volontà del

Te-

Testatore, che dichiarasi nullo, anche il legato della libertà, la quale presso i Romani per la filosofia Stoica, di cui eglino, dopo Marcantonino il filosofo, furono tanto ammiratori, a qualunque altra cosa veniva preferita.

Io dubito, che da coloro, i quali hanno appena gustata la scienza del diritto Romano, mi s'opponga, che le leggi suddette del Digesto non abbiano luogo per la disposizione di Giustiniano, il quale con una sua novella costituzione derogò le medesime volendo, che le persone incerte si potessero eredi istituire. Ma mi è troppo facile la risposta, che una sì fatta dilui costituzione per la voracità del tempo non si trova più nel dilui Codice; imperciocchè se si trovasse, molto bene potremmo sapere cosa egli habia voluto novare. ~~Ella intanto non ha dato luogo a varie interpretazioni, tra loro contrarie.~~ Rammentasi soltanto nelle sue Istituzioni al titolo *de legatis*, nel §. 27. Quindi tralasciando io, che farebbe cosa al Lettore noiosa, tutte l'altre interpretazioni mi attengo a quella del dottissimo Scipione Gentile, il quale nel cap. 2. *de erroribus testamentorum* così scrisse: *Sed respondendum est, incertum heredem duobus modis dici, primo incertus haeres dicitur, ratione nostri, cum intelligere non possumus, vel cum plane non apparet, de qua persona Testator senserit, veluti, si Testator plures amicos habuerit ejusdem nominis...* *Hoc igitur emendatum, & mutatum a Justiniano*

non est , neque etiam ulla ratione mutari potuit Secundo modo hæres incertus dicitur , ratione defuncti Testatoris , quod accidit , cum ex eventu domum apparet , nosque intelligimus , quemnam voluerit Testator sibi heredem esse v. g. Si ita scripserit , qui primus ad funus meum venerit , mihi hæres esto . Hujusmodi enim incertas personas olim non potuisse hæredes institui , vel aliquid in Testamento illis relinqui Hodie vero ex dicta Justiniani Constitutione , quæ nominatur in §. sed nec hujusmodi 27. instit. de Leg. jus vetus hac parte emendatum est .

Rimane adunque da ogni parte comprovato , che l' istituzione dell'erede , o sia la sostituzione debba con espresse parole formarsi . Il dottò Francesco Mantica , che per la sua gran perizia del diritto dall'Avocazia fu promosso alla sacra Porpora , nel suo insigne Trattato delle congetture d' ultime volontà nel libro 3. al cap. 19. al n. 8. così scrisse: *Sciendum est , quod casus omissus habetur pro omissio , itaut non possit estendi de persona ad personam , etiam ex tacita , & verisimili mente Testatoris & ideo substitutio fideicommissaria non trahitur de persona ad personam liceat eadem ratio subsistat .* Al che è uniforme la dottrina di Deciano nel responso 47. nel lib. 3. n. 34. così: *Et præterea verba illa , quibus interrogatus ita respondisset , procedere possent , quando verba non repugnarent , & quando non tractaretur de estendendo dispositionem Testatoris de persona in personam prout tractamus in casu præsentis de per-*

persona filiorum primi gradus ad personam nepotis, num licet dispositio Testatoris facta in unum casum ad alium porrigatur ex verisimili, & conjecturata mente Testatoris juribus in contrarium adductis, attamen secus est, quando tractaretur de extendendo dispositionem de persona, ad personam ubi in terris nostris præcise dicit, quod nomen filiorum non potest comprehendere nepotes ex conjecturata mente Testatoris, quia tractatur de extendenda dispositione de persona filiorum ad personam nepotum, quo casu non admittitur extensio. Et præsertim dicit, quando filii sunt propriis nominibus vocati.

Mi si opporrà, che i fedecommeſſi potendoli eſtendere da persona a persona, allorchè tanto le congetture ci perſuadono, così ancora lo ſteſſo affermar ſi debba delle ſoſtituzioni, ſoprattutto quando elle ſono fedecommeſſarie. Ma la differenza, che tra gli uni, e l'altre interviene, è notabile, atteſo i fedecommeſſi laſciar ſi poſſono, e formare colla nuda volontà non eſſendo eglino atti legittimi, ma non però all' oppoſto le iſtituzioni, e ſoſtituzioni, ſopra tutte, le dirette, come è la ſoſtituzione in queſta preſente controverſia; perchè elle, come atti legittimi, come ſono, far non ſi poſſono per equipollenza, ma per quella forma individuale ſoltanto, che la legge ha preſcritto. Sicchè ſe queſta ha voluto la ſoſtituzione allora valida, quando ella ſi fa o con parole, o con ſcritture lucide, e chiare, qual è il teſtamento nuncupativo, o ſcritto, mancandovi tal formola, la ſoſti-

tu-

ruzione non può sussistere.

