

RISPOSTA

3

Alle tre allegazioni del fivio Contradittore
nella causa delli fratelli di Crispo, che
si deve proponere nel S. C.

A RELAZIONE

Del Signor D. Gennaro Parrino Giudice
della G. C. della Vicaria



(3)
J. M. J.



HI contender può mai , che l'origine de' *Fideicommissi* stata non sia , per sostenerli , ad onta delle dispute forensi , le ultime volontà meno solenni ? Egli non vi è cosa, a' Mortali con più ambizioso affetto gradita , quanto l'esecuzione degli ultimi loro desiderj :

Naque enim aliud (scrivse Quintiliano (1)) *videtur solatium mortis; quam voluntas ultra mortem* . E quantunque i testamenti intanto si fossero religiosamente presso i Romani osservati, inquanto, come leggi, nella età vetusta ed antica della loro Giurispudenza, si facevano nelle stesse pubbliche adunanze del Popolo; ad ogni modo, poichè nè sempre opportuna de' *Comizj* cravi l'occasione, nè a tutti l'adito a quelli era permesso, egli avveniva sovente, che molti morissero *intestati* . Quindi pensossi coll'andar degli anni, di farsi per *emanzipazione*, o sia per una vendita imaginaria coll' *antefato*, e il *liberipondo* . Ma, siccome da una parte tale usanza non dev'esser facile a farsi; così dall'altra faceva quelli difficili ad esser eseguiti, perche involgeagli in lunghe, e scabrose forensi dispute, per gli *Sollenni della emanzipazione*, che con tanto rigore la pratica del Foro avea ordinato, e prescritto. In effetti i Giuristi di quella età, or colle scrupolose formole delle *stipole*, or co' dritti de' *stipulidj*, ed or colle usanze

A 2

per-

(1) *Declam.* 308.

()

percettibili differenze de' *nessi*, e de' *mancipj*, e con altre cose simili, aveano talmente assoggettito il Popolo; che niuno far potea alcun atto, che fosse legittimo, se attaccato a fianco non gli stasse il Giurista, per dettargliene la formola. Onde con ragione, per ritrovarsi una via spedita all' esecuzione degli ultimi umani *elogj*, si pensò a' *fidecommessi*, che riscavano tutte le anzidette dispute; gli quali possono chiamarsi perciò *novæ leges* (1) *regendis moribus*, & *frangendis vitiis constitutæ: veterum calumniosæ ambages recisæ, captandæ simplicitatis laqueos perditæ*. Ma chi mai ha potuto costituire termine all'umana malizia? Fino a tanto, che l'osservanza de' *fidecommessi* dalla sola *fede* dell'erede dipendè, fu la loro usanza giovevolissima alla esecuzione degli ultimi umani desiderj; ma all'incontro pregiudizialissima divenne, allorchè, per l'altrui perfidia, fu necessario dar loro l'*azione*: atteso l'erede cercava di dilatare, quanto più poteva, l'esecuzione; ed i Giuristi colle dispute del foro non vi si adoperavan poco. Quindi, cresciute molto tali controversie, ingegnossi l'acutissimo *Papiniano*, risolverle colla *congiecturata pietà* del defunto Testatore. Ed in vero fu questa dopo canonizzata talmente da Giustiniano, che la fece *regola sicura* ne' giudizj. Or se l'*altrui pietà* stimasi la norma valevole a riscare le dispute; come della *paterna*, di cui altra non ne può essere maggiore, conto veruno non se ne ha, come avvenuto egli è nella causa de' Fratelli di *Crispo*? Forsi credesi, che avendogli l'Avv. chiamati *condizianatamente*, perciò secondo il foro non si debbano riputare per considerati *dispositivamente*? Ma, se la pietà del-

l'A-

(1) *Nazar. panegir. cap. 38.*

L' Avo in loro beneficio tanto manifesta si rende , e palese ; perche dir non dobbiamo , di essere noi nella limitazione della regola ? Che sia così , resta comprovato dalle seguenti parole del testamento :

Item esso Mario Testatore vuole , ordina , e dispone , che morendo ciascheduno di detti suoi figli , ed eredi in pupillare età , o quancocunque senza figli legittimi , e naturali , discendenti di loro corpo , in tal caso l' uno succeda all' altro , e l' altro all' uno ; e morendo tutti , e due li sudetti suoi figli , ed eredi in pupillare età , o quancocunque senza figli legittimi , e naturali , come sopra , succedano , e debbano succedere ex nunc pro tunc alla sua eredità , da esso instituiti il Reverendo D. Antonio Cicala , e Giovan Battista Primentivo , suoi Fratelli amatissimi , senza veruna detrazione di Legittima, Trebellianica, o Falcidia ; proibendola espressamente. Alli quali Giovan Battista , e Reverendo D. Antonio nelli casi predetti , e di ciascheduno di essi , esso Mario testatore li sostituisce , e fa suoi eredi , come sopra .

Indi nello stesso testamento , dopoche ordinò , e dispose varie altre cose , non confacentino al caso presente , prescrisse la seguente proibizione , concepita con orazione separata , e distinta , per via di una principale disposizione = *Item esso Mario testatore vuole , ordina , e dispone , che detti suoi figli , ed eredi non possano in conto veruno , e per qualsivoglia causa , vendere , o alienare corpi stabili della sua eredità ; solum in caso di urgenza , e necessità possano alienare , e vendere la somma di docati trecento tantum , e per una sol volta ; e non più ; quale alienazione di beni per infino a detta somma di docati trecento possa farsi in una , o più volte , e questa dice esser sua volontà .*

Questa fu l'ultima testamentaria disposizione , con cui
fe

morì l'anzidetto Mario . Egli lasciò a se super-
 stiti due suoi figliuoli , *Tommaso* cioè , e *Giuseppe* ,
 eredi da lui istituiti . E comechè erano amendue
 pupilli , rimasero sotto la tutela , e cura del Rev.
D. Antonio Cicala ; il quale li fece dichiarare Eredi del
 fu loro Padre . Morì nella pupillare sua età il *Giuseppe* ;
 a cui venne a succedere *Tommaso* in virtù della
pupillare espressa , contenuta nel testamento riferito .
 Intanto, acquistata egli tutta l'eredità paterna , fatto
 maggiore , contrasse varj debiti ; per cui gli fu poscia
 d'uopo, vendere la maggior parte de' beni paterni ; a
 quali il Rev. *D. Mario Pasquale* , ed altri Fratelli di
Crispo, Nipoti legittimi , e naturali del Testatore *Mario*
 seniore , e figliuoli di detto *Tommaso* , credendosi chia-
 mati *ex propria persona*, per un tacito fedecommesso
primi gradus, contenuto nella sopradetta disposizione
 del loro Avo *Mario* , hanno cercato , quelli revindi-
 care dalla mano de' terzi possessori . Ma perche biso-
 gnava legittimar prima le loro persone ; perciò inten-
 tarono nella G. C. della Vicaria giudizio di *spectavisse* ,
U. spectare detti beni a loro favore . Fù dalla mede-
 sima , *compilato termino* , così dichiarato . Ma essendose-
 ne portata supplica in S. C. , intese le parti , si è sti-
 mato da que' Signori savissimi Giudici, revocare detta
 sentenza , quantunque con disparità di sentimenti ;
 secondocchè la fama ne corre . Portataci da noi , col
 dovuto rispetto , la *Reclamazione* ; devesi perciò trattar
 nuovamente questa Causa . Noi fecimo in difesa de'
 nostri Clienti una mal-culta scrittura , parto del no-
 stro tenue intendimento . La medesima potrebbe an-
 che adesso bastare ; ma siamo nell'obbligo , di fare la
 presente , che tiene luogo di *risposta* alle tre dotte
 e voluminose Scritture , fatte dal nostro Contradittor ;

