ATTENZIONE
L'ORIGINALE DI QUESTO DOCUMENTO APPARTIENE ALLA "*STAATSBIBLIOTHEK ZU BERLIN*"

È PROIBITA OGNI ULTERIORE RIPRODUZIONE O DUPLICAZIONE CON QUALSIASI MEZZO

CONFORME LA SEGUENTE AUTORIZZAZIONE DELL'ENTE PROPRIETARIO

Da: **Schriftl.Auskunft, H1** H1Funktionskennung.SchriftlAuskunftH1@sbb.spk-berlin.de
Oggetto: AW: pubblicazione in internet
Data: 22 dicembre 2016 09:58
A: roberto@vergaracaffarelli.it

HS

Sehr geehrter Herr Vergara Caffarelli,

gerne erteilen wir Ihnen hiermit die Genehmigung zur Veröffentlichung des Digitalisates bzw. einer Reproduktion desselben aus unserem Bestand auf Ihren Webseiten www.vergaracaffarelli.it e www.vergaracaffarelli.eu.

Jegliche andere oder weitere Verwendung bedarf der vorherigen ausdrücklichen schriftlichen Genehmigung durch die Staatsbibliothek zu Berlin. Der Quellennachweis sollte,
wie nachstehend beschrieben, erfolgen: „Staatsbibliothek zu Berlin – Preußischer Kulturbesitz, Signatur Hk 12740“

Sollte das Werk als Ganzes oder Teile desselben noch urheberrechtlich geschützt sein, so liegt die Wahrung der dafür geltenden gesetzlichen Regelungen vollständig und ausschließlich bei Ihnen. Sie sind verpflichtet, die Zustimmung des Rechteinhabers vor einer Veröffentlichung einzuholen. Entsprechende Recherchen müssen ebenfalls durch Sie erfolgen.

Mit freundlichen Grüßen
Sabine Tolksdorf

Staatsbibliothek zu Berlin - Preussischer Kulturbesitz -
Benutzungsabteilung - Schriftliche Auskunft -
Unter den Linden 8, 10102 Berlin

Tel.: (030) 266-43 39 63
FAX: (030) 266-33 37 01
E-Mail: schriftl.ausk.h1@sbb.spk-berlin.de

THE PRESENT COPY BELONGS TO STATE LIBRARY BERLIN

Staatsbibliothek zu Berlin - Preussischer Kulturbesitz -
Benutzungsabteilung - Schriftliche Auskunft -
Unter den Linden 8, 10102 Berlin

AVVISO PER CHI LEGGE

E' proibita ogni ulteriore riproduzione o
duplicazione con qualsiasi mezzo

Regio Tribunale. Civile e Correzionale di Roma

NELLA CAUSA CIVILE FORMALE

DI PRETESA IMMISSIONE

PER

S. E. il Sig. Duca D. Giuseppe Caffarelli

CONTRO

**I Signori Marchese Alessandro Del Gallo,
Conte Pietro Andreozzi, e Marchese Luigi Lepri**

DISPUTA CON ALLEGATI

Preußische Staatsbibliothek Berlin

ROMA
Tip. Piazza Agonale N. 14.
1871

FoR 2.42
II 1925. 5589

ROMANA

DI

PRETESA IMMISSIONE

Illmi ed Eccmi Signori

1 Baldassare Caffarelli Cavaliere professo dell' Ordine di S. Giacomo, che essendo privo di prole aveva nondimeno accumulato un pingue patrimonio, nel 1661, in occasione che il suo nipote Giovanni Pietro Caffarelli conduceva in moglie la donzella Giovanna Battista Curti, PER IL DESIDERIO DI VEDERE PROPAGATA LA SUA NOBILISSIMA CASA, *la quale sempre meglio risplende quando il primogenito abbia migliore commodità di sostenersi* =, donava allo stesso Marchese Giovanni Pietro annui scudi seicento = *per se e successivamente per li suoi primogeniti MASCHI IN INFINITO, lasciando sempre nelli discendenti di esso signor Marchese l' ordine della primogenitura, come meglio si esplicherà, nell'istromento di ciò da farsi solennemente* =. Questo istromento fu in seguito omesso, sia perchè bastava la obbligazione assunta da Baldassarre nei capitoli matrimoniali, sia perchè questi aveva in animo di aggiungere ai seicento scudi tutto il suo avere nel testamento che avrebbe vergato. E questo testamento che fu aperto il giorno 7 Agosto 1670, è informato da tale spirito di rigorosa agnazione, che forse non vi ha eguale.

2 In esso il testatore chiama prima « *erede l' Illustrissimo sig. Marchese Don Gio. Pietro Caffarelli mio dilettissimo*

nipote, al quale in qualsivoglia tempo sostituisco IN PERPETUO volgarmente e per fidecommisso tutti li suoi DISCENDENTI MASCHI per ordine però di primogenitura, talmentechè li miei beni devino andare di primogenito in primogenito servata sempre la unione dei beni in un solo ». A questa sostituzione il testatore ne aggiunge una seconda: « *mancando tutti li predetti discendenti, istituisco parimenti volgarmente e per fidecommisso Monsignor Illustrissimo Francesco Caffarelli suo fratello e mio dilettissimo nipote e TUTTI LI SUOI DISCENDENTI MASCHI IN PERPETUO, coll' ordine però della primogenitura* ». Quindi una terza e una quarta a pro degli altri due nipoti Alessandro e Niccolò, e poscia una quinta, a pro di = *tutti i figli maschi dell' Illustrissimo sig. Duca D. Gaspare mio fratello e tutti li loro DISCENDENTI MASCHI IN PERPETUO, riservato però l' ordine della primogenitura, e integrità dei beni come sopra, proibendo qualunque detrazione di trebellianica, e qualsivoglia altra alienazione etiam latissime sumpto vocabulo nella quale intendo comprendere le locazioni a lungo tempo, e l' alienazione della sola commodità dei frutti, NON OSTANTE qualsivoglia CAUSA URGENTISSIMA EZIANDIO DI SCHIAVITUDINE E DI ALIMENTI* =.

3 La ragione di queste disposizioni e clausole tanto violente, la indica il testatore, che soggiunge: « E QUESTO ACCIO' TUTTA LA ROBA SI CONSERVI SEMPRE *e in perpetuo si mantenga unita*, E INTATTA PER IL LUSTRO E MANTENIMENTO DI CASA CAFFARELLI, *e alienando e obligando, o impegnando come sopra cosa nessuna della mia presente eredità, in tale caso, e senza alcun vizio di spoglio decada da ogni commodo di questa presente mia eredità, e deve succedere l'altro chiamato* =. Così, dovendosi per dritto osservare la chiara volontà del testatore, se per sventura il suo nipote ed erede Gio. Pietro fosse caduto in mano di un corsaro di Algeri o di Tunisi, sarebbe rimasto schiavo, senza potersi redimere colla distrazione di una qualunque parte delle sostanze primogeniali. Tanto era lo studio di Baldassarre, non dirò lodevole, ma pure manifestamente espresso ineluttabile, per il mantenimento e il lustro del nome Caffarelli!

4 Del che il testamento da una altra prova nelle sostituzioni che succedono, nelle quali il testatore prima di rivolgersi a Virginia e Anastasia sue nipoti, figlie del

suo fratello Gaspare e sorelle di Gio. Pietro primo chiamato, va in traccia del nome Caffarelli: prescegliendo Pietro Caffarelli suo cugino in terzo grado. Imperocchè dice: « *E mancando ciascheduno dei suddetti miei nipoti senza lasciare di se DISCENDENTI MASCHI, o mancando in qualsivoglia tempo li detti discendenti MASCHI, in tale caso deva succedere e chiamo nella presente mia eredità come sopra il primogenito che nascerà dall' Illmo sig. Pietro Caffarelli e Donna Lucrezia Caetani sua moglie, e dopo di esso gli altri suoi figli maschi legittimi e naturali, e morendo detta signora Donna Lucrezia, pigliando detto sig. Pietro altra moglie, deva parimenti succedere il primogenito maschio che di detta sua futura moglie nascerà, e dopo esso primogenito gli altri, e IN SOMMA TUTTI GLI ALTRI DISCENDENTI MASCHJ IN PERPETUO di detto sig. Pietro, con l'ordine però della primogenitura nel modo espresso di sopra, e con tutte e singole proibizioni esposte di sopra* ».

5 Che se fosse pure mancata la discendenza mascolina di Pietro Caffarelli, in quel caso pensò il testatore a conservare il nome Caffarelli con agnazione fittizia, e chiamò i primogeniti e discendenti maschi in perpetuo delle sue nipoti Virginia e Anastasia, con la condizione che si intende « *ripetuto in perpetuo l'ordine della primogenitura, e unità dei beni, e tutte le proibizioni di sopra espresse, CON OBLIGO DI LASCIARE INTIERAMENTE IL PROPRIO COGNOME E AVERE A PIGLIARE IL SOLO NOME E ARMA CAFFARELLI, e in caso di contravenzione: succeda quello che è successivamente chiamato* ». Onde poi non potesse restare dubbio che ricusava e toglieva l'emolumento della sua eredità alle femmine, e ai loro figli e discendenti, le escluse *per modo di regola*, e dopo fatte tutte le sostituzioni fin qui enunciate, conchiuse: « *Dichiaro inoltre circa le mie sostituzioni che intendo essere SEMPRE ESCLUSE LE FEMMINE, nè volendo che di detti miei beni si possa fare detrazione di sorta alcuna, ma passi tutta la mia robba intieramente di chiamato in chiamato sino all' ULTIMO, quale non avendo figli, che a DIO non piaccia, adotti e chiami un GENTILUOMO ROMANO legittimo, timorato di DIO, CON CHE PIGLI L'ARMA E IL NOME DELLA FAMIGLIA PER LA PERPETUAZIONE della roba e famiglia Caffarelli* ».

6 Nè tante sedi di vocazione, e la fittizia agnazione da conseguirsi per mezzo dei maschi di Virginia e Ana-

stasia, e della adozione di gentiluomo estraneo, bastarono alla previdenza di Baldassarre per rassicurarlo che avrebbe conservato in perpetuo il nome Caffarelli, che era il suo scopo prediletto. Imperocchè proseguì. *E non facendo l'ultimo chiamato la adozione, o arrogazione, oppure mancando la discendenza MASCOLINA di detti arrogati, e adottati, allora supplico la Santità del Sommo Pontefice che sarà pro tempore a volere NOMINARE, a questa mia eredità un GENTILUOMO ROMANO, quale deve succedere colle condizioni, e vincoli, e proibizioni di sopra espressi, e DOPO DI LUI TUTTI LI DISCENDENTI MASCHI in perpetuo e mancando la predetta discendenza mascolina* (del nominato) *supplico parimenti la Santità del Sommo Pontefice che sarà pro tempore, a volere parimenti nominare un gentiluomo romano, acciò il medesimo e i suoi DISCENDENTI MASCHI IN INFINITO succedino nella mia eredità, con li medesimi vincoli e altri pesi di sopra espressi, e così supplico vivamente tutti gli altri Sommi Pontefici che saranno pro tempore a volere fare tale NOMINAZIONE OGNI VOLTA CHE MANCHI LA DISCENDENZA MASCOLINA NOMINATA per prima* (*allegat. num.* 1).

7 Dopo la morte di Baldassarre la di lui eredità passò nel primo chiamato Gian Pietro, e da questo nel fratello Alessandro, al quale subentrò il di lui primogenito Baldassarre, e poscia un altro Alessandro primogenito di questo ultimo. Baldassarre ebbe prole numerosa, cioè, oltre il primogenito Alessandro, due figlie Eleonora e Marianna, e tre altri maschi Gaspare, Giovanni Battista, e Gaetano. Invece dal di lui figlio Alessandro nacquero solo due femmine Costanza e Marianna. (*allegat. n.* 2). Esso era dolente di non avere prole maschile, e avrebbe desiderato che la primogenitura dopo la sua morte avesse progredito nei figli maschi nascituri dalle sue figlie. Vagheggiava quella stessa pretesa che ora pone in campo il sig. Marchese Del Gallo, che in forza della teorica di *Fulgosio* spettasse ai maschi delle femmine, una *vocazione prelativa* a fronte dei chiamati collaterali. Ma si opponeva Gaetano, e da ciò sorse una lite. Nella quale. « *Quemadmodum ferebat praeventivi judicii indoles* (sono parole della Decisione della Rota Romana successionis quoad primogenituram Baltaxaris Caffarelli, del giorno 2 Maggio 1785 innanzi Resta) *supponebantur jam natos masculos alterutrius ex filiabus Alexandri;*

et hujusmodi masculos cum agnatis de successione contendere ».