Tutte queste cose ancorchè sian di sommo peso vengono ad ogni modo maggiormente avvalorate dal fatto dell'ultimo erede chiamato, che fu il suddetto D. Luigi. Egli dispose de' sudetti due stabili onnosj al summentovato fedecommeso; cioè il Palazzo, ed il suddetto stabile di *Surdo*, come robba libera; attesocchè egli era l'ultimo mascolo chiamato, e che come tale, siccome egli rafferma, poteva molto bene di detti due stabili disporre. Che l'erede possa dichiarare la dubbia volontà del defunto, è cosa presso tutti indubitata. Molte leggi ciò comprovano, io però tra queste ho scelto il responso di Ulpiano nella *L. legato generaliter D. de legat. 1.*, ove il suddetto *Giuriconsulto* al §. 1. così scrisse: *Si de certo fundo sensit Testator, nec appareat, de quo cogitavit: Electio heredis erit, quem velit dare: nunc si appareat, ipse fundus vindicabitur. Sed etsi lancem legaverit, nec appareat, quam, æque electio est heredis, quam velit dare.* E per allegare dottrine al caso nostro individuali; il suddetto *Tiberio Declano* nel suo *Consiglio 1. del vol. 1. nel n. 311.* così scrisse: *Istæ igitur comprobationes, & confessiones gravatorum de fideicommisso predicto probant utique, & confirmant ipsum fideicommissum; ita scripsit Dominus meus Parisius Conf. 11. Duo sunt illæ inquit, quod in dubio, nempe dum dubitamus de mente Testatoris, standum est interpretationi, & declarationi heredum, & gravatorum, & tales confessiones no-*
cent

cent quibuscumque successoribus, etiam singularibus.

Lo stesso scrisse, ed esaminò troppo a lungo nella materia de' fedecomessi, e maggiorati il dotto Mierez nella 1. parte alla qu. 44. *de Majoratibus Hispania*, e nell' istessa 2. parte alla prefazione della medesima al n. 427. così. *Item animadverto, quod ad heredem quandoque spectat declarare mentem defuncti L. si quis Aquilio §. Si quis plures D. de Legat. 11.*; Anzichè estende tal facoltà anche al successore nell' ufficio, ed all' esecutor Testamentario. Il suddetto lodato Mantica nel sopra lodato trattato nel lib. 3. fu dell' istesso sentimento, ma s' oppone alla ragione, che hanno allegato taluni di tale facoltà, che ha l' erede di dichiarare la dubbia volontà del defunto. Hanno costoro scritto, che ciò s' accordi all' erede, perchè egli si presume, che esso lui abbia nota e cognita la volontà del defunto: ma tal ragione è quella, che disapprova esso Mantica ad oggetto che tal facoltà l' hanno ancora quegli Eredi, i quali non mai conobbero il Testatore, onde egli ne allega un' altra, che è questa colle parole seguenti significata, nel n. 27. del l. 3. al tit. 1. *Unde mihi videtur posse dici aequius visum fuisse Legislatori: ut haeres ipse quandoque declaret, ne alioquin propter incertitudinem reddatur inutilis dispositio Testatoris, & ut minus haeres ipse gravetur, quae est conjectura legis, ut L. nummis de Legat. 3. . . Et ideo si haeres confitetur simplex en fideicom-*
misso

missio fideicommissi, & successoribus suis præjudicium facit, ita Socinus senior Consil. 12. & Parisius Consil. 75. Standum est enim declarationi haredum, & successorum, & maxime quando cum ea declaratione multa concurrunt, & fideicommissi interpretationem factam ab haredibus non posse ab eorum successoribus, quod Decianus putat in Consil. 1. n. 310. indubitate procedere, quando non agitur de inducendo novo fideicommissio, sed de interpretatione fideicommissi, quod constat esse relictum.

Avendo dunque il suddetto D. Luigi dichiarato disposto de' suddetti due stabili, come sua robba libera, si dee riputare il suddetto preteso fedecommesso risoluto, ed estinto. Ma si oppongono alla suddetta dilui disposizione altre eccezioni, che nascono dal fatto, e queste, or vengo ad esporre.

C A P. II.

Ove si narra il fatto d'altre eccezioni, che occorrono nella nostra controversia.

IL suddetto D. Luigi volendo maritare la sua nipote D. Marianna con D. Tommaso d'Aquino suo cugino, a' 2. di Giugno dell'anno 1769. costituì a detti futuri conjugii per dote, & *doris nomine* lo stabile di Surdo per sostenere i pesi del matrimonio, per li quali bastar non poteva la dote di ducati settecento, che poteva pretendere essa D. Marianna sopra lo stabile
di

