# P E R

## Il Moniſtero di S. Domenico della Salute

Per la cauſa che ha

C O L L'

## Oſpitale di Savona.

*DEGNISSIMO COMMISSARIO*

*Il Signor D. Niccola Veſpoli.*

BIBLIOTECA NAZIONALE DI NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

ALlorchè l' incomparabile M. Tullio si dispose per l' altrui richiesta, cioè di Attico, a comentare le leggi Romane, così all' istesso Attico rispose. *Quamobrem, quo me vocas? aut quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum, ac de parietum jure? aut ut stipulationum, & judiciorum formulas componam? quæ & conscripta sunt a multis diligenter, & sunt humiliora, quam illa, quæ a vobis exspectari puto.* Credeva l'insigne Oratore, che alla sua accreditata eloquenza, ed esquisita filosofia non conveniva di trattare, e comentare le leggi Romane, le quali per la maggior loro parte non consistevano, senonchè a mere sottigliezze, ed a formole di stipulazioni, e di altro; cose ch' egli credeva non convenissero ad un Filosofo. In effetti la nostra Giurisprudenza è ripiena di molte sottigliezze, le quali spesso di ben apprendersi si trascurano, non curandosi di volersene sapere l'intimo, ad oggetto che si crede, che poco all' uso delle umane



Digitized by Google

faccende conferiſcano; ma l' eſperienza di coloro che ſtanno nel foro occupati, fa vedere eſſere la cognizione di tutte queſte coſe ad un buon Giureconſulto neceſſaria. In effetti la controverſia, per cui io ſcrivo, mi ha di tutto ciò perſuaſo pienamente.

Ella conſiſte in una pretenſione, che ha promoſſa in giudizio l' Oſpedale di Savona, contro al Moniſtero di S. Domenico di Soriano di queſta Città, come poſſeſſore di una caſa ſoggetta ad un legato di ducati cento annui a beneficio di eſſo Oſpedale fatto dal fu D. Niccola Rocchetta nel 1599. Queſto legato non è ſtato unquemai al ſuddetto Monaſtero domandato, ſenonchè a' 12. Febbrajo del 1776., tempo in cui comparve nel S. R. C. il ſuddetto Oſpedale, ed intentò contra detto Monaſtero il litigio per la ſoddisfazione di tutti gli attraſſi di tal legato, domandando l' aſſiſtenza all' oggetto ſuddetto ſopra una caſa ereditaria di eſso teſtatore poſſeduta dal Moniſtero a titolo di compra, e tacitamente obbligata alla preſtazione del legato ſurriferito. Oppoſe il Moniſtero, come terzo poſſeſſore, la preſcrizione *fol.* 28., anche nel caſo, che ſi foſſe provata l' identità di detta caſa, e queſta fu riſerbata al Signor Commeſſario *ad merita cauſſæ*. A tal preſcrizione però ſi è oppoſto per parte dell' Oſpedale, che ella non ſia applicabile al caſo della noſtra controverſia, ſtantechè il legato annuale, a differenza dell'annuale ſtipulazione, non ſia uno, ma tanti legati,

Digitized by Google

ri, quanti ſono gli anni; e così ogni anno naſcendo l' azione nuova, non ſia ella ſoggetta a preſcrizione per l' avvenire, ma ſoltanto per lo paſſato, dopo gli anni trenta: onde il principale articolo che dee da me eſaminarſi, conſiſte nell' eſame, ſe gli annuali legati ſieno tanti, quanti ſono gli anni, o pure il noſtro legato come perpetuo debba per un ſolo legato riputarſi nella ſua ſorte principale, colla diſtribuzione però della di lei rendita anno per anno. Queſto dunque io nella preſente ſcrittura mi ſono propoſto a trattare principalmente; ma incidentemente tenterò anche per ſoprabbondanza di ragione altri articoli circa l' ipoteca tacita de' legati, allorchè queſti ſi fanno ſopra le rendite annuali del teſtatore da diſtribuirſi a' legatarj. Ma pria che intraprenda l' eſame di queſti articoli, è opportuno premettere il fatto, da cui quello certamente dipende.

## FATTO DELLA CONTROVERSIA.

IL ſu Niccola Rocchetta della Città di Savona nel ſuo teſtamento chiuſo a' 9. Dicembre del 1598., e poi aperto a' 19. Febbrajo 1599. iſtituì erede Pier Vincenzo ſuo figlio con molti peſi, legati, e fedecommeſſi. Egli volle, che morendo eſſo Pier Vincenzo ſenza figli legittimi e naturali tanto maſchi, che femmine, e morendo anche i figli, o figlie ſue, ſenza figli legittimi e naturali, ne' caſi predetti, ed in qual-



Digitized by Google

sivoglia di essi, *l'erede che succederà all' eredità mia* ( sono parole proprie di esso testatore ) *e di detto Pier Vincenzo senza figli, sia obbligato di pagare ogni anno in perpetuum alli Governadori dell'. Ospedale grande di Savona duc. cento di questa moneta, quali debbano ripartire anno per anno in maritaggi di donne povere di Savona secondo loro meglio parerà.*