8 L'esito di questa lite, fu pienamente contrario alle donne Caffarelli e ai loro discendenti, come prosegue a narrare il § 3 della indicata Decisione « ivi » Cum « enim Bona omnia coaluerint in Ducem Alexandrum « Caffarellium, cui binae solum adnatae sunt Foemi- « nae nullus autem masculus, cumque sospes adhuc sit « Cajetanus Caffarellius Frater Alexandri secundogenitus, « et ex ipso plures ortum habuerint Filii Masculi, in « quibus Agnatio Caffarellia durat adhuc, diuque vi- « gebit, orta inter ipsos controversia, utrum deficiente « Alexandro sine Filiis Masculis, tranferri debeant Pri- « mogeniturae Bona in Cajetanum Caffarellium, ejusque « Filios Masculos, seu potius ad Filias Faeminas Ale- « xandri, Filiosque masculos ex Faeminis nascituros. « Cum Amicorum consilia in irritum cesserint, ideoque « nequiverint obortae quaestiones (quemadmodum Fra- « tres decet) transactione componi, in Forum traduci « debuit controversia. Atque hinc Cajetanus Caffarellius, « accedente etiam consensu Fratris, supplex stetit Pon- « tifici optimo maximo, ut veniam faceret disserendi « in Judicio praeventivo, tum De Bonis ad Primoge- « nituram Equitis Baltaxaris referendis tum de aliis « Fideicommissis a Majoribus Familiae Caffarelliae pro- « fisciscentibus. Votis annuit Princeps sacratissimus, « Causaque huic Sacro Auditorio commissa est = prae- « viis duobus, et appellatione remota = ab omnibus « Dominis definienda. Delata ad me controversia, se- « ptem subscripta sunt Dubia, quorum primum Pri- « mogenituram Equitis Baltaxarris intuetur. Quamobrem « tota Aula suffragante rogavi hoc mane DD. = An Ca- « jetano ejusque Filiis Masculis competat jus succe- « dendi in casu etc. = et meo quoque accedente suf- « fragio, responsum prodiit AFFIRMATIVE. » Questa decisione fu confermata da altre due, la prima del giorno 3 Febbrajo 1786, e la seconda del giorno 9 Giugno dello stesso anno; alle quali tenne dietro la regiudicata.

9 In forza di questa regiudicata la primogenitura, tolto ai vivi Alessandro, passò in Gaetano, e da questi nel di lui figlio primogenito Baldassarre. che essendo morto senza prole la trasmise al fratello secondogenito Gaetano giuniore. Questi ebbe tre figli, Giuseppe, Luigi, e Costanza. Il secondo contrasse matrimonio, dal quale non ebbe figli. Giuseppe visse celibe, e passò a mi-

glior vita il giorno 31 Gennajo del corrente anno 1871. Costanza era premorta. Gaetano giuniore padre di Giuseppe, aveva avute due sorelle Teresa e Carolina, figlie di Gaetano seniore, date a marito la prima al Marchese Alessandro Curti Lepri, la seconda al Conte Antonio Negroni. Da Teresa nacquero Anna, Paola, e Carlo, morti senza discendenza, e Anna poi moglie del Marchese del Gallo, della quale è figlio Alessandro Marchese del Gallo che ora abbiamo avversario. Da Carolina e dal Conte Antonio Negroni ebbe vita il cliente Conte Giuseppe Negroni. *(Al eg. num. 2)*.

10 Se il testamento di Baldassarre fondatore della primogenitura contenesse una vocazione sussidiaria per i maschi delle femmine, tranne quelli di Anastasia e Virginia che il testatore espressamente contemplò come stipite di agnazione fittizia) il cliente Conte Giuseppe Negroni sarebbe stato chiamato a preferenza del signor Marchese Alessandro Del Gallo, come vedremo in seguito. Ma egli conosceva che questa vocazione non vi ha, e che secondo il testamento di Baldassarre si doveva far luogo alla *nomina* per parte del Sommo Pontefice, di un gentiluomo romano che assumesse il nome, la rappresentanza della casa Cafffarelli. Quindi chiese e ottenne questa nominazione, e in virtù di essa prese possesso dei beni primogeniali *(alleg. n. 6 e 7)*. Senonchè venne in campo il sig. Marchese Del Gallo, e intimò al cliente una citazione per la quale intenderebbe conseguire la primogenitura *(alleg. num. 10)* impugnando l'assunto contrario, noi mostreremo: 1. Che il Conte Giuseppe Negroni sta legittimamente in possesso della primogenitura. 2. Che i maschi discendenti dalle femmine di Gaetano Caffarelli non hanno affatto vocazione all'eredità di Baldassare, 3. Che se per falsa ipotesi si volesse supporre questa pretesa vocazione sussidiaria, al Conte Giuseppe Negroni competerebbe prelativamente questa vocazione a fronte del Marchese Alessandro Del Gallo.

I.

Si dimostra che il Conte Negroni sta giustamente in possesso della primogenitura Caffarelli.

11 Il titolo in forza del quale il Conte Negroni prese possesso dei beni primogeniali, col quale intende conser-

varli, è la nomina pontificia emessa in consonanza del testamento di Baldassarre Caffarelli fondatore della primogenitura. In esso il testatore chiama al godimento della sua eredità i primogeniti maschi dei suoi nipoti Gio. Pietro, Francesco, Alessandro, Niccola Caffarelli, e di tutti gli altri primogeniti dei figli maschi che fossero nati in seguito dal suo fratello Gaspare, e dopo essi secondo l'ordine graduale di vocazione tutti i *discendenti maschi* dei suddetti primogeniti. Che se questi fossero in qualunque tempo venuti meno, voleva deferita l'eredità fidecommissaria al primogenito di Pietro Caffarelli suo *agnato* collaterale in terzo grado, e ai *discendenti maschi* di questo primogenito, o degli altri figli maschi di Pietro. Se i discendenti maschi del suo cugino Pietro fossero per avventura mancati, Baldassarre sostituiva i primogeniti e *discendenti maschi* in perpetuo delle sue nipoti figlie del fratello Gaspare Virginia e Anastasia, nei quali formava primieramente la sua agnazione fittizia.

12 Esiste un discendente maschio di tutti i primogeniti enunciati fin quì dal testatore? No. E' dunque mestieri dar luogo al secondo e al terzo modo di agnazione fittizia voluto da Baldassarre, cioè *l'adozione* per parte dell'ultimo possessore di un gentiluomo romano, che smetta il proprio nome, e assuma esclusivamente il nome e lo stemma Caffarelli, ovvero la *nominazione* per parte del Pontefice di un gentiluomo romano, colle stesse condizioni. L'ultimo possessore della primogenitura, Giuseppe Caffarelli tolto ai vivi da morte improvvisa non compì la adozione. Pertanto si fa luogo all'altro precetto di Baldassarre: che alludeva ad una terza agnazione fittizia: « *e non facendo l'ultimo chiamato la adozione, o arrogazione, oppure mancando la discendenza mascolina di detti arrogati e adottati allora supplico la Santità del Sommo Pontefice che sarà pro tempore a volere NOMINARE a questa mia eredità un gentiluomo romano, quale deva succedere colle condizioni, e vincoli, e proibizioni di sopra espressi, e dopo di lui tutti li discendenti maschi in perpetuo.* »

13 Il Conte Negroni ha conseguita questa nomina dal Pontefice, *(alleg. num. 6)* che nel farla non era altro che il mandatario o erede fiduciario del defunto, e l'eco della di lui voce. E questa nominazione del Pontefice si deve ritenere come fatta direttamente da Baldassarre, secondo il precetto di Papiniano nella legge 67

ff. de legat. 2 che dice: « Unum ex familia propter fideicommissum a se cum moreretur relictum heredem eligere debet: ei quem elegit frustra testamento suo legat, quod posteaquam electus est ex alio testamento petere potest. Si falcidia quaeratur perinde, omnia servabuntur ac si nominatim ei qui postea electus est, primo testamento fideicommissum relictum fuisset. » Quindi mentre attesa la morte di Giuseppe è aperta la progressiva successione nella primogenitura, e si è verificata la *condizione* per la quale il cliente poteva conseguirla, nessuno può contrastargliene il godimento, nè subordinare il di lui dritto ad altre condizioni. « *Una est conditio* (così la Rota nella decisione 186 innanzi Olivazzi num. 10) *extinctio nempe lineae masculinae Caesarei. Hac itaque superventa, purificataque, non est condit oni conditio adjicienda, Palma dec. Lucen. 458 num. 96 tom. 5, Surd. dec. 220 num. 36, Rot. in Romana, seu Firmana fideicommissi de Burattis 20 Januarii 1751 § 5 coram Rmo Migazzi* » Queste cose sono ovvie, e non hanno bisogno di altre parole.

II.

Il testamento esclude la pretesa vocazione per medium foeminae del Marchese Del Gallo.

14 Pretende però l'avversario che colla morte di Giuseppe « *si fece luogo alla successione e chiamata alla detta primogenitura in favore dei primogeniti maschi nati dalle figlie femmine del nominato D. Gaetano Seniore quali discendenti più prossimi del Duca Gaspare Caffarelli più prossimi all' ultimo possessore della stessa primogenitura D.Giuseppe e che esso come nepote ex filia, e perciò figlio primogenito della primogenita di D. Gaetano Seniore Donna Teresa Caffarelli in Curti Lepri in preferenza a qualunque altro discendente è chiamato al possesso e godimento della primogenitura* » (*alleg. num.* 8). E' vera, può essere legalmente difesa questa pretesa vocazione dei *discendenti maschi ex filia* di Gaetano? Rispondiamo che questi discendenti per mezzo di femmina sono espressamente esclusi e privati di qualsiasi vocazione dal testatore.

15 Infatti i discendenti di Gaetano nipote *ex filio* di Alessandro, che insieme con i suoi discendenti maschi fu nominatamente sostituito dal testatore al primo erede Gian Pietro, non hanno certo dritto e vocazione migliore dei discendenti di Gian Pietro, di Francesco, di Alessandro avo di Gaetano, di Nicolò, perchè Gaetano ebbe solo ripetuta in se la vocazione del suo nonno. Ora Baldassarre in mancanza dei discendenti *ex masculo* dei primi istituiti e sostituiti, invece di lasciare adito alla sussidiaria vocazione dei maschi delle femmine, chiamò nominatamente il primogenito maschio di Pietro suo cugino in terzo grado, e i di lui discendenti maschi. Nè può esservi luogo a vocazione implicita, sussidiaria dei maschi delle femmine, a fronte di una vocazione espressa a favore di un altro o maschio per mezzo di maschio, o anche maschio per via di donna, come è stato deciso non ha guari dalla S. Rota, nella causa agitata con molto apparato di dottrina fra il Marchese Bellisomi e il Conte Carpegna per la primogenitura Falconieri.