di *Iiri*, che posseduto era da esso dotante come ultimo mascolo di sua famiglia, ma coll'istesso albarano riferossi detto dotante la facoltà di disporre di detto stabile o in vita, o in morte, lasciando l'equivalente del medesimo a detti conjugii nello stabile di *Iiri*. Ebbe effetto il matrimonio, e seguì la consegna di detto stabile, ed è stato egli posseduto dal suddetto D. Tommaso per tutto il tempo, che visse D. Luigi, ma venuto egli a morte fece l'ultima sua testamentaria disposizione con cui istituì sua erede essa Mariana sopra l'anzidetto stabile di *Iiri*, e valendosi della facoltà di disporre del summentovato stabile di *Surdo*, ne dispose in beneficio de' suddetti Cherubini, ordinando, che la sua erede non avesse in conto veruno impugnato il suddetto legato, in cui aveva istituito eredi particolari essi Cherubini, e nel caso, che l'impugnasse egli intendeva detrarre la legittima sua, e quella di suo fratello di cui fu erede sopra il suddetto stabile di *Iiri*, come pure intendeva dedurre tutti quelli crediti, che rappresentava sopra detto stabile tanto per le migliorie fattevi, quanto ancora di dedurre quei crediti, che egli con suo proprio danaro aveva dismessi, a' quali detto stabile era onnosio. E tutte dette detrazioni spiegolle in detto suo Testamento, nel quale inserì ancora il suddetto albarano, come si legge nella copia del medesimo presentata presso gli atti fol. 17. e 18.

Egli morì con tal disposizione, e la sua erede si ha

ha spedito il preambolo colla riserva delle sue ragioni avverso il legato suddetto. Queste sono, che non sia ella tenuta alla prestazione del suddetto legato di *Surdo*, atteso le fu costituito in dote, e non poteva il dotante riserbarsene la facoltà di disporre, quante volte ad esso lei donato avesse l'equivalente nel suddetto stabile di *liti*, ad oggetto che il medesimo è sua robba propria, a cui vien chiamata in virtù di fedecom- messo fattovi dalla fu D. Francesca Cherubino di lei Ava paterna. Che sul medesimo spettar non possa ad esso D. Luigi detrazione di legittima, essendo stata questa specialmente proibita a detrarsi da' figli di essa D. Francesca fedecommit- tente. Queste sono l'eccezioni, le quali s'oppon- gono all'esecuzione del legato suddetto, le qua- li non hanno però luogo nel legato della Casa fatto in beneficio del suddetto D. Pietro Andreotti, ad oggetto che detta casa non fu costituita per la dote suddetta. Quindi il legato della medesi- ma solamente incontrasi nell'eccezioni del sum- mantovato fedecompresso del fu D. Antonio Man- gone, di cui a lungo ho ragionato nel primo capo. Intanto per poterli bene intendere la sud- detta eccezione, uopo egli è, che si richiami il fatto dalla sua origine primitiva.

Dee sapersi, che, seguito il matrimonio tra detta fu D. Francesca col fu D. ~~Giuseppe~~ Mangone, ella dopo ~~terminato~~ ~~con pubblico~~, e solenne istrumento fece una donazione irrevocabile tra vivi di tutti i suoi beni a' suoi figli nati, e

na-

31

nascituri del suddetto matrimonio, e loro discen-
denti *in perpetuum*, & *in finitum* con un fede-
commesso agnatzio progressivo, e primogeniale
riferbandosi l'usufrutto per se o suo marito, e
ducati mille, e dugento per testare. Ella fatta
tal donazione con qualità di primogenitura a
beneficio di tutti i discendenti del suo figliuolo
primogenito D. Francescantonio, ed in mancanza
de' di lui discendenti a favore del secondogeni-
to, e suoi discendenti, ed in loro mancanza in
beneficio del terzogenito ec. ordinando che l'u-
sufutto di detto stabile di *liri* ugualmente si
percepisse vita loro durante *tantum*, loro però
proibendo la detrazione della legittima: del qual
capitolo uopo egli è, che io ne trascriua le pa-
role, come quelle che sono l'oggetto principale
della nostra controversia, le quali son queste;
l'istesso Signor D. Francescoantonio suo figlio pri-
mogenito se ne possa ritenere ancora in suo bene-
ficio annui ducati cento, e lo di più dell' entrate
di detta possessione esso Signor D. Francescoanto-
nio suo figlio primogenito se l'abbia, e debbia
egualmente a dividere coll' altri suoi fratelli ma-
scoli Deo dante nascituri d' essa Signora D. Fran-
cesca con detto Signor D. Girolamo suo marito,
e così s'abbia da osservare per tutti li chiamati
in presenti donazione ordine successivo in *infini-*
tum; e quando forse non si contentassero detto
Signor D. Francescantonio o li suoi fratelli ma-
scoli, *ut supra* nascituri di quanto a loro dona
del modo che di sopra, e volessero pretendere la
le.