Pier Vincenzo si dichiarò di lui erede *fol.* 10. Egli dopo pochi anni fece il suo nuncupativo testamento, in cui istituì suoi eredi il Chierico Agostino, e Gio: Giacomo Rocchetta suoi Zii, ed Anna Rocchetta sua Madre *pro æquis portionibus*; sostituì però alla porzione di questa sua Madre, quante volte ella nè in vita, nè in morte, ne avesse disposto, gli stessi Agostino, e Giacomo. Questo fu nel 1609. Passò da questa a miglior vita esso Vincenzo con tale disposizione, e si dichiararono di lui eredi i suddetti di Rocchetta *fol.* 10. Dopo Giacomo Rocchetta a' 22. Ottobre 1612. fece testamento, con cui istituì erede Girolamo della Porta suo Nipote, il quale adì la di lui eredità. Ma Anna Rocchetta nel 1610., vedova del quond. Niccola Rocchetta, rivocati tutti i suoi testamenti, donò al suddetto Giacomo Rocchetta di lei Cognato sotto certi pesi, colla clausola *ex nunc pro tunc* sequita la di lei morte, tutti i suoi beni, eredità, successioni &c. Nel 1611. in Roma D. Agostino Rocchetta fece suo erede D. Francesca Rocchetta della Porta sua

So-

Digitized by Google

Sorella, a cui sostituì D. Girolamo della Porta di lei figlio, il quale dopo se ne spedì il Preambolo, e lo *spectare & spectaviſſe* in virtù della ſummentovata donazione. Dalla ſerie di tutti queſti fatti ſi ravviſa, che tutti i beni di Niccola Rocchetta ſi unirono nella perſona di D. Girolamo della Porta, il quale venne conſeguentemente ad eſſere tenuto ed obbligato a tutti i peſi laſciati dal ſuddetto fu Niccola Rocchetta, che fece il legato ſurriferito all'Oſpedale di Savona.

Quindi eſſo Oſpedale nel *1616.* convenne nell'Arciveſcovil Curia di queſta Città il ſuddetto D. Girolamo, ch' era Chierico al pagamento del legato per la ſomma di ducati ſeicento ſeſſantaſei e tarì tre *fol.* 11. Fu egli condannato a detto pagamento, colla clauſola che ſi continuaſſe in futuro *fol.* 12. *a* 16. Ma egli ne portò l' appellazione in Roma, non oſtante la quale fu dalla Romana Curia rimeſſa la cauſa alla ſuddetta Corte Arciveſcovile, ove eraſi già profferita la ſentenza. Si è creduto, che di eſſo D. Girolamo ſieno ſtati eredi D. Lorenzo Jovino, e Cardona Marcheſe di Giuliana, e Principe di Caſtiglione, e D. Guido, e D. Aleſſandro della Porta, padre, e figli; poichè fra coſtoro a' 31. Agoſto 1624. ſi fece, e ſtipulò un iſtrumento di convenzione, o ſia di diviſione di beni, i quali afferirono eſſere loro pervenuti dall' eredità de' ſuddetti Rocchetta *fol.* 17. *a* 24. Fra' queſti beni afferirono eſſervi



Digitized by Google

una casa sita quì in Napoli fuori porta Reale soggetta solamente ad un annuo censo di ducati sei al Monistero di S. Severino di questa Città; e di più ducati tremila in capitale dal fu D. Giambatista Caracciolo Duca di Martina. Fu ad oggetto del suddetto legato all' Ospedale di Savona convenuto, che ducati cinquanta si pagassero dall' uno de' contraenti, ed i rimanenti dall' altro, per cui obbligarono i rispettivi loro beni.

Nel 1766. che fu introdotto il suddetto giudizio fu domandato l' anzidetto legato dal 1620. finora decorso, ed in avvenire decorrendo dall' eredità giacenti di detto Principe di Castiglione, e Guidone della Porta sopra i beni loro pervenuti dall' eredità de' suddetti Rocchetta, e perchè s'ignorano gli eredi di costoro, fu dato Curatore all' eredità giacenti, e fu domandata l'assistenza sopra tutti i beni di esso Rocchetta, e fra gli altri sopra la suddetta casa, che si asserisce possedersi da esso Monastero. Fu poscia impartito termine ordinario su tal pretensione; e questo compilato, fece esso Curatore la sua istanza, in cui prima raffermò, che erasi già giustificata l' identità della casa, cioè di essere ella pervenuta da'beni del suddetto Rocchetta, e posseduta oggi giorno da esso Monistero, ma soggiunse, che rilevava dall' istrumento stipulato nel 1621. a' 13. Ottobre fra Giovanbatista de Ecclesia, e Guido della Porta, che tale casa era stata soggettata a fedecommesso

dal

Digitized by Google

dal ſuddetto Niccola Rocchetta, a beneficio non ſolo del ſuo figlio, e de' di lui diſcendenti, ma anche per li primogeniti della Porta *fol.* 119. *a* 127. *a t.* Onde conchiude il Curatore, che conoſcendoſi dall' iſtrumento ſuddetto, che la caſa foſſe ſtata onnoſſia al ſedecommeſſo ſummentovato, era neceſſario, ſiccome egli è, di eſibirſi l' intera copia del teſtamento di Niccola Rocchetta; poichè ſe così foſſe, ſi vedrebbe, ch' egli il teſtatore con ſoggettare queſta caſa al ſedecommeſſo, aveſſe voluto eſentarla dall' ipoteca del peſo del detto legato a beneficio del ſuddetto Oſpedale di Savona. Promeſſi intanto tali fatti, vediamo come queſta ſia ella paſſata in dominio dell' anzidetto Moniſtero.

