



W. 36.



DE
LEGATO REI ALIENAE
SCRIPSIT
ET
ILLUSTRIS ICTORUM
ORDINIS CONSENSU

PRO LICENTIA 31
SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES
CAPESSENDI

DIE XXIX. APRILIS. A. O. R. C1919CCG

H. L. Q. G.

PLACIDO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT
CAROLUS AUGUSTUS GOTTSCHALK

LEISNIC.

JUR. UTR. FACCAL.

DRESDAE
TYPIS MEINHOLDIANIS



DE

LEGATO REI AETHIAE

AD

DE

ILLUSTRISSIMO
ORDINIS CONSENSU

ALIIQUE

CAUSIS ET REBUS

CONCERNENTIBUS

DE

1710

IN

CAUSIS



PERILLUSTRI
ATQUE
GENEROSISSIMO DOMINO
JOANNI GEORGIO FRIDERICO

S. R. I.

LIBERO BARONI DE FRIESEN

DOMINO ET DYNASTAE IN ROETHA, TRACHENAU, RAMMELBURG, etc. SERENISSIMI ELECTORIS
SAXONIAE CUBICULARIO NOBILI PRIMI ORDINIS, SUMMO REDITUUM PROVINCIALIUM
COLLECTORI, NEC NON SUPREMAE IN PROVINCIA CURIAE ADSESSORI, rel. rel.

FAUTORI ATQUE PATRONO INDULGENTISSIMO

LIBELLUM HUNCCE

MAXIMA REVERENTIA ET SINCERA DEVOTI ATQUE

GRATI ANIMI PIETATE

SACRUM ESSE JUBET

A U C T O R.



REMISSIO

AD

GENEROSISSIMO DOMINO

JOANNI GEORGIO FRIEDRICO

S. P. A.

LIBERO BARONI DE FRIEDEN

LIBERUM HONOREM
ALTISSIMO PATRONO INDULGENTISSIMO

LIBERUM HONOREM

MAXIMA REVERENTIA ET SINCERA DEVOTI ASSUE

GRATI AMICI FIDELITATE

ALTISSIMO

ALTISSIMO

ALTISSIMO



§. 1.

Prooemium et instituti ratio.

Tantus apud Romanos fuit testamentorum favor, tantumque ultimarum voluntatum patrocinitum, ut vix facile majus fortiusque inter eas gentes, quae tum litterarum cultu tum vero legislatorum sapientia id, ut laudem ad sempiternam propagarent gloriam, inprimis egerunt, istiusmodi privatarum constitutionum praesidium, imo simile duntaxat possit reperiri, siquidem ardor voluntatem moribundorum sanctissime colendi Quirites eo induxit, ut non solum testamenta legum numero adcenserent, sed et ut nulli privatorum dispositioni aequae essent patrocinati, et ne principi quidem majus magisque curiosum sibi debere viderentur obsequium, quam testantium praeceptis; quid? quod, Paulo teste in l. 5. *π.* testam. quemadmod. aper. suprema hominum judicia exitum habere publice adeo expedire putarunt. Rationem vero hujus infiniti testamentorum favoris optime descriptam dedit Quinctilianus in declam. 308: „*et in more civitatis, inquit, et in legibus positum est, ut quoties fieri potuerit, defunctorum testamento stetur: idque non mediocri ratione. Neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem; alioqui potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet: et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus,*

ventibus, auferatur morientibus.“ Neque vero solum illud solatium mortis hujus testamentorum favoris ansam praebuisse videtur, sed etiam sacrorum privatorum perpetua ratio antiquo tempore multum huic rei attulit praesidii, ceu ipse docet Cicero de legg. lib. II. Cap. 19. Scimus enim, juris pontificii praeceptum: *sacra privata perpetua sunt* tam altas olim egisse radices, ut inde omnis fere testamentorum materia originem tanquam ex fonte deduceret, idque duplici consilio fuisse receptum, altero, ut pontificum opus esset auctoritate in negotiis civium gravissimis, altero vero, ut familiarum splendori tanto tutius prospiceretur, quo arctiori vinculo ipsa hereditariarum rerum universitas hisce sacris esset alligata; quare causa, cur ipsi adeo callidi pontifices una cum prudentibus in augendo testamentorum favore, qui sacris privatis quam diutissime conservandis admodum inservire videretur, tam sedulo laborarent, non difficilis erit intellectu. Sed quid multa; legum adeo numero habuisse Romanos testantium voluntatem non solum adparet ex eo, quod testamentaria dispositione, eaque justa, derogari posset legibus publicis de successione latis, imo patrifamilias civem, ut in liberos ipsius potestati subjectos tutelam susciperet, testamento jubere liceret, sed ipse quoque Justinianus, qui in Nov. XXII. Cap. 2. una cum Theophilo in Paraphras. Inst. tit. ad leg. Falcidiam in princip. testamentis legum nomen diserte tribuit, idem satis confirmat. Hinc Cicero in Oratione Philippic. II. Cap. 42. *in publicis actis, inquit, nihil est lege gravius: in privatis firmissimum testamentum;* nec injuria vetus cecinit poeta (in carm. de vita Virgiliti):

Sed legum servanda fides Suprema voluntas

Quod mandat, fierique jubet, parere necesse est.

Quamvis autem postea sacrorum privatorum indole extincta ipsi hominum convenire videretur naturae, ut sanctissime colerentur su-

prema

prema moribundorum, quorum haud redit arbitrium, judicia, idque ita perspectum cognitumque habent juris canonici conditores, ut nimia lucri cupidine correpti testamentorum favori quam maxime et ampliando et augendo omnem fere impenderent, operam fuerunt tamen, qui magno huic testantium patrocínio dicam scriberent, quorum ut unum tantum afferam, Strykium *) nominasse sufficiat. Varia quidem, ut sententiae fulmina adstrueret, eaque prava collegit exempla, quae tamen, licet moribus hominum satis probari experientia doceamur, rei testamentariae ob auctoritatem regulae: *utile per inutile non debet vitari* ne tantillum quidem detrahunt, siquidem ullum vix reperiatur juris institutum, licet saluberrimum, quo non abusi fuerint homines tum fraudibus omnisque generis machinationibus dediti, tum fastu, superbia, gloriae captandae cupidine odioque erga alios incensi. Quid? quod adeo ineptarum moribundorum voluntatum exempla haud desunt, quae tamen, dummodo disertae legum publicarum sanctioni non plane adversentur, aut ejusmodi complectantur praecepta, quae pro ipsa rerum natura exitum habere nequeunt, peraeque sunt colendae, ac illae, quibus animi illius serii et constantis, quo de suprema ac decretoria vitae hora homines cogitare solent, luculentissima signa impressa videmus. Tantum vero absuit, ut juris civilis tum conditores, tum interpretes, acutam illam, quae de testamentis agit, doctrinam ob abusum eorum negligenter, ut potius illorum servandorum cupiditate flagrantes in excolenda hac materia, quae ipsis adeo illustris visa est, ut quo graviores testamentarias quisque sopivisset controversias, eo major Themidis censeretur sacerdos, sedulo semper laborarent. Istos autem Romanorum prudentes, quibus

mascula

*) in programm. de testamentorum favore non favorabili. Halae, 1702. 4. quem refutare satagit Brücknerus in diss. de favore ultimarum voluntatum. Lipsiae, 1721. 4. §. IX. seqq.



mascula illa jurisscientia curae cordique fuit, cum vexatas testamentarias quaestiones interrogantibus acute enuclearent, in id videmus omni studio incubuisse, ut salva legum auctoritate nunquam non in favorem testatorum responsitarent, eorumque voluntati, dummodo publicis conveniret legibus, contra quas testamento suo cavere nemini licet l. 55. π . de leg. 1., quam firmiter starent. Quod ne temere dixisse videamur, testimonium denunciamus Paulo, qui in l. 12. π . de Regul. jur. plenius testantium voluntates in testamentis interpretandas esse docet; nec non Imperatori Alexandro, qui in l. 7. Cod. de fideicommiss. voluntatis defuncti quaestionem in aestimatione iudicis esse, A. Septimo rescripsit.

Nos vero, quanquam impraesentiarum in ipsum testamentorum favorem penitus inquirere, inque legum, quae huic ampliando inserviunt, encomium latius exspatiari tum temporis angustia, tum vero curta lectionis suppellectili impediamur, unam tamen hujus favoris speciem, qua quippe testatori de rebus adeo alienis legando disponere licet, tum ob suavitatem, tum ob subtilitatem quaestionum hac de re a Ictis propositarum, scribendi disserendique opportunitate nobis oblata, paulo curiosius investigare nobiscum constituimus, rati, hanc materiam post aliorum virorum doctorum lucubrationes non indignam esse, quae necessitate academicum libellum publici speciminis loco exarandi nobis imposita, denuo in cathedra discutiatur. At ne quis nos noctuam Athenas portaturos, nostramque post Majansium, ²⁾ Coccejum, ³⁾ Schlosserum, ⁴⁾ Didac. de

2) Disp. de legato rei alienae, in ej. Disput. Lugd. Bat. 1752. 4. Tom. I. Num. XXX. pag. 341. seqq.

3) Diss. de legato rei propriae et alienae. Francof. 1701. 4. et in ej. Exercitatt. Vol. II. n. 23.

4) Diss. positiones quaedam de rei alienae legato. Argentorati. 1753. 4.

de Siria, 5) Nettelbladtum, 6) et Hoeltichium, 7) qui hanc rem ex instituto tractarunt, operam in enucleando rei alienae legato collocandam inanem, imo supervacuum futuram esse arbitretur, ipsius Gothofredi nostra faciamus verba: „haud adeo, inquit, effoeta est jurisprudentia Romana, haud adeo a praeclarissimis exhausta ingeniis, quin novis subinde processibus in melius produci atque illustrari queat.“ Quod vero omnibus fere accidit juris capitibus, ut quippe in tanto, quo nostris inprimis temporibus interpretes infecti sunt, dissentiendi pruritu de iisdem vel interpretandis vel applicandis dubii haereant Themidis antistites, id etiam rei alienae legato, quod quidam juris pontificii auctoritate sublatum esse putarunt, contigisse tralatitium est; quapropter eo lubentius hocce juris civilis caput tractandum nobis sumsimus, quo magis de juris canonici sanctione tam varia a variis prolata sunt, ut omnibus iis, quae hac de re

5) Tr. de legatorum rei alienae validitate. Salmant.

6) Diss. de legato rei alienae quae est res tertii. Halae.

7) Diss. de legato rei alienae. Vitemberg. 1673. 4. Praeter auctores laudatos de legato rei alienae Ramos del Manzano quoque scripsisse fertur; cujus tamen opusculum, cum Meermanno in praefat. ad Tom. VII. ejusd. thesaur. potius a quopiam ipsius discipulorum conscriptum videretur, nec quicquam nisi meras legum antinomias earumque conciliationes contineret, brevissime tractatas nulloque ordine dispositas, penitus ab hoc suppressum est. Taceo eos, qui, cum de juribus circa res alienas aut legatorum in genere exponerent, obiter duntaxat legati nostri meminere, quo v. c. pertinent Hoening diss. de dispositione circa rem alienam valida. Altorf. 1711. 4. Ring diss. de jure singulari in rem alienam. Francof. 1685. 4. Horn diss. de jure circa rem alienam singulari. Vitemb. 1639. et alii. Confer quoque Westphalium in libro lectu dignissimo, cui titulus: Hermenevtisch systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. Leipzig 1791. Tom. I. Cap. V. Sect. VI. §. 270. seqq. p. 213. seqq.

re scripta extant, lectis atque relectis ipse, quorsum te vertas, fere ignores. Ratio vero instituti, quo de legato rei alienae exponere juvat, a nobis exigit, ut quem ordinem in libello servaturi simus, breviter significemus. Quando enim nominum et ipsius rei definitione praemissa, varia, quae ex jure canonico in contrariam partem vulgo afferuntur, sub censuram a nobis fuerint vocata, varias hujus legati species explanabimus; quibus postea exempla, ubi rei alienae legatum inutile est, una cum casibus exceptis ac remediis, quibus hoc legatum legatario persequi licet, breviter adjungemus. Qua quidem in re, si quae minus recte dicta vel omissa deprehendantur, lectores, ut primum, quod ipsis offeratur, juveniliū lucubrationum specimen esse perpendant, decenter volumus rogatos.

§. 2.

Rei alienae definitio.

Quamvis sub re aliena talem, quae in alterius, non autem in ejus, qui de eadem disponit, dominio constituta vel juri ejus subjecta sit, comprehendi, inter dupondios adeo constet, accuratior tamen hujus rei definitio, quum triplici, si de rei alienae legato quaeratur, potissimum sensu occurrere possit, vix erit supervacanea. Aut enim testator de re heredis, aut legatarii, aut cujusvis extranei, qui plane nihil ex testamento percipit, disposuit, ita, ut in quacunque specie, ubi testator de ejusmodi rebus, quarum dominium ad eum non pertinet, cogitavit, res deprehendatur aliena, licet rerum ultimo loco descriptorum genus prae ceteris alienarum significatum recipiat. Etsi vero prima fronte, dum suae quisque rei dicitur moderator et arbiter, omni oppido aequitati repugnare dispendiumque domino afferre videatur res alienas legandi potestas,

potestas, iste tamen modus a legibus definitus, quo per ultimam voluntatem super singulis extranei rebus testantibus disponere licet, tantum abest, ut tertio, ad quem nihil commodi ex testamento redundat, damni quidquam afferat, ut potius voluntas testatoris salvo domini jure exitum habere et possit et debeat.

Quod vero primum heredis res, ut ab his ordiamur, attinet, de his a quocunque testatore ex legum permissu legando recte disponi docent Imperatores Diocletianus et Maximianus l. 25. Cod. de fideicom. nec non Justinianus, qui §. 4. Inst. de legat. *non solum testatoris vel heredis res, sed etiam alienas legari posse* diserte affirmat; ⁸⁾ quae, quamvis revera testatoris non sint, juris tamen intellectu pro propriis habentur, quatenus leges jussui ejus, perinde ac si de suo legasset, ab herede obtemperari volunt. Quemadmodum enim ex juris fictione, quando de juribus et obligationibus defuncti quaeritur, hereditas personae, id est defuncti vice fungitur, ita et heres eodem respectu una censeatur cum defuncto persona l. 22. ff. de usurp. et usucap. Nov. 48. in praef. ⁹⁾ adeo ut, etiamsi res heredis propria, quam testator legavit, hujus respectu aliena sit, ¹⁰⁾ tamen utriusque, tam heredis quam defuncti, bonis adita hereditate inter se confusis, improprie duntaxat testator alienam rem legasse videatur; id quod ipsum quoque Justinianum l. l. rebus testatoris et heredis per particulam *vel* conjunctis et ab alienis, quae extranei sunt, se junctis, indicasse, quisque sua sponte facile intelliget.

Quare

8) Cfr. quoque Caji Institt. lib. II. tit. 7. §. 4. in Schulting. jurispr. antej. p. m. 126.

9) Alteserra de fictionibus juris tr. VII. cura Eisenhart. Halae 1769. 8. Cap. XX. p. 57.

10) Puffendorf observatt. jur. univ. Tom. II. obs. 80. §. 5 et 6.