legittima dopo la morte della Signora D. Francesca, che a ciascheduno d'essi li spetta, debbia quello succedere alla detta legittima, che de jure li spetta, con restar privo della sua porzione dell'uso-frutto d'essa possessione, lo quale uso-frutto s'unisca a favore di quello, che punto non controvenirà, e si chiamerà ben contento della presente donazione. E prevedendo il caso dell'estinzione de' mascoli suddetti chiamò le figlie femine dell'anzidetto D. Francescantonio colle seguenti parole; a ritrovandosi esso Signor D. Girolamo premorto in tempo della mancanza della linea, e legittima discendenza mascolina del detto Signor D. Francescantonio, e delli figli nascituri mascoli de' essa Signora D. Francesca col detto Signor D. Girolamo succedano le figlie femine di detto Signor D. Francescantonio, o di chi terrà luogo di primogenito, & in defecto di esse le figlie femine d'essi Signori Conjugi, che non si trovassero monacate; mentre con queste condizioni, riserbe, e vincoli di fedecommesso perpetuo; essa Signora D. Francesca ave inteso, ad intendere fare detta donazione di liri, e non altrimenti, nè d'altro modo.

Questa donazione fu fatta nel 1705. ma nel 1710. passato da questa a miglior vita il suddetto Signor D. Girolamo, essa D. Francesca donante precedente l'assoluzione del giuramento rivocò detta donazione con pubblico, e solenne istrumento, asserendo, che la cagion finale della medesima erano state le violenze del marito, che

che l'avevano indotta a fare tal donazione; ondechè la rievocava dichiarandola nulla. E fatta tal rievoca comparve nella G. C. della V. facendo istanza di dichiararsi la suddetta rievocata. Dalla G. C. fu impartito termine ordinario, e, questo compilato, fu dichiarata la medesima nulla, ma riferitasi la causa in Consiglio, e dato per curatore, il fu D. Carlo Franchi a' futuri chiamati, il S. C. rievocò la decretazione di essa G. C. Ma contra il decreto di esso S. C. tanto per parte d'essa donante, che per parte de' suoi figli ne fu prodotta la supplica di reclamazione, la quale ancora pendente ritrovasi. Premessi intanto tali fatti, esaminiamo la sussistenza della suddetta eccezione.

C A P. III.

In cui si giustifica l'insussistenza dell'Eccezioni, che s'allegano contra le pretese detrazioni per la legittima suddetta, ed altro.

Nella nostra controversia vi concorrono due sentenze tra loro contrarie, quella cioè della G. C., che dichiarò nulla la summentovata donazione, e l'altra del S. C. che valida riputolla. Io non ardisco tanto a farmi censore dell'una, o dell'altra sentenza di detti rispettabilissimi Tribunali, ma credo almeno, che permettere mi si possa di manifestare qualunque sia il mio debole sentimento.

La

La donazione suddetta fu una donazione universale, cioè di tutto, e quanto aveva la suddetta donante, che era il summentovato stabile di *liti*, siccome rilevasi dall'istrumento della revoca da esso lei fattane: dunque potressi riputare tal donazione più tosto una donazione *caussa mortis*, e come tale revocabile, che una donazione *inter vivos* irrevocabile secondo l'opinione di molti Dottori, i quali raffermano, che qualora il Padre, o la Madre faccia universale donazione de' suoi beni a' figli, che questa piuttosto riputar debbasi, come una disposizione testamentaria dell'ultimo lor giudizio, che come un contratto di donazione irrevocabile, chiamando tal donazione colla parola *hereditamentum*. Ma non s'abbia conto di ciò. Non mancano altre vevoli ragioni per potersi tal donazione nulla, ed invalida riputare. E' troppo indubitato, che la donna far non possa deteriore la condizione della sua dote inabilitandosi, e togliendosi la libertà di passare alle seconde nozze, qualora si sciogliessero le prime. E qual maggior deteriorazione può considerarsi nel nostro Caso, in cui la donante dona tutto, e quanto aveva a' figli di detto matrimonio, riservandosi il solo usufrutto vita sua durante, e ducati mille, e dugento per testare?

E qual maggiore inabilitazione a passare a seconde nozze, quando tutto il suo avere l'aveva già donato e disposto per li figli del primo letto con un fedecommesso progressivo *in infinitum*, &

in

in perpetuum per li loro discendenti . Queste ragioni sono evidenti per convincere chi che sia della legittima rivocazione , o per meglio dire nullità della suddetta donazione , ma oltre a queste ve ne occorrono altre , e forse delle medesime maggiori . Le donazioni che si fanno dalla moglie a figli sono troppo che sospette , imperciocchè riputandosi fatte a contemplazione del marito , la legge le ha come fatte in frode , stante che la donazione tra il marito , e la moglie è riprovata . Che della suddetta donazione la cagion finale stata ne sia la contemplazione del marito , rilevasi da un patto nella medesima contenuto , che uopo è da me trascriverfi ; colle individuali parole che così si leggono : *ed in caso si fusse estinta la linea , e discendenza masculina del detto Signor D. Francesco Antonio , e di detti figli mascoli , ut supra nascituri d' essa D. Francesca , in tali casi , ed in ciascheduno d' essi succeda , e debba succedere esso Signor D. Girolamo suo marito essendo vivente a beneficio del quale ricada la sudetta possessione di Jiti per poterne disporre a suo beneficio coll' istesso titolo e robore di donazione irrevocabile tra vivi con il solo peso d' assignare la legittima alle figlie femine nate , e nasciture d' essa D. Francesca con detto Signor D. Girolamo , che de jure loro spetta .* Ecco evidentemente la contemplazione , che s' ha per lo marito in esclusione delle proprie figlie , per cui altro non si riserva , se non se l' obbligo d' esso D. Girolamo di dare loro

