

Scheller:
De legato
rei alienae
quae non est
res hereditaria









14 26

TRACTATUS IVRIDICVS

DE

LEGATO REI ALIENAE

QVAE NON EST RES

TERTII

A V C T O R E

CHRISTIANO AVGVSTO SCHELLER

SILESIO.

182 J

Kf 2139

A. D. XXII. MART. CI^oDCCLXXXIX.

H A L A E

STANNO HVNDTIANO.



TRACTATUS IURIDICVS

DE

LEGATO REI ALIENAE

QVAE NON EST RE

TERRAE

A VINO ET

CHRISTIANO AVGVSTO SCHILLER

1750

LEIPZIG

MDCCCL

CHRISTIANO AVGVSTO SCHILLER



IMMANVELI IOANNI GERHARDO

SCHELLER

PIETATIS SPECIMEN
DOCTORI PHILOSOPHIAE,

RECTORI REGII GYMNASII ILLVSTRIS BRIGENSIS

EIVSDEMQUE PROFESSORI PRIMARIO, CET. CET.

VIRO CLARISSIMO

PATRI SVO REVERENDISSIMO

DIEM NATIVITATIS LV.

OBVVNTI



IMMANUEL ARDO HOC EXIGVVM MAXIMAE

SCHELLER

PIETATIS SPECIMEN

RECTORI REGII GYMNASII LITOMYSLAVI

FRIDERICI PROFESSORIS LINGVAE, ART. ORN.

VNO CLARISSIMO

GRATVLANS

PATRI BVO REVERENDISSIMO

D. D. D.

VI MATRIVIS IV

CHRISTIANVS AVGVSTVS SCHELLER,

FILIVS DEVOTISSIMVS.



L. B.

Dicitus mihi quaerenti, quali modo pietatem in patrem mihi maxime colendum ipsi ostendam, tandem in mentem veniebat, eam a me ostendi tractatu quodam juridico, optimum esse specimen. Cui igitur tractatui subposui thema *de legato rei alienae, quae non est res tertii*, sane quod difficile enucleatu. Quae causae me ad eligendum hoc thema perpulerunt, sunt haec: *prima*, quia hoc thema antea non inveni elaboratum, igitur, quam possem, operam dedi, ut hoc illustrarem thema; *secunda* erat, quia V. D. Warneyer in dissertatione a se nuper edita materiam aliam sc. *de legato rei alienae quae est res tertii* defendit. Cum igitur nullum in hac materia ducem sequutus sim, abs TE L. B. praesertim cum sit prima, quae Tuis occurrit oculis, elaboratio a me confecta, quae Tua in tyrones est indulgentia, ut mihi hic aut illic peccanti veniam des, quam maxime peto. Vale mihiq; fave.

TRACTATIO IPSA.

A)

In genere.

§. 1.

Prius, quam ad arduam illam doctrinam propero, mihi quaedam erunt praemittenda, quae sunt haec: 1) *quid sit legatum* secundum definitionem legalem, 2) definitio et differentiae inter legatum et fideicommissum particulare et secundum *ius Romanum antejustinianum* et *Justinianum*, 3) definitio legati doctrinalis secundum *ius Romanum Justinianum*. Cui absolutae succedunt quatuor illae quaestiones praeliminares, α) quis possit legare, β) cui, γ) a quo, et δ) quid.

§. 2.

Definitio legalis legati.

Legatum, de quo hoc loco mihi ex proposito agendum erit, saepe sumitur *in sensu lato*, saepe *in s. stricto*. *In sensu lato* denotat totam hereditatem, ut ex l. 80. et 122. ff. de V. S. luculenter videre possumus. *In sensu vero stricto*, quem et hic sumo, nobis variae occurrunt definitiones, unam exhibet §. 1. *Inst. de legatis*, quod sit *donatio quaedam, a defuncto relicta, ab herede praestanda*. — Quae vero definitio minus accurate se habere mihi videtur, quia, ut paucis me expediam, 1) legatum non semper ab herede praestatur, sed saepe adeo a legatario est praestanda, imo centies res jam ipso a testatore legatario est tradita, 2) non indistincte potest nominari *donatio*, quia omnis donatio liberalitatem quandam respicit, aut saepe numero fit, ut legato in sit onus quoddam, quod in legato debiti facile potest obvenire. Quod quamvis est

est legatum, tamen nullam invenire possum donationem. Eandem paene definitionem nobis offert *l. 36 ff. de legatis II.* ubi est *legatum donatio testamento relicta.* Quae vero definitio ex eodem fundamento recte se non habere mihi videtur, quia, etiamsi sit donatio, in testamento non solum legata, sed etiam tota hereditas aut ejus pars quota relinqui possunt. Alia definitio nobis occurrit *l. 116 ff. de legatis I.* in qua Florentinus *legatum*, ait, *est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod uniuersum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Quae definitio, quamuis meliorem, indistinctis, dat notionem, tamen non omnes characteres distinctiuos continet: *delibatio* hereditatis hanc ob causam non denominari potest, quia etiam facta heredis, aut alius, legari possunt, de quo vberius infra tractabimus.

§. 3.

C o n n e x i o.

