

DE
LEGATO GENERIS
SECUNDVM IVS COMMVNE
ET
BORVSSICO - BRANDENBVRGICVM.

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
CONSENSV
PRO SVMMIS IN VTROQVE
IVRE HONORIBVS
ET
PRIVILEGIIS DOCTORALIBVS

RITE OBTINENDIS

DIE XX. SEPTEMB. MDCCLXXXIV.

DISPVTABIT

A V C T O R

CAROLVS BERDEMANN,
BEROLINAS.

HALAE AD SALAM,
TYPIS IO. CHRIST. HENDELII.

(1794)

DE
LEGATO GENERALI
SACRAMENTUM COMMUNE
ET
BOHEMICO-BRANDENBURGICUM

ILLUSTRISSIMO ELECTORI
COMITI
PRO SACCIS IN VROGVE
IVRE HANNOVERIVS



THEOPHILUS OTOKRATIVS
DE OBTINENDI
DIXIT SACRAMENTUM MINECENSIVM
DIE 10 MENSIS SEPTEMBRIS
ANNO 1621

1621

HALE
TITULUS COMMUNE



V I R O
S V M M E V E N E R A N D O
ILLVSTRI ATQVE EXCELLENTISSIMO
AVGVSTO FRIDERICO GROTHE
DIRECTORI REGIAE GENERALIS ADMINISTRATIONIS
LOTTARIAE
DOMINO HEREDITARIO IN BVCKOW ET RVDOW
AVVNCVLO SVO
HANC DISSERTATIONEM IN SIGNVM PIETATIS
ET
GRATISSIMI ANIMI
S A C R A M E S S E, V V L T
A V C T O R.

V I R O
S V M M E V E N E R A N D O
M I S T R I A T O V E M C E N S I T I S S I M O
AUGUSTO FRIDERICO GROTHE

DIRECTORI REGIAE GENERALIS ADMINISTRATIOIS

LOTARIAE

DOMINO HEREDITANDO IN BYKOW ET AVBOW

AVVINCULO SVO

HANC DISSERTATIONEM IN SIGNUM FIDELITATIS

ET

GRATISSIMI ANIMI

CAETERAM RESERVA

AUGUSTO



CONSPECTVS.

PROLEGOMENA.

- §. 1. Instituti ratio.
- §. 2. Fontes.
- §. 3. Litteratura.
- §. 4. Ordo dicendorum.

PARS I.

DE LEGATO GENERIS SECVNDVM IVS COMMVNE.

CAPVT I.

DE LEGATO GENERIS IN SE SPECTATO

- §. 5. Generalia.
- §. 6. Nctio ac oppositum leg. gen.
- §. 7. Affinia leg. gen.
- §. 8. Species leg. gen.
- §. 9. Leg. gen. vel purum vel non purum.
- §. 10. Reliquae species leg. gen.
- §. 11. De natura et indole legati gen.
- §. 12. I. De existentia leg. gen.
- §. 13. II. De validitate leg. gen.
- §. 14. III. De vi ac effectu leg. gen., seu de juribus et obligationibus circa hoc leg.

- §. 15. De juribus et obligationibus circa leg. gen. secundum naturam legati in genere consideratum; A. generatim.
- §. 16. B. speciatim.
- §. 17. De juribus ac obligationibus circa leg. gen. secundum peculiarem huius legati naturam. A. in genere.
- §. 18. B. in specie.
- §. 19. Quaestiones singulares.
- §. 20. Continuatio.
- §. 21. Continuatio.

CAPVT II.

DE ACQUISITIONE, AMISSIONE, CONSERVATIONE ET PERSECVTIONE
LEGATI GENERIS.

- §. 22. De acquisitione leg. gen.
- §. 23. De amissione leg. gen.
- §. 24. De conseruatione leg. gen.
- §. 25. De persecutione leg. gen.

PARS II.

DE LEGATO GENERIS SECVNDVM IVS BORVSSICO — BRANDENBVRGICVM.

- §. 26. Connexio.
- §. 27. Notio leg. gen. ex mente I. B. B.
- §. 28. Quoad validitatem.
- §. 29. Quoad effectum.
- §. 30. Quoad legat. optionis.
- §. 31. Finis.

PRO.

PROLEGOMENA

§. 1.

Et si per plura secula haud exiguus numerus scriptorum de Iurisprudencia, tum in genere, tum de eius singulis partibus et doctrinis in lucem prolatus sit; jurisprudencia tamen eiusque singulae doctrinae ita non explanatae et dilucidatae videntur, vt nullibi clarius et distinctius exponi possint. Quis enim est, qui probare vellet, rem non ita se habere, si vera fateri velit? Nam omnes, immo doctissimi et celeberrimi Icti, re vera in Iurisprudencia aliter non esse, haud negabunt; quibus non assentire non possumus, quia in addiscenda Iurisprudencia summo studio atque assidua cura, quam impendimus, multae doctrinae nobis obuiam factae sunt, in quibus tum iustum ordinem, tum perspicuitatem ac soliditatem desiderauimus, quod et in ea Iurisprudenciae parte, quam jus priuatum nominant, imprimis autem in doctrina de legatis, et praecipue in capite de legato generis animaduertisse nobis videmur. Quamquam aliorum iudicio committimus, an culpa sit nostra, an in tractatione et elaboratione aliorum huius materiae querenda, tamen apud animum constituimus, in hocce libello plene et iusto ordine de legato generis tractare.

§. 2.

Cum autem hanc doctrinam non solum ex praeceptis Iuris Communis sed etiam Iuris Borussiae exponere nobis propositum sit, duplicem quasi familiam fontium, ex quibus haec doctrina haurienda est, habemus: vnam in Corp. Iur. Ciu., alteram in codice Iuris comm. Borussiae. Sigillatim vero fontes, vbique suis locis in tractatione ipsa indicabimus.

Vnde



Vnde hic tantum generatim monemus, in quibus partibus Corp. Iur. Ciu., et Cod. I. Com. Bor. isti textus inueniantur, qui huc spectant; nempe:

- I) *In Corp. Iur. Civ.*
 - a) *Lib. II. Tit. XX I. de legatis.*
 - b) *Lib. XXX. XXXI XXXII. D. de legat. et fideicom., et imprimis Lib. XXXIII. Tit. V. De optione vel electione legata, et Lib. XXXIII. Tit. VI. De trit. vino et oleo legat.*
 - c) *Lib. VI. Tit. XLIII. C. communia de legatis et fideicom.*
- II) *In Iure comm. Boruff. P. I. Tit. XII. Absch. i. §. 388 - 404.*

§. 3.

Quod vero ad historiam litterariam huius doctrinae attinet, nulum peculiare scriptum de legato generis inuenire potuimus. De optione et electione legata ad Tit. Digest. huius rubri quidem, *Dissertatio* exstat, quam *Praefide Georg Christ. Gebauer d. IX. Sept. a. 1747. defendit Goettingae*, IOANNES HENR. HAWWELMEIER, qua vero doctrina de legato generis in toto suo ambitu non explicata est. Nec multa sunt, quae in libro posthumo ERNST CHRIST. WESTPHAL, *System der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen und der Erbtheilungs-Klage. Leipzig 1793* ibi *Theil I. Absch. II.* de legato generis et optionis exposuit. Praeterea autem nihil quod notatu dignum quoad litteraturam tractationi nostrae praemittendum nobis videtur, praeterquam quod Commentatores ad *Tit. de legatis, et de option. et. elect. legata*, et alii qui de Iure civili commentati sunt, adnotarunt.

§. 4.

Ceterum quoad ordinem nostrae tractationis de legato generis, primo, secundum I. Rom. et deinde secundum Ius Boruffico Brandenburgicum agamus; et quidem secundum Ius Romanum I. de legato generis in se spectato et postea II. de eius acquisitione, amissione, conseruatione et persecutione.

PARS

P A R S I.
D E
LEGATO GENERIS, SECVNDVM IVS COMMVNE.

C A P V T I.
D E LEGATO GENERIS IN SE SPECTATO.

§. 5.

Legatorum ^{a)} variis ex causis diuersas esse species, quis est, qui nesciat! Differunt autem imprimis pro objecti diuersitate, pro ut hoc aut res in specie aut factum est. Vnde legatum est vel *rei* vel *facti*. ^{b)} Res ^{c)} autem, quae legatur, iterum varii generis esse potest: quae si genus est, *legatum generis* dicitur, de quo nos acturi sumus.

a) Legatum dicitur a legando, quatenus hoc verbum significat mandare, iubere, legem dicere. Vnde et legare dicitur paterfamilias, quando heredem ex asse instituit, quod ex *L. §o. et 120. D. d. P. S. (L. XVI)* luculenter vidimus.

Placuit vero hoc vocabulum veteribus, quia testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata olim aliter relinqui poterant, quam verbis directis, et, ut ita dicamus, legislatoriis, e. gr. *habito, heres damnas esto, smiro* etc.

Vid. HEINECII *Antiquit. Rom. Lib. II. tit. XX. 1.*

De Verbis directis, CUIACII *Observat. Lib. XI. cap. 25.*

SCHULTINGII *Iurisprud. Vet. Ante Justin. pag. 649.*

Legat-

Legatum aequae ac fideicommissum sumitur partim obiective, pro re, partim formaliter, pro ultima voluntatis dispositione, qua continetur. Prior significatio vltimator est. Longe autem alia ratio fuit legatorum et fideicommissorum iure Antejustiniano quam iure Iustiniano. Iure Antejustiniano enim legatum et fideicommissum erat emolumentum ex dispositione vltimae voluntatis titulo singulari percipiendum; illud autem verbis directis seu imperatiuis, hoc verbis obliquis seu precatiuis relinquebatur. VLPIANI Fragm. tit. XXIV. §. 1. Vtrumque erat vel vniuersale vel singulare prout vel per rationem quamcunque, siue aequalitatis siue inaequalitatis, ad ipsam hereditatem determinatum, seu ut prudentes efferunt, vniuersitas iuris erat, vel non, sed res quaedam singularis. §. 5. 6. I. de fideicommiss. hered. (II XXIII) L. 39. D. de vulg. et pup. substit. (XXVIII VI.) pr. I. de sing. reb. per fideicommiss. vel. (II XXIV.). Magna intercedebat inter legata et fideicommissa differentia. Nam I illa testamentis non confirmatis, immo nutu relinquebantur. VLPIAN. l. c. §. 3. 8. §. 10. I. de fideicommiss. hered. (II XXIII). II. Illa non nisi latine, haec et graece relinquebantur. VLPIAN. l. c. §. 9. III. Illorum strictior, horum benignior erat interpretatio. Lib. 16. C. de fideicommiss. (VI XLII.) etc. Legata autem erant quadruplicia. Alia enim I per vindicationem relinquebantur, verbis: do, lego, sumo, capito, habeo. Alia II per damnationem, verbis: heres damnas esto, dare, dato, facito: cum dare, facere iubeo. Alia III, per praecipionem, verbis: heres praecipito, praecipuam rem accipito. Alia IV. sciendi modo, verbis: heres sumo, legatarium sumere vel habere. VLPIAN. l. c. §. 2. seqq. C. III. Inst. lib. II. tit. 5. per tot. THEOPH. ad §. 2. I. l. iii. quae omnia vti verborum conceptione ita re, quae legabatur, et effectu admodum differunt. Septendecim horum legatorum differentias ex iure antiquo erudite erubant. Exhibuit MERILLIVS in Observ. Lib. VI. cap. XXXII. Sed postquam FLAVIVS noster, non verbis sed rebus leges imponens, discrimen illud, non modo legatorum et fideicommissorum singularium §. 3. I. de leg. (II XX) L. 1. D. de leg. 1. (XXX I) L. 2. C. comm. de leg. et fideicommiss. (VI XLIII.), sed et ipsorum legatorum, per vindicationem, damnationem, praecipionem et sciendi modo relictorum, quod ad effectum, prorsus sustulerat, sicut iam ante in hereditatibus fecerat CONSTANTINVS L. 15. C. de testam. (VI XXIII), legata a fideicommissis singularibus non amplius in effectibus differunt. Et postquam a fideicommissis singularibus omnem Trebellianico auctoritatem tribuerat, indeque fideicommissa vniuersalia titulo vniuersali acquirere §. 7. I. de fideicommiss. hered., idem etiam non poterat non in legatis vniuersalibus obtinere. Vnde iure Iustiniano et hodie legatum est id, quod alicui in vltima voluntate

luntate ritulo singulari relinquitur. Descriptiones legales habentur in §. 1. I. de leg. L. 36. D. de leg. 2. (XXXI. I.) L. 116. D. de leg. 1. (XXX. I.) Caeterum vid. IO. HENR. MYLIVS, *Diff. historia legatorum*. Lips. 1731. CAR. FRAN. ROMANVS, *Progr. de exaequatione legatorum et fideicommissorum a Iustiano Imperatore facta*. Lips. 1752. GALVANVS, *de usufructu*, cap. XIV. pag. 137. seqq. MADIEN Principia iur. Rom. Cap. II. Membr. 1. Tit. 1. de Legat. §. 614. HOFACKER, Princ. iur. Ciu. Lib. V. Cap. V. de leg. et fideicomm. §. 1472. §. 1473. §. 1475. WESTPHAL, *von Vermächtnissen und Fideicommissen* cap. 1. §. 2. 3. 4. Ad sp̄m 10. huius Cl. auctoris notandum aliquid nobis videtur; vbi distinctionem singularem profert inter verba *imperatiua ac precatiua* et inter *directa ac obliqua*. Ait nempe: „man muß übrighens wohl merken, dasz zwar der Unterschied zwischen „verbis precatiuis und imperatiuis aufgehoben, mit diesem aber der Unterschied „zwischen verbis directis und obliquis nicht verwechselt werden müsse.“ etc. Sed sententiam suam ne ullo quidem argumento suffulcit. Videtur nobis verba directa et obliqua immiscere dispositioni immediatae et mediatae. Hoc loco instituti ratio plura addere prohibet, alio tamen loco et tempore pluribus verbis dicendi nobis erit occasio. Pro praesenti sufficiat remittere ad IVST. HEN. BOEHMERI, *Diff. de Verbis directis et obliquis*. Halae 1735.

b) Praeter res facta quoque legari possunt, Ex. in §. 21. in f. I. de legat. (II. XX.) L. 11. §. 23 et f. D. de leg. 3. (XXXII. I) Vid. MAGN. GOTHFR. LICHTWEHR, *Diarr. de factis legatis*. Vitemb. 1748. 4.

c) Res tam praesentes quam futurae §. 7. I. de leg. (II. XX.) L. 24. D. de legat. I. (XXX. I) L. 17. D. de legat. 3. (XXXII. I.), non solum corporales, tum propriae testatoris, tum alienae §. 4. I. de legat. (II. XX.), sed et incorporales legari possunt. L. 41. pr. D. de leg. 1.; quorum inter alia pertinent: 1) legatum nominis §. 21. I. de legat. L. 75. §. 2. D. de legat. 1. 2) legatum liberationis §. 13. I. de legat. L. 3. §. 3. L. 25. D. de liberat. legat. (XXXIV. III.). 3) legatum debiti §. 14. I. de legat. Caeterum vid. DAN. NETTELBLADT, *Diff. de legato rei alienae*. Hal. 1788. 4. CHRIST. AVG. SCHELLER *Tract. de legato rei alienae, quae non est res tertii*. Hal. 1789. 4. IO. PUNDSACK, *Diff. de legato liberat. ab indebito*, Goetting. 1753. 4. CHR. RAV, *Diff. de Legato debiti*. Lips. 1788. — ERNST. CHR. WESTPHAL, *System der Lehre von einzelnen Vermächtnisarten*. Hal. 1793, post ejus mort. ed.

B

§. 6.