loro la legittima. Lo che si manifesta maggiormente da un'altro patto nella medesima donazione contenuto, di cui queste sono le parole: *Di non poter revocare tal donazione; anche s' occorresse di casarsi di nuovo, e facesse figli, promette, e con giuramento s' obbliga di non mai revocare detta donazione, nè in parte, nè in tutto, ma sempre sia ferma, e stabile in beneficio d' esso Signor D. Francescantonio suo figlio primogenito, e de' suoi figli mascoli ed altri nascituri del presente matrimonio.* Da detto patto si vede essersi contemplato il marito al più che s'abbia potuto, anche colla privazione, che la donante si fece di passare a seconde nozze. E qual maggior nullità più palpabile di questa si può desiderare per l' illegittimità di detta donazione?

Ma s'abbia tal donazione valida in modo che riputar debbasi nulla la dillei revocazione, come per altro il S. C. l'ha creduta, non potassi però far ammendo di non accordarsi al suddetto D. Luigi la detrazione della sua legittima, e di quella, che al suo fratello di cui egli fu erede appartenevasi. Lo che per giustificarsi da me, convenevole egli, è di premettere le massime seguenti.

Io nell'esercizio dello scarso numero delle controversie, che nel nostro Foro ho l'onore di difendere, quantunque debolmente, mi ho proposto di praticare tal metodo, cioè a dire d'investigare in primo luogo qual sia l'uso del Foro per la controversia, che difendo, e se tal uso l'avesse
il

il Foro ricavato, e dedotto dalle disposizioni del diritto o letterali, o interpretate secondo la mente dell'istesse leggi. Il Foro intanto per potersi gravare de' figliuoli la legittima ha voluto copulativamente, che due estremi vi concorrano. L'uno ch' espressamente venga la legittima gravata, l'altro, che il figlio accetti nominatamente su detta legittima l'imposto gravame: ma ciò non bastò per riparare i dubbi che su ciò si suscitavano fino a tanto che Cumano, e Soccino non inventarono la risaputa cautela, che va per la bocca di tutti volgarmente, secondo la quale non basta il solo gravame individuale su la legittima, quante volte non si desse il sostituto al figlio nel rimanente dell'eredità gravata, che la ripudia contendendosi piuttosto d'aver la legittima libera. **Questo è l'uso pratico del Foro.** Vediamo se dedotto egli sia stato dalle disposizioni delle Leggi.

Che nel generale gravame imposto al figlio non vi vada inclusa la dilui legittima, fu definito da Giustiniano colla sua novella Costituzione; *quoniam in prioribus Cod. de inoff. test.* e nella *l. si quando* nello stesso titolo. Che il gravame apposto nella legittima dal Padre nominatamente sussister non possa, se non che coll' individuale accettazione del figlio, si rileva dall'uso pratico del Foro, e tal uso è dedotto dalla legge espressa, la quale talmente detto gravame contraddice, e riprova, che bisogno non v'è del ministero dell'uomo di togliersi, e perciò il figlio accettando
la

la disposizione Paterna , che ha proibito la legittima senza la speciale accettazione in quella non si pregiudica , attesochè avendo l' istessa legge levato tal gravame resta la disposizione Paterna pure senza pregiudicare al figliuolo , che l'accetta . Queste sono le parole della suddetta *l. quoniam . Ipsa conditio , vel dilatio , vel alia dispositio moram , vel quodcunque onus introducens tollatur : Et ita res procedat , quasi nihil eorum testamento additum esset .* Nè sono di minor peso l' altre parole della citata *l. si quando* così : *Et generaliter definimus , quando Pater minus legitima portione filio reliquerit , vel aliquid dederit , vel mortis causa donatione , vel inter vivos sub ea conditione , ut hæc inter vivos donatio in quartam ei computetur : si filius post obitum Patris hoc , quod relictum , vel donatum est simpliciter agnoverit , forte , & securitatem heredibus fecerit , quod ei relictum , vel donatum est accepisse , non adjiciens nullum sibi superesse de repletionem questionem : nullum sibi filium facere præjudicium , sed legitimam partem repleri : nisi hoc specialiter sive in apocha , sive in transactione scripserit , vel pactus fuerit , quod contentus relictæ nullam habeat questionem .* Ma mi si replicherà , che tali massime luogo non abbiano nella presente controversia , attesochè nella medesima la legittima è stata gravata nominatamente , e praticata altresì la cautela di Soccino , e Cumanò dandosi il sostituto al figliuolo contravveniente : al che m' è facilissima la risposta , confide-

derando l'affare nel suo vero essere , e non sulla cortecchia delle parole .

