

1/ data per decidersi alli 22. Settembre 1798.



P E R

LO SIGNOR D. ANTONIO DE' FILIPPIS E SUOI FRATELLI

C O N T R O



A GIULIO, E DOMIZIO D'AMATO.



(10) Critica

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

MEMORANDUM

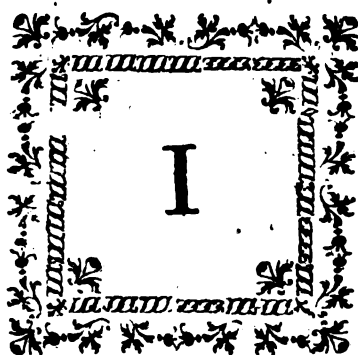
TO THE BOARD OF TRUSTEES



COMMON

TO THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO



I

L Sacro Consiglio ha condannato i fratelli D. Antonio, e D. Sebastiano de Filippis a rilasciare in beneficio di Domizio, e Giulio d'Amato un territorio sito nelle pertinenze di s. Vitagliano casale di Marigliano. I fratelli de Filippis miei clientoli si son doluti di tal sentenza col rimedio delle nullità, le quali ora dovendo io sostenere, premetto i fatti, che necessarj sono a fissar quegli affunti legali, da' quali si rileva la giustizia del gravame prodotto.

NARRAZIONE.

LA confraternita della venerabile chiesa di s. Gio: Battista del casale di s. Vitagliano nell'anno 1697. possedeva varj terreni nel tenimento del mentovato casale, e tra questi specialmente tre poderi denominati *Nunziatella*, *Starza*, e *Palmola*; il primo de'quali, secondochè i Governatori stessi della chiesa confessarono, era dell'estensione di moggia otto, del valore di ducati 140., e di annua rendita di ducati 11. (1). Il secondo era dell'estensione di moggia 7., del

A

va-



(1) Fol. 16. a terg.

valore di ducati 280., e di annua rendita di ducati 14. (1). Il terzo finalmente avea l'estensione di moggia sei, il suo valor capitale importava ducati 250., e dava di annua rendita ducati 12. (2). I Governatori della mentovata laical congregazione trovarono a locare con evidente utilità della chiesa questi terreni per la durata di tre generazioni ad un tal Francesco d'Amato. Quindi fu che dopo averne ottenuto l'assenso apostolico, col decreto di *expedit* della curia Nolana conchiusero il contratto di locazione fino a terza generazione. E quantunque nel contratto alcuna volta vi si fosse gettata la parola d'enfiteusi, ciò non ostante non è da por dubbio, che il contratto non fosse di locazione. Si rileva ciò soprattutto dal vedere, che l'annua corrisponsione, contro a quello, che dispone Giustiniano nell'enfiteusi ecclesiastiche, adeguava, e sorpassava i frutti del terreno. In fatti per lo primo terreno detto la *Nunziatella* fu stabilita l'annua pensione di duc. 15., val quanto dire si convenne di pagar ducati 4. più degli annui frutti del terreno. Al secondo territorio detto la *Starza* fu imposta l'annua mercede di ducati 17., maggiore degli annui frutti per carlini 30.. E per lo terzo denominato *Palmola* si convenne di pagarsi annui ducati 15. cioè carlini trenta di più degli annui suoi frutti. Ed oltre a tutto ciò in ben diciannove luoghi dell'istrumento si parlò di locazione, e di conduttore, e vi si apposero i patti di escomputo, i quali al solo contratto di locazione convengono.

Francesco d'Amato godè finchè visse di questo contratto di locazione fino a terza generazione, conchiuso co' Governatori della chiesa di s. Gio: Battista nel dì 25. marzo del 1698. Dopo seguita la sua morte, siccome in tutto il rimanente della sua eredità, così ancora in questo particolar contratto di locazione gli succedertero tre suoi figliuoli Ottaviano, Carlo, e Giuseppe. Ma questi fecero un attraffo di annui estagli importanti la somma di ducati 260.. Quindi fu

(1) Fol. 31. a terg.

(2) Fol. 14. a ier. C. 16.

fu, che per non espellerli da' fondi al padre loro locati fino a terza generazione, fu contenta la chiesa di s. Gio: Battista di subaffittar ella i terreni ad un tal Felice di Spezia per la durata di anni diece, incominciandi dal primo settembre dell'anno 1750., alla ragione di annui ducati 73. Ella tolse così da mezzo i fittuarj a terza generazione per lo determinato tempo degli anni diece, tra'l quale, coll'estaglio importante in tutto ducati 730., che i suffittarj avrebbero pagato, si sarebbe rifatta degli attrassi dovutile nella somma di ducati 260.; come altresì sarebbe soddisfatta dell'annuo estaglio corrente di ducati 47., che per lo spazio di diece anni formava la somma di ducati 470. E dopo scorsi i mentovati anni diece i figli di Francesco d'Amato ritornar doveano nel possesso della loro locazione a terza generazione (1).

Nell'anno seguente, e propriamente a' 7. novembre dell'anno 1751. piacque a' tre fratelli Ottaviano, Carlo, e Giuseppe divider fra loro que' fondi, che la chiesa di s. Gio: Battista in forza della sopraespressa convenzione avea ella subaffittati per lo spazio di anni diece. E questa divisione aver doveva il suo effetto dopo terminati gli anni diece del subaffitto fatto dalla chiesa a Felice di Spezia. In una tal divisione spettò ad Ottaviano il fondo chiamato *Palmola*, a Carlo quello denominato *Nunziatella*, ed a Giuseppe la *Starza*. Ottaviano dal suo matrimonio contratto con Maria Liguoro non ebbe figliuoli, ragion per la quale imprese a ben vedere una nipote di sua moglie chiamata Santella Viola. A costei, riputando egli di sua libera disposizione il fondo denominato *Palmola*, ne donò la proprietà unitamente a quella di alcune sue case coll'obbligo di soddisfare taluni pesi alla stessa ingiunti; dell'usufrutto poi ne dispose a favor di sua moglie Maria Liguoro: il tutto con istrumento de' 23. aprile 1751. (2). Non guari dopo Ottaviano essendo vicino a morire col suo ultimo

A 2 nun-

(1) Fol. 128. ad 149.

(2) Fol. 129.

nuncupativo testamento nel dì 8. maggio 1752. scrisse a se-
 erede la moglie Maria Liguoro: confermò la donazione della
 proprietà delle case, e del territorio denominato *Palmola*
 a beneficio di Santella Viola; ed alla stessa fece egli ancora
 un legato di duc. 30. Morì Ottaviano d'Amato, poichè per
 i tanti pesi ingiunti alla proprietaria Santella Viola riusci-
 va inutil per lei tanto la proprietà delle case, che del fondo
 denominato *Palmola*, fu ella contenta del solo legato de' duc.
 30. da pagarle da sopra le case, e cedette in beneficio di
 Maria Liguoro sua zia, che n'era l'usufruttuaria la pro-
 prietà non meno del territorio denominato *Palmola*, che
 delle case con istrumento de' 15. giugno del 1752. E così
 venne ad unirsi in persona di Maria Liguoro l'usufrutto,
 e la proprietà delle case, e del terreno detto *Palmola*
 (1). Ma ella non però non avea il possesso di questo fon-
 do, poichè ritrovavasi fin dal 1. settembre 1750. subaffit-
 tato per anni 10. dall'a chiesa di s. Gio: Battista a Felice
 Spezia per causa degli estagli attrassati, ed un tal subaf-
 fitto terminava al primo settembre del 1760.

Maria Liguoro, non ostante che non possedesse il fondo, pur
 tutta volta volea venderlo nell'anno 1753. Ma per ciò
 fare vi abbisognava il consenso de' Governatori della chie-
 sa, i quali per mettere in sicuro gli attrassati estagli l'a-
 vean subaffittato a tutto il primo settembre 1760. Come
 altresì vi necessitava il consentimento ancora del sussitua-
 rio Felice Spezia, che avea diritto di permaner nel fon-
 do fino all'indicato giorno del 1. settembre 1760. Felice Spe-
 zia si contentò di cedere al suo diritto, ed i Governatori
 della chiesa nè anche furon dissenzienti, purchè dal prezzo
 del fondo pagati loro si fossero i duc. 72. 90., che restava-
 no ancora a conseguire per rata dell'attrasso dovuto sopra di
 questo fondo denominato *Palmola*. Intavolato così il con-
 tratto, nel giorno 29. marzo 1753. Girolamo de Filippis
 comprò da Maria Liguoro per lo prezzo di duc. 293. 19. 7.
 le migliori del fondo detto *Palmola*, ed entrò nel dirit-
 to della locazione a terza generazione del terreno del-
 la

(1) Fol. 129. ad 130.

la chiesa di s. Gio: Battista, pagando alla stessa dal mentovato prezzo i ducati 72. 90., dovutale dal fu Ottaviano per rata dell'attrasso degli annui estagli. Nell' istrumento intervennero oltre a' Governatori della chiesa, che vi prestarono il loro consenso, anche i due fratelli del defunto Ottaviano, Carlo, e Giuseppe d'Amato per mezzo del di loro special procuratore, il quale in conformità del suo mandato promise, e convenne le seguenti cose. *A maggior cautela di detto compratore in detto nome, e per parte di detti magnifici Carlo, e Giuseppe d'Amato, e come loro procuratore specialmente destinato per tale effetto ha rinunciato, e rinunzia a qualsivisa ragione ed azione, che ora, ed in qualsivisa tempo potessero spettare, e competere a detti suoi principali LORO EREDI, E SUCCESSORI sopra il detto territorio, siccome da ora in detto nome rispettivamente, e di ciascheduno di loro spetta, e da il consenso alla vendita, suddetta, translazione di dominio, e retrocessione di censuazione, nel miglior modo ec.* Quindi parlandosi della evizione, che avesse potuto in qualunque futuro tempo avvenire, il procuratore de' due mentovati fratelli uniformemente al mandato speciale obbligò tutti, e qualsivogliano loro beni mobili, stabili, presenti, e futuri. I due fratelli adunque del defunto, Carlo, e Giuseppe d'Amato obbligarono se stessi, e gli eredi di loro, ad avere per rata e ferma la vendita, e ne promisero ancor l'evizione.