16 Potrei anche rispondere che la pretesa vocazione dei discendenti maschi delle figlie di Gaetano Seniore, fu esclusa dalla regiudicata del 1786, pronunciata dall'intiero Tribunale della S. Rota previe tre decisioni. Imperocchè le femmine di Gaetano e i loro discendenti, non valevano e non valgono di più, che le femmine discendenti di Alessandro fratello primogenito di Gaetano, pronipote come lui di Gaspare fratello di Baldassarre che creò la primogenitura. Ma queste figlie di Alessandro, Costanza e Marianna, la regiudicata rotale le dichiarò prive di vocazione, sia per se, sia per i loro discendenti maschi. Anzi Gaetano a cui l'avversario fa appello, fu appunto quello che propugnò in giudizio e ottenne tale esclusione. Come dunque si potrebbe oggi sostenere per le figlie di Gaetano l'opposto di quello che una solenne regiudicata sancì per le figlie di Alessandro? La eccezione della regiudicata non chiude l'adito ad ogni discussione? Imperocchè un giudicato fra chiamati ad un fidecommisso sulla intelligenza del testamento o di altro atto che diè vita al fidecommisso, fa stato, ed è operativo anche per gli altri chiamati in grado ulteriore, essendo identica la *cosa* posta in questione, le persone che vengono, non in nome proprio, ma come *chiamati* al sostentamento e al progresso della fondazione primogeniale, e la *causa petendi* eguale progressivamente in tutti i gradi. Non è qui luogo alla regola, « *Cum quis aliquid novi juris obtinuerit, (leg. 1 ff. quod quisque juris etc.) eodem jure adversus eum decernetur, scilicet ut quod ipse in alterius personam aequum*

esse credidisset, id ipse in ipsius quoque personam valere patiatur? » Queste brevi considerazioni rendono inammissibile la contraria azione.

17 Nondimeno accenneremo le teorie che la giurisprudenza aveva adottate in questa materia. La prima regola, la costantemente adottata fu sempre quella delle dodici tavole « *paterfamilias uti legasset ita jus esto* », essendo il testamento testimonio e l'espressione della volontà del defunto. Ma Papiniano nella *leg. Cum Avus* 102 *ff. de condit. et demost.* nel caso di un avo che aveva istituito il nepote e sostituito a questo lo zio, « *si intra annum trigesimum moreretur* », aveva insegnato che non si dovesse far luogo al sostituito se l'erede morisse lasciando figli « *conjectura pietatis quod minus scriptum quam dictum inveniretur* », perchè non si dovrà supporre che il testatore volesse togliere ai figli dell'erede quello che aveva dato all'erede. Inerendo a questo precetto *Fulgosio* nel *Consil.* 85, nella specie di una DONNA che fondava un fidecommisso progressivo, chiamando ad esso i suoi figli maschi e loro discendenti, e poscia in difetto sostituiva la Chiesa, opinò che mancando i maschi di maschio, prima di dare la eredità alla Chiesa si dovessero ammettere i maschi delle femmine. Questa opinione parve equa e fu ricevuta nel foro, attesa la naturale predilezione della testatrice per il suo sangue anche per via di donna come essa era.

18 La congettura peraltro che nasce dall'amore della madre per la propria prole, non toglie che si adotti la opinione contraria esclusiva dei maschi delle femmine, se il testamento somministri presunzioni contrarie più potenti. Citerò *De Luca disc.* 24 *de fideicommis. num.* 10 che dopo avere detto che queste questioni si devono decidere secondo il complesso del testamento, soggiunge « Ubi agitur de dispositione ordinata PER FOEMINAM « cum ejus filiis et descendentibus masculis, et tunc « quia tales filii vel descendentes exituri non sunt de « familia testatricis, cum non matris sed patris famil- « liam filii sequantur, dici non potest contemplata « agnatio, sed potius contemplatus sexus, et consequen- « ter quidquid ex originali opinione Castrensis in l. « Gallus, § numquid a lege ff. de liberis, et posthum. « teneant Landerch. cons. 153, et alii supra pro hac « opinione allegati, ut non veniant nisi masculi ex ma- « sculis. Attamen verius est omnes indefinite venire, « spectato solo sexu, et non curato medio juxta d.

« cons. 85 Fulgos. quod PERCURIT ISTUM CASUM « PRAECISUM FIDEICOMMISSI ORDINARI PER FAEMI- « NAM, unde propterea recte ista opinio recepta est « pro regula, sed in casu suo fideicommissi, quod si « non passive quoad vocatos, active tamen quoad vo- « cantem dici potest FOEMININUM, non habens praesum- « ptionem contemplationis agnationis alias ex vocatione « masculorum, et spretu foeminarum resultantem, et « de isto casu, agitur per Rotam d. dec. 402 par. 9 « recen. Et nihilominus ista est nuda juris praesum- « ptio, quae cedere debet contrariae probationi, vel « etiam contrariis praesumptionibus et conjecturis agna- « tionis contemplationem praeferentibus vel quia mulier « instituat fratres, vel alios masculos agnatos, cum quo- « rum masculina posteritate fideicommissum instituat, « vel alios descendentes masculos primo instituerit, in « eorum masculina posteritate fideicommissum ordi- « nando ».

19 Ma nel caso contrario di un *maschio*, specialmente se sia un collaterale che non abbia figli, che si ritiene ordinariamente fondare il fidecommisso per la conservazione della agnazione, e per il lustro della famiglia, che nei secoli scorsi era il desiderio in molti predominante, la presunzione si ritorce, e non si ammette la teorica di *Fulgosio* se non come eccezione, quando il testamento somministri congetture stringenti in questo senso « Ubi vero testator (aggiunge il medesimo au- « tore) masculos, spretis faeminis, etiam propriis filia- « bus cognitis et dilectis, solos vel descendentes aut « fratres, et transversales masculos instituit, ordinando « fideicommissum in eorum descendentia et posteritate « masculina, qua defecta immediatum transitum facit « ad alios tranversales masculos agnatos, tunc proba- « bilius videtur in dubio REGULAM ESSE IN CONTRA- « RIUM, ut scilicet censeatur contemplata agnatio, ideo- « que non veniant nisi masculi agnati et per mascu- « lum, juxta opinionem de qua supra num. 3 quam « admittit idem Bellon. jun. acerrimus defensor cogna- « torum etiam per duplex medium foemininum, d.cons. « 72 num. 1, et cons. 73 num. 17, ET ADMITTERE « VIDENTUR OMNES, collecti per Fusar. dicta quaest. « 404 et alii de quibus supra, restringentes hujusmodi « quaestionem ad primum, vel secundum casus prae- « cedentes, quoniam id clare praeseferre videtur ani- « mum continuationis bonorum in agnatione, a qua

« non exeant; Quamvis et ista quoque sit juris prae-
« sumptio in dubio attendenda, quae cessare debet ex
« contrariis praesumptionibus vel facti circumstantiis ».

20 E questa sentenza ha pur essa riscontro e sostegno nel dritto comune, perchè insegna la leg. *Ex facto § Si quis rogat. ff ad Senatuscons. Trebbel.*, « Voluntatis quae-
« stio videbitur esse de quibus liberis testator senserit,
« sed hoc ex voluntate, dignitate, et conditione ejus
« qui fideicommisit accipiendum est ». Parimenti è nella leg. *in ratione § si filio ad leg. Falcid.* « Ut enim
« patris opes et contributio legatorum inde capiunt
« formam et originem ita plures substituti revocandi
« sunt ad intellectum institutionis ».

21 Nel tema di un fidecommisso femminino in cui la regola sta per l'ammissione dei maschi per mezzo di donna, le congetture che ne importano invece la esclusione sono tre secondo i forensi, cioè, primo, una *concatenata vocazione di maschi di maschio*, secondo la *esclusione delle femmine per regola*, terzo la dimostrazione risultante da tutto il contesto del testamento di un *stretto* e rigoroso *voto di agnazione*. Supponendo contro la verità che il testamento di Baldassarre Caffarelli contenesse una istituzione soggetta in genere alla teorica di *Fulgosio*, nondimeno saremmo nel caso della eccezione. In questo testamento non vi ha solo uno dei tre estremi che importano la esclusione dei maschi delle donne, ma concorrono tutti tre. Infatti egli istituì da principio Gian Pietro primogenito del suo fratello Gaspare, al quale sostituì tutti i di lui *discendenti maschi in perpetuo*, poi chiamò Francesco, Alessandro, Nicolò e i loro discendenti maschi in perpetuo. E prima di ricercare un'erede nelle sue nipoti Virginia e Anastasia rivolse lo sguardo e attribuì espressamente la vocazione al primogenito del suo cugino Pietro Caffarelli, e ai di lui discendenti maschi in perpetuo. Quindi abbiamo una serie concatenata di *cinque vocazioni*, nelle quali il testatore chiama il maschio, e i di lui maschi.

22 Nè sarebbe da aversi a calcolo la osservazione che la concatenazione dei chiamati maschi non risulta dalla ripetizione di essi per tre gradi successivi in una stessa linea, ma dalla riunione di cinque linee nelle quali Baldassarre nomina i primogeniti e quindi i maschi di questi primogeniti in perpetuo. Posto che questa concatenazione di chiamate di maschio serva a spiegare

la volontà del testatore di escludere i discendenti delle femmine, poco importa che sia collocata in una sola linea, o in parecchie. Nell'uno e nell'altro caso ne risulta egualmente la predilezione del sangue agnatizio, e la esclusione dei cognati.

23 MANZIO ricorda una specie in cui la concatenagione dei maschi era meno prolungata di quella della primogenitura Caffarelli, e nondimeno fu deciso doversi tenere privi di vocazione i maschi delle donne. = *Albitius de Fortuna* (ecco la specie) *in ejus ultima dispositione instituit quatuor filios masculos, et si aliquis, eorum descenderet sine, vel, descendentibus masculis legittimis, et naturalibus, et de legittimo matrimonio a principio procreatis, veris, et non fictis, adeo quod legitimati, et Monasteria non escludent substitutos, neque veniam appellatione filiorum, vel descendentium substituit alios ejus fratres, et praefunctorum filios, et descendentes masculos ut supra, et si aliquis, vel aliqui ex dictis suis filiis decesserint cum filiis, vel descendentibus masculis, substituit dictos eorum filios, et descendentes successive usque in infinitum* ». (a)

(a) Mansius consulat. 104 num. 11 e 12 – Satis autem contemplatam agnationem ad hoc ne veniant sub hujusmodi vocabulo, quando primordialiter masculus agnatus dirigit institutionem in masculum pariter agnatum, et deinde in ejus Filios, et descendentes masculos, sequitur opinione originaliter Riccard. de Malumbr. firmant Joan. Andr. ad speculat. in rubr. de Testam. Socc. Sen. in l. Gallus §. Nunc de lege ff. de lib. et posth. num. 5 et 6. Ferrer. in add. ad Guid. Pap. decis. 133 Rust. in l. cum avus lib. 6 cap. 16 a num. 1 per tot. 10 ubi in consulendo, et judicando amplectendam, et communem, dicit Molin. de primog. lib. 3 cap. 5 num. 45 et seq. et ibi add. vers. primus casus distinctionis est; Grasf. in § fideicommissum quaest. 15 num. 2. Mierez. de major. por. 2 quaest. 6 num. 220. 221, et 231, ubi refert. Jo. Andr. Menoch. de praesumpt. lib. 4 praes. 91 num. 5 et 6 Mant. de conject. ult. vol. lib. 6 tit. 15 num. 2; et 8 lib. 8 tit. 11 num. 7 ubi quod ita fuit consultum per omnes fere DD. Italiae et eodem lib. 8 tit. 18 num. 17. Peregr. art. 26 num. 15 ubi quod nemo discrepat Simon. de Pret. de interpr. ult. vol. lib. 3 interpr. 3 dubit. 1 solut. 11 ex num. 4 vers. tacita ratio agnationis conservandae, et num. 6 per tot. fol. mihi 89 et sub num. 65 vers. ita ergo, juncto num. 67 in med. fol. mihi 93. Barr. de success. lib. 8 tit. 7 num. 23 vers. fin potius, Gratian. disc. For. cap. 832 num. 7, et seq. ubi quod omnes admittunt Bellon. Jun. cons. 72 num. 1, et 2 et cons. 73 num. 17 de Marin. resol. cap. 126 lib. 2 num. 29 et 30. Rocc. cap. 2 num. 33 juncto numer. 44 et omissis aliis novissime hujusmodi sententiam communem, et difficultatis expertem saepius, ac semper univocus pronunciat Rodulph. alleg. 27 num. 3, alleg. 34 num. 2 alleg. 78 num. 8 alleg. 83 num. 11 allegat. 159 num. 6 et alleg. 174 num. 8 et uti argumentum praecipuum