Ogni gravame è odioso , e tanto maggior è l'odio , quanto maggiore egli è il gravame medesimo . Non può considerarsi maggior gravame di quello , che fu la legittima imponesi , onde tutte le regole , che si son prescritte per li gravami di restringersi al più che sia possibile tengono maggior luogo nella legittima . La regola contra i gravami si è , che osservar si debba la lettera del medesimo , in modochè estender non si possa da persona a persona da caso a caso , da cosa a cosa , da tempo a tempo , le quali regole tutte sono favorevoli all' interesse de' miei Clienti , come io sono sul fatto medesimo a dimostrare .

La cagion finale , per cui tal gravame s' impose , fu la suddetta agnatzia primogenitura istituita , e formata dalla donante su l'istituzione del suddetto majorato agnatizio mascolino a favore de' discendenti mascoli del suddetto D. Francescantonio ; sicchè dunque quando una sì fatta cagion finale venne a mancare per l'estinzione de' mascoli agnati della famiglia Mangone , riputar si dee per non apposto il suddetto gravame alla legittima , che fu relativo all' esistenza de' mascoli suddetti . E individuale quel che scrisse il Cardinal de Luca nel suo discorso 16. *De legitima* , con queste parole al num. II. : *Prohibitio autem detractionis legitima &c. legebatur in prima substitutione , & repetita in tertia , omis-*
sa

sa vero in secunda , de qua agebatur , ideoque ad eam non extendenda , quum tractetur de re odiosa ex deductis per Fusarium q. 678. multo magis concurrente, rationis diversitate inter primam, & tertiam substitutiones , in quibus talis prohibitio adjecta legitur , & secundam , in qua est neglecta ; plurimum enim sententia est , reciprocam substitutionem inter filios primi gradus quibus aequaliter debetur legitima, recte istam quoque capere , quasi quod non contineat onus , & gravamen , cum uterque possit se habere ex eventualitate ad lucrum , & damnum .

Tutte queste cose si verificano specificatamente nella nostra controversia ; imperciocchè il gravame anzidetto si legge apposto relativamente all' esistenza de' mascoli suddetti istituiti , e reciprocamente substituiti alla summentovata primogenitura agnatzia ; nel caso dell' estinzione de' medesimi non s' intende tal gravame imposto all' ultimo mascolo ; onde non potrassi tal gravame estendere da persona a persona , nè da caso a caso , mancando già la cagion finale , che era la suddetta primogenitura . Si confermano via più le cose sudette dal riflettere , e considerare , che l' anzidetto gravame apposto dalla donante scambievolmente tra i figli mascoli , fu loro compensato colla reciproca sostituzione , tra' medesimi ordinata alla suddetta primogenitura , che era un comodo eventuale . Ma un tal comodo non poteva aver luogo nell' esistenza dell' ultimo mascolo agnato in concorso della femina
agna-

agnata , onde si dee riputare in detto caso tal gravame per non apposto . . Tutte queste cose-
luogo hanno nelle disposizioni testamentarie , le
quali per altro con maggior ampiezza s'interpre-
trano , che non s'interpretano i contratti , in
cui talmente s'attende la lettera , che il caso
omesso si ha per omeſſo senza poterſi ſupplire col-
la tacita volontà de' contraenti ; regola per al-
tro , che non ſi pratica ne' contratti . Il fede-
commeſſo ſuddetto fu fatto in contratto , e nel
medefimo fu formata la ſuddetta agnatzia ma-
ſcolina primogenitura colla ſummentovata proi-
bizione circa la derrazione della legittima ſud-
detta ; onde ſe le coſe da me ſopra raſſermate
hanno luogo nelle testamentarie diſpoſizioni ,
quanto maggiormente luogo dar loro ſi dee nel
contratto , cioè a dire , allora che manca la ca-
gion finale del gravame , allorchè mancano le
perſone , alle quali fu relativo , e diretto il gra-
vame , allorchè , replico a dire , finalmente man-
ca il comodo compenſativo del gravame , che
fu impoſto ai chiamati ?

Io ho raſſermato , che la cagion finale del grava-
me anzidetto circa la legittima ſtata foſſe la for-
mazione , la ſuſſiſtenza di detto maſcolino mag-
giorato , e della continuazione di eſſo , e da ciò
ne ho inferito , che nella mancanza di talragion
finale debba ſvanire il gravame anzidetto . Per
venire ciò a maggiormente comprovare , eſaminia-
mo , ſe nella mancanza de' maſcoli della famiglia
Mangone abbia voluto la donante eſtingere il Mag-
gio-

giorato nella persona delle femine di detta famiglia, o pure se ne abbia voluto la continuazione. Ella considerò il caso nella donazione suddetta dell'estinzione de' mascoli del suo matrimonio procreandi col suddetto D. Girolamo Mangone. Considerò quindi il caso della sola esistenza delle femine, e queste non solamente non invitò alla successione di tal majorato suddetto, ma l'escluse chiamando al suddetto stabile di Jiti il suddetto D. Girolamo suo marito, quantovolte si fosse ritrovato superstite, obbligandola soltanto a dare la legittima a dette figlie.