Girolamo de Filippis godè finchè visse tranquillamente del fondo comperato, il quale essendo per le leggi di vietata amortizzazione divenuto allodiale, morendo il trasmise nell' anno 1780. a' suoi figliuoli ed eredi, D. Sebastiano, D. Antonio, D. Vincenzio, e D. Pasquale de Filippis, i quali senza doglianza di alcuno il possederono fino all' anno 1782. In questo anno Domizio, e Giulio d'Amato, figliuoli ed eredi di Giuseppe d'Amato credettero, che l'istrumento stipulato nell'anno 1658. tra i Governatori di s. Gio: Battista, e l' d'loro avo Francesco d'Amato, fosse un istrumento non già di locazione, ma sibbene d'enfiteusi. E leggendo in esso la espressione *usque ad tertiam generationem* opinarono, di esser

essi chiamati all'enfiteusi *ex propria persona*. Quindi fu, che dimentichi di esser' eredi di Giuseppe d'Amato, che consentì per se, suoi eredi, e successori alla vendita del territorio denominato *Palmola*, e ne promise l'evizione a favor del compratore, istituirono nel S. Consiglio un giudizio di revindica contro a' figli del compratore de Filippis. Ma in vece di domandar la revindica del fondo detto *Palmola*, ch'era quello, che da' de Filippis possedeasi, chiesero di revindicare il terreno denominato la *Nunziatella*, che da' miei clientoli non si è giammai posseduto. Fu dato termine nella causa, e dopo di essersi questo compilato, perciocchè non vi fu chi le ragioni de' possessori del fondo indicasse, nè anche al valente uomo commessario di questa causa, il S. Consiglio nel dì 6. febbrajo 1795. profert la sua sentenza ne' seguenti termini: *Condemnamus Antonium, & Fabianum de Filippis ad relaxandum territoria in actis deducta in beneficium D. Dionisii, & D. Julii d'Amato una cum fructibus a die litis contestatae, pro quorum liquidatione in biduo audiantur partes*. D. Antonio de Filippis ne produsse avverso di una tal sentenza alquanti capi di nullità, e susseguentemente ricorse alla M. del Sovrano chiedendo, che la discussione delle nullità da essolui prodotte si facesse con ministri aggiunti. Il Re precedente consulta del Presidente del S. C. di felice ricordanza Baldassarre Cito rescrisse in sì fatta maniera: *Ha risoluto il Re in conformità del parere del passato Presidente del Consiglio Marchese Cito, che nella discussione delle nullità pendenti nella causa in Consiglio tra D. Antonio de Filippis di Casaferrò Casale di Marigliano, e Domizio, e Giulio d'Amato v' intervenga forzosamente il Consigliere Capece Zurlo, che non si ritardi al tempo della decisione; v' intervenga anche d'aggiunto il Consigliere D. Tommaso Caravita, e che esso Consiglio fenta le parti in Ruota, e seguita sarà la discussione delle nullità sudette non pubblici il decreto, ma ne avvanzi alla M.S. relazione per attendere le ulteriori Sovrane determinazioni. Lo partecipo nel Regal nome al Consiglio per sua intelligenza, e per l'adempimento. Palazzo 11. Luglio 1795. Saverio Simonetti (1).*

Per

Per le cose fin qui narrate fuori dubbio si rileva, che il giudizio, in cui noi versiamo, sia un giudizio di revindica.

Or perchè in sì fatti giudizi l'attore dee di necessità dimostrare in persona sua la spettanza dell'azion promossa, io assumo a dimostrar' al S. C., che sien di questa sorniti i fratelli d'Amato per le seguenti ragioni.

- I. Perchè il contratto primitivo tra l'avo loro, e la chiesa di s. Gio: Battista; d'onde prendon ragione gli attori non fu di enfiteusi, ma sibbene di locazione, la quale quantunque ecclesiastica, pur tutta volta per sua intrinseca natura è trasmissibile agli eredi estranei, e per conseguenza alienabile.
- II. Perchè anche quando fosse quello un vero contratto di enfiteusi, per i patti in esso apposti si vede chiaro, che fu una enfiteusi *ereditaria*, ed *alienabile*, nella quale le parole, figli, nipoti, e pronipoti disegnano la sola durata del tempo.
- III. Perchè quantunque avesse quel contratto una vera forma di enfiteusi ecclesiastica di patto, e provvidenza, non è più da riputarfi tale, dopochè la consuetudine della Diocesi Nolana ha renduto alienabili siffatti beni, e liberi in ogni genere di commercio.
- IV. Perchè qualora tutte le sopradette ragioni non sussistessero, non potrà negarsi, che la legge del Re de' 17. agosto 1771. abbia per i beni enfiteutici delle chiese sciolto ogni vincolo di ammortizzazione, non solo impedendo la riverfion de' beni alle chiese, ma accordando ancora a ciaschedun chiamato la facoltà di alienarli, quantunque esistente ancora fosse la linea contemplata.
- V. Perchè anche quando tutto l'affunto mancasse, essendo gli attori eredi degli alienanti mancanti del beneficio dell' inventario, non possono esser' intesi nel giudizio presente.
- VI. E finalmente dimostrerò, che la presente revindicazione fiesi malamente istituita, avendo gli attori chiesto di revindicare il fondo denominato la *Nunziata*, il quale da' miei clientoli non si possiede.

C A P O I.

*Il contratto stipulato a' 25. marzo 1698. tra
Francesco d' Amato, e la chiesa di
s. Gio: Battista fu un contratto di
locazione, trasmisibile anche
agli estranei, ed alienabile.*

NELL' istrumento di concessione si legge, che i Governa-
tori della chiesa di s. Gio: Battista: *Libere tertio ge-
neratione durante LOCAVERUNT, & concesserunt, & TITU-
LO LOCATIONIS, & concessionis pradiſſæ per fustem, seu
quasi jure proprio, distaque tertio generatione durante de-
derunt, cesserunt, renuntiaverunt &c. in emphyteusim.* In
altro luogo sta scritto: *Territoria ut supra LOCATA, & con-
cessa*, il che si ripete uniformemente in altri undici luoghi
dell'istrumento. Ed altrove si legge, parlando de' cessionarj,
dictorum Conductorum, che si ripete in ben tre altri luoghi
dell'istrumento, ne' quali occorre far menzione de' concef-
sonarj. E finalmente nella dispositiva del contratto l'istru-
mento così detta: *Ita quod ex nunc dicta tertio generatione
durante, & non ultra servata forma dicti assensus apostoli-
ci dicta territoria, ut supra LOCATA, & concessa sub di-
ctis annuis canonibus ducatorum nonaginta pro. ratis. ut supra
declaratis ex presentis LOCATIONIS, & concessionis causa
tranſeant &c.*

Chi prende in esame di che natura sia questo contratto, fe
d'enfiteusi, o di locazione, può dubitarne fin tanto, che si
forma alle sole parole del contratto, le quali dettano *loca-
verunt in emphyteusim*. Ma se per poco si ponga a medi-
tar sulle caratteristiche dalla legge segnate in definir l'uno, e
l'altro contratto, non potrà più negare, di essere il nostro un
assoluto contratto di locazione, e non già di enfiteusi. Prima
di ogni altro ella è cosa ben risaputa, che il contratto d'enfi-
teusi fu introdotto per i soli campi inculti, i quali sotto un
annua corrisponsione davansi a colonia col patto di doverli
migliorare, e piantare. Quindi fu, che il canone, che pa-
ga-

gavasi era una tenue prestazione diretta unicamente a riconoscere il dominio del fondo in persona del padrone. E, perciò qualunque diminuzione fosse nel fondo avvenuta, l'enfiteuta era sempre alla prestazione del canone tenuto, dalla quale la sola perdita del fondo intero lo disobbligava (1). Posteriormente questo contratto fu esteso ancora a fondi coltivati: ma il canone che stabilivasi non eccedeva mai il quantitativo de' frutti, che dal fondo pervenivano, anzi era sempre di quello minore, per dar così compenso all'enfiteuta, a cui negavasi l'escomputo per legge del contratto.

Il solo Imperador Leone trasportato da un soverchio zelo per la chiesa di Costantinopoli ordinò, che i fondi ecclesiastici conceder non si potessero per canone inferiore al quantitativo de' frutti (2). Ma l'Imperador Giustiniano conoscendone la disconvenienza all'indole del contratto, con una sua legge contenuta nel capo 3. della novella settima stabilì, che il canone dell'enfiteusi ecclesiastiche dovesse esser minore de' frutti effettivi provenienti dal fondo per una sesta parte. *Quia vero Leonis quidem pie memorie constitutio sub nulla positus diminutione dari rem ecclesiasticam sancivit: Nos autem in alia constitutione a nobis scripta sentiamus incipi solum super emphyteusim sancivimus.*

Fin tanto dunque, che le teorie delle concessioni ecclesiastiche in enfiteusi furon regolate colla novella di Giustiniano esse ebbero un canone per sesta parte inferiore a' frutti de' fondi conceduti, e rimasero nel vero aspetto di contratti enfiteutici.

Ma subentrato il diritto pontificio a regolar le concessioni de' fondi ecclesiastici, perciocchè fu da questo introdotta la massima, di non concedersi i poderi della chiesa *nisi in evidentem utilitatem*, i canoni stabiliti in siffatte concessioni furon sempre definiti in pensioni maggiori de' frutti effettivi del fondo. Ed il contratto avvegnachè alcuna vol-

ta

(1) L. 1. C. de jur. emphyteut.

(2) L. 14. C. de sacros. Eccles.

ta riteneffe il nome di enfiteusi, pur tuttavolta passò ad esser locazione, motivo per lo quale avvenendo caso di considerevol perdita, si è sempre a' pretesi enfiteuti, ma veri conduttori, accordata il diffalco di parte della mercede. Quindi i dottori tutti non seppero fissare altra norma più sicura da distinguer questi due contratti, se non la quantità del canone. Io citerò tre dottrine in compruova dell' opinion ricevuta, una di Giulio Claro, l'altra del Fulginéo, e la terza del Cardinal de Luca.

Giulio Claro così scrive. *Quid autem differat simplex locatio ab emphyteusi, sunt termini omnibus notissimi. Et adverto, quia si praestatur modica pensio, & in pecunia, debet potius judicari emphyteusis, quam locatio, nam pro contractu emphyteutico solvitur quid minimum pro recognitione, & hac est propria forma ejus, & in hoc omnes consentiunt, ut dicit Natta consilio XLIX. post numerum VII. Si vero praestatur magna pensio, quae scilicet fructibus correspondeat, vel quasi, vel praestatur aliqua pars fructuum, debet potius judicari locatio quam emphyteusis, & quod quando pensio, quae praestatur, correspondet fructibus, debeat de tali contractu judicari tamquam de locatione, potius, quam de emphyteutica concessione, dicit concludere comuniter scribes. Cagnol. in lege secunda numero CCII. C. de rescindenda venditione (1).*

Francesco Fulginéo nel suo trattato de jure Emphyteutico disse: *Aut praestatur modica pensio, & tunc debet judicari emphyteusis: quia de natura Emphyteusis est, ut praestetur quid minimum, in recognitionem domini ut per doctores in lege 2. C. de rescindenda venditione. Joan. Andr. in add. ad spec. de emptione, & vendit. §. nunc dicendum. Et est communis opinio ut per Nattam consil. 49. n. 7. Clarum §. emphyteusis quaest. 1. Aut praestatur magna pensio, quae fructibus correspondeat; vel quasi; vel praestatur aliqua pars fructuum, & tunc debet potius judicari LOCATIO, quam emphyteusis, & est magis communis opinio, ut per Cagn. in l. 2. C. de rescindenda venditione. 2. 201. Clar. loco ut supra.*

Et

(1) Clarus §. emphyteusis quaest. 1. in fine

Et istum veram modum esse discernendi locationem ab emphyteusi tradit Bartolus in lege 1. n. 4. & ibi Jason n. 35 C. de jure emphyteutico. Et doctores communiter in c. potuit de locat. Arctinus conf. 55. n. 4. Alex. consil. 112. n. 6. lib. 1. Ruin. conf. 161. n. 21. l. 1. Bera conf. 84. n. 15. lib. v. Natta qui de comuni restatur eodem consilio 49. Cravos. conf. 663. n. 12. dicens banc esse communem. Burs. consil. 255. n. 1. Rol. consil. 96. u. 25. lib. 1. Masc. de probat. conclus. 251. n. 9. vol. 1. Seraph. decis. 794. n. 3. cum seqq. & decis. 272. Menoch. de præsump. præsump. 155, n. 5. c. (1).