24 La Rota tenne costantemente questa stessa sentenza come rilevasi dalla *decis. Bononien. fideicommissi de Roffenis* del giorno 4 Giugno 1751 innanzi d'Omanna «ivi» *Deveniendo ad vocationem Camilli; illa minus recte deducebatur sub obtentu, quod cum fideicommittens non existentibus, seu defectis filiis, ac descendentibus masculis Marci Antonii primo vocati substituerit proprios fratres, illorumque filios; et descendentes masculos in infinitum, in ac secunda substitutione dici debeat comprehensus tanquam masculus de linea Gandulphi alterius ex dictis fratribus, quamvis per medium Penelopis descendens, quia sub nomine descendentium masculorum veniant aeque masculi ex faeminis; ac alii ex ipsis masculis progeniti, juxta cons. Fulgos. 85, inde inferendo, quod dicta substitutione nondum defecta dari nequeat locus postremae substitutioni proximiorum, a qua Soror Maria Vinciguerra vocationem suam desumit. Domini siquidem attente rimantes verba dictae secundae substitutionis, firmiter authumarunt Fideicommittentem restrinxisse vocationem ad solos masculos ex masculis, unde tametsi generica prolatio masculorum valeat etiam descendentes per medium faemininum includere, id tamen regularitor cessat quando Testator masculinitatem* ***EX UTRAQUE PARTE GENERATI SCILICET, ET GENERANTIS REPROBAVIT****, ut limitando theoricam Fulgosii tradunt Castren. in l. 1 num. 2. C. de cond. insert. Peregr. de Fideicom. art. 26 num. 118. Rota Lucen. pines. Palm. dec. 212 num. 29 et seqq., Rota nostra coram Priol. dec. 205 num. 2, corr. Cerr. dec. 630 num. 3, et 4, cor. Emerix Jun. dec. 813 num. 2 et seqq., in Rec. p. 13 dec. 378 num. 3 p. 19 dec. 190 num. 6 et seqq. in Perusina Fideicomm. 11 Decemb. 1702 § Non obstant., et seqq. 7. P. D. meo, Scotto, et in Interam. Fideic. 11 Decem. 1705 § Idcirco cor. Rmo meo Decano* ».

25 Applica quindi la Decisione questa regola al tema, e prosegue: « *Velitum vero fuisse in utraq. parte masculinitatem luculenter patuit ex verbis illis* » *vero Marcus Antonius cum decederet sine filiis, et descendentibus masculis eidem tunc substituit ejusdem D. Testatoris fratres, et illorum filios, et descendentes masculos in infinitum; Ex his namque cum secunda substitutio limitata existat ad fratres ipsius Testatoris, illorumque filios, et descendentes masculos, non potest utique masculum ex faemina progenitum comprehendere, nam pronomen illud illorum, veluti specialem, et indubitatam relationem habens ad fratres, et sic ad masculos, juxta Bald. in l. fin. numer. 40 C. de impuber. et aliis subst. Barbos. dict. 147 num. 1, Caephol. cons. 581 num. 12, Rota coram Coccin. dec. 845 num. 16 clare indicat nonnisi filios, et descendentes ex masculo admitti posse ex firmatis per Rot. cor. Cerro dec. 630 num. 3 et 4, in Romana fideicommis. 10 Januarii 1698 §. Atque hinc. coram R. P. D. meo Lancetta in Romana Fideicomm. de Moronis 4 Maii 1699 §. Sed quaelibet difficultas coram R. P. D. meo Priolo, et in Perusina Fideicomm. 11 Decembris 1702 coram R. P. D. meo Scotto* ».

agnationis in exclusionem masculis ex faemina, illam ponderat, et admittit Rot. Rom. apud Rembold. decis. 489 num. 3 juncto num. 1 Rot. decis. 143 num. 6 part. 1 et allegato Joanne Andr. decis. 385 num. 26 part. 9 recent. decis. 410 num. 26 part. 19 recent. coram Rich. decis. 443 num. 1, et 2, et materia ad trutinam revocata Rot. Flor. lib. Mot. 99 a 197 vers. accedit.; vers. nec desunt, et vers. distinguendum est etiam, ubi contrarias authoritates in terminis diversis procedere, plerasque singillatim expendendo demonstrat, et nuper in Florentina fideicommissi 9 Decembris 1669 lib. Mot. 117 a 261 § habitam autem fuisse, quae est decis. D. Mei Auditoris Maggi.

26 Abbiamo inoltre la esclusione delle femmine *per via di regola*, il che importa anche la esclusione dei maschi di esse. Non farò rimarcare che Baldassare mostrò maggiore predilezione per i suoi servitori Gregorio Nerci e Dionisio Prifotti, ai quali legò scudi *nove mensili*, e *sette* per il secondo che per le sue quattro nipoti Catarina, Angelica, Maria, e Anastasia Caffarelli, a cui lasciò « *un rubbio di grano l' anno per ciascuna, e non più con dichiarazione che morendo ciascuna di loro non si accresca all' altra* » formandoci alla vocazione primogeniale dopo fatte tutte le sostituzioni di primogeniti e loro discendenti maschi, aggiunse, = DICHIARO INOLTRE CIRCA LE MIE SOSTITUZIONI CHE INTENDO SEMPRE ESSERE ESCLUSE LE FEMMINE » volendo con queste parole poste in fine togliere ogni dubbiezza intorno alle sue precedenti disposizioni. Ora la esclusione delle donne in modo di regola, importa non solo il difetto assoluto di vocazione per le medesime, ma anche la perpetua rigorosa esclusione dei maschi che ne fossero nati.

27 Sarebbe lieve opera accumulare una lunga serie di scrittori e di decisioni a sostegno di questa teoria. Citerò solo la Decis. *Romana immissionis del giorno 5 Maggio 1751 innanzi Molino* § 15 « ivi » Accedit, quod « praedictae substitutioni Filiorum Masculorum Justi-

« nianae de Primogenito in Primogenitum, illico, ac « immediate Testator superaddidit generalem absolu- « tam, et perpetuam per modum regulae exclusionem « quarumcumque Faeminarum quovis tempore, et casu « existentium = Escludendo perpetuamente in qualun- « que caso si sia le Figlie Femmine, le quali voglio, « che per qualsivoglia causa venghino totalmente escluse da detta mia credità, e successione = Haec porro « totalis exclusio faeminarum per modum generalis « regulae INDUBITANTER INDUCIT ETIAM EXCLUSIO- « NEM EORUM DESCENDENTIUM, dum expresse, abso- « lute, ac perpetuo EXCLUSO MEDIO ADMITTI NON « POSSUNT, QUI AB EO PROVENIUNT Bald. in leg. « Maximum vitium num. 9 vers. praeterea Cod. de « liber. praeter., Cyriac. contr. 174 a num. 29 Preregr. « de Fideicom. art. 25 num. 22, Rocca disput. jur. 27 « num. 16, de Valentib. vot. 43 num. 44, et seq. part. « prima, Rota decis. 69 num. 10 part. 17, decis. 232 « num. 14 part. 19 rec., coram Emerix Jun. decis. 122 « a num. 19, in Ferrarien. Fidecom. 19 Jun. 1724 §. « Adstipulante coram Emo Cardinali Aldovrando, et « in Camerinen. Fideicommissi 27 Junii 1731 §, Cum « enim coram clar. mem. Cardinali Corio ».

28 Spiega accuratamente la Decisione, e distingue il caso in cui ammessi i maschi delle femmine, cioè quando la esclusione è nel testamento soltanto *causativa*, dall'altro in cui è *espressa*, che toglie ogni vocazione alle prole per mezzo di femmina. Infatti prosegue. « Et licet Foemi- « narum exclusio, ut plurimum importet simplicem « Sexus praedilectionem; ideoque non obstet earum « Filiis Masculis: attamen id optime procedit, quando « Foeminarum exclusio est solum causativa, et acciden- « talis, qualis est illa quae tacite inducitur ex perpe- « tua vocatione descendentium Masculorum, vel quando « expresse demandatur in favorem ipsorum Masculo- « rum; SECUS AUTEM EST, QUANDO FOEMINARUM « EXCLUSIO EST REALIS, ABSOLUTA, ET EXPRESSA « per viam regulae generalis, quia tunc EXCLUSIO « MATRIS OFFICIT ETIAM EJUS FILIIS, et descenden- « tibus. Studium enim illud, quod Testator impendit « in inculcanda quarumcumque Foeminarum perpetua « exclusione per modum regulae, argumentum efficax « praestat, IPSUM NON MINUS ABBORRUISSE a Foe- « minis, quam AB EORUM FILIIS, ET DESCENDEN- « TIBUS, utpote a Persona invisa, et rejecta proceden-

« tibus, ut discusso magistraliter articulo, constanter « firmatum fuit per Sacrum Tribunal in celebri Roma- « na Immissionis super secundo dubio 23 Jun. 1741 « cor. R. P. D. meo Vicecomite 27 Martii 1743 coram « Clar. Mem. Card. Calcagnino, et rursus 24 Janua- « rii 1744, et 19 Febbruar. 1745 coram R. P. D. meo « Vicecomite per totas ».

29 Tale esclusione basterebbe a respingere i Maschi per mezzo di donna, anche se mancasse nel testamento il voto di agnazione. « Spreta penitus replicatione, (soggiunge la Rota) quod in bis Decisionibus Sacrum « Tribunal una cum Auctoritatibus in illis allegatis ideo « responderit pro exclusione descendentium Masculo- « rum a Foeminis, quia in ea specie concurrebat « Votum agnatitium, quod deficit in praesenti themate; « Quandoquidem eaedem Decisiones sequendo verio- « rem, et magis communem Doctorum sententiam ex « professo articulum examinarunt PRAECISIVE A CON- « TEMPLATIONE AGNATIONIS; et solidissime defini- « verunt, quod Votum agnatitium necessarium est « pro exclusione descendentium ex Foeminis, quando « earumdem exclusio Foeminarum est tacita, eo quia « vocati simpliciter fuerunt Masculi, et descendentes « Masculi, vel est quidem expressa, sed simplex, « causativa, et in favorem Masculorum ex superius « adductis § 16. At e converso, quod ubi, prout in « casu, Foeminarum expressa exclusio est perpetua, « absoluta, ac in modum generalis regulae, TUNC « PRO INDUCENDA EXCLUSIONEM DESCENDENTIUM « Masculorum EX FOEMINIS haud oporteat PRESIDIUM « QUAERERE AB AGNATIONIS CONTEMPLATIONE. In « hisce enim circumstantiis dicta descendentium « Masculorum exclusio promanat ex alio fonte, nempe « ex receptissimo Juris principio, quod expresse, et « perpetuo EXCLUSA RADICE INDISTINCTE CENSEAN- « TUR EXCLUSI OMNES, QUI AB EA PROCEDUNT: ut « late, solideque distinguunt citatae Decisiones in Ro- « mana Fideicommissi super secundo Dubio, et prae- « sertim diei 27 Martii 1743 § His vero coram clar. « mem. Cardin. Calcagnino 24 Januarii 1744 § 6, et « seq., et 19 Februarii 1745 § 5 coram R. P. D. meo « Vicecomite ».

30 Abbiamo in fine nel testamento di Baldassare il *voto* strettissimo di *agnazione*. Anzi questo desiderio della conservazione del nome Caffarelli, può giustamente dirsi

che fu il movente della di lui disposizione. Egli lo disse con manifeste parole quando ordinò che se il chiamato fosse stato minore di età, o sottoposto alla potestà del padre, questi non potesse goderne l' usufrutto « *acciò tutta la roba si mantenga sempre e in perpetuo si conservi unita per il LUSTRO E MANTENIMENTO DELLA CASA CAFFARELLI* », E allorquando proibì ogni alienazione anche di una parte dei frutti, e ciò ad onta di qualsiasi giusta e stringente cagione *anche di ALIMENTI, E SCHIAVITÙDINE* », lasciando il possessore della primogenitura in schiavitù, per il decoro della casa che sarebbe stata rappresentata da un altro chiamato. E quando diè facoltà al chiamato senza figli di adottare un' estraneo « *per perpetuazione della roba e famiglia Caffarelli* », col precetto all' adottato di assumerne *esclusivamente il nome e lo stemma* ripudiando il proprio. E di nuovo ove escluse il fisco » *non per odio che io ho col Principe, ma acciò TUTTA LA MIA ROBA SIA CONSERVATA PERPETUAMENTE IN CASA CAFFARELLI* ».