His praemissis ad notionem legati generis accuratius definiendam progrediamur. Est autem *genus legatum*, seu *legatum generis*, ^{a)} cuius obiectum est res corporalis, quam autem legans non nisi nomine generis ^{b)} quo contenta est, designauit. ^{c)} Requiritur ergo ad legatum generis: I. vt res sit corporalis nam omnes leges, ^{d)} in quibus huius legati mentio fit, solummodo de re corporali sub genere legato loquuntur. II. utque legans rem corporalem ^{e)} nomine tantum generis quo continetur designauerit, non autem omnimode determinauerit. E. gr. do, lego Titio equum. Legato generis opponitur legatum speciei, cuius obiectum est *species*, seu *individuum*, seu *res omnimode determinata*; E. gr. Heres meus damnas esto Titio dare Bucephalum. Differentia ergo quae inter legatum generis et legatum speciei intercedit, in eo cernitur, vt illud requirat I. rem non omnimode determinatam sed II. appellatione generis, cui subest denominatam, hoc autem rem indiuidualem seu omnimode determinatam, vt. ex. antea. dictis per se patet.

a) §. 22. 23. I. de legat. (II XX). L. 37. D. de leg. 1. L. 71. pr. D. ibid. (XXX. I.).

b) Quod autem ad genus et speciem ICtorum atinet, pauca hoc loco nobis moneunda videntur. In usu est ICtis dicere: ICtis esse genus quod Philosophis species et ICtis species, quod Philosophis indiuiduum v. BARN. BRISSON. ad vocem *genus*. ANT. FABER. in error. pragm. Dec. 16. err. 7. MASCOV. *Diff. de oblig. generica*. Tübing. 1698. 4. Mittamus hanc doctrinam pro parte veram pro parte falsam, et respiciamus tantum ad enucleationem notionum generis et speciei apud TILMANNIVM in *Diff. de genere et specie ICtorum*. Altdorf. 1681. 4., unicuique de hac materia scriptorem, qui in Sphis 6—9. notiones Philosopherum de genere, Sphis 11 et 12. de specie, Sphis 16 et seqq. de genere et Spho 28. de specie ICtorum profert. De genere Philosopherum dicit, significare illud: 1) collectionem aliquorum, qui ad unum quoddam et inter se quodammodo affecti sunt; 2) principium unde aliquid ortum ducere, 3) vniuersale, quod praedicatur de pluribus in quid specie differentibus; et hanc tertiam notionem usitatorem esse, in qua genus sumi pro eo, cui subiiciatur species. De speciei notionibus Philosopherum primam esse ait: quando species sumatur pro forma; secundam et visitatorem, quando sumatur, pro eo quod sub genere ponitur. Quoad notiones generis ICtorum inquit, genus esse, 1) id quod certum nomen non habere; Gloss. ad L. 19. C. de

de Pact. (II. III.) 2) *qualitatem et conditionem rei*; L. 12. § 31. D. de instr. vel
 instrum leg. (XXXIII. VII.) 3) *communicabilem quandam qualitatem, quae rebus
 accidit natura vel quasi similibus* L. 1. pr. D. de contr. emt. (XVIII. I.) L. 2. §. 1. D.
 de R. C. (XII. I.) 4) *totum integrale, cui respondere pars integralis seu species*
 § 4. I. de i. n. g. et c. et VINNIUS ad cit. §. 4. 5) *id quod de subiecto dicatur, in
 subiecto tamen non sit, veluti homo, equus etc.* De specie ICTorum eam esse ait;
 idem, quod apud Philosophos *indivisibilem*, quod ab aliis non nisi numero differat,
 sitque indivisibilis in partes pro diviso. Hasce TILEMANNI enucleationes, si
 diligentius consideres, facile inuenies doctrinam ICTorum falsam esse, si dicunt,
 quod Philosophis species id ICTis genus esse. Philosophis enim species est omne
 id, quod sub genere contentum est, sed non qua individuum, et illa species
 in relatione eius, quod ei subiectum est, genus dicitur, e. gr. animal est ge-
 nus, cuius species sunt homo, equus etc., sed homo iterum genus est, si re-
 spicias ad diversos hominum species; ita et equus. Exinde sequitur, quod Phi-
 losophis est genus ac species, id ICTis esse genus. Si autem res talis est, cui
 nullae species subiectae sunt, quae indivisibilis est in partes pro diviso, et cer-
 tae speciei alicuius generis adnumeratur, illa Philosophis dicitur individuum,
 ICTis autem species, et hoc respectu verum est quod ICTi dicere solent, Philo-
 sophorum individuum esse ICTorum speciem. Nostrae oppinioni accedit
 Ill. NETTELBLADT, §. 29. Iurpr. posit. G. c. ubi dicit: *res est vel species, sub
 quo nomine venit res, quae est individuum, vel genus, se res individuum non est.*
 Quum autem genus in legibus plures habeat significationes, *quaestio* oritur de
 notione generis intuitu argumenti nostri. Nobis quidem dubium non videtur,
 si de genere legato sermo est, genus esse, *omne id quod sub appellatione communi
 plures res, huic appellationi subiectas continet.* VINNIUS ad §. 22. I. de legat.
 MÜLLER ad STRVV. Synrag. nor. & ad Thef. XVI. Exer. XXXV., aut secun-
 dum TILEMANNIVM, *totum integrale*. Generi in hoc sensu respondet species,
 tamquam *id, quod est pars integralis ex toto integrali, seu ob appellatione totum conten-
 tum eius, cui ob denominationem communem plures res subiectae sunt.* Hoc illu-
 strat exemplum, obuiam in L. 99. D. de leg. 3. (XXXII. I.) ubi PAVVS de
 diversis servorum generibus et speciebus loquitur. In hac lege servi urbani
 e. gr. sunt genus quoddam servorum, si autem ex hoc genere vnum servum
 urbanum veluti Stichum denomino, ille Stichus est species, nam omnimode
 determinatus, et pars integralis ex toto integrali est. Ponamus, testatorem de-
 clarasse, Titio lego servum urbanum, habes legatum generis, quia testator
 emolumentum hereditarium, nomine tantum generis quo contentum designavit.
 Testator autem si dixerit, Titio lego Stichum meum servum urbanum; habes
 lega-

legatum speciei, quia Stichus est pars integralis, seu res omnimode determinata, res singularis et quidem talis, quae non potest aliter diuidi quam in partes pro indiuiso.

- c) MADHN l. c. §. 627. CHRIST. AVG. SCHELLER Tract. antea cit. §. 27. WESTPHAL S. d. L. v. e. V. Th. I. Absch. II. §. 2.
- d) §. 22. §. 23. I. de legat. (II. XX.) L. 13 L. 37. pr. L. 71. D. de leg. 1. Nimirum Tit. de Opt. et Elect. leg. (Lib. XXXIII. V.) — Numquam ergo quaestio oriri potest an legatum generis in re incorporali consistere possit. —
- e) Mecum statuunt, objectum legati generis esse rem corporalem, MADHN l. c. DABELOW System der Civilrechtsgelahrtheit. §. 246. SCHELLER c. l. et plurimi alii. —

§. 7.

Ad affinia legati generis quod attinet, notandum:

- I. Magnam affinitatem cum genere legato habet *legatum generale*, quod etiam DD. a) ei miscent. Est autem legatum generale illud, quando omnes res certi cuiusdam generis legantur. b) E. gr. Titio do lego omnes equos meos. Testator ergo, legatum generale constituens, omnes species cuiusdam generis legatario alicui relinquit, nam in hoc legato semper plures res sub nomine collectiuo sunt comprehensae. Valde autem differt a legato generis, nam huius objectum, vti antea monuimus, semper est res corporalis, illius autem etiam incorporalis esse potest. c) In hoc electioni, minime vero in illo locus esse potest.
- II. A legato generis porro distinguendum est *legatum rei certae*, quae tamen per accidens fit incerta, quod plures res eiusdem nominis in hereditate reperiantur; d) quo tamen casu minimum debetur ex voluntate legis, atque hoc praebet diuersitatem eius a legato generis, quia hoc relicto obseruandum nec optimum nec pessimum e) legatarium accipere, nisi fit legatum optionis, quo legatarius etiam optimum eligere potest. Affinitas horum legatarum autem in incertitudine est posita, caue tamen ne existimes istam incertitudinem vno eodemque fundamento niti, nam in eo per accidens, in hoc autem per se res est incerta. f)

III.

III. Nec minus *legato alternatio* cum legato generis quaedam inest affinitas. Adest vero legatum alternatiuum, si ex duabus rebus alternatiue legatis unam legatarius eligere potest, s) veluti Stichum aut Pamphilum Titio lego. Hoc cum genere legato illud commune habet, quod electione semel facta variare amplius non liceat. h) Fieri etiam potest, ut legatum alternatiuum a legato generis quoad effectum non differat. i) Consistit vero diuersitas horum legatorum in eo: nempe in legato generis legans denominat genus, ex quo legatario praestari vult speciem, in legato alternatio duas species denominat, quarum unam ut habeat legatarius disponit.

a) VOET in *Comm. ad D. ad Tit. de Legat. et Fideicom.* §. 17., duplicem notionem legati generis profert, dicens: „nec tantum species rerum sed et genera legari posse in aperto est, siue testator ita in genere rem legat, ut unam tantum aut quasdam generis illius species praestari velit, de quo dicendum ad tit. de opt. vel elect. leg., siue omnes species eo sub genere contentas suoque in patrimonio reperias, legatario acquiri cupiat.“

Huius propositionis vltima verba spectare videntur ad legatum generale; quod clara luce meridiana est, si respiciamus ad significationem ICTORUM verbi generalis, cfr. ERISON, ad voc. generalis.

b) Exempla legati generalis sunt, *legatum instrumentorum fundi*, L. 12. pr. §. 27. L. 20. pr. D. de Instr. vel instrum. leg. (XXXIII. VII.); *legatum penoris*, L. 3. 4. de penu leg. (XXXIII. IX.); *legatum suppellectilis* L. 1. 3. 7. D. de suppel. leg. (XXXIII. X.). *Legatum mundi* L. 25. §. 10. L. 32. §. 7. ibid. *Legatum ornamentorum* L. 25. §. 10. L. 32. §. 37. ibid. *Legatum unguentorum* L. 21. §. 1. ibid.; *Legatum vestimentorum* L. 23. 24. 25. ibid. etc. etc. Conf. BOEHMER *Ius D. Lib. XXXIII. Tit. V. §. 7.*

c) E. gr. Legatum omnium creditorum Calendario legantis insertorum.

d) Exemplum huius legati sistit, L. 39. §. 6. de Leg. 1. (XXX. I.) vbi ULPIANVS: „scio ex facto tractatum, cum quidem duos fundos eiusdem nominis habens, legasset fundum Cornelianum, et esset alter pretii maioris, alter minoris, et heres diceret „minorem legatum, legatarius maiorem, vulgo farebitur utique minorem eum legasse, si maiorem non poterit docere legatarius.“ Hoc casu fundus Cornelianus legatus per accidens erat incertus, quia duos fundos eiusdem nominis habebat legans.
Con-

Constituit autem lex, si legata sit res, quae per accidens fiat incerta, quis alia eiusdem nominis in hereditate sit, minimam debere heredem, nisi legatarius probari possit, legatum esse contrarium.

- e) L. 37. D. de legat. 1. (XXX. I.).
- f) GREG. MAIANESI *Disp. de incertis legatis. Disp. Tom. II. Disp. LXIX.*
- g) L. 23. D. de leg. 2. (XXXI. I.). HOFACKER l. c. § 1494 in f.
- h) L. 20. D. de opr. vel elect. leg. (XXXIII. V.). HOFACKER §. 1495.
- i) Exemplum addamus: Caius legat Iulio Titio Corpus Iuris Civilis, cum electione, quodnam velit; in hereditate duo inveniuntur, Titius eligit optimum; Caius constituit in Testamento, „Titio lego duorum corporum jur. civil. eorum unum, sed ita ut eligere possit quod velit habere.“ Titius optimum eligit. Itaque ratione effectus utrumque legatum non differt, nam unum idemque Corp. Iur. Civil. accipit.

§. 8.

Sed quaestio nunc oritur de speciebus legati generis, ad quam quidem ita erit respondendum. Testator si rem legavit corporalem, quam autem nomine tantum generis ex quo praestanda designavit, vel electionem determinavit vel minus. Si *posterius legatum generis stricte sic dictum*^{a)} est; si prius, *legatum optionis in genere* dici potest. Iam vero testator vel legatario facultatem eligendi concessit, vel minus. Illo casu est *legatum optionis seu electionis in sensu stricto et proprio*; ^{b)} E. gr. Titio unum ex equis meis lego, quem eligere sibi voluerit; hoc autem casu electio aut in heredis seu alius legato onerati, aut in tertii arbitrio collata est, quod utrumque *legatum electionis in sensu improprio*^{c)} vocare placeat. Porro fieri potest genere legato, ut hocce genus numero sit definitum vel non. Si genus numero definitum ultima voluntate relictum est, legatum generis nomen accipit *legati quantitatis*.^{d)} E. gr. Caius heres damnas esto dare Titio sex equos. Bene tamen observandum est, non omne legatum quantitatis esse legatum generis, quia non omnis quantitas genus numero definitum dici potest, sed et species numero definitae esse possunt, quo casu legatum generis dici nequit. Finiamus, legatos esse quatuor quos habeo equos, quale erit legatum?
lega-

legatum esse quantitatis, minime vero generis sed speciei, nemo dubitabit.

- a) De quo loquitur §. 22. *I. de legat.* (II. XX.) *L. 13. E. 37. E. 71. D. de legat. 1.* (XXX. I.) *L. 2. §. 1. de Opt. et Elect. leg.* (XXXIII. V.). SCHELLER *l. c. §. 29.*
- b) §. 23. *I. de leg. L. 5. pr. L. 10. D. de leg. 1.* (XXX. I.), et totus *Tit. V. Lib. XXXIII. de opt. vel elect. leg.* Conf. GEORG. CHRIST. GEBAUER *Diss. de opt. vel elect. leg. Goetting. 1747.* HOFACKER §. 1493. SCHELLER *l. c. §. 28.* — Quaestio an inter optionem et electionem sit differentia? hoc loco tantum mentionem faciamus, et be.) *Lect. ad Caput III. Diss. Gebaurianae de opt. et elect. leg. remittamus.*
- c) *L. no. D. de legat 1.* (XXX. I.) *L. fin. §. 1. C. commun. de leg.* (VI. XLIII) Distinguendo inter legatum generis stricte sic dictum, et legatum optionis stricte seu proprie et legatum optionis improprie sic dictum, a communi DD. ratione in hac re discedimus, quia ad accuratam et claram huius materiae enucleationem necessarium nobis videbatur. In Legibus ipsis distinguitur, an electio sit determinata nec ne, et priori casu, an legatario, an heredi, an tertio electio sit concessa. Ducem secuti sumus HOFACKERIVM §. 1493; ubi de legato optionis et electionis differit, et quidem de diversis istis speciebus, secundum leges a nobis allegatas, existentibus, ceterum tamen legata, prout electio aut vno aut altero modo sit determinata, nomine proprio non designat. Et GEBAUER in *Diss. cit.* nihil de his diversis casibus in constituenda electione profert. Etiam SCHELLER, qui *l. c.* distinctionem inter legatum optionis accurate profert, de electione in arbitrium heredis, aut tertii collata §. 29. loquitur, ubi de legato generis stricte sit dicto dicere debuisset.
- d) MADIHN *l. c.* Dubium hoc loco moveri possit, contradictionem involuere, legatum generis esse legatum quantitatis, si genus numero sit definitum; quantitatem vero esse rem incorporalem, legatum generis itaque esse legatum rei incorporalis, cui tamen antea §. 6. n. d. et e. contradiximus. Distinctione rem consiciamus et quidem ita: obiectum legati generis si est legatum quantitatis nequam quantitas in abstracto qua res incorporalis est, sed potius plures res corporales, quae autem nomine solum generis, cui subjectae sunt insignatae, simulque quantitatem efficiunt. Icti quidem fere omnes docent, res incorporales esse vel *iura et obligationes*, vel *genera et quantitates*, WALDF. X *Inst. §. 224.* HOEFFNER *theoret. prakt. Comm. u. d. I. §. 340* atque hinc adeo

con-

contendit, re corporali in genere legata, legatum consistere in re incorporali, quia certum individuum non esse legatum. Quae quidem vera esse valde dubitamus, nam ideo, quod res corporalis legata, nomine tantum generis, ex quo desumenda, designata est, res incorporalis dici nequit. Verum quidem est, id, quod sub appellatione communi plures res huic appellatione subjectas continet, uno nomine genus, abstractum aliquod ergo rem incorporalem esse; sed quomodo quaeso, exinde colligi potest, rem incorporalem peti, si res debetur, quae nomine tantum generis sui designata est. Res corporalis semper est res corporalis, etsi nomine generis, cui subjecta est, denominata sit. Distinguendum itaque est inter genus quae abstractum, quo sensu est res incorporalis, et inter genus si significat complexum omnium illarum rerum corporaliu, quae propter naturam suam communi nomine subjectae sunt.

Similis ratio est quantitatis. Ill. NETTELBLADT in I. P. §. 34 dicit: *res incorporales sunt vel quantitates vel qualitates; quantitas vero est genus numero, pondere vel mensura definitum.* Et illi DD. quibus res incorporales vel jura et obligationes, vel genera et quantitates sunt, quantitatem ita definiunt; eam esse genus numero definitum. CALVINI *Lexicon jurid.* pag. 779. Quis autem est, qui non videat, hoc a regula recedere? Genus et quantitatem duas species rerum incorporaliu dicunt, attamen definiunt quantitatem genus numero definitum, quomodo hae cohaerent? In aprico ergo jacet, quantitatis notionem aliter esse determinandam. Nobis quidem quantitas est: *qualitas rerum quae exinde oritur quia numero, pondere, aut mensura sunt definitae.* Omnes res, siue genera sint siue species, peculiarem accipiunt qualitatem, si numero pondere aut mensura determinantur; ex quo quaedam (vt ita dicamus) responsio seu convenientia rerum inter se oritur, quae non solum locum habet in rebus, quae generice seu nomine generis cui subsunt, sed etiam in rebus quae individualiter seu qua species designantur. Quae cum ita sint, certum est, quantitatem tam generum quam specierum esse posse. Exemplo rem illustrabimus: Caius donat Titio ex servis suis Stichum, Pamphilum, Erotem et Andronium, donat ergo quatuor species, donat itaque quantitatem specierum. Si vero ille Caius donauerit Titio quatuor seruos, donationem esse generis et quidem quantitatis nemo negabit. Priori casu ergo inuenimus species numero definitae, quantitatem specierum, posteriori autem genus numero definitum quantitatem generis. Ex quibus omnibus concludimus legatum quantitatis tam esse posse generis quam specierum.