Cum igitur nulla adsit definitio legalis, quae sit^oconueniens cum legato, ita, vt a similibus facile possit distingui, doctrinalem oportet definitionem substitui. At, priusquam accedimus ad hanc definitionem, quaedam de differentiis inter legatum et fideicommissum particulare secundum jus Romanum et Antejustinianum et Iustinianum erunt praemittenda, quibus deficientibus non ita facile pateret aditus,

§. 4.

*Differentiae inter legatum et fideicommissum particulare*a) *secundum jus Antejustinianum.*

Quae differentiae inter *legatum* et *fideicommissum particulare* secundum jus Romanum Antejustinianum intercedebant, eas potissimum *Vlpian.* in fragmentis sui corporis *tit. XXV. pr. de legatis* his refert verbis — *Legatum est quod legis modo, id est, imperatiue testamento relinquitur. Nam ea, quae praecatiuo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.* — Exinde ex his sequitur, vt illorum explicatio strictior, horum vero laxior esse debeat, vt *l. 116. C. de fideicommissis* ait. Aliarum differentiarum, quae hujus non sunt loci, non mentionem faciens ad *Caji inst. de fideicommissis l. 8. prouoco.*

§. 5.

β) Secundum jus Iustinianicum.

Secundum jus Romanum iustinianicum Legata et fideicommissa particularia *re ipsa* non differunt inter se. *Imperator ipse* §. 3. *Inst. de legatis* antiquam sustulit differentiam his verbis — *necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia* — — l. 1. ff. *de legatis* l. 1. 2. C. *Commun. de legatis*. Sublata igitur differentia inter legatum et fideicommissum particulare constituendum erit, quid sit legatum, et quid fideicommissum particulare. *Legati* in sensu lato sub appellatione venit, *pars quanta hereditatis aut jus singulare alicui relictum in ultima voluntate*. Quod definitum sub se comprehendit et fideicommissum particulare et legatum in sensu stricto si scilicet mediate alicui aliquid relinquatur, tunc habes *fideicommissum particulare*, si vero immediate fit, sub appellatione venit *legati in sensu stricto*. Haec definitio legati, quamvis videtur esse maxime rei conveniens, tamen, uti paene in omnibus fieri solet, patitur exceptiones quasdam, ex his est, quod etiam interdum *pars quota legata* inveniatur, quod testatur *Vlpian. in fragm. tit. 25. §. 24. §. 5. Inst. de fideic. heredit. l. 15. pr. l. 23. l. 104. §. 7. de leg. II. l. 22. §. 5. ff. ad SCtum Trebell.* Tale legatum vocant *partitionis*. Hoc veri legati esse speciem, testatur l. 8. §. 5. ff. *de leg. II.* nam ibi legitur: *si cui certam partem hereditatis legauero: Divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum neque funeris impensa deducantur.* At hoc non impedit quo minus illam definitionem doctrinalem veram esse putem, quia ab exceptionibus non est sumenda definitio, sed tantum a regula.

§. 6.

Quaestiones illae praeliminares.

A) Quis potest legare?

Quibuscumque licet testari, seu quibus est testamentifactio activa, iis etiam liceat, oportet, legare, quia et legatum pertinet ad ultimas voluntates l. 2. ff. *de legatis* l. De eo non nisi hoc addo, eum habere testamentifactionem

nem actiuam, qui 1) potest suam voluntatem declarare §. 1. *Inst. quib. non est permiff. f. test.* Species talium hominum enumerantur *seqq. §§. b. t. 2)* et liberam rerum suarum habet administrationem *pr. Inst. cod. 3)* nec lege quaedam prohibetur. Qui plura de hac materia videre cupiunt, eos remitto, quia huius loci ea non sunt, ad *tit. Inst. quibus non est perm. fac. test. tit. ff. et C. qui testamenta facere possunt.*

§. 7.

B) Cui potest legari?

Omnibus, qui testamentifactione gaudent passiuam, legari potest, §. 24. *Inst. de leg. l. 7. ff. pro legato.* Exinde etiam fluit, eos oportere capaces esse, et tempore testamenti facti, et mortis testatoris, et hereditatis aditae §. 4. *Inst. de hered. qualit.* Quae tria tempora omnia oportet adfieri, si legatarius igitur solo tempore facti testamenti erat incapax, quamuis postea fieret capax, tunc legatum non valet, quia quod semel inualidum est, ex post non conualescere potest ob *regulam Catonianam l. 1. pr. ff. de reg. Cat.* nisi conditio illa sit adiecta, *si legatarius capax fiet arg. l. 104. de condit. et demonstr.* Quae capacitas ut solis tribus illis temporibus adsit, tantum requirunt leges, nullam vero rationem temporum intermediorum habent, utrum in illis fuerit habilis, an vero minus *l. 51. §. 4. ff. de hered. instit.* Quamuis leges ipsae dicunt, legatarium debere testamentifactionem habere passiuam, tamen adest casus, quo ille, cui nulla testamentifactio est passiuam, tamen aliquid legari potest, si concernit alimenta. *l. 11. ff. de alim. legat.* Caeterum legata et personae physicae et morali relinqui possunt: ut urbi *l. 117. ff. de legat. l. 1.*, tunc vero non ad membra praesentia, sed ad vniuersitatem pertinent ipsam, *l. 7. §. 1. ff. quod cuiuscunque unio.*

§. 8.

C) A quo potest legari?