Quare heres, qui in omne jus, quod defunctus habuit, succedit l. 62. *¶* de reg. jur. l. 37. *¶* de acquir. vel om. her. adita hereditate, cum patrimonium ejus cum bonis a defuncto relictis in unum quasi corpus conflatum videatur, rem suam a testatore legatam praecise legatario praestare tenetur, nec aestimatione huic oblata ab obligatione liberatur, quia, licet alioquin pretium interdum vice rei fungatur, heredem tamen voluntati testatoris, qui rem ipsam, haud vero ejus aestimationem legatario dari jussit, quam diligentissime obtemperare oportet. Quae cum ita sint, heres rei suae alicui legatae aestimatione praestita eo minus liberabitur, quo magis ad rem in specie alienam, si legata fuerit, etiamsi difficilis sit ejusdem paratio, redimendam et legatario tradendam obstringitur, atque tum demum, si nullo plane pacto rem ipsam parare possit, pretio legatario oblato liberatur; de quibus tamen infra plura adlatari sumus. Addunt quidem plerique, ¹¹⁾ heredem, ut rem propriam, circa quam singularem aliquam affectionem docere possit, v. c. quia avita sit, vel ex donatione principis ad eum pervenerit, legatario praestet, non omnino cogi posse; sed haec exceptio legum auctoritate destituitur, quae contra diserte volunt, ut heres, quoties id fieri possit, ipsam rem legatam legatario exhibeat, ejus haud parum saepe interesse potest, ut rem legatam nanciscatur. Idem quoque probatur Vlpiano l. 71. §. 4. de leg. 1.; nec est, quod Icto de re testatoris, haud vero de re heredis legata sermonem fuisse, objicias, cum in utraque specie, qua heres ad rem legatario praestandam obligatur, non solum par adsit ratio, verum etiam testator, qui de re heredis disponit, de suo legasse intelligatur; quid? quod ne ipsi quidem nummi, quos testator in arca habuit, si legati fuerint, recipiant permutationem, sed ipsa nummorum corpora a testatore relicta

¹¹⁾ Ring in diss. cit. de jure singulari circa rem alien. et Horn in diss. cit. ejusd. argum. §. XII.

relicta legatario praestari debent, teste Papiniano l. 51. π . de legat. I. Magis itaque nobis arridet ea quaestionis decisio, qua in id potissimum inquiritur, utrum testator, rem ab herede singulari quadam affectione teneri, sciverit, nec ne; in posteriori enim casu, cum ad minimum semper heredem gravare voluisse praesumatur l. 67. \S . 8. π . de legat. II. aestimationem magis, quam rem ipsam, legatario praestari voluisse videtur. Contra vero, si testator rei ab herede legatae qualitatem sciverit, heres ad eandem praestandam, etiamsi affectione quadam circa illam imbutus sit, indistincte tenetur, dummodo rem, quam tenet, legatam absque ingenti detrimento in legatarium transferre queat; nam alioquin illa ipsa praesumptio, testatorem ad minimum gravare voluisse heredem, hunc praestita aestimatione liberari, probare videtur. Egregie rem illustravit Ulpianus l. 71. \S . 3. de leg. I. *Qui confitetur, ait, se quidem debere, justam autem causam affert, cur utique praestare non possit, audiendus est. Utoputa si res aliena legata sit, negetque dominum eam vendere. vel immensum pretium ejus rei petere adfirmet; aut si servum hereditarium neget se debere praestare: forte patrem suum vel matrem vel fratres naturales. Acquissimum est enim concedi ei, ex hac causa aestimationem officio judicis praestare.*

Quid vero obtineat, si testator legatario reliquerit ejusmodi res, quas putavit suas, quae tamen heredis esse postea deprehenduntur, docet Papinianus l. 67. \S . 8. π . de legat. II. ubi: *si rem tuam, ait, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem: non est Neratii Prisci sententiae, nec constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem: nam succursum est heredibus, ne cogentur redimere, quod testator suum existimans reliquit: sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et on-*

randis

randis heredibus faciliores voluntates: quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem. Neratius Priscus Papiniano auctore legatum rei alienae ab inscio testatore relictum frustra a legatario peti, propterea censuit, quia magis in legandis suis rebus, quam in onerandis heredibus, faciliores sint testantium voluntates; quam quidem Neratii sententiam constitutione adeo firmatam esse legimus, qua heredibus succursum est, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit. Cujus constitutionis auctor plerumque Antoninus Pius, quem ipse laudavit Justinianus §. 4. Inst. de legat., fuisse fertur; sed cum similis adhuc supersit constitutio Alexandri Severi in l. 10. Cod. de legat. de hac Justinianum et Papinianum dd. ll. cogitavisse conjicit Janus a Costa ad §. 4. Inst. de legat.¹²⁾ ex eo, quod ipse Alexander, ut e Fastis et e Lampridio in Alexandro pateat, Pii cognomine fuerit ornatus. Sed contrarium exinde facillime potest probari, quod constitutio ista, quam Papinianus jam commemoravit, ante Alexandri tempora exstare necessario debuerit. Is enim diu ante Alexandrum sub imperio Caracallae Spartiano teste in vit. Carac. C. 4. jussu hujus Imperatoris fuerat interemptus; qui igitur potuisset constitutionis facere mentionem, quae septendecim ferme annis post obitum ejus demum emanavit? Quare cum Balduino¹³⁾ potius Antonino Pio, qui in veterum auctorum monumentis Pii cognomine prae aliis designari solet, atque multa de legatis et fideicommissis disposuisse fertur, quam Alexandro, memoratam constitutionem tribuere malim, motus praeterea lubrico ratiocinii exinde, quod Pii constitutio non amplius existat, Alexandri vero in Codicem relata supersit, deducti. Ista itaque D. Pii constitutio, cum legatum rei alienae, ad quod praestandum olim heres indistincte obli-

12) in Commentar. ad Instit. ex ed. van de Water. Lugd. Bat. 1719. 4. p. 295.

13) in Commentar. ad Instit. tit. de legat. §. 4.

obligatus fuisse videtur, tum demum, si testator rem extranei esse ignoravit, tanquam inutile reprobaverit, ad res heredis eo minus pertinet, quo faciliores esse solent testatores in legandis rebus heredis, quae sine omni difficultate praestari possunt, et juris intellectu ipsius testatoris esse censentur. Heres autem, qui lucrum percipit ex testamento, et defuncti voluntatem quoad commoda sequitur, eidem quoque onerum ratione obtemperare debet I. 10. *¶* de Reg. jur., ita tamen, ut re unius heredis ab omnibus coheredibus legata, reliqui domino ejus, qui nihil amplius quam partem suam praestare tenetur, ad restitutionem pretii, cum omnium circa rem legatam testator par esse voluerit onus, pro partibus hereditariis obligentur I. 86. §. 3. *¶* de legat. I.; quod quidem re ab uno herede, puta ejus domino, legata cessat. Licet vero re heredis alicui relicta testator de suo legasse videatur, hoc tamen inter rei testatoris et heredis legatum imprimis interest, ut illius dominium in legatarium ipso transferatur jure, I. 80. *¶* de legat. II. hujus vero, cum penes testatorem haud fuerit, nec ideo ab eo in legatarium directe poterit transferri, praevia demum traditione in eum vere transeat. ¹⁴⁾

§. 3.

Res legatarii ipsi a testatore legata.

Praeterquam vero, quod testatori super rebus heredis perinde ac de suis disponere permixtum sit, ipsi quoque, ne de rebus legatarii in testamento praecipiat, a legibus non omnino interdicitur, dummodo variae species in quaestione, an res legatarii propria huic recte legetur, deci-

14) Bergeri resolutiones legg. obstant. edit. V. pag. 552. — De re heredis legata vide sis Leyserum in Meditatt. ad Pandect. Spec. CCCLXXXI.

decidenda caute a se invicem secernantur, De eo enim casu, ubi res legatarii tertio legatur, nullatenus nobis erit sermo, cum ejusmodi legatum fere ex iisdem principiis, ac legatum rerum heredis sit dijudicandum, atque subsistat, dummodo legatarius magis fuerit honoratus, quam oneratus. Audiamus ipsum Imperatorem in §. 10. Inst. de legat. ita loquentem: *Si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest; et licet alienaverit eam, non debetur, nec ipsa res, nec aestimatio ejus.* Unde vulgaris illa regula, rei legatarii propriae legatum inutile esse, Diocletiani et Maximiani re-scripto l. 13. Cod. de legat. confirmata. Nimirum cum dominium, quod iidem per legatum transfertur, non nisi ex una causa alicui possit obvenire l. 3. §. 4. in fin. π . de acquir. vel amitt. poss. illud quoque, quod legatarii jam est, amplius ejus fieri nequit, ideoque rei, quae in dominio legatarii constituta est, legatum eventu certe destituitur. Quemadmodum enim ex pluribus causis idem nobis deberi non potest, teste Paulo l. 159. π . de Reg. jur. ita ex pluribus causis idem nostrum esse nequit; unde legatarius, cujus jam est, quod petit, contra heredem legati nomine frustra agit, cum quod actoris est, ei dari minime oporteat, siquidem dari cuiquam id tantum intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat, res autem, quae actoris est, magis ejus fieri nequit. §. 14. Inst. de action. Quid igitur, quaeso, commodi affert legatum, ad quod consequendum legatario, ob deficiens fundamentum agendi, nulla contra heredem experiundi competit facultas? Cave vero existimes, legatarium rei saltim aestimationem, ne voluntas testatoris, qui ei lucrum aliquod ex testamento percipiendum destinavit, exitu penitus destituatur, ab herede petere posse; quo enim jure, inquirunt interpretes, is, cui rem persequi non licet, ejus aestimationem, quae rei, quam tenet, inesse intelligitur l. 88. π . de verb. sign. exigere poterit? Quod eo magis in causa,

causa, quam proposuimus, sibi vindicabit locum, quo minus ipse Justinianus legatario, qui rem suam post testamentum conditum alienavit, ob rigorem regulae Catonianae, secundum quam quod ab initio non valet, ne tractu quidem temporis convalescere potest, neque rem ipsam neque ejus aestimationem ab herede petendi potestatem fecit. Neque vero rationem, rem alicujus propriam amplius ejus fieri non posse, agnovit a Beaufin 15) ratus, nullam adesse causam, cum saltim aestimatio exigi queat; quare potius ad voluntatem testatoris, qui scilicet ex eo, quod domino rem ipsius legaverit, ignorasse rem esse legatarii, ac proinde si scivisset, legaturus ei non fuisse praesumatur, respiciendum esse censuit, ita quidem, ut si testatorem id non ignorasse appareat, ejus aestimationem peti posse statueret. Etsi autem ratio a Justiniano adlata, quod aestimatio rei inesse videatur, non temere, ut infra patebit, rejecta fuerit ab Hectore a Beaufin, ipsius tamen sententiam regulae: non distinguente lege nec interpretum est distinguere, oppido refragari ex d. §. 10. Inst. de legat. et l. 13. Cod. eod. protinus elucescit. Quare in hac specie Justiniani rationem sequamur oportet. Indistincte quoque rei propriae legatum reprobatur a Papiniano, qui in l. 66. §. 6. in fin. *π.* de legat. II. haec scribit: *sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.* Quorum verborum, ut cum ad ea, quae praecedunt, sint referenda, genuinum eruamus sensum, ante omnia notandum est, Papinianum dat. §pho de fundo testatoris legato, qui tamen quoad usumfructum aut possessionem ad alium pertinet, aut alii pignori obligatus est, verba fecisse. Quum enim fundo testatoris legato tres istas causas, usumfructum, possessionem et immu-

15) in Diss. ad l. 40. *π.* de legat. I. adjecta B. Branchu Observat. Dec. I. (Lugd. B. 1721. 8.) p. 224.

immunitatem a pignoris onere ab herede praestandas esse respondisset, adnexuit quaestionem, utrum fundus legatarii legatus, cujus vel ususfructus vel possessio ei abest, vel qui pignore premitur, ab eo peti possit, cum alioquin res legatarii propria huic frustra legetur? id quod propterea negasse videtur, quoniam tunc ne principale quidem legatum scilicet fundi ipsius, quocum reliquae praestationes seu causae simul stant et corruunt, sustinetur, atque res legatarii, etsi huic ususfructus vel possessio absit, vel alii jus pignoris circa eandem competat, propter has causas aliena dici nequit. Sic certe missis aliorum cum emendationibus, tum hariolationibus, locum rectius, ni animi fallimur, explicatum dedit Jacob. Gothofredus. ¹⁶).

Quaquam vero sic omnia amice conspirent, ac quaestio, an legatario rem antea quidem propriam sed post testamentum conditum alienatam ab herede petere liceat, satis definita videatur, causam tamen, cum ingens nobis a Celso objiciatur impedimentum, dimittere nondum possumus. Ait ille in l. 1. §. fin. π . de reg. Caton: *Item, si tibi legatus sit fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset.* Frequens fuit interpretum senatus ad hanc crucem tollendam, quorum omnium scrinia expilare nec juvat nec vacat. Ad lectionem quod primum attinet, non est, quod conjuremus in necem verborum, aut quod vix decet interpretem, cum Cujacio, ¹⁷) Hotoman-

no,

¹⁶) Animadversion. jur. civil. Cap. XX. in Ev. Otto thes. Tom. III. pag. 318. seqq. Cfr. quoque, si lubet, Joann. Steck vindic. LL. antic. Cap. XX. in Otto thesaur. Tom. I. pag. 531.

¹⁷) in notis prioribus ad Inst. tit. de legat. §. 10. in ej. Operib. Paris. 1658. Tom. I. pag. 123.

no, ¹⁸⁾ qui adeo enim, qui scripta Celsi et Justiniani conciliare studeat, nihilo melius operam positurum putat, quam si quadrare circulum nitatur, Merillio ¹⁹⁾ aliisque Celsum inter atque Justinianum dissensum statuamus, cum nihil facilius videatur, quam ejusmodi ictu omnem sopire litem. Quae quidem sententia idoneo vel ideo haud superstructa est fundamento, quod sibimet ipsi contradicturus fuisset Celsus, qui in princip. d. l. veram Catonianae regulae mentem explicuit, ex qua scilicet ejusmodi legatum, quod, si testator testamenti facti tempore decessisset, inutile fuisset, nec quodocunque decesserit, reconvalescit. Deinde vero, ceu monuit Janus a Costa, ²⁰⁾ dum Celso hancce tribuimus sententiam, qua legatum rei suae pure relictum alienatione subsequuta convalescere dicitur, simul etiam in potestatem legatarii collocamus, legatum ipso jure nullum validum reddere. M. Lycklama ²¹⁾ verbis: *scribendi testamenti tempore* multum auctoritatis tribuit, atque Celsi sententiam ita interpretatur, ac si dixisset: si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore h. e. ante perfectum testamentum alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset, scil. quia tunc intestatus obiisset. Ut vero taceam, hancce explicationem ea inprimis difficultate laborare, ut verba *vivo testatore*, qui certe ante testamentum conditum testator adpellari nequit, durius explicentur, cum potius: *si fundum ante testamentum conditum*, minime vero: *vivo testatore* Celso fuisset dicendum, tunc quoque,

18) in Commentario ad Institut. (Lugdun. 1588. fol.) tit. de legat. §. 10.

19) in Commentar. ad Institut. opera Claudii Mongin cum praefat. Trotzii. Trajecti. 1739. 4. tit. de legat. §. 10.

20) in Commentar. ad Institut. ex ed. van de Water p. 304.

21) in Membran. (Leovardiae. 1644. 4.) lib. VII. Ecloga VI.

quoque, si eundem de proposito duntaxat testandi cogitasse arbitramur, nulla adest quaestio, nisi Domitiana, quum temporis ante conditum testamentum eorumque, quae tum acciderunt, nunquam habeatur ratio in definienda quaestione, an legatum subsistat, imo magis videndum sit, quid post testamentum legitime conditum contigerit. Parum quoque nobis adrisit Duareni²²⁾ sententia, qui absque idoneo juris fundamento in rei propriae legato semper conditionem, cum legatarii esse desierit, subintelligi opinatur. Qui enim, si haec sequaris, Justinianus potuisset sancire, rei propriae legatum ita inutile esse, ut nec res, nec aestimatio debeatur d. §. 10. l. de leg. ? Nec admodum placuit vulgaris illa, quae plano solitoque dicendi genere haud commendatur, Vinnii,²³⁾ Everardi Ottonis,²⁴⁾ Pacii,²⁵⁾ a Beaufin,²⁶⁾ et Majansii²⁷⁾ conjectura, qui scilicet hanc conditionem disertis verbis a Celso expressam esse arbitrantur, dum verba: *si eum vivo testatore alienaveris* non ICto sed potius testatori, qui sub ista conditione rem legatarii propriam huic reliquit, adscribunt. Quamquam enim ipse Vinnius l. l. haec verba diverso characterem seu alio scripturae genere ex more ICtorum verba solemnia recitantium recepto scribenda fuisse confiteatur, tamen id facile a librario juris civilis forte ignaro perinde negligi potuisse existimat, ac centies neglectum fuisse constet. Eo fere redeunt, quae scripsit Buisius

22) in ej. Operibus. Aurel. Allobrog. 1608. pag. 614. ad l. 41. §. 2. n. de leg. I.

23) in Commentar. ad Institut. (Amstel. 1659. 4.) tit. de legat. §. 10. pag. 434.

24) in Commentar. ad Institut. tit. de legat. ad §. 10.

25) in libro *εναγριοφρωνων* seu LL. concil. Centur. VII. qu. 7.

26) in diss. cit. v. Branchu observ. pag. 224.