31 Questo intenso desiderio del mantenimento della agnazione e della casa, Baldassarre lo aveva già enunciato nella donazione fatta a Gian Pietro nel 1661 confermata nel testamento del 1670. La quale donazione esso professava fare, « *perchè confido nella sua persona, acciò dopo la mia morte si ricordi dell' anima mia ed attenda al mantenimento, SPLENDORE E GLORIA DELLA MIA FAMIGLIA, E CASA* » (*alleg. n.1*). E scaturiva inoltre dal precetto imposto ai singoli possessori della primogenitura di rinvestire ogni anno trecento scudi « *perche il desiderio mio è stato sempre, ed è UN SOLO che la roba mia si conservi come sopra, e si aumenti in beneficio della nostra Casa* » Quindi emerge manifesto che si accumulano ad escludere i maschi delle donne le tre circostanze o estremi, dei quali un solo sarebbe bastevole per tale effetto giuridico. Al che, se si aggiunga la considerazione che il fondatore della primogenitura fu non una *donna*, o un' altro *ascendente*, ma un *collaterale agnato*, privo di prole, celibe per istituto, non potrà non ravvisarsi calunnioso l' assunto del Marchees del Gallo che sogna una vocazione per i maschi di donna.

32 Del resto questo sogno fu già disipato dalla regiudicata da Gaetano contro i figli di Marianna e di Costanza

figliuole di Alessandro, che avrebbero avuto un dritto eguale, ed anzi migliore della figlia di Gaetano, ava dell' avversario. Le tre decisioni emanate in proposito, piene di inesauribile dottrina, modello di stile forense, e di argomentazione stringentissima, rendono superflua ogni discussione. La prima che è del giorno 2 Maggio 1785 innanzi Resta osservava nei §§ 12 e 13 « ivi » *Perperam autem exclusionem Foeminarum ita accipiendam authumabat Dux Alexander, ut solam praeseferret sexus praedilectionem. QUANDO ENIM FOEMINARUM EXCLUSIO ABSOLUTA EST, TOTAMQUE INFORMAT DISPOSITIONEM, hoc sane jure viximus hactenus. GENERALEM IPSARUM EXCLUSIONEM OBESSE ETIAM FILIIS, ATQUE MASCULIS AB IPSIS DESCENDENTIBUS, veluti notat Rota etc. Praesertim vero, quia de Primogenitura agitur quaestio, QUAM TRANSVERSALIS ERGA TRANSVERSALEM constituit, non item de Adscendentis dispositione. In hoc enim themate eo facilius censendum est testatorem exclusis Cognatis alienae Familiae, ad Agnatos Familiae suae animum intendisse ex iis, quae ad rem ponderat Rota in Recen. decis. 170. num. 10, et seq. part. 17, et decis. 102. a num. 4. ad 7. part. 18. coram Molines decis. 551. num. 10.*

33 E risponde la Rota alla objezione che deducevano i maschi delle donne traendola dalla teorica di Fulgosio « *Quid vero ad haec Ducis Alexander Defensores? Ad Fulgosii Teoricam confugiebant, et quemadmodum testator passim vocaverat descendentes masculos, sic hisce verbis contendebant ex celebri Consilio 85. Fulgosii Masculos etiam ex Faeminis contineri. Nil minus autem proponi poterat: sicuti enim testator conservandae Agnationis anxium, atque sollicitum sese maxime praebuit, sic cessat in hoc themate Fulgosii opinio, et ii SOLUM MASCULI SUCCESSIONEM APPETERE SIBI POSSUNT, QUI EX MARIBUS DESCENDUNT, Egregie Rota coram Cerro decis. 910. num. 4. coram Lancetta decis. 1011. num. 4, et 21. in d, Romana Immissionis 5. Maii 1751. §. 8. coram Molino et 29. Januarii 1753. §. 8. coram Molino, et 29. Januarii 1753. §. 4. coram eodem, in Fulginaten. Immissionis 21. Januarii 1756. §. 5. coram Canilliac.. et 11. Februarii 1757. §. 9. coram eod., et in Nullius, seu Farfen. Immissionis 1. Februarii 1760. §. 4 coram Ubaldo* » .

34 Nella terza del giorno 9. Giugno 1786. vediamo ripe-

tute le stesse ragioni §§. 10. e 11. « In separata pe-
« riodo separataque oratione haec habet testator, di-
« chiaro inoltre circa le mie sostituzioni che in-
« tendo sempre escluse le femmine. Cum igitur haec
« faeminarum exclusio omnia tempora, omnesque
« casus comprehendat quisque intelligit ingenio suo,
« per modum regulae generalis (uti inquiunt pragma-
« tici) fuisse adjectam, proindeque faeminas EARUM-
« QUE MASCULOS A SUCCESSIONE REPELLERE. Dux
« Alexandri difensores: Alterum vero, quod licet ob
« hujusmodi exclusionem a Successione removeantur
« Faeminae in progressu, non ideo tamen reiici de-
« beant in ingressu, Masculis scilicet Lineae admissae
« deficientibus, ne Bona ex una ad aliam Lineam
« transferantur, superstitibus adhuc Faeminis in linea,
« in quam transiit Successio, et Bona coaluerunt:
« neutrum tamen ullius ponderis visum est Patribus,
« qui suffragium tulerunt; Quod enim ad primam at-
« tinet exceptionem, ea quidem corruit ex jure: Nam
« quando FOEMINARUM exclusio absoluta est, totam-
» que informat dispositionem, tunc sane generalis
« ipsarum exclusio non modus Sexus praedilectionem
« inducit, verum ETIAM IPSARUM FILIIS, ET DE-
« SCENDENTIBUS MASCULIS OBEST, eosque a Succes-
« sione repellit.

35 Poscia risponde all'altra eccezione. « Deterior erat ex-
« ceptio altera, cui nil magis obsistit, quam sensus
« ipse verborum, et voluntas Testatoris. Cum enim
« Testator FOEMINAM excluserit = SEMPRE =, ac per
« modum regulae, nemo sane inficias ire poterat, quo-
« minus eas tum in progressu, tum etiam in ingressu
« a Successione rejecerit. Quin intersit, exclusionem
« Foeminarum Substitutionibus fuisse adjectam, non
« item Institutionibus, proindeque perpetuam dici nullo
« modo posse, quemadmodum verbis illi innixi = *circa le mie istituzioni* = iterum obiiciunt Alexandri Defen-
« sores: Quid enim ineptius? Scilicet in omni Voca-
« torum classe Masculos Testator nuncupaverat: Inutile
« hinc erat, ut Foeminae excluderentur in ipsis Insti-
« tutionibus, satisque exclusae videbantur, statim ac
« Masculi fuerant ubique vocati. Cum itaque Testator
« expressam Foeminarum exclusionem adijcere voluis-
« set merito declaravit, quod in nulla substitutionum
« classe censerentur Foeminae comprehensae. »

36 Per le quali cose conclude. « His ita constitutis, ex-

« tranea prorsus ab hac specie videbatur Fulgosii Theo-
« rica, ad quam Ducis Alexandri Defensores postremo
« confugiebant: Quamvis enim Testator Descenden-
« tium Masculorum egerit mentionem, non ideo tamen
« dici poterat, quod Masculos etiam ex Foeminis com-
« prehendere voluerit. Siquidem Agnationis contem-
« platio, et Foeminarnm exclusio per modum Regulae
« generalis adjecta impedimento est quominus Fulgosii
« opinio locum habeat: Atque hinc: ubi conservatio-
« nem Agnationis Testator exoptavit, nihil est in jure
« solemnius, quam quod nomine Descendentium Ma-
« sculorum soli veniant Mares ex Maribus, et ipsi
« dumtaxat Successionem Fideicommissi, aut Primo-
« geniturae repetere sibi possint: Optime Rota etc. »

37 Onde sottrarsi alla regiudicata l'avversario forse dirà che questa fu emanata fra maschi di femmina in contradizione di maschi agnati, e che qui invece il cliente non è agnato, ma un'estraneo che ha preso possesso della primogenitura in virtù della nomina Pontificia. Se non chè avendo la regiudicata stabilito che i maschi delle donne non hanno nel testamento di Baldassarre *nessuna vocazione*, l'attore deve essere respinto in virtù della regola *substitutio de te non loquitur*, e il cliente dovrebbe in ogni caso riuscire vincitore per difetto di dritto nell'attore. Infatti ritorna sempre la osservazione che la assoluta esclusione delle donne posta in via di regola, importa la perpetua esclusione dei loro discendenti.

38 Intorno a che discorre accuratamente la Rota nella Decisione *Ferrarien. immissionis del giorno 8. Maggio 1744, innanzi De Thuun* ». 23: « *ivi* » *Quibus ita se habentibus, irrito prorsus conatu obiiciebatur, quod etiamsi vocatio linea accipienda esset in sua propria, et naturali significatione pro compraensione scilicet masculorum tantum ex masculis, adhuc tamen non tolli posset descendentibus per medium foeminarum subsidiaria vocatio et per posterius eo quia quaestio hic non versatur in Concursu masculi agnati, sed in exclusionem ulterioris substituti. Constito namque, quod testator vocationem coarctaverit ad eos tantum masculos, qui lineam masculinam componerent, et sic ad masculos ex masculis precedentes, perperam contendunt descendentes a foeminis ad successionem admitti in subsidium saltem, aut per posterius. Ordo enim succedendi per prius, et posterius locum tantummodo habet inter promiscue vocatos, nec vocati esse*

possunt masculi ex foeminis, quoties vocatio restricta est ad masculos lineam masculinam componentes, ut in terminis pro excludenda subsidiaria illorum vocatione respondit Rot. in decis. 17. num. 13, et 14, et 20. versic. quamvis sane ad ornat. Card. de Luc. tit. de fideicomm. lib. 10. in Mantiss. cod. lib. 10. dec. 8. et 9. cum seqq. coram Ansald. decis. 814. num. 27. coram Herrer. decis. 27. num. 15, et dec. 81. num. 21, et coram Lancett. decis. 1522. num. 3, et seqq., et in decis. Imolen. Fideicommissi 21. Martii 1729. §. Constito coram bo. mem. Ratto ».

39 Poi, si può dire giustamente che il cliente sia un'estraneo? No certo. Egli ha una vocazione espressa di Baldassarre, che esplica per mezzo della nominazione Pontificia alla quale il testatore ebbe relazione. Quindi questa nomina si deve valutare come fatta dal testatore, e chi ha il presidio di questa nomina e vocazione espressa, non si può ritenere estraneo alla primogenitura. Si è questa la comune sentenza dei forensi come abbiamo in *De Pretis de. inter. ultim. volunt. lib. 3. fol. 329 num. 52* - ivi - Electus vel nominatus in « testamento gravati ex testamento quidem primi testatoris, et huic non eligenti succedere dicitur d. l. « unum ex familia, in princ. cum pluribus ad hoc in « proposito simili alleg. ab Aqm. consil. 144 col. prima et Paris. dicto consil. 72 num. 15 lib. 2. »

40 La Rota nella *decis. Romana Primogeniturae de Ossolis 21 Gennajo 1725 avanti Cerro* § 3 « ivi » Non minus « certum erat titulum haereditarium in filios praedictos collatum fuisse sub ea expressa lege, et « conditione, ut Portia Uxor, et respective illorum « Mater libera, totali, et amplissima facultate potiretur « per actum inter vivos, vel ultimae voluntatis, modo « sibi melius viso, et congruentiori conservationi Domus Ossolae transferendi hareditatem vel in totum, « vel in partem magis in unum, quam in alterum ex « filiis, ac propterea, cum Portia istiusmodi effraeni « facultate provide usa fuerit, costituendo Primogenituram in Marchione Antonio inter fratres natu majore « superaddita illi substitutione aliorum fratruum, et subsidiaria dumtaxat vocatione foeminarum defectis « masculis, absolutum est, hanc dispositionem habendam esse, ac si fuerit ab ipsomet Jacobo ordinata, « juxta illud juris principium, quo edocemur FACTUM « EXECUTORIS, ET COMMISSARII NON IPSI, SED TE-

« STATORIS COMMITTENTI ATTRIBUI Fusar. de substit « quest. 511 per tot spin. de Tertam. glos. 5 tit. De « commiss. ad facin. Test. num. 32 Mier. de majorat. « par. 1 quaest. 48 num. 210 Rota Decis. 1 num. 14 « cor. Ubaldo, decis. 970 num. 17 coram Emer. jun. « et decis. 333 num. 6 vers. Qui autem par. 16 ».