A' 4. Febbrajo del 1638. il Moniſtero comprò una certa caſa dalla fu D. Iſabella Corſo, e D. Diego di Luna ſuo figlio *fol.* 70. per lo prezzo di ducati mille novecento trenta: fu convenuto, che tal prezzo *pro futura evictione* foſſe impiegato in compra effettiva, e ſicura, ſiccome fu impiegato ſu l' Arrendamento della farina di detta Città per la ſomma di duc. duemila quattrocento trentacinque, come dalla partita del Banco del Popolo ſotto il dì ſei Luglio del 1639. Ma il di lei figlio D. Diego avendo ceduto tal partita al fu D. Aniello de Luna ſuo figlio nel 1670. fu ella alienata a beneficio di D. Giuſeppe Marciani, e nel 1696. fu inteſtata a D. Andrea ſuo figlio, e nel 1740. per morte



Digitized by Google

di esso D. Andrea a D. Giuseppe juniore di lui figlio ed erede, e finalmente per metà intestata a D. Pasquale, e D. Giuseppe juniore fratelli, i quali ne sono gli attuali possessori. Onde tutti costoro, come possessori di detta partita onnossia all' evizione della suddetta casa, furon lodati in Autori *fol.* 55. *a* 69. Ma essendosi veduto, che il Monistero aveva prestato il consenso per l' alienazione di detta partita, perciò fu cessato di proseguirsi il giudizio suddetto di lodazione in Autore in persona degli anzidetti Marciani, e fu indirizzato tal giudizio contra D. Ferdinando Coscinà possessore di alcuni beni del suddetto venditore: per l'intelligenza dal quale fatto si deve sapere, che allora quando Aniello de Luna ottenne dal Monistero il disvincolo di tal partita onnossia alla surriferita evizione per detta casa, obbligò, e surrogò per tale evizione tutti i suoi beni, e specialmente un capitale di duc. tremila sopra l' Arrendamento del grano a rotolo, ed una casa, che possedeva in questa Città sita sopra la Parocchia di S. M. d' Ognibene, ed una sua masseria di duc. duemila, e cinquecento da esso lui posseduta nella Torre del Greco nel luogo detto Sidivola. Questi sono i fatti da cui vien formata la presente controversia, i quali mi persuadono della ragione, che assiste al mio Cliente per li motivi seguenti.

CAP.

Digitized by Google

# CAP. I.

*Con cui si dimostra, che all' Ospedale di Savona si oppone l' ordine giudiziario nell' azione, ch' egli ha promossa contra il Monistero di S. Domenico di Soriano per la consecuzione del legato suddetto.*

E' Troppo noto e palese, che tre azioni spettano al legatario per la consecuzione del suo legato, cioè l' azione personale contra l' erede, il quale adendo l' eredità riputasi di quasi contrarre colli creditori della stessa; l' azione della revindicazione; e la tacita ipoteca su i beni dal defunto pervenuti allo stesso di lui erede. Di una sì fatta tacita ipoteca ne fu l' autore l' Imperador Giustiniano per più accerto di essere i legati pagati, siccome dalla legge 1. e dall' intero *Tit. C. Com. de legat.* si desume. Questa tacita ipoteca comprende tutti i beni del Testatore, ma non però i beni propri dello stesso erede, ed ella seguita anche il terzo possessore, allorchè la roba ereditaria venga dall' erede alienata e distratta; onde il terzo possessore molto bene può essere dal legatario astretto, o a pagare il legato, o a ceder la roba. Ma come egli non è il principal debitore del legato, quindi è, che per ordine giudiziario non possa essere astretto, se non fatta prima la discussione del principal debitore, ch' è l'erede. Que-



Digitized by Google

ſta dottrina nel dritto è tanto certa, che nulla più; quindi mi contento ſoltanto per la medeſima due autorità allegare, delle quali una è di Surdo nel ſuo Conſiglio 191., in cui così ſcriſſe nel *num.* 10. *Ideo aliter reſpondeo, & tertio, quod etiamſi daretur contra tertium poſſeſſorem, tamen requiritur excuſſio, ut eſt regulare in omni hypothecaria, ſive expreſſa, ſive tacita. Gloſſa, & Doctores in authenticam Hoc ſi debitor. C. de pign. Et in terminis ita probat Neguſ. in dicto tractatu in 1. mem. par.* 8. *num.* 21. La ſeconda è del noſtro Giuſeppe di Roſa Principe degli Avvocati nella *conſult.* 11. al *num.* 36. dove dice: *Hæc autem hypothecaria non poteſt intentari contra tertium, niſi diſcuſſo principali; ideoque Monaſterium debebat prius agere contra heredes Alphonſi pro ſolutione legati, & poſtea iis diſcuſſis, agere contra poſſeſſores Sabellæ, contra quos eo caſu non poſſet in ſolidum, ſed pro rata tantum agere, quia hæc hypotheca, quæ competit pro legatis, eſt dividua.* Quindi la diſcuſſione del principale in queſto caſo è neceſſaria, non ſolamente per l' ordine de' giudizj, ma anche per lo merito della giuſtizia; perchè non eſſendo tenuti gli eredi per tale ipotecaria *in ſolidum*, atteſo ella a differenza dell'altre è dividua, ſenza tale diſcuſſione non ſi potrebbe ſapere, quanto debba il terzo poſſeſſore pagare per la rata di quello erede, da cui egli ha la roba acquiſtata. Si confermano queſte rifleſſioni dal vederſi nel caſo della noſtra controverſia, che l' Oſpedale di Savona ſi abbia già