§. 9.

Constat ex doctrina generali de legatis, alia pure alia cum adjectione relinqui posse, unde nascitur distinctio inter *legata pura et non pura*.^{a)} Scimus etiam adjectiones multifarias^{b)} esse, si- que plures species; legatorum non purorum dari. Quis enim est, qui nesciat, legatum sub *conditione*,^{c)} sub *modo*,^{d)} sub *demonstratione*,^{e)} sub *causa*,^{f)} in *diem seu ex die*.^{g)} Quod vero valet de genere valet etiam de specie, nisi speciei singularia quaedam insint; exinde sequitur, tot esse legata generis non pura quot legata non pura in genere. Inter legatorum sub conditione relictorum species, obuenit legatum poenae nomine relictum,^{h)} quale etiam legatum generis esse potest.

Sed incidit quaestio utrum legatum generis sua natura sit conditionatum? quae merito affirmanda nobis videtur. Omne enim legatum generis, siue legatum generis stricte sic dictum, siue optionis sit, requirit electionem et ante factam electionem incertum est.¹⁾ De legato optionis, quod stricte sic dictum seu proprium nominauimus, legibus expresse cautum erat, jure antiquo fuisse conditionatum.²⁾ Conditio scilicet quae ei inerat: *si uiuus optauerit*, ex quo etiam efficiebatur ut legatum optionis proprium, legatario ante factam electionem mortuo, non transiret ad heredes, quod autem secus se habebat in legato generis stricte sic dicto. Conditio,¹⁾ vero, quae legato generis tam stricto quam optionis in sensu generaliori inest, eo consistit, quod ad ejus acquisitionem electio sit necessaria, et ante factam electionem res in genere legata non fiat legatarii. Nihil autem refert an electio determinata, nec ne, an legatario, an heredi, an tertio sit commissa.

a) *Tit. D. de cond. et dem. IVST. HEN. BOEHMER de differentiis legatorum purorum et non purorum, praesertim intuitu quarrae legis falcidiaae. Hal. 1747.* — Purum autem in jure aliquid nominatur, quatenus liberum sit ab omni adiectione aut restrictione. *L. 45. pr. D. ad leg. Falcid. (XXXV. II.) ULPIAN. Fragm. XXIV. 31.* —

b) NETTELBLADT *Jurpr. post. G. c. §. 200.*

c) Legatum conditionatum est, quod sub conditione relictum est. *L. 1. §. 3. D. de cond. et dem. (XXXV. 1) WESTPHAL Cap. 7. §. 406.*

- d) Legatum sub modo est, quoties finis ad quem legatum a legatario adplicandum adiectus est. L. 17. §. ult. D. de cond. et dem. L. 19. D. de legat. 3. (XXXII 1.) WESTPHAL Cap. 9. Non ignotum est, quod, quae de heredum institutionibus sub conditione et sub modo valeant, etiam in legatis locum habeant. DABLOW, l. c. §. 2125.
- e) L. 34. D. de cond. et dem. WESTPHAL Cap. II. I. WIEGER *Diff. de effectu demonstrationis legato adpositae.* Aug. 1749.
- f) §. 31. I. de leg. (II. XX.) L. 72 §. 6. D. de cond. et dem. VINNIVS ad §. 31. I. c. WESTPHAL Cap. 10.
- g) L. 1. pr. D. de cond. et dem. WESTPHAL Cap. 8.
- h) §. 76. I. de legat. CORN. VAN BYNKERSHOECK *Comment de legatis poenae nomine relictis* (in opusc. ej.). 10. GOD. SAMMET *Diff. de legatis poenae nomine.* Lips. 1748. GEORG. HENR. AYRER *Diff. emendatio definitionis legatis legatorum poenae nomine.* Goetting. 1732. —
- i) L. 16. D. de opt. et elect. leg. GEBAYER l. c. cap. II. n. XII.
- k) §. 23. I. de leg. GEBAYER l. c. cap. III. pag. 21. WESTPHAL v. d. e. V. Th. I. Absch. 2. §. 7.
- l) Ut evitetur omnis dissensus, illud monendum nobis videtur, quod hoc loco si de conditione interna loquimur, de conditione propria sermo non fit; nam inscii non sumus, conditionem internam veram non esse conditionem, et suspensionem non producere, huius enim si adest, ratio non in conditione interna, sed in natura negotii sita est, atque eo producitur. CALVINI *Lexicon. jurid.* pag. 221. GVST. BERN. BECKMANN *Diff. de legatis poenae nomine relictis.* Halae 1748, qui prae aliis accurate diligenterque de conditionibus exposuit. —

§. 10.

Prout legata in genere ex variis causis varii generis esse possunt, ita et legatum generis. Constat, legari posse non solum res praesentes, sed et futuras. Idem de legato generis dici posse facile pater. Porro triti juris est, non solum res proprias, sed et alienas legari posse, ^{a)} et duplicem esse quasi familiam legatorum rei alienae, prout res ista aliena aut est res tertii aut non, seu res heredis aut legatarii. ^{b)} Hoc etiam ad genus legatum applicari potest. Res

Res corporalis videlicet in genere legata, tam legantis propria, quam aliena esse potest. Si res in genere legata non propria sed aliena est, habes *legatum generis rei alienae*,^{c)} et prout quidem ista res aliena aut res tertii, vel legatum generis rei alienae quae est res tertii, vel legatum generis rei aliae quae non est res tertii. E. gr. Menius heres damnas esto dare Cajo vnum ex equis Seji, id erit legatum rei alienae quae est res tertii; aut Menius heres damnas esto dare Cajo vnum ex equis suis, id erit legatum rei alienae quae non est res tertii. Attamen obserues, legatum generis rei alienae quae non est res tertii, non ad res legatarii extendendum esse, nam in omnibus iis speciebus,^{d)} si de legato rei legatarii sermo est, obiectum legati semper est res incorporalis, de qua autem, eam in genere legari non posse constat. Nec minus ex doctrina generali de legatis notissimum est, legata differre, prout consistunt in praestationibus, quae certis temporibus reiterari debent, nec ne,^{e)} et ex hoc fundamento oriri discrimen inter *legatum annuum et menstruum*. Haec differentia etiam in legato generis adesse posse nullum dubium est. Pone scilicet, rem in genere legatam ita esse comparatam, et circa eam a testatore ita constitutum, vt praestatio eius certis temporibus reiterari debeat, legatum generis erit legatum annuum siue menstruum, prout praestatio praeterlapso anno aut mense est reiteranda.^{f)} Caeterum quoad vim et effectum differentiae adsint, prout legatum generis est rei alienae, aut annuum siue menstruum etc.; de qua re infra videbimus.

a) §. 4. I. de legat. II XX.)

b) Conf. D. NETTELBLADT *Diff. de legato rei alienae quae est res tertii*. Halae 1788. CHRIST. AVG. SCHELLER *Tractatus jurid. de legato rei alienae quae non est res tertii* Halae 1789.

c) SCHELLER l. c. §. 27. §. 28. §. 29.

d) Cfr. SCHELLER § 38. vsque in fin. Tract. Duo sunt casus in quibus legatario res eius cum effectu legatur: 1) si ei id legato relinquitur, quod legans ei debet, et quidem his propositis, si exceptio obstat debito, aut probatio difficilis, si nulla adfuit securitas, si debito conditio aut dies adiectus erat, aut si legatum exsuperat summam debiti. 2) Si ius comperens tacite ei remittitur legato. Semper hic obiectum est res incorporalis quae legato generis relinqui nequit.

- e) *Lib. XXXIII. Tit. 1. de annuis legat. et fideicom.* WERNHER in *Comment. in D. ad cit. Tit. LOBETHAN I. P. §. 1550.*
- f) E. gr. Caius heres damnas esto dare quotannis Titio equum. — Distinguunt DD. inter legata annua quae sunt *temporaria* et quae sunt *perpetua*, prout morte legatarii expirant, aut ad heredes eius transeunt. At etiam hanc distinctionem ad legata generis si annua fiunt applicari posse, vix est, quod moneamus.

§. 11.

Postquam de notione, de opposito, de affinibus, nec non de speciebus legati generis exposuimus, ad eius *naturam et indolem* descendamus. Cuiuslibet negotii juridici natura et indoles tria complectitur, puta *existentiam, validitatem* atque *vim et effectum* negotii. Hoc loco itaque nobis de natura et indole legati generis dicturis, agendum erit:

I. De *existentia*.

II. De *validitate*, et

III. De *vi ac effectu* legati generis, seu de iuribus et obligationibus ipsis, circa hoc legatum. De quibus sigillatim dicere necesse videtur.

§. 12.

Quae de existentia legati generis in sensu generali (§. 6.), ita ut legatum generis strictè sic dictum et legatum optionis in sensu generali contineat, praemittenda, antequam de huius legati *validitate* nec non eius *effectu* agendum, eo redeunt, ut determinetur, quid requiratur, ut legatum generis existere, dici possit. Frustranea enim quaestio esset, de legati generis validitate et effectu, si non constaret, legatum de cuius validitate et effectu quaeritur, existere, id est, adesse legatum rei genericè relictae. Requiritur autem ad existentiam legati generis nihil aliud, quam ut res legata sit genus (veluti homo, equus, bos etc.), id est, ut res non omnimode seu individualiter sit determinata, sed appellatione generis eius, cui subest denominata, sine respectu, an sit res fungibilis an non fungibilis in genere legata, an in hereditate existat nec ne; an legato,

rio, an heredi, an tertio, an nemini electio sit concessa? nam istae distinctiones hoc loco nullum habent effectum, sed postea demum si de validitate et effectu legati generis sermo erit, usum praestant. Fluunt haec sine ullo discrimine ex definitione legati generis, quam supra dedimus, secundum quam essentia eius eo consistit, ut pro objecto habeat genus. Pone itaque rem in genere seu ita legatam esse, ut legans eam appellatione generis sui denominauerit, sine eam curatius constituere, aut qualitates individuales indicare, iure dici potest, existere legatum generis, id est, relictum esse emolumentum hereditarium titulo singulari, quod res corporalis quidem, sed nomine pluribus ob similem naturam communi denominata. Sufficiant haec de legati nostri existentia.

§. 13.

Legatum generis an et quando existat §pho antecedente quidem exposuimus, sed ut etiam validum sit plura, requiruntur. Validum enim nominamus legatum generis, si iura et obligationes, inter eum qui hoc legato honoratus, et eum qui eo oneratus est producit, nec non si utilitatem ^{a)} affert honorato, nam in hoc omnis legati ut validum sit, ratio consistit. Validi legati generis oppositum est inualidum, quod vel *in totum inualidum* est, quod et *inutile legatum* dici solet, cuius nequidem aestimatio rei legatae praestanda est, vel *non nisi in tantum*, quod quidem non ad praestandam rem legatam ipsam, est tamen ad praestationem ejus aestimationis obligat, uti in legato rei, quae non est in commercio legatarii. ^{b)} Accuratius si consideramus, quae ad validitatem legati generis requirantur distinguendum nobis erit, quae *in genere* et quae *in specie* ad eius validitatem requirantur? Quoad primam quaestionem, omnia ea adesse debent, ut legatum generis sit validum, quae ad validitatem legati generatim sunt necessaria; puta 1) ut leganti sit testamenti factio actiua ^{c)} 2) et legatario testamenti factio passiva, ^{d)} porro 3) ut res legata sit talis de qua disponendi legans facultatem habet, nec non talis quae in commercio priuatorum est. ^{e)} Circa rem vero, quae plane non est in commercio vel quae in respectu ad personas certi generis non est in commercio, vel quae legatarii tantum commercio est exempta, in legato generis idem est iuris, ^{f)} quod de legatis in genere valet.

Alte-

Alteram vero quaestionem, de requisitis ad validitatem legati generis *in specie* quod attinet, omnes fere ICRi in eo consentiunt, quod res in genere legata res corporalis esse debeat, et legatum generis sit invalidum si res incorporalis aut factum in genere sit legatum. ^{g)} Valde autem discrepant, hoc requisito observato, quid praeterea ad validitatem requiratur. Sunt, qui distinguant, an genus legatum sit *summum* an *infimum*; ^{h)} genere summo legato, invalidum putant legatum, genere infimo legato, distinctionem proferant, inter res *arbitrarivae* et *naturalis* finicionis, ⁱ⁾ et posteriori casu, etiamsi res in hereditate non inveniatur, legatum validum credant, priori casu autem si in hereditate est validum, sin secus in invalidam dicant. Alii ^{k)} distinguunt, an res in genere legata in hereditate existat, nec ne; si prius validum, si posterius in invalidum dicant legatum. Alii ^{l)} aliter distinguendo de legati generis validitate diiudicant; sed et omnibus his sententiis consensum praebere non possumus, potius secundum rectam legum interpretationem, ita rem proponere coacti nos credimus.

Distinguendum scilicet ante omnia videtur, an res in genere legata sit *res non fungibilis* an vero *res fungibilis*. ^{m)} Si res non fungibilis in genere legata est, vel *in hereditate inveniatur* vel *non*; illo casu *validum* est legatum, hoc vero *invalidum*. ⁿ⁾ Si autem res fungibilis in genere legata est, hocce genus vel *in quantitate* consistit, sicque numero pondere aut mensura est determinatum vel *non*; ^{o)} si prius legatum generis validum est, ^{p)} siue res in hereditate existat siue non; si posterius, seu si res fungibilis in genere, quantitate non determinata legata est, iterum distinguimus, an *in hereditate inveniatur*, an *non*, si hoc in invalidum, ^{q)} si illud, validum credimus legatum. Hanc viam si eamus, et ita distinguendo, si validitatem legati generis determinare velimus, nulla unquam nobis obstat difficultas, sed inveniendo legatum generis, si ita diiudicamus, facile nobis erit dicere an validum an in invalidum sit. Nullam tunc invenimus obscuritatem legum, omnes tunc concordant, nec eo refugiendum nos oportebit, ut hanc aut illam legem nullius valoris ^{r)} esse putemus.

a) Omne legatum ad suam validitatem requirit, ut utilitatem afferat legatario. §. 4 §. 14. *l. de legat.* (II. XX.) Secundum ius vetus Rom. hoc etiam videtur requisitum

fitum fuisse, ut legatum ex hereditate praestaretur; idque ideo, quod Florentinus *L. 16. de Legar. 1. eum*, hereditatis delibationem vocat. Hinc etiam legatum rei alienae nouioris juris inuentum ex prudentum interpretatione enatum nobis videtur. *MYLIUS historia legatorum.*

- b) *L. 40. D. de leg. 1. L. 114. §. 5. ibid. (XXX I.)*; ob stare quidem videtur *L. 49. §. 2. D. de legar. 2. (XXXI. I.)*, vid. autem WESTPHAL *Cap. 5. Sect. 1. §. 147—150* et scriptores ibi allegati.
- c) *L. 1. 2. D. de legar. 1. HOFACKER §. 1477. WESTPHAL Cap. 2.*
- d) *§. 24. I. de legar. HOFACKER §. 1479. WESTPHAL Cap. 3* et quidem exceptiones a regula, ibi *Sect. III.*
- e) *§. 4. I. de leg. WESTPHAL Cap. 5.*
- f) WESTPHAL *Cap. 5. Sect. I. HENR. COCCII Diff. de legato rei alienae. c. 2. §. 2. seqq. GREG. MAIANSI Diff. de leg. rei alienae §. 5. seqq. Tom. I. Disp. XX.*
- g) Respice ad *§. 6.*
- h) *VLR. HYBER Praelect. iur. civil. secund. I. et D. ad Lib. II. T. XX. I. Thf 18. GEBAYER Diff. de opr. vel elect. leg. pag. 31. SCHELLER I. C. §. 30. NETTELBLADT I. P. §. 29. WOLTAER in I. I. C. §. 644.* Alii distinguunt inter genus summum, subalternum et infimum, et de genere summo et subalterno idem aestimant, quod illi de genere summo. *VINNIVS ad §. 22. I. de leg. BARTHOLD. PETR. MASCOV Diff. de Obligat. generica. Tübing. 1698. Thf. II. WESTENBERG Opera omnia jurid. cura. IUNGGE Tom. II. ad Lib. XXXIII. Tir. V. D. de Opr. vel Elect. leg. §. 10 et II.*
- Alii genus summum, subalternum et infimum, nominant generalissimum, generalius et generale. MÜLLER ad STRUVII Synagm. Exercit. XXXV. Thf. XVI. n. γ. TILEMANN Diff. cit. Cap. II. §. 23.*
- i) Occasionem huius doctrinae interpretibus et pragmaticis dedit, *Interpres vetus in BASILICIS ad Cap. 65. §. 4. Tom. 4. et CVIACIVS Tr. V. ad Africanum, ex edit. Fabronii pag. 1383—1384* quorum auctoritatem omnes DD. antea not. h. allegati, secuti sunt, et ad confirmandam distinctionem allatam, ad *L. 24. §. 3. D. de leg. 1. (XXX. I.)* prouocauerunt. Vid. etiam *FRANC. DVARENII Comm. ad L. 37. D. de leg. et fidecomm. VOET in Comm. ad Tir. D. de opr. et elect. §. 6.*
- k)

k) THOMASIVS Notae ad singl. I. et D. Tit. Lib. XXXIII. Tit. V. de opt. et elect. leg. pag. 287. HOFACKER Lib. V. Cap. V. Tit. 1. §. 1494. not. a. MADIGN §. 627. tamen limitationem addens „nisi restator aliud discrete declarauerit.“ GEBAYER Diss. cit. Cap III. Qui DD. opinionem suam fundant in L. 71. pr. D. de leg. 1. et §. 13. Tit. VI. Lib. III. Pauli sent. recepr. Reprobant etiam distinctionem inter res arbitrarie et naturalis finitionis, et in eo iis assentit, LEYSER in Medit. ad ff. Specim. 400. Med. 4.