27) in diss. de regula Catoniana, in ej. Diss. Tom. II. Num. 43. p. 153, §. 20.

sus ²⁸⁾ qui dum verba ea: *si cum vivo testatore alienaveris* ad praecedentia referri vult, duo puncta post vocem alienaveris reponenda censet. Cum autem duriuscula videatur haecce verba Celsi interpretandi ratio, siquidem formula: *si vivo testatore eum alienaveris* ipsi testatori leganti tributa, ex communi loquendi genere potius dicendum erat: *si me vivo fundum alienaverit*, probabilior videtur Gordoni ²⁹⁾ conjectura, qui propter voculam *item* conditionem priori legato in §. 1. d. 1. adscriptam in §. 2. repetendam esse arguit, adeo ut si legatarii fundus a testatore sub conditione: *si post Kalendas mortuus fuero*, ipsi legatus vivo testatore ab eo alienatus sit, legatum debeatur, quod non deberetur, si testator statim decessisset. Verum huic sententiae, penitus adstipulari non possumus, quae, si conditio §. 1. adlata esset repetenda, in eo, quod Celsus solius rei alienationis vivo testatore factae, neque vero, quod alioquin necessario fieri debuisset, mortis quoque testatoris post Kalendas demum subsecutae mentionem fecerit, non omnino veritati convenit. Quid autem, ut quid nobis videatur aperiamus, impedit, quo minus verba Celsi, qui exempla conditionum, quibus elidatur regula Catoniana, afferre sibi proposuerat, ita intelligamus, ut fundus legatarii vel adjecta aliqua conditione vel incerto temporis momento adposito ipsi fuerit legatus? id quod non tantum particula *item*, qua §. 2. priori, ubi legatum sub conditione relictum diserte commemoratur, juncta est, sed verba quoque, *quod non deberetur, si testator statim h. e. ante conditionem adimpletam decessisset*, suadere utique videntur. Nec nos offendunt verba: *vivo testatore*; potest enim ejusmodi conditio adscribi legato, quae non nisi post mortem testantis exitum sortitur.

Belle

28) in Commentar. ad Pandectas. Daventriae. 1656. 4. Part. II, p. 273. et 297,

29) in Praetermiss. Cap. VII. quae extant in Ev. Otton. thesaur. Tom. II. pag. 850.

Belle enim ait Scipio Dupleix: 30) *res legatarii pure quidem legari non potest, sed tantum sub conditione, modo conditionis existentis tempore legatarii non sit.* Sic igitur Celsus fundum alienatum haud repugnante regula Catoniana, quae omnem conditionem respuit, a legatario recte peti asseruit; id quod etiam Paulo placuit l. 98. π . de cond. et demonstr. *mea res*, inquit, *sub conditione legari mihi potest, quia in huiusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet*, nec non Ulpiano l. 41. § 2. π . de leg. I. in fin. ubi de legato rei legatarii propriae sic disseruit: *Purum igitur legatum scil. rei meae Catoniana regula impedit, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.*

Sicut vero rei legatarii propriae legatum sub conditione relictum non omni destituitur effectu, sic quoque istiusmodi legatum tum, si dominium circa rem legatam duntaxat revocabile legatario competit, subsistere docet Julianus l. 82. pr. et §. 1. π . de leg. I. exemplo legatarii, cui res legata, quae absentis rei publicae causa fuerat, titulo lucrativo acquisita et durante domini absentia usucapta, eo vero reduce publiciana actione eademque rescissoria, fuerat evicta. Ibi enim res legata, licet conditi testamenti tempore a legatario jamjam fuisset usucapta, tamen cum usucapio adimpleta ex praetoris fictione absentis rogatu rescindi posset, in pleno legatarii dominio non erat constituta, ideoque ab eodem recte peti poterat. Quare cum Catoniana regula, quae legatum purum et ab initio nullum praesupponit, in hanc speciem haud cadat, tale legatum utique subsistit; corrumpit autem, si absens post redditum rem suam a legatario usucaptam haud repetit, quia tunc legatarius rem propriam, quae amplius ejus fieri nequit, frustra ab herede exigit. Admodum singulare exemplum

30) in Commentar. ad Institutt. libr. IV. Paris. 1635. 8. tit. de legat.

exemplum rei propriae legatario legatae affertur apud Ulpianum l. 39. §. 2. *z.* de leg. l. Scilicet testator fundum a legatario emptum quidem sed nondum traditum legaverat: quo facto legatarius pretio recepto fundum testatori tradidit. Jam cum ab initio res legatarii ipsi videretur legata, movebatur quaestio, an legatum subsistat? de quo dubitari poterat, quia venditor ante traditionem, qua demum dominium in emptorem transfertur, pro domino rei habetur. §. 3. in fin. Inst. de contr. emt. vend. Respondit autem Ulpianus, legatam rem a legatario vindicari posse atque legatum subsistere. Ratio est in promptu. Cum emptio venditio solo consensu utrinque declarato absolvatur, adeo ut jam ante traditionem rei venditae periculum et commodum ad emptorem transeat §. 3. l. de contr. emt. res emta, licet nondum tradita, intuitu venditoris in dominium testatoris ita transiisse videtur, ut pretio soluto rem quocumque momento a venditore seu legatario actione ex emto possit repetere. Qui enim actionem habet, rem ipsam habere intelligitur. l. 15. *z.* de Reg. jur. Illud quoque indicavit Iustus verbis: *sed ex emto actione liberatus utique per legatum rem vindicare poterit.*³¹⁾ Quid? si testator pretium rei nondum solverit? nil refert; tunc enim legatarium non ex vendito solum ad pretium consequendum sed et ex testamento ad rem recuperandam agere posse, Julianus scribit. Nec corrumpit legatum pretio quidem soluto, sed re nondum tradita; tunc enim legatarius ex testamento agens liberationem ab obligatione ad rem tradendam consequitur. Quae denique ultimo loco a regula, rem legatarii propriam huic frustra relinquere, afferri solet exceptio, si scilicet legatarius post testamentum conditum sive vivo sive mortuo testatore oneroso titulo rem adquisivit, hanc impresentiarum eo lubentius dimittimus, quo commodior infra hac de re disserendi erit locus.

§. 4.

31) Cfr. Averanii interpret. jur. lib. IV. Cap. 21. n. 21.

Rei in specie alienae legatum.

Poscimus jam ad primarium illud, cui nostras destinavimus lucubrations, dissertationis caput, quo legatum rei alienae in specie sic dictae, quae alicujus extranei, qui ex testamento nihil percipit, juri vel dominio subjecta est, copiosius tractaturi sumus. Testatori datam fuisse potestatem res alienas legandi, ipse tradit Justinianus, d. §. 4. I. de legat: ita ut heres cogatur redimere eas et praestare, vel si non possit redimere, aestimationem earum dare, idemque probatur Ulpiano l. 39. §. 7. π. de legat. I. ubi verba: *constat etiam res alienas legari posse, utique si parari possint, etiamsi difficilis illarum paratio sit.*³²⁾ Leges autem, ne jura domini, cui rem suam citra ejus voluntatem auferre non licet, aliquid detrimenti capiant, istiusmodi super re aliena dispositionem ita intelligi jubent, ut heredi a testatore obligatio vel rem a vero ejus domino justo pretio redemptam in legatarium transferendi, vel si dominus rem alienare nolit, ejus aestimationem legatario praestandi censeatur imposita. Ut vero ex rei alienae legato commodi quicquam redundet in legatarium, rem a testatore legatam in commercio esse oportet, quum alioquin non solum heredis nulla esset rem redimendi facultas, sed et testator ipse iocasse imo ut Ulpianus d. l. 39. §. 7. de legat. I. ait, furiosus vel demens fuisse videretur. Ejusmodi enim rerum, quae hominum commercio sunt exemptae, h. e. quarum nullum datur jus emendi vendendique³³⁾ legata testamento adscribere furiosi

32) Cfr. Caji institut. lib. II. tit. 7. §. 4. in Schulting. jurisprüd. antej. p. m. 126. Pauli recept. sentent. lib. IV. tit. I. §. 7.

33) Ulpiani fragmenta tit. 19. de dominis. §. 5.

riosi esse recte dicitur, quia nemo sanus id, quod exitum sortiri non posse praevidet, testamento facile constituet. Rem exemplis illustravit Justinianus cit. §. 4. Inst. de legat. *veluti si campum Martium, vel basilicas vel templa, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit*; quibus Ulpianus addidit alia d. l. 39. §. 8. de leg. I. quae cum vel in principis patrimonio constituta vel publico usui destinata sint, privatorum juri nec subijci nec ab iis in obligationem deduci alienarique possunt. l. 6. l. 34. §. 1. π . de contrah. emt. ³⁴) Quanquam vero istiusmodi rei legatum omni omnino effectu ita destitui, ut heres ne ad aestimationem quidem solvendam teneatur, contra vero legatum ideo, quod vel testatori vel heredi commercium rei haud suppetit, neutiquam impediri largiantur omnes, quaestio tamen, an rei commercio solius legatarii exemptae debeatur aestimatio, varie ab interpretibus est decisa, quorum alii ³⁵) auctoritate Pauli in l. 49. §. 2. π . de legat. II. subnixi tale legatum prorsus inutile censent, alii ³⁶) vero ducibus Ulpiano l. 40. π . de leg. I. Marciano l. 114. §. 8. π . eod. et auctoribus Basilic. lib. 44. tit. I. §. 19. rei legatae aestimationem ab herede praestandam esse existimant, alii ³⁷) deni-

34) Franckii Exercitat. de legatorei commercio exemptae. (praesid. Geislero hab.) Vittemberg. 1788. 4.

35) Cujacius in not. ad Institut. tit. de legat. §. 4. et in Comm. ad l. 34. π . de Verb. obl. in ej. Operib. (Paris. 1658.) Tom. I pag. 126 et 1214. Heineccius in Elem. jur. civil. sec. ordin. Dig. P. V. §. 128. Majansius in disput. jur. Tom. I. p. 351. Hofmannus Meletemat. ad Pand. diss. 25. thes. 4.

36) Hotomannus in observ. lib. XII. Cap. 24. a Beaufin in diss. ad l. 40. π . de leg. I. supra laudata. Püttmannus in Advers. jur. univ. lib. I. Cap. 3.

37) Goveanus in Commentar. ad l. Falcidiam. in ej. Operib. ex edit. van Vaassen. p. 233. Duarenus in Commentar. ad l. 40. π . de leg. I. in ej. Operib. pag. 624. Lycklama Membran. lib. VII. eclog. 32.

denique miscellonum more sententiam dividunt, atque aestimationem legatario vindicant, si vel res a legatario vel ob aliquod animi, corporive aut aliud vitium impedimentumve capi aut possideri nequeat, vel res per modum fideicommissi sit relicta, vel tandem legatarius rei quidem commercium habeat, juris possidendi vero sit expertus. ³⁸⁾ Qui singulorum argumentorum recensum fusius expositum legere cupit, is ipsos adeat scriptores laudatos; nobis enim, ne acta agamus, eosdem indicasse sufficiat. Novissimam post Püttmannum, cum quo et nos sensuros esse profitemur, conjecturam protulit Franckius ³⁹⁾ qui censuit, ante omnia verba testatoris respicienda, deinde vero id acquirendum esse, utrum res legata, cujus commercio legatarius destituitur, in extranei an potius heredis, vel testatoris vel legatarii, a quo res est relicta, dominio sit constituta; In priori enim specie ob juris, quod de legato rei alienae praecipit, analogiam aestimationem utique deberi, dummodo testator de alieno dominio edoctus rem legaverit, in posteriori autem casu tum demum, si legatarius rei commercio et jure sibi possidendi excludatur et testator hujus conditionis ignarus tale fecerit legatum, ne rei quidem aestimationem ab herede praestandam esse conjecit. Mitto rem, quae licet multum exercuerit ingenia interpretum, nondum tamen omnibus extra dubitationis aleam videtur posita.

Quicquid vero hujus rei sit, rei alienae legato, dummodo commercio non penitus sit exempta, difficilis ejus paratio, cum testator, qui eam in alterum vult conferri, tum, si comparari commode nequeat, de pretio ejus cogitasse praesumatur, teste Ulpiano d. l. 39. §. 7. π . de leg.

³⁸⁾ a Costa in Commentar. ad §. 4. l. de legat. p. m. 295. H. Donellus ad l.

34. π . de verb. obligat. in ej. Commentar. ad h. titul. Digest. Francof. 1577. fol. 67 b seqq.

³⁹⁾ in disputat. cit. §. 8. 9.

leg. I. ne minimum quidem officit. Cum enim moribundis hominibus vix majus solatium praesto esse videatur, nisi voluntas ultra mortem, cui servandae adeo studebant Romani, ut scripti juris nomine veniat testamentum in l. 16. π . de cond. et dem. nihil certo foret iniquius, quam jussui testatoris, qui saepenumero, rem legatam comparatu difficilem esse futuram, praevidere non potuit, eam ob causam exitum denegare.

Firmat egregie hancce Ulpiani sententiam Sabinus exemplo rerum hostilium l. 104. §. 2. de leg. I. quem Julianus, *etiam rem hostium legari posse, si aliquo casu emi possit* docuisse refert; cui adstipulatur Pomponius l. 9. π . de leg. I. ubi *id quod apud hostes est*, inquit, *legari posse Octavenus scripsit et postliminii jure consistere*. Hanc quidem utriusque Ictorum sententiam, quorum ille de re in hostium dominio constituta, hic vero de re testatoris olim propria jam vero ab hostibus capta (cujus quoque Julianus mentionem fecit l. 98. π . de leg. I.) cogitavit, parumper a se invicem discedere, in eo tamen, quod rem sive hostibus propriam, sive ab iisdem testatori ereptam, dummodo vel emi possit, vel jure postliminii ad testatorem redierit, utique relinqui posse asseruerint, amice conspirare nemo non intelligit. 40)

Neque vero ut legatum rei alienae subsistat, id tantum sufficit, ut emi vendique possit res relicta, sed requiritur adeo, ut testator rem in alterius dominio constitutam esse non ignoraverit; quare eum in modum praecipit Justinianus §. 4. J. de legat: *Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non etsi ignorabat. Forsitan enim si scisset alienam, non legasset, et ita D. Pius rescripsit*. Cujus distinctionis rationem, quam

40) v. Pagenstecher Commentar. in Sext. Pompon. (Lemgoviae 1733. 4.) lib. III. pag. 14.

quam sint, qui in defectu consensus testatoris in dominio rei relictæ errantis reperisse sibi videantur innisi potissimum l. 15. *¶*. de jurisd. l. 116. in fin. *¶*. de reg. jur. l. 9. Cod. de juris et facti ignor. ⁴¹⁾) eandem tamen parum nobis probari profitemur, cum non solum in istis locis admodum communibus magis ad actus inter vivos et potissimum ad contractus, qui ab ultimarum voluntatum natura multum discedunt, respiciatur, sed ob hanc quoque causam legatum rei heredis ab inscio testatore relictæ nunquam peti posset a legatario. Meliora profecta docuit Papi- nianus l. 67. §. 8. *¶*. de leg. II. testatores nimirum faciliores esse in legandis suis rebus quam in alienis comparandis sicque onerandis heredi- bus. Semper enim testator heredem, quem adeo dilexit, ut eum suc- cessorem nominare non dubitaret, quam minimum gravare, neque eum alienæ rei redimendæ incommodo subjicere voluisse intelligitur.

§. 5.

Continuatio argumenti.

Ut vero in legato rei alienæ testatoris scientia, rem esse alienam, maxime respiceretur, imo legatum, quando testatorem hanc rei condi- tionem ignorasse liquido constet, ipso jure esset nullum, id, uti supra monuimus, Divi Pii constitutione, quæ tamen a Triboniano in Codicem repetitæ præelectionis non est relata, jam fuerat introductum; cui Justi- nianus, quo magis litium ambages rescinderet, addidit quaestionis deci- sionem: ista testatoris scientia in dubium vocata cuinam probandi onus incumbat? Sic enim Imperator §. 4. l. de leg. *et verius esse*, inquit, *ipsum qui agit, id est legatarium probare oportere, ignorasse alie- nam,*

41) Harprecht Commentar. ad Institutt. ad §. 4. de legat. Hoening diss. de dispositione circa rem alienam valida. pag. 55.

nam, quia necessitas probandi illi incumbit, qui agit; quod iisdem fere verbis tradidit Marcianus l. 21. π . de probation. Quae quidem decidendi ratio, etsi multi eam tanquam generalem ad quascunque causas extendi posse negaverint, ⁴²⁾ in proposita specie eo magis locum sibi vindicare videtur, quo fortior est juris praesumptio in commodum heredis recepta, vi cujus testatores prouiores ad legandas res suas quam ad alienas relinquendas sunt censendi. Istam vero praesumptionem, quae vulgo heredi favere solet, interdum ab alia eademque fortiori superari, ac proinde, si ab alio res legata possideatur, neque defunctus in ea quicquam juris sibi unquam asseruerit, Vinnius ⁴³⁾ et cum eo Christinaeus ⁴⁴⁾ potius praesumptionem, testatorem rei alieno juri subjectae conditionem non ignorasse, a legatarii partibus stare propugnant, licet quoad regulam legatarium, qui dum legatum petit, eo ipso illud subsistere contendit, ad probandam testatoris scientiam utique teneri affirmant. Verum ea in re a iudice omnia quae circumstant, caute sunt spectanda. Certe, licet magnis prematur difficultatibus istiusmodi probatio a legatario suscipienda, vix tamen cum Majansio ⁴⁵⁾ si testator neque testamenti conditi tempore nec unquam rem habuerit legatam, eandem haud absolvi posse vel ideo in genere affirmare non ausim, cum ipse legum civilium rigor, ne prorsus inutile fiat rei alienae legatum, in tantum haud procedat, ut legatario tam conjecturae quam ratiocinia ex factis, de quibus liquido constat,

42) Specht diss. de insufficientia probandi regulae: affirmanti incumbit probatio. Halae. 1787. et Weber ad Schmidii librum: von gerichtlichen Klagen und Einreden. Jenae. 1798. §. 30. not. *) p. m. 74.