Omnibus, ad quos quid per vltimam voluntatem defuncti venit, ipsis praestatio legatorum injungi potest, siue sint heredes, siue legatarii *l. 92. §. vlt. ff. de leg. l. pr. Inst. de sing. rebus per fid.* Idem non plus quam honorati sunt, onerari possunt, §. 1. *Inst. de sing. reb. leg.*

B

§. 9.

§. 9.

D) *Quid potest legari?*

Quaecunque sunt in legatarii commercio, siue jam existant, siue sint futura, siue propria, siue aliena. §. 4. *Inst. de legatis.* *Res alienae* hic appellantur, quae sunt non testatoris, sed alius cuiusdam, siue legatarii, siue heredis, siue tertii cuiusdam. Qua omissa, *Warneyer V. D.* eam eam materiam in c. *diff.* bene enucleauit, ad ipsam doctrinam de legato rei alienae, quae non est res tertii, propero.

B)

*In specie*DE LEGATO REI ALIENAE, QVAE NON EST
RES TERTII.

§. 10.

His generatim de legatis praemissis, ad specialiores hanc adeo doctrinam; hinc in antecessum monendum est, me sub appellatione *rei*, rem in f. lato complecti, indeque facta huc refero. *Rem* in f. lato, quo in jure civili obuenit, *ill. Nettelbladt in j. posit. gen. §. 23.* sic definit, quod sit *omne ens, praeter personam in f. generali, quod utilitati hominis cuiusdam in singulari inseruire potest.*

§. 11.

Notione TERTII in hoc sensu jam (§. 9.) praemisso facilius est, notionem *rei alienae non tertii* formare. *Res* scilicet, cujus dominium est nec penes testatorem, nec penes eum, qui nullo vinculo ex *ultima voluntate cum testatore obstringitur*, inuenitur.

§. 12.

Ulterior connexio.

Is, qui sub nomine *non Tertii* hoc loco venit, ex cuius bonis aliquid legatur, nemo alius esse potest, ac aut ipse *heres*, aut ipse *legatarius*, omnes enim
enim

enim reliqui sub appellatione *Tertii* comprehenduntur. Ex instituto igitur nobis de utroque non Tertio erit agendum, et quidem primum *de legato rei alienae quae est res heredis*, hancque doctrinam absolutam sequitur doctrina *de legato rei alienae quae est legatarii propria*.

AA)

DE LEGATO REI ALIENAE, QVAE EST RES HEREDIS.

§. 13.

Quis est heres?

Hoc in themate nobis primum erit disquirendum, *quid sit heres* in genere. *Heres in genere est is, cui hereditas tota aut ejus pars quota est delata*, et tunc in *f. proprio* est heres *in actu primo*, si vero ea jam est acquisita, tunc vocatur *in actu secundo*. *Pars quota*, cui opponitur pars quanta, hic Jctis est ea pars, quae non nisi in relatione ad hereditatem cogitari potest.

§. 14.

Connexio.

Heres quippe, qui facta defuncti praestare tenetur, non solum ex ultima voluntate obligari potest ad legatum ex bonis sibi a testatore relictis, sed etiam ex propriis praestandum bonis *l. 67. §. 8. ff. de leg. II.* Ac hic plane nihil interest, utrum sit heres directus an fideicommissarius, prior siue sit primus, siue substitutus. Hoc loco tantum de casu agendum eo, quo heres legatum praestare debet *ex suis*, et quidem primum, quo heres ad *facta* praestanda obligatur, hancque absolutam sequitur tractatio ejus casus, quo *res in f. proprio* praestandae sunt.

§. 15.

I. *Legatum factorum.*

Facta, quia hic de rebus in sensu lato loquor, sub illis etiam comprehendendo. Si heredi aut legatario cuidam aliquid in utilitatem cujusdam facienda imponitur obligatio a testatore *l. 218. de V. S.* tunc habes *legatum factorum*,

B 2

quod

quod vtrique consistit §. 21. *Inst. de leg.*; modo adsint tria illa requisita, quae sequuntur. *Primum* est, *ut facta*, quae legantur, *sint moraliter possibilia*, igiturque et honesto et decore contraria non possunt legari facta, *l. 112. §. 3. ff. de leg. I.* Quodsi turpia scribantur facta, ad ea nec heres, nec oneratus legatarius obligatus est, eaque pro non scriptis habenda cessant, *l. 54. ff. de leg. I.* Quae facta leges vetant, ea etiam a testatore non possunt relinqui *l. vn. C. de his, quae poenae nomine etc.* nam nemo in suo testamento cauere potest, ne leges in suo testamento locum inueniant, *l. 55. ff. de leg. I.* Quod factum est *iniquum*, etiam non legari potest, *l. 16. ff. de usu et usufr.*, et relictum heredi cedere debet. *Secundum*, quod ad validitatem legati factorum requiritur, est, *ut eadem facta physice possibilia sint.* Si v. g. *Tulliae* relinquo centum ea conditione, si nupserit *Titio*, tunc legatum habes alicujus facti, quod a *Tullia Titio* legatum erat, ast *Titius* me adhuc viuo mortuus est, tunc *Tullia* plena centum accipit, dummodo parata fuerit ad faciendum, *l. 54. §. 1. ff. de leg. I.*, ad impossibilia enim nulla datur obligatio, *l. 135. ff. de R. J.* Idem obtinet eo in casu, quo inhabili a legatario quodam aut herede aliquid legatur, tunc nec quicumque accipere potest, quia illis, qui non heredes possunt scribi, non facta possunt relinqui, *l. 37. §. 6. ff. de leg. III.* *Tertio* denique requiritur, *ut facta alicui* legata, sint talia, quae aestimationem recipiant, nam debent esse talia, qualia possunt cum eo, quod sub ea conditione datum est, certo modo conferri, sic non potest legari emancipatio liberorum ipsis, quia patria potestas non taxari potest, *l. 114. §. 8. ff. de leg. I.* Ex eodemque fundamento credo libertatem non posse legari, quia est inaeestimabilis res, *l. 106. ff. de R. J.*

§. 16.