tore; il quale ha, con tanto zelo in difesa della Causa, cercato, d'impugnare la nostra, quantunque debolissima, che ne ha per intiero trascritte anche le parole, per apparirne la confutazione più viva, e manifesta. Noi affatto non ci dogliamo di ciò, avendoci dato motivo di apprendere. Ci dispiace solo, di aver egli quella letta troppo frettolosamente; quantunque ciò ha potuto essere, perchè non l'avrà stimata degna della sua serietà, e diligente attenzione. Sia come si voglia, cerchiamo di avanzar tempo, venendo all'esame dell' articolo nella Causa. Questo consiste nell'esame, se le conghietture occorrenti nella riferita disposizione del sù *Mario Crispo*, abbiano tal peso, che limitar possano la glossa di *Accursio* sopra la notissima legge *Lucius* (1) ricevuta dal Foro, cioè, che i Nipoti chiamati *condizionamente* nel testamento del loro Avo, non si abbiano per chiamati *ex eorum propria persona*. Noi, prima di venire a tal'esame, stimiamo, per maggior chiarezza delle cose, mettere avanti la considerazione de' savissimi Signori Giudici, e premettere, che questo articolo può in tre maniere disputarsi; Primo se si voglia, che i sudetti Nipoti siano, e debbano intendersi chiamati, non solo alla successione del loro Padre *ex eorum propria persona*, ma puranche a quella del Zio, stante la *reciproca si sine filiis*, ordinata dal Testatore tra' Coeredi: Secondo, se i medesimi si voglia, di essere chiamati, e gravati a restituire la robba in beneficio de' loro figliuoli, Pronipoti del comune Proavo Testatore: E per terzo, se domandasi, di essere eglino nella sola parte attiva, con farsi libera in loro la robba, a cui vengono chiamati *in vim*

(1) ff. de hered. instit.

vulgaris tantum. Con questa premessa, resta inutile tutto, e quanto ha scritto il nostro Contradittore.

Confessiamo, che nel primo, e secondo caso le conghietture devono essere efficacissime; e di sommo peso, trattandosi nell' uno, di voler estendere facilmente la chiamata condizionata de' nipoti, non alla sola successione paterna, ma pur anche a quella del zio, ch' è un collaterale; E nell' altro, di supporre, non la sola chiamata attiva, ma da quella volerne dedurre un' altra passiva, in favore de' pronipoti; lochè essendo due specialità, che si vogliono unire nello stesso soggetto, difficilmente si presumono. Ma nel terzo, trattandosi d'indurre la sola chiamata de' nipoti, in vigore della *vulgaris primus gradus*, senzache questa tenga progresso ad ulteriori gradi, le conghietture le più leggiere sufficientissime sono a limitare la regola, secondo le massime ricevutissime nel foro. Ciò premesso, vediamo, se noi siamo in detto terzo caso. I nostri clienti sono Nipoti del fu *Mario* testatore. Il fu *Giuseppe Crispo* nella età pupillare, come dissi, premori a *Tomaso*; il quale succedendo ad esso lui per la espressa *pupillare*, venne ad acquistare l' intiera eredità del fu comune padre. Adesso i figliuoli di detto *Tomaso*, che si pretendono chiamati dal loro Avo ne' beni, da questo pervenuti al loro padre, non sono nel caso della pretesa successione sopra i beni del Zio, ma in quelli del lor Padre solamente, il quale, come dissi, per la premorienza a lui di *Giuseppe*, venne a fare acquisto dell' intiera paterna eredità; stante la *reciproca pupillare*, e *vulgaris sine filiis*, tra lo-

ro prescritta, ed ordinata. Ed ecco provato innegabilmente, di essere noi nel terzo caso della sola chiamata attiva ne' beni tantum paterni. Esaminiamo dunque le conghietture, che sul fatto ci occorrono; le quali, per maggior chiarezza, le dividiamo in due capi. Trattaremo nel primo di quelle, che nascono e dalla *stituzione reciproca*, tra essi eredi fatta, e dall'altra, in beneficio degli *estranei stituiti* prescritta. Nel secondo esamineremo quelle, che, con peso maggiore, dalla proibizion di alienare, ingiunta agli eredi, si deducono.

C A P. I.

In cui si dimostra la validità delle conghietture contenute nella istituzione, e stituzione, ordinate del fu Mario Crispo per la chiamata dispositiva in beneficio de' suoi nipoti.

Quale affezione ha potuto unquamai vincere, e superare quella de' Parenti! Di quali, e quante presunzioni la nostra Giureprudenza non abbonda, per fare, che niuno affetto straniero vinga il paterno! Dunque dachè è nato, che essendosi chiamati i nipoti *condizionatamente*, non s'intendano posti in *disposizione*? Noi essendo stati curiosi d'indagarne l'original cagione, vidimo presso i dotti Commentatori, che erane stata la glossa di *Accursio* sopra la *titima* lege *Lucius ff. de heredibus instituendis*.

B

Avea

Avea *Lucio* istituito crede il suo fratello ; ed a lui, morendo senza figliuoli , sostituito due suoi servi, *Stico* , e *Parfilo* . Interrogato su questo caso il Giurista , così rispose : *non enim fratrem solum heredem prætulit substitutis , sed etiam ejus liberos .* Le quali chiosando *Accursio* , scrisse , che componevano talo senso , di doverli ripotare i Sostituti essere chiamati *ex testamento* ; ed *ab intestato* i figliuoli dell' Istituto . Egli l' argomentò dalla particella (*non solum*) , che credendola *aversativa* , scrisse , rendere tra quelli un senso contrario , e differente ; cioè che gli uni *ex testamento* , gli altri venissero *ab intestato* .

Ma questa glossa non può sussistere affatto per più ragioni ; poiche , per primo, quantunque la particella (*ly non solum*) sia aversativa ; ripete però il contrario sotto il medesimo significato , e soggetto , secondo la vera latina favella legale ; di coi ne abbondano presso *Calvino* , e *Brissonio* gli esempi . Per secondo, essendo il *responso* suddetto nella *linea collaterale* , non poteasi di quello fare un sistema generale anche nella *linea de' discendenti* , come ha fatto *Accursio* . Queste sono le querele de' dotti Commentatori contro la riferita glossa di *Accursio* sulla legge anzidetta .

Ma noi , che , nelle picciole nostre fatiche letterarie sulla Romana Giureprudenza , abbiamo sempre sulla intelligenza della medesima andato ricercando i lumi della *Storia* ; ci avidimo , che secondo questa la suddetta chiosa di *Accursio* era inapplicabilissima nella mentovata quistione . Egli è cosa incontrastabile , di avere ogni culta Gente adottata la Filosofia Morale di qualche Setta tra le tante , che n' erano nel-

nella Repubblica letteraria : e che sopra gli dettami della medesima abbia poi fondate le sue civili disposizioni . Questo significar volle il dottissimo Tullio dicendo : *nos vero non fucatam , sed veram sectantes philosophiam* ; parlava egli della norma del Dritto Civile, qual era la Filosofia *Stoica*, traspelata, e adottata da Romani, come delle altre la più pregiabile, ed equa alla umana Società, e per essa alla *Libertà*, che, non, come le altre Sette, tutta versavasi alla *speculativa*; ma congiungeva questa colla pratica delle umane azioni a vantaggio del bene pubblico. Egli pertanto è cosa risaputissima nella *Stoica*, che il precetto massimo della *Stoica* sia stato il favore della umana *libertà*; la quale perciò nelle Leggi Civili era molto privilegiata, e distinta; e quanto gli Giuristi erano alla medesima più addetti, con tanto più vantaggio rispondevano per la medesima, fino ad impropriare la *lettera* del testamento, e supplire il caso taceuto, anzi omesso, con poca verisimilitudine in favore della medesima. Secondo questa pratica, qual meraviglia, che il Giurista *Scavo* in detto caso di servi sostituti abbia risposto, non sentirsi chiamati i figliuoli dell' istituto?