in-

indirizzato contra gli eredi del Teſtatore ſteſſo Niccolò della Rocchetta nella Curia Arciveſcovile, la quale profferì ſentenza contra di eſſi a pagare tal legato: onde non può più l'Oſpedale variare il giudizio, eſſendo in obbligo di proſeguirlo, e dopo fatta la diſcuſſione de' principali debitori, allora potrebbe egli venire a moleſtare il terzo poſſeſſore: molto più ch' egli è obbligato ad eſibire l'intera copia del teſtamento, atteſo dalle pubbliche ſcritture preſentate negli atti rilevaſi, che tale caſa poſſeduta oggigiorno dal Moniſtero ſia ſtata dal Teſtatore ſuddetto ſoggettata a ſedecommeſſo eſpreſſamente, e con ciò abbiaſi voluto la medeſima eſentare dall' ipoteca tacita per detti legati. Ma ſe all' Oſpedale pregiudica l' ordine giudiziario, ch' egli non ha tenuto, maggiormente gli ſi oppone la giuſtizia che ha di non eſſere moleſtato il mio Cliente, perchè il legato ſurriferito relativamente a lui come terzo poſſeſſore della ſuddetta caſa, che ereditaria ſi aſſeriſce, ſi deve riputare preſcritto, come ſono io col ſeguente capitolo a dimoſtrare.



Digitized by Google

## CAP. II.

*In cui si giustifica, che il legato di annui duc. cento lasciato all'Ospedale di Savona dal fu Niccola Rocchetta sia per l'elasso della centenaria prescritto.*

L'articolo, che sono quì a trattare, è uno de' famosi, che nella Giurisprudenza Romana occorrer possa, onde mi sono accinto o trattarlo nel più proprio modo, che le debolezze del mio intendimento permettono. E' troppo nota la massima nella Giurisprudenza Romana su le stipulazioni annuali, e su i legati anche annuali, che la stipulazione sia una, me che per opposto tanti sieno i legati quanti sono gli anni; la ragione si è, che nelle stipulazioni l'azione nascendo sin dal giorno del contratto, ella certamente e senza alcun dubbio è perpetua, atteso colui che stipula, stipula per se e suoi eredi; ma all'incontro ne legati l'azione non nasce, se non che in ogni anno per la tacita condizione contenuta nel legato della sopravvivenza del legatario, colla di cui morte viene il legato ad estinguersi. E da tutto ciò ne è derivata la massima, che la stipulazione annuale sia una, ed all'incontro i legati sieno tanti, quanti sono gli anni della vita del legatario: e questo nella stipulazione per la sua perpetuità, ne' legati all'incontro per la loro temporalità. Onde se il legato an-

Digitized by Google

annuale foſſe perpetuo, ed all' incontro la ſtipulazione temporale, allora sì, che cambiandoſi la maſſima, ed il principio legale, il legato annuale ſarebbe uno, e le ſtipulazioni tante quanti ſono gli anni. Io tra tutti gl' interpreti non ho ritrovato alcuno, che abbia con maggior profondità trattato tale articolo, che Donello nel comento del titolo *De verb. oblig.* nella *l. Si Stichum 16.* nel §. *ſtipulatio hujuſmodi*; onde ſono aſtretto di traſcrivere le ſue parole, ſopra le quali ſta appoggiata la difeſa del mio Cliente, dopo che avrò traſcritta la legge, che dice così: *Stipulatio hujuſmodi, in annos ſingulos, una eſt, & incerta, & perpetua: non quemadmodum ſimile legatum morte legatarii finiretur.* Egli il lodato Autore, dopo avere ſpiegato la differenza ſuddetta, e le ragioni della medeſima, come altresì le diverſe conſeguenze, che dalla conſiderazione dell' uno, e dell' altro caſo inſorgono, così ſcriſſe: *Sed hæc omnia ita ſunt, & de legato annuo, & de annua ſtipulatione, quamdiu in legato, & ſtipulatione nihil doceatur de contraria voluntate teſtatoris, aut contrahentium. Ceterum interdum legatum annuum perpetuum eſt, nec conditionem habet: contra ſtipulatio annuæ præſtationis, ut conditionem habet, ita eſt temporalis. Legatum hujuſmodi perpetuum eſt, quum relinquitur Civitati. Idem juris eſt, ſi teſtator decem Titio dari voluit, & nominatim ejus heredibus. Contra ſtipulatio temporalis eſt, ſi quis ſtipulatus ſit ſibi dari quoad ipſe vivet. Ob eam cauſſam viſum eſt*



Digitized by Google

*Juſtiniano in hac ſpecie plures eſſe ſtipulationes*. Che ſe ſi voleſſe una più chiara autorità, io l' ho pronta preſſo Voet, il quale nel titolo *de annuis legatis* così ſcriſſe al *num.* 2. *Atque adeo hæc annua excepta per legatum data non longe diſtant ab annuis ex contractu debitis, quorum una tantum, & pura, & perpetua obligatio eſt*. Parla il lodato Autore de' legati laſciati a perſone, che non muorono, per cui non potendoſi ſottintendere la condizione della ſopravvivenza, quindi egli è, che eſſendo il legato perpetuo ſia egli uno.