Diuisio horum legatorum.

Facta, quae legari possunt, sunt vel affirmatiua vel negatiua. *Affirmatiua* facta tunc adsunt, si ipsa concernunt actiones commissiuas; sic potest quis ab herede suo factum quoddam reipublicae legare, si ipsi certas imponit praestationes, *l. 41. §. 5. ff. de leg. I.* Ac haec, eundem fauorem experta sunt legata facta in utilitatem certi priuari. Quae facta igitur legata possunt esse ita, *ut oneratus ea ipsi praestet gratis*, cujus mentionem vel fecit testator, vel ex ipsa praestatione *in iuncta* videri potest, tale factum praestandum esse gratis,

tis, ut in eo legato videmus, quo heredi obligatio imposita est debita legata-
rii solvendi, §. 21. *Inst. de legat.* Ast saepe numero legata facta ejus esse ge-
neris solent, ut is, in cuius fauorem praestantur, pro iis praestandis aliquem
dare debeat valorem, quia tale praestari sibi, magni ipsius interest, v. g. rem
quandam pro justo pretio vendendi obligatio potest imponi heredi, *l. 49. §. 8. ff.*
de leg. I. l. 30. §. 3. ff. de leg. III., tunc legatarius, nisi praestito valore, fa-
ctum exigere non potest.

§. 17.

Quod ad facta *negatiua*, quae aequae ac *affirmatiua* legari possunt, ad-
tinet, ea sunt talia, quibus omissivae actiones imponuntur, si omissio certi cu-
jusdam facti in vilitatem alterius. Sic potest heredi injungi, ne res quas-
dam alienet, ne jus exerceat protimiseos in fauorem Jauolenti, et quae sunt
hujus generis alia, tuncque habes *legatum factorum negatiuorum*. Hoc lega-
rum item valere debet omnibus in casibus, in quibus tria illa §. 15. inducta re-
quisita adsunt, nec factum simpliciter relictum est, nec causa, nec persona, in
cuius fauorem scriptum, deficit *l. 114. §. 14. ff. de leg. I.*

§. 18.

Grauitus facta ipse praestare debet.

Quaecumque facta heredi legatariorum a testatore imposita sunt, ea ipse,
oportet, praeter, dummodo adsint tria illa requisita recensita, haec enim im-
posita tanquam conditio, sine qua non accepisset hereditatem, sunt conside-
randa *l. 13. ff. de condit. inst.* Cum adeo tunc esse facta illa praestanda, si cui
praestanda sunt, ejus non intersit talia praestari, statuunt leges *l. 19. ff. de leg. III.*
sequitur, ut heres multo minus liberari possit ab obligatione, si paratus sit va-
lorem ad dandum legatario, *l. 11. §. ult. ff. de leg. III.* testatoris enim, legata-
rium facta accipere, pluris interest, quam *valorem* tantum consequi. Nulla,
quae hic proferam, cum adsint amplius generalia, ad sequentem tractationem,
nimirum ad res in *l. proprio*, prodeco. —

§. 19.

II. *Legatum rei heredis in sensu proprio.*

Absolutum igitur *factum legatum* sequi debet *legatum rei in sensu proprio*, quippe quod altera est species legati rei heredis, de quo nunc est ex instituto agendum. *Res*, quae legantur, sunt vel *corporales*, vel *incorporales*. Primum igitur de rebus *corporalibus*, deinde de *incorporalibus*, quae notatu dignissima sunt paucis proferamus.

§. 20.

a) *Legatum rei incorporalis, et quidem*1) *legatum liberationis.*

Inter res *incorporales*, quarum definitionem nobis exhibet §. 2. *Inst. de reb. corp. et incorp.*, legatas ab herede, obuenit legatum ejus, quod legatarius heredi debet, quo testator heredi obligationem imponit, ne id, quod legatarius ipsi debeat, repetat, quod *legatum* vocatur *liberationis*, et talem, qualem legatum debiti testatoris expertum est fauorem, *l. 8. pr. ff. de lib. leg.* Cum igitur, qui potest majus, etiam minus in eadem causa possit oporteat, sequitur, ut testator, heredem reddere tantum chirographum, jubere possit, tunc vero debitum manet, aut legatarium non ita exsequi potest heres, aut *ne certam* partem debiti, aut *totum debitum* intra certum tempus repetat, heredi possit obligationem imponere, *l. 8. §. 1. ff. de lib. leg.*, tuncque intra hoc tempus regulariter vsurae non currunt, *l. 8. §. 2. ff. eod.*

§. 21.

2) *Legatum nominis actiui.*

Aequae, ac liberatio ab herede suo debitori legari potest, potest legatum inueniri, quo testator heredem obligat, ut legatario id det, quod ipsi tertius quidam debet, hocque *legatum* vocatur *nominis actiui*, arg. §. 21. *Inst. de leg. l. 44. §. 6. ff. de legat. l.* Quod legatum ut habeat vires, requiritur ut heres legatario suas cedat actiones, quibus conuenire possit legatarius debitorem.