l) SCHELLER l. c. §. 30. dicit: quod si vero est legatum optionis, tunc vique validitate vitur, etiamsi vilissimas species sub se contineat genus, nam heres minima danda non liberatur etc. Nos autem, non solum de hac legati generis specie huius sumus opinionis, sed etiam de reliquis idem statuimus. Inter omnes species legati generis, ad determinandam earum validitatem, praecipuam utilitatem afferre videtur, distinctio inter genus summum et infimum, legato optionis improprio si heredi electio est concessa. Sed primo tantum ad spectu ita videtur, nam si nobis veniunt leges, quae determinant, quo modo ius eligendi ab herede exercendum esse, utilitatis species distinctionis illius mox oculis effugit. Constituit vero L. 100. D. de leg. 1., si heredis sit electio, eum, quamcumque velle eligere posse, dummodo non eligat pessimam, et competere legatario actionem de dolo malo contra heredem, si sciens rem vitiosam dederit, quod etiam approbat L. 45. D. ibid. His praemissis, in respectu ad primum principium, omne legatum ut sit validum, esse emolumentum, quod legatario utilitatem afferre debet, sine vilo periculo concludere possumus heredem, genere summo legato, quamquam electio ei competat, praestatione vilissimae speciei non liberari. Nam rem seu speciem pessimam dare leges prohibent; quid vero VLPIANVS, POMPONIVS et AFRICANVS sub re pessima intelligant? certo credimus, nullam aliam, quam rem leuem, inanem atque inutilem. Querimus exinde, an inter rem seu speciem pessimam et vilissimam discrimen adsit? Dubitamus; nam utraque ad usum inhabilis nullam affert utilitatem. Ratio legis quae prohibet pessimam dare, et quae nulla alia est, quam ut legatum non fiat inutile, in speciebus vilissimis etiam locum inuenit, ex quo sequitur, lex, pessimam speciem heredi dare interdicens, nec minus ei vilissimam praestare prohibet. Eadem ratio est legati generis stricte sic dicti, si electio non est determinata. Hoc casu leges, §. 22. l. de leg. L. 2. pr. et §. 1. D. de opt. vel elect. leg. (XXXIII. V.) L. 71. pr. D. de leg. 2. (XXXI. I.) L. 108. §. 2. D. de legat. 1., legatario electionem attribuant, et quidem ita ut nec pessimam nec optimam eligat (de quo infra accuratius). Quod antea de pessima et vilissima

suma specie dictam, hic etiam valet, atque nullo modo vidimus, cur legatum generis stricte sic dictum, etiam si genus summum legatum sit, non valeat. Legatarius itaque, quum leges ei pessimam, aut quod idem, vilissimam speciem non eligendi indulgent, quamquam optimam eligendi prohibeant, sine dubio vtilem pro necessitate sua eligit. De legato optionis stricte seu proprie sic dicto jam SCHELLERI sententiam adduximus, legatum hoc validum esse, etiam si genus summum sit legatum, quia legatario optimam eligendi speciem jus competit. De legato generis optionis improprio, si tertio electio concessa est, idem dicendum, quod de casu si heredi electio commissa antea dictum. Finge, legatum esse animal, legatarius vilissimam speciem animalium nunquam accipere potest, sed optimam, et mediocrem, tamen vtilem. Quae cum ita sint, extra omnem dubitationis aleam positum esse credimus, distinctionem illam inter genus summum et infimum in determinanda validitate, legati generis nullius esse momenti.

m) Convenit ista distinctio legibus, nam *L. 71. pr. D. de legat. 1. VLPPIANVS* de rebus non fungibilibus loquitur, et definit, exemplum domo desumens, quid juris sit, si res non fungibilis in genere legata est. *L. 3. pr. L. 4. et L. 7. D. de vitico vino et ol. leg. (XXXIII. VI.)* autem determinat quid juris sit, si res fungibiles in genere legatae sunt. Distinguunt ergo leges ipsae inter res fungibiles et non fungibiles in genere legatas. — Idem fere ad validitatem obseruavit III. WESTPHAL in opere suo posthumo: *System der Lehre von den einzelnen Vermaechtnißsarten. Th. I. Abs II. §. 19.*, vbi de validitate legati generis loquitur, in casu, si res in genere legata non in hereditate existat, dicens: „Nur bei Fungibilen laest sich das legat als gültig denken, wenn gleich der Erblasser Sachen, der Art nicht verlassen hat,“ et probationis loco adducit *L. 3. pr. D. de vit. vin. et ol. leg.* et ideo hanc legem opponit *L. 71. pr. D. de leg. 1.* de qua in eodem §pho loquitur.

n) Argum. *L. 71. D. de leg. 1.* — „si nullas aedes reliquerit (scil. testator) magis desideriorum est quam vtile legatum.“ — *L. 69. §. 4. D. de iure dor. (XXXIII. III.)* — „nec videri simile, quod fundo non demonstratio nullum esse legatum.“ Uterque locus de rebus non fungibilibus in genere legatis loquitur, et vult, vt legatum generis inutile atque inuvalidum sit, si talis res in hereditate non inueniatur. De rebus non fungibilibus, distinctio illorum in not. k. laudatorum DD. itaque valet, et sub hac limitatione opinioni eorum subscribimus, distinctionem inter res arbitrarie et naturalis finitionis in legibus non fundatam et nullius efficaciae esse, quod nemo melius exposuit, quam GEBAYER cit. *Diff. Cap. III.*,
 D
 quem

quem ipsum nobis inducere liceat. „Supereſt,“ inquit, „ut diſquiramus de legato
 generis cuius nullam ſpeciem reſtator reliquit. Lubenter vtor magni CUIACII verbis,
 qui Tractatu ad Afric. V. p. m. 1383 et 1384. in hunc modum tradit. „Vera
 „Ioannis opinio, electionem eſſe heredis ſi nulli ſerui ſint in he-
 „reditate, quia alienum hominem legaſſe reſtator videtur. Alie-
 „nae autem rei vindicationem legatarius non habet, quia perin-
 „de eſt, ac ſi per damnationem legata eſſet ex SCro Neroniano.
 Sententia IOANNIS mihi ſatis placet, et obiter addo, SCri illius Neroniani nomen
 et poteſtatem nobis ſeruafſe VLPIANVM Tit. XXIV. §. II. At in eo dudum haereo
 dubius; num legatum generis, cuius nulla in hereditate reperitur ſpecies, in vniuer-
 ſum debeat? Non haec hic ſerupulus in mente CUIACII, qui nulla in medium lata
 auctoritate confidenter admodum pergit: „Nec hominis ac rerum aliarum
 „ratio eadem. Hominis legatum valet, etiamſi nulli ſerui ſint
 „in hereditate, quia certa et naturalis finitio hominis eſt. Do-
 „mus vel fundi legatum non valet, ſi nulla domus vel nullus fun-
 „dus ſit in hereditate quia incerta et arbitraria praedii finitio
 „eſt.“ Nemo non videt exempla loqui CUIACIUM, et quaſcunque res legatas ſecun-
 dum diuiſionem in eas, quae arbitrariae et in eas, quae naturalis ſunt fini-
 tionis, ſub homine et domo vel fundo comprehendſe. Nec de animali quidem legato
 quicquam addam, quod omne legatum, ut in ſcholis loquuntur, ſpeciei non infimae ſit
 ridiculum. Fundamentum ſententiae vulgaris quaeri ſolet in L. 71. D. de leg. ubi
 VLPIANVS: „ſi domus,“ inquit, „alicui ſimpliciter ſit legata, neque
 „adjectum quae domus: cogentur heredes, quam vellet, domum
 „ex his, quas reſtator habebat, legatario dare. Quod ſi nullas
 „aedes reliquerit: magis deriſorium eſt, quam vtile legatum.“
 Fluſuarunt Interpretes in hoc ſimpulo, ſcilicet dubii, num VLPIANI vox vnice de
 legato domus ſit accipienda, an vero de legatis ſimilibus, an denique de legatis omni-
 bus, quoties rerum legatarum nihil reliquerit reſtator, donec in l. 24. §. 3. D. eod. ſa-
 cram ſibi anchoram inueniſſe viſi ſunt. In ea POMPONIVS: „Quod ſi poſt te-
 „ſtamentum factum ex fundo Titiano aliquid detraxit, et alio
 „fundo adiecit: videndum, utrumne quoque partem legatarius
 „petiturus ſit; an hoc minus, quaſi fundi Titiani deſerit: CVM
 „NOSTRA DESTINATIONE FVNDORVM NOMINA ET DOMVS NON
 „NATVRA CONSTITVERENTVR? et magis eſt, ut quod alii deſtina-
 „tum eſt, ademptum eſſe videatur.“ Obſervarunt iſti ſolita in minimis per-
 ſpicacia, fundos et domos a POMPONIO jungi, inde probabile viſum; junxiſſe etiam
 VLPIANVM, adeoque eundem vnice de legato domus neutiquam pronunciaſſe. Simul
 edoſi.

edocti, humana destinatione fundorum nomina et domus, non natura constituti, facile
 perviderunt, alias esse res, quae humana destinatione non constituantur, sed natura.
 Supererat, ut ex hac lege eruerent, hoc discrimen, quaestionem ab VLPIANO tractatam
 attingere. Sed hic iubebat POMPONIVS quiescere, qui de legato rerum, quas nullas
 reliquit testator, ne per somnium quidem cogitans, quaestionem de fundo Titiano, quem
 reliquerat testator, sed ante quam moreretur sua destinatione, partem detrahendo alio-
 que fundo adiciendo, minuerat, num legatarius etiam partem ademptam petere possit,
 idonea decidit ratione, quod fundi et domus non natura sed destinatione nostra constitui
 et fini soleant. Non quiescere tamen boni illi Viri, potius POMPONII distinctionem
 sua auctoritate quaestioni ab VLPIANO tractatae intulerunt, parum solliciti, quid
 POMPONIVS, quid VLPIANVS senserit, vnicuique hoc curantes, ut huius TCI senten-
 tiam, legatum rerum, quae testator non reliquerat, inutile pronunciantis, qua liceret,
 coercerent et restringerent. Adduxisse saltem debebant textum, quo ostenderent, POM-
 PONII distinctioni aliquam esse cum VLPIANI quaestione cognationem. Aut, si hoc
 non licebat per Digestorum architectos, inuenisse minimum decebat legem quae legatum
 rei, quam nullam reliquit testator, sed cuius fines non humana destinatione sed natura
 constitui forent, vile esse, et non derisorium. Vna a me reperta lex 13. D. non.
 quae et ipsa POMPONII est, et prima fronte tale quid suppeditare videtur, cuius
 adeo adscribam verba: „Cum incertus homo tibi legatus esset, heres
 „Stichum seruum tuo tradidit. Neratius respondit, si voluntate
 „domini tradidit, vel ratum hoc dominus habuerit, perinde eum
 „liberatum ac si Stichus legatus esset.“ Agnosco legatum hominis, cuius
 omnino est naturalis finitio. Agnosco, istum hominem testatorem non reliquisse: de do-
 mini enim voluntate aut ratificatione simul sermo est. Agnosco legatum non visum
 derisorium sed vile. Sed vnam adhuc desidero circumstantiam, ad legatum, de quo
 quaerimus, vnicuique necessariam, testatori illi, qui incertum hominem legat, nullos pe-
 nitur fuisse seruos, quod ipsum cum ex lege non pareat, vero mihi similis videtur, in-
 certum hominem non esse generaliter legatum, ut volunt Doctorum plerique, sed ex cer-
 tis incertum, hac formula: Heres Meus Damnas Esto, Dare Cajo Sejo
 E Familia Lucii Titii Titii Hominem. Dederat heres Gaji Seji seruum Stichum
 ex Lucii Titii familia; Gajus Sejus Stichum responebat; Pomponius respondit: Si Lu-
 cius Titius Stichus dominus seruum Stichum heredi tradidit, vel heredis dationem ratam
 habuit, quod in re aliena legata est heredis electio, hunc fore tam firmam ac si testator
 nominatim Stichum ex ista Lucii Titii familia legasset. Quantum haec ab homine gene-
 raliter legato, maxime quando seruum nullum reliquit testator, distent, nemo non vi-
 det. Interpretes ad haec nihil attendentes male tamen habuit, quod VLPIANVS le-
 gatam domus, quam non reliquerat testator, dixerit derisorium, et inde mira sunt

commenti. IACOBVS DE ARENA putauit, aedes licere ita paruas facere, ut nec caput quis ibi ponere possit. Ego non noui tales aedes, nisi piclas, aut ex saccharo confectas, mensarum ornamenta, aut ex charris glutine densatis exstructas, quae non aedes sunt sed formae aedium et figurae. Recte acutissimus BACHOVIVS: sub hac angustia aedium ratio consistere non potest. Maiores ludos iidem in fundo faciunt, et asserere non verentur, unicam etiam glebam fundum esse. Diu mihi persuasi, id quod e GELLIO L. XX. c. 10. discimus, litigantes olim terra aliquid ex agro, vti vniam glebam, in jus in urbem ad praetorem detulisse, et in ea gleba tanquam in toto agro vindicasse, temere et imperite huic disceptationi esse immistum: sed postquam IANVS A COSTA et MARCILIOS in hac sententia versari deprehensi, istam cogitationem abiici. Tandem ad Graecos delatus reperi, ni fallor, rei originem. Ita enim in BASILICIS ad Caput LXV. §. 4. de Iure dotium INTERPRES VETVS Tom. IV. pag. 620. Σημειώσει, ὅτι εἰν τις ληγάτων ἀγρῶν, ἢ ἐπερωτήσῃ, μὴ σημαίνετος τοῦ ἀγροῦ, ἀλλήτων ἐστὶ καὶ τὸ ληγάτων καὶ ἡ ἐπερωτήσις. ἐπερῶν ἐστὶ ἐπὶ οἰκίῳ. οἰκίῳ γὰρ καὶ ἰμέριτος καλῶς ληγάτωμεν. ἐπὶ μὲν τοῦ ἀγροῦ διὰ τοῦτο οὐκ ἐπερωτῶν ἡ ἐπερωτήσις καὶ τὸ ληγάτων, ἐπειδὴ δύναται καὶ ὁ ἐπερωτήσῃς καὶ μίαν βῆλον διδοῦς ἐλευθεροῦν ἑαυτὸν. Nota, si quis fundum legauerit, aut sponderit, non demonstrato fundo, inutile esse et legatum et stipulationem. Secus est in seruo. Seruum enim etiam incerte recte legamus. In fundo autem ideo non valet stipulatio et legatum, quia potest et promissor et heres, si vel vniam glebam dederit, seipsum liberare. Nunc in fulcienda hac opinione laborant sequaces. IANVS A COSTA excitat l. 60. D. de V. S. Multa ibi de loco et fundo verissima, locum esse fundi partem, locum posse fieri nostra constitutione fundum, modicum locum posse dici fundum: de gleba, quod illa aut locus aut fundus sit, ne verbum quidem. THEODORVS MARCILIVS adjicit l. 34. §. vi. de Legat. i. l. 6. §. 1. Comm. praed. et iocum Ciceronis in Varronem apud Fabium c. l. Libr. 8. In l. 34. VLPIANVS ait: Partem etiam fundi, fundum recte appellari. Sed ideo glebam eiusmodi partem fundi esse, ut et glebarum vna fundus dici possit, nondum video. Gleba, si placet, terrae portio est, adeoque fundi pars, vti regula domus, sed regulam a domo separatam domum esse, glebam e fundo sublata fundum esse, quis sani cerebri contender. In l. 6. §. 1. idem ICIVS ait: Partem fundi pro diuiso traditam non partem esse fundi, sed fundum, quis dubitabit? Nam et domus medio pariete aedificato, pro duabus accipi debet. An vero ideo et caementum e pariete erutum erit domus, gleba manu iactata fundus? Immo vero: si credas nescio cui, quem exagrasse CICERO dicitur apud QVINCTILIANVM his verbis:

Fun-

Fundum Varro vocat, quem possis mittere funda

Ni tamen exciderit, qua caua funda pater.