43) in Commentar. ad Institut. tit. de leg. ad §. 4.

44) in Decision. Vol. IV. dec. 32. n. 5. seqq. ex edit. Reinharthi. (Erfordiaae. 1734. fol.) p. 54.

45) in Diss. de legato rei alienae, §. 12. in ej. Diss. Tom. I. p. 353.

constat, deducta a iudice tamen aestimanda nihil in hac probatione prodesse praecipiant. ⁴⁶⁾ Sic ut exemplis utamur, testator qui rem legatam sciens vel a pupillo emit, vel absque justo titulo occupavit, vel a non domino in se transferri passus est, rem alienam esse, utique scivisse praesumitur, cum nemini facile juris succurrat ignorantia; idque multo magis tum, si rem depositi vel commodati nomine sibi concreditam hujus conditionis mentione injecta singulari titulo alicui reliquit. Quem admodum vero error a testatore circa dominium rei legatae, quam, cum alicujus tertii sit, suam esse perperam putavit, commissus, ipsi legato semper obest, sic contra falsam testatoris opinionem, qua rem legatam ipsius dominio subjectam alienam esse censuit, unquam ei officere negatur §. II. Inst. de legat. ⁴⁷⁾ ubi Imperator, *si quis*, inquit, *rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed et si legatarii esse putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti habere potest.* Cum enim testatorum voluntates faciliores censeantur in legandis suis rebus, quam in relinquendis alienis, a legibus quoque praesumptio est introducta, testatores, qui heredem rei alienae redemptione gravare voluerint, eandem multo magis fuisse legaturos, si suam esse scivissent, cum leviori tunc oneri subjiciatur heres, qui praestita re legata, quae in bonis testatoris deprehenditur, facile ab obligatione liberatur. Dissentiunt vero interpretes circa rationem: *plus valere quod in veritate est, quam in opinione* a Justiniano adjectam, quam quippe, cum in hoc casu, quo veritas eo continetur, quod res propria sit testatoris, non aliena, opinio autem in eo, quod aliena sit, consistit, nihilominus, si

46) Mantica de conjectur. ult. voluntatum. Genev. 1695. fol. lib. IX. tit. 10. n. 2. p. m. 423.

47) Refitel ad §. XI. Instit. de legatis. Upsal, 1727. 8.

solam opinionem sequamur, legatum quasi rei alienae subsistat, Bachovius ⁴⁸⁾ et qui eum secutus est Vinnius ⁴⁹⁾ ab hoc loco plane alienam esse, eandemque potius ulterioribus Sphi verbis, quibus exemplum, ubi testator rem suam legatarii esse perperam putavit, proponitur, convenire propugnant. Quare Vinnius novam hancce suppeditando rationem, quod testator, qui licet rem alienam esse crediderit, ea nihilominus legata ad eandem redimendam heredem obligare voluerit, multo magis eam, si suam scivisset, legaturus fuisse praesumatur, admodum sibi placuisse videtur. At vero neque Bachovius neque Vinnius legatum rei alienae tum demum, si testator rem alienam esse certe sciverit, subsistere memores fuerunt. Sicut enim testator rem alienam esse ignorans eandem legaturus fuisse non praesumitur, nec non ille, qui rem alienam esse tantum opinatur, non legat sciens, eam esse alienam, sic quoque propter falsam istiusmodi opinionem legatum rei alienae, quod nonnisi a sciente relictum effectum sortitur, corruere sua sponte intelligitur. Quum vero testator, si scivisset rem suam esse, multo magis eandem legaturus fuisse praesumatur, veritas omnino vincit opinionem, quia rem, quam alienam putavit, quo levius onus imponeret heredi, eo magis tum, si rem propriam esse scivisset, relicturus fuisse intelligitur. ⁵⁰⁾ Hinc Justinianum a Vinnio et Bachovio frustra taxatum fuisse adparet.

Parum vero abest, quin haecce nostra regula penitus evertatur ab Ulpiano in l. 15. τ . de adquir. vel omit. hered. ubi ab herede, qui putet

se

48) in Commentar. ad Inst. tit. de leg. ad §. 11. Francof. 1628. 4. p. 555.

49) in Commentar. ad Inst. tit. de leg. ad §. 11. (ed. laud.) p. 434.

50) Strauchii dissertatt. ad jus Justinianeum ex ed. Aviani (Jenae 1666.) diss. X. §. 3. in fin. p. m. 163.

se necessarium, cum sit voluntarius, hereditatem, quum plus sit in opinione quam in veritate, repudiari posse negat. Hinc Hotomannus ⁵¹⁾ distinguendo inter errorem facti et juris litem inter Ulpianum et Justinianum sopire studuit; at ideo reprehensus est a Vinnio, ⁵²⁾ nec immerito, quum etsi testator rem suam tanquam legatarii in jure errans legaverit, legatum haud dubie valeat, contra vero, si in facto errans rem legatarii legaverit tanquam suam, non valeat. Inde igitur in errore juris interdum praevalere veritatem, et in errore facti saepe plus posse opinionem protinus elucescit. Vinnius ⁵³⁾ regulam Justinianeam ad eos unice actus, in quibus error gerenti non obstat, quo minus velit et possit id, in quo erret, pertinere conjicit; quae quidem sententia, cum singularem sapiat opinionem, datam regulam tum demum, si testator rem suam tanquam rem legatarii legaverit, locum obtinere, parum nobis probatur. Aliam sententiam fovit Pacius a Beriga ⁵⁴⁾ qui d. l. 15. ad casum ibi propositum restrinxit, ratus, eum, qui se putet heredem necessarium, cum sit voluntarius, propter errorem aditam hereditatem repudiare non posse, cum in hereditate vel adeunda vel repudianda certo semper opus sit consilio l. 13. §. 1. l. 9. l. 23. et 32. τ . de acquir. vel omitt. hered. quibus quidem, licet a vero non sint aliena, tamen haud adjecit rationem, cur certum illud consilium in adeunda hereditate sit necessarium. His quoque Ferandus Adduensis ⁵⁵⁾ licet itidem veram rationem, cur in casu d. l. opinio vincat veritatem, assecutus non videatur, reprehensis aliorum hariolationibus calculum adjicere non dubitavit.

At

51) in Commentar. ad Institut. ad §. 11. de legat. p. m. 222.

52) in Commentar. ad Inst. ed. laud. p. 435.

53) in Comment. ad §. I. de legat. II. p. 222, ed. laud.

54) in *encycloph* Centur. V. qu. 95.

55) in Explication. lib. 1. Gap. XXX. in Ev. Otton. thes. Tom. II. pag. 538.

At vero me haud poënitet subscribere sententiae Marcilii, ⁵⁶⁾ qui Ulpianum vel ideo, quod hereditatis aditionem tanquam actum legitimum iterare nefas habebatur, heredi voluntario, qui perperam se necessarium putans hereditatem adiit, eam postea repudiare licere, ibique tanquam in casu speciali opinioni veritatem praeferri, negasse dicit.

Major autem tum, cum testator rem suam, quam legatarii esse putavit, huic legaverit, exoritur dubitatio, an legatum subsistat; cui ut subveniret Imperator, illud, *cum voluntas defuncti exitum habere possit*, sustineri affirmavit. §. 11. Inst. de legat. Hanc rationem scite explicuit Theophilus ⁵⁷⁾ in paraphrasi Inst. d. §.: *καὶ γὰρ ὁ τελευτήσας δεσποεῖ, καὶ γὰρ ἐ δεσπέζω, καὶ ἀνεμποδίστως ἐπ' ἐμὲ δύναται μεταφέρεσθαι ἡ δεσποτεία*: (nam et defunctus erat dominus, et ego non sum, et sine impedimento dominium in me transferri potest.) Voluntas enim defuncti, qui legatario, cujus rem legatam esse putavit, forte pretium rei destinaverat, ipsa re in legatarium translata plenior adeo sortitur effectum, ac testator ipse crediderat. Nec est, quod nullum in testatore, qui rem legatarii, quam domino frustra relinqui non ignorabat, nihilominus legavit, animum legandi fuisse objicias. Possem enim cum Vinnio ⁵⁸⁾ respondere, legatum rei legatarii propriae non ob voluntatis defectum corrui, sed quod voluntas, cum dominium rei jam penes legatarium deprehendatur, exitum habere nequeat; quae ratio tum,

56) in Jani a Costa Commentar. ad Instit. tit. de legat. ad §. 11. ex edit. novissim. pag. 305.

57) ex edition. Reitzii. Hagae Comit. 1751. 4. Tom. I. p. 446.

58) in Commentar. ad Inst. tit. de legat. ad §. 11. (edit. saepius laudat.) pag. 435.

si non in legatarii sed ipsius testatoris dominio res sit constituta, penitus exulat. Sed alia adhuc in promptu est responsio, vix scilicet testatorem illudere voluisse legatarium, imo potius propensum ejus erga eundem animum, benignamque voluntatem esse praesumendam; id quod ipse Justinianus, ceu dudum monuit Hotomannus ⁵⁹⁾ *voluntatis* vocabulo usus haud obscure indicasse videtur.

Jure vero antiquo, cum verborum solennium rigore adhuc regerentur civium negotia, testatoribus res alienas relinquentibus peculiaris adeo formula erat praescripta, qua quidem neglecta heres ad legatum praestandum nullo modo poterat cogi. Sicut enim testibus Ulpiano, ⁶⁰⁾ Gajo, ⁶¹⁾ Paulo ⁶²⁾ et Justiniano §. 2. I. de legat. quatuor antiquitus in usu erant legatorum genera, quorum alia per damnationem, alia per vindicationem, alia sinendi modo, alia denique per praeceptionem dicebantur relicta, ⁶³⁾ ita certa quoque verba, quorum recensum dedit Ulpianus c. l., cuique legatorum generi erant assignata. Sic rei alienae legatum, cum per modum vindicationis et praeceptionis, uti ipsa verba docent, res tantum testatoris, quae utroque tempore cum mortis tum conditi testamenti in Quiritario ejus dominio erant constitutae, sinendi autem modo non nisi res heredis et testatoris proprias relinquere fas esset, ad formulam, quae damnationis legato conveniret, adstrictum fuisse docet Ulpianus c. l. § 8. Quae quanquam in aprico posita sint, negasse tamen videtur Cajus, qui §. 6. Instit. de legat. etiam sinendi modo rem alienam
relinqui

59) in Commentar. ad Institut. tit. de legat. ad §. II. p. m. 222.

60) in fragmentis tit. de legat. 24.

61) in Institution. lib. II. tit. 5. in Schulting jurisprad. antejust. p. m. 114.

62) in recept. sentent. lib. III. tit. 4.

63) Mylii diss. historia legatorum. Lipsiae. 1731. 4.

relinqui posse assernit; sed praeunte Schultingio, ⁶⁴⁾ Cajum ita scripsisse vix opinamur, imo potius, ceu quoque sentit a Costa ⁶⁵⁾ Aniano, qui passim mentem et verba Caji pervertit, mendum hocce tribuimus. Hanc ob causam Oiselius in editione sua verba *et alienam* penitus deleuit.

Quum vero subinde ista verborum solemnitas ipsis adeo prudentibus displicere coepisset, sub Nerone SCto, cujus memoriam nobis conservavit Ulpianus ⁶⁶⁾ id, *ut quod minus pactis h. e. minus accurate compositis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset*, cautum esse novimus. Constitutum itaque fuit SCto Neroniano, ut quae neglecta verborum, quam juris civilis rigor olim fortiter tuitus fuerat, solennitate aut aliis formulis, quam quae cuivis legatorum generi convenirent, relicta essent, perinde haberentur, ac si optimo jure legata essent: *optimum autem jus*, addit Ulpianus, *legati per damnationem est*: unde Neronem de legato quoque rei alienae, quod vel vindicandi vel sinendi modo relictum ante eum irritum fuerat, cogitasse interpretes colligunt. Optimi autem juris adpellationem propterea adhibuisse videtur Ulpianus, quo magis jus laxius et expeditius ⁶⁷⁾ a Nerone constitutum significaret. Etenim damnationis legatum, quo omnes omnino res commercio non exemptas legare licuit, majori prae ceteris legatorum generibus in jure favore usum fuisse, quis est qui nesciat? Noli vero putare per hoc SCtum omne, quod varias legandi formulas intercessit, discrimen penitus sublatum aut unum iis singulis jus accommodatum esse;

64) in jurisprud. antejust. ad dat. Caji loc. p. m. 120.

65) in Commentar. ad Instit. ex edit. noviss. p. 297.

66) in fragment. tit. 24. de legat. §. 11.

67) Schulting in jurisprud. antej. ad dat. Ulpiani locum p. m. 652.

esse; illud tantum eodem est constitutum, ut etiamsi testator alia quam a legibus praescripta in legandis vel suis vel alienis rebus usus esset formula, magis tamen respiceretur ad testatoris voluntatem, quam ad verborum conditionem; intacta vero mansit ceterarum formularum auctoritas, cui diversa actionum, quibus legata petuntur, genera originem ferunt acceptam. Postea vero Imperatores Constantinus M. ejusque filii Constantius et Constans, cum saepenumero ex nimia verborum subtilitate impugnari viderent testatorum voluntates, solennes legandi formulas per l. 21. C. de legat. adeo sustulere, ut nihil amplius interesset, quis talem voluntatem verborum casus exceperit, aut quis loquendi usus effuderit; intacta vero iidem reliquere antiqua, quae varia actionum ex formularum conceptione oriundarum genera intercedebant, discrimina; donec denique haec quoque prorsus abrogavit Justinianus l. 1. Cod. commun. de legat. et fideic.; qui cum unam omnium legatorum esse vellet naturam, omnia legata quibuscunque verbis relicta indistincte sive rei vindicatione (quoad hujus natura ipsi legato haud repugnat) sive hypothecaria et personali ex testamento actione recte peti constituit. §. 2. Inst. de legat. ⁶⁸⁾

§. 6.

Effectus legati rei alienae.

Expositis iis, quae si legatum rei alienae exitum debeat sortiri, tum antiquo tum vero novo jure observanda veniunt. Jam nobis erit discernendum, quinam sint hujus legati effectus, et quaenam obligatio circa rem alienam legatario destinata heredi censeatur imposita. Nimirum cum voluisse intelligatur testator, ut heres rem legatam a vero ejus domino

68) Cfr. Jan. a Costa Commentar. ad Inst. tit. de leg. §. 2. ex edit. novissim. p. 292.

mino redemptam legatario tradat, aut si rem commodè redimere nequeat, justam ejus aestimationem ipsi solvat, ut patet ex §. 4. I. de legat. §. 1. Inst. de sing. reb. per fideic. rel. l. 71. §. 3. π. de legat. l. l. 14. §. ult. π. de leg. III. duplex erit obligatio heredis, ut si fieri possit, ipsam rem, alioquin autem ejus pretium legatario praestet. Quemadmodum enim ipsa sana ratio et aequitas naturalis, cum inter domini effectus is, ut libera alicui de re sua ex arbitrio disponendi facultas competat, quam maxime emineat, nemini de re aliena in ejusdem domini praejudicium disponere permittit, sic et legata re aliena, ad quam vendendam dominus cogi nequit, l. II. 13. 14. C. de contrah. emt. heredem, si dominus rem vendere nolit, pretio ipsius praestito liberari oportet. Hinc bene Theophilus ⁶⁹⁾ §. 4. I. de legat: — ἀλλὰ καὶ ἀλλότρια δύναται λεγατέμεθαι οὐχ ὅστε τὸν δεσπότην τῶν ἰδίων πραγμάτων στερεῖσθαι ἀναγκάζεται γὰρ ὁ κληρονόμος προσίεναι τῷ δεσπότη καὶ διαλέγεσθαι περὶ ἀγορασίας. — — εἰ δὲ μὴ δυναθῆ τῷ δεσπότη μὴ βουληθέντος — διατίμησιν παρέξει — —. Sed variae occurrere possunt species, quibus an heres pretio rei legatae soluto satisfecerit obligationi, non inepte quaeritur. Quid enim, si v. c. dominus nonnisi sub molestis conditionibus rem legatam vendere paratus sit, aut testator res dotales, pupillorum vel minorum, quae nonnisi observata solemnitate a legibus praescripta emi vendique possunt, alicui legaverit? Et nihilominus rem deberi respondit Ulpianus l. 39. §. ult. π. de legat. I. quare heredis est, etiamsi difficilis sit comparatio rei, omnem operam impendere, ut rem legatam redimere possit; qua frustra adhibita in subsidium demum praestito ejus pretio liberatur ab obligatione. l. 2. §. 17. π. de leg. III. Quaestioni vero, quid heres si immodico duntaxat pretio dominus rem legatam vendere paratus sit, praestare debeat, nonnisi facta distinctione, utrum

69) ex edit. Reitzii. Tom. I. pag. 439.

testator hac de re aliquid disposuerit, an secus, commode potest responderi. Quodsi testator heredem, ut certo et justo majori pretio rem emeret, diserte jusserit, ejus voluntati, cum duo adsint legatarii, alter qui iusto majus pretium lucraturus rem vendere jubetur, alter vero, in quem ipsam rem legatam testator voluit conferri, ab herede parendum esse testatur Marcianus l. 32. §. ult. π . de fideic. libertat: Quodsi vero pretium, quo testator rem emi vendi jussit, adeo immodicum sit, ut ne quarta quidem Falcidia heredi amplius supersit, hic profecto, cum nemo magis sit onerandus, quam fuerit honoratus §. 1. Inst. de sing. reb. p. fideic. rel. justa h. e. ea, quae Falcidiam ipsi salvam relinquit, rei aestimatione soluta liberabitur. Sed si rei dominus, ut alii justo minori rem pretio vendat, adjecto lucro, quo damnum illud, quod ex re viliori pretio vendenda oritur, compensari posset, a testatore fuerit damnatus, hunc quoque agnito legato, conditioni quasi adscriptae obsequium praestare oportet; id quod ad heredem, quem qualicumque justa conditione gravare licet, temere transferri posse docet l. 49. §. ult. π . de legat. I. Quodsi vero testator quantitatem pretii, quo ab herede rem alienam redimi voluit, haud definiverit, tunc, si dominus eam immenso nonnisi pretio vendere paratus sit, legatarium nihil quam justam aestimationem ab herede petere posse tradit Cajus l. 14. §. 2. π . de legat. III. *Aequissimum est enim*, inquit Ulpianus l. 71. §. 3. de leg. III. *concedi ei ex hac causa aestimationem officio judicis praestare*.