Nel caso poi, che egli non si fosse ritrovato superstite fece la seguente disposizione: *E ritrovandosi esso Signor D. Girolamo premorto in tempo della mancanza della linea, e legittima discendenza mascolina del detto Signor D. Francescantonio, e delli figli mascoli nascituri d'essa Signora D. Francesca con detto Signor D. Girolamo succedano le figlie femine di detto Signor D. Francescantonio, o di chi terrà luogo di primogenito, ed in difetto d'esse le figlie femine d'essi Signori Conjugi, che non si travassero. Monacate, mentre con queste condizioni, risorbe, e vincoli di fedecommesso perpetuo essa Signora Francesca ave intesa, ed intende fare detta donazione di Jiti, o non altrimenti, ne d'altro modo.*

Dalla lettura di queste ultime parole, con cui la suddetta donazione di fine, e compisce la suddetta donazione, si ravvisa a chiare note, ch'ella nell'esistenza delle sole figlie femine non abbia

vo-

voluto nè la continuazione del suddetto Maggiore, nè tampoco un fedecommesso perpetuo descensivo dividuo tra le medesime. Imperciocchè nella mancanza de' suddetti mascoli altro non fa, se nonchè chiamare le femine del sue primogenito D. Francescantonio, in vigore di una sostituzione volgare solamente sfornita d'ogni gravame, e senzachè si fossero chiamati i loro discendenti; che avrebbe dato un indizio, almeno tacito circa la continuazione di detto fedecommesso, nè si può dare altra intelligenza alla volgare suddetta per quelle parole, con le quali si legge accompagnata, mentre con queste condizioni, riserve, e vincoli di fedecommesso perpetuo, essa Signora D. Francesca ave inteso, ed intende fare detta donazione di ~~figli a perpetuo~~ ~~altro modo~~. Non pregiudicano, replico io a dire, dette parole alla estinzione, e caducità dell'anzidetto fedecommesso nella mancanza de' mascoli suddetti; imperciocchè intender si debbano *singula singulis referendo*, cioè perpetuo detto fedecommesso nell'esistenza de' mascoli, caducato nella mancanza de' medesimi, e ~~ristretto poi~~ ed alterato in una pura volgare sostituzione nell'esistenza delle sole femine, che sono i casi dalla donante preveduti, e disposti, oltre i quali non si può la disposizione estendere. Adunque se nelle femine la donante volle l'estinzione del Maggiore summentovato, s'ella proibì la detrazione della legittima a' figli a contemplazione di tal Maggiore, come nella persona dell'ultimo ma-

mascolo d' essa famiglia , qual fu il suddetto D. Luigi potrassi pretendere , che la proibizione di tal detrazione ancora sia permanente in beneficio della femina , che è passata già in aliena famiglia . Ma tutte queste cose , che con tanta prolissità sono state da me trattate, restringiamo le così per maggior comodo di colui , che avrà la pazienza di leggere la presente scrittura .

La legittima summentovata fu proibita detrarsi dal suddetto stabile di *Jiri* soggetto al Maggiorato surriferito colla suddetta donazione , ed in vece della medesima fu assegnato a' figli secondogeniti , e terzogeniti l' usufrutto sopra il medesimo . Dunque la madre nel mentre , che era in vita assegnò a' figli la legittima . Cosa che non può farsi , e facendosi è nulla , ed invalida , se non vi è il consenso espresso del figlio ; atteso il tempo per la legittima , è il tempo della morte de' comuni Genitori ; quindi perciò comunemente i Dottori raffermano , che tale assegnamento fatto in vita sia nullo , ed invalido . Nel tempo poi che essa donante passò da questa a miglior vita , che era il tempo , in cui a' figli s'apparteneva la suddetta legittima , la donazione surriferita , con cui ella era stata proibita a detrarsi , trovavasi già tal donazione dall' istessa donante revocata , onde non eravi più la d' lei volontà permanente per la proibizione circa la detrazione di tal legittima . Come dunque non poteano i figliuoli detrarre , io nol so capire . Di più se ciò luogo non ha , come non si potrà detrarre la

la legittima dall'ultimo mascolo, quandochè la ragion finale del d'lei gravame è svanita perchè il Maggiorato già suddetto, a cui fu relativo il gravame è già estinto, e caducato nella persona dell'ultimo mascolo, che fu D. Luigi testatore? Onde spettò a lui il diritto di detrarre detta legittima tanto sua, quanto quella del di lui fratello di cui egli fu erede. E la detrazione d'ammendue dette legittime, non importò poco. Imperciocchè la legittima sopra detto stabile, che è stato valutato per ducati quaranta mila si è la metà, atteso i figliuoli rimasti superstiti alla suddetta D. Francesca comune madre, furono nel numero di cinque.