Il commentario ſuddetto dell' incomparabile Donello ſta fondato ſu la legge 34. *Sancimus*. C. *De donat.* ove l' Imperador Giuſtiniano preſcriſſe ad oggetto della inſinuazione, quando le donazioni ſi dovevano riputare una, e quando più, e così ſpiegoſſi: *Nos autem omnia certa diviſione concludimus, ut ſi hujuſmodi quidem fuerit donatio, ut intra vitam perſonarum ſtetur, vel dantis, vel accipientis: & multæ intelliguntur donationes .... ſin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio .... tunc ei quaſi perpetuata donatione una intelligatur donatio*. Adunque tanto ne' contratti, quanto nell' ultime volontà, ſe intender ſi debba una o più ſtipulazioni, uno o più legati, quanti ſono gli anni, egli è da vederſi la loro perpetuità, o temporalità, la quale nelle ſtipulazioni tante ne rende, quanti ſono gli anni, e così anche ne' legati; ed all' incontro la perpetuità sì de' contratti, che

de'

Digitized by Google

de' legati, fa che una ſia la ſtipulazione, o uno il legato.

Ma oltre alla ſuddetta legge, ve ne ſono dell' altre, che lo ſteſſo confermano. Il giureconſulto Paolo nella *l. Si in ſingulos* 4. *D. De annuis leg.* così ſcriſſe: *Si in ſingulos annos alicui legatum ſit, Sabinus (cujus ſententia vera eſt) plura legata eſſe ait, & primi anni purum, ſequentium conditionale: videri enim hanc ineſſe conditionem, ſi vivat, & ideo, mortuo eo, ad heredem legatum non tranſire.* E' vera dunque la maſſima, che la moltiplicità de' legati ſecondo gli anni dipende dalla loro temporalità; onde quando i medeſimi ſono perpetui, il legato è uno.

La ragione di tutto ciò ella è, che ne' legati annuali perpetui il teſtatore ha inteſo legare la ſorte principale, ed in grazia dell' erede ſi preſume, che abbia voluto la rendita di detta ſorte pagarſi anno per anno dà' frutti de' ſuoi beni; il che fa, che il legato ſia uno, non altrimenti, che ne' legati temporali, ne' quali quando ſi ha congettura, che il teſtatore per maggior comodo dell' erede abbia voluto dividere il pagamento per più anni, allora non oſtante la temporalità del legato, il legato medeſimo uno riputaſi. E' a propoſito che io quì traſcriva la *l. Firmio* nel §. 2. *D. Quando dies leg. ced.* ove il gran giureconſulto Papiniano così ſcriſſe: *Pater annua tot ex fructu bonorum, quæ uxori legavit, acceſſura filii patrimonio præter exhibitionem, quam*

Digitized by Google

*quam æque matri mandavit, ad annum ætatis ejus viceſimumquintum uxorem præſtare voluit: non plura, ſed unum eſſe fideicommiſſum certis penſionibus diviſum apparuit: & ideo filio intra ætatem ſupraſcriptam diem functo, reſidui temporis ad heredem fideicommiſſum ejus transmitti.* Lo ſteſſo ſcriſſe Marciano nella *l. Si cum præfinitione* 20. *D. eod. Si cum præfinitione annorum legatum fuerit, veluti Titio dona uſque ad annos decem: Julianus ſcribit intereſſe, & ſi quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura eſſe legata... ſi vero non pro alimentis legavit, ſed in plures penſiones diviſit exonerandi heredis gratia, hoc caſu ait omnium annorum unum eſſe legatum.* Non è vera dunque la maſſima, che ne' legati annuali tanti ſieno i legati, quanti ſono gli anni; poichè molte volte, non oſtante la temporalità de' legati annuali, pure s' intende eſſere un legato, quando la volontà del teſtatore ce ne ſomminiſtra le congetture.

Da tutte queſte coſe già dette ed unite inſieme credo, che reſtar poſſa comprovato che il noſtro legato ſia uno; e riputandoſi tale, non ſi può incontrar dubbio, ch' egli aver non ſi debba ſe non ſe per preſcritto, almeno ad oggetto del terzo poſſeſſore. Si potrebbe per parte dell' erede mettere in dubbio una ſi fatta preſcrizione, atteſo che rappreſentando egli la perſona del defunto, e del primo erede, il quale ſapeva l'obbligo di pagarſi tal legato, venne ad aver la mala fede, che ſi riputa aver traſmeſſa agli altri ſuoi ſucceſ-

Digitized by Google

ceſſori, e come tale incapace di preſcrivere; ma ciò non ha luogo ad oggetto del terzo poſſeſſore, ſoprattutto quando egli ſia tale per titolo oneroſo.

Ma anche che vogliano ammettere la maſſima, che i legati annuali perpetui ſieno inpreſcrittibili per lo tempo futuro, ſul motivo che tanti ſono i legati, quanti ſono gli anni; pure nel caſo noſtro il legato ſuddetto ſi dee riputare eſtinto e preſcritto, ſtante la centenaria e più, tra cui non ſi è pagato. Ma pria che io entri all' eſame di tal controverſia, è a propoſito di premettere quel tanto, che ſta determinato e deciſo nella *l. Quum notiſſimi C. De præſcrip.* 30. *vel.* 40., di cui nel §. 6. parlandoſi della preſcrizione di trenta, o quarant'anni, così ſi ſoggiunſe: *In his enim notiſſimis, vel legatis, vel aliis obligationibus, quæ dationem per ſingulos annos, vel menſes, aut aliquod ſingulare tempus continent, tempora memoratarum præſcriptionum non ab exordio talis obligationis, ſed ab initio cujuſque anni, vel menſis, vel alterius ſingularis temporis computari manifeſtum eſt.* Si vede in queſto §. che l' Imperadore ad oggetto della preſcrizione non abbia in conto veruno curato la ſuddetta diſtinzione tra i legati annuali, e le ſtipulazioni annuali; imperocchè e gli uni, e l' altre l' ha poſte in una ſteſsa claſſe. In effetti Bulgaro antico comentatore del dritto Romano ha ſoſtenuto, che ad oggetto tanto de' legati annuali, che delle ſtipulazioni, baſti una