Consulii nouissimos Editores, qui monent, alibi loco VARRO, legi: vero; alibi: vecto. Et ego quidem lubenter paterer; Varronem eximi his ludis, cum ob insignes prorsus laudes, quibus TULLIUS Academicarum Quaestionum primo hunc suum VARRONEM maclat, et quibus cum isto ioculari libello non satis conuenire videtur; tum ob ea, quae ipse VARRO de L. L. Libr. IV. p. n. habet: *Ager, quod videbatur pecudum ac pecuniae esse fundamentum, Fundus dictus, aut quod fundat quot quot annis multa. De cetero VLPPIANVM id, quod iam ioculariter risit CICERO, in quaestione grauissima verissimum reputasse, funci aliquando legatum in funda repperisse, aut id quod funda etiam excidere e manu refringi et in puluerem resolui potest, pro fundo habuisse, credit ille qui potest omnia. Video huius sententiae patronos etiam ad BRISSONIUM de Verborum significatione voce: gleba, prouocare. Hic a me aditus ad CODICEM THEODOSIANVM me remisit. Ita est. Lex 72. de Decurionibus, quae est VALENTINIANI, VALENTIS et GRATIANI A. A. negotiatoris meminit, qui fundis comparatis pecuniae usum in glebae commodum conulerat. LXVII, de Praetoribus, quae VALENTINIANI et VALENTIS A. A. constituit, si Pater viuus Praetor nominatus, et ante, quam gereret, diem functus esset, filias heredes corporariam Praetoram, ut recte GOTHOFREDVS emendat, iuxta glebam paternae substantiae debere agnoscere. Verum enim vero non urgebo, alium fuisse sermonis latini habitum VLPPIANI aetate, aliam regnantibus istis Augustis. Non monebo, glebam dici non fundum, sed omnem immobilium uniuersitatem. Non obijciam, ipsam quoque glebalem collationem esse glebam appellatam, ut clarissime patet ex l. 10. Cod. ejusdem de Senatoribus, verbis: Glebam possessionum non personarum esse, neque tamen ideo functionem eiusmodi esse fundam. Unum reuocamus: non quaeri, an fundus unquam fuerit appellatus gleba, sed, an gleba unquam pro fundo fuerit habita; et fundus dictus? Illud sequior aetas admisisse videtur: hoc sensisse VLPPIANVM, aut ejusdem aetatis homines ita esse locutos, negamus. Sed recedamus tandem ab his, quae non curatius pensasse clarissima ingenia omnino doleo, ad istam, quae CVCACIO tantopere placuit, distinctionem in res naturalis et arbitrariae finitionis, et inquiramus, non legatum illarum ridiculo careat, harum sit omnino derisorium. Fac hominem, canem, equum esse legatum, cum nec homo, nec equus, nec canis in hereditate reperiantur. Legatarius istas res, ut naturalis finitionis, ab herede flagiat. Hic senem octogenerium utroque laminae captum, equum scabie et porrigine ridentem*

canem

canem rabidum legatario offert. Num a risu sibi temperabunt tam eximiae donationis spectatores? An vero legatarius excipere poterit, haec talia non esse naturalis finitionis? Eac domum aut fundum esse legatum, et heredem in urbe indagasse domunculam omnium minimam, tugurio similitorem quam aedibus, cras ruituram, fac reperisse in agro, fundum trium pedum, quem tamen non nemo pro fundo habuit et possedit, num derisorium erit legatum? Non credid-rim. Homo laurus forte spernet; diligens paterfamilias domum fulciet, aut ruderibus saltim et maxime arca gaudebit, idem fundum tripedaneum vicino vendet aut donabit. Ne ad domos pictas fectasque, aut ad glebas fundos quis relabatur, moneo, omnem arbitariam finitionem subjectam esse Boni Viri arbitrio. Hoc nos docet PAPIANVS in l. 96. D. de Iure dotium: Genera socero dotem arbitrato soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate, deractio, stipulationem valere placuit. Arbitrio quoque fundo non demonstrato, nullum esse legatum vel stipulationem fundi constaret: cum inter modum constituendae dotis et CORPVS IGNOTVM differentia magna sit; dotis enim quantitas pro modo facultatum patris et dignitate mariti constitui potest. O! praeclearum Principis Ictorum Oraculum, quod omnem nostram controversiam finit. Genuerit a socero stipulatus fuerat dotem certa die soceri arbitrato. Quid hoc aliud est, quam generum voluisse dotem sibi a socero dari arbitrariae finitionis. Iam vero, si socer genero obtulisset unum nummum, teruncium forte aut aliam rem minimam, num dotem accipere derisoriam tenebatur gener? Minime vero. Valere stipulatio, deractio arbitrio. Superfunt enim in stipulatione haec: certa die dari dotem. Finiat pro arbitrio socer suam liberalitatem sed ex aequo et bono. Ni hoc faxit, quantitas dotis pro dignitate mariti a iudice constitui potest. Tantum itaque abest, ut et legatum rei, quae est arbitrariae finitionis, sit sua natura derisorium, ut omnino nihil, si rationis dictamen audire placeat, vetaret, neglecta in finiendo ab herede aequitate, illud a iudice constitui, pro modo facultatum defuncti et pro dignitate legatarii, in quam sententiam multi Dd. confisi, nostrorum morum acquirari inclinant. Interea PAPIANVS in ea sententia percluravit: fundo non demonstrato nullum esse legatum. Sed et rationem addidit puererrimam et VLPiani veram in lege 71. D. de legat. 1. sententiam declarantem: inter modum constituendae dotis et CORPVS IGNOTVM differentiam esse magnam. Corporis ignoti legatum est derisorium, quale non tantum est legatum domus aut fundi, sed et hominis, aut equi, aut canis, et quarumcumque rerum, quas nullas testator reliquit, est PAPIANVS unice fundi non demonstrati, VLPIANVS unice domus legatae, quam nullam reliquerat testator, mentio-

nerit. Illud, qui iricari volent corpus esse fundum, aut domum, non hominem et reliqua, POMPONIVS Iuris in l. 30. D. de Vsurp. et Vfuscap. rectiora edocebit: TRIA, inquit, genera sunt CORPORVM: Vnum, quod continetur, vno Spiritu et Graece ἑνωμενον id est unitum vocatur, ut HOMO,ignum, lapis et similia: alterum quod ex contingebat pluribus inter se cohaerentibus constat, ut AEDIFICIVM, navis, armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed vni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex. Ritus adeo testator legatarium, legans id, quod non habet, et quod ipse, cuiusnam sit futurum finitionis, ignorabat, quod legando incerta opinione animo suo obiciebat testator, ut cum THEOPHILO loquar: περὶ οὐ ἐρωτώμενος οὐδὲν σφεδὲς εἰπεῖν δύνάται, quam adeo manifestare et finire multo minus est in potestate heredis, qui magis ad praestandum quam ad designandum legatum est obligatus. Nec quicquam a iuris ratione absolum hic deprehenditur, licet voluntas legantis intercidat. Concidit legatum rei alienae, si testator rem alienam esse nesciverat. Concidebat legatum personae incertae relictum ex verissima Prudentum veterum sententia. Concidebat legatum oprionis, si vivus non optarat legatarius. Concidebat legatum poenae nomine relictum, donec IUSTINIANVS praeclearas juris antiqui rationes turbavit. Et sane non parum movet tam insignem in legatis rerum, quarum nullas habet testator, inter res naturalis et arbitrarie finitionis distinctionem ab Imperatore nostro in Institutionibus penitus silentio esse inuolutam. Quare in hanc sententiam, donec rectiora clarius edoceat, concedo, secreta distinctione, quae, ut multa alia, BARTOLI auctoritate nititur, legatum ignoti corporis non valere, nisi forte testator demonstratione aliqua, quid senserit, heredem edocuerit.

- o) Et leges hoc modo distinguunt. L. 3. pr. D. de irit. vin. et ol. leg. Ibi VLPIANVS: „Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem inempturum, et praestaturum, non acerum, quod vini numero fuit.“

L. 7. pr. ibid. Vbi IAVOLENVS: „Quidam heredem damnauerat, dare uxori suae vinum, oleum frumentum, acerum, mella salsamenta. TREBATIVS aiebat, „ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quantum non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur. Osius, Cascellius, Tabeo, omne quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant; Labeo id probat, idque verum est.“

L. 3. cit. loquitur de rebus fungibilibus in genere legatis, quae quantitate constant, et determinat, quid sit iuris, si res fungibilis ita in genere sit legata ut quantitate constet.

L. 7.

L. 7. *cit.* Opposita est *legi 3. cit.*, et determinat quid juris sit, si res fungibilis in genere non ita sit legata ut quantitatem efficiat.

- p) *Argum.* L. 3. *fr. D. de rit. vin. et ol. leg.* Haec lex expresse dicit, si testator nullum vinum reliquisset, heredem vinum emere et praestare debere, si centum amphorarum vini sit legatum: quod hoc loco dictum, idem de certo pondere olei legato L. 4. *ibid.* constitutum est, et exinde concludimus legatum generis valere si res fungibilis in genere ita est legata ut quantitate constet, siue in hereditate existat, siue non. — WESTPHAL *von einzelnen Vermächtniß. §. 19. et §. 633.*
- q) *Argum.* L. 7. *antea cit.* Haec lex, legata re fungibili, non definita quantitate, heredem non plus debere quam in hereditate inueniatur constituit. Ex quo efficitur, ut, si nulla res fungibilis in hereditate existit quantitate non determinata, legatum inualidum sit. HOFACKER §. 1497. STRUVII *Synagm: Theol. LII. ad Tit. de rit. vin. et ol. leg.* Nam quum heres non ad plus praestandum obligatus, quam quod in hereditate existit, obligationem ei imponere non potest aliquid praestandi, si nihil adest, quia nulla lex constituit, in quantum ei talis obligatio imponenda sit.
- r) Quod factum est a IO. ADOLPHO POPPE in *Diff. de Incongrua legam quarundam Digestorum, doctrinam de legatis sistentium applicatione. Giesae 1753. § XX et XXI* ubi declarat, L. 71. *D. de leg. 1.* hodie nullum habere usum. Qui putat, rationem decisiones huius legis, nullam aliam adeste, quam quod in legatorum interpretatione ad sola verba respicerent ICI Romani, intentionem autem et legantis voluntatem non attenderent. Sed rationes eius nihil probant; nam exaequatio legatorum et fideicommissorum, et sublatio verborum differentiae a Iustiniano non eo usque extendenda est, ut ea lex inualida sit declaranda; accedit, rationem decisionis, quam ille profert, ne veram quidem esse. CONF. DAVID GOTTLIEB FEVDEL *Disp. de usu hodierno l. XIX. D. de usu et usu fructu. Lips. 1793.* THEPHILVS MARTINI *Diff. Lancem sacram discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quasdam obrinentes sistens. Goettingae 1787.*

§. 14.

Quae ad legati generis existentiam aequae ac validitatem requiruntur satis superque exposuimus; reliquum ad hoc est, ut de *vi ac effectu legati generis seu de iuribus et obligationibus* circa illud legatum agamus. Producit vero legatum generis tam quoad legatarium

um quam quoad heredem jura et obligationes: non solum enim ille acquirit jura, quibus obligationes ab herede adimplendae respondent, sed et hic, quibus obligationes legatarii respondent. Itaque legatum generis jura et obligationes, quoad legatarium nec non quoad heredem inter se producit, Quæritur autem, an ne et jura et obligationes tam legatario quam heredi tribuantur, quoad tertium forsan concurrentem? Ad hanc quæstionem responsio hoc loco inutilis nobis videtur, quia quæstionis vera indoles ex tractatione sequente de singulis legati generis speciebus dependet. Sine dubio vero de cetero omnibus persuasum est, quot diuersas legati generis species, esse tot diuersa singulariaque jura et obligationes circa eas. Quodsi igitur vna aut altera species legati generis eius indolis esset, vt tertius concurrat, non dubitamus, quin singulares effectus tam quoad legatarium, quam quoad heredem inde oriantur. De singulis vero illis speciebus non modo dicendum, singularia jura et obligationes existere, sicuti de legato generis in genere, si secundum naturam legati generatim consideramus, regulariter quod de hoc, etiam de illo obrinet. Si itaque jura et obligationes circa legatum generis curatius definire velis, hoc tutius fieri nequit, quam hac via, quam tractationi præmittere placeat.

Diudicamus nempe jura et obligationes circa legatum nostrum:

I. *Secundum naturam legati in genere*, et quidem:

A. *Generatim*.

B. *Speciatim* prout ad solam naturam legati in genere, aut ad adjectiones, aut certas determinationes legato extra ordinem adjunctas respicimus.

II. *Secundum peculiarem legati generis naturam* et quidem:

A. *In genere*, quoad id quod circa legatum generis juris est, sine respectu ad singulas eius species.

B. *In specie*, habito respectu ad eius singulas species.

§. 15.

Jura et obligationes, quæ circa legata in genere versantur, in regula partim ad legatarium, quibus obligationes ab herede adimplen-

E

plendae respondent, partim ad heredem pertinent, quibus obligationes legatarii respondent. Tam vni, quam alteri singula quaedam sunt jura, quorum vi ab altero petere potest, vt vel aliquid faciat vel aliquid omittat, pro diuersitate iurium ei competentium, et obligationum alteri incumbentium; quorum maxima pars ex natura legatorum fluit, non nullae autem ex legum arbitraria dispositione ortum trahunt. Nostrum vero non est, de hac re subtiliorem quaestionem habere, quia proposito nostro alienum est, nasute distringere jura circa legatum generis, sed simpliciter proponere quid iuris sit circa hocce legatum, tam quoad legatarium, quam quoad heredem, ex juris communis praeceptis. Quod autem ad ea jura et obligationes, quae legatario et heredi circa legatum generis competunt, spectat, quae ei communia sunt cum legato in genere, cuius species est, et quae secundum naturam legati in genere obtinent regula est, quod, quae de legato in genere valent, valeant etiam de legato generis. Itaque legato generatim considerato, id est secundum solam suam naturam seu essentiam, competit legatario: *jus exigendi legatum ab herede*, a) cui respondet obligatio heredis ad praestandum legatum; haud secus est in legato generis, si excipias quod huius singularis natura postulat; de quo plura autem infra.

Heredi vero est, *jus legatario prohibendi ne rem legatam propria vi arripiat*, b) cui respondet obligatio legatarii, rei legatae possessionem non propria auctoritate occupandi, sed expectandi, donec adita hereditate heres eam tradat, quod et de legato generis certis quibusdam circumscriptionibus dicendum est. Etenim, si res in genere legata, legatario sine concurrente herede, possessionem certae cuiusdam rei, quae sub genere, ex quo res legata est, contenta, occupare non permissum, sed contra eum ex doctrina generali de legatis, satis nota remedia competunt; et de cetero quoad hocce heredis jus, omnia quae de legatis in genere, etiam hic valent. c)

a) WESTPHAL Cap. 15. Sect. 2. Abth. I.

b) L. 1. §. 2. D. quod legatorum. (XLIII. III.) WESTPHAL Cap. 15. Sect. 3. Abf. 2.

c) VOET Comm. ad D. Lib. 43. Tit. III. quod legatorum §. 2. STRVVII Syntagm. Exerc. XLV. ad Tit. quod legator. —

De juribus et obligationibus circa legatum generis secundum naturam legati in genere, et quidem generatim, id est respiciendo ad solam essentiam legati tractauimus, super est, vt de iis agamus, quae speciatim, id est, respiciendo ad certas adiectiones aut determinationes iis insunt. Quo quidem omnia ea pertinent, quae indeterminanter, quod legatum sit vel purum vel non purum. Nullam hac in re inuenimus differentiam legati generis, a legato in genere, sed omnia, quae de hoc, si sub conditione, sub modo, sub causa, sub demonstratione et sub die relictum est, dicenda etiam limitationibus paucis, quae autem effectum non concernunt, de genere legato valent. Quaecumque ergo in generali theoria de natura conditionum ^{a)} legato adiectarum, impletione et reiteratione, nec non de cautione Muciana, quae de modo ejusque requisitis, ^{b)} quae de causa ^{c)} siue vera siue falsa, quae de adiectione diei ^{d)} generatim, et de die a quo et intra quem, quae de demonstratione ^{e)} generatim, de singulis quibusdam, nec non de harum omnium adiectionum vi ac effectu exponuntur ^{f)} etiam circa legatum generis locum habent.

De genere legato sub demonstratione solummodo notandum, eam rei in genere legatae nullum aliam esse posse quam generalem, id est, quae rem in genere legatam magis determinat; e. gr. si Titius Sejo legat equum nigrum. Quaeritur autem, equo nigro legato, si quidem equus, sed niger in hereditate non existit, an legatarius nullum equum, an vnum ex iis, qui in hereditate inueniuntur, accipiat? quam quidem quaestionem ex analogia merito affirmamus. ^{g)}

Hoc de legatis non puris; quoad legatum generis autem, cui certae aliae determinationes insunt, ad doctrinam generalem de eiusmodi legatis respicere nos oportet. Si itaque de legato generis rei alienae sermo est, regulariter nihil aliud statuendum, quam quod de legato rei alienae generatim, siue res aliena tertii aut heredis sit, ^{b)} rem alienam vero legatarii esse non posse supra jam demonstrauimus. Eadem ratio est legati generis annui et mensuarii. Singulare quod his legatis est, infra, si de electione agendum adnotabimus.