§. 22.

§. 22.

3) *Legatum servitutis.*

Inter res incorporales legandas etiam merito referri debent *servitutes rerum*, quae ab herede cuidam legantur a testatore. Quae omnes recte legantur servitutes, atque validitatem habent, at tantum de nonnullis praecipuis loquendi mihi est animus. Servitutes igitur legantur recte, siue sint affirmatiuae, si consistunt in patiendo, v. g. tigni immittendi, stillicidii, itineris, actus, aquae ductus, quas omnes nobis exhibet §. 4. *Inst. de usufr.*, siue sint *negatiuae*, si nimirum consistunt in *non faciendo* s. *omittendo*, v. g. ne luminibus obficiatur cet., quas recenset §. c.

§. 23.

Legatum Ususfructus et Usus.

Omnes omittens servitutes, tantum de *legato servitutis ususfructus et usus* aliqua proferamus. Ususfructus rei heredis alicui recte legari potest, tunc *penes heredem remanet nuda proprietas, usus vero fructus ad legatarium spectat*, §. 1. *Inst. de Usufr. l. 3. pr. ff. eod.* Eaque servitus tum personae *physicae*, tum *moralis* recte legatur. Quod ad *priorem* adinet *casum*, talis servitus non ad heredes transire potest, quia est servitus personalis, aliasque proprietario nulla exstaret utilitas e sua proprietate, c. §. *Inst. l. 5. ff. de usu et usufr.*, tali igitur modo morte fructuarii expirat. Quoad *posteriorem* casum notes, eam servitutum expirare post *centum annos*, nisi prius ea persona moralis sit dissoluta, l. 8. *ff. de usufr.* Ab *ususfructu*, qui est hoc loco *jus fruendi utendi re, salva substantia omni, quo libet, modo*, pr. *Inst. de usufr.* differt *usus*, cujus jus fruendi *ad necessitatem* restrictum est, l. 10 §. 4. *ff. de usu et hab. §. 1. Inst. eod.* Quodsi haec legata est servitus, tunc heres legatario etiam praeter adminicula, oportet, omnia, ad consequendum *usumfructum*, l. 1. §. 1. *ff. si usufr. petatur.* Saepius et haec verba promiscue adhibentur, et sub *usu* etiam *ususfructus* intelligitur, ut in *usu pecuniae* l. 5. *fin ff. de usufr. eorum rerum*, l. 10. *eod.*

§. 24.

§. 24.

Legatum reddituum ex fundo heredis.

Cum *usu ac usufructu* magnam similitudinem habet *legatum certos redditus ex fundo heredis percipiendi*, at tamen prorsus ab illis differt, nam heres non tenetur possessionem legatario conferre, ejusque habitationem in legato fundo pati nec adeo fundum adfici redditus, ut solet usufructus. Igiturque tantum *quantitatem* illorum reddituum *conferendo*, heres liberatur, et legatarius illa collatione contentus esse debet, *l. 38. ff. de usu et usufr.* Sic potest etiam testator ab herede legare vindemia et messes *l. 6. ff. usufructuar. quem. cav.*

§. 25.

Legatum jus pignoris.

Ad jura legata etiam recte referri potest *legatum juris pignoris*, quod heres in re quadam habet. Ius pignoris potest legari ei, qui pignus in securitatem crediti dedit, tunc debitum eo ipso extinctum esse credo, quia per hoc legatum tacite remissum est, et jus pignoris, et debitum ipsum, igiturque tacita liberatio in eo latet, (de qua §. 20. jam actum est,) ut ex *arg. §. 5. Inst. de legatis* concludo. Etiam legatario ab herede jus pignoris legari potest, *quod constituit tertius*, tunc legatarius tantum jus pignoris consequitur, et si relitio a tertio illo fit, consequitur id, quod ipse tertius heredi debet. Item jus pignoris constitui potest legatario, cui heres quid debet, in securitatem, quod heres etiam illi concedere tenetur. Quamvis plura adsint res incorporales quae legari possint, tamen tractationem de his finiens ad res corporales transeo.

§. 26.

b) *Legatum rei corporalis,*a) *rei adhuc futurae.*

Res *corporales*, quae ab herede legantur, vel jam existunt, s. praesentes sunt, vel adhuc non existunt, de his nunc quaedam nobis erunt agenda.

Ad

Ad quas quod attinet, omnes res futurae legari possunt, igitur et *res speratae* potest legari, v. g. fructus ex fundo heredis mei provenientes, *arg. §. 2. Inst. de leg. l. 24. ff. de leg. l. 1. 17. pr. ff. de leg. III.* Si fructus legantur ex certo fundo, tunc fundus ille adiectus est vel *taxationis gratia*, vel tantum *demonstrationis gratia*. Quod si prius adest, tunc tantum, quantum ibi natum, solummodo debetur, *l. 5. ff. de trit. vin. ol. cet.*, et quanto minus ibi nascitur, tanto minus etiam praestari debet, *l. 8. §. 2. ff. de leg. II.* Posterius vero si adest, si nimirum legans demonstrationis causa tantum hunc vel illum fundum assignavit, si v. g. ipse dixerit: *do lego Titio amphoram vini, quod ex vinea Messilla sumatur*, tunc legatum, quamvis nihil plane in ea nascatur, tamen integrum debetur, *l. 12. ff. de alim. leg. l. 13. ff. de trit. vin. etc.* Aliis adducendis speciebus lectorem non morari volo. Cum igitur res speratae legari possint, etiam simplex spes heredis legari potest, sic v. g. possum ab herede meo legare, quod ex illa forte lucri ad ipsum ex lottaria peruenerit, Maevio legatario meo.