ſo-

Digitized by Google

sola prescrizione appoggiandosi alla legge predetta. Io so molto bene, che l'opinione di Bulgaro sia stata da moltissimi altri comentatori contraddetta e confutata; ma sono fuori d'ogni dubbio, perchè la prescrizione, che occorre nella presente controversia, non è di trenta, o di quarant'anni, ma ella è di cento e più anni, nel quale caso si prescrivono indistintamente tutte l'azioni non meno reali, che personali. In effetto, nella suddetta legge l'Imperadore esclude dalla prescrizione di quarant'anni le obbliganze annuali, ma non l'esclude da altra prescrizione che fosse di più lungo tempo: *Tempora*, egli scrisse, *memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque anni*. Adunque egli ha voluto additarci la regola, che nell'obbliganze annuali la prescrizione corre dal principio di ogni anno nelle prescrizioni di quarant'anni: dunque questa è compresa nel dritto, e non quella di tempo più lungo, e molto più la centenaria.

Per lo che con ragione hanno scritto comunemente gli Autori, che per la centenaria si prescrivono nella loro radice e nell'intimo del loro essere tutte e qualsivogliano azioni, sieno annuali o di altra maniera, sieno perpetue o temporali. Così scrisse Guidon Papa nella sua *decis.* 406., ove dopo aver parlato delle obbliganze annuali nascenti o da' contratti, o dalle ultime volontà, soggiunge così: *Concluditur ergo, quod annuæ præstationi non currit præscriptio indi-*

Digitized by Google

*diſtincte, niſi a principio cujuslibet anni. Et hoc verum, niſi ceſſaretur per centum annos; tunc enim ſatis poteſt concedi, quod omne jus eſt ſublatum. Et pro hac opinione ſemper vidi judicari in omnibus Curiis præſentis patriæ.* Il dotto Bari nel ſuo trattato *De ſucceſſion. ad lib. 9. De legatis tit. 25. num. 11.*, fu dell' iſteſſo ſentimento. Eccone le parole: *Certe præſcriptione centum annorum tolli omnes præſtationes fatentur etiam, qui Martinum ſequuntur, ut dicit Boerius deciſ. 336.* Ma io ſtimo a propoſito traſcrivere una dotta definizione di Fabro, la quale va a togliere ogni dubbio. Ella è la decimanona del *lib. 7.* nel *tit. 13. De præſcript.* colle ſeguenti parole: *Petitionem annuæ penſionis, quam multo ante centum annos conſtitutam, & venditam, nec unquam tamen ſolutam fuiſſe conſtabat, viſum eſt tanti temporis præſcriptione ſubmoveri debere. Nec ſolum ſi adverſus tertios poſſeſſores bona fide actio hypothecaria, ſed etiamſi perſonalis contra ipſius venditoris, ejuſdemque debitoris heredes exerceretur, non ob id tantum quod eo jure quo nunc utimur, & ſereniſſimi Ducis noſtri edicto mala fides defuncti non tranſeat in ſucceſſores, quantumlibet univerſales, qui probabiliter ignorare potuerunt anni quod non petebatur, deberetur, quamvis ex Pontificii juris ratione, quæ ingentem litium materiam hucuſque præbuit, defuncti conſcientiam exonerare teneatur, verum etiam quod credendum ſit tam longi temporis decurſu interciſſe multas probationes earum rerum, quæ medio*

*dio tempore obligationem adeo vetuſtam, vel ſolutione, vel pacto contrario, vel quo alio legitimo modo diſſolvere potuerunt. Quis enim litium erit finis, ſi poſt tot annos turbare omnia liceat, veteſque actiones ſive remiſſas, ſive omiſſas repetere adverſus eum, qui longe juſtius poſſet alieni facti probabilem ignorantiam oſtendere?*

Io credo che la ſuddetta deciſione di Fabro ſia ſufficiente a giuſtificare il mio aſſunto, cioè, che per la centenaria ſia preſcritta qualunque azione: ma che dico per la centenaria? la ſteſſa Rota Romana, a cui le preſcrizioni ſono odioſe, fu in dubbio, ſe ſi debbano riputare preſcritte anche le annuali preſtazioni per lo paſſaggio di trent'anni. Ecco come ſcrive Merlino *de Pignor.* nel *lib.* 5. *tit.* 1. *quæſt.* 21. *num.* 49. *Decima concluſio in annuis præſtationibus, in quibus unica præſcriptio ſufficit pro omnibus annis. In cenſu tamen, quia ille eſt redimibilis, & ſic debitum annuæ præſtationis eſſe dicitur conditionale reſpectu fructuum, quia non ſunt debiti, niſi quatenus cenſus non fuerit redemptus, videntur neceſſariæ tot præſcriptiones, quot ſunt annuæ præſtationes, ſive quæſtio ſit cum debitore, ſive cum tertio poſſeſſore. In dicta tamen deciſione* 315. *noluit Rota hoc decidere propter perplexitatem quæſtionis inclinantes Domini per alia fundamenta ad favorem creditoris, ut competat ei reſtitutio in integrum ex capite juſtæ ignorantiæ, & quod ſuffragetur clauſula conſtituti, ex qua competit contra tertium poſſeſſorem condictio ex l. fin. C. De*