Alii quaestioni, ad quid scilicet heres, qui cum potuisset emere rem legatam, eandem redimere omisit, Labcone teste in l. 30. §. ult. π . de leg. III. Attejus respondit: judicem, quanti res sit legata, aestimare oportere, ut pretio soluto heres liberetur. Etenim heredis negligentia nec ipsi prodesse, neque legatario, cui eum in casum, si rem ipsam

adipisci

adipisci nequit, aestimatio certe destinata fuit, dispendii quid adferre potest. At vero si heres in emenda re legata adeo fuerit contumax, ut rem, quod antea fieri potuisset, propter moram comparare nequeat, quia v. c. res apud dominum interea periit, heres propter dolum in id quod interest a legatario recte conveniri et ab hoc adeo in litem jurari posse videtur. Quanquam enim juramentum in litem in iis duntaxat actionibus, quae in rem sunt, ideoque solum ob legatum vindicationis aut sinendi modo relictum, olim fuerit admissum, l. 60. π . §. 1. ad l. Falcid. 70) idque actiones ex testamento personales penitus respuerent l. 6. π . de in lit. jur. tamen, cum novo jure unam omnium legatorum Justinianus voluerit esse naturam, quin a legatario etiam in legato damnationis et rei alienae interposita religione, quo magis iudex rem aestimaturus, quanti vere fuerit, cognoscere queat, damnum heredis contumacia datum aestimari possit, nullus dubito. 71) Sed culpa quoque ab herede circa rem emendam praestandamque admissae, propter quam in litem jurari non solet, l. 5. §. 3. π . de in lit. jur. iudici in aestimando eo, quantum intersit legatarii, cui heredis culpa nocere non debet, habenda erit ratio; id quod in Atteji responso d. l. 30. §. ult. de legat. III. non obscure indicatur verbis: *judicem aestimare oportet, quanti aedes sint, ut heres, qui cum potuisset emere non emit, praestito pretio (a iudice definito) liberetur.* Quare cum in ista pretii definitione damni ab herede dati et ejus quod interest aestimatio videatur contineri, non omnino

70) Merillii Observation. lib. VI. Cap. XXXII. n. XIV. in ej. Operib. Neapol. 1720. Tom. I. pag. 228.

71) Voorda ad L. Falcidiam. Harling. 1730. §. VIII. pag. 223. Duarenus ad tit. Dig. de in litem jurando. Cap. III. in ej. Operib. Colon. 1608. p. 19.

omnino adstipulari ausim Jensio, 72) qui heredem justo duntaxat pretio soluto liberari existimat, addita ratione, quod ipsi nunc legatario videndum sit, an emere queat. Nec Attejus, qui nonnisi quaestioni, an legatario aut re aut pretio satisfiat, laudata lege respondit, damni heredis contumacia dati reparationem, cum a iudice rem aestimari adjecerit, exclusam esse voluit. Clara sunt, quae ea de re profert Ulpianus l. 47. §. 4. π . de leg. I.

Re autem aliena a testatore absque pretii mentione juste legata et multo pluris, quam quanti revera est, ab herede redempta, huic, si legatum propter pretium immodicum ab eo sponte solutum jus legis Falcidiae excedat, potestas partem, qua suppleret quartam Falcidiam, a legatario revocandi denegatur a Javoleno l. 61. π . ad l. Falcid. cum negligentia ejus legatarii nocere non debeat, et in Falcidiae computatione pretia rerum ex veritate sint aestimanda. l. 42. π . ad l. Falcid. Heres enim, qui si rem legatam nonnisi pretio immodico comparari posse confessus fuerit, justa rei aestimatione praestita testatoris voluntati fuisset satisfactorius, sibimetipsi culpam debet imputare, quod cautius mercari haud didicerit. Idem quoque obtinet monente Javoleno in l. 60. §. 1. π . ad l. Falcid. si heres ob dolum aut culpam praeter justam rei aestimationem ejus quod interest nomine legatario quicquam praestare debuit; id enim, quod poenae causa adcrevit, cum jura decipientibus haud succurrant, in legem Falcidiam non incidit. Hinc cum in legato damnationis lis inficiando in duplum crescat, nec heredi, qui confitendo simple praestito se liberare potuisset, legis Falcidiae beneficio subvenitur. l. 71. §. 3. π . de leg. I. 73)

Sed

72) in Strictur. ad Romani jur. Pand. et Codic. Lugdun. Bat. 1764. 4. p. 261.

73) Voorda ad l. Falcid. l. l. p. 224.

Sed pauca de hoc justo rei legatae pretio, quo soluto heres, facultate rem redimendi sibi denegata, liberatur, adspargere ab hoc loco non erit alienum. Pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum sed communiter fungi ait Sextus Paedius l. 33. π . ad l. Aquil. nec non Paulus l. 63. pr. π . ad l. Falcid. Cum vero pretia rerum varia sint per singulas civitates et regiones l. 3. π . de eo quod c. loc. in definienda vera rei aestimatione iudici non ad praesens solum tempus, quo res legata exigitur, sed et ad locum, ubi debetur, quam maxime respiciendum est. Hinc Ulpianus l. 62. π . ad l. Falcid. corpora secundum rei veritatem, h. e. illud pretium, quo vulgo nunc emi vendi solent, neque vero ex formali eorum pretio aestimari voluit. Formale pretium, *τεροῦτα μὲν διατίμησις* Graecis dictum, ⁷³⁾ cum opponatur vero et praesenti, licet, quid sibi velit, non sit difficile perspectu, nec tamen omnium circa illud una est sententia, quorum alii, quod contrahentes forte simulauerunt, alii cum Majansio, ⁷⁴⁾ quod in censu a censitoribus potentiorum gratia et ut tributum relevaretur, justo minus constitutum est, alii cum Goveano, ⁷⁵⁾ illud quo vendi posset res, si diligenter coleretur, alii denique Wielingio ⁷⁶⁾ duce publicum et forma censuali comprehensum, quod ex annuis redditibus fere aestimaretur, multumque a praesenti singulorum annorum pretio esset diversum, intelligendum esse censent. Sed sive hanc sive illam sequaris opinionem Ulpiano, qui fictum quaelcunque pretium in mente habuit, nulla inferitur injuria. Heres igitur, quod

73) Basilic. lib. XLI. tit. l. Tom. V. ed. Fabrott. p. 384.

74) in Disp. de legato rei alienae. in ej. diss. Tom. I. p. 345.

75) in Commentar. ad tit. Dig. ad l. Falcidiam in ej. Operibus cura van Vaas- sen. Roterod. 1766. fol. pag. 305.

76) in lection. jur. civil. Amstelod. 1740. 8. lib. II. Cap. 31. pag. 254.

quod admodum singulare est, licet alioquin in dandi obligationibus debitor id, quod debet, praecise dare teneatur, nec creditori invito aliud pro alio recte solvatur l. 2. τ . de reb. cred. tamen, si rei aestimationem a iudice definitam legatario praestiterit, ab obligatione utique liberatur.

§. 7.

Cap. V. X de testament, explicatur.

Fuerunt haud pauci, qui ex jure pontificio, auctoritate Cap. V. X. de testam. innisi, dicam an seducti, legatum rei alienae proscriptum esse statueren; quorum numero accensentur Heineccius, ⁷⁷⁾ Vinnius, ⁷⁸⁾ Lauterbach, ⁷⁹⁾ Peter de Greve ⁸⁰⁾ et Henr. Cocceji; ⁸¹⁾ sed contrariae eique rectori sententiae addicti sunt Püttmannus, ⁸²⁾ Harprecht, ⁸³⁾ Hornius, ⁸⁴⁾ Carol. Fea, ⁸⁵⁾ Gonzalez Tellez ⁸⁶⁾ et alii. Integram
Gregorii

77) in element. jur. civil. sec. ord. Institutt. §. 612. not. *)

78) in selectis quaestionib. (Traject. ad Rhen. 1722. 4.) lib. II. Cap. 26. p. 219. et in Commentar. ad Instit. ad §. 4. de legat. p. m. 419.

79) in collegio theoretic. practic. Part. II. tit. de legat. et fideicomm. §. 30.

80) in Dissertatt. ad Institutt. loca difficiliora. Noviomag. 1668. 12. P. 222.

81) in diss. de legato rei alienae et commun. §. 10.

82) in Miscellaneorum libro singulari. Lipsiae. 1793. 8. Cap. VI. p. 21.

83) in Commentar. ad Institutt. ad §. 4. tit. de legat.

84) in dissertat. de jure circa rem alienam singulari. §. 15.

85) in vindiciis et observationib. jur. Vol. I. (Rom. 1782. 8.) Cap. I. Hujus capituli omnium interpretum diligentissimus.

86) in Commentario ad Decretales. Tom. III. edit. Lugdun. 1715. fol. pag. 432. seqq.

Gregorii epistolam, his verbis exhibuit Gonzalez Tellez I. I. p. 427.:
*Filius noster Faustinus vir eloquentissimus ad nos veniens questus
 nobis est, quod pater ejus quondam Peltradius aliqua ecclesiae vestrae
 sepulturae suae gratia juris alieni reliquerit. Et quidem, quid de
 hac re seculi leges habeant, et ipsi nostis, et nos audivimus; quia
 heres ad solvendum cogitur, si auctor ejus vel testator aliena legave-
 rit. Sed quia fraternitatem vestram lege Dei, non autem lege seculi
 novimus vivere, valde mihi injustum videtur, ut calix electrinus, et
 puer, qui cujusdam ecclesiae in possessione ejus positae, dioeceseos
 Consentinae ecclesiae esse perhibetur, a tua fraternitate teneatur.
 Cum enim et vir reverendissimus Palumbus nunc Episcopus, tunc
 vero Archidiaconus ita fuisse testatus est, vos omnino ejus fidei cre-
 dere et aliena restituere debuistis. (Reliqua ad causam hanc non perti-
 nent.) Varias variorum de hoc capite hariolationes sub incudem vocare
 juvat. Qui cum Vinnio jure canonico rei alienae legatum improbari as-
 serunt, Gregorii potissimum verba, quibus, licet ex lege seculi heres
 rem alienam legatario praestare teneatur, tamen non juxta leges seculi
 sed juxta legem Dei vivere Christianos jussit, aucupantur rati, legi seculi
 seu juri civili lege Dei seu pontificio jure derogari. Praeterquam vero,
 quod, ut bene animadvertit Gonzalez⁸⁷⁾ non perspici possit ratio, cur rei
 alienae legatum, quo ob rei redemptionem heredi injunctam ne tantillum
 quidem dispendii asfertur legatae rei domino, pontificio jure damnatum
 fuerit, siquidem hoc adeo jure ultimam defunctorum voluntatem omni-
 bus modis servari, c. 4. caus. 13. qu. 2. perinde, imo magis ac jure
 Romano expedit, ipsum quoque contrarium statuitur c. 5. caus. 12. qu.
 5, ubi scilicet, dummodo defunctus tantundem reliquerit, unde rerum
 legatarum pretium ipsarum domino possit restitui, rei alienae legatum
 sustineri*

87) in Commentar. ad c. 5. X. de testam. p. 431. ed. cit.

sustineri dicitur. Inde simul elucescit, *cujusnam pretii Tuldani* 88) habenda sit opinio, callida verborum captione superstructa; qui quidem in casu praesenti legem civilem, rei alienae legatum admittentem, a Gregorio improbari, hanc vero adhuc observandam esse contendit, siquidem a pontifice non expresse sit abrogata. Alii, quorum indicem texuit Fachineus, 89) qui et ipse hanc sententiam adoptavit, itidem jure canonico circa rei alienae legatum nihil immutatum esse docent, praeterquam in specie a pontifice dato capite tractata, quam ita sibi fingunt, ut testator ecclesiae rem alterius ecclesiae sepulturae suae gratia legaverit, filiis heredibus institutis non amplo patrimonio relicto; tunc enim neque rem legatam neque ejus aestimationem exigi posse autumant. Ut vero taceam, nec volam nec vestigium de hereditatis vel majori vel minori substantia in capite laudato deprehendi, non solum istiusmodi constitutio foret supervacanea, quum nulla intelligatur hereditas, ideoque nullum legatum, quod Florentino auctore hereditatis delibationem continet, l. 116. pr. *π.* de legat. I. nisi deducto aere alieno, l. 165. *π.* de verb. sign. sed etiam ratio, cur id tantum in rebus ecclesiae a testatore alteri ecclesiae legatis obtineat, minime adpareret. Quid quod e contrario probabile est, etiamsi testator parum substantiae filii reliquerit, pontificem, ejus obaugendum ecclesiae patrimonium multum intererat, legatum sortiri effectum, in contrariam partem fuisse responsurum. Nihil dicam de eorum 90) sententia, qui rei alienae legatum vel ideo a pontifice improbari opinantur, quia res ecclesiae alienationi haud facile obnoxia C. 5 X. de reb. ecclesiae non alien. fuerit legata. Non enim solum res ecclesiae adhibitis solennitatibus alienari posse, sed jure adeo

civilis

88) in Commentar. ad Instit. tit. de legat. c. 5.

89) in Controvers. jur. lib. V. Cap. 38.

90) Giphanii antinom. jur. civil. ex edit. Olemanni, Francof. 1605. 4. p. 279.

civili rerum, quarum difficilis est comparatio, legatum non improbari, l. 39. §. fin. de legat. I. vel dupondii norunt; imo jure ipso pontificio legatum rei ecclesiasticae a testatore sacerdote relictum, dummodo tantundem de juris proprii facultate suppleverit, sustineri c. 5. Caus. XII. qu. 5. satis evincitur. Rectius Boehmerus ⁹¹⁾ et post eum Plüttmannus ⁹²⁾ unum hocce ex Gregorii epistola deducere satagunt argumentum, rem alienam invito domino sub specie legati detineri non posse, salva ceteroquin facultate aestimationem rei, quam testator alienam esse sciens legavit, ab herede petendi jam jure civili legatario concessa. Sed rem acu tetigisse videtur Carolus Fea, ⁹³⁾ qui hanc speciem ad pontificem delatam fuisse docuit. Testator, quidam Peltradius, qui calicem ex electro confectum, et puerum, quae in dominio ecclesiae cujusdam in dioecesi Consentina positae constituta erant, aut depositi aut commodati aut alio quodam nomine detineret, utramque rem inscius, ad quem pertineat, ecclesiae Messenatensi sepulturae suae gratia legavit, eoque mortuo heres, tum calicem tum puerum ecclesiae legatariae tradidit. Postea cum ecclesia domina ejusque defensores ex quodam rumore, quo id perhibebatur, et testimonio Palumbi, primum Archidiaconi deinde vero Episcopi Consentinae ecclesiae, eas res ad se pertinere audivissent, easdem quidem repetebant tum ab herede tum ab ecclesia legataria, sed frustra, cum haec non tantum mancam dominii probationem, utpote quae in depositione unius duntaxat testis, episcopi quippe Palumbi, consisteret, sed etiam justum et legitimum ex testamento acquirendi dominii modum objiceret. Tandem heres Peltradius, Faustinus, haud dubie ab ecclesia domina ad resti-

91) in Corpore jur. canon. ad C. 5. X. de testam. Tom. II. p. 300.