- a) WESTPHAL Cap. 7. VOET ad Tit. D. de cond. et demonstrat. G. L. MENKEN de Legat. cond.
- b) WESTPHAL Cap. 9. MAIANSIUS Diff. de his quae sub modo relinquuntur. Disputation. Tom. II. Disp. XLII. CHR. FRID. GEORG. MEISTER D. de eo, quod inter condit. resolut. et modum interest. Goetting. 1768.
- c) WESTPHAL Cap. 10. STRYBEN *Rechtliche Bedenken. Th. 2. Bedenk. 105.*
- d) WESTPHAL Cap. 8.
- e) WESTPHAL Cap. 11. et ibi laudatus WIEGER de effectu demonstrat. legat. appof.
- f) Conf. A. FABER comest. L. 15. C. 6. 7. I. H. BOEHMER de differentiis legatorum purorum et non purorum, praesertim intuitu quartae legis Falcidiae. Hal. 1747.
- g) Argum. L. 108. §. 10. de leg. 1. (XXX. I.) L. 7. §. 1. C. de leg. (VI. 37.) L. 102. §. 1. de leg. 3. (XXXII. I.).
- h) MAIANSII Diff. de legato rei alienae Disp. Tom. I. Disp. XX. D. NETTELBLADT D. de legat. rei alienae quae est res tertii. SCHELLER Tract. de legato rei alienae quae non est res tertii.

§. 17.

Venimus ad contemplationem iurium et obligationum circa legatum generis, secundum peculiarem suam naturam. Quaeritur scilicet, si propriam nostri legati naturam consideramus, an singularia jura et obligationes circa hocce legatum existant, quae ex ista singulari natura oriuntur? quod negari nequit, tam quoad legatum generis in genere, quam quoad singulas ejus species. Primo conspiciare operam damus singularia jura et obligationes quae nascuntur ex peculiari natura legati generis in genere, seu quod idem est, singularem effectum quem ideo habet legatum illud, quia est legatum generis, et quidem sine respectu ad singulas ejus species, de quibus postea dicendum est. Sic occurrit 1) jus legatarii exigendi genus, quod ei legatum est. a) Differt hac in re legatum generis ab reliquis legatis, in quibus legatarius etiam quidem exigit quod legatum est, minime vero genus, et fluit haec differentia ex peculiari natura huius legati, quia objectum ejus est genus seu res ita legata, ut nomine tantum generis, cui subest, designata sit. b) 2) Obligatio heredis huic juri respondens, praestandi rem in genere legatam, c) de qua obligatione eadem

eadem differentia, ab obligatione heredis in reliquis legatis, ad praestandam rem legatam obseruanda, de qua antea de iure legatarii exigendi genus legatum diximus.

- a) *L. 37. L. 71. pr. L. 110. D. de legat. 1. (XXX. I.) L. 2. §. 1. D. de opr. vel elect. legat. (XXXIII. V.)*
- b) Praeter annotatum singulare, hocce jus exigendi legatario competens, tam quoad quaestionem ubi, quam quoad quaestionem quando nihil proprium habet, sed idem dicendum, quod de legatis in genere valet. Conf. *WESTPHAL Cap. 15. Sect. 2. Abit. I.*
- c) Exceptiones duas ab illa regula idem affert, nempe in legatis in genere, puta, si res aliena in genere est legata, cuius praestatio heredi impossibilis est, et si res in genere legata talis est, cuius commercium legatario exentum est. In his duobus casibus heres praestatione aestimationis liberatur, §. 4. *I. de legat. (II. XX.) L. 40. D. de legat. 1. (XXX. I.)*.

§. 18.

Sequitur tractatio de iuribus et obligationibus, quae quidem ex natura peculiari legati generis oriuntur, si hoc legatum speciatim seu quoad singulas eius species consideramus. Necessè est, vt de qualibet specie sigillatim agamus, quod secundum eundem ordinem, quo supra singulas legati species recensuimus, fieri debet. Itaque

- I. *De legato generis stricte sic dicto.* Haec legati generis species id singulare habet, vt legatarius eligere possit rem in genere legatam, ^{a)} ita tamen vt nec optimam nec pessimam eligat; ^{b)} cui iuri respondet obligatio heredi incumbens, rem a legatario electam praestandi. Sed quid si duo equi tantum adsint? - Respondimus, optimum eligere poterit ne priuetur iure eligendi.
- II. *De legato optionis in sensu generaliori et quidem:*

- a) *De legato optionis in sensu proprio.* Fluit ex definitione huius legati, legatarium optimum posse eligere, quod autem ius electionis hic latiore habet ambitum quam in legato generis stricte sic dicto, ibique legatarius optimum eligere nequit, hoc vero legato leges legatario jus tribuunt speciem opti-

optimam c) eius generis, quod ei legatum est eligendi. Responderet autem huic iuri obligatio heredis optimam a legatario speciem electam praestandi.

b) De legato optionis in sensu improprio, quod duplicis generis est, prout nempe heredi aut tertio electio concessa est. Itaque

aa) primo videamus, quid juris sit, si heredis optio est. Hoc casu heres non aliter habet electionem, quam legatarius in legato generis striete sic dicto; ergo nec optimam, nec pessimam eligere debet, sed rem mediae aestimationis, d) et eam rem electam legatario praestat, qui contentus esse debet legatarius, atque rem accipit ab herede electam, nisi heres pessimam optaret, quo casu rem ab herede optatam refutare potest.

bb) Secundo quaeritur de iuribus et obligationibus circa legatum optionis improprium, si nimirum tertio electio data est. Ad quam quaestionem vt recte respondeamus distinctione opus est: nempe vel eligit tertius vel non. Si prius, quamcunque velit et optimam adeo eligere potest, e) quam heres praestare et legatarius accipere debet. Tempus vero intra quod tertius eligere debet annale est. f) Si posterius optio ad legatarium peruenit, quo casu idem valet, quod de electione in legato generis striete sic dicto prolatum, legatarius rem mediae aestimationis sibi eligit g) et hanc praestare obligatus est heres.

a) f. 22. l. de legat. (II. XX.) „Si generaliter seruus vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.“ Conf. VINNI Comm. ad h. s. plur. L. 2. D. de opt. vel. elect. leg. (XXXIII. V.) „Sed et homine generaliter legato, arbitrium eligendi quem acciperet ad legatarium pertinet.“

L. 108. f. 2. D. de leg. 1. (XXX. I.) „Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est, quem velit dandi, an potius legatarii. Respondi: verius dici, electionem eius esse, cui potestas sit, qua actione vi velit, id est legatarii.“ L. 71. pr. D. de leg. 1. „Si domus alicui simpliciter legata, neque adiectum quae domus; cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator
„ka-

„habebat, legatario dare.“ — Ita legimus cum GOTHOFREDO ex FLORENTINA. Alii legunt: *cogetur heres, quam volet*; in HALOANDRI editione legitur: *cogentur heredes quam volent*, in utroque casu referendum ad heredes, quod locum habere possit, si de legato damnationis sermo esset. Lectio Florentinae praeponebat legatum vindicationis, et refert, *quam vellet* ad legatarium.

- b) L. 37. pr. D. de Leg. 1. „Legato generaliter relicto veluti hominis, Gajus Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiat. Quae sententia rescripto Imperatoris nostri, et divi Severi inuatur, qui rescripserunt, homine legato, auctorem non posse eligi.“ — CUIACIUS Tr. VII. ad Africanum. STRUVII Synagm. Exerc. XXXV. Th. XVI. WESTENBERG Opera omnia ad Lib. XXXIII. Tit. V. de opt. vel elect. leg. §. 14. WESTPHAL S. d. L. v. e. V. §. 9. Dissent. GEBAYER in Diss. cit. Cap. III. §. II.
- c) L. 2. pr. D. de Opt. vel elect. leg. „Quorrens serui electio vel optio datur, legatarius optabit quam velit, ergo etiam optimum.“
- L. 9. §. 1. D. de dolo malo (IV. III.) „Si autem mihi persuaseris, ut repta diem hereditatem, quasi minus soluendo sit; vel ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico te dolo dandam, si callide hoc feceris.“ STRUVII Synagm. Exerc. XXXV. Th. XVI. et XLIX. VOET ad Tit. D. de opt. vel elect. leg. §. 1. In foro Germanico hoc non ubique observatur; vid. Reipubl. Francofurtanae ad Moenum reformaz. p. IV. tit. VI. §. 1. „Da auch der Testirer dem legatario gleich die Wahl unter denselben seinen Rossen, oder andern dergleichen, gesetzt hat, so soll er doch abermals sich damit dieser Bescheidenheit halten, daß er nicht das Beste, sondern ein mittelmaessiges waele.“
- d) L. 110. D. de Legat. 1. „Si heres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare iussus, sciens furem dederit, idque furium legatario fecerit: de dolo malo agi posse ait. Sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae deditione relinquat.“ — Exinde fluit, ut heres legatario non possit dare rem vitiosam, et si sciens talem dedit rem, actio de dolo malo contra eum moveri potest. L. 45. §. 1. D. de leg. 1. WESTPHAL v. e. V. §. 41. et seqq. SCHELLER I. c. §. 29.
- e) L. 43. §. 2. D. de legat. 1. „Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.“ WESTPHAL I. c. §. 47. SCHELLER I. c. §. 29.
- f) L. 3. §. 1. C. comm. de leg. et fideicom. (VI. XLIII.).

g) L. 3. §. 1. C. cit. „Sed et si quis optionem serui, vel alius rei reliquerit, non ipse legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere, vel non potuerit, aut morte fuerit praeventus: et in hac specie dubitabatur apud veteres, quid statuendum sit: virum legatum exspiret, an aliquod ei inducatur adiutorium, ut viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere iussus est, hoc facere supersederit vel minime potuerit, vel quodocumque deceaserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem: ita tamen, ut non optimum ex seruis vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediae aestimationis: ne dum legatarium satis esse fovendum aestimamus, heredis commoda defraudantur.“ WESTPHAL I. C. §. 47. SCHELLER I. c. § 29.

§. 19.

Restant adhuc quaedam quaestiones, communia omnium harum specierum legati generis concernentes. Omnibus nempe speciebus legati huius obuenit electio, quae in legato generis stricte sic dicto tacite intelligitur, in legato optionis autem expresse declarata est: illa legatarii est ex legum dispositione, haec autem eius, cui a testatore concessa. Prout respicimus ad personam, quae eligit, ad rem eligendam, ad tempus quando et ad locum ubi optandum est, nascuntur quaedam singularia. Quæri itaque potest:

I. De iuribus circa personam, cui electio competit.

- A. Si persona cui electio concessa est persona moralis, universitas siue aliud corpus, in legibus, ubi de electione sermo est, nihil singulare determinatum inuenimus, itaque in ea, electio eo modo peragenda est, quem statuta in aliis peragendis negotiis praescribunt. — Si genus piae causae legatum sit, optimum fauore religionis eligi potest, quia tunc optimum in dubio censendum est. ^{a)}
- B. Pluribus vero personis singularibus si competit electio, haec sunt vel plures legatarii, vel plures heredes, aut unius heredis plures heredes, si illud, distinguunt LL., an pluribus singularibus personis simul electio data sit, an pluribus personis sigillatim. Si prius, legibus cautum est, ut si in eligendo dissentiant, fortuna sit huius optionis iudex, sicque forte dirimendum esse, ^{b)} cuius sententia in eligendo praecellat; idemque

que receptum est, in eo casu, c) si legatarius, cui erat optio ante factam electionem decesserit, quippe quo casu jus eius eligendi ad heredes transit. Si posterius, eo casu, si forsan contigerit, ut omnes vel plures unam eandemque rem eligant, tunc res electa fit communis; manetque etiam in communione, etiamsi unus eorum decesserit, aut furiosus factus, aut unus alterue nondum elegerit. d) Si vero hoc, plures nempe heredes, omnes simul rem eligere et praestare debent legatario; si dissentiant, iudex ad instantiam legatari heredibus terminum praefigere potest, intra quem si non eligant, electio ad legatarium pervenit, cui autem mediae aestimationis rem eligere tantum permissum. e)

C. Si legatarius persona alterius potestati subjecta est, distinguendum, an sit homo liber an servus. Secundum jus Pand. filiofamilias sine iussu patris eligere non erat f) permissum, quod tamen hodie secus esse videtur, g) postquam *Iustiniano* placuit constituere, filiumfamilias etiam invito patre adire posse hereditatem. Si vero legatarius est servus, dominus eius aut servus iussu domini eligit; immo optionem non amittit dominus, etiamsi servus post mortem testatoris manumiserit, nisi dominus, legatum seruo suo relictum, habere nolit, quo casu servus manumissus eligit. h)

- a) Argum. L. 38. §. f. D. de aur. et arg. leg. (XXXIV. II.) CARPZOW. Dec. 300. 10. CHR. SCROETER *Diff. de legatis ad pias causas. Jenae 1714. Cap. VI. §. 7.*
- b) §. 23. I. de legat. (II. XX.) L. 3. pr. C. com. de Legat. (VI. XLIII.) VOET ad Tit. de opt. vel elect. leg. §. 4. WESTPHAL *Syst. d. L. v. einz. Vermaechts. §. 17.*
- c) Conf. WESTPHAL et VOET. l. c.
- d) L. 8. §. 2. D. de opt. et elect. leg. (XXXIII. V.) WESTPHAL l. a. c. §. 16.
- a) L. 12. D. de opt. vel elect. leg. L. II. §. 1. De de legat. 1. (XXXI. I) WESTPHAL v. e. V. §. 41. §. 43.
- f) L. 10. D. de Leg. 1. *Julianus nec a filio familias sine iussu patris optari posse, nec ante aditam hereditatem, putat: quod verum est.* WESTPHAL v. e. V. §. 14.
- g) L. ult. pr. C. de bon. quae lib. (VI. LXI.) HYBER *Pract. Jur. Civ. ad Tit. de opt. vel elect. leg. §. 3.* VOET, ad Tit. de opt. leg. §. 4. — *Cacrerum de stipulatione.*

zione constat si filio familias duae res alternatiue promissae sunt, eum, in scio patre, electionem habere ex L. ult. pr. d. V. O. (XLI. I.).

h) L. 10. D. de opt. vel. elect. leg. WESTPHAL v. e. V. §. 15.

§. 20.

I. De iuribus singularibus circa rem eligendam ipsam, scimus ex antea dictis, rem in genere legatam eligendam esse ex istis generis speciebus, quae tempore mortis testatoris in hereditate inveniuntur, exceptis rebus fungibilibus, quae quantitate determinatae sunt. Hic nobis quaestiones sequentes obveniunt.

- A. Si vna tantum res generis legati in hereditate existit, haec vnica species legatario debetur. a) Legatum non vitatur, si plures species in hereditate non inveniuntur, quam testator denominauit; electio autem cessat, si res in genere est legata et vna tantum species in hereditate existit.
- B. Si testator legatario permisit quasdam res ex certo genere eligere, quaeritur, quot species eligere possit? Secundum constitutionem Diui Pii tres eligere potest species b)
- C. Electio requirit, vt omnes videamus species ex quibus eligere possumus; quaeritur ideo, quid iuris, si non omnes species, quae eius generis, quod legatum, ad hereditatem pertinent, fuerint exhibitae? Leges heredi iniungunt obligationem omnes species generis legati exhibendi, et quamquam dicant, electionem semel factam reiterari non posse, c) tamen constituunt, si heres non omnia, ex quibus opranda est species, exhibuit, siue dolo, siue non, alteram optionem recte exigere posse. d) Rationem huius legis non difficile eo reperimus, quod in illis speciebus legati generis, in quibus legatarius nec optimam nec pessimam accipit, determinatio eius, quod mediae sit aestimationis accurate fieri nequit, si species generis legati, siue pessima, siue optima sit, deest. In speciebus, quae optimae rei electionem admittunt, non secus est, nam vna specie deficiente, de optima certo constare non potest. Ex dictis sequitur, omnes res etiam, quae eius generis penes tertium sunt, e) exhibendas esse, ideo.

ideoque prohibitum est heredi, unam aut alteram speciem, electione nondum facta, alienare. ^{f)} Si igitur heres non omnes species exhibuerit, quod non solum in immobilibus, sed etiam in mobilibus fieri potest, electio est inualida, nisi legatarius, species plures adesse scierit, nam sciens non fallitur.

D. Euenire potest, testatorem legasse vni rem in genere, alteri speciem eiusdem generis, oritur tunc quaestio, an ea species legata ab electione exempta sit? quod affirmamus, ^{h)} nam, vt taceamus, in uniuersum, speciem derogare generi, hic intentio testatoris clara est, specie legata eum excipere voluisse a genere speciem, nisi expresse declarauerit, rem in specie legatam electioni etiam subesse debere; quo casu legatarius cui oprio competit rem istam eligere potest, et, si eligit, res fit communis vtriusue legatarii. ⁱ⁾

E. Si ille, cui electio est concessa, rem eligit, quae in legatarii non est commercio, leges constituunt, inualidam esse et reuerterandam electionem, ^{k)} quia testatoris voluntas est adimplenda, hoc autem fieri nequit, si res commercio legatarii exempta electa est, nam legatum hoc casu nullam utilitatem affert, quod tamen testator voluit.