§. 27.

(3) Legatum rei praesentis, et quidem

cc) generis.

Res praesentes, quae legari possunt, sunt vel *genera*, vel *species*. *Genus* *ŷctis* idem est, quod *Philosophis species*. *Species* vero *ŷctis* denotat id, quod *Philosophis* individuum. Prius, quam ad speciei venimus legatum, de generis acturi sumus legato. *Generis legatum* est vel *legatum generis stricte sic dicti* vel *legatum optionis*. *Legatum generis stricte sic dicti* tunc adest, si legatario quandam speciem ex genere facultas eligendi non est permessa, *optionis* vero, si legatario talis facultas concessa est.

§. 28.

a) Legatum optionis.

Si legatarii arbitrio permittitur, quid e rebus heredis habere velit, *legatum vocatur optionis*, et tunc eligere potest, quidquid ipsi lubet, *l. 2. ff. de opt. legat.* etiamsi optet optimum, nec *l. fin. C. Comm. de legatis* mihi ob-
C
stare

stare videtur, ibi quidem legatario non nisi rem mediocrem eligendi competit
 ras, aut haec lex loquitur de casu, quo tertius, cui electio commissa, haud ele-
 git, et legatario eo ipso commissa est tunc optio. — Quodsi igitur legata-
 rius moram necit in optando, tunc iudex requisitus terminum praefigit, in-
 tra quem ipse eligat, et quo praetermissio jus eligendi ad heredem deuoluitur.
Optio semel peracta reiterari nequit, *l. 5. pr. ff. de leg. l. 1. 20. ff. de opt. leg.*
 Attamen casus adest, quo optio, licet iam peracta, tamen integra peri potest,
 si nimirum heres, non omnia, ex quibus optanda est species, legatario exhibuit,
l. 9. §. 1. ff. de dolo malo; hoc enim casu legatarius alteram optionem re-
 dde exigit *l. 4. de opt. legata*. Aliud autem dicendum, si legatarius ex *his* vel
illis tantum rebus optare cupiuit, tunc heredem nullo modo conuenire potest.

§. 29.

b) *Legatum generis stricte sic dicti.*

Si legatum generis est *genus stricte sic dictum*, tunc vel *unica res* relicta
 est, et tunc haec est praestanda, vel *plures res* relictae sunt, e quibus vna prae-
 standa est species. v. g. Titius heres damnas esto dare Maenio vnum ex suis
 equis, tunc electio est permessa vel *tertio cuidam*, vel *non*. Si igitur *tertio*
cuidam electio permessa est, tunc potest eligere rem, quamcumque velit, siue
 sit optima, siue pessima, et haec ab herede semper est praestanda. Qui vero
tertio intra tempus annale eligere debet, alioquin electio mora commissa ad
 legatarium deuoluitur, *l. ult. fin. C. comm. de leg.* Aut legatarius, dum eli-
 git, non optimum, sed tantum mediocre quid eligere debet, *l. ult. §. 1. C. cod.*
 Quodsi contingit, vt tertio electio non sit commissa, tunc heres eligendi jus
 habet, siue sit expresse sibi concessum, siue non. Hic, quaecumque velit, eligere
 potest, dummodo non eligat pessimum, *l. 110. ff. de legatis l.* Exinde fluit, vt
 heres legatario non possit dare rem vitiosam, et si sciens talem dedit rem,
actio de dolo malo contra eum potest moueri, *l. 45. ff. de leg. l.* Optione aut
 electione nondum facta *res perit heredi*, et licet vna sola specierum supersit,
 tamen haec est legatario praestanda, *l. 13. ff. de opt. legata*.

§. 30.

Diuisio legati generis in summum et infimum.

Genus, quod legatur, est vel *genus summum*, quod tale est, quale ad vilissimas species reduci potest, sic etiam contingere potest, ut genus heredis summum alicui legeretur, v. g. do lego Titio animal quoddam Maevii heredis mei, hoc legatum omni laborat validitate, nam heres dando vilissimam speciem liberari potest, sicque magis derisorium est, quam utile, l. 71. pr. ff. de legatis l. Quod si vero est *legatum optionis*, tunc utique validitate vitur, etiam si vilissimas species sub se contineat genus, nam heres minima danda non liberatur, v. g. do lego bestiam, quam Maevius sibi ex heredis bestiis elegerit. Aliud dicendum, si genus legatum est *genus infimum*, si nimirum genus illud non vilissimas sub se continet species, tunc omnem habet valorem, v. g. do lego Titio ex heredis equis vnum. At si hoc valere debet, oportet, speciem esse *natura determinatam*, si enim non determinari potest, tum derisorium magis est, quam utile.

§. 31.

Legatis generis communia.