41 Parimenti nella *Cavallicen. Immissionis, et Primogeniturae 14 Gennajo 1733 avanti Millino* § 2 « ivi » Invitatus « enim cum fuerit idem Hieronymus Junior ad « capiendam successionem in Bonis haereditariis Hyeronymi Senioris nominatione Tranquilli Patris expressa « ad id facultate ab eodem Testatore donati Immissionem Jure debet obtinere, cum habeatur perinde « ac si AB IPSO TESTATORE FUISSET VOCATUS, CUI « NOMINANTIS FACTUM EST tribuendum per Text. in « leg, Unum ex familia ff de legat. 2 Spin. de Testament gloss. 5 de Commiss. ad fac Test. num. 26, « Mart. cons. 142 sub num. 15 Altogrand. jun. cons. « 67 num. 14 et seqq. Gonnez in l. Thauri leg. 40 « num. 49 Mer. de majorat. part. 1 cap. 27 num 131, « et seqq; Rota cor. Cerro cum aliis in Decisione, quae evidenter § Nam pro -

42 Non aveva forse Baldassarre la facoltà di istituire fin da principio un estraneo alla famiglia coll' obbligo di assumerne il nome, e la rappresentanza? Non è dimostrato che esso, privo di prole, non pensò ad altro che alla conservazione e allo splendore del nome Caffarelli, fino al punto di vietare ogni alienazione anche per causa di alimenti e di schiavitù del possessore? Le parole del testamento intorno alla adozione di un gentiluomo Romano per parte dell' ultimo agnato, e alla nomina del Pontefice in difetto di adozione, sono tanto chiare e solenni, che il fingere e anteporre a questo adottato o nominato una vocazione sussidiaria per i maschi delle donne, sarebbe non già una interpetrazione, ma una violazione palpabile della volontà del testatore.

43 E si noti che questa esclusione era già stabilita sopra per i maschi delle femmine di Gio: Pietro, Francesco Alessandro, e Niccolò stipiti di vocazione delle prime quattro linee agnatizie. Imperocchè Baldassare in difetto di discendenti maschi di essi sostituiva prima il primogenito dal suo cugino Pietro Caffarelli, e poscia i primogeniti delle sue nipoti Virginia e Anastasia, e i loro discendenti maschi in perpetuo. Chi ardirebbe so-

stenere la vocazione sussidiaria dei maschi per via di femmina discendenti da Gio: Pietro, Francesco, Alessandro e Niccolò, (e tale si è precisamente il Marchese Del Gallo) a fronte dei discendenti per via di maschio dai primogeniti di Pietro, e delle sue nipoti Anastasia e Virginia? Questi risponderebbero perentoriamente, che la propria vocazione espressa chiude ogni adito a creare una pretesa vocazione tacita come rispose la Rota nella lite fra Bellisomi e Carpegna per la primogenitnra Falconieri *Cum perspicua obversaretur voluntas* (sono parole della decisione Romana primogeniturae et immissionis del giorno 12 Giugno 1863 innanzi Sbarretti - *ut statim ac lineae agnationis verae effectivae, et natura lis deficerent, artificialem supplerent descendentes masculi ex neptibus Pauli Francisci filiabus*, OFFICIUM JUDICIS EST, ID TANTUM SPECTARE QUOD VERBIS APERTIS TESTATOR CONSTITUIT, *non autem causam cur id disposuerit, prout monet Card. De Luca de Fideicomm. disc.* 28 *num.* 13, *et Rota etc.*

44 Il Conte Negroni ha dritto di dare la stessa risposta, appunto perchè esso pure ha la vocazione espressa, che preclude la via alla tacita sussidiaria che si arroga il maschio delle donne. E non è neppure nuova questa risposta che anzi era data e accettata dalla Rota in una specie perfettamente *identica* di un *estraneo* chiamato per *adozione* contro i maschi per mezzo di femmine, come abbiamo dalla decisione. *Perusina fideicommissi* 11 *Decembre* 1702 *innanzi Scotto* § 6 « ivi » Et « licet post lineam masculorum in conditione positam « immediate sequantur verba - e loro figli maschi, e « descendenti - ex quo inferebant scribentes pro Petro « et litis consortibus, quod Testator consideraverit extin- « ctionem utriusque lineae tam scilicet masculinae, « quam foemininae, tamen responsum fuit, quod dd. « verba e descendenti iterum intelligenda essent de « descendentibus habentibus qualitatem masculinitatis « etiam ex parte generantis; tum quia stant continua- « tive ad lineam masculinam, et contistuunt unicam « orationem, quae ideo non debet scindi in partes, « sed tota simul accipi, itaut sicuti superius nomine « descendentium Testator intellexit de descendentibus « masculis ex masculis, ita eadem qualitas repetita « censeatur in parte inferiori ejusdem orationis, ut in « specie dixit Rot. coram Emerix in dec. 813 num. 11 « et dec. 378 num. 23 et sequen. Tum etiam quia

« verba illa, e loro descendenti tamquam relativa vi- « gore illius connotati loro ad filios, et filios filiorum « masculos supra nominatos, important qualitatem ma- « sculinam fuisse a Testatore volitam etiam in gene- « rante, ut dixit Rota etc.

45 Ciò premesso per la intelligenza delle vocazioni, prosegue la decisione - *Et certius, dum Testator considerando casum extinctionis tam lineae masculinae, quam descendentiae Sigismundae* ***FACULTATEM DEDIT ADOPTANDI***, *vel legitimandi ultimo masculo ex descendentibus masculis Camilli, et Hieronymi ejus filiorum* « ibi » « E se a quel tempo non vi fosse etc. vuole detto Te- « statore, che l'ultimo maschio dei descendenti maschi « di detti Signori Camillo, e Girolamo, POSSI, O AD- « DOTTARE o legittimare etc. Si enim fideicommittens « d. facultatem adoptandi, seu legitimandi concessit « ultimo masculo ex masculis, et SIC FOEMINAE DE- « SCENDENTES FUERUNT EXCLUSAE ETIAM IN CON- « CURSU ADOPTATI, SEU LEGITIMATI, qui tamen fue- « rat vocatus tantum in defectum descendentium Si- « gismundae jam patet, quod Testator ad effectum suc- « cessionis filiorum Sigismundae contentus fuit sola « extinctione lineae masculinae quodque qualitatem « masculinitatis etiam respectu generantis expressam « tam in antecedentis, quam in subsequentibus verbis « voluerit quoque repetitam intelligi in intermediis « *Spad. cons.* 258 *num.* 3 *lib.* 3 *Gabriel, cons.* 116 *num.* « 39, *et sequens. lib.* 2. *Rot. dec.* 161 *num.* 2 *part.* 10 « *et dec.* 95 *num.* 27 *part.* 11 *Rec.* -

46 Finalmente concorre un'altra circostanza che avvicina alla primogenitura questo preteso estraneo, il cliente, e che ne allontana il Marchese Del Gallo. Si è veduto che scopo precipuo di Baldassare fu la conservazione del nome Caffarelli. Quindi esaurite le linee agnatizie di Gian Pietro, di Francesco, di Alessandro, e del cugino Pietro Caffarelli, quando il testatore pensò a formarsi una agnazione artificiale, e chiamò a questo effetto i primogeniti di Virginia e Anastasia, e i loro discendenti maschi, impose, - *con obbligo di lasciare intieramente il proprio cognome e avere a pigliare il solo nome e arma Caffarelli* - il quale precetto rinnovò al gentiluomo che fosse venuto al possesso della primogenitura in forza della nominazione pontificia - *con che pigli il nome e l'arma della famiglia per la perpetuazione della roba e famiglia Caffarelli* -

47 Questa condizione, questo scopo di Baldassare a cui può e deve soddisfare il nominato del Pontefice, resterebbero delusi se sussistesse la vocazione sussidiaria dei maschi delle donne. Essi dei quali non fa menzione il testatore, e che verrebbero, direi per dritto proprio intromettendosi prima dei maschi del primogenito di Virginia e Anastasia, e innanzi al chiamato per nominazione Pontificia, sarebbero esenti da questo precetto che non si potrebbe dedurre a loro carico nè dalla teorica di Fulgosio che di natura sua non porta tale vincolo, nè dal testamento che non ha verbo intorno ai maschi per mezzo di femmina il che è argomento concludentissimo che anche un' estraneo, è meglio congiunto col testatore, per l' effetto di conseguirne la primogenitura, che i discendenti per via di donne.

48 La Rota nella citata decisione innanzi Scotto §. 8. = dice = « Ultra litteram Testamenti concurrunt etiam « urgentissimae coniecturae convincentes mentem Fi- « deicommittentis fuisse alienam a vocatione mascu- « lorum descendentium a foeminis; in toto namque « dispositionis contextu semper fuit sollicitus de ma- « sculis, et qualitatem masculinam saepius, et inces- « santer repetiit, et summopere anhelans conservatio- « nem ejus nominis, in defectum lineae masculinae « iniunxit sub poena privationis descendentibus a Si- « gismunda onus assumendi nomen, et insignia Domus « Signorellae, inde enim duplex elicitur coniectura » exclusiva foeminarum et illarum descendentium licet » masculornm, altera nempe quia dicta qualitas ma- » sculina saepius repetita, et onus assumendi no- » men, et insignia videntur directa ad conservatio- » nem agnationis naturalis et phisicae, donec extarent » masculi ex masculis, illis vero defectis per modum » fictum, et artificialem *Rot. coram Cerro decis.* 630 » *num.* 8 *et* 9. Et altera, quod dum d. onus nominis » et insignum fuit demandatum solis descendentibus » a Sigismunda; non autem descendentibus ab aliis ☞ » foeminis, nimis durum esset, quod isti possent absque » ullo onere gaudere possessione istius successionis, » quod non esset permissum masculis descendentibus » a Sigismunda filia agnita et volita ab ipso testatore. ☞ » Unde haec discretiva aperte indicat illos, et non sto fuis- » se ad successionem invitatos ut omissi generalibus in » his terminis probant Soccin, Jun. cons. 69 n. 23 vers. nec

« obstat *lib.* 3 *Rot. Decis.* 630 *num.* 10, *et* 11 *coram* « *Cerro, et decis.* 400 *num.* 7 *et* 8 *part.* 15 —

III.

Se nel testamento Caffarelli esistesse una vocazione sussidiaria per i maschi delle donne, il Conte della Porta avrebbe questa vocazione a preferenza del Marchese Del Gallo.