Visse il famoso *Cervidio Scavo* sotto l'Imperadore *Antonino il Filosofo*. Egli nacque nella *Felnicia*, Città della *Siria*, da Parenti nobilissimi; onde nobilissimo vien chiamato (1). Da là portatosi in Roma, fu discepolo di *Giuliano*, maestro del famoso *Pavlo*, e dell'acutissimo *Papiniano*; di poi maestro altresì dell'Imperator *Severo*; da cui fu creato Prefetto al

B. 2.

Pre-

(1) L. 2. de excusation. Tutor.

Pretorio (1) . Dissimpegnata con somma sua gloria tal carica pregevolissima , servissi di lui per Assessore ne' giudizj l' Imperadore *Antonino il Filosofo*, come riferisce *Capitol.* (2), il quale più di tutti i Principi essendo stato addettissimo alla *Stoica* ; fece, che i Giuristi allora più che mai favorissero sommanente la *libertà umana* . Quindi non è maraviglia, che per la medesima abbia risposto *Scevola* , non sentirsi i figliuoli chiamati in confronto de' servi sostituiti ; poiche se altrimenti avesse risposto , avrebbe pregiudicato la *libertà* de' sostituiti : cosa, che era contraria alla stessa scuola del Principe ; atteso l'erede adendo l'eredità , *Stico*, e *Paufilo* non potevano più esser Eredi , e conseguentemente nè pure liberi , si per essersi estinta la sostituzione, in loro beneficio fatta ; si anche perche , procreando figliuoli l'erede , non poteva a quelli dare la libertà, cioè a dire a' sostituiti , ma doveangli lasciare servi ereditarij, come erano, per il tacito fedecommesso , che i suoi figli rappresentavano sopra tutta l'Eredità . Ma così *Scevola* certamente non avrebbe risposto, se i sostituiti fossero stati liberi , e non servi , cessando in tal caso il favore della *libertà* secondo i dettami della *Stoica* . Sicchè concludiamo, essere uno errore manifesto , l'aver voluto *Accursio* di uno *responso* tanto particolare in cosa privilegiatissima , qual era la *libertà*, fare un sistema generale per tutti i casi sulla ripugnanza de' veri principj della *Storia* .

Ma il dotto Contraddittore , e nelle sue allegazioni,
ed

(1) *L. ex Divi Pii C. locati .*

(2) *In Marco .*

ed in Ruota sgridò contro noi, che avevamo ardito impugnare l'infalibile *Accursio*. Lo sofferfimo patientemente, credendo, che lo faceva sul zelo della difesa della causa; non potendo mai credere, che ignorar potea ciò, che, per l'emendazione degli errori di *Accursio*, dal 1644. si cominciò a fare da que' due luminosi Ingegneri, cioè da *Corasio* in *Tolosa*, e da *Alciato* in *Milano*; Quale opera commendabilissima, quantunque seguitata da altri, non si è però ancora portata all'intiero compimento. Meglio avrebbe fatto il nostro Contraddittore rispondendo al motivo suddetto della *Storia*; poichè lo avressimo rigraziato per un bel campo, che ci avrebbe aperto di apprendere. Del resto, che tal commento di *Accursio* sia erroneo, l'hanno conosciuto anche i Forensi più triviali (1). Non vogliam dire, che il dotto *de Luca* tale interpretazione la stima una vera inezia (2). Ed egli è certo, che colla sola glossa di *Accursio* noi non possiamo essere buoni Dottori. La *Storia* è la norma sicura dell'intendimento delle leggi; cioè il saperfi l'ordine de' tempi: Le cagioni della legge: Il costume del Popolo: Il carattere del legislatore: L'indole del Governo: Le Patrie Consuetudini: Qual sia la filosofia seguitata nelle Città. Questi sono i lumi, che ci conducono al vero sentimento delle civili disposizioni. Ma, oh Dio, dove ci han trasportato gl'insegnamenti datici dal nostro contraddittore, sì che siam tanto andati vagando pria di entrare a' meriti della causa! Questa consiste nel vedere, se le conghietture, che siam ad esaminare, siano sufficienti a persuader-

(1) *Rusticus*. (2) *Conflict. q1.*

derci la chiamata de' suddetti nipoti, per una *vulgare primi gradus*, alla successione de' beni dell' Avo. Ma bisogna avvertire, essere noi nella *linea descendiva*, in cui la pratica del foro si è l'ammettere per conghietture valevoli anche le più leggiere, stante la comune presunzione della paterna *pietà*, di modo che moltissimi (1) han sostenuto bastare questa sola, di essere cioè *discoendente*. Tale lodevolissimo sentimento vien comprovato da un responso di *Marcus* presso *Papiriano* (2), che da queste parole scritte dal testatore, quantunque tronche, ed appena spressato, cioè: *non dubitare se quacumque uxor ejus haeres instituta cepisset, liberis suis reddituram*, ne dichiarò, nascerne un fedecommesso in beneficio de' loro figliuoli comuni. Dunque egli è verissimo, che in ciò bastano le conghietture le più leggiere.

Ma egli il nostro Contradittore risponde, che le parole suddette: *non dubito, scio* (3), ed altre consimili tenghino luogo di *juro, praecipio*, e che per ciò maraviglia non sia, se induchino un fedecommesso; Ma ci perdoni, se gli diciamo, che lui, per sfuggire il peso della legge anzidetta, voglia di una disputa legale, come si è la presente, farne una contesa grammaticale. Queste sono parole enunciativae, come hanno scritto *Bartolo*, e *Perezio* (4) colle parole seguenti: *item verbis enunciativis fideicommissum inest; ut scio, te hereditatem meam restitutum Titio. l. 118. ff. de legatis 1. non dubita quin uxor quod*

(1) *De Maribus. resol. 191. verbo filii,*

(2) *l. unum ex Familiis ff. de legatis 2.*

(3) *l. 118. ff. de legatis p.*

(4) *in Cod. titu. de fideicommissis.*

*cinque accipit, liberis restituet l. 67 §. ultimo ff. de legatis 2. nam in fideicommissis spectatur sola voluntas, non verborum solemnitas; hinc etiam sine verbis, sed solo nutu fideicommissum potest relinqui, dummodo per conjecturam, aliquo modo de voluntate constet. Lo che è caso delle Istituzioni nel suo proprio titolo. Con-
sistendo per tanto la naturalezza de' fedecomessi nella sola volontà, non è maraviglia, che tra discendenti bastino le conghietture anche leggieri, per indurlo; poichè di una tal volontà sufficiente, e valevole prova ne somministra al Giudice la presunta pietà Paterna.*