Omnibus legatis generis commune est, 1) ut res legata ante electionem aut optionem heredi pereat, 2) ut euietio tamdiu praestanda sit, quamdiu res quaedam ex illo genere adest. Igitur si legans ex heredis equis vnum legauit, et is, quem heres legatario dedit, aut quem legatarius optauit, euietus est, tunc alium substituere euieto debet, et pluribus euietis ad vnum omnes sunt substituendi, vltimus vero euietus substitutioni vltiori finem facit. Quod autem in legata specie aliter se habet, tunc enim statim post mortem legatarii legatae sit rei dominus, et omnia pericula et commoda in se suscipit.

§. 32.

ββ) *Legatum speciei.*a) *Vniuersitates rerum.*

Absolutam doctrinam legati generis (§. 27) sequitur doctrina legati speciei, hocque tunc adest, si res individualiter est determinata. Legatum speciei potest

potest esse, vel *uniuersitatis rerum*, vel *rei singularis*, prout plures species totum quoddam constituentes vel vnica species legatur. Vniuersitas rerum, si legatur, est vel *facti* vel *juris*, prout vniuersitas illa vel res singulares *eiusdem generis proximi* vel *diuersi generis* sub se comprehendit. Quodsi *uniuersitas rerum* ab herede *juris* legatur, ea omnino praestanda est, dummodo heres non plus, quam honoratus est, oneretur. Species ejus sunt *hereditas* et *peculium*, quorum prior species tantum obuenire potest quia posterior apud nos extincta est, quoniam nec seruos, nec filiosfamilias in f. Romano adhuc habemus. Si igitur *hereditas*, quae ab herede acquisita jam est, legatur, tunc, si res alienatae sunt, pretium succedit in locum rei hereditariae. Vniuersitas rerum *facti* si legatur, incrementum et decrementum cadit in rationes legatarum, v. g. si grex ovium legatur, id debetur, quod superest, et id, quod accedit, §. 8. *Inst. de legatis*.

§. 33.

b) *Legatum rei singularis.*

Quod legatum saepissime contingit, est legatum rei singularis, sub cujus appellatione venit res, quae non nisi indiuiduum f. vnica est tantum species. Quae species legata, ea est praestanda, et legatarius omnem utilitatem et omne periculum habet, quia statim mortuo legante fit dominus rei legatae. De hoc legato cum nil singulare inueniam, ad vltiorem tractationem progredior; et hic disquiram, quo casu praestatio legati cesset.

§. 34.

Praestatio rei legatae fieri nequit.

Vario fieri modo potest, vt res legata non possit praestari. In his est, si res legata periit, tunc, si hoc absque heredis culpa factum est, nihil legati praestatur, quia legatarius in legato speciei statim post mortem legantis fit dominus, l. 64. *fn. ff. de furtis*, quo legimus — *res, quae legantur, recta via ad eum, cui legata sunt, transeunt.* — Plures, si legantur species, eae sunt praestandae vel *conjunctim*, tunc vtraque est res principalis, et si vna periit; tamen altera debetur, l. 62. *ff. de leg. 1.*, si vero vna principalis, altera autem est

est accessoria, tunc extincta principali etiam accessoria extinguatur, v. g. seruo legato cum peculio mortuo ante testatorem, peculium non exigi potest, §. 17. *Inst. de legatis*, vel *disjunctim*, v. g. do lego ex heredis seruis Titium aut Pamphilum Calpurnio, legatarius tunc facultatem eligendi habet, aequae, ac in legato optionis vidimus (§. 28.) Quodsi vero factum sit culpa heredis, ut praestatio rei legatae fieri non possit, tunc ipse tenetur legatarium indemnem praestare, §. 16. *Inst. de leg.* Ad hoc etiam referri potest casus, quo, licet res legata non perierit, tamen talem mutationem nacta est, qualis praestationem rei illius impedit. Quae cum mutationes sint variae, non nisi alicujus mentionem faciam, quae est talis, qualis efficit, ut res ad pristinum statum non possit reduci, l. 88. ff. *de leg. III.* ibi pr. „Lana, legata, vestem, quae ex ea facta sit, deberi non placet (§. 1.), sed et materia legata, navis, armamentum ex ea factum non vindicetur (§. 2.) Naus autem legata dissoluta, neque materia, neque navis debetur, cet.

§. 35.

a) Si res legata non amplius est penes heredem.

Mutatio, quam res legata passa est, etiam in eo consistere potest, quod legata res non adhuc penes heredem est, quamvis adhuc est in rebus. Si res non amplius penes heredem est, tunc ipse omnem dare debet operam, ut rem recipiat, si vero hoc non fieri potest, praestat id, quod interest, §. 16. ff. *Inst. de leg.* Ast de ea re pluribus agendum. Si igitur res legata non amplius est penes heredem, tunc vel ad legatarium ipsum, vel ad tertium pervenit. Si res legata est penes legatarium, tunc ipse eam rem non accipere potest, quia quod in dominio meo est, id mihi non amplius praestari potest. Cumque domino ipsi res legata non possit praestari, quaeritur, quo modo heres debeat satisfacere ultimae voluntati! Hoc ut melius eluceat, distinguendum est, utrum legatarius rem acceperit ex causa s. titulo oneroso, an lucrativo. Quodsi adest prius, tunc heres legatario pretium restituere tenetur, quia testatoris fuit voluntas, ut legatarius rem legatam gratis acciperet, §. 6. *Inst. de legatis*. Quodque ut consequatur, legatarius utitur actione ex testamento, l. 34. §. 7. ff. *de leg. I.* Si vero ex causa lucrativa rem legatam accepit, heres nil praestare tenetur, quia tali modo duae causae lucrativae concurrerent, et testator tantum voluit, ut legatarius rem haberet gratis, §. 6. *Inst. de leg.*, quod vero jam