49 Si è veduto che il testamento di Baldassarre Caffarelli chiama esclusivamente i maschi agnati, respinge in modo assoluto le femmine, e i loro discendenti, e preferisce a fronte di questi un estraneo adottato dall' ultimo possessore della primogenitura, o nominato dal Pontefice. Ma si vuole porre in via di ipotesi l' assunto contrario, che dopo i maschi agnati possono concorrere alla primogenitura i discendenti delle femmine in forza di una pretesa vocazione sussidiaria? Ebbene, anche in questa falsa ipotesi la azione del Marchese Del Gallo cadrebbe a vuoto, perchè il Conte Della Porta verrebbe primo in questa pretesa serie di chiamati. Esso è nato nel 1815 da Carolina figlia secondogenita di Gaetano giuniore, figlio di Gaetano, seniore che nel 1786 aveva ottenuta la regiudicata rotale contro i maschi nasciturì da Costanza e da Marianna figlie del suo fratello primogenito Alessandro, e *avocata* la primogenitura alla propria linea. L' avversario Marchese Del Gallo ebbe vita nel 1835 da Anna in Del Gallo, figliuola di Teresa maritata al Marchese Curti Lepri e sorella di Teresa madre del cliente Conte Della Porta (*alleg. num.* 2.)

50 Attesa questa sistemazione dei litiganti si presenta una prima osservazione, ed è, che il cliente è più *prossimo* all' ultimo possessore Giuseppe Caffarelli, che gli fu cugino in primo grado, mentre il Marchese Del Gallo stà in un grado più lontano, essendo figlio della cugina di Giuseppe. Questa maggiore prossimità del Conte con l' ultimo possessore porta necessariamente che è anche più prossimo al fondatore della primogenitura, al quale esso e l' avversario sono congiunti per mezzo di Gaetano seniore avo del cliente, e bisavolo di Del Gallo. Fu disputato nel Foro se fra due concorrenti che abbiano tutte le altre qualità, e che chiedono a vicenda la preferenza in ragione della *prossimità*, si debba te-

nere a calcolo la congiunzione coll' ultimo gravato, ovvero col gravante, e prevalse la sentenza che si debba solo avere in vista la prossimità col possessore defunto. (a) Ma qui tale questione sarebbe estranea, essendo il Conte più prossimo al gravato e al gravante.

51 Per motivo di questa prossimità il cliente dovrebbe essere preferito nella sede dei maschi per via di femmina, se vi fosse per essi vocazione. In un luogo del testamento, dopo le sostituzioni degli agnati, dei maschi di Anastasia e di Virginia del gentiluomo adottato dal possessore, o nominato dal Pontefice, Baldassarre aggiunse, « *e se accadrà mai che li predetti nominati contravenghino a tutte e singole condizioni da me espresse allora e in quel caso sostituisco IL PIU' PROSSIMO, e non ce ne essendo supplico parimenti la Santità del Sommo Pontefice a voler fare la nominazione detta di sopra, e nel modo di sopra espresso ogni volta che verrà il caso* ». E vero che queste parole sono poste in modo *condizionale*. Però nessuno ignora la regola che la parte *condizionale* di un testamento, serve e si deve adoperare per spiegarne la parte *dispositiva*. Ricorda e si attiene a questa regola la *Rota* nella decisione Firmana cappellaniae 6 Aprile 1818 innanzi Martinez § 9 « *Dispositivae pars dubia et generalis, a conditionali quae clara et SPECIALIS est declarationem debet accipere, prout millies definivit Rota, precipue in Realina fideicommis de Alemannis 17 Martii 1752 § 5 coram Mattejo, et in Anconitana seu Senogallien. primogeniturae 20 Martii 1779 § 12 coram Herzan.*

52 Pertanto quando pretendiamo sortire da ciò che è scritto manifestamente nel testamento intorno alle sostituzioni degli agnati veri o artificiali, dell' adottato, del nominato dal Pontefice, e appigliandosi a sproposito alla teorica di Folgosio aggiungiamo una vocazione sussidiaria per i maschi delle donne, si presenta subito la domanda, fra questi maschi chi dovrà essere preferito? Il più prossimo all' ultimo chiamato, il maggiore di età, quello che appartiene alla ultima linea che ebbe nei suoi maschi agnati il godimento della primogenitura, ovvero a quella, che ne fu privata perchè mancava di maschi da Gaetano seniore, e che nondimeno proseguì nelle femmine ed ebbe da queste prole maschile? Alla prima di queste interrogazioni risponde

(a) De Luca de fideicommis. discurs. 23. num. 4.

con parole chiare il testatore, che vuole sia preferito il più *prossimo*. Dunque sotto questo punto di vista il conte Negroni ha di nuovo la vocazione espressa del testatore.

53 Noi non crediamo che il testatore pensasse ai maschi delle donne che riteniamo del tutto esclusi. Quel *più prossimo* ci indica il maschio agnato prossimo al possessore dopo fatta la nomina ad un'estraneo, che per esso e per l'assunzione del nome è divenuto un Caffarelli, scelto per mantenimento della casa. Allora la primogenitura è entrata in una nuova linea agnatizia preveduta e chiamata dal fondatore ed in questa linea segue il suo corso con tutte le leggi date per le linee precedenti che si estinsero. Ma nel sistema degli avversarj, che nella agnazione vera, e come se la formò Baldassarre vogliono innestare una vocazione a forma della teoria di Fulgosio, secondo il preteso amore e predilezione naturale, non si può sfuggire dalla conseguenza di regolare questa vocazione secondo il principio della teorica, e del supposto amore, cioè di chiamare un congiunto più prossimo al possessore defunto, e al gravante. Infatti non è nell' ordine naturale che il più vicino escluda il lontano? Non è questa la base di tutte le legislazioni? Pertanto dopo cancellata la qualifica precipua della fondazione, che è la agnazione, avremo a pro del conte Negroni e la disposizione del dritto comune, e le norme della teorica, e la vocazione manifesta del testatore.

54 Nè gioverebbe al Marchese Del Gallo allegare la qualità di primogenita nella di lui ava Teresa, a fronte della sorella secondogenita Carolina madre del conte Negroni, ponendo in campo la prerogativa primogeniale della sua linea incominciata in Teresa stipite di origine. I forensi e i tribunali hanno ragionevolmente introdotta una distinzione che oggi non è più contestata, fra la *primogenitura lineare* propriamente detta, e la *primogenitura qualificata* nelle quali il testatore abbia espressamente voluta una qualifica, come nel nostro tema volle quella della *agnazione*. Nel primo caso si valuta la prerogativa della linea: nel secondo la prerogativa della linea cede a quella della *qualifica*, e l' ordine primogeniale che cessa nell' *ingresso*, si sviluppa e prosegue poi nel *progresso* cioè nei successori di quello che in ragione della qualifica conseguì la primogenitura, sebbene egli non fosse primogenito.

55 Non è mestieri stabilire una tale distinzione coll'allegazione di molti autori. Essa fu dimostrata è applicata dalle decisioni innanzi Resta contro Costanza e Marianna

Caffarelli che cercavano trarre difesa dalla prerogativa della linea. Nella prima di queste decisioni del 2 Maggio 1785 leggiamo al § 14 « ivi » *Nec melior erat exceptio altera, quam Ducis defensores a praerogativa Lineae Primogenialis mutuabantur. Licet enim Testator Primogenituram condere intellexerit, non alios tamen in ea succedere voluit, nisi eos, qui certa pollerent qualitate, scilicet Masculi ex Masculis. Cum igitur de qualificata Primogenitura ageretur,* ***NULLIUS SANE PONDERIS ERAT LINEAE PRAEROGATIVA NEQUE ULLUM EX EA PRAESIDIUM DESUMERE POTERANT FAEMINAE EARUMQUE DESCENDENTES.*** *Nam Lineae potioritas iis tantum prodest, qui vacationem praeseferunt testatoris, non item iis, qui vocatione destituuntur Rosa Consult.* 69 *num.* 9 *Torr. de Primog. Ital. lib.* 1 *cap.* 5 *num* 31 *de Valent. de ultim. volunt. vot.* 65 *num.* 26 *Rota in Placentina Primogeniture* 10 *Junii* 1754 § 4 *coram Caprara, in Romana Immissionis* 4 *Julii* 1764 § 9 *coram Cl. Me. Paracciano, et* 11 *Januarii* 1765 § 11 *coram cl. mem. Giraud. Quid ergo refert, Equitem Baldaxarrem voluisse, ut Primogeniturae successio transferretur = con ordine di primogenitura = di primogenito in primogenito = Non ideo dicendum est, Primogenituram regularem institutam ab ipso fuisse ita ut Linea prae primis inspici debeat, eaque praeferenda sit sexui, et qualitati. Nam si totus dispositionis contextus primogenituram redolet Masculinam, et agnatitiam, aptari certe nequeunt huic dispositioni, qui in primogenituris regularibus invaluit ordo succedendi* ».

56 Quindi prosegue: « *Quin obsit, irritas esse, atque inanes clausulas adhibitas a testatore = con ordine di primogenitura = di primogenito in primogenito =, nisi omnes succedant, qui in linea actuali, et primogeniali reperiuntur, et primogeniturae regularis ordo retineatur. Quamvis enim primogenitura, in qua certa requiritur qualitas, regularem* ***ORDINEM*** *minime servet in omni casu,* ***SERVAT*** *tamen aliquando. Nam ubi adest genus qualificatum, ordinem sequitur regularem; et licet parumper ab hisce regulis aberret, hoc genere qualificato deficiente, eo tamen iterum reperto, juxta ordinem Primogeniturae regularis transfert successionem. Qua in re Primogenitura qualificata a Majoratu vere irregulari, et saltuario potissimum differt, in quo nulla habita ratione gradus, atque lineae, senior, majorque natu accedit caeteris exclusis Alciat. Cons.* 8 *num.* 46. *Marta de Success. legal.*

part. 3 *quaest.* 8 *artic.* 2 *per tot. Turr. de Primog. Ital. part.* 1 *cap.* 6 § 3 *per tot., et cap.* 22 *num. Mans. Consult.* 93 *num.* 23 *et Consult.* 97 *num.* 25. *Extranea hinc erat, quae in triumphum agebatur, Decisio, quae prodiit in Melevitana Primogeniturae Alexandri Bologna cor. Eminentissimo Riminaldo. Nam ibi Testator, neque Masculis Faeminarum, neque ab ipsis Faeminis fuerat alienus, cumque successionem transferri voluisset in Masculos Primogenitos per directam lineam de Primogenito in Primogenitum, iisque deficientibus substituisset Faeminas, merito censuit Sacrum Tribunal regularem Primogenituram fuisse ab ipso institutam, ita ut ii solum Masculi obstaculo essent, ne Faeminae succederent, qui in directa linea Primogenitorum reperirentur* » (a).

57 Queste argomentazioni della Rota quadrano a capello al cliente che è più *prossimo*, (parliamo sempre nel supposto della vocazione dei maschi per mezzo di femmina) e al Marchese Del Gallo che invoca la qualità primogeniale di Teresa, per vincere la prorogativa che deriva dalla prossimità. Mancando a Teresa la qualifica *agnatizia* precipuamente imposta da Baldassarre, l'essere nata prima di Carolina non può fare nascere motivo di preferenza a pro del suo nipote, contro il maschio di femmina più prossimo all'ultimo possessore, che ha la *chiamata espressa* del testatore, e che sarebbe pure preferito per successione legittima. In questo maschio più prossimo, e nei di lui discendenti, la sostituzione riprenderà il corso della primogenitura regolare agnatizia, come dopo essere saltata dalla linea di Alessandro a quella di Gaetano seniore nel 1786, ad onta della opposta prerogativa della linea di Costanza e di Marianna, proseguì poscia con ordine primogeniale nei di lui posteri.

58 Un secondo motivo di preferenza per il cliente, si è, che è nato nel 1815 venti anni prima del Marchese Del Gallo. Questa maggiore età lo rende *primogenito* rispetto all'avversario. Posto che non si debba badare alla prerogativa della linea, se il più prossimo e anche per età primogenito, si adempirà meglio al desiderio del testatore, e al complesso delle disposizioni testamentarie accordando ad esso la primogenitura.