92) in Miscellaneor. libr. singul. Cap. VI. pag. 24. Gonzalez Tellez ad C. 5. X. de testam.

93) in vindic. et observ. jur. Cap. I. §. III. pag. 11.

restituendas res legatas saepius antea provocatus, querelam detulit ad Pontificem, qui causa cognita in literis ad Episcopum Messenatensem datis eum in modum respondit: recte quidem traditas fuisse res alienas ecclesiae legatariae ab herede, (qui, cum solvisset, procul dubio res alienas esse nescierat,) nec secundum leges seculi, e quibus plena probatio non nisi duobus testibus absolvatur, l. 12. π . et l. 9. Cod. de testib. l. 20. π . de quaestion. ad eandem ecclesiae dominae restituendas heredem et ecclesiam legatariam obligari; sed cum legibus Dei non seculi sit obtemperandum, nec testimonium Episcopi, qui cum olim Archidiaconus ecclesiae Consentinae fuisset, optimam rei scientiam habere, et ob praesumptam probitatem verum in causa ecclesiastica dicere velle videretur, junctum cum rumore publico, quo res a Peltrasio legatae ecclesiae in dioecesi Consentina positae esse perhiberentur, ambigui quicquam relinquat circa domini probationem ab Ecclesia Messenatensi impugnatam, hance omnino teneri ad res ecclesiae dominae restituendas. ⁹⁴⁾ Sic omnia amice conspirabunt, dummodo dubia quaedam a nobis adhuc fuerint semota. Miraberis primum, Pontificem haud jussisse, ut heres Messenatensi ecclesiae rerum legatarum aestimationem solveret. Sed cum non solum de vi et effectu hujus legati inter heredem et ecclesiam legatariam nulla esset quaestio, imo tantum de domini probatione inter duas ecclesias agigaretur, sed etiam testator, uti bene monuit Fea ⁹⁵⁾ res alienas esse nescivisset, quod certe, cum testibus ea in re adhuc daretur locus, ex testamento haud constabat, absonum hercle fuisset et insipidum, si pontifex de heredis obligatione ex legato oriunda, de qua haud erat interrogatus, respondere voluisset. Qui, quaeso, ecclesia legataria,

94) Gonzalesii errores circa facti speciem dato Capite narratam acute perstrinxit Fea l. l. §. VII. pag. 17. seqq.

95) loc. laud. not. 30. pag. 10. et not. 33. pag. 11.

taria, quae res relictas ipsius Peltratii esse contenderet, easdem velut alienas ab eo sciente legatas esse una affirmare potuisset? Sic igitur de legato rei alienae ex mente juris civilis nulla erat lis, nulla controversia. Deinde causa, curni ecclesia domina rei vindicatione adversus ecclesiam legatariam tanquam possidentem experta fuerit, imo potius Peltratii heredem ob res ecclesiae legatariae bona fide traditas sibi restituendas vexaverit, (quod vel exinde colligere licet, quod heres ipse ea de re pontificem literis supplicibus adiret,) illico adparebit, dummodo ecclesiam Consentinam in domini probatione juxta seculi leges, secundum quas duobus opus est testibus, defecisse advertas. Denique heres ipse, cum causam haberet a defuncto, qui res ecclesiae commodati vel depositi nomine detinuerat, ad easdem ecclesiae Consentinae restituendas utique tenebatur, ac proinde ejus quam maxime intererat, litem hac de re inter utramque ecclesiam exortam sopiri, se vero simul ab omni vexatione liberari. Hinc ultro ad pontificem querelam detulit, qui quidem non id egit, ut rei alienae legatum tanquam injustum exagitaret, sed ut jura ecclesiae res suas repetentis ex aequo et bono defenderet. Quae cum ita sint, Vinnium, Heineccium, Petrum de Greve et Coccejum injuria pontificem erroris arguisse adparet. ⁹⁶⁾

§. 8.

96) *Idem juris ignorantiae pontificem accusat Linkius in Commentario ad Decretal. (Norimb 1697. 4.) tit. de testam. §. 5. p. 481.*

*) *Nobiscum quidem constitueramus plura legati nostri exempla sigillatim recensere; sed cum facillime dijudicari possint ex principiis supra adlatis, eadem, ut tractatio nostra intra fines academici libelli subsisteret, omittere satius duximus.*

Quando legatum rei alienae corruat.

Juris Romani antistites, licet patribusfamilias latissimam de rebus tum suis tum vero alienis per ultimam voluntatem disponendi concesserint potestatem, tantum tamen abfuit, ut nimio erga testantes favore incensi quaecumque legatum comprobarent, ut potius solennitatibus ceterisque legum praescriptis vel deficientibus vel neglectis heredem ad rem relictam legatario praestandam teneri negarent. Sic missis communibus iis, quibus legata extinguuntur, modis, tribus ex causis rei alienae legatum ita corruit, ut ne rei quidem aestimatio legatario debeatur. Hoc primum obtinebit, si res commercio hominum penitus est exempta, ac proinde ab herede emi darique nequit; l. 39. §. 7. *π.* de leg. I. §. 4. Inst. de legat. qua de re, ne crambem recoctam adponamus, lectores ad §. IV. remittimus. Deinde vero exspirat rei alienae legatum, si legatarius vel ante vel post mortem testatoris rem relictam titulo lucrativo adquisivit, ceu docet Justinianus § 6. Inst. de legat.: *Si res aliena, ait, legata fuerit et ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, siquidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse.* Itaque ex sententia Imperatoris legatario tum demum, si rem titulo oneroso comparaverit, neque vero, si lucrativo titulo res ad eum pervenerit. l. 108. §. 4. de legat. ejus aestimationem ex testamento petere licet, quia duae lucrativae causae in eandem rem et personam concurrere nequeunt. ⁹⁷⁾

Onero-

97) De hac regula confer. de Retes opuscul. de concursu multiplicis causae lucrativae, in Meermannii thesaur. Tom. 6. p. 378. seqq. Majansius diss. de prohi.

Onerosam causam, in cujus exemplum affertur emptio, eam dici, qua quis rem sibi ita adquirat, ut pro ea aliud vicissim praestet, seu uti Hotomannus ⁹⁸⁾ bene monuit, propter quam accipienti aliquid absit, lucrativam vero eam adpellari, qua res ex mera liberalitate veluti donatione, fideicommisso, aut legato in aliquem transferatur l. 83. § 6. de verb. obl. l. 61. 7. de solut. l. un. §. lucrativ. Cod. de imp. lucr. descr. vix est, quod moneamus. Cum igitur Juliano auctore l. 17. 7. de obl. et act. debitorem, si species, quam ex causa lucrativa debet, itidem ex causa lucrativa ad creditorem pervenerit, liberari receptum sit, heres autem rem alienam legatam ex causa lucrativa debeat, inde quoque eum ab obligatione aut rem aut ejus aestimationem praestandi, si res legatario ex causa lucrativa obvenerit, liberari sequitur. Nimirum is, qui in alterum rem lucrativo titulo conferri voluit, illud sane animo cepisse videtur consilium, ut patrimonium ejus incremento rei ipsi destinatae augetur; quod tamen re ita in donatarium translata, ut ei propterea nihil plane absit, seposuisse intelligitur. Idem quoque accidit in legato, ⁹⁹⁾ ubi si res ad legatarium antea jam titulo lucrativo pervenerit, testator rem, quam ab alio jamjam in legatarium collatam scivisset, haud legaturus fuisse

prohibito concursu lucrativarum causarum. in ej. Disput. Tom. I. p. 118. Dicam quidem huic regulae scripsit Hobeisel in diss. de concursu duarum lucrativarum causarum in eandem rem et personam ad §. 6. et 9. l. de legat. quae adjecta est ejus dissert. de retorsione jurium statutariorum variantium. Haec. lae. 1736. 4 — sed frustra —.

98) in Commentar. ad Instit. tit. de legat. §. 6. p. m. 219.

99) Idem forte sentit Ev. Otto in Commentar. ad §. 6. l. de leg. ubi ait: imò voto testatoris, qui volebat, ut is (scil. legatarius) sine impendio rem lucraretur, jam per alium erat satisfactum.

fuisse praesumitur; et in eo quidem verum et genuinum istius regulae fundamentum videtur contineri. ¹⁰⁰⁾ Quae enim vulgo afferri solet ratio, rem quippe lucrativo titulo a legatario adquisitam ejus esse jam coepisse, ideoque amplius fieri ejus non posse. §. 14. I. de act. aut quod vult Hotomannus, ¹⁰¹⁾ duplex ejusdem rei haud dari dominium, vel propterea in hac specie non sufficit, quia causa, curri saltem legatario rei aestimationem petere relictum sit, inde non adparet. Nec, si quid video, huic objectioni eo subvenitur, si quis a contrario, puta causa onerosa, qua ei, cui pretium abest, ipsa res abesse videtur, l. 14. ff. de verb. sign. velit argumentari, eum, qui rem teneat, nec pretium ejus petere posse, quia re ipsa pretium comprehendatur. Id enim re accuratius inspecta nimis subtiliter dictum, nec omnino verum est, quia si cui loco ipsius rei pretium fuerit praestitum, revera perinde est, ac si rem ipsam adquisivisset. Pretio enim non minus, quam re ipsa accipientis patrimonio incrementum adjicitur, nec quicquam refert, utrum hoc an illo modo factus sit locupletior. Quodsi vero hanc rationem, testatoris voluntati, re legata jam alio modo lucrativo in legatarium translata, ab alio quopiam ad effectum fuisse deductam, nobiscum sequaris, res erit plana. Quanquam autem sint, qui hanc nostram rationem admodum generalem conciliare nequeant cum isto juris praecepto, quo legatario rem legatam, ejus pretium jam percepit, petere adhuc relinquitur, eandem tamen ideo nondum dimittimus. Ibi enim, cum re vera testatoris voluntati, qui rem ipsam neque tamen ejus pretium legatario destinavit, nondum fuerit satisfactum, subtiliori philosophandi modo se expediverunt Ceteri, qui magis defuncti voluntatem sustinerent, distinctione quippe inter rem ipsam ejusque pretium introducta, quae in illo casu, ubi legatarius rem ipsam

¹⁰⁰⁾ vid. Everard. Otto ad §. 6. Inst. de legat.

¹⁰¹⁾ in Commentar. ad §. 6. Inst. de legat. p. m. 219.

ipsam lucratus est, commode admitti non poterat. Quae cum ita sint, heredem quidem, si legatarius post testamentum conditum et vivo adhuc testatore lucrativo titulo adquisierit rem legatam, penitus liberari certum est; sed num idem dicendum sit, si illud post mortem testatoris contigerit, anceps est quaestio in utramque partem a viris doctis decisa. Alii, qui faciunt cum Vinnio, ¹⁰²⁾ nihil interesse, legatarius utrum vivo testatore an mortuo eo rem lucratus sit, verbaque *vivo testatore* exempli tantum causa adposita fuisse ajunt, alii contra cum Bachovio ¹⁰³⁾ propterea negant, quoniam a morte testatoris dies legati cedat. Utut vero dies legati pure relicti, quod ad heredes transmittitur, a morte testatoris cedat, l. 5. §. 1. π . quand. dies leg. ced. l. un. §. 1. et 5. Cod. de caduc. toll. ita ut heres ab isto temporis momento legatario ad rem praestandam teneatur, nec jus legatario acquisitum ipsi invito possit adimi, Bachovii tamen sententia idoneo juris fundamento haud nititur, siquidem ob generalem regulam l. 17. π . de obl. et act. traditae conditionem rei acquisitio non tantum vivo testatore sed quocumque tempore, h. e. antequam legatum petatur, lucrativo titulo subsecuta heredi ad liberationem prodest. Ait enim Julianus l. 1.: *qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset*; qui locus, si quis alius, manifeste probat, nullam temporis, quo legatarius rem lucratus est, habendam esse rationem, Lucem quoque his affundit Paulus l. 83. §. 6 π . de v. obl. qui, si creditor rem, quam ex causa lucrativa sibi fuerat stipulatus, nactus sit ex causa lucrativa, stipulationem evanescere putat, e iam si debitor a momento stipulationis ad rem praestandam pure obligatus statim potuisset conveniri a creditore. Nec contrarium facile probatur asserto

102) in Commentar. ad §. 6. Inst. de legat. (ed. laud. p. 423.)

103) in Commentar. ad d. §. 6. Inst. de legat. qui prodiit Francofort. 1628. 4. p. 559.

asserto Juliani l. 82. pr. π. de leg. I. qui: *non quocunque modo*, inquit, *si res legatarii facta fuerit, die cedente obligatio legati extinguitur: sed ita, si eo modo fuerit ejus, quo avelli non possit.* Verba enim: *die legati cedente* non id sibi volunt, ut lucrativa rei acquisitio nonnisi vivo testatore facta heredi ad liberationem prosit, sed potius ea de causa, quia jam ab isto tempore legatario jus circa rem legatam obvenit, videntur adposita; id quod exinde, quod heres nonnisi adita hereditate, neque vero a morte testatoris legatariis quasi ex contractu obligetur, luculenter apparet. Quapropter heres, si res legata, antequam eam redimere et praestare possit, ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, nunquam non liberatur. Recte quoque Theophilus ¹⁰⁴⁾ in paraphrasi verba Justiniani: *vivo testatore* sic vertit: ἐπιζήσαντός μου τῆ ποιήσεαι τῆς διαθήκης, atque tempus post testatoris mortem haud excludit. Parum vero nobis placet Vinnii ¹⁰⁵⁾ sententia, qui ex illo Juliani loco id, ut re a legatario titulo lucrativo post testamentum conditum acquisita sed vivo adhuc testatore rursus alienata legatum convalescat, elicere satagit. Id enim nec regulae Catonianae convenit, nec Juliani verbis vere inest, quae magis dominiū qualitatem, an quippe revocari possit nec ne, concernunt, et quibus legatum ejusmodi rei, quae eo modo facta est legatarii, ut avelli possit, irritum esse negatur.

Verum legatarius, qui partem duntaxat rei legatae post testamentum conditum titulo lucrativo, alteram vero partem sub onere acquisivit, hujus tantum aestimationem ab herede petere potest, ita ut ei ex testamento actio competat usque ad pretium, quod ei abest. l. 34. §. 4. π. de leg. I. l. 82. §. 3. π. de leg. I. Inde prono quasi alveo fluit, iudicii in

¹⁰⁴⁾ ad §. 6 Inst. de legat. ex ed. Reitzii. T. I. p. 442.

¹⁰⁵⁾ in Commentar. ad Inst. §. 6. de legat. ed. laud. pag. 423.

in definiendo eo, quod legatario ab herede debeatur, illud rei pretium esse respiciendum, quo sibi legatarius rem comparaverit; quod tamen caute erit accipiendum, siquidem heres non nisi ad justam rei aestimationem legatario praestandam obligatur, nisi a testatore ad justo majus pretium solvendum fuerit damnatus. Ceterum regulam de prohibito duplicis lucrativae causae concursu ad quantitatem eidem personae bis legatam vel donatam nequaquam pertinere docet l. 34. §. 3. de leg. I. et l. 87. pr. 7. de leg. II. Cum enim eadem quantitate a duobus testatoribus eidem relicta ratio supra adlata, secundum quam testator, si speciem legatam a legatario gratis jamjam adquisitam esse scivisset, eandem non legaturus fuisse praesumitur, locum non obtineat, imo potius utrumque testatorem vel donatorem in legatarium duplex emolumentum conferre voluisse certum sit, relicta quantitas bis omnino debetur, siquidem regula praecipit, ut duae lucrativae causae *in eandem rem* et personam concurrant.