Ma soggiunge il nostro Contraddittore per soprabondanza di sua creduta ragione, che, se in tali leggi così sia giudicato per i fedecomessi con parole appena spressate; debbasi attribuire all' arbitrio de' Principi, a cui così piacquero di giudicare. Non voglia Iddio, che una tale risposta si potesse ricevere nel Foro; atteso non vi farebbono leggi applicabili; poichè per risposta si addurrebbe sempre l'arbitrio del Principe. Ciò si dice alcune volte in quelle leggi, la di cui ragione per mancanza della Storia è a noi in investigabile; non delle suddette, la di cui ragione tanto ella è facile a rendersi, quanto egli è il dirsi, che sia stato per la presunta volontà paterna. Ciò potrebbe bastare per risposta; ma, per restare egli maggiormente convinto, diamo un saggio brevissimo della polizia giudiziaria di quel tempo. Augusto, quel savio Politico, per adattare le leggi antiche della Repubblica al nuovo governo, incominciò ad esercitare la potestà giudiziaria anche sopra le cause de' privati; quindi fece una nobile assemblea

de' più famosi Giuristi di quel tempo, tutti sue creature; perchè a questo fine, sotto però l'apparenza di onorare i Professori, proibì, che niuno, senza il suo permesso, potesse esercitare il Dritto Civile. Quindi co' medesimi decidendo le cause secondo le leggi del nuovo governo, andava insensibilmente ad arrogare le antiche, ed a componere il costume del popolo alle nuove. Anche, stabilita la Monarchia, per lungo tempo si ritenne tal pratica da' suoi Successori, de' quali molti con tale occasione divennero famosi Giuristi. Forse il nostro Contraddittore vuole tenere de' Principi della Romana Repubblica quel conto, che si ha di quei de' tempi barbari? Ciò però non ostante somma era la libertà de' Giuristi nell'opponersi al Principe, quando richiedealo il dettame della Ragion Civile; siccome ne abbiamo un esempio dello stesso Imperator Antonino, il quale volendo restituire *Rustiliana* contro un contratto di vendita fatto da *Emilio* suo Padre colla legge commissoria tra certo tempo, che nella di lei pupillar età era passato; fu contraddetto dal Giurista *Paolo* con queste parole (1): *sed Paulus aperte contradicebat ei* (cioè al Principe,) *quia non ipsa, sed Pater ejus contraxerat*. Ad ogni modo, per uscire da tutte queste dispute, vuole egli una legge al suddetto proposito, che sia responso di un Giurista, e non dell'Imperatore? Eccola: (2) *peto a te uxor charissima, uti cum morieris, hæreditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, cui volueris, vel cognatis meis, cui volis ex tota cognatione mea; inter filios respondi substituo*.

(1) l. *Amilius Largianus de minoribus*.

(2) l. *hæredes ministrali 58. per ad drebel*.

ziónem fideicomissi factam videri : circa nepotes autem ; cæterosque cognatos, facultatem eligendi datam : ex cæteris autem cognatis si nepotes superessent , non recte mulierem electuram propter gradus fideicomissi præscriptos, deficiente vero gradu nepotum , ex cognatis , quam velit personam eligi posse. Questa legge è dello stesso Papi- niano , di cui è il *responsò* di sopra rapportato. Noi non ci fermiamo nelle prime sostituzioni, poichè si potrebbe rispondere, che l'alternativa posta fra molti, per cui vi concorre l'ordine della carità, si risolve in *conjuntiva successiva*, ma ci fermiamo bensì nell'ordine de' cognati, nel quale avea il marito lasciata alla moglie la facoltà libera, per trafeiegliere chi meglio le fosse piaciuto . E pure questa , dichiarò il Giurista , non poter essercitarsi, essendovi Nipoti cognati del Testatore *propter gradus fideicomissi* . Ma di quale fedecomeffo , se questo non era espresso ; anzi nella *lettera* concorreva il contrario per la libertà data alla moglie, nell'eliggere chi piacevale de' cognati ? Dunque da chè si argui detto fedecomeffo tacito ; se non che dalla libera elezione suddetta, che avendola donata il testatore alla moglie per chi le aggradiva meglio , maggiormente doveasi presumere, che, essendoci nipoti , sebbene cognati, avesse la moglie questi , e non altri prescelto ? Dunque basta per la chiamata de' nipoti l'essersi al figliuolo dato dal padre il sostituto estraneo , per arguirne la di loro chiamata *dispositiva* , sebbene considerati *condizionatamente* .

Ma noi non abbiamo nella presente contesa queste due sole conghietture , l'essere cioè i Fratelli di Crispo discendenti dal Testatore , e li sostituti estranei .

C

at-

atteso concorrono a loro beneficio tutte quelle altre, che possono limitare la regola .

Quando il Testatore *Mario* condizionata mente chiamoli, li considerò sotto la qualità di *legittimi*, e *naturali*, dicendo: e nel caso, che l'uno morisse senza figli dal suo corpo legittime descendentì, succeda l'altro. Sicche volle, che a lui succedessero i soli *legittimi*. Dunque li volle chiamare *ex testamento*, e non *ab intestato*. Stringiamo così l'argomento. Nella successione intestata de' Parenti succedono ugualmente, così gli *naturali*, che i *legittimi*, e i *legittimati*. Per succedere, in esclusione di questi, gli soli *naturali legittimi*, uopo egli è, che succedano *ex testamento*. Il testatore *Mario* ha voluto, quantunque condizionatamente, che a lui succedessero i suoi *Nipoti*, che fossero da legittimo matrimonio procreati. Dunque ha inteso chiamarli *ex testamento dispoſitivamente*. Essendo, come per altro sono, verissime la maggiore, e la minore di questo argomento, non sappiamo comprendere, come poi possa essere falsa la conseguenza, contro i primi precetti della Logica. E per verità si è riputata di tanto peso tal conghiettura, che molti han creduto, di bastare all'effetto presente da se sola. *Surd. (a) Rovit. (b) Fusar. (c) Serafin.* Or, se la mentovata conghiettura è sufficiente a limitare la regola; maggiormente è tale, se fosse ripetita, indicando la *repetizione* l'efficace, ed enissa volontà del testatore. Questo appunto è il caso nostro, in cui il Testatore suddetto, avendo sostituito i *comuni* suoi figliuoli *reciprocamente* l'uno all'altro, nel

case

(a) *Decis.* 162. (b) *Consi.* 54. (c) *Consi.* 100.

(d) *quæst.* 437. (e) *dec.* 1329.

caso, che l'uno morisse senza figliuoli dal suo corpo *legittimo* descendenti, soggiunse nella sostituzione per gli estranei: e nel caso, che ambedue morissero senza figli *legittimi*, e naturali dal loro corpo descendentì, come sopra, succedano il suddetto D. Antonio Gioala, e Giovan. Battista Primentivo. Dunque dimostrò una volontà enissa, ed efficace per tale legittimità di succedere, che non potendo verificarsi, senon che per la chiamata *ex testamento*, dir dobbiamo, di esser noi, stante la *repetizione* suddetta, maggiormente nella limitazion della regola.

E tutto che ciò sia da se stesso tanto certo, che non bisognerebbe pruovarsi, pure lo vollimo confirmare nella nostra picciola scrittura colla famosa legge *Balissa* (1), in cui il legato del danajo, perchè *repetito* nel corpo dello stesso testamento colla particella (*quam omnem pecuniam*) ne dedusse da questa *repetizione* il Giurista, di estendersi, e comprendere anche i frutti naturali. Dunque, se la *repetizione* ha tanta efficacia, che impropriando la *littera*, accresce il legato anche in pregiudizio dell'erede, il quale, come prediletto più del legatario, presumesi gravato quanto più meno si possa intendere; quanto maggiormente deve così dirsi, ritrovandosi detta *repetizione* nel concorso di sostituti estranei, e nipoti, che più di quelli sono al testatore cari, e dilette?