Ed il Cardinal de Luca, che più di ogni altro seppe la giurisprudenza del foro nel suo discorso trentesimo sulla materia d'enfiteusi ci fa sapere, che la Ruota Romana ritirò una sua precedente decisione, e giudicò per locazione un contratto, che prima avea giudicato per enfiteusi di patto e provvidenza, sul principalissimo motivo di essere il canone corrispondente a' frutti, e di trovarsi spesso fatta menzione di locazione, e di conduttori: *Concessa vero nova audientia, & repropofita causa sub die 15. mai 1662. recedendo a decis. contrarium resolutum fuit, & ex eo fundamento, quod contractus contineret magis perpetuam locationem, quam emphyteusim, & consequenter esset transitorius ad quoscunque etiam extraneos, deducendo dictam contractus naturam, tum ex verbis, dum pluries dicitur LOCATIO, & recipiens vocatur CONDUCTOR; tum fortius ab circumstantiis, quod annua responsio esset magna, & correspondens fructibus; dum juxta præmissam facti seriem est major, quam esset locatio temporanea, qui est verius ac præcipuus modus distinguendi locationem ab emphyteusi (2).*

Or per fatto non è da recarsi in dubbio, che il territorio denominato *Palmola* dalla chiesa di s. Gio: Battista concesso a Francesco d'Amato nell'anno 1698. non dà altra annua rendita, che quella di ducati 12, e che prece-

(1) *Præluđ. quæst. XV. n. 4.*

(2) *De Luca de emphyteus. disc. 30. n. 2. in fin. & 3.*

dente assenso apostolico, e decreto d' *expedit* della curia Nolana incaricata di ciò dalla s. Sede, si accrebbe il canone a ducati 15. Il canone adunque stabilito non solo fu corrispondente a' frutti del fondo, ma maggiore ancora: e perciò non è da dubitare, che il contratto fosse stato di locazione fino a terza generazione, e non già di enfiteusi. Il dissero le parti stesse, le quali in cento luoghi dell'istrumento chiamarono *locazione* il contratto, ed il *concessionario conduttore*.

Il Cardinal de Luca in parlando di un istrumento similissimo al nostro così ragiona: *Locationem potius, quam emphyteusim in contractu contineri ex pluribus cum sensu veritatis, clare mihi probari videtur, praesertim quia in investitura per octo vices partes usae sunt verbo LOCATIONIS, recipientem quoque vocando CONDUCTOREM. Contractus autem talis dicitur, qualem partes vocant decis. 110 part. 6 recens. Et frequenter in aliis. Et quamvis prima vice diceretur, quod LOCARUNT, AC TITULO LOCATIONIS IN EMPHYTEUSIM CONCESSERUNT, attamen cum per septem alias vices vocabulum LOCATIONIS repetitum fuerit, nunquam vero alterum emphyteusis, atque plures concurrerent conjecturae, Et circumstantiae LOCATIONEM potius suadentes, ut infra, idcirco dictum unicum verbum EMPHYTEUSIS, utpote tot aliis repugnans, vel suffocatum remanere, vel improprie capiendum esse dicebamus, nulliusque operationis in proposito esse, ut ex Ruino. Et aliis allegatis, punctualiter, ac bene firmatur apud Buvatt. decis. 334 n. 11, Et seqq. Et in Romana Casalis mediae viae coram Bevilacqua, ubi pariter hoc eodem termino LOCATIONIS IN EMPHYTEUSIM, cum facti substantia ex aliis resultans, verborum cortici, Et formalitati prevalere debeat.*

Seguita il porporato a dire, che dalla sostanza del contratto forgean degli argomenti a favor della locazione, il primo de' quali si era, che l'annua corrisponsione uguagliava i frutti del fondo. Che un altro argomento si era il veder pattuito espressamente, di non accordarsi diffalco dell'annuo estaglio per causa di peste, guerra, inondazione di fiume, o per qualsivoglia altra cagione: *Id enim ad oculum*

lum probare videbatur partes fuisse gerere contractum locutionis, cui huiusmodi exceptiones convenire possunt, cum in vera emphyteusi rates difficultates nullatenus cadant. E nel nostro contratto un tal patto si legge espresso (1). Absque diminutione, deductione, & compenso, seu defalcatione aliqua, etiam quae de jure, aut consuetudine quocumque modo facienda esset, ac etiam non obstante quovis impedimento belli &c. Anzi vi è di più, che i concessionari rinunziano beneficio patientiae praestanda CONDUCTORI, & allegandi illam non fuisse praestitam.

E soggiugne il Cardinal de Luca, che il leggerli nell'istrumento di concessione la clausola *ad habendum, tenendum, vendendum*, come nel nostro istrumento si vede, dee far giudicare il contratto piuttosto per locazione, che per enfiteusi. *Ista enim clausula ad duplicem effectum considerari debet. Unum nempe, ubi certum est agi de emphyteusi, an scilicet illam faciat hereditariam, ut infra. Alterum vero ad deducendum exinde conjecturam in casu dubio, quod de locatione potius, cui dicta clausula est connaturalis, partes senserint, quam de emphyteusi ecclesiastica, cui attentae ejus regulatae naturae est opposita.*

Nè giova l'opporre, che talvolta siesi usata l'espressione di *canone*, perciocchè questa voce, secondo che la lettura dell'istrumento appalesa, si è avuta per sinonima colle altre *redditus*, & *census*. Dicesi nell'istrumento, d'esserli il fondo conceduto *ad annuum canonem, redditum, sive censum* (2). Come altresì non dee far peso, se alcuna volta si è parlato di *dominio utile*, e di *devoluzione*. La teoria non è mia ma è dello stesso Cardinal de Luca, che seguita così a dire, *Et quoad verbum CANONE emphyteusi potius conveniens, dicebam esse considerabile, quoties esset univocum, secus autem dum illud pro synonymo partes habuerunt, tum verbo CENSUS ac RESPONSIONIS, ut ponderatur apud Buratt. decis. 34. n. 16., & frequenter in aliis decisionibus. Verbis im-*

(1) Fol. 15.

(2) Fol. 23.

importantibus dominium directum atque conventis devolutionibus in specie responderetur apud Buratt. diſt. deciſ. 334. n. 15. C. 17. cum ſeqq. quia non implicat eſſe locationem, ſive in certis caſibus devolutionem, vel contractus reſolutionem conveniri, ut habetur in Romana caſalis veteris 5. Maii 1653. §. finali coram Alberгато (1).

Per le coſe fin qui dette ſembra, che il S. Conſiglio non debba più eſitare in decidere, che il contratto, che oggi viene in eſame, ſia un contratto di locazione, e non già di enfiteuſi. Or ſe il contratto fu di locazione, ne viene in conſeguenza, che il diritto acquiſtato da Francesco d' Amato non fu riſtretto, e limitato a' ſoli eredi del ſangue, ma ſebbene libero, e traſmiſibile anche agli eſtranei durante la terza generazione, ch'era il tempo preſſo alla durevolezza del contratto.

Tutte le quizioni da' dottori agitate intorno all' articolo, ſe la parola *erede* uſata nelle conceſſioni eccleſiaſtiche, ſi debba intender del ſolo erede del ſangue, ovvero anche dell'eſtraneo, ſi ſono ventilate per i ſoli contratti d'enfiteuſi, giacchè per le locazioni non ſi è avuto giammai dubbio, che di lor natura foſſero alienabili, e traſmiſibili agli eſtranei. In fatti lo ſtile dal noſtro S. Conſiglio adottato fin dal tempo di Ferdinando I. è ſtato quello, di riputare l'enfiteuſi eccleſiaſtiche del Regno traſmiſibili agli eredi eſtranei, ſol perchè eſſendoli nel regno introdotto lo ſtile di approvarſi queſti tali contratti da Commellaſſari apoſtolici ſoltanto, *in evidentem eccleſiæ utilitatem* pattuendo un canone, o corriſpondente, o maggiore de' frutti del fondo, riputar ſi doveano più toſto locazioni, e come tali alienabili.

Matteo degli Afflitti ſcriſſe: *Hodie ut plurimum cum decreto Sedis Apoſtolice Eccleſiæ Neapolitanæ concedunt HABITO RESPECTU AD VALOREM REI, C. ſic quod tranſeat ad heredes quoſcumque . . . Et ſecundum ipſam opinionem videtur judicatum in conſilio Regis Ferdinandi Primi (2).* Da' tempi

(1) De Luca de emphyteuſi diſc. 31. n. 7. 8. 9.

(2) Voer. ad lib. VII. tit. III. §. 9. D.

pi dell'Afflitti fino al Presidente de Franchis non ha mai il S. Consiglio variato stile. Questo valente uomo del nostro foro scrive nella sua decisione dugentrentacinque: *Omnes concessionēs rerum ecclesiæ, siue in emphyteusim, siue ad longum tempus, quæ priscis temporibus, & ad presens fiant in hac ciuitate, consueverunt fieri prævia commissione Sedis Apostolicæ in personam aliquorum in dignitate ecclesiastica constitutorum, qui videant an concessionēs cedant in evidentem Ecclesiæ utilitatem, & si apparuerit illas cadere in evidentem utilitatem eas confirment, alias non, & in huiusmodi concessionibus factis pro se, & heredibus, tamquam legitime, & canonice factis, quia ab Ecclesiis nihil abest; CUM CONSTITUATUR CENSUS, SEU REDDITUS ÆQUIVALENS, IMO MAJOR FRUCTIBUS, SEU PENSIONIBUS, Afflictus dicit in decisione 386. vidisse iudicatum in Consilio Regis Ferdinandi primi, quod transeat ad heredes extraneos, & sic etiam dicunt ibi novissime Addentes semper ipsos iudicari vidisse, & ita Sacrum Consilium alias iudicavit in decisione 100. ut idem Afflictus refert, & hanc opinionem sequitur Simanca &c. Quinimo dicit Carolus Ruin. consil. 161 quod difficultas tunc est inter doctores an emphyteusis ecclesiastica transeat ad eredes extraneos, quando fit concessio pro modico redditu, solvendo in recognitionem directi domini, quia tunc vere erit contractus emphyteuticus. Sed quando promittitur redditus, siue pensio, quæ correspondeat fructibus, QUIA ERIT POTIUS LOCATIO, quam emphyteusis, in his terminis non reperitur aliqua contradictio inter doctores, quia hoc casu semper Ecclesia habebit æquivalens. Tanto è vero adunque, che il contratto di locazione sia alienabile, ed ereditario semplice, che l'enfiteusi chiesastiche del regno si riputarono tali, sol perchè furon credute più tosto locazioni, che vere enfiteusi.*

Quindi posso conchiudere, che se per fatto è indubitato, che il contratto stipulato tra' Governadori della chiesa di s. Gio: Battista, e Francesco d'Amato fu un contratto di locazione, ed altronde è sicuro per diritto, che le locazioni chiesastiche sono di lor natura ereditarie semplici, ed alienabili, malamente son venuti i nipoti del primo conduttore a re-
vin-

vindicare un fondo , che benissimo poteasi dal zio , e dal padre loro alienare . Che se nel contratto di locazione di sua natura trasmissibile anche agli eredi estranei si fece menzione di *figli* , *nipoti* , e *pronipoti* , ciò lo fu per designare soltanto la terza generazione , durante la quale dovea essere in piedi il contratto , e non già per dar diritto ad essi , come or ora dimostrerò .

C A P O II.

Ancorchè il contratto fosse stato di enfiteusi , fu sicuramente una enfiteusi ereditaria , ed alienabile , nella quale le parole figli nipoti , e pronipoti designano la sola durata del tempo .