Questo intanto è il vantaggio, ed il lucro, che ha la suddetta D. Marianna Mangone, come erede d'esso ~~D. Luigi~~ ~~percepisce le suddette due~~ legittime, ella gode tutti quegli avanzi fatti da esso D. Luigi sopra detto stabile di *Jiti*, ed il vantaggio di tanti crediti da esso D. Luigi pagati, a' quali era onnosio detto stabile; onde dee aver rato il dilui fatto, cioè il legato del surriferito stabile di *Surdo* fatto in beneficio de' miei Clienti, atteso il lucro ereditario, che ella ha percepito, supera di gran lunga il valore di detto legato.

Tutte le suddette allegate ragioni, allorchè fu contratto il matrimonio tra D. Tommaso Aquino, e D. Marianna Mangone, erano ben note al D. Tommaso, e perciò egli contentossi di riceverli in dote l'anzidetto stabile di *Surdo*, colla condizione-

746
zione però e non altrimenti, che ne avesse esso D. Luigi disporre potuto a suo modo in vita, o in morte, quante volte l'avesse dato l'equivalente sopra lo stabile di *Jiri*, la di cui condizione era ben nota ad esso D. Tommaso. Questa condizione l'ha già ademplita, e detto D. Luigi egli avendo disposto col suddetto legato di detto stabile di *Surdo* in beneficio de' suddetti Cherubino, non solamente ha dato l'equivalente nello stabile di *Jiri* ad essa D. Marianna; ma l'ha dato molto più; onde la medesima è nell'obbligo preciso d'aver rato detto legato. Io non so come possa impugnarlo, atteso l'erede è nell'obbligo preciso d'aver rato il fatto del defunto a proporzione de' beni ereditarij. Spero quindi, che il S. C. habbia da deferire alle mie giuste suppliche, se pure la passion della causa non m'inganna, o colla decisione del merito della controversia, o almeno di dare fra tanto esecutivamente a' miei Clienti l'immissione sopra lo stabile suddetto di *Surdo*; imperciocchè la lor ragione, nascendo da pubbliche scritture per un caso, che già si è verificato, e la sua verificazione dalle stesse pubbliche scritture'apparendo, non può meritare, se non che la via esecutiva, senza dubbio veruno.

Nè si potrà replicare, che i suddetti fratelli di Mangone figliuoli di D. Francesca donante, seguita la morte della medesima si avessero spedito il decreto di spettanza in seguela della donazione surferita, nella quale la suddetta loro legittima era stata

stata vietata di detrarsi.

Non vale ciò, replico a dire; imperciocchè sin'ora io non ho letto i Decreti di spettanza presso gli atti, e quando questi si avessero a presentare, bisogna vedere se fosse stato accettato *specialiter* il gravame su la legittima. Secondo si dee riflettere, che i suddetti allora che detta loro madre rivocò la donazione summentovata, i medesimi concorsero a tale rivoca rinunciando qualunque loro ragione: onde da ciò deducesi, che non prestarono unquema il loro consenso allo istrumento di detta donazione; quindi non si può congetturare, che poi avessero voluto inerire al gravame di detta legittima.

Ma quando tutto ciò mancasse, perchè i suddetti si avessero spedito il Decreto di spettanza coll'accettazione del gravame su la legittima, ciò non potrebbe loro pregiudicare, attesocchè per le ragioni sopra allegate tale accettazione fatta riputasi negli stessi termini, con cui il gravame anzidetto fu formato; quindi se egli, come sopra ho dimostrato, fu fatto, e concepito relativamente al maggiorato mascolino, cioè a favore de' mascoli, questi mancando siccome sono mancati, andò quindi il detto gravame a finire nella persona dell'ultimo mascolo, siccome scrisse Giavoleno nella *l. quæ conditio D. de Condit.* Son queste le parole: *Quæ conditio ad genus personarum, non ad certas, & notas personas pertineat, eam existimamus totius esse testamenti, & ad omnes hæredes institutos pertinere, atque si conditio ad cer-*

tas

tas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo haec persona instituta fuerunt. Quindi se il gravame suddetto fu apposto nella istituzione del maggiorato, e non fu replicato nella volgare sostituzione, che fu fatta in favore delle femmine all'ultimo mascolo, col medesimo dobbiam rafferma- re, che siasi estinto, e caducato: e che l'accettazione del medesimo, ancorchè fatta si fosse, pregiudicare non possa per la detrazione della legittima per essersi risolta la ragione finale, per cui fu detto gravame imposto, e formato.

Napoli 30. Maggio 1780.

Giuseppe Toscano.

VAL
1517042