Ci fu risposto, che l'ampliazione del detto legato dal danajo in contanti alli frutti naturali, non sia stata per la cennata *repetizione* (*quam omnem pecuniam*), ma bensì per la cauzione data dall'erede. Ma qual erede egli è quello, che colla *cauzione* cerca di

C 2

avan-

(1) 32. ad Trebelli.

avanzare la quantità del legato, e non più tosto diminuirlo ? Di più l' Erede può soltanto dichiarare la disposizione dubbia del defunto, non farne altra nuova; la quale, facendola, valerebbe come da lui stesso fatta, e non dal testatore. Ma il legato suddetto nella citata legge si ha, come fatto dal Testatore anche nella sua ampliamente sopra i frutti naturali. Dunque ciò è per la *repetizione*; e non per la *cauzione*. La *lettera* della legge è chiara, facendosi dal Giurista la forza a *ly* (*omnem pecuniam*), e contro la *lettera* stessa della legge non vi è interpretazione, che possa sussistere. Ma finiamola. Da detta *cauzione* che ne intende il nostro Contraddittore ricavare e dedurre ? Forse che la *repetizione* non sia operativa di cosa veruna? S' inganna, essendo ciò tanto certo, che non abbiamo noi obbligo di provarlo. Soggiugne, che una tale *repetizione* di figliuoli *legittimi e naturali* non sia nuova disposizione; ma sol tanto della stessa qualità, detta sopra, una sola dichiarazione, provandolo colle parole di *Griwelli*, da esso lui trascritte. Ci perdoni, se gli diciamo, che esce dal caso. Noi non abbiamo preteso, come fu preteso dal contrario di *Griwelli*, che la sopra espressa qualità, perchè *ripetita*, induca nuova disposizione, con rendere la chiamata de' Nipoti *assoluta* nella seconda parte, da che nella prima fu *condizionata*; Ma diciamo soltanto, che, come *ripetita*, induchi maggior forza per la limitazione della regola, denotando l' enissa volontà del Testatore: Lo che è vero, in qualunque modo si considererà, tanto se sia *repetizione* per nuova disposizione, quanto per enunciazione, relazione, o dichiarazione.

La

La seconda conghiettura nasce dalla *reciproca si sine filiis*, fatta dal Testatore fra i suoi figliuoli, eredi, la quale per la presunta uguaglianza del Padre verso i medesimi, si crede con probabilità, che include la *vulgare tacita* verso i suoi Nipoti. Del che così ne formiamo la pruova; perche la legge presume, che il padre abbia sempre voluta l'uguaglianza tra' suoi Nipoti; per ciò a serbarfi quella, ha indotto molte specialità: Tale uguaglianza nel caso nostro non vi farebbe, se non fossero i nipoti chiamati *dispositivamente*. Dunque, stante la *reciproca* suddetta, dobbiam credere la loro *tacita chiamata dispositiva*, sebbene la letterale *sia condizionata*. Tutto il peso consistendo nella minore, ecco, come la proviamo. Non vi farebbe uguaglianza, imperciocche se i nipoti non fossero chiamati, si farebbe libera la robba verso il loro padre; all' incontro restarebbe vincolata rispetto all' altro figliuolo, che morisse senza figli; dunque non vi farebbe uguaglianza tra i medesimi. Ciò è tanto vero, che sebbene la *vulgare espessa* contenga la *pupillare tacita* tra i figliuoli; pure ciò non è, quando l' uno è maggiore, e l' altro pupillo; atteso farebbono due sostituzioni rispetto a questo, ed una rispetto l' altro; e per ciò, a serbarfi l'uguaglianza, si è fatta l' eccezione suddetta della regola ricevuta, che la *vulgare espessa* contenga la *tacita pupillare* (1) essendo i figliuoli eredi amendue pupilli.

La terza conghiettura è l' espessa proibizione della *Falcidia*, *Trebellianica*, e *Legitima*; e con ragione, perche, se tanto eccessiva è l' amorevolezza del Testatore verso l' *estraneo sostituto*, che vuole, di

pre-

(1) l. 4. de vulgar.

precapire questi, morendo il suo figliuolo senza figli, anche quel, che spetta di proprio dritto al figlio medesimo, qual è la *legitima*; è assurda poi la conseguenza, di volerlo credere sì poco grato verso i suoi Nipoti, che, morendo detto suo figliuolo con figli, abbia voluto, di poter quello disporre di tutto liberamente. *Odierna*, allegato dallo stesso contraddittore, conferma, colle parole trascrittene, il nostro ragionamento, dicendo, che la suddetta non sia di peso alcuno: *quia plerumque est de fide Notariorum*. Dunque la nostra essendo nello stesso corpo del testamento, ella è *operativa* sommanente.

L'ultima si è il *progresso* a più specie di *stituzioni*, contenute nel presente Testamento, cioè la *reciproca perpillare*, la *vulgare si sine filiis* tra essi eredi, e l'altra *vulgare* in beneficio de' sostituti estranei: Essendo inverisimile, che chi ne ha fatte tante, non abbia voluto farne una, qual è la *ruota* in beneficio de' suoi Nipoti. Questa ultima conghiettura, unita colle altre di sopra, fu stimata tanto valida, che il S. C. nelle decisioni presso *Capecce Larro*, ammise i Nipoti anche alla successione del loro Zio (1).

Dopo avere il nostro Contraddittore impugnato le anzidette conghietture, viene alla prova delle sue ragioni, per cui si dà la gloria di avere ritrovato un testo decisivo della controversia. Questo è nella famosa legge *heredes mei ff. cum ita ad Trebellian.* da cui si ha, che un padre istituì eredi due suoi figliuoli, sostituendo l'uno reciprocamente all'altro, che morisse senza figli; ed amendue morendo con, loro sostituì *Clodia* sua nipote. Quello, che procedè

(1) *decisi. 2. e 110.*

figliuoli , premorì all'altro, che non n' ebbe ; quindi dubitosi , se alla porzione di questo dovessero succedere i nipoti , o pure Clodia . Nasceva tale controversia dall' essere stata Clodia sostituita nel caso , che *uterque moreretur sine filiis* ; Loche non erasi verificato , poiche uno solo era morto con figli . Dalla semplice , e nuda narrativa del caso suddetto rilevasi la di lui inapplicabilità nella presente contesa ; imperciocchè premorendo il legatario , o il sostituto all' adempimento della *condizione* , con cui fu istituito , dicono le *Istituzioni legali* , che si caduca il legato . Quello , che procreò figliuoli , premorì all'ultimo , che non n' ebbe . Dunque , non avendo sopravvissuto nella morte di quello , che morì senza figli , per dirsi superstite in tempo , che la condizione verificossi ; qual meraviglia è , che la *sostituzione condizionata* siasi caducata , ed estinta per lui ? Potrebbe rispondere il nostro Avversario , che se i figli posti in *condizione* si reputano *chiamati* , eglino avrebbero dovuto succedere , in esclusione del sostituto . Ma di quale successione trattasi ? Del zio . Questo non è il caso nostro , in cui trattiamo della successione alla eredità paterna ; e non a quella del zio . Dunque la legge suddetta è inapplicabile , trattando il caso de' nipoti rispetto al zio . Di più non è confacente per un altro verso , cioè per essere Clodia sostituita pure nipote del testatore , e come tale in ugual predilezione degli altri ; onde cessa qual argomento , che si fa , essendo il nostro sostituto *estraneo* . Dunque , se il Testatore ha chiamato uno *estraneo* ; maggiormente devesi credere , di aver voluto chiamare la sua propria *discendenza* .

Le

Le decisioni poi, che si sono allegate contro noi, sono tutte fuori dalla causa, poiche, se si considera quella di *Rocco*, nella medesima si trattava, che il figliuolo non meno, che per otto anni avea pagato i debiti paterni; e dopo non intendea più continuare tal pagamento, sul motivo che, come posto in condizione nel testamento del fu suo Avo, si presumeva chiamato *dispositivamente*. Inoltre non concorrevano nè la proibizion di alienare, nè tutte quelle altre, che occorrono nel caso nostro; ma la sola conghiettura, di esserè stati considerati i nipoti colla qualità di *legittimi*, e *naturali*; la quale essendo sola, chi può affermare, che bastasse per la limitazione della regola? Nel caso poi, come fu quello di avere il suddetto figliuolo per otti anni pagato il debito paterno?