Neque vero tum, si legatarius rei proprietatem deducto usufructu emerit, is autem postea titulo lucrativo ad eum pervenerit, legatum extingui docet Justinianus §. 9. Inst. de legat. ubi ait: *si cui fundus alienus legatus sit, et emerit proprietatem deducto usufructu, et usufructus ad eum* (titulo lucrativo v. c. ob mortem usufructuarii vel naturalem vel civilem) *pervenerit, et postea ex testamento agat, recte eum agere et fundum petere Julianus ait, quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat aestimationem praestari.* Quum enim duplicis lucrativae causae concursus ad liberationis speciem evehctus, actori vero apud Romanos a pluris petitione, ne causa caderet, quam maxime cavendum esset, non otiosa erat quaestio, an legatarius, qui solam fundi proprietatem oneroso titulo adquisiverat, totum fundum forte hac formula:

mula: *ajo te mihi fundum Cornelianum a Titio per damnationem legatum dare oportere* petendo in poenam pluris petitionis incurreret? Respondit autem Imperator Julianum l. 82 §. 2. π . de legat. l. secutus, *recte* h. e. impune et absque metu cadendi causa totum fundum petendo agere, addita ratione: *quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet*, sed a iudice solius proprietatis aestimationem deducto usufructu ex officio esse definiendam, ne heres in majus condemnetur, quam re vera debeat. Scilicet, cum qui fundum petit, una quoque usumfructum, qui rei emolumentum complectitur, ac proinde dominio plerumque inest, ¹⁰⁶) petere videatur l. 10. et 19. π . de usufr. legat. etiam is, cui ususfructus, qui pro parte rei vulgo habetur, l. 4. π . de usufr. l. 58. π . de verb. oblig. l. 76. §. 2. π . de leg. II. ex causa lucrativa obvenit, fundum simpliciter petens, una usumfructum ideoque nimium ab herede petere intelligitur. Quam objectionem ut removeant Julianus et post eum Justinianus, usumfructum in petitione locum servitutis obtinere, h. e. non tanquam partem dominii, sed cum a dominio separari possit, ceu servitatem, quae fundo accedat, vel uti nostrates loquuntur, tanquam usumfructum formalem considerandum esse affirmant. Iudex autem, suas interponit partes, et ex officio aestimationem, quam legatarius pro fundi proprietate vere praestitit, huic ab herede solvi jubet; id enim est, quod ait Julianus d. l. 82. §. 2. de leg. I. *iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi (legatario) aberit*. Quae cum omnia amice conspirent, laureolam sane quaesivit in mustaceo Ant. Faber, ¹⁰⁷) qui Tribonianum erroris accusat, quasi mentem Juliani, quem d. §. 9. de leg. exscripsit, non satis intellexisset. Quae enim de actione ex testamento nec ad petendum fundum, qui ratione dominii et ususfructus jam

¹⁰⁶) Pacii a Beriga *evavriof.* cent. VII. qv. 12.

¹⁰⁷) in Conjectur. lib. VI. Cap. 8.

jam factus sit legataril, nec ad ejus aestimationem, quae non legata sit, consequendam legatario concedenda prolixè contra Tribonianum disputavit, cum docte et acute refutata fuerint a Jo. van de Water ¹⁰⁸) eo lubentius breviter tantum et per transennam quasi praetereuntes adspiciamus, quo magis ea ne flocci quidem facienda videntur. Quum scilicet Ant. Faber neque rei legatae proprietatem, nec ejus usumfructum, quorum neutrum sit legatum, actione ex testamento peti posse objecisset, novam sibi finxit actionem sc. ex testamento generalem, qua id, quod ab herede legatario debetur, indefinite petatur; qua tamen plane non opus est, cum officium judicis, uti recte monuit van de Water ¹⁰⁹) ab actionis institutione caute separari oporteat, idque ea, quae in libello minus recte sunt prolata, sua sponte suppleat. Pluris enim petitionis periculum ut effugiat legatarius, in quod totum fundum, cujus usumfructum lucratus erat, petendo alioquin incursum fuisset, Justinianus, usumfructum ibi tanquam servitutem a dominio separatam spectari, fingit. Quum vero heres istiusmodi iudicio damnatus nihil amplius praestet, quam legatario re vera debet, puta proprietatis aestimationem deducto usufructu a iudice definiendam, Fabrum subtiliori ista objectione, qua Tribonianum oscillantiae arguere satagit, maximas egisse nugae, nemo non intelligit. ¹¹⁰)

Denique nec eorum ¹¹¹) probatur nobis opinio qui Theophilum in paraphrasi d. §. maxime propterea traducunt, quod Justinianum sic expli-

¹⁰⁸) in Observation. jur. Rom. lib. III. Cap. 10. Trajecti ad Rhenum. 1713. 4. pag. 304. seqq. Defensorem quoque nactus est Tribonianus Just. Meierum in Endoxis Collegio Argentoratensi adjectus. Cap. II. ad §. 9. I. de legat.

¹⁰⁹) l. l. pag. 305.

¹¹⁰) Cfr. quoque super hoc loco Lycklama Membr. lib. VI. ecl. 2.

¹¹¹) Janus a Còsta ad §. 9. Inst. ed. nov. pag. 302. et Vinnius ad eund. §. ed. laud. pag. 432.

explicuerit: ¹¹²⁾ ὁ Ἰουλιανὸς φησὶ, καλῶς ἀπαρτῆν με διὰ τῆς περσοναλίᾳς ἀγωγῆς τὴν τῆς προπριεταρίας τοῦ ἀγροῦ διατίμησιν, h. e. *Julianus ait, recte me per actionem personalem petere aestimationem proprietatis agri.* Quae enim Theophilus de aestimatione proprietatis agri a legatario petenda asseruit, cum verbis quidem Juliani et Justiniani, qui dd. ll. poenam pluris petitionis in mente habuere, parum profecto conveniunt, sed si effectum intuearis, vi cuius petito fundo proprietatis tantum aestimatio legatario adjudicatur, a vero non abhorrent. Nam Julianus et Justinianus, qui fundum a legatario recte ac ita, ut pluris petitionis periculum effugiat, peti adfirmarunt, de formula actionis sola cogitarunt; qua neglecta Theophilus rem ipsam atque eventum descripsit, ratus forte, sublata verborum solennium observantia nihil amplius interesse, quam agendi formula usus sit legatarius.

§. 9.

Continuatio argumenti.

Superest altera, quae in fine d. §. 6. Inst. de legat. definita est quaestio. Verba haec sunt: *Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem ex testamento consecutus sit. Nam si rem habet agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si aestimationem, agere potest.* Si igitur, quod ob facultatem res alienas legandi facile contingere potest, duo testatores uni legatario unam eandemque rem reliquerint, huic tum demum ex utroque testamento agere licet, si e priori aestimationem fuerit nactus; tunc enim rem ipsam e posteriori testamento recte petit. Cujus

¹¹²⁾ ex edit. Reitzii. Tom. I. pag. 445.

jus discriminis ratio recte Hotomanno ¹¹³⁾ in eo posita videtur, ne liberalitas testatoris effectu destituatur. Re enim ipsa, cui pretium inesse dicitur, e priori testamento legatario praestita non potest non voluntas defuncti, cujus tabulae serius aperiuntur, exitu penitus destitui, quia ipsi intuitu rei legatae ex priori testamento in legatarium gratis collatae jam satis est factum. Sed si aestimationem e priori testamento consecutus erat legatarius, juris auctores ultimarum voluntatum favore incensi solis insistebant verbis, e quibus rem ipsam, neque vero aestimationem legatam esse eliciebant, rati, eum, qui pretium teneat, non ipsam rem tenere l. 88. π . de verb. sign.: id quod non strictae solum juris rationi sed veritati quoque prorsus convenit. ¹¹⁴⁾ Vt vero haec Justiniani constitutio locum obtineat, tria potissimum requiruntur. Praeterquam enim, quod duo praesupponantur testamenta diversorum testantium, uni quoque legatario eadem species in utroque testamento legata sit oportet; quapropter eadem res aut quantitas in uno testamento saepius legata, cum testator saepius tantum locutus fuisse videatur, l. 34. §. 1. π . de leg. I. l. 66. §. 5. de legat. II. l. 86. §. 1. de leg. I. non nisi semel debetur, dummodo contrariam testatoris voluntatem legatarius haud probaverit, l. 34. §. 3. l. 53. §. 2. π . de leg. I. Commodè autem supersedere possumus Franc. Hotomanni conjectura, qui loco τοῦ *duobus* legere mavult *duorum*, quia nemo cum duobus testamentis decedat; quod licet a juris ratione haud sit alienum, tamen, cum mens legislatoris haud sit ambigua, tanti non videtur, ut ideo Triboniano manus admoveamus emendatrices. Nec aliter, ac ipsa volunt, verba adcipit Theophilus, qui d. Σ um ita orditur: ἐὼν Πρῶτος καὶ Σεκῆνδος ληγατέωσσι μοι, rel. Sin vero eadem quantitas

113) in Commentar. ad d. §. 6. I. de legat. p. m. 219.

114) Sic fere sensisse videtur Merillius in Commentar. ad d. §. 6. Inst.

titas uni legatario duorum testamentis relicta fuerit, huic utramque quantitatem petere liberum est, quia regula illa de duplicis causae lucrativae concursu eam in speciem non cadit, l. 34. §. 3. de leg. I. l. 87. pr. π . de leg. II. Idem quoque dicendum erit, si legatario duplici testamento, diversorum puta testantium, quaedam portio unius rei destinata fuerit, quia uterque testatorum de diversis partibus neque vero de iisdem speciebus cogitaverit. l. 83. π . de leg. I.; quare tum demum, si una eademque parte legata e priori testamento hanc ipsam legatarius adceperit, heres liberabitur. Ibi enim eadem species eademque persona subsunt, in quas duae lucrativae causae concurrere nequeunt. l. 66. §. 1. π . de leg. II. Ista vero Justiniani constitutio, quae, pretio ejusdem rei duorum testamentis legatae accepto, rem adhuc ex testamento posteriore petere legatario permittit, haud labefactatur Juliani responso l. 82. §. 2. de leg. I. ubi exemplum ab hoc loco prorsus alienum proponitur. Nimirum Titius, qui a Sempronio heres institutus ac jussus fuerat, Maevio fundum dare post biennium, ipsum fundum legatum Maevio praesenti die, h. e. pure et absque temporis adjectione, legavit. Postea Maevius quidem, pretio fundi ab herede Titii jam accepto, fundum ipsum ex Sempronii testamento petiit; sed doli exceptione eum repellendum esse Julianus ait, non propterea, quod res eadem duorum testamentis legata videretur, sed quod potius pretio rei legatae ipsi soluto Sempronii voluntatem Titii heres jam exsecutus fuisset. Etenim emolumentum hujus legati a Sempronio adjecto tempore, a Titio vero pure relicti eo continetur, ut legatario fundum, quem post biennium demum petere poterat, ex Titii testamento statim post aditam hereditatem persequi liceat. Cum itaque Julianus debiti legatum ob oculos habuerit, ratio responsi in aprico est posita. ¹¹⁵⁾ Etsi vero legatario, pretio rei legatae e priori testamento recepto, e posteriori

115) Cfr. Jensii ad Roman. jur. Pand. et Cod. Strictur. p. 229.

riori ipsam rem persequi adhuc licet, heredem tamen, si eandem parare nequeat, ad aestimationem legatario rursus solvendam teneri, ob prohibitum duplicis causae lucrativae concursum haud crediderim.

Deinde legatum rei in specie alienae etiam tum, cum testator eadem alienam esse ignoraverit, peti nullo modo potest; forsam enim defunctus legaturus non fuisset, si scivisset rem alienam. §. 4. l. de legat. de quibus tamen supra §. IV. et V. latius exposuimus.

Tandem quoque istiusmodi legatum pleno saltim effectu destituitur, si legatarius dominum rei heredem institutum rogaverit, ut tertio hereditatem restitueret; ibi enim neque fiduciarius neque fideicommissarius rem ipsam a legantis herede petere possunt, quia fiduciario, qui rem titulo oneroso comparavit, solam aestimationem persequi licet, is vero plus juris in fideicommissarium transferre nequit, quam ipse habuit. Rem peroravit Papinianus l. 52. pr. ff. ad Sct. Trebell. sed taxatus est (dubito an recte) a Westphalio, ¹¹⁶ utpote qui, cum fiduciario jus legatae rei aestimationem ab herede legantis petendi retineatur, se haud intellexisse fatetur, cum fideicommissario a fiduciario hanc aestimationem repetere liceat. Sed neque Papinianus, qui de sola re legata, uti vox ipsa *legati* docet, a fiduciario aut fideicommissario petenda locutus est, quaestionem, utrum fiduciarius ad pretium restituendum teneatur, decidere voluit, neque ratio ulla cogitari potest, cur fideicommisso universali relicto pretium illud soli cedat fiduciario. Quodsi vero objectio a Westphalio in medium prolata argumento legis esset consentanea, inepta sane verborum: *non poterit consequi, quod ad institutum, id est, rei dominum pervenire non poterat*, foret adpositio, imo falsissima. Qui quaeso negari potuisset, illud pervenire ad dominum, cujus aestimatio-

116) in ejusd. Darstellung der Lehre von Vermächtn. §. 1643.

nem ipsi petere licet? At rem ipsam legatam, cujus dominium, licet oneroso titulo comparatum, jamjam ad eum pertinet, ex eo, quod res propria, uti ajunt, amplius ejus fieri nequit, ad eum pervenire non posse in propatulo est; quare fideicommissarius nonnisi pretii, fiduciario ab herede soluti, haud vero rei legatae restitutionem petere poterit, siquidem alioquin fiduciarius ad plus, quam ipse ex hereditate nactus fuisset, restituendum obligaretur. Is enim ex jure defuncti, qui fideicommissum reliquit, nonnisi rei legatae aestimationem ab herede legantis petit, dummodo eam titulo oneroso adquisiverit. Sic igitur, si sub legato solam rem legatam intelligamus, omnia ita sunt plana, ut Westphaliana crisi commode possimus supersedere. Alii aliter sentiunt.

§. 10.

Quando non exspiret rei legatum, quam testator alienam esse ignoravit.

Etsi vero rei alienae legatum, uti supra docuimus, praesumptione, testatorem non fuisse legaturum, si scivisset rem esse alienam, tantum per contrarii probationem elisa subsistit, juris tamen architecti tum, si fortior adsit praesumptio testatorem, etiamsi rem alienam esse non ignorasset, nihilominus ob causam singularem quicquam legaturum fuisse, legatum deberi haud negarunt. Quod cum ante omnia tum obtineat, si affectu quodam singulari testator erga legatarium incensus videatur, hanc ob causam Imp. Alexander Severus ¹¹⁷⁾ A. Ingenuae l. 10. Cod. de legat. ¹¹⁸⁾ eum in modum rescripsit: *Cum alienam rem quis reliquerit, siqui-*

¹¹⁷⁾ Alex. Chassanaeus Aurelii Alexandri Severi Imp. R. axiomata politica et ethica, ejusd. rescripta universa commentariis illustrata. Paris 1635. 4.

¹¹⁸⁾ Guil. de Roo diss. ad l. 10. C. de legat. quae tamen nobis ad manus haud fuit.

siquidem sciens: tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quod si suam esse putavit: non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset rem alienam esse. Ad argumentum hujus constitutionis quod attinet, cum Antoninus Pius, si Justiniano fidem habeamus §. 4. I. de legat. primus distinctionem illam, an testator rem alienam esse sciverit aut ignoraverit, introduxisset, data constitutio, qua praesumptio illa, testatorem etiamsi rem alienam esse scivisset, nihilominus quicquam fuisse legatum, tanquam exceptio ab Antonini regula inducitur, ad supplendum jus a Divo Pii conditum ab Alexandro est emissa. Ex sententia enim Severi, quotiescunque praesumptio, non fuisse legatum testatorem, si scivisset rem esse alienam, contraria praesumptione ex affectione testatoris erga legatarium, in quem haud dubie legati nomine quicquam collaturus fuisset, oriunda eliditur, toties quoque legatum ab herede praestandum est; id quod tam exemplo uxoris ¹¹⁹⁾ discrete commemoratae, quam adpellatione generali „*talis personae*,” qua omnes ii comprehenduntur, quibus testator non tantum necessitudinis sed amicitiae quoque et familiaritatis vinculo junctus fuit, egregie probatur. Sunt vero, qui hanc Severi constitutionem tum obtinere negent, ¹²⁰⁾ si testator eo tempore, quo legatum in personam conjunctam contulit, rem legatam titulo aliquo speciali ad se pertinere crediderit, iste vero titulus eo inscio fuerit extinctus. Firmissimum opinionis praesidium invenisse sibi videntur in l. 36. §. 1. in f. 7. de usufr. legat. quam cum Alexandri re-

scripto

119) vid. Wernheri observat. forens. P. IX. obs. 25.