FIn tanto che l'enfiteusi chiefastiche stiedero ne' veri termini di un tal contratto , ed ebbero un canone inferiore a' frutti effettivi del fondo , attender si dovea la novella VII. dell'Imperator Giustiniano . In questa al capo III. era scritto: *Emphyteusis autem sive in sanctissima maiore Ecclesia , sive in omnibus reliquis adorandis domibus fieri sinimus , & in accipientis persona , & in duobus ejusdem personæ heredibus deinceps , filiis tantum solis masculis , aut fœminis , aut nepotibus utriusque naturæ , aut uxore , aut viro , si hoc videlicet de uxore , aut viro expressim nominetur , alioquin non transire ad aliquem alterum heredem .* Quindi naque la teorìa , che la enfiteusi ecclesiastica non fosse trasmissibile se non a' soli eredi del sangue . Ma rievocata la novella VII. dallo stesso Imperator Giustiniano col capo VI. della novella CXX. fu accordato a tutte le chiese dell' Impero , menochè a quella di Costantinopoli , la facoltà di concedere i proprj fondi in enfiteusi perpetua trasmissibile anche agli eredi estranei: *Licentiam igitur damus prædictis venerabilibus domibus , non solum ad tempus emphy-*
teu.

seusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed et perpetuo hac eis emphyteutico iure volentibus dare. Giovanni Voet scrisse per la intelligenza di questo capo della novella: *Sed jure novissimo etiam rerum Ecclesiasticarum emphyteusis in perpetuum posse constitui sic, ut ad CUIUSCUMQUE GRADUS HEREDES, SIVE COGNATOS, SIVE EXTRANEOS devolvatur, sancitum est, solis Ecclesiae Constantinopolitanae rebus exceptis.* Dopo di questa novella dunque celsò di dirsi, che l'enfiteusi ecclesiastica fosse trasmissibile a' soli eredi del sangue, e cominciarono ad esaminarsi i patti nel contratto apposti per decider della qualità dell'enfiteusi, quantunque fossero ecclesiastiche. Ed io ho già avvertito nel primo capo di questa scrittura, che il S. Consiglio senza fermarsi alla qualità di beni chiefastici, e senza formare di tal qualità un pregiudizio fin da' tempi del vecchio Afflitti ha sempre deciso per enfiteusi ereditarie quelle, che portavano un canone corrispondente a' frutti del fondo, quantunque fossero enfiteusi di stabili appartenenti alle chiese.

A veder dunque se una enfiteusi sia di patto, e provvidenza, ovvero ereditaria, conviene non più fermarsi sulla qualità chiefastica, ma sibbene por mente all'indole del contratto, e de' patti ad esso apposti. Onde io esaminerò il contratto dal suo nascere fino al tempo della sua ultimazione. Nel memoriale da' Governatori della chiesa di s. Gio: Battista diretto alla sacra congregazione de' Cardinali fu esposto: *Aver trovato a concedere in emphyteusim a terza generazione l'infra scritti due corpi.* Chiunque si trova scevro di passione per la causa può ben riflettere, che con questa espressione non si vollero designar le persone de' figli, nipoti, e pronipoti per dar loro diritto al contratto, ma sibbene si volle designare il tempo, per lo quale durar doveva il contratto. Questo che da per se è chiaro, si rende innegabile col rescritto della sacra Congregazione, la quale decretò di commetterli al Vescovo di Nola, di prestar l'assenso *concedendi praedicta bona, ad tertiam generationem TANTUM.* La espressione dunque *a terza generazione* importa solo, che la concessione non dovesse oltrepassar la

durata del tempo, che in tre generazioni correva. L'assenso apostolico interposto in seguito del rescritto della sacra Congregazione vieppiù chiarisce il mio assunto. Poichè in esso, dopo di essersi commesso al Vescovo Nolano di dar l'assenso, al contratto *ad tertiam generationem tantum*, si legge: *Volumus autem, ut finita, tertia generatione, dictum territorium ad Ecclesiam revertatur* (1). Che più si desidera per decidere, che le parole *a terza generazione* importano semplice durata di tempo? Per esecuzione di questo breve Apostolico la Curia Nolana dopo tutti i solenni accordò la facoltà concedendi *in emphyteusim ad tertiam generationem tantum* (2).

In forza di questi atti si stipulò il contratto, nel quale Francesco d'Amato si costituì *pro se, suisque filiis, nepotibus, & pronepotibus recta linea descendensibus*. Ma si costituì egli a questo modo, forse per fare acquistar diritto nel contratto a' figli suoi, nipoti, & pronepoti indipendentemente dalla qualità di suoi eredi? Ancorchè egli voluto l'avesse no'l potea: e che sia così sta dimostrato a lungo dal rimonatissimo Antonio Fabbro. *Cum in concedenda, vel potius constituenda emphyteusi mentio expressa sit liberorum accipientis, sive patris stipulatio intervenerit aliqua, sive nulla, dico accipientis liberos non ex stipulatione succedere, SED TAMQUAM HEREDES stipulatoris, ut proinde mirum non sit admitti eos post mortem, & ordine successivo, cum viventis patris heredes esse non possint. Moveor autem ex eo, quod jam supra probavi, huiusmodi stipulationem non valere quantum ad expressas personas liberorum. Quanam enim ratio esse potest, propter quam liceat patri acquirere filio suo in emphyteusi potius, quam in rebus ceteris? Nonne eadem ratio & juris communis, & patriae potestatis obstat in emphyteusi debet, quae in ceteris quoque rebus obstat. Nec mutat quod generali fere gentium omnium consuetudine item obtinuit, ut ex Notarij stipulatione acquiri possit actio cuilibet etiam*

(1) Fol. 20. a terg.
(2) Fol. 21.

*absenti & ignorantibus . Nam hoc etiam admissum , iis demum prodesse debet notarij stipulatio , qui possent ipsi stipulando sibi acquirere , in quorum numero non est filius familias , qui si ipse , sive solus , sive conjunctim cum patre stipularetur , procul dubio acquireret patri , non sibi (1) . Il fatto istesso non però dimostra , che nel costituito si fece menzione de' figli , nipoti , e pronipoti a solo oggetto di designare il tempo del contratto : imperciocchè immediatamente si soggiunse *tertia generatione durante* . Ma passiamo innanzi a veder la stipula . In essa sta scritto , che i Governatori della chiesa *locaverunt & concesserunt supradicto Francisco d'Amato supradicta tria territoria* (la concessione dunque vien fatta al solo Francesco d'Amato) *ad annum canonem , sive censum TERTIA GENERATIONE DURANTE* . Dunque non si è concesso a Francesco d'Amato , *suisque filiis , nepotibus , & pronepotibus* , ma al solo Francesco d'Amato *tertia generatione durante* , e perciò è innegabile , che de' figliuoli , nipoti , e pronipoti si fece menzione nel costituito a solo oggetto di spiegar la durata della terza generazione , che fissava il tempo del contratto . Sonq infiniti i luoghi dell' istrumento , ne' quali si scorge chiaro , che della terza generazione si fa menzione per sola designazion di tempo . Ma io debbo venire ad argomenti invincibili per dimostrar la qualità ereditaria della nostra enfiteusi . Dopo d' essersi detto nel contratto , che si concedeva al solo Francesco d'Amato durante la sua terza generazione , si soggiugne , *sub pactis emphyteuticis , & signanter sub infrascriptis* . Il primo patto si è questo , che l' enfiteuta debba *territoria locata , & concessa nullo unquam futuro tempore vendere , nec alienare in totum , nec in partem , irrequisitis Ecclesia , & Confraternitate , & pro eis Gubernatoribus presentibus , & futuris Ecclesie predictae , & ipsis expectatis pro juris termino mensium duorum secundum naturam emphyteuticam , quia sic &c.* (2) .*

B Or

(1) Faber de Error. Pragm. Decad. XXXIII. Error X. num. 4. & seqq.

(2) Fol. 24.

Or mi si dica di qual natura mai era questa enfiteusi *ereditaria semplice*, o di patto e provvidenza? Se mi si risponda, di patto, e provvidenza: io dico, che essendo l'enfiteusi di simil genere per lor natura inalienabili, era inutile stabilire il patto, che non si dovesse alienare senza il consenso della chiesa, giacchè l'enfiteuta non può alienare: ed alle chiese è negato di assentire alle alienazioni dell'enfiteusi di patto, e provvidenza. Ma le parole, *Et ipsis expectatis pro juris termino mensium duorum, secundum naturam emphyteuticam*, chiariscon chiunque, che l'enfiteusi era *semplice*, ed *ereditaria*, imperciocchè ta' parole contengono in se il caso della legge 3. C. de iure emphyteutico scritta per l'enfiteusi ereditarie, ed alienabili. Cum duxerabatur, dice Giustiniano, *utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ græco vocabulo ἐμπευκτηα dicuntur, alienare, vel ius emphyteuticum in alium transferre, an ejus expectare consensum?* Sancimus si quidem *emphyteuticum instrumentum* super hoc casu aliquas *pactiones* habeat, eas observari. Sin autem nullo modo huiusmodi *pactio interposita est*, vel forte *instrumentum emphyteuseos deperditum est*, minime licere *emphyteuta sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre*. Sed ne hac occasione accepta, domini minime concedant *emphyteutas suos accipere pretia meliorationum, quæ invenerunt, sed eos deludant*, Et ex hoc commodum *emphyteuta depercat: disponimus attestationem domino transmitti*, Et *pradicere, quantum pretium ab alio revera accipi potest*. Et si quidam dominus hoc dare *maluerit*, Et *causam prestare quantitatem, quantum ipso, revera emphyteuta ab alio recipere potest, ipsum dominum omnimoda hac comparare*. Sin autem *duorum mensium spatium fuerit emensum*, Et dominus hoc facere noluerit: LICENTIAM *emphyteuta, detur, ubi voluerit, Et sine consensu domini meliorationes suas VENDERE*. Perchè dunque l'enfiteusi era *semplice*, ed *ereditaria*, e per conseguenza di sua natura alienabile, fu stipulato il patto della dinunzia da farsi in caso di vendita al padron diretto, con doverfi quello aspettare per lo spazio di due mesi, affinchè risolvesse

se

se volea ; o nò esser preferito nella compra delle miglio-
rie. *Ex hoc enim pacto prælationis* scrive, il Cardinal de
Luca , *tamquam præsuppositivo facultatis alienandi re-*
sultare argumentum hereditariae qualitatis firmatur in specie
decisionis 642. numero 10. & 11. part. 2. recent. & deci-
sionis 29. n. 6. part. 3. Placentina emphyteusis 1. martii
1622. coram Verospio (1). E si avverta, che quì non siamo
ne' termini di *clausola* apposta nella parte *esecutiva* del con-
tratto, ma egli è questo un primo patto scritto nella par-
te *dispositiva* dell'istrumento.

Questo fu ancora lungamente spiegato coll'istesso istrumento,
nel quale, dopo d' essersi rapportati varj altri patti in se-
guela del primo che abbiám trascritto, si disse : *Ita quod*
ex nunc dicta tertia generatione durante, & non ultra, ser-
vata forma assensus apostolici, dicta territoria ut supra LO-
CATA, & CONCESSA sub dictis annuis canonibus, pactisque
præscriptis, & non aliter, ex præsentis LOCATIONIS, &
CONCESSIONIS causa transeant, & sint in utili dominio
& possessione dicti magnifici Francisci, ejusque filiorum,
nepotum, & pronepotum ad habendum, tenendum, possi-
dendum, VENDENDUM, cum onere prædicti annui CENSUS
modo quo supra, & respective ut supra requisitis prius di-
ctis Gubernatoribus, & successoribus in Ecclesia prædicta,
ipsisque expectatis pro juris termino mensium duorum, prout
de iure emphyteutico est, & requiritur. Fu data dunque
tanto a Francesco d' Amato, quanto a ciascun de' suoi
figliuoli, nipoti, e pronipoti, la facoltà di vendere, ed
alienare a norma della citata legge di Giustiniano. Ed è
questa l' enfiteusi di patto, e provvidenza, che per ef-
ferfi venduta da' figliuoli del concessionario, si vuole og-
gi da' nipoti revindicare?