F. Fieri equidem potest, quod species, siue a legatario, siue ab herede, siue a tertio electa, ac legatario ab herede praestita, euicta sit, quaeritur, an legatario competat jus euictionis praestationem ab herede exigendi? Regulariter, quod ex doctrina generali de legatis satis superque notum, euictionis praestatio ab herede peti nequit, sed leges hocce jus singulare legato generis praecipue tribuunt, ^{l)} et rationem eo ponunt, „quia non videtur, heres dedisse, quod ita dederat vt habere non possit legatarius,“ nam voluntas testatoris quae adimpleri debet, eo fit inexplata, si res legatario data, est euicta et legatum propterea fit inutile.

a) L. 8 § 1. de opr. vel elect. leg. VOET. ad Tit. de opr. leg. §. 2. SCHELLER cit. l. §. 29. WESTPHAL v. c. V. §. 24.

- b) L. 1. de opt. vel elect. leg. VOET ad Tir. de elect. leg. WESTPHAL v. e. V. §. 25.
Quamquam alioquin pluralis electio duorum numero contenta sit, L. 12. D. de testibus.
- c) L. 5. pr. de Leg. 1. L. 20. D. de opt. vel elect. leg.
- d) L. 4. D. de opt. vel elect. leg. L. 5. ibid. WESTPHAL v. e. V. §. 20 et 21.
- e) L. 8. §. 3. ibid. WESTPHAL v. e. V. §. 22.
- f) L. 14. ibid. WESTPHAL l. c. §. 23.
- g) L. 4. D. a. c.
- h) Arg. L. 9 §. 1. D. de opt. vel elect. leg. L. 41. §. 3. de Leg. 3. WESTPHAL v. e. V. §. 3. et 4.
- i) L. 11. D. de opt. vel elect. leg. Qua lege illa species tractatur, si servus, qui ideo fit communis, quia vni in specie est legatus, ab altero vero electus; huic seruo autem legatum est relictum, quaeritur, an hocce legatum fiat etiam commune nec ne, sicque ejus sit cui servus in specie legatus; ad legatarium specie pertinere statuitur. WESTPHAL v. e. V. §. 6.
- k) L. 2. §. 2. D. de opt. et elect. leg. WESTPHAL v. e. V. §. 35.
- l) L. 29. §. 3. D. de leg. 3. (XXII. 1.). WESTPHAL Cap. 15. Sect. 2. Absol. 2. §. 329.

§. 21.

III. De juribus singularibus circa tempus quando et locum, ubi res in genere legata eligenda sit. Et quidem:

A De tempore, quando.

Fieri debet electio post aditam hereditatem; nam leges constituunt eam inualidam esse ante quam heres hereditatem aduerit. ^{a)} Si autem ille, cui electio comperit, in opranda re morosus est, Icti Romani ante Iustinianum, quoad legatarium et heredem eligentem erant opinionis, eum, cui interfit, electionem fieri, a praetore petere posse, ut eligentem praefiniat terminum intra quem eligere debeat, quo elapso ob moram in eligendo omne damnum sentiat quod ex mora ortum est. ^{b)} Quoad tertium eligentem disceptabant autem, si eligere vel noluerit, vel morte fuerit praeventus, vtrum ne legatum, exspiret an aliquod ei inducatur adiutorium, ut viri boni arbitrari procedat electio. Iustinianus hanc disceptationem

nem definiuit ^o et constituit, tertium intra tempus annale eligere debere, et si intra hoc tempus non elegerit ipsi legatario esse electionem. Hancce constitutionem Iustiniani ad omnes, quibus jus eligendi competit, extendendam esse censemus.

B. De loco ubi eligere debet.

Regulariter locus ubi res in genere legata est eligenda, ille est, ubi hereditas relicta est. Si vero generis legati species, non vno loco existant, et tales absunt, quae vel absolute, vel non sine periculo de loco in locum moueri possunt, exhibitio ibi fieri debet, ubi inueniuntur, et post factam inspectionem eligens eo loco, vbi plures species sunt, eligere potest. ^d)

- a) L. 16. D. de ops. vel elect. leg. „Oprione legata, placet non posse ante aditam hereditatem optari, et nihil agi, si optaretur.“
- b) L. 11. §. 1. de legat. 2. L. 6. D. de opr. vel elect. leg. WESTPHAL §. 30 et 43. L. 8. pr. de opr. vel elect. leg. et L. 17. ibid. Ibi quaeritur, si vni legatarum generis et alteri ejusdem generis, legatum generale relictum sit, ille autem moram in eligendo commiserit, postquam terminum a praetore definitum, intra quem eligere debuisset, praeterlabi passus est, quid tunc juris sit? Ex legum istarum dispositione legatarius generis amittit legatum et legatarius legati generalis omnes eiusdem generis species accipit.
- c) Conf. L. 3. §. 1. C. comm. de leg. Constitutio ea Iustiniani est e numero L. Decisionum. WESTPHAL §. 47.
- d) L. 38. D. de iudiciis. L. 47. pr. D. de leg. 1. I. SAM. STRYCK D. de loco solutionis. Halae 1694.

—————
CAPVT II.

DE ACQUISITIONE, AMISSIONE, CONSERVATIONE
ET
PERSECVTIONE LEGATI GENERIS.

—————

§. 22.

Nunc de legati generis existentis et validi acquisitione discipiamus, ubi nos oportet tam quoad naturam legati in

in genere, tam quoad peculiarem legati generis naturam, genus legatum considerare. In priori respectu quoad acquisitionem legati generis, sub positis limitationibus, quae ex propria huiusmodi legati natura fluunt, omnia ea valent, quae de acquisitione legatorum in genere legibus constituta sunt. ^{a)} Itaque ad legati generis acquisitionem requiritur, vt testamentum seu ultima voluntas, in qua relictum est, valida sit, ^{b)} heres hereditatem adierit, vt legatario sit testamenti factio passiva, et res in genere legata commercio privatorum non solum, sed et a dispositione testatoris non sit exempta, et vt legatarius eam acquirere possit. Quae omnia requisita, si adfuit, legatarius legatum acquirit, per declarationem, quod velit legatum sibi relictum acceptare, ^{c)} quod tum tacite, tum expresse facere potest; quaeque acquisitio autem vel immediata, vel mediata esse potest; prout legatarius legatum ex sola vltima testatoris voluntate, aut per factum intermedium alicuius adquiret. Illa semper adest, si legatario adquirenti res legata est, haec autem si habet collegatarium, ^{d)} hicque vel nolit vel non possit legatum acquirere, ideoque portio ejus alteri adcrefcit, quodque jus adcrefcendi, ^{e)} in legato generis ejusdem est efficaciae quam in legatis in genere. Ad legati generis non puri acquisitionem in specie quod attinet, omnia ea, quae in theoria generali de acquisitione legatorum non purorum dicuntur ^{f)} applicanda sunt. In posteriori consideratione autem si de acquisitione, respiciendo ad singularem naturam legati generis loquitur, neminem fugere potest, quo a reliquis legatis hocce legatum differat. In his nempe dominium rei legatae ipso jure ad legatarium transit, ^{g)} quod fecus est in generis legato, quo dominium prius in legatarium transire nequit, quam electio peracta est. ^{h)} Ius eligendi, si competit legatario, quidem statim a momento mortis testatoris ipso jure legatarii est, sed ante electionem de re certa eius generis, quod legatum est, non constat, itaque nec dominium adquiri potest. Electione autem facta dominium rei electae statim in legatarium transit, isque ab hoc tempore omne periculum et commodum rei suscipit, ⁱ⁾ quod ante electionem penes heredem erat. Rem electam caeterum legatarius cum omnibus accessionibus, praesertim iis, quae a re separari nequeunt, petere potest, quod quidem omnibus legati generis speciebus commune est.

- a) WESTPHAL Cap. 14. VOET. ad Tir. de legat. et Fideicom. §. 37. HOFACKER §. 1520. et seqq.
- b) An et quando legatum debeat ex testamento inualido, vide apud CONR. WILH. STRECKER in Diff. de praeslandis legatis in testamento inualido relictis. Ienae 1750.
- c) WESTPHAL l. c. §. 735.
- d) Cfr. CHRIST. HANACC Diff. de conjunctione legatariorum. Vitemb. 1757.
- e) HOFACKER §. 1523 et 1524. WESTPHAL Cap. 15. Sect. 2. Abth. 8 et DD. ibi. §. 1035. laudati. VINNIUS ad §. 8. l. de leg. VOET ad Tir. de legat. §. 59. et seq. I. C. KOENIG de jure accrescendi in legatis. Altd. 1736. CON. WILH. STRECKER de jure accrescendi in quantitativis relictis etiam obinente. Erford. 1761.
- f) WESTPHAL Cap. 7. §. 9. 10. 11. — RVST. HEN. BOEHMER Diff. de differeutia legator. pur. et non pur. §. IV. et seq.
- g) I. F. SCHNEIDER Diff. de dominio rei legatae ipso jure transeunte. Hal. 1720.
- h) HOEFFNER theoret. prakt. Comm. ii. d. I. §. 584.
- i) Exceptionem docet L. 15. D. de opr. vel elect. leg. ibi LAVOLENVS „Seruo, inquit, sine libertate legavi, deinde optionem seruorum Maeuius dedi. Is eundem seruum optauit. Quaero, an id quoque, quod legatum est, ei deberetur. Respondit: Non puto, legatum huius serui nomine ad dominum pertinere.“ Sub verbis, „ad dominum pertinere“ intelligitur legatarius, qui optauerat seruum et ex inde dominus ejus factus erat, hic legatum serui optati relictum non accipiebat, quia in additione hereditatis nondum dominus illius fuerat, ergo per eum acquirere non poterat. Arg. L. 11. D. de opr. et elect. leg. — Plura vide apud WESTPHALIVM v. e. V. §. 37 et 38.

§. 23.

Ad amissionem legati generis quod attinet, hocce legatum non solum modis generalibus, id est, omnibus iis quibus legatum in genere amitti potest, a) sed etiam singularibus, id est, ob peculiarem eius naturam, ei propriis, amittitur. Modis generalibus igitur legatum nostrum vel factio testatoris, per ademptionem b) et per translationem, vel citra eius factum amittitur, si incapax est relictum, si pro non scripto habetur, si legatario tanquam indigno aufertur, si legatarius ante testatorem aut ante adimpletionem conditionis mori-

tur, deinde, si ultima voluntas in totum corrumpatur. ^{e)} Modis vero singularibus I. re non fungibili in genere legata, si nulla huius generis res in hereditate existit, re vero fungibili legata, si quantitas non est determinata, ac in hereditate non inuenitur. ^{d)} II. Ob moram, si legatarius, concurrente altero legatario, cui legatum generale omnium rerum eiusdem generis relictum, post huius a iudice impetrationem termini, intra quem legatario generis eligere praescriptum hunc terminum praeterlabi passus fuerit, tunc enim, in poenam morae commissae, legatum ei relictum amittit. ^{e)}

Haecenus de amissione legati generis in totum, locuti sumus, sed et pro parte amitti potest, et quidem *per deductionem quartae Falcidiae*, quae tam in legato generis, quam in omnibus reliquis legatis, ^{f)} quae per legis dispositionem aut testatoris prohibitionem exempta non sunt, ^{g)} locum inuenit. ^{h)} Incumbit itaque legatario generis obligatio patiendi, heredem detrahere Falcidiam, ⁱ⁾ pro rata tamen, si et ille grauatus, honoratis iterum imputare potest, quod ei deducitur. Bene vero notandum est, de imputatione quartae Falcidiae constitui non posse, antequam res in genere legata electa sit, nam heres antea de vero eius pretio certior fieri nequit, quod tamen necessarium est ad determinandum, quod detrahendum legato, ut saluam heres habeat quartam.

a) WESTPHAL Cap. 16. VINNIUS ad Tit. I, de ademptione legat. et translat. HOEFFNER theor. prakt. Commentar. §. 586. seq.

b) C. L. CRELL Diff. quomodo legatum nuda voluntate adimatur. Vit. 1742. G. A. STRVV D. de tacita legatorum ademptione. Ien. 1692.

c) Modis generalibus amittendi legatum circa factum testatoris equidem, DD. ad numerant
 a) si res legata absque heredis culpa perit, sed hic modus amissionem generis legati pro-
 ducere nequit, quia genus non perit. 10. HENR. LOVIS Diff. de natura legati.
 Goetting. 1786, §. 13. Post electionem factam quidem legatarius omne periculum susci-
 pit, sed tunc legatum non amplius perit, sed res quae in dominio est; b) si res aliena
 legata ante mortem testatoris iam ad legatarium ex causa lucrativa peruenit; sed et hic
 modus in legato generis locum habere nequit, nam existant leges, quae expresse consti-
 tuunt, ut si alicui res in genere legata, et post testamentum conditum iam titulo lura-
 rio rem eius generis adquisiuit, tamen ex testamento rem eiusdem generis peti possit.
 Arg. L. 87. pr. D. de leg. 2. (XXXI. I.) Immo L. 16. §. 3. D. ibid. statuitur, quod
 si

si alicui res in genere legata, et huius generis res post factum testamentum legatario donata, ab eo autem heredi aut tertio iterum alienata, heres eligens legatario generis circa eius consensum eandem rem ad extinguendum legatum tradere non potest. Conf. WESTPHAL Cap. 1. §. 1500 et §. 1507.

- d) Resp. volupe ad §. 13.
- e) Arg. L. 8. pr. D. de opt. vel elect. leg. (XXXIII. V.) „Si tibi electio serui, et mihi reliqui legari sunt, decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaueris; petitionem tibi non dari iri.“ Et L. 17. ibid. „Cum optio duorum seruorum Titio data sit, reliqui Maecio legari sunt; cessante primo in electione, reliquorum appellatio, omnes ad Maecium pertinent.“ Conf. WESTPHAL u. e. V. §. 31 et §. 32.
- f) Pr. I. de L. Falc. L. 1. pr. D. de Leg. Falc. IACOB VOORDA Comm. ad L. Falcid. Harling. 1730. WESTPHAL Cap. 15. Sect. 3. Absch. 3.
- g) Quo ideo Nou. 131. c. 12. et. Auth. similiter C. ad Leg. Falc. (VI. L.) ubi Imperator constituit, cessare Quart. Falc. in legato ad pias causas, quod etiam ad legatum generis, ad pias causas relictum, applicationem habet. Non secus est, si legatum generis a milite relictum est, quo casu etiam applicanda L. 17. §. ult. D. de testam. milit. (XXIX. 1.), summi modo si generis legatum relinquens, detractionem prohibuit. Auth. sed cum testator C. ad leg. Falc. Nou. 1. c. 2. §. 2.
- h) L. 1. §. 7. D. ad L. Falcid. (XXXV. II.). Et omne, quod ex bonis defuncti erogatur, refertur ad hanc legem, siue in Corpore constet certo incertus, siue pondere, numero mensura valeat, aut etiamsi ius legatum sit, ut usufructus, aut quod in nominibus est.
- i) Quem in finem omnibus remediis heres vti potest, puta 1) iure retentionis, si adhuc possidet hereditatem, et res in genere legata per electionem certa est facta, quod fieri debet ad eruendum eius pretium et detrahendam Falcidiam. L. 15. §. 1. D. ad Leg. Falc. (XXXV. II.) L. pen. C. eod. (VI. L.) L. 73. §. f. D. ibid, quam HOFACKER ad §. 1518. n. a., nec non HELPFELD ad §. 1519. n. o. allegat, heredis ius retentionis non probat. De controuersa virum heres, secund. I. antiq. Rom. solummodo ius habuerit retentionis, vide PÜTTMANN Interpret. et Obseru. c. 34. — 2) Interdicto quod legatorum aut unde vi, et hodie remedio spoli, prout legatarius aut ante, aut post aditam hereditatem, propria auctoritate possessionem rei occupauerat, 3) Rei vindicatione et actione in debiti vti potest, (quibus remediis alii et actionem in factum adnumerant, si obiectum legari sit quantitas), prout legatarius aut ante, aut post aditam hereditatem possessionem rei acceperat. Obiectis mihi autem, obiectum legari generis esse rem in

genera designatam, ergo rem incertam, non certam; tam interdictum quod legatorum quam unde vi, nec non reuindicationem proponere rem certam, itaque in legato generis nullum esse usum horum remediiorum. Respondo ad hanc oppositorem, quaerens: anne possibile sit, huius generis legati unam tantum rem in hereditate esse posse? Si haec quaestio affirmanda, casus existere potest, in quo unum aut alterum horum remediiorum mouendum est. Quoad conditionem iniectionis nullum cedit dubium, nam hoc locum habet, si, facta electione, ex ignorantia, quae non nocet, heres legatario rem electam tradidit, cogitans eum iam detraxisse quartam.

*) L. 43. §. 3. D. de cond. et dem. WESTPHAL c. 1. §. 1099.

§. 24.