La decisione di *Grivelli* è della stessa fatta; poiche i figliuoli di *Renata* erano stati posti in condizione nel caso, che *Renata* non avesse potuto esser crede, o pure fosse morta *ab intestato*; queste sono le proprie parole del fatto suddetto: *adveniente autem quod decederet sine filiis, & ab intestato, instituo, eique substituo Dominam Renatam de Ray; & in ejus defectum liberos ejus*; onde su tal fatto così ragionava *Grivelli*: *quia hic liberi Renatæ vocantur in substitutione facta Joanni Baptistæ, non quidem cum matre, sed in locum matris; ejusque in defectum, sicque subrogatur matri tunc deficienti*. I suddetti figliuoli furono solamente chiamati per una *vulgare espressû* nel caso, che *Renata* non poteva esser crede; onde tutta la contemplazione fu per *Renata*; quindi essendo ella succeduta, la sostituzione venne a caducarsi. Quando noi

noi diciamo , che , stantino le conghietture suddette , i figliuoli vengono chiamati , sempre intendiamo , che la loro chiamata sia tacita , e presunta . Ella , come tale , cessa colla verità in contrario , allorché il Testatore espressamente in tutto contempla il suo figliuolo erede , e non il nipote , come nella suddetta decisione di *Grivelli* ; nella quale essendo stata la chiamata de' figli di Renata nel caso , che ella non fosse erede ; si vede , che apertamente tutta la considerazione sia stata per la medesima , argomentandosi dal senso contrario , che è lecito nel nostro Dritto .

La decisione poi di *Rovito* tratta la causa ne' termini del consiglio di *Oltrado* , cioè di non essere i nipoti chiamati nella sola parte attiva ; ma pur anche di essere gravati a restituire al sostituto , o a loro figliuoli ; locchè non è nel caso nostro ; in cui giusta la distinzione premeffa , dissimo , che i nostri clienti essendo nipoti del testatore , stantino le conghietture , pretendono essere nella sola parte attiva di una sostituzione *vulgare tantum primi gradus* ; la quale per indurfi , sufficienti si reputano le più leggiere conghietture , per trattarsi tra *discendenti* di una cosa comunissima alla presunta pietà paterna . Accortamente il nostro Contraddittore ha recate nella sua nota le decisioni suddette , precise da' fatti ; poichè altrimenti subito farebbesi resa conta , e palese la di loro insuffistenza nella quistione presente . Egli è vero , che gli Autori suddetti rifiutano nelle sopra mentovate decisioni le conghietture , che noi abbiamo allegate . Ma chi può dire , di essere state fatte

D

le

(1) in situ de hereditate instituta.

(2) l. 79. ad testam.

le decisioni per la insufficienza di dette conghietture, e non per il fatto veridico, da noi trascritto, tutto altro, e differentissimo dal nostro?

C A P. II.

In cui si dimostra la validità della proibizione contenuta nel testamento del fu Mario Crispo.

Non siano conghietture sufficienti per la chiamata de' nipoti, l'essere stati eglino ben due volte considerati colla qualità di *naturali legittimi*: non limiti la regola il *progresso a più gradi*, o per meglio dire a più specie di *sostituzioni*: non la *reciproca*: non finalmente la proibizione della *trebellianica*, e *fiduciarie*, nel corpo dello stesso testamento apposta, e contenuta. Come possiamo persuaderci, che nè meno ciò possa operare l'efficacissima proibizion di alienare, tanto strettamente ingionta, ed espressa, che potrebbe far supporre un *fedecommesso* anche tra collaterali? Noi per dimostrarne maggiore il peso, ne trascriviamo di nuovo le parole:

Item esso Mario Testatore vuole, ordina, e dispone, che detti suoi figli ed eredi non possano in conto veruno, e per qualsivoglia causa vendere, o alienare corpi stabili della sua eredità; solum in caso di urgenza, e necessità possano alienare, e vendere la somma di docuti trecento tantum, e per una sol volta, e non più; quale alienazione di beni per fino a detta somma di docuti trecento

to possa farsi in una , o più volte , e questa dice essere sua volontà . Da questa proibizione ne nascono a nostro favore tante vevoli conghietture , quante sono le parole , che la compongono . Ma ecco che il nostro savio Contraddittore ci opprime con una infinità di Dottori , che tutti esclamano contro noi ; che la proibizione *nuda* , come si è la presente , non possa effetto alcuno produrre , e partorire . Di questo noi ci dobbiamo dar carico .

Prima però di entrare a detto esame , ci si permetta , che avvertiamo , non potersi la presente proibizione riputar *nuda* ; imperciocchè , quantunque non sia specificata dalla solita clausola *ut bona remaneant in familia* , ad ogni modo però venendo preceduta dalla chiamata de' nipoti , sebbene condizionata , sotto la qualità di *naturali legitimi* , ben due volte ripetuta , si uguaglia a quell' altra , di rimanere i beni nella famiglia , rimirando non meno l' una , che l' altra , ed inducendo entrambe la contemplazione dell' *agnazione* . Ma sia *nuda* . La presunta pietà paterna dà prova valevole al Giudice , che sia stata fatta in beneficio de' discendenti , come scrisse *Alciato* sulla limitazione della regola colle parole seguenti : *Sed tamen advertendum hic arbitror , quia licet prohibitio alienationis simpliciter facta ex se non sit efficax , cum tamen de iis bonis facta sit , ad quæ testator per dictam conditionem jus legitimæ successionis liberis reservavit , satis videtur , ex eorum contemplatione fecisse* (1)

Ne questa è stata una capricciosa pensata di questo

D 2

Au-

(1) in titu. de hæredibus instituen.

(2) l. 74. ad trebellia .

Autore, tanto commendabile, che si riconosce come restauratore della Romana Giureprudenza; ma ella è uniforme alla legge seguente: (1): *qui filium; U filiam beebat, testamentum fecerat, U ita de filia eaverat, mando tibi, non testari donec liberi tibi sint: promineavit Imperator, fideicomissum ex hac scriptura dederi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari; petisset ut fratrem suum heredem faceret. sic enim accipiendam eam scripturam; ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.* Questa proibizione, chi non veda, che sia semplice, e nuda, come non vestita da veruna causa espressa? E in tanto può alcuno contendere, che perciò causato non abbia un fedecommesso tra discendenti? Ha risposto il nostro Contraddittore, che la suddetta legge applicabile non riesce per il nostro caso, atteso, secondo la chiosa di *Danello* sulla medesima, la mentovata proibizione operò il fedecommesso *indirettamente*, non potendosi a veruno impedire la facoltà di testare, se però gli si proibisca; intendesi rogato per un tacito fedecommesso a favore dei legittimi: non essendo altri nella sopra riferita specie di detta legge, che il fratello della dotata: che quindi egli fu il successore a' beni della medesima: e che non si deduca però, che, morendo con figli, in virtù di tale obbligazione, fosse rimasta gravata a restituire a loro la robba suddetta. Ma, con sua buona pace, questa è una risposta del tutto insufficiente, non essendo la nostra disputa della qualità del fedecommesso, che dalla suddetta proibizione produceasi: se sia un fedecommesso diretto, o pure obliquo; ma soltanto che un tacito fedecommesso ne

(1) l. 74. ad Trebell.

derivi, e sia in qualsivoglia modo, poiche sempre ci farà favorevole la recata legge, restando comprovato, che la replicata proibizione, quantunque nuda, operi tra' *discendenti*. E se il Giurista non disse, che morendo la figliuola anzidetta, dovessero essere i di lei figli chiamati, non importa; poiche non ne fu richiesto nella occorrenza del caso, ed all' incontro non è stata da noi allegata la suddetta legge per questo secondo caso, ma per il primo solamente; quale già resta pruovato.