Ma quì il mio contraddittore risponde, che questa *clausola ad*
habendum &c. perchè apposta alla parte *esecutiva* del con-
tratto, non dee distrugger la natura *pazionata* dell'enfiteusi.
E che, se si voglia attribuirle qualche forza, ella potrà ef-
fere operativa permettendosi l'alienazione tra le sole per-

sione comprese nella investitura, ma non mai può abilitar l'enfiteuta a vendere a persone estranee. E si vale a tal uopo di alcune decisioni della Ruota Romana rapportate dal Cardinal de Luca. Convien dunque, che or io colla magistral dottrina dello stesso Cardinal de Luca amichevolmente il tragga fuori d'inganno.

Questo dotto Porporato prese in esame un contratto di concessione in enfiteusi fatta dal Capitolo di Bologna *pro se ejusque filiis, & descendensibus masculis per lineam masculinam in infinitum cum pacto renovandi singulis 29. annis*. Il figliuolo del primo concessionario aveva alienato il fondo vendendolo ad un estraneo. Era venuto il nipote in giudizio a revindicarlo, dicendo che l'investitura era *di patto, e provvidenza*, e che la clausola *ad habendum* distrugger non doveane la natura: *In quibus consistebant actoris fundamenta*. Era dunque un caso del nostro affai più forte, e per esso si citavano quelle stesse decisioni della Ruota Romana, che per se il mio contraddittore allega. Rispose il Cardinal de Luca, che le decisioni eran vere nel caso loro, ma non applicabili alla quistione: *Dicebam*, egli scrive, *distinguendum esse inter casum controversiæ inter dominum post finitam lineam, seu generationem, prætendentem devolutionem, & extraneum, in quem absque eius assensu facta est alienatio. Et alterum casum controversiæ, inter successorem alienantis, & extraneum, in quem cum domini præsertim assensu alienatio facta esset*.

Decisiones igitur prædictæ, tam Caietana, quam Romana coram Cerro, Bichio, & Melrio, agunt de primo casu, quia nempe restricta concessione ad solos heredes sanguinis, istis iam defectis, extraneus in quem sine Ecclesiæ assensu alienatio facta erat, impugnando devolutionem, prætendebat validam alienationem ob clausulam ad habendum importantem alienandi facultatem, proindeque bene dicitur, clausulam prædictam facere quidem ejus operationem, absque tamen concessionis alteratione, ne induci dicatur contradictio, seu substantia correctio, & sic eam intelligendam esse de licita alienatione etiam in extraneos absque incurso caducitatis, durante tamen investitura, nisi in hac expressa prohibi-

bitio alienationis contineretur, quia tunc ad excludendum pariter dictum inconueniens contradictionis, seu subitanæ correctionis, neque dictus effectus resultat, sed solum alter alienabilitatis inter comprehensos in investitura, quamvis remotiores, & absque necessitate seruandi inter eos ordinem successionis alias de iure observandum, ita ut clausula prædicta sit in aliquo operativa, nec omnino fatua remaneat, & in his terminis procedunt auctoritates prædictæ, cum ad repugnantiam evitandam capi debeat ille intellectus, per quem compatibilitas, seu conciliatio inducatur.

Aut agitur de controversia inter successores agnatos, & cum in quem facta est alienatio, ita ut dominus directus non sit in causa, vel quia pro suo iure beneplacitum præstiterit, vel quia durante adhuc investitura nil sua intersit, bona penes unum, vel alterum existere: Et tunc licet formula pacti & providentiæ importet necessariam successionem heredum sanguinis iuxta ordinem proximitatis, & successive prohibitionem alienationis in extraneos, attamen ubi concurrunt dictæ clausulæ, neque appareat illas ad solum primum acquirentem iuxta dispositionem iuris restrictas esse, tunc cum incompatibilitas cesserit, clausulæ faciunt suam operationem, atq. emphyteusis remanet alienabilis. Et ne forma pacti & providentiæ omnino inutilis, & otiosa dicatur illa remanet operativa, quatenus nempe dispositum expresse non fuerit, ad effectum, ut sub generica dispositione, vel in successione ab intestato ad cognatorum forte, vel aliorum favorem delata non veniat.

Qualora dunque la quistione si agita tra l'estraneo possessore, e l'agnato del primo enfiteuta, quantunque la concessione abbia una forma di patto, e provvidenza, pur tuttavolta la clausola *ad habendum* rende l'enfiteusi alienabile, e la chiamata de' figli si restringe soltanto a fargli ottener l'enfiteusi, quatenus expresse dispositum de ea non fuerit dal padre, che abbia fatto in favor d'altri la sua general disposizione. Ma nel caso nostro non vi è bisogno di ricorrere a tanto, perchè dopo la clausola *ad habendum* si vede chiaramente accordato a ciascuna generazione la facoltà di vendere col consenso del padron diretto: cosicchè non resta

dubbio, che l'espressione di figli, nipoti, e pronipoti lungi dal contener patto, e provvidenza, altro non importi, che sola designazion di tempo.

Il S. consiglio con infinite sue decisioni avvegnachè i contratti portasser la forma *pro se, filiis, nepotibus, & pronepotibus*, ha sempre assoluto i terzi possessori dall' azione di revindica promossa da' discendenti del primo concessionario, interpretando questa forma come designatrice soltanto della durata del contratto. In una concessione in enfiteusi fatta dal beneficiato del Ss. Salvatore di Nola ad un tal Domenico Auriemma erasi detto: *Pro se, suisque filiis, nepotibus, & pronepotibus recta linea masculina tantum descendentibus, tertia ejus generatione durante*. Il fondo sì fattamente concesso, erasi da' figliuoli del primo concessionario alienato alla famiglia Cardillo. Or essendo venuti i nipoti ad istituir la revindica sull' appoggio d'esser l'enfiteusi di patto, e provvidenza, fu dal S. Consiglio così deciso nel dì 14. aprile 1784. *Per hanc nostram regiam definitivam sententiam dicimus etc. Mariam Rosam & sorores de Cardillo absolvendas esse ab impetitis per Vincentium, & Aloysium fratres de Auriemma &c. Ubi enim in concessione emphyteutica ecclesiastica adsunt CLAUSULÆ AD HABENDUM, POSIDENDUM, VENDENDUM &c. tunc quamvis concessio sit facta pro filiis, nepotibus, & pronepotibus est censenda SIMPLICITER HEREDITARIA, ET LIBERÆ DISPOSITIONIS AD QUOSCUMQUE PROINDE QUAMVIS EXTRANEOS ALIENABILIS, ET TRANSITORIA; quia licet regularis natura emphyteusis ecclesiasticæ sit intelligenda pro solis heredibus sanguinis, non tamen implicat ex verbis, vel clausulis diversam partium voluntatem ostendentibus, eam esse hereditariam, ut ex communi doctorum sententia, & speciatim Cardinalis de Luca tom. IV. de emphyteusi disc. 35. n. 4. & 5.* Ed in grado di reclamazione fu questa istessa sentenza di bel nuovo confermata nel dì 27. luglio 1793: (1).

Così del pari i Padri conventuali del monastero di Nola
avea-

aveano nell' anno 1699. conceduto in enfiteusi un fondo del lor monistero ad un tal Filippo Notaro pro se , suisque filiis , nepotibus , & pronepotibus recta ex linea descendentibus , tertia ejus generatione durante . I figliuoli del primo concessionario avean vendute le migliorazioni di quel fondo ad un tal Giuseppe Marotta , dalle mani del quale revindicar le voleano i nipoti del mentovato primo enfiteuta . La G. C. decise in lor favore , e fu dal S. C. la sua decisione confermata in grado di appellazione . Ma prodotte le nullità da' terzi possessori il S. C. con piena cognizion di causa decise nel dì 21. gennajo 1786. ne' seguenti termini (1). *Per banc nostram definitivam sententiam dicimus , sententiamus , decernimus , & declaramus , Nullitates predictas obstare ; ac proinde Conventi absolvantur ab imperitis , & restituatur depositum . Neutram partem in expensis . . . S. C. mature perpenso toto instrumento , quo Patres monasterii , sub titulo s. Francisci de Assisio Minorum Conventualium civitatis Nolæ anno 1699. fundum in emphyteusim dederant Philippo Notaro pro se , suisque descendentibus , per tres generationum gradus , filiis nempe , nepotibus , & pronepotibus , rem indubiam agnovit nominatos descendentes Philippi non ita fuisse designatos , ut unusquisque eorum tamquam absolute ex pacto , & providentia concedentium , & ab iis ex propria persona vocatus habendus esset : & ut nemo ex his concessionariis meliorationes vendere , & utile dominium , in alium per cessionem transferre quivisset : SED TANTUM AD INDICANDUM TEMPUS QUOUSQUE EA EMPHYTEUSIS PERDURATURA ESSET : & hoc duplici argumento , ex apertissimis verbis ejusdem instrumenti concessionis manante , uno nempe , quod durantibus dictis tribus generationibus expresse data fuit vendendi potestas , addito tantum , quod venditio fieret requisitis Patribus dominis directis , eorumque accedente consensu : Altero , quo pactum fuit , quod si venditio ulla fieret , irrequisitis Patribus predictis , continuo resoluta omnino emphyteusi , fundus ad Patres devolveretur . Ideo cum filii nominati Philippi meliorationes vendidissent*

B 4

an

anno 1723. quond. Jofepbo Marotta, eique dominium utile
 ceffiffent: & cum venditioni, & ceffioni prædicta præci-
 pius Patrum accessiffet assensus, nullum jus, nullaque
 actio competere poterat nepotibus nominari Philippi ad ever-
 tendam venditionem, ceffionemque prædictam, & ad vindic-
 andum fundum rite, recteque translatum in personam præ-
 dicti de Marotta, ejusque successorum: tum quia hoc pacto
 ea emphyteusis inter Patres, & Philippum Notaro condita
 patebat, quod omnino servandum est, legibus pro officio
 Iudicis ita passim præcipientibus: tum etiam quia communi
 Doctorum sententia, & præsertim ex Cardinali de Luca in
 propria materia emphyteusis Ecclesiastica ad tertiam genera-
 tionem concessæ Tom. IV. de emphyt. Discut. 35. n. 4.; &
 5., aliorumque ab eo relatorum, ea vis est clausulæ AD HA-
 BENDUM, POSSIDENDUM, VENDENDUM &c. ut emphyteu-
 sis hereditaria alienabilis, & transitoria censenda sit: quam
 sententiam sequutum est in iudicio S. C., uti videre est
 præ ceteris in causa inter fratres de Auremma, & sorores
 de Cardillo, in Banca Actorum Magi: Quaranta, penes
 Scribam Sigismondo. Jure igitur merito S. C. prorsus abro-
 gata præcedenti sententia, qua perperam ad relaxandum
 fundum in actis deductum fuerunt condemnati fratres de
 Marotta, pro hisce pronunciandum censuit &c.