Notum est ex doctrina generali de legatis, legatariis ad legati, de cuius existentia et ualiditate constat, conseruationem competere jus tacitae hypothecae a) in bonis defuncti, qui legatum ipsis reliquit, nec non implorationem pro obtinenda cautione b) et euenuali immiissione c) in bonorum relictorum possessionem, aut sequestrationem, legatorum seruandorum causa. Oritur ergo quaestio, an et legatarius, cui legatum generis relictum, his remediis uti possit contra heredem oneratum; quam quidem quaestionem merito affirmamus, quia legati generis natura nullum impedimentum opponit, quominus et noster legatarius hisce remediis ad conseruationem legati generis uti possit.

a) §. 2. I. de legat. ibique WINNIVS et HEINECCIUS. L. R. C. comm. de leg.

b) Tit. D. ut legat. seu fideicommi. seruand. causa caueatur. L. XXXVI. Tit. III. WESTPHAL Cap. 15. Sect. 2. Abth. 6. 10. FERD. SCHNEIDER Diff. de Caut. legator. seruand. causa praestanda Lips. 1732. §. 8. seq. FRID. GOTTE, ZOLLER Orat. solem. de remiss. Caut. circa legat. ex die relictis. Lips. 1756.

c) D. lbi XXXVI. tit. IV. ut in poss. legatorum vel fideic. seruandorum causa liceat. C. L. 6. Tit. 54. ut in poss. legat. vel fideic. seruand. caus. mutatur etc. WESTPHAL Cap. 15. Sect. 2. Abth. 7.

§. 25.

Actiones, quae legatario generatim ad perfequendum legatum ipsi relictum competunt, sunt rei vindicatio, actio personalis ex testamento et actio quasi seruiana seu hypothecaria. a) Queritur ergo



ergo an haecce remedia etiam legatario generis competant? Equidem distinguendum cenfeo: vel electio jam est peracta vel non. Si prius, res in genere legata, per electionem certa facta est, ideoque a legatario recte vindicari potest: nam ante (in §. 21.) ostendimus, post factam electionem dominium rei electae transire ad legatarium, quo posito et etiam rei vindicatio competere debet. Exceptionem tamen patitur legatum generis rei alienae si est res terti, cuius persequendae causa legatarius rei vindicatione uti non potest. b) Si posterius, a legatario aut actio ex testamento est instituenda, quaecum cumulare potest actionem ad exhibendum electionis exercendae gratia, in casu nempe si electio penes eum est.

De caetero quoad perfectionem legati generis omnia ea valent, quae de perfectione legatorum in genere legibus cauta sunt. c)

- a) L. 1. C. *Communio de legat. et fideicom.* §. 2. I. de legat. VOET ad tit. de legat. §. 38. et seqq. HOFACKER §. 1521 et 22. WESTPHAL Cap. 15. Sect. 2. Abth. 9. SCHMIDTS *Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden.* Ien. 1792. 2 Th. 3 Hauptst. §. 636.
- b) VOORDA *Diss. de legat. parr.* §. 26. D. NETTELBLADT *Diss. de legata rei alienae quae est res terti* §. 27.
- c) Conf. HOEFFNER *theor. prakt. Comm. ü. d. I.* §. 585. VOET ad Tit. D. de legat. et fideicom. §. 38. seqq. WESTPHAL c. 4.

P A R S II.

DE LEGATO GENERIS SECUNDVM IVS BORVSSICO - BRANDENBVRGICVM.

§. 26.

Absoluta nunc tota doctrina de legato generis, secundum jus commune, transeamus ad tractationis nostrae alteram partem, qua de

de legato generis secundum Ius Boruffico-Brandenburgicum agere promissimus. Sed ne iusto longior fiat nostra dissertatio breuiter proponemus, in quibus jus patriae nostrae a jure communi differt Singularia autem occurrunt, A. quoad legatum generis generatim, et quidem 1) in definitione generis legati, 2) quoad validitatem, 3) nec non 3) quoad praestationem eius: B) quoad legatum optionis; quas differentias figillatim persequi volumus.

a) A. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 401 et 403.

b) §. 403. *ibid.*

c) §. 404. *ibid.*

§. 27.

Ius Borufficum commune, duplicem notionem legati generis, exhibet. Primo legatum generis ipsi est: *tale legatum, quo alicui complexus omnium rerum unius eiusdem generis relinquitur.* a) secundo: *tale, quo res nomine tantum generis sui denominata relinquuntur.* b)

Secundum jus Romanum illud, legatum *generale* et hoc, legatum *generis* nominauimus, atque vnum ab altero accurate distinximus, c) quamquam cel. Hollandiae Ictus vtrumque legatum sub nomine legati generis comprehendit. Equidem haud negamus, valde accurate et expedite rem explicatam dare, si duplicem notionem legati generis supponimus, sed nobis non permixtum erat, quum secundum jus commune, legatum generis tale est, quod §. 6. definiuimus. Significatum generis si diligenter animo perlustremus, non difficile duplicitas eius nobis occurrit. Nam intelligimus sub voce genus, 1) complexum plurium rerum, quae ob similem suarum naturam, vno nomine veniunt, 2) notionem abstractam cui plures res subordinamus ob similem earum naturam.

Rem exemplis illustrabimus. Ponamus, Caius donat Sejo omnes suos equos, quaerimus quid hoc loco objectum sit donationis? nihil aliud, respondendum, quam complexus plurium rerum, sine adiecta earum qualitate aut quantitate, et quibus ob similem naturam vnum nomen collectiuum est, itaque genus in priori significatione. Si

Si autem Caius equum donat Sejo, tunc objectum huius donationis nullum aliud, quam res a donatore in abstracto sine vlla adjecta individuali determinatione cogitata, abstracta tantum notione, cui ob-
 fimilem naturam cum pluribus rebus subiecta est, designata. Hoc casu ergo genus in significato secundo objectum est donationis. His praemissis, si voce genus duplex significatus coniungendus, etiam duplex notio legati generis sit, distinguendum est, an genus in prima, an secunda significatione sit, de quo sermo est, et ex inde definiendum est legatum generis. Quae cum ita sint, merito concludimus, jus Borussiae subtilius constituisse, quid legatum generis, quam jus Romanum. ^{d)} Quod et inde perspicitur, quod objectum huius legati ex mente harum legum, non solum res corporalis sed etiam incorporalis esse possit; nam disponitur de rebus in genere, et res incorporales ab hoc legato non excluduntur, quod tamen a legibus Rom. factum; qua ratione vero non videndum. Dicit quidem ille Ictus Hollandiae, ^{e)} etiam res incorporalis objectum legati generis ex mente juris Romani esse posse, cui tamen subscribere haud possumus, nam exemplum ab eo adductum, aptum non videtur, quum in omnibus legibus Rom., quae de legato generis, etiam si paucis fiat verbis, semper de rebus corporalibus, nunquam de incorporalibus sermo sit.

a) A. P. L. R. Th. 1. Tit. 12. §. 401. „Der, welchem eine gewisse Gattung“ et cer. — et notandum est §. allegato adscriptum esse rubrum „Vermachte Gattung“, genus legatum.

b) §. 403. „Hat der Testator.“ etc.

c) VOET ad Tit. D. de leg. et Fideicom. §. 17.

d) Anne tamen melior sit, perspicuitatis gratia utrumque legatum nomine proprio appellare, et retinere nomen legati generalis, ad designandum illud legatum, cuius obiectum plures, seu omnes res unius eiusdem sunt generis, id est quod in medio relinquere volumus.

e) VOET ad Tit. D. de opt. vel elect. leg. ubi §. 1. dicit: „Optionis et electionis legatum, cum coincidere videtur, ac idem significare. l. 5. D. de legat. 1. L. 1. D. h. 2. Et quamvis hoc optionis legatum potissimum in corporibus locum sibi vindicet, tamen et in incorporalibus, atque in quantitatibus, seu rebus fungibilibus usum invenire potest: „quo-

quomodo filio nomine ex calendario, quae ipse elegerit legata proponantur in l. 34.
§ 1. D. de leg. 3. etc.

Si autem ex hac lege forte aliquid deduci posset, hoc esset, legatum opinionis interdum legatum speciei esse posse.

§. 28.

Porro I. Borruff. commune in legato generis a jure communi differt quoad validitatem. Constituit scilicet hoc, pro differentia legati generis, prout tale est, quo omnes res unius eiusdem generis alicui relinquuntur, aut tale legatum, quo res legata nomine tantum generis, cui subest, designata est, requisita ad validitatem utriusque legati; et quidem sequenti ratione. Ad prioris generis legati validitatem requirere videtur, ut res eius generis, quod legatum, tempore mortis testatoris in hereditate inveniatur, nam dicit: ^{a)} „Der, welchem eine gewisse Gattung von Sachen ohne Bestimmung der Qualitæet und Quantitæet, vermacht worden ist, erhaelt alle Stücke, welche sich zur Zeit des Todes im Nachlasse befunden haben.“ Ex huius periodi ultimis verbis apparet, si tempore mortis, nulla res eius generis in hereditate existit, legatum inutile esse. Neque omnitemendum est, quod legislator in tempore perfecto locutus sit; inquietum est, „welche sich zur Zeit des Todes im Nachlasse befunden haben,“ et respicitur ad illum casum, quo culpa lata heredis, ante traditione generis legati, res eius generis, quae morte testatoris adhuc existebant, perierunt, quo casu heres damnum culpa lata datum legatario reparare debet. ^{b)}

Ad legati generis secundae notionis validitatem, jus nostrum nihil aliud requirit quam existentiam eius, nam ait: ^{c)} „Hat der Testator jemanden ein Stück von einer gewissen Gattung ohne weitere Bestimmung vermacht, und er findet sich dergleichen im Nachlasse nicht, so muß der Erbe dem Legatar ein solches Stück verschaffen.“ Sine discrimine ergo, siue res in genere legata sit fungibilis, siue non fungibilis, siue quantitate sit determinata, siue non, siue in hereditate existat, siue non, legatum est validum. Ad huius legati generis validitatem itaque sola eius existentia requiritur, quod verba: „Hat der Testator,“ usque ad „vermacht,“ satis superque indicant. ^{e)}

d)

a) §. 401.

l) § 306 et 308. *Th. 1. Tit. 12.*

c) §. 403.

d) Conf. *voet ad Tit. D. de opt. vel elect. leg. §. 6. ubi dicit: Quamvis plerique velint, ex aequitate moribus hodiernis praestandam esse, tunc domum secundum vires patrimonii et legatarii dignitatem eo fere modo, quo id in annuis et alimentis sine certa quantitate legis Romani probarunt.*

VINNIVS ad § 22. I. de legat. dicit: *Est nullum fundum, nullas aedes restator habuerit, ex aequitate tamen iuris Canon., atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, et pro modo facultatum eius, dignitate et caritate vel necessitudine legatarii statuendum, quales praestari debebant.*

§. 29.

Legatum generis primae notionis, quoad eius effectum seu praestationem a legato generali juris communis non differt. Verum enim vero legatum secundae definitionis, si ad eius validitatem respicimus, valde a legato generis juris communis distat, et quoad effectum et quoad praestationem; nempe heres praestare debet legatum, etiamsi res in genere legata in hereditate non existat, quod indicant verba: „und findet sich dergleichen im Nachlasse nicht, so muß der „Erbe dem Legatario ein solches Stück anschaffen.“^{a)} Quaeritur autem, quo modo qualitas non definita praestanda sit, quod saepenumero difficile definitum est, pro diversitate generis ex quo res legata est. Hanc in rem jus comm. Boruff. ita constituit: rem in genere legatam, quae in hereditate non existit, ab herede ergo comparanda, pro modo facultatum, pro dignitate et necessitudine legatarii statuendam esse. ^{b)}

a) §. 403.

b) §. 404. „Die unbestimmte gebliebene Qualitaet einer solchen, dem Legatario zuge-
dachten Sache, muß nach dem Stande und der Nothdurft des Empfängerers bestimmt
werden.“

H

§. 30.

Quod autem speciatim legati optionis intuitu, ad differentias juris Boruss. et juris comm. pertinet, sequentes, instituta comparatione, obviae nobis factae sunt.

- I. Secundum jus comm. electio in genere legatarii est, nisi aliud testator dixerit; secundum jus Boruss. in genere heredi competit, nisi ultima voluntate aliud testator disposuerit. ^{a)}
- II. Ius comm. in electione non respicit ad differentiam inter legatum vindicationis et damnationes, quia a Iustiniano verborum differentia sublata est; Ius Boruss. autem, antiquum jus Rom. restituit, et respicit ad formam, qua ultima testatoris voluntas concepta est, et heredi electionem concedit, si testator dixit: *Heredem meum dare jubeo*, ^{b)} legatario autem si testator dixerit: *legatarius sumito, capito, habeto*.
- III. Si electio tertio commissa est, Iustinianus uti supra pluribus ostendimus, tempus annale constituit, intra quod electio a tertio peragenda. Ius Boruss. nullum terminum constituit intra quem tertius eligere deberet, quod et in uniuersum quoad reliquos, quibus electio competit, factum est, verisimiliter in casu obuiente, si de tempore intra quod res eligenda, lis mota esset, arbitrio iudicis reliquit. ^{d)}
- IV. De euictione diximus supra, eius praestationem legatarium generis, secundum jus commune, semper ab herede petere posse. Ius Boruss. vero ita disposuit: si heres elegit, legatario semper ad euictionis praestationem est obligatus; ^{e)} competit vero electio legatario, in regula euictionis praestationem petere nequit, nisi heres in dolo versatus fuerit. ^{f)}

^{a)} §. 388. „Hat der Testator eine aus mehreren Sachen dergestalt vermacht, daß nothwendig eine Wahl statt finden muß; so gebühret diese Wahl dem Erben, in so fern nicht aus der Fassung der Disposition klar erhellet, daß sie der Legatarius haben solle.“
Conf. § 22, I, de legar. (II. XX.)

^{b)}

- b) §. 390. „Lauret die Verordnung des Testators dahin, daß der Erbe dem Legatario „eine von mehreren Sachen geben solle, so bezeichnet solches eine dem Erben überlassene „Wahl.“ Legatum hoc modo relictum, nullum aliud est, quam quod Romani legatum damnationis nominabant.
- c) §. 391. „Hat aber der Testator verordnet, daß der Legatarius eine von mehreren „Sachen nehmen soll; so wird dadurch angedeutet, daß dem Legatarius die Wahl zu „komme.“
- Romani legatum hoc modo relictum nominabant legatum vindicationis. Conf. caeterum ad Noi. b. et c. quod VINNIVS ad §. 22. Inst. no. 5. et 6. dicit.
- d) §. 395. d. A. P. L. R.
- e) §. 397. „In allen Faellen, wo der Erbe wachlet, ist derselbe dem Legatario zur „Gewährleistung für die gegebene Sache wie bei Vertraegen verpflichtet.“
- f) §. 398. „Hat aber der Legatarius gewählt, so haftet der Erbe, außer dem Falle eines „mit unternelassenen Betruges, nicht für die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache.“

§. 31.

Haec quidem differentiae in conferendo jure Boruffi cum jure comm. nobis obuenerunt, in quibus Ius Boruffi a jure comm. recedit; quae quidem nos, fidelem Boruffi. ciuem, cuius est maximopere gratum se praebere, de felicitate cuius particeps est, viuere in republica, cuius planae ac bene scriptae leges tam dominium securum reddunt, quam felicitatem ciuium suorum promouent, adiciere differationi nostrae oportuit, ad demonstrandum, et confirmandum pro virium nostrarum moduo, in quantum Ius commune Boruffi. antecedit Juri Romano ac communi, et quantopere praefendum sit. Deus optimus maximus Patri patriae, qui illam cogitationem principe dignissimam, suscipere, et ad felicitatem ciuium suorum ita praestanter ac magnifice perficere poterat, praemiis eiusmodi meritis immortalibus dignissimis ornet. Nepotes et posteri merito fortunatos sese putabunt legibus tam praestantissimis regi.

F I N I S.

#

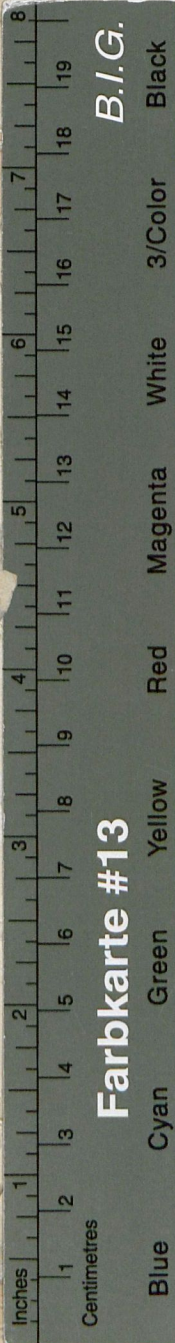
Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.

2 1 1 1 2

11





DE
1794
8
ATO GENERIS
NDVM IVS COMMVNE
ET
CO - BRANDENBVRGICVM.

STRIS ICTORVM ORDINIS
CONSENSV
SVM MIS IN VTROQVE
IVRE HONORIBVS
ET
REGIIS DOCTORALIBVS
RITE OBTINENDIS
X. SEPTEMB. MDCCLXXXIV.
DISPV TABIT
A V C T O R
EVS BERDEMANN,
BEROLINAS.

HALAE AD SALAM,
S IO. CHRIST. HENDELII.

(1794)