59 Nè basta. Concorre ancora un terzo motivo di prela-

(a) Le due conformi decisioni del 3 Febbrajo e 9 Giugno 1786 §§ 10 e 5 confermano questa dottrina.

zione per il Conte Negroni. Egli è congiunto a Giuseppe ultimo agnato che ebbe i beni primogeniali fino al 1871, per mezzo di una *sola femmina*, Carolina, sorella di Giuseppe, figlia di Gaetano giuniore. Invece la cognazione del Marchese Del Gallo si prolunga *a due gradi*, cioè alla sua madre Anna, e all'ava Teresa. Nelle sostituzioni nelle quali sono chiamati promiscuamente i maschi e le donne l'essere congiunto *per simplex medium femminae*, ovvero *per duplex medium*, non da motivo a preferenza. Ma nei fidecommissi, o primogeniture *agnatizie* la regola patisce eccezione, e l'unione coll'ultimo possessore *per simplex medium*, importa vocazione prelativa a fronte di un'altro pretendente che sia unito *per duplice grado*. Tale predilezione ebbe origine dal riflesso, che la agnazione è meno pregiudicata e relativamente meglio impressa in chi nacque da una donna agnata, mentre ove il sangue fu trasfuso per due femmine consecutive, riesce più dilavato, e conserva meno la sua origine.

60 DE LUCA *de fideicommis. discur.* 28 § 5 *a* 8, espone questa teoria che afferma ricevuta senza contradizione. « Verum advertebam, quod sicuti vera, et recepta est dicta regula, quam ego in dictis aliis « causis licet scribens in contrarium admittebam, ita « vera, et recepta est LIMITATIO, ubi constat de « contraria expressa, vel conjecturata testatoris voluntate, cui semper omnes juris regulae, et praesumptiones cedunt, ut admittunt omnes supra allegati « tenentes dictam opinionem, quae hodie pro regula, « recepta est occasione respondendi ad tenentes contraria, et caeteris plene relatis fortiter, et ex professo disputato articulo firmavit Rota in Bonon. fideicommissi de Barberiis 5 Decembris 1650 cor. Corrado impress. dec. 95 p. 11 rec. et repetit post « Peregr. dec. 17 confirmata ann. 1652 coram Bichio « impress. dec. 218 cod. p. 11, CUM QUIBUS SAEPIUS DEINDE PROCESSUM FUIT, praesertim in Romana fideicommissi de Griffonibus coram Dunoz « inter suas dec. 981 num. 15 cum seqq., in Bonon. « fideicommissi de Amorinis coram Meltio decis. 52 « et 66 post collect. Bondeni, de qua causa infra « disc. 30 ac etiam in alia Bonon. et in Firmana « decis. 31 et 32, et in aliis pluries. INTER CONJECTURAS AUTEM hujusmodi voluntatem probantes,

« illa ponderari solet PLENISSIME COMPROBATA in « dicta prima decisione Bonon. de Barberiis coram « Corrado, quae ex communi sensu reputatur IN MATERIA MAGISTRALIS, UBI CONTEMPLATA EST AGNATIO MEDIANTE PRAECEPTO INJUNCTO HUJUSMODI MASCULIS COGNATIS FICTAE, SEU ARTIFICIALITER RENOVANDI PROPRIAM TESTATORIS AGNATIONEM, AC FAMILIAM ».

61 Anzi aggiunge questo grave autore, che nei primordj della sua carriera Forense aveva sostenuta la sentenza contraria alla eccezione, che in seguito per le ragioni da noi accennate conobbe falsa e ripudiò. « Et quamvis circa initia advocationis scribendo in dicta Bonon. « de Barberiis pro masculo mediato succombente, « de qua disc. seqq. meus intellectus istam conjecturam, seu limitationem capere non posset, eo quia « ratio agnationis testatoris urget in progressu, ac « postquam ejus familia jam artificialiter renovata est, « atque de ficta effecta fuit vera, ne ista per mixturam cognatorum interrumperetur; secus autem ubi « agitur de ingressu pro hujusmodi futura renovatione facienda, cum tunc, ut supra, spectetur solus « sexus, non curato medio, quia sive illud sit simplex, sive sit duplex, semper est cognatus, ac de « extranea familia ficte illam testatoris assumpturus. « Attamen, ut deinde DICTARUM aliarum CAUSARUM « DISPUTATIONES ME DOCUERUNT, captivavit intellectum ea probabilis ratio, quod quando ambitiosi « testatores, post defectam propriam familiam naturalem, cupiunt illam artificialiter renovare in masculis descendentibus ex faeminis de eadem familia, « id restringere solent ad masculos immediatos, eorumque descendentes masculos absque mixtura alterius medii faeminini, ex duplici probabili ratione; « una facilis probationis hujusmodi descendentiae, « quae in fideicommissis collatis in tempus remotissimum reddi solet pene impossibilis, ac parere « inextricabiles litium anfractus, ob quam rationem « forum recepit attendi debere magis proximitatem gravati, quam gravantis, ut supra in Rom. fedeicom. « de Victoriis disc. 23 et alibi; Et altera magis proxima, quod masculi IMMEDIATE PROCREATI A FAEMINA AGNATA, ITA DICUNTUR SEMIAGNATI, ET « QUASI PRO MEDIETATE PARTICIPARE DE AGNATIONE, QUOD DICI NON POTEST DE MASCULIS

« MEDIATIS PER DUPLEX MEDIUM FAEMININUM, « quoniam ita a propria familia effecti sunt omnino « extranei, juxta exemplum naturale arborum, quarum una super alia inseratur, quoniam fructus qui « producitur ab arbore inserta partecipare dicitur de « altera arbore super qua insertio est, sed si super « arbore inserta fiat alterius diversae arboris nova « insertio, tunc illa prima arbor super qua prima « insertio facta est, tanquam avia, et non mater novi « fructus, IN NULLA CONSIDERATIONE HABETUR, « SED OMNINO PRO EXTRANEA, ET ALIENA REPUTATUR ».

62 La Rota seguì costantemente questa dottrina, come rileviamo dalla decisione *Romana Fideicommissi* 10 *Maii* 1726 § 6 *coram R. P. D. Aldobrando* « ivi » Agnatitii « voti implemento, sicut longe aptiores profecto esse « poterant masculi immediate a Testatoris filiabus progeniti, utpote proprius attingentes immediatam ipsius « originem, ET QUAMDAM VELUTI SEMIAGNATITIAE « QUALITATIS SPECIEM PRAESEFERENTES, QUAM « ALII MASCULI AB IPSO DESCENDENTES PER DUPLEX MEDIUM FOEMINUM, UTPOTE LONGE MAGIS « AB EA DISSITI OB MULTIPLICEM FAMILIARUM DIVERSIONEM A DUPLICI FOEMINARUM GRADU PROMOTAM, ita consecutive ad majorem aptitudinem « masculis immediate progenitis inhaerentem explendi « votum Agnatitium a Testatore habitum, succedit « etiam Juridicus Agnatitii hujus voti effectus univoce « existens privativae successibilitati masculorum immediate progenitorum, adeoque resistens admissioni « aliorum per duplex medium faemininum descendentium, ut communiter tradunt Menoch. cons. 172 « num. 20, et cons. 1229 num. 6. Peregrin. de fideicommiss. art. 26 num. 19. Card. de Luc. eod. tractat. disc. 28 num. 8, et disc. 29 num. 5, disc. 1338 « num. 2 seq. coram Emer. jun., et magistraliter in « Romana, seu Interamnen. Fideicommiss. 2 Martii, « et 12 Junii 1716 coram R. P. D. meo Cerro impres. « penes Palm. Nep. dec. 498 num. 4 et seqq. et in « Firmana Primogeniturae super Nominatione 22 Januarii 1717 § Consentanee coram Rmo Herrera ».

63 Parimenti nella *Decis.* 161 *innanzi Riminaldo* « ivi » Ex « quo etiam sequitur, quod licet masculi etiam per « multiplex Faemininum medium procedentes, habiles « sint ad nomen, et insigna testatoris deferenda, ejus-

« que memoriam conservanda, prout in themate fuit « testator arbitratus, qui masculos per duplex medium faeminarum in postremis substitutionibus admisit, id tamen minime procedit, quando testator « ad renovationem artificialis agnationis prospexit, « quia tunc sicuti MASCULI PER SIMPLEX FAEMINARUM MEDIUM MINUS A VERA AGNATIONE DISTANTES MAGIS HABILES AD FICTAM EJUSDEM AGNATIONEM EXISTIMANTUR, ITA MASCULI PER DUPLEX « FAEMINARUM MEDIUM PROCEDENTES A SUCCESSIONE REIICIUNTUR ».

64 Non faremo altre parole intorno all' indole strettamente agnatizia del fidecommisso di Baldassarre Caffarelli. Le cose dette fin qui hanno dimostrato, che se vi ha primogenitura per la quale si voglia una agnazione rigorosa, a preferenza di ogni altra considerazione e vincolo, si è senza meno questa. Quindi è piana la conseguenza, cioè la vocazione prelativa del cliente unito all' ultimo maschio Caffarelli per mezzo di una sola femmina.

IV.

Intorno alla istanza del sig. Pietro Andreozzi.

65 Dopo al signor Marchese Del Gallo, è venuto in campo un altro pretendente, il signor Conte Pietro Andreozzi. Esso è pronipote di Costanza figlia di Alessandro, che nel 1786 fu esclusa per se e per i suoi discendenti dalla primogenitura, che la regiudicata rotale attribuiva invece alla linea di Gaetano Seniore. Costanza ebbe un figlio, e una figlia di questo fu madre di questo nuovo avversario. Tutte le eccezioni che abbiamo date all' istanza del Marchese del Gallo quadrano alla istanza del signor Andreozzi, e la respingono. Egli è discendente di Costanza che la regiudicata dichiarò priva di vocazione per se e per i suoi discendenti. Sta in grado assai più remoto di quello che ha il cliente rispetto all' ultimo possessore della primogenitura. In fine è discendente dei Caffarelli *per duplex medium faeminae*, in ragione della madre e della proava. Se non ha base la istanza Del Gallo deve necessariamente cadere anche quella dell' Andreozzi.

66 Ma questa sua istanza incontra anche una quarta difficoltà, che è per essa speciale. Colla regiudicata del 1786,

la primogenitura fu legalmente avulsa dalla linea di Alessandro, e trsferita in quella del suo fratello minore Gaetano. E' principio di giurisprudenza fidecommissaria che un fidecommisso, entrato legittimamente in una linea, *non* può *retrocedere* alle linee collaterali, se la linea in cui entrò non sia del tutto *esaurita*, come ricorda *De Luca de fideicomm. disc.* 95 § 7 « ivi. » Quo posito dicebam quod in hujusmodi por« tione jam in ulteriorem substitutum translata, et « deinde etiam defecta servandus erat ordo succes« sivus a testatore praescriptus, et sic ex secundo « gradu, seu ordine fieri transitum ad tertium, quo« niam IN FIDEICOMMISSIS NON DATUR ORDO RE« TROGRADUS, ATQUE DESCENDITUR, NON ASCEN« DITUR; ideoque de primo transit in secundum, et « de secundo ad tertium, et sic successive, non autem « de secundo ad primum, QUI JAM QUOAD ISTAM « PORTIONEM EXIVIT DE SCENA, ex regula semel « exclusus etc. de qua Fusar. q. 411 num. 13. Quod« que vocati in primo gradu dici non possint reciproce « substituti vocatis in secundo, vel e contra. Redenasc. « cons. 57 num. 3 ubi concordantes ».

Pertanto quando il signor Andreozzi avrà dimostrato che i discendenti delle donne Caffarelli hanno vocazione alla primogenitura di Baldassarre, se riuscirà a dimostrare che i discendenti per mezzo di una sola femmina non si devono preferire a fronte di chi è congiunto alla agnazione Caffarelli per una prolungata serie di donne, se inoltre varrà a mutare l'albero genealogico e a dimostrare essere più prossimo all' ultimo possessore del cliente Conte Negroni, incontrerà una eccezione perentoria nell'essere discendente in una linea esclusa da una regiudicata, mentre il Conte è compreso nella linea alla quale la primogenitura fu attribuita dalla stessa regiudicata; e che non può esserne privata se non che colla naturale estinzione della linea medesima.

Laonde ec.

ANTONIO GIORDANI Avv.
PIETRO CAVI