Nella stessa diocesi di Nola il conservatorio delle vergini
 del Tempio nell'anno 1699. concesse a Mattia Castaldo un
 potere in enfiteusi pro se, suisque filiis, nepotibus, & pronepoti-
 bus recta linea descendantibus, tertia eorum generatione durante.
 Vennero i pronipoti dell'enfiteuta in giudizio, e chiesero nel
 S. C. di revindicare il fondo dalle mani di un tal Mon-
 tesorte, a' cui per alienazione fattane da' nipoti era il fon-
 do passato. Sentasi la sentenza del Consiglio profferita a'
 2. settembre 1786. Per hanc nostram regiam definitivam
 sententiam decernimus &c. Magnificum Michaellem Montefor-
 te absolvendum esse ab imperitis per viduam Rosam Tonto
 matrem & nutricem Jacobi Castaldo &c. = Jure quidem
 merito per S. R. C. ita fuit decretum. In concessione enim
 in emphyteusim facta a venerabili Templo Virginum Civi-
 tatis Nolanae Marthia Castaldo seniori usque ad tertiam ejus

generationem non fuit uerita alienatio territorii in emphyteu-
sim concessa; IMO POTIUS EXPRESSE PERMISSA, DUMMO-
DO PRÆCEDERET DENUNTIATIO DOMINO DIRECTO ET
SEQUERETUR EJUS APPROBATIO, quia facta quidem ac-
cessit in alienatione facta a Patre recurrentis, qui erat in
secunda generatione, quoniam a novo emphyteuta Michele
Monteforte annuos canones per plures annos, absque ulla pro-
testatione recepit, ac proinde nullum jus, nullamque actionem
competere poterat Jacobo Castaldo alienantis filio, pro reivin-
dicando territorio a patre vendito l. 1, C. de pactis. D. de pa-
ctis; C. arg. legis. 14. C. de contrab. emptione; C. vendi-
tione. (1)

Non diversamente nell'anno 1686 la chiesa di A. G. P. di
Marigliano in diocesi di Nola concedette a Domenico Por-
ciello un suo podere in enfiteusi pro se, suisque filiis, ne-
potibus, C. pronepotibus usque ad tertiam generationem ip-
sus Dominici. Il terreno fu venduto ad Enrico di Siena
dal figliuolo del primo enfiteuta: quindi fu che il nipote
istituì un giudizio di revindica nella G. C. della Vicaria,
dalla quale fu condannato il possessore a rilasciare il fon-
do. Ma prodottane l'appellazione in S. C. fu nel dì 17.
settembre 1793. deciso: *Præsenti nostra definitiva senten-
tia dicimus, C. declaramus bene fuisse appellatum pro parte
D. Enrici de Siena, C. male judicatum per nostram magnam
Curiam Vicaria, ac proinde idem D. Enricus de Siena ab-
solvatur ab impetitis pro parte heredum quondam Dominici
Porciello* (2).

Ed in una recente concessione fatta dal monastero del Car-
mine maggiore di questa città nell'anno 1724. in benefi-
zio di Tommaso d'Avino, si leggeva *usque ad ejus tertiam
generationem, tam masculinam, quam femininam inclusive,
C. non ultra*. Or essendo surta tra' discendenti del conces-
sionario, e 'l terzo possessore simile controversia per la re-
vindica del fondo, il S. C. uniformemente alle sue prece-

B 5

den-

(1) Fol. 191. Il Poreto è in Banca di Girolamo di (1)

(2) Fol. 188.

condanna con

(2) L. 38. D. de legib. C. 2. annu.

dentì decisioni nel dì 7. luglio 1793. decisò: *Conventus pro causa ex actis pro parte ferorum Ursulae & Mariae Tibesiae d'Alvina absolvantur ab imperiis* (1). Nè debbo tralasciare, che in altra simil. quistione agitata tra D. Gaspare Lionelli, e D. Vincenzio Longhi, il S. Consiglio a relazione del Marchese di Villarosa decisò per la libertà dell'entendi, nei termini di una concessione *tam pro se, quam pro filijs, & descendens tantum, tam masculini, quam feminini sexus in infinitum legitimis, & naturalibus ordine successore*.

Da queste tante decisioni nasce quel diritto, che dicesi *maribus constitutum*, dal quale non è permesso al giudice discostarsi. Imperciocchè dice il giureconsulto Callistrato (2): *Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae in legibus proficiscentur, consuetudinem, AUT RERUM PERPETUO SIMILITER JUDICATARUM AUCTORITATEM vim legis obtinere debere*. Il Consiglio adunque da' tempi dell'Afflitti fino a' giorni nostri, ha sempre uniformemente decisò per la libertà dell'entendi ecclesiastiche, e ben' a ragione sperano i miei clientoli, che voglia questa volta ancora ritornare nel suo sistema.

CA-

B 2

den-

(1) Il Processo è in Banca di Graziano & Scrivano Pietro Albano.

(2) L. 38. D. de legib. & Senatus.

C A P O III.

Quantunque il contratto avesse una vera forma di patto, e provvidenza non è più da riputarsi tale, dopochè la consuetudine della Diocesi Nolana ha renduto alienabili siffatti beni, e liberi in ogni genere di commercio.

IL dotto Cardinal de Luca scrive, che la clausola *ad habendum &c.* apposta all' enfiteusi conceduta *pro se, & filiis* rende l' enfiteusi ereditaria, specialmente ne' luoghi, ne' quali *consuetudo induxit in possessoribus facultatem alienandi ad instar allodialium, praesertim per contractus inter vivos* (1).

Or tanto è avvenuto nella diocesi di Nola, dove i beni siffattamente conceduti sono stati sempre in una piena libertà di commercio. A dimostrar questa consuetudine si è esibita la platea della stessa chiesa di s. Gio: Battista, dalla quale apparisce, che tutti i fondi da quella chiesa conceduti a terza generazione, si sono tutti alienati dagli enfiteuti col consenso della chiesa, ed han fatto una infinità di passaggi per le mani de' terzi possessori (2). E tra gli altri beni venduti vi sono ancora i fondi detti *Starza*, e *Nunziarella* conceduti a Francesco d' Amato, de' quali il primo ora si possiede dopo due passaggi dagli eredi di Giuseppe Barbella, ed il secondo da Saverio Autiello. Lo stesso si è dimostrato ancora esser avvenuto de' beni enfiteutici della chiesa de' RR. PP. Agostiniani Scalzi (3). E questo finalmente dimostrano le decisioni del Consiglio da noi rapportate, le quali si sono interposte per fondi ecclesiastici della Diocesi di Nola.

B 6

Or

(1) Disc. 35. de empbyt. n. 6.

(2) Fol. 169. ad 174.

(3) Fol. 175., 176.

Or io ricordo a tal proposito al S. C., che il Giureconsulto Ulpiano scrisse: *Cum de consuetudine civitatis, vel provincia confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, AN ETIAM CONTRADICTO ALIQUANDO IUDICIO CONSUETUDO FIRMATA SIT.* La consuetudine è un fatto, e questo l'ho io dimostrato colle tante alienazioni seguite nel tempo, che erano ancora esistenti le generazioni chiamate nell'investiture: ed ho dimostrato altresì, che siffatta consuetudine, secondo il prescritto della legge, è stata confermata in giudizi contraddetti mercè le giudicature dal S. Consiglio interposte per enfiteusi chiesastiche della Diocesi Nolana. E guai a tutti gli abitanti di quel paese, se il contrario sistema si adottasse dal S. Consiglio: perciocchè sarebbe lo stesso, che turbare la quiete di una provincia intera, e metter nell'incertezza la proprietà di que' possessori, i fondi de' quali per la maggior parte sono enfiteutici, conceduti la prima volta dalle chiese colla forma *pro se, filiis, nepotibus, & pronepotibus.*

C A P O I V.

*La legge di allodialità pubblicata dal Re in
agosto dell' anno 1771. ha dichiarato,
di doversi riputare ereditarie,
ed alienabili tutte l' enfiteusi
chiesastiche
del regno.*

Non han però di che temere gli abitatori della Diocesi Nolana, del pari che tutti gli altri sudditi del nostro amabilissimo Sovrano: imperciocchè la legge di proibita ammortizzazione pubblicata a' 17. agosto 1771. per l'enfiteusi ecclesiastiche, non solamente impedì la riverzione de' beni alle chiese dopo terminate le linee de' concessionarj; ma accordò ancora agli enfiteuti la facoltà di alienare, quantunque finite non fossero le linee contemplate. E render-

te

te così ereditarie semplici tutte l'enfiteusi chiesastiche del Regno, qualunque fosse la forma della lor concessione. Le parole della nostra legislazione son chiare: *E' venuto il Re coerentemente alle leggi del Regno, ed agli ordini reali in dichiarare* SUGLI ESEMPI DI ALTRI STATI CATTOLICI, E DELLO STATO PONTIFICIO, *e per modo di dichiarazione spiegare, onde si comprenda anche il passato, che li beni conceduti in enfiteusi de' sudetti luoghi pii si considerino come allodiali del concessionario in ogni genere di commercio sotto il peso dell' annuo canone; che l' antico canone non si possa immutare; CHE FINITE, O NON FINITE LE LINEE POSSONO I BENI SUDETTI ALIENARSI DAGLI ENFITEUTI.*

L'espression della legge è così chiara, che non esige un commento per dimostrare, che siesi esclusa l'amortizzazione di tali beni, anche nelle famiglie dell'enfiteuti durante le linee contemplate. Imperciocchè sta nettamente detto, *che si considerino allodiali del concessionario in ogni genere di commercio, e che finite, o non finite le linee possono i beni sudetti alienarsi dagli enfiteuti.* Ma poichè l'infama voglia di piatire nel foro vorrebbe dare a questa legge chiara, e non dubbiosa, una interpretazion disadatta, e mal fondata, convien che io mi fermi all'esame della intelligenza, che il mio contraddittore dar vuole a questa provvidentissima legge del nostro Sovrano. Egli sostiene, che essendo stato unico, e solo oggetto del Re impedire i nuovi acquisti de' luoghi pii, e non già distruggere i contratti, che riguardavano gl'interessi delle persone laiche, non possano i miei clienti di quella legge valersi, per dimostrare, che tutte l'enfiteusi del Regno sien divenute ereditarie semplici, ed alienabili.

La dimostrazione non però del mio assunto è facile, ed è naturale. Il Re fece una tal legge sugli esempj di *altri Stati Cattolici, e dello stesso Pontificio.* Ma negli altri Stati Cattolici, e nello Stato Pontificio l'enfiteusi ecclesiastiche, ancorchè abbiano forma di patto, e provvidenza, non solamente non si devolvono finite le linee, ma durando ancora le linee contemplate, si alienano, senza che gli ulteriori chiamati abbian diritto di dolersene.

Dun-

Dunque non può rinvocarsi in dubbio, che del pari la nostra legge municipale abbia permesso l'alienazione durante ancora le linee nell'investitura comprese.

Da scrittori chiefastici, e specialmente dal Cardinal de Luca sappiamo, che la forma delle concessioni in enfiteusi praticata dalla Cattedrale di Fuligno sia, *pro se, & ejusque tantum filiis, & descendensibus ad tertiam generationem*. Non credo che il mio contraddittore possa immaginarsi una forma più stretta, per dirla a sentimento suo di patto, e provvidenza. Eppure dal de Luca sappiamo, che durando ancora la terza generazione *hujusmodi bona ad instar allodialium, & indifferentium sunt inter cives, & incolas in commercio, cum contractibus correlativeis, sub obligatione tamen, ac necessitate obtinendi assensum vel renovationem respective, mediante solutione cujusdam Laudemii, seu recognitionis, in qua major Ecclesie utilitas consistit, ut in prefatis, & aliis similibus Ecclesiis contingit*. (1)

Le concessioni praticate dalle chiese del ducato di Ferrara sono egualmente pazzionate, ma ciò non ostante per la costituzione di Bonifacio IX. i beni si reputano allodiali. *Quæ quidem allodialitas, scrive la Ruota Romana, operatur, ut bona prædicta censeantur mere hereditaria, & libera, de quibus emphyteuta ad favorem cujusvis extraneæ personæ libere valet disponere, nedum IN PRÆJUDICIUM PROXIMIORUM, SED ETIAM ULTERIORIS COMPREHENDI IN INVESTITURA* (2).