Si conferma ciò maggiormente da quel, che hanno scritto comunemente i Dottori sopra la proibizione nuda; tra quali fimmio far capo dal dotto Molina; di cui queste ne sono le parole (1): *nec mirum id censeri debet: cum omnes scribentes indifferenter censent prohibitionis alienationis causam sive expressam, sive ex rei, sive personarum qualitate (noti cioè nostro Contradittore) subintellectam eandem prohibitionem efficacem reddere, nec esse nudum alienationis præceptum illud, quod ex causa tacita, vel subintellecta vestitur, ut sensu Bartolus in l. filius familias §. Divi ff. de legatis primo, ubi Jason. num. 8. U' 26. in prima lectura; et communiter scribentes. Il che viene anche confermato dallo stesso Accursio nella l. quoties C. de fideicommissis con queste parole: U' nota, quod si talis prohibitio, vel præceptum nudum est, non valet, quia non exprimit causam, quare hoc faciat, si autem continet causam expressam, vel aliam tacitam, valet.*

Dalle quali autorità rimangono concordati i contrarj sentimenti de' DD., fra' quali altri hanno scritto, non essere valida la proibizione nuda di alienare, ed altri

(1) *De Hispan. Primogenit. lib. 1. cap. 6. num. 32.*

il contrario ; poiche gli uni l'hanno creduta tale , quando non apparisse nè tacitamente , nè espressamente il favore della persona considerata nella medesima : essendo incivile , il voler proibire il commercio delle cose , senza che apparisse , qual causa avesse indotto il Testatore a ciò fare . Ma non così , quando , non essendo ella espressa , tacitamente si potesse dedurre o dalla indole della stessa cosa , o dalla qualità delle persone , come nel nostro caso , in cui render si può tanto facile , e pronta la ragione , quanto egli è il senso comune della paterna pietà .

E su queste massime inteso ragionare Odierna , dalla stessa Parte canonizzato come in suo favore , quando scrisse in questi termini : *etiamsi illa sit in infinitura scilicet prohibitio ; V in perpetuum facta in memoriam cognominis Testatoris , quia solum ejus favorem respicit ; nec adest aliquis , qui ejus alienationem possit revocare .* Dunque , per non aver ella effetto , vi bisognano due estremi , cioè che sia *voida* ; e che nemmeno tacitamente si possa indagare la persona , in beneficio di cui siasi fatta ; onde Roderio (1) figura lo stesso nostro caso col dire : *sed si testator nullum pariter heredem suum alienandi præceptum injunxit , deinde vera jussit ut in casu alienationis , Tertius admittatur , illa inhibitiõ valida est .* Che le persone considerate tacitamente dal fu Marco Crispo nel suddetto suo testamento siano stati li suoi Nipoti , chiunque mai potrà contenderlo ? Altrimenti ci si assegni la ragione , perche il Testatore , morando già anzidetti suoi figliuoli *senza figli* , abbia voluto nella menzionata proibizione , che non potessero disporre di cosa veruna de' suoi beni ; ma che fossero tut-

(1) *ad de Marini cap. 33. lib. 1. num. 3.*

tutti dell'estraneo sostituto; e morendo poi con figli, abbia voluto, di poter' eglino disporre di tutto liberamente, ed a loro piacere alienarlo, e distraerlo, come pretende l'Avversario?

Ci si oppone nuovamente, dicendosi, che la proibizione suddetta tanto da noi decantata, non possa giovareci come fatta per il sostituto sotto la condizione *si sine filiis*; poichè non essendosi avverata stante la morte dell' Istituito con figli, non possa giovare a' Nipoti del detto Testatore, come una condizione già estinta, e svanita per il caso della sostituzione, che non mai si è avverato.

Ma si scioglie facilmente una tale opposizione sulla considerazione delle circostanze, che la medesima proibizione seguono, ed accompagnano; poichè anche volendo concedere, che sia stata nella lettera del testamento per il sostituto; se però concorre maggior ragione di supponerla per gli discendenti del Testatore, che per il sostituto, non ci possiamo persuadere, come si voglia concedere per questo, e negare per quello: Che sia così, alle pruove.

Se ella non si fosse fatta, forsi gli Eredi avrebbero potuto alienare la robba del Testatore, morendo senza figli? No certamente; poichè anche senza la medesima il sostituto succedendo avrebbe l'alienazione rievocata. Dunque volendosi restringere al sostituto, rimarrebbe per il medesimo vana, ed inutile l'apposta proibizione: poichè anche non apposta sarebbe seguito lo stesso effetto. E qual' è quella clausola, che specialmente ne' testamenti si riputa oziosa? Sopra tutto, quando sarebbe in utile, se s'intendesse a

favore de' proprj discendenti del Testatore ?
 Rimane tal considerazione confermata, nel vederfi proibita detta alienazione a' proprj figliuoli, anche nella occorrenza di *qualunque loro necessità*; onde se rimarasse ella il solo favore del substituto, e non tacitamente quello de' Nipoti, verrebbe a fare questo senso, cioè che il Testatore abbia prediletto più gli estranei substituti, che tutta la sua propria discendenza, con aver voluto, che si conservasse detta roba, e non si alienasse nè per li bisogni estremi de' proprj figli; nè in contemplazione de' proprj suoi Nipoti, a fine di conservarsi per gli estranei substituti: cosa che par troppo assurda si rende al senso comune. Di vantaggio dice il *Testo* della *lettera* del testamento, che non si possa fare tale alienazione ne' bisogni, che avessero potuto avere detti figli, nè meno se avessero voluto farla per la loro *legittima*; onde unisce nel bisogno anche il dritto della *legittima* de' figli. E chi unquamai potrà egli avere il coraggio di dire, che a riguardo del solo substituto abbia voluto proibire a' figli, servirsi nel bisogno del loro dritto della *legittima* in alienare detta roba; senza che in tanto affetto verso gli estranei abbia considerato i suoi Nipoti? Sappiamo benissimo, che non si può la *legittima* proibire; per essere il Padre, morendo, di quella debitore a' proprj figliuoli; ma sappiamo altresì, che anche dagli atti nulli si deduce argomento per la dichiarazione delle volontà: *facit enim hoc tantum* (scrive il Cardinal de Luca (1),) *ad declarandam voluntatem*.

Ma

(1) *De fideicomis. discurs. 220.*

Ma facciamoci più da presso a considerare detta proibizione . Stà ella concepita per via di alienazione per *contratto* , cioè per vendita , ed altro simile . Domandiamo noi , se, morendo senza figli l'istituto, avesse potuto disporre nel suo *testamento* della roba sudetta a favore di chi piacevagli ? Ci si risponderebbe che no, per esserci l'espresseo sostituto, al di cui favore , deve si supporre , di essere stata proibita all'Istituto anche tacitamente la facoltà di *testare* liberamente su la roba, pervenutagli dal Testatore , non ostante che sulla *lettera* si legga proibita la distrazione per *contratto*. Or se detta proibizione concepita *espresseamente* per i *contratti* a favore del sostituto, si estende *tacitamente* anche all'alienazione per l'*ultima volontà* ; perchè non dovrà estendersi anche nell'altro caso , in beneficio cioè de' nipoti , morendo con figli l'erede istituito ? E qui cade in acconcio, fare una considerazione efficacissima , di cui ci eravamo dimenticati . Intanto la proibizione sudetta si legge fatta per i *contratti* ; poichè mai fù fatta dal Testatore in beneficio de' sostituti ; per cui l'avrebbe dovuta concepire ne' termini anche di *ultima volontà* ; ma si bene fù fatta a favore de' proprj nipoti ; per cui bastava soltanto proibire a' figli l'alienazion per *contratti* ; atteso proibita tale alienazione trà vivi , credea , siccome per altro crede ogni uno , che il padre , morendo , tutto , e quanto possiede , lo lascia a proprj figli .