*C. De acqu. poſſeſſ., quæ non præſcribitur minore ſpatio tempore triginta annorum*. Se dunque la ſteſſa Rota Romana dubitò circa le annuali preſtazioni, che maturano e ſi debbono per ogni anno, ſe dentro lo ſpazio di trent'anni non pagate ſi debbano, o no, avere per preſcritte; quanto maggiormente dobbiamo credere noi, che la ſteſſa Rota ſenza dubbio veruno aveſſe ammeſſa la preſcrizione per lo paſſaggio della centenaria? Parmi di aver troppo ragionato ſopra il mio primo aſſunto, è tempo oramai di paſſare al ſecondo.

CAPO

Digitized by Google

# CAPO III.

*In cui si prueva, che anche volendosi riputare non prescritta l'azione del legato suddetto, si debba però credere prescritta l' ipoteca sopra la casa, che si asserisce possedersi oggi giorno dal Monistero pervenuta dall' eredità del fu Nicola Rocchetta.*

Che l' azioni ipotecarie per lo spazio di dieci anni fra' presenti, e venti fra gli assenti si prescrivano, o al più dopo il passaggio di trenta o quarant' anni, è cosa fuori d' ogni dubbio. Ecco l' espressa *l. Diuturnum C. Si adverſ. credit. Diuturnum ſilentium longi temporis præſcriptione corroboratum, creditoribus pignus perſequentibus inefficacem actionem conſtituit; præterquam ſi debitores, vel qui in eorum jura ſucceſſerunt, obligatæ rei poſſeſſioni incumbant. Ubi autem creditori a poſſeſſore longi temporis præſcriptio objicitur, perſonalis actio adverſus debitorem ſalva ei competit.* Questa legge ci avvertisce, che molto bene possono stare insieme l' essere prescritta l' azione dell' ipotecaria contra il terzo possessore, e frattanto restar salva l' azione personale al creditore contro al suo principale debitore. Adunque può molto bene aver luogo il mio sistema, raffermando, che si debba riputare prescritta l' ipotecaria sopra la casa surriferita, anche nel caso, che si voglia ammettere non pre-

Digitized by Google

preſcritto il legato per la maſſima, che egli non ſia uno, ma più, quanti ſono gli anni. Ciò dunque premeſſo, veniamo al caſo della noſtra controverſia.

Se il fondo ſi poſſegga dall' iſteſſo erede del debitore, per la di lui mala fede, luogo non ſi può dare alla preſcrizione; ma ſe poi da coſtui con giuſto titolo ad altrui ſi traſferiſſe il ſuddetto fondo obbligato, e da queſto s' ignoraſſe la obbliganza, egli è certo, che poſſa preſcrivere l' ipotecaria: imperocchè l' erede, e non il ſingolare ſucceſſore è quegli, che rappreſenta la mala fede del ſuo anteceſſore, come ſcriſſe Antonio Fabro nella ſua *Definiz.* 12. al *tit. De præſcript. Si adverſus creditorem*: *Singularis ſucceſſoris*, egli ſcrive, *qui ab ipſo debitore, aliove malæ fidei poſſeſſore bona fide acquiſivit rem obligatam, alia ratio eſt. Huic enim mala fides auctoris nocere non poteſt, quominus longi temporis præſcriptione adjuvetur. Nam Juſtiniani conſtitutio, quæ in odium eorum, qui cauſſam habent a malæ fidei poſſeſſore, ſuſtulit longi temporis præſcriptionem, non creditoribus favet pignora ſua perſequentibus, ſed dominis dumtaxat res ſuas directa aut utili in rem actione vindicantibus. Difficilius ſiquidem eſt, ut rei ſuæ dominium domino, quam ut creditori jus pignoris eripiatur.* Ma io per via più confermare le coſe anzidette, promuovo un dubbio, ſe pagando il debitore per molto ben lungo tempo, e dopo ceſſando, poſſa il terzo poſſeſſore allegare la preſcrizione

circa

circa l'ipotecaria. Pare certamente che no, per la massima, che *non valenti agere non currit præscriptio*. Il creditore non può incamminarsi in virtù dell'ipotecaria contra il terzo possessore, allorchè egli è pagato dal suo debitore: e pure è tanto il favore della prescrizione, che riputasi l'ipotecaria prescritta. Ecco su ciò una dottissima e bellissima definizione di Fabro, ch' è la 38. del *lib.* 8. al *tit.* 7. *Quid tamen, si per multos annos is ipse, qui pensionem imposuit cum fundum possederit, & pensionem solverit, ita ut nunquam in rem ipsam obligatam actum sit? an si postea fundus ille alienetur, & adversus possessorem agatur, juvandus erit præscriptione, quæ adversus hypothecariam objici solet? Minimè: neque enim præscriptio ulla potest currere, quamdiu is ipse solvit, qui possidet. Nec proinde potest ea ejus persona successor præscriptionis suæ tempora complere. Aliud est, si tertius possessor bona fide per constitutum tempus tenuerit bona fide, ideſt, nesciens rem obligatam. Tunc enim magis est ut prodesse ei debeat præscriptio, licet pensio interim soluta sit a debitore. Quia licet non videatur nata actio hypothecaria, quamdiu pensio solvitur; tamen non eo minus verum est, possessorem suo nomine possidere.*

Una sì fatta decisione pare di essere ingiusta, e contraria non solo al dritto civile, ma pur anche al dritto naturale; e pure ella è letteralmente confermata da un bellissimo Testo di Ulpiano, nella *l. Pomponius, Quibus modis usufr. amitt.*

*Pom-*

Digitized by Google

*Pomponius quærit : Si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Sejo, non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam ? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti : quia non meo nomine, sed suo, fruitus est emptor;* qual testo non può essere senonchè ammirabile pel caso nostro.