Gli abitanti dell'abbazia di Farfa composta di 27. paesi non avean altri beni, che fondi ad essi dall'abbate conceduti in enfiteusi colla forma *pro te filiis &c. usque ad tertiam generationem*. L'abbate sostenendo, di esser concessioni di patto, e provvidenza, nella deficienza della terza generazione ammenzava i fondi, e rendeva inutili tutte le ipote-

(1) De Luca disc. 1. de emphyt.

(2) Gozzadin. cap. 86. sub num. 24. vers. Præterea dato. Cardin. de Luca de emphyteusi disc. 8. n. 4. Rota decis. 87. n. 13. cum Buratt. decis. 192. n. 7. coram Celso, & decis. 521. num. 9. & seq. part. 19. tam. 2. recent.

tebbe da' creditori su questi fondi acquistate. Questo impe-
diva per sé fatto in modo di commercio, in che tutte le co-
munità di quel ristretto ricorsero al Pontefice, Clemente
VII. nell'anno 1658. Fu da questo formata una partico-
lar congregazione di Prelati, nella quale il Cardinal de
Luca sostenne la difesa di quelle università. Pretese quel
valentuomo, che ad oggetto di non incepparsi il commer-
cio (si fosse deciso), che dopo terminate le tre generazioni
non (si) dovessero i beni all'abbazia devolvere. E che
quantunque la forma delle concessioni potesse riputarsi di
patto di provvidenza, pur tuttavia per sicurezza de' cre-
ditori, e per una maggior libertà di commercio, si doves-
sero i beni riputare allodiali, ed ereditarij. La congrega-
zione stabilì quanto quel giureconsulto pretese, ed il suo
stabilimento fu da Clemente VII. approvato con un moto
proprio (1). *Ideque, dice il de Luca, cum magno, satis-
que probabili rationis fundamento, quia cum maior pars bo-
norum in regione existentium hujusmodi qualitatē esse solet,
hinc proinde nimis commercii libertati praedictum remane-
ret nisi hereditariam qualitatē, ad alienandā libertatem pos-
seffores haberent* (2).

Lo stesso Pontefice, con altro moto proprio fece la stessa di-
chiarazione per i beni enfiteutici delle chiese della città
di Castello nell'istesso anno 1658. E quantunque le inve-
stiture fossero *pro se filiis, & nepotibus masculis, & in
istorum defectum pro una filia, vel nepote*, o pur tutta volta
per la libertà del commercio non solo obbligò le chiese a
riconcedere dopo finite le linee, ma accordò a ciascuna ge-
nerazione la facoltà di alienare, e contrarvi debiti *ratione
scilicet commercii, quod aliis, quodammodo interdictum re-
maneret* (3).

Le chiese dello stato di Urbino praticavan la solita forma
di concessione in enfiteusi *usque ad tertiam generationem*,
ma per concordia passata tra il Comune di Urbino, e il
Vescovo col Clero, ed anche in forza di un moto proprio

(1) De Luca de emphyt. disc. 8.

(2) De Luca emphyt. disc. 3. n. 23. in fin.

(3) De Luca de emphyt. disc. 9. n. 10. (1)

conceduto da Urbano VIII. non solamente s'impedì la devoluzione di siffatti beni obbligando le chiese a rinnovar le concessioni, ma furono dichiarati allodiali, *itaque non tam plus pacti & providentiae, sed mere hereditaria censenda essent, proindeque bona redacta ad instar allodialium effecta sunt liberae dispositionis, eadem modo, quo ex satis rationali quinimo necessario commercii motivo, et a consuetudine introductum est in Abbazia Farfensi, & in Episcopatu Mantuano, & per Bonifacianam din. Lombardia (1).* non L' allodialità dunque praticata, è ricevuta negli altri stati cattolici, e nello stesso stato Pontificio ha sempre avuto due oggetti. Uno è stato quello d' impedire la devoluzione de' beni enfiteutici alle chiese, e l' altro di accordare a' possessori contro all' espressa forma di patto, e provvidenza, la facoltà di alienare, per mettere i beni in libero commercio, vietando nelle particolari famiglie quella (amortizzazione, che nasceva dalla forma pazonata delle concessioni. Or se il nostro amabilissimo Sovrano ha dichiarato, ch' egli volea ne' suoi stati osservato quello che negli altri stati cattolici, e nel pontificio si praticava, ed ha espressamente detto, che siffatti beni *si considerano allodiali del concessionario IN OGNI GENERE DI COMMERCIO, E CHE FINITE, O NON FINITE LE LINEE POSSANO ALIENARSI DALL' ENFITEUTI* sembra che il sostenere, di non esser divenuti ereditarij, ed alienabili tutti i beni enfiteutici delle chiese del Regno, sia cosa non più convenevole all' istorico, ed al giureconsulto. E perciò sia qualunque d' indole del contratto, che io ho esaminato, sia locazione, sia enfiteusi, e questa si dica per quanto si voglia di patto, e provvidenza, non abbia pur forza la consuetudine della diocesi Nolana; i miei clientoli son sempre difesi da una legge vegliante del Regno, la quale non può esser distrutta per qualunque contraria giudicatura. Ed a serbar indenne una tal legge ha ordinato il Re, che il Consiglio non pubblichi il decreto, che sarà per fare in questa causa, ma ne faccia relazione, per attender le ulteriori sue sovrane deliberazioni.

CA-

(1) De Luca. disc. 19. de' emphyt. n. 4.

C A P O V.

Gli attori debbono essere rimossi dal giudizio di revindica, perchè come eredi di Giuseppe lor padre son tenuti all'evizione.

IO debbo rilevare un fatto, che sicuramente dovette sfuggire al S. C. allorchè interpose la sua prima sentenza. Nè ciò recar dee maraviglia, imperciocchè al dir del giureconsulto Nerazio: *Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit* (1). I fratelli Giulio, e Domizio d'Amato, che hanno istituito il giudizio di revindica son figliuoli di Giuseppe d'Amato, ed eredi universali dello stesso senza il beneficio dell'inventario. Egli è questo un fatto indubitato dimostrato coll'espressa accettazion del testamento paterno, e con una infinità d'istrumenti, ne quali distraendo la roba ereditaria hanno essi stessi confessato d'esser eredi di Giuseppe lor padre (2). Or veggiamo cosa fece Giuseppe, per esaminare se sien costoro tenuti a prestare il fatto del defunto. Si senta l'istrumento di vendita: *Ed a maggior cautela di detto compratore, detto Reverendo D. Stefano* (era questi il procuratore speciale di Carlo, e Giuseppe d'Amato) *in nome e parte di detti magnifici Carlo, e Giuseppe d'Amato, e come loro procuratore specialmente destinato per tale effetto ha rinunziato, e rinunzia a qualsivisia ragione, e azione, che ora, ed in qualsivisia tempo potessero spettare, e competere a detti suoi principai, LORO EREDI E SUCCESSORI sopra il detto territorio, siccome da ora in detto nome da il consenso alla vendita suddetta.* Giuseppe d'Amato dunque non solo rinunciò al diritto suo dando il consenso alla vendita, ma rinunciò ancora al diritto, che i suoi eredi avrebber potuto avere *ex propria persona* su quel

(1) L. 2. D. de iuris & facti ignor.

(2) Fcl. 112. 120. 121. 122. 123.

(3) L. 67. §. 8. D. de leg. 2. L. 25. C. de fideicomm.

quel territorio . Egli così facendo, durante la sua vita distraeva la cosa propria sua . Ma dopo la sua morte venne a distrarre ancora la cosa propria degli eredi , il che per legge è permesso (1) . Nè possono costoro contro al fatto del defunto istituir l'azion di revindica , ancorchè tal'azione in essi nascesse per diritto particolare loro , e non ereditario . Imperciocchè ritenendosi come la stessa persona del defunto , siccome è vietato ad ognuno di venir contro al fatto proprio , così non si permette all'erede d'impugnare il fatto del defunto . Samuele Strichio nella sua tanto rinomata dissertazione, *De facto defuncti ab herede non praestando*, scrive : *Ratio in illa personae unitate consistit, quia, uti nemo potest impugnare factum proprium L. post mortem 25. ff. de adop. ita quoque nec heres factum defuncti, quia hoc in effectu juris factum heredis proprium censetur.*

Questa trita massima legale è appoggiata a' seguenti luoghi del jus civile . *Cum a matre domum filii, te sciente comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. QUOD SI VENDITRICIS OBTINET HEREDITATEM, DOLI MALI EXCEPTIONE, PRO QUA PORTIONE AD EUM HEREDITAS PERTINET, UTI NON PROHIBERIS* (2) .

Si ab eo, cujus servus fuisti, manumissus es: frustra libertatis controversiam sustines, maxime ab erede ejus, qui te manumisit: cum etsi jure libertas non processerit, RESPECTU TAMEN ADITAE HEREDITATIS VOLUNTATEM DEFUNCTI SUO CONSENSU FIRMARE DEBUI (3) .

Si patri tuo heres non exististi, ex facta ab eo liberalitate titulo donationis non posse iura tua ledi, manifestissimi iuris est (4) .

Successores ejus, qui major vigintiquinque annis in solutum pro debito jure mancipia dedit, haec revocare non posse constat (5) .

Fi.

(1) L. 14. C. de Reiv.

(2) L. 7. C. de liberali causa.

(3) L. 24. C. de donat.

(4) L. 10. C. de solut.

Filium ob hoc , QUOD PATRI HERES EXTITIT , prohiberi a patre suum servum manumissum in servitutem petere (1).

Ex qua persona quis lucrum capit , ejus factum prestare debet (2).

La sola eccezione , che questa regola soffre , si è quando il contratto da principio fosse espressamente resistito dal diritto , e dichiarato nullo *ipso iure*. Allora perchè allo stesso defunto sarebbe permesso d'impugnarlo , parimenti non dee esser negato all'erede , che venisse a sperimentare un suo diritto particolare . Ma ciò non può dirsi nel caso nostro . Quelchè dal mio valente contraddittore si è impreso , si è , che le parole usate nel costituito del contratto , *pro se , filiis , nepotibus , & pronepotibus* abbiano per provvidenza del primo concessionario indotto un fedecommeso familiare sui fondi ricevuti . Lo sia pure . Uno de' fedecommesarj , dunque , qual si era Giuseppe d'Amato , ha distratto il fedecommeso . Possono i figli , a' quali avrebbe egli dovuto lasciare il fondo dopo la sua morte , essendo eredi del padre revindicarlo per diritto alle proprie loro persone inerente ? Risponda per me il dotto Nicola Burgundio , che nell' opera sua *de Evictionibus* ha tutta la materia esaurita (3).