Noi abbiám detto con ragione , ed or lo replichiamo , che tante nella proibizione anzidetta siano le conghietture a noi favorevoli , quante sono le pa-

role , con cui fu ella concepita . In effetti si legge nella medesima dato il permesso agli eredi, di potere, in caso di qualunque bisogno, ed urgente necessità; distrarre de' beni sudetti non altro, che la somma di docati trecento ; Lo che porta , e produce altra conghiettura per i nostri clienti , stanteche , istituito alcuno erede , e gravato a non alienare i beni , se non in certa , e determinata quantità , senza verun altro detto si reputa gravato per il di più a favore de' venienti *ab intestato* . Nella presente controversia , i nipoti sono nell' ordine della legittima successione . Dunque a favore de' medesimi , devesi credere, che il Padre, gravato di non alienare fuori che la sudetta somma concedutagli ; sia , e debbasi credere gravato di restituire il rimanente de' beni agli medesimi . Questa dottrina viene confermata dall' espresso testo in *l. peto* (1) così: *peto , Luci Titii , ut contentus sis centum aureis ; fideicommissum valere placuit ; rescriptum est . . . idem dicemus , si cum ex asse scripisset heredem , ejus gratia , qui legitimus heres futurus esset ita loquatur : peto pro hereditate , quam tibi reliqui , quæque ad fratrem meum jure legitimo rediret , contentus sis centum aureis .*

Finalmente si vede la medesima concepita col nome di *erede* , dicendosi dal Testatore , che *detti suoi eredi non possano alienare*. Nel quale caso , che anche *nuda* operi un fedecommesso , l' hanno rafferriato i Dottori comunemente per eccezion della regola ; Quindi così scrisse Rustico (2) : *Secundo limita , cum fili*

(1) *ff. de legatis 2.*

(2) *An , U quando lib. 3. cap. v.*

Illi sunt positi in conditione tamquam filii ; & prohibitio esset facta tanquam heredibus , quia sunt prohibiti omnes hæredes alienare ; ut per Carolum Ruina cons. 113.

Ma vogliamo essere liberalissimi ad accordare , che la medesima proibizione sia stata fatta per il sostituto. Che per ciò? Non si dovrà forse estendere anche per gli nipoti, concorrendo con questi maggior ragione , o almeno uguale col sostituto? Ne' quali termini non si vuol da noi estendere un fedecommesso da un caso all'altro, se non che per via di *compreensione* , per cui si estendono anche le leggi penali. Su ciò leggati di *grazia* il testo seguente (1) : *Matre , & uxore heredibus institutis ; ita cavit : A te uxor charissima peto , ne quid post mortem tuam fratribus tuis relinquant ; habes filios sororum tuarum ; quibus relinquant . Scis unum fratrem tuum filium nostrum occidisse ; dum ei rapinam faceret ; sed & alia mihi deteriora fecit ; quero cum uxor intestata decesserit ; & legitima ejus hereditas ad fratrem pertineret : an sororis filii fideicommissum ab eo petere possint ? Respondi , posse defendi , fideicommissum deberi .* Nella legge sudetta la proibizione nel solo caso del testamento era ella ristretta ; ma perchè nell'uno, e nell'altro caso, cioè così nella successione testamentaria , che legittima concorrevano lo stesso fine del testatore, ch'era l' odio contra il delinquente , ed all' incontro la predilezione ancora de' suoi nipoti ; perciò si estese, in virtù della *compreensione* , la proibizione , e per essa il fedecommesso da un caso all' altro . Dunque perchè lo stesso non dovrà dirsi nel nostro caso , in cui concor-

E 2

re

(1) *L. Codicillis 91. ff. de legatis 2.*

re maggior ragione per i discendenti ; che per lo sostituto , o al meno uguale a quello ?

I Signori saviissimi Giudici ci permettano , di addurre noi un'altra legge , confacente al caso , (e colla medesima daremo fine alla presente scrittura).
Ella è la seguente (1) : *Pater qui dotem promisit , patet ut post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia , portio dotis apud heredem suum fratrem maneret ; ea conventio liberis a socero postea susceptis , et heredibus testamento relictis per exceptionem doli mali proderit : cum inter contrahentes id actum sit ; ut heredibus consulatur : Et illa tempore , quo pater alios filios non habuit ; in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur.* Nella legge suddetta trattavasi di una porzione della eredità , di cui era il patto reversivo convenuto per il fratello dello stesso dotante . Di più trattavasi di contratto , e non di testamento , che molto ampiamente s'interpretra : Trattavasi di un patto convenuto per stipulazione , la quale non può giovare , se non che a' contraenti . E pure , non ostantino le cose suddette , il patto reversivo dal fratello si estese a' figliuoli del dotante ; atteso egli allorchè convenne così , non avendo figli , si dava a credere , che il suo fratello esser dovea il suo erede . Ciò supposto , che disparità vi può essere , se noi diciamo che quanto ha disposto il testatore per il sostituto , estender si possa pur anche per i nipoti del testatore ? Imperciocchè , avendo egli ordinata la sostituzione , e per osservanza del-

(1) *Leg. tale pactum 40. ff. de pactis*

della medesima la proibizione suddetta, credeva, che non avesse il suo figlio ad avere figli.

Ci si oppone la decisione fatta nella causa del Principe di *Cardito*, in cui concorrevano tutte le conghietture occorrenti nella nostra causa; e ciò non ostante si decise per i creditori, cioè per la libertà de' beni. Però fa d'vuopo considerare più cose nella decisione suddetta. Primo il non esserci stato *substituto estraneo*, per cui ~~è potène dire, che se sia or-~~ ~~dinata~~ la proibizione per un *estraneo*; maggiormente per i suoi propri *discendenti*. Secondo, che quantunque siavi stata la proibizione di alienare, questa però fu concepita, non per via di *principale orazione*, ma come *accessoria* alle chiamate immediatamente. Onde non è meraviglia, che non si potè dedurre conghiettura di tacito fedecomeſſo; siccome deduceſi, allorchè la proibizione è in *orazione separata*, per via di *principale disposizione*, come è la nostra; la quale, secondo scrisse *Capecelatro*, è abile di estendere il fedecomeſſo da caso a caso (1). Finalmente detta proibizione fu concepita per i figliuoli eredi istituiti, non con quella forza, ed efficacia, con cui leggesi la nostra, la quale giunge a proibire la suddetta alienazione *per qualunque bisogno, ed urgente necessità*, che i figliuoli del testatore avessero potuto avere: cosa, che indica manifestamente una *enissà* volontà del testatore. Quindi, occorrendo tante varie circostanze in questa causa, quali mancarono in quella di *Cardito*; chi può dire, che sia ella applicabile: ricedendosi dall' argomento delle de-

ci-

(1) *Decis.* 118.

(38)

cisioni per qualunque picciola differente circostanza?
Questo è quanto abbiam potuto debolmente con-
siderare per la difesa della causa presente . Per il di
più preghiamo i Signori del S. C. acciò col di lor va-
lore suppliscano alle nostre mancanze .

Napoli 11. Febrajo 1762.

Giuseppe Toscano *Inferior-ordinario*

VAM
151 6485