Per maggior conferma di questa cosa, cioè, che possa molto bene prescriversi l' ipotecaria dal terzo possessore, non ostante che sussista l' azione personale contra l' erede, è a proposito, che io quì trascriva la *l.* 14. *C. de oblig. & act.* ove così si rafferma : *Est in arbitrio vestro, personali debitoris heredes actione, an eum, qui ab his distracta sibique tradita pignora tenet, in rem Serviana, si non longi temporis præscriptione munitus sit, an utrosque conveniatis.* Questa legge due cose ci avvertisce, l'una, che sia possessor di buona fede anche quegli che dall' erede del defunto debitore abbia avuta la roba tramandata; l' altra che molto bene l' ipotecaria può prescriversi, non ostante che prescritta non sia l' azione personale contra l' erede. Due difficoltà si promuovono contro a questa massima, l' una da me per altro sopradditata, che non posa dirsi prescritta quell' azione che nata non sia, come nel caso che il debitore per lungo tratto di tempo non abbia sospeso il pagamento; l' altra, che il terzo posseffore avendo causa dall' erede, si reputa una stessa persona col

me-

Digitized by Google

medesimo, e come tale non atto a poter prescrivere. Ma questa seconda rimane già sciolta, ed evacuata dalla legge suddetta letteralmente; ed alla prima si danno due plausibili risposte, di cui la prima si è, che molto bene il creditore non ostante che esiga dal debitore, può molto bene impedire, che il terzo possessore prescriva l'ipoteca, denunciandogli il debito, e così mettendolo nella mala fede, che impedisce la prescrizione. Così scrisse Antonio Fabro nella sopraccitata definizione 38., e lo scrisse pur anche Cancerio nelle sue Risoluzioni al *lib.* 1. *cap.* 15. *De præscript. Verum esse*, egli scrisse, *imputandum ei, quare dicto tertio possessori non denunciaverit suam obligationem, per quam denunciationem efficere ipse potest, ut tertius non præscribat, quum eum in mala fide constituat*. La seconda risposta ella è, che per la prescrizione dell'ipotecaria non si ha verun riguardo se sussista, o no, l'azione personale contra l'erede; a motivo che queste sono due cose tra loro separate e distinte, cioè la personale contra l'erede, e l'ipotecaria contro al terzo possessore, il quale non viene affatto astretto dalla suddetta azione personale, senonchè in sussidio, ed in conseguenza o di pagare, o di rilasciare la roba; e quelle cose che sono tali il dritto non le considera. Così risponde il lodato Cancerio ad Avendano *de censibus*, il quale poco conto faceva di tal distinzione: *Et licet Avendanus rideat hanc differentiam in præscriptione hypothecæ præscriptione census, verum*

*ma-*

Digitized by Google

*male; quia tertius, qui ſolus poſſidet hypothecam, non dicitur debere cenſum, quum actione perſonali conveniri non poſſit: & licet in conſequentiam, & per poſterius teneatur ad debitum, ſi nolit dimittere, verum id non attenditur, quum attendatur tantum quod principaliter agitur, & non quod venit in conſequentiam.* Se tutto ciò ha luogo anche quando il debitore continuato aveſſe il pagamento, quanto maggiormente allorchè tal pagamento per la centenaria e più ſi vede non fatto? ſiccome la ſteſſa parte l'ha confeſſato, pretendendo da detto Moniſtero l'attraſſo di eſſo legato dal 1638. tempo, in cui ſeguì la compra della ſuddetta caſa. Il medeſimo Cancerio nel luogo citato rapporta il ſuddetto caſo individualmente deciſo dal Senato di Catalogna, ma con due ſentenze tra loro contrarie, perchè il debitore non aveva ceſſato di pagare, ſenonchè per un anno e poco più: onde ſe il detto Senato anche in queſti termini deciſe per la preſcrizione dell'ipotecaria a favore del terzo poſſeſſore, quanto maggiormente, ſe per lungo tempo il pagamento non foſſe ſeguito come nel caſo noſtro? E con ciò ſpero di avere ben giuſtificato il mio aſſunto, che l'ipotecaria ſuddetta ſi debba riputare preſcritta, non oſtante che il S. C. riputaſſe ſuſſiſtente l'azione perſonale contra l'erede a favore dell'Oſpedale ſuddetto appoggiandoſi ſu la maſſima, che tanti furono i legati quanti gli anni.

Ma con tutto che il mio Cliente ſia ben ſicuro, o al-

o almeno in probabile speranza di essere assolto da detto giudizio; pure per maggior cautela ha fatto istanza lodando in Autore Ferdinando Coscinà possessore di una casa soggettata all'evizione, affinchè con un solo decreto, che venisse condannato il Monistero, condannato anche fosse esso Coscinà.

Napoli 10. Maggio 1779.

*Giuseppe Toscano.*

VIII
151041

Digitized by Google