Si tamen a regulis juris declinare nolumus , ingenue confitendum est , petentem heredem submoveri posse per exceptionem doli mali . Nam si fideicommissum sub conditione , vel incerta die relictum fuerit , certum est , & plusquam certum , revocabiliter valet alienatio , l. ult. §. sed quia C. Comm. de legat. 3. Si vero pure , vel post certum tempus , alienatio quidem nulla est : sed tamen non est absolute nulla , sed tantum respectively nulla ; hoc est , favore tertiae personae , videlicet contemplatione & intuitu eorum , qui invitati sunt ad fideicommissum . Phan. de inventar. hered. p. 7. n. 149. Nam si illi , qui ad fideicommissum aspirare poterant , vel defecerint , vel consenserint in alienationem , distractio valet , l. Qui solidum 78. §. praedium , l. Cum pater 77. D. de legat. 2. l. Quoties & ibi doct. C. de fideicomm. Glos. & D. ad

(1) L. 31. D. de liber. caus.

(2) L. 149. d. de Reg. Juris.

(3) Burgundius de evictionib. cap. CV.

ad l. *Peto* 69. §. *fratre* D. de leg. 2. Boer. decis. 12. n. 4. Et proinde quantum ad alienantem attinet alienatio gener, Bart. ad l. *post mortem* D. de adopt. Castren. consil. 451. Ruin. consil. 203. n. 1. lib. 2. Menoch. cons. 89. n. 84. Vant. de nullitat. tit. quoties & intra quod tempus n. 52. Phanuc. d. p. 7. n. 140. & nos supra cap. xlviii. Et si impugnare eam tentaveris, repelletur per exceptionem doli mali: quia contra factum suum controversiam movere non potest, l. *Post mortem* 25. D. de adopt. Castren. d. cons. 451. item supra cap. cx.

Consequenter ergo si filius fideicommissum proprio jure evellere conetur, repelletur per eandem exceptionem, l. *creditoribus* C. de servo pign. dat. manumiss. Roman. consil. 7. v. 3. lib. 1. Fulgos. consil. 67. Ruin. consil. 25. n. 11. lib. 5. Paris. consil. 34. in fine lib. 1. Socin. jun. consil. 107. num. 11. lib. 2. Menoch. consil. 87. n. 99. & late consil. 89. Tiraq. de retract. gent. §. 1. Glos. 9. n. 50. Phanuc. d. p. 7. n. 140. Quia obstrictus est ad evictionem, l. *Vindicantem* D. hoc tit. l. *Cum a matre* Cod. de rei vind. factumque patris prestare debet, l. *Ex qua persona* D. de reg. jur. hoc est habere licere, etiamsi persona ejus nominatim non sit comprehensa in stipulatione: quoniam factum defuncti censetur esse factum heredem, l. *In omnibus* D. de reg. iur. Qui adeundo hereditatem, voluntatem defuncti consensu suo confirmare videtur, l. *si ab eo* C. de lib. caus. & ad omnia se obligare, quæ defunctus prestare debuerat, §. *heres quoque* Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. l. *Apud Iulianum* in fine D. *Ex quib. caus. in possess. ear.* l. *Si quis absentis* §. *heres* Doct. de oblig. & act. in cuius ipse locum successit, personamque eius succedendo repræsentavit. Cum igitur obligatio illa radices egerit in persona defuncti l. *Filium* 31. D. de liber. caus. procul dubio in filium descendit, & ex persona propria venienti obstat exceptio doli mali. Sed quid opus tot suffragiis? Disertis id verbis tradit Marcianus l. C. in l. *Filius familias* 14. §. *cum pater* & ibi Doct. D. de legat. 1. Cujus hæc est facti species: Fundus erat filio relictus ea lege, ne alienaret, & in familia relinqueret. Idem filius fundum distraxit & ex tribus liberis unum instituit, duos

duos exheredavit. Marcianus ait, exheredatos petere fideicommissum. Sed cur non etiam institutus? quia ille factum patris præstare tenetur. Quid clarius dici possit non video. Et ideo miror plerumque tendere in contrarium contra manifestam iuris & æquitatis rationem. Nam quod dicunt, filium posse venire contra factum defuncti ipso iure invalidum: demus ita esse. Sed hoc factum non est tale. Quomodo potest esse invalidum ipso iure? cum in emptorem ipso iure dominium transeat? cum a nemine retractari possit pendente conditione? Quamvis autem conditione existente fideicommissarius possit revocare dominium, si tamen venditori succederit, repelli potest per exceptionem, non aliter quam defunctus, si conaretur ipse evincere. Quod autem addunt, filium posse venire contra factum defuncti, quod tendit ad fraudandum eum beneficio legis, hoc tum demum sic recte dicitur, quoties filius id quod alienatum est, aliter consequi non potest, quam amplectendo hereditatem patris, uti ostendimus supra cap. 103. Sed si hereditatem omittendo impugnare possit factum patris, eandem adeundo, reddis se exceptioni obnoxium, late Menoch. d. conf. 85.

Ma vi è di più ancora, Giuseppe d'Amato non solamente prestò il consenso alla vendita per se, e per i suoi eredi, ma contrasse per se, e per i suoi eredi la stipulazione *emptori habere licere*, e si obbligò a prestar l'evizione in qualunque futuro tempo avvenisse la revindica, secondochè dall'istrumento appare. Or per quanto riguarda la stipulazione *habere licere*, Ulpiano scrive. *Stipulatio ista HABERE LICERE SPONDES? hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quominus nobis habere liceat: quæ res facit, ut videatur rem promississe, per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promississe: nemo autem alienam factum promittendo obligatur, & ita utimur; sed se obligat, NE IPSE FACIAT quominus habere liceat, obligatur etiam NE HERES SUUS FACIAT, vel quæ ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat.* Siamo appunto nel caso: Avevdo Giuseppe d'Amato promesso al compratore, ed a' suoi eredi *habere licere* il fondo comprato, ed estendendosi questa ob.

obbligazione contro a' suoi eredi, e successori, è chiaro, che questi non possono contro all'obbligo assunto dal defunto pruomuoverti la revindica, e toglier la roba al compratore. Per quanto poi riguarda l'evizione da quello promessa, forma essa l'ultimo insuperabile ostacolo contro agli attori eredi suoi. Costoro, qualora si toglie a' compratori il fondo, son tenuti all'evizion promessa dal padre loro, ed in tal caso la massima legale si è, *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*: ed in conseguenza opponendo i possessori l'eccezion del dolo malo, gli attori debbonfi dal giudizio allontanare. Samuele Strykio nella mentovata dissertazione scrisse (1): *Absurdum vero esset, rem vindicare velle de qua teneor ad evictionem, post hanc enim contra me ipsum regressum institueret emptor; dolo itaque agit, qui petit rem, quam postea restitutus est, dicitur in L. 8. D. de except. doli mali. Dominus Brunnem: ad L. 11. C. de evict. Igitur quem d'evictione tenet actio, illum multo magis repellit exceptio. L. 17. D. de evict. Imo plane dici non poterit, hoc casu heredem posse nisi jure proprio propterea, quod de evictione sit obligatus, evictio enim oritur ex contractu, contractum vero servare tenetur, non ex propria, sed ex defuncti persona ex l. 13. C. de contrab. stip. Et si tandem concedamus, illum jure proprio posse rem vindicare, sed actione empti ad præstandam evictionem emptori obligari, de subtilitatibus saltem juris essemus solliciti, & in effectu nil lucri exinde haberet, cum de evictione emptori debeat respondere.*

Per tuttociò è chiaro, che o si riguardi il consenso da Giuseppe d'Amato dato alla vendita, rinunciando ad ogni ragione sua, e degli eredi suoi, o si attenda la difesa promessa al compratore colla stipolazione *habere licere*, o finalmente si ha riguardo all'evizion da esso dovuta, son sempre gli eredi suoi impediti a promuovere il giudizio di revindica, ancorchè la spettanza in essi non nasca da qualità ereditaria. Questa massima è ricevutissima nel foro, e

(1) Cap. 11. n. 77. 78. 79.

ne'precisi termini d'enfiteusi scrive il Cardinal de Luca, che io spesso cito come ottimo testimonio della giurisprudenza forense: *Tutior, & brevior est possessoris defensio resultans ex qualitate hereditaria concurrente in actore, ob quam ex veriori, ac passim hodie recepta sententia, tenetur factum auctoris etiam ex jure proprio precise servare, ut in terminis emphyteuticis, Fulgin. tit. de renunt. quest. 10. n. 5. cum seqq. & in terminis fideicommissaris est receptissima propositio* (1).

Dello stile poi del nostro S. Consiglio ce ne assicura l'afflittito (2), il de Franchis (3), e il Reggente Donato Antonio de Marinis (4). Ed i fratelli Giulio, e Dominio d'Amato, il fanno per prova, perchè avendo istituito un giudizio di revindicare *jure proprio nuzentes* contro a taluni di casato Montagna, possessori di un fondo dal padre loro distratto, la G. Corte della Vicaria dicise, *quod Rex, D. Xaverius, Joseph, & Marianus Montagna absolvantur ab impositis pro parte Domitii, & Julii d'Amato*.

C A P O VI.

Gli attori han chiesto un fondo, che da' Signori de Filippis non si possiede.

Nella supplica, colla quale fu il presente giudizio introdotto si chiese di revindicare il fondo detto la Nunziarella, e questo istesso fu negli articoli ripetuto per parte degli attori. Non vi è dubbio, che tre furono i fondi conceduti in enfiteusi a Francesco d'Amato detti Nunziarella, Starza, e Palmola. Di questi nella division seguita tra fratelli Giuseppe, Carlo ed Ottaviano, spettò a Giuseppe la Starza, a Carlo la Nunziarella, ed ad Ottaviano

(1) De Luca de Emphyt. disc. 35. n. 1. & 2.

(2) Decis. 285. n. 1121.

(3) Decis. 83.

(4) Resol. lib. I. c. 39.

il fondo detto *Palmola*. Ottaviano col suo testamento disse di posseder *Palmola*; la sua vidua, ed erede vendendo il fondo al padre de' miei clienti disse di vender *Palmola*. E dalla platea della chiesa apparisce, che il fondo denominato *Palmola* fu quello, che da Francesco passò ad Ottaviano suo figliuolo, e da questo alla sua vidua Liguoro, la quale ne fece vendita a' de' Filippis. Il fondo adunque da' miei clientoli posseduto, non è quello per lo quale si è dagli attori il presente giudizio di revindica compilato, e per conseguenza la sentenza dal Consiglio interposta per lo rialcio del fondo denominato la *Nunziatella* non può, ne dee i miei clientoli ferire.

G O N C H I U S I O N E.

SEmbrami dunque, che per quanto si è da me finor dimostrato di santa ragione pretendono i Fratelli de' Filippis dal S. C. la revocazion della sua sentenza. Agli attori manca la speranza, perchè il contratto, donde vogliono essi prender ragione, fu di locazione di sua natura alienabile. Quando anche fosse stato di enfiteusi, non fu sicuramente un enfiteusi di patto, e provvidenza; tanto più, che per lo stile nella diocesi Nolana adottato, siffatti contratti si reputano ereditarij, e trasmissibili a qualunque persona estranea: E posto anche per vero, che la forma di quel contratto sia stata di patto, e provvidenza, la legge di allodialità nel Regno pubblicata ha dichiarato ereditarie, ed alienabili tutte l'enfiteusi chiefastiche, ancorchè esistenti sieno le linee contemplate. Che se poi ad onta di tutto ciò vi fosse ancora, chi considerasse volesse in persona degli attori una speranza, sta pur dimostrato, che di questa non possono essi far uso, perchè loro il vieta la qualità ereditaria di Giuseppe lor padre. E per ultimo chiaramente ognun vede d'aver essi compilato un giudizio per un fondo, che da' rei convenuti non si possiede.

Napoli 23. marzo 1797.

Felice Parrilli.

V. A. 1
15 24398