120) Brunneumannus ad d. l. 10. C. de legat. in ej. Commentar. ad Cod. Lipsiae 1717. pag. 750. Mantica de conjectur. ult. vol. lib. IX. tit. IX. n. 4. Harprecht in Comment. ad Inst. ad §. 4. de legat. et alii.

scripto conciliare nequeunt. Ibi Scaevola Stichum fundi proprietatem, quam nunquam habuerat, nepotibus legasse fingit. Cui cum a patrono solus hujus fundi ususfructus esset legatus, proprietatem Lucio Titio relicta, movebatur quaestio, utrum nepotibus Stichi, quibus ab herede bona fide traditus erat fundus, proprietatem usucapere liceat? Et eandem sibi legatarios adquisivisse, si bona fide plus quam tempore statuto possederint, Scaevola respondet, negat vero simul, Stichi heredem ad evictionem nepotibus, ceu legatariis, praestandam teneri, si fundus, tempore usucapionis nondum adimpleto, ipsis fuerit ademptus ab iis, qui potiori jure pollent. Pergit ille: *verum si ex alia causa acquisitio cessasset, videri Stichum. si post mortem eorum, quibus proprietatem legata esset, testamentum fecisset, potius, quod habere se crederet quam quod onerare heredes vellet legasse.* Sententia manifesta, verba subobscura. Notandum enim est, sub iis, quibus proprietatem legata est, comprehendi Lucium Titium, cui a patrono Stichi post mortem liberti, quacum fundi ususfructus huic legatus simul exspiraret, fundus erat relictus; quare Scaevola haud dubie haec dicere voluit: videri Stichum, qui post mortem eorum, quibus proprietatem legata, fundum nepotibus in testamento reliquisset, perperam ratus, proprietatem ad ususfructum tunc esse reversam, potius id voluisse legare, quod habere se crederet, quam quo heredes oneraret. Haec autem Scaevolae responsio, uti pridem monuit Averanius, ¹²¹⁾ secundum constitutionem Divi Pii, neque vero secundum Alexandri rescriptum debet dijudicari. Qui, quaeso, ictus potuisset respondere ex rescripto, quod ejus aetate nondum extitit? Floruit enim Cervidius Scaevola teste Capitolino in vita Marci Cap. 2. temporibus Marci Aur. Antonini, in cujus consilio fuisse fertur. Ubi igitur titulus iste specialis conditi testamenti tempore extin-

ctus,

121) in interpretatt. juris lib. IV, C. 21. §. 21.

ctus, ob quem legatum expiret? Et quid refert, utrum quis rem legatam ex aliquo titulo speciali jamjam extincto suam crediderit, an secus, cum potius, etiamsi rem alienam esse certo scivisset, nihilominus personae propinquae legaturus fuisse praesumatur? Pluro non addo; omnia in aprico sunt posita.

In cassum quoque laborasse videntur ii interpretum, qui in texendo indice personarum necessitudine testatori junctarum, de quibus Imperator cogitaverit, multum sudarunt. Certam enim hac de re normam stabilire, nec fuit mens Imperatoris et animus, nec interpretem decet, imo potius ad solius iudicis, a quo omnia, quae circumstant, caute adspicienda sunt, pertinet officium. Hoc est, quod ipsa, generalis personarum, quibus testator quicquam legaturus fuisset, descriptio suadet. Quare isti adeo legatario, qui licet vinculo necessitudinis testatori reapse haud junctus, ab eo tamen ob magna de ipso merita singulari quadam affectione ornatus est, rem alienam sibi relictam indistincte ab herede petere licebit, siquidem ratio d. l. 10. C. de legat. in isto naturali amore posita est, quo personae sanguine junctae plerumque prae extraneis se invicem amplecti solent. Atque haec quidem de juris Romani rationibus. Progrediamur ad aliam quaestionem, nostris temporibus in utramque partem decisam, utrum scilicet ista Severi constitutio benigna interpretatione ad legata quoque piis causis relicta ita transferri possit, ut iidem jure singulari circa res alienas ab inscio testatore legatas personis propinquis concessio frui liceat, Frequens quidem senatus est eorum,^{1 2 2)}

qui

122) Tiraquellus de privilegiis piar. caus. n. 66. in ejus Operib. Francof. 1574. Tom. V. I. H. Roehmerus in Diss. de privilegiis legatorum piorum genuinis et spuris. Cap. I. §. 26. in ej. Exercitatt. ad Pand. Tom. V. p. 243. Bergeri Oeconom. juris. lib. II. tit. IV. thes. 24. no. 5. ed. nov. pag. 291.

Voetius

qui nimio erga pias causas favore correpti quaestionem utique affirmant, pusillum vero agmen, in quod dissentientes coalescunt.¹²³) Priori sententiae addicti urgent in primis l. 39. pr. π . de fideic. libert. ubi Paulus servum alienum, quem testator suum existimans ab herede jussit manumitti, libertate donandum esse respondit, quia non similis sit causa libertatis fideicommisso pecuniario. Ista vero decisio, cujus in favore libertatis unice latet ratio, parum hercle praesidii praebet piarum causarum defensoribus, cum haecce singularis ratio caute secernatur a fideicommisso pecuniario, certo indicio, isto favore juris, vi cujus error a testatore circa servi dominium commissus libertati relictae non obest, non nisi causas liberales frui, eum autem ad alias res haud esse trahendum. Verum jus illud singulare personis testatori necessitudine junctis ab Alexandro concessum, tantum abest, ut nunquam ad pias causas adplicandum esse statuamus, ut potius easdem sub generali adpellatione talis personae, cui testator, etsi scisset rem alienam esse, nihilominus legaturus fuisset, toties contineri largiamur, quoties ex iis, quae circumstant, a iudice caute ponderandis, affectus testatoris erga piam causam singularis colligi possit. Sunt igitur verba ejus quam maxime consideranda, quo magis constet, an testator omnem in eventum in piam causam conferre quicquam voluerit, nec ne; sunt porro pensitanda testatoris vitae genus, religio, probitas, mores, loquendi usus, et alia, quae sigillatim recensere non attinet. Sic nobis cum Es. Friderico a Puffendorf, qui a supremo tribunali Cellensi illud, de quo modo diximus, piarum causarum privilegium non usquequaque agnitum fuisse refert, temperanda

Voetius ad Pand. tit. de legat. §. 26. Corn. van Eck princip. jur. tit. de legat. et fideic. §. 23.

¹²³) in Observatt. juris universi, Tom. III. observ. 176.

peranda videtur sententia Boehmeri, quam et alii secuti sunt istiusmodi privilegiorum vindices.

§. II.

Continuatio argumenti.

Alteram exceptionem, qua rei alienae legatum ab inscio testatore relictum subsistit, suppeditat Papinianus l. 77. §. 8. ꝛ. de legat. II. Ibi enim quaestioni, utrum filio alienis praediis per modum fideicommissi aut legati a patre, qui eadem aliena esse ignoraverat, relictis, fratres coheredes ad evictionem teneantur, si postea a vero domino fuerint vindicata, sic Papinianus respondit, ut duos distingueret casus, utrum pater ipse in dividenda hereditate uni filiorum praedium alienum inscius assignaverit, an illud absque hereditatis divisione uni tantum praelegaverit. Si igitur prius, arbiter seu iudex propter conjecturam voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere, nisi parati fuerint, pretio fundi evicti pro partibus hereditariis restituto patris iudicium fratri conservare. Testator enim, qui praelegato cuivis filiorum relicto ipse hereditatem diviserat, id videbatur iniisse consilium, ut aut omnium ratione portionum hereditariarum par esset conditio, aut, quod salva liberorum legitima utique fieri potest, huic vel illi majorem prae ceteris fratribus partem destinaret. Jam cum in utroque casu testator partem singulis filiis assignatam ad eos ita pertinere voluerit, ut portionum constitutarum eadem ex conjectura voluntatis ratio semper manere debeat, hanc sane citra defuncti voluntatem admodum turbaret arbiter, si praedio alieno, quod testator parti filio adsignatae accenseri voluit, evicto istam filio destinatam portionem minui permetteret. Quam ob rem, cum ceteri coheredes, ne paterna hereditatis divisio irrita fiat, fratri ad praedii evicti aestimationem refundendam pro partibus hereditariis

teneantur, genuina responsi Papiniani ratio in servanda portionum a testatore singulis relictarum conditione sine dubio quaerenda est; cui et alia ex Severi supra laudata constitutione accederet, tali quippe in proposito exemplo personae legatam fuisse rem alienam, cui legaturus fuisset testator, etsi rem alienam esse scivisset, nisi Papinianus Alexandri constitutionem prorsus ignorasset. Nec eum hancce rationem in necessitudine positam agnovisse, probat prius exemplum adducta lege commemoratum, ubi ommissa a patre hereditatis divisione praediis alienis filio ab inscio patre relictis nullam ob evictionem cum fratribus et coheredibus actionem esse statuit. Sed si dicendum, quod res est, rei alienae legatum in specie narrata tantum improprie, ac ita, ut ceteri coheredes ad aestimationem praestandam teneantur, subsistit; ad rem enim ipsam evictione subsecuta redimendam propterea haud obligantur, quia pretio fratri pro partibus hereditariis restituto, quo ejus portio quoad substantiam a testatore definita redintegratur, hujus voluntati jam satis est factum. Quaeritur autem, utrum d. l. 77. §. 8. π . de leg. II. ad suos duntaxat heredes, inter quos pater hereditatem divisit, an ad extraneos quoque pertineat? quod quidem affirmare non dubito. ¹²⁴⁾ Par enim adest ratio, videlicet praesumptio, testatorem in dividenda hereditate, ut portio singulis assignata maneret imminuta, voluisse; quare in extraneis quoque coheredibus propter voluntatis conjecturam arbiter haud patietur, coheredem, cui res alienae ab inscio testatore adsignatae evincuntur, partes coheredibus integras restituere, nisi antea a portionibus hereditariis tantum sibi passi fuerint deduci, quantum ad rei evictae aestimationem refundendam pro rata conferre tenentur. ¹²⁵⁾

Uti-

¹²⁴⁾ Consentientem habeo Bergerum in Oeconom. jur. lib. III. tit. 6. thes. 3. n. 16. ed. nov. p. 533.

¹²⁵⁾ v. Busii Commentar. ad Pand. Daventriae. 1656. 4. pag. 282. part. II.

Dissen.

Ultimum denique exemplum legati rei alienae, quod ab inscio testatore relictum sustinetur, oculis subjicit Pomponius in l. 72. π . ad SCtum Trebell. Finge heredem, cui fundus alienus per praeceptionem erat legatus, a testatore esse rogatum, ut integram hereditatem Maevio restitueret, postea vero fundum, quem testator suum existimans reliquerat, a domino evinci; jam quaeritur, utrum error testatoris legato noceat, an fundi aestimationem fiduciarius retinere possit? Et testatorem, ut fundus omni modo, certe quoad aestimationem, penes heredem remaneret, voluisse, Pomponius censuit, haud dubie ea de causa, quia omne per praeceptionis figuram fiduciario relictum eo consilio in eum videtur collatum, ut in re relicta quartam habeat Trebellianicam. §. 9. I. de fideic. hered. l. 91. π . ad l. Falcid. ¹²⁶⁾ Re enim heredi praelegata, quae quartam Trebellianicam nondum constituit, ea, quae desunt, supplenda esse docet l. 1. §. 16. π . ad SCt. Trebell. Itaque parum ibi interest utrum fundus praeceptus, qui in quartam Trebellianicam imputatur venit, et quoad aestimationem certe ab herede retinetur, alienus sit, nec ne, idque testator sciverit, an ignoraverit. Etiam si vero fundi praecepti aestimatio quartae quantitatem superet, nihilo tamen minus recte apud heredem, licet testator circa fundi dominium erraverit, remanere dicitur, quia animus fiduciario heredi quidquam praelegandi vincit praesumptionem, testatorem, si rem alienam esse scivisset, haud fuisse legaturum. ¹²⁷⁾

§. 12.

Dissentit Joan. Voëtius in libro singulari de familia herciscunda. Ultrajecti. 1672. 8. Cap. II, pag. 41.

¹²⁶⁾ Alteserra recitat. in varias partes Dig. et Cod. Tolosae. 1679. 4. Tom. II. pag. 566.

¹²⁷⁾ Voëtius in Commentar. ad Pand. tit. ad SCtum Trebellian. §. 37. (ed. Ha-lens. Tom. V. pag. 295.)

Actiones, quibus legatum rei alienae persequi licet.

Restat, ut, quibus remediis legitimis legatario rei alienae legatum ab herede petere liceat, paucissimis adhuc ostendatur. Tria potissimum remedia juris legatariis dari ad perseguenda ea, quae ipsis singulari titulo in testamento relicta sunt, rei scilicet vindicationem, actionem ex testamento personalem et hypothecariam seu quasi Servianam, omnes norunt. Olim vero, cum ob verborum solemnitate[m] quatuor legatorum genera a se invicem secernerentur, multum intererat, an quis hac vel illa experiretur actione contra heredem, siquidem ad formulam a testatore adhibitam hoc vel illud actionum genus erat adstrictum. Quemadmodum enim damnationis modo relicta hypothecaria aut personali tantum ex testamento actione, haud vero rei vindicatione exigi poterant, sic res testatoris proprias sinendi modo vel per vindicationem relictas utraque, res heredis autem sola personali aut hypothecaria actione persequi legatario licebat. Cujus quidem diversitatis ratio inde est petenda, quia rei per vindicationem aut sinendi modo relictæ dominium recta via in legatarium transit, l. 80. π . de leg. II. illud vero, quod per damnationem relictum est, praevia demum heredis traditione legatarii esse incipit. Quomodo igitur in damnationis legato poterit rei vindicatio e dominio oriunda a legatario, qui dominus non est, recte institui? Quamvis autem abrogatis differentiis legatorum antiquis ipse Justinianus §. 2, l. de legat. ut quibuscumque verbis aliquid relictum esset, id legatariis non solum per actionem ex testamento personalem, sed et per actionem in rem et hypothecariam persequi liceret, diserte constituerit, inde tamen eximenda esse rei alienae et quantitatis legata, bene monet Vin-
nius,

nius, ¹²⁸⁾ cum nec hodie, sublatis licet antiquis legandi formulis, rei alienae a testatore relictæ dominium directe, sed secuta demum et redemptione et traditione, in legatarium transferatur, rei autem vindicatio nonnisi a domino possit institui. l. 33. 66. π . de rei vindicat. Quæ cum ita sint, legatæ rei alienae nomine nonnisi personali ex testamento et hypothecaria actione heres conveniri potest ad id, ut vel rem redimat, eamque legatario præstet, vel, si non possit, aestimationem solvat; quare in eiusmodi quoque causa petitio alternativa, ut pragmatici loquuntur, libello erit inserenda. Quo magis vero hæc omnia, quæ de persequendo rei alienae legato statim adlata sunt, ad res in specie alienas sunt restringenda, eo minus re heredis relicta, de qua testatori tanquam de sua disponere liberum est, rei vindicatio legatario denegatur; quid? quod ad rem heredis persequendam, quæ, cum heres ex mente Novell. 48. in præfat. unam eandemque cum defuncto personam constituat, testatoris videtur propria, remedium ex l. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollend. legatario datum fuisse exemplo comprobavit Leyserus. ¹²⁹⁾ Quod denique ad rem propriam legatario relictam attinet, hanc quoad aestimationem in iis speciebus, quibus leges id permittunt, nonnisi personali aut hypothecaria actione legatario persequi licere, sua sponte quilibet intelligit.

¹²⁸⁾ in Commentar. ad Instit. ad §. 2. de legat. cfr. quoque Myllii diss. Historia legatorum pag. 35.

¹²⁹⁾ in Meditatt. ad Pand. Specim. CCCLXXXI. Med. V.

Emendet lector benevolus haec sphalmata crassiora.

- pag. 7 lin. 10 loco *reperiat*ur lege *reperit*ur
pag. 7 lin. 17 loco *colendae ac illae* lege *colenda ac illa*
— 8 — 15 loco *suppellectili* lege *supellectili*
— 19 — 12 loco *potestatem* lege *potestate*
— 27 — 6 loco *causam* lege *causam*
— 30 — 10 loco *negatur* lege *negamus ob §.*
— 30 — 22 loco *valere* lege *valet*
— 36 — 20 loco *dis-piciendum* lege *dis-piciendum.*
— 50 — 17 loco *volumati* lege *volumatam*
— 51 — 9 loco *Urit* lege *Licit*
— 14 — 16 pro *annis* lege *annos*
— 54 — 4 post *petendo* pone *eum*
— 67 — 15 del. *venit*
— 29 — 21 loco *conjecturae* lege *conjecturas*
— 38 — 23 post *heres* pone *reincatur*



Kd 1544

(X2258474) ✓

Kd 1544

120





B.I.G.

Farbkarte #13

DE
LEGATO REI ALIENAE

SCRIPSIT

ET

ILLUSTRIS ICTORUM
ORDINIS CONSENSU

PRO LICENTIA

SUMMOS IN UTROQUE JURE HONORES

CAPESSENDI

DIE XXIX. APRILIS. A. O. R. MDCCC

H. L. Q. C.

PLACIDO ERUDITORUM EXAMINI SUBMITTIT

CAROLUS AUGUSTUS GOTTSCHALK

LEISNIC.

JUR. UTR. BACCAL.

DRESDAE

TYPIS MEINHOLDIANIS

31