est factum, nihilque interest, quomodo id accepit. Etiam facile potest contingere, ut *partem titulo oneroso, partem titulo lucrativo* acceperit, tunc heres tantum tenetur pretium restituere, quantum in partem impensum est, l. 32. §. 3. ff. de legat. I. Idem est dicendum, si pars tantum legatae rei ad legatarium venit; reliqua tunc pars ab herede legatario est praestanda, et id, quod in acquirenda jam accepta parte est impensum, §. 9. Inst. de leg. l. 82, §. 2. ff. de leg. I. Aliud vero est dicendum, si quis heredi obligationem imposuit Titio rem quandam ex suis vendendi, et Titius eam rem jam emit, tum nil debet huic praestare heres, quia voluntati legantis jam est satisfactum l. 66. ff. de leg. I. Huc etiam referri potest casus, quo res absque culpa heredis ad eum, quem heres nescit, venit, tunc *simplex aestimatio* debetur.

§. 36.

β) Res legata adhuc penes heredem est.

Si res, quae ab herede praestanda est, adhuc penes ipsum inuenitur, obligatur ad rem, simul ac hereditatem adierit, praestandam legatario. Saepe numero fieri potest, ut praestatio non fiat, quamvis res adhuc est penes heredem. Quibus in casibus est is notandus, quo adest dominus quidam *directus*, cujus consensus requiritur ad hanc alienationem heredi igitur libera de ea re disponendi facultas non competit. Tale exemplum nobis exhibetur, si alicui ab herede meo lego feudum, cujus dominium directum penes alium est, *utile* dare heres potest, si dominus directus consentit, alit non directum. II. F. 9. Sic etiam tale legatum praestari non potest, quale continet obligationem praestandi a fiduciario id, quod *fideicommissum* est; nam de ea fiduciario rem liberam administrationem habet, et hujus generis alia.

§. 37.

Heres non vult rem legatam praestare.

Etiam si heredi de re legata competit libera facultas disponendi, tamen esse potest casus, quo praestatio difficilis est; si nimirum heres non vult eam praestare, quia allegat singulare quoddam interesse. Quaeritur igitur, *an tale allegans interesse liberetur a praestatione legati!* Huic quaestioni respondeo, si non

si non plus, aut minus oneratus, quam honoratus est, tunc ad praestationem cogi potest, nam conditio quaedam inest heredis institutioni suae, si *legatum dederit*, et, conditione non adimpleta, hereditatem non habere sibi potest. Si vero ultra vires hereditatis est grauatus, tunc non praestat, sed prouocat ad *beneficium illud quartam detrabendi Falcidiam*. Reliqua hujus argumenti, cum nulla habeant singularia, omitto.

BB)

DE LEGATO REI ALIENAE, QVAE EST RES LEGATARIJ,

§. 38.

C o n n e x i o.

Absolutum legatum rei alienae, quae est res heredis, excipit legatum rei alienae, quae est res legatarij. Hoc loco sub re legatarij legata comprehendendam, qualis jam tempore ordinationis legati hujus erat res legatarij, non vero talis, qualis, quamuis ab initio fuerat res heredis aut alius, tempore, quo dies legati venit, ad legatarium venit, quae res minime potest venire sub appellatione rei legatarij legatae, quia hic semper in denominatione tempus ordinationis legati spectetur (§ 35.) oportet. Cum id, quod meum jam est, meum amplius non potest fieri, sequitur, vt legatum rei legatarij propriae non possit valere, ita, vt nec ipsa res, nec ipsius aestimatio possit exigi, §. 10. *Inst. de legatis, l. 13. C. de leg.* Quae res si postea ad alium venit, tamen legatum nulla vitur validitate, nec potest praestari, quia, quod ab initio non valer, ex post non valere potest ob *regulam Catonianam, l. 41. §. 2. ff. de leg. I. l. 1. ff. de reg. Cat.*

§. 39.

1) *Legatum debiti.*

Quamuis id, quod meum est, mihi non amplius potest legari, tamen adsunt casus, quibus hoc legatum aliquam habet vilitatem, de his igitur casibus quaedam faciamus verba. Inter res *incorporales*, quae alicui a se ipso legari possunt,

possunt, obuenit praecipua tamquam species *debitum*, inde de *legato debiti paucis* erit nobis agendum. *Legatum* igitur *debiti* est tale legatum, quo debitor creditori suo legat id, quod ipsi debet. Quod legatum, si tantum, quantum in legato, in debito est, nullam utilitatem adferens non valet, *l. 1. § 10 ff. ad leg. Falc. l. 29. ff. de leg. I.*, quia quod hic per legatum accipio, id etiam accepissem, si legatum non fuisset, quia heres obligatur ad facta defuncti praestanda, *l. 37. ff. de acq. vel om. her.* Vt plus sit in legato quam in debito, variis fieri potest modis, qui nunc sequuntur,

§. 40.

a) *Exceptio obstat debito, aut probatio difficilis.*

Primum sibi locum vindicat legatum talis debiti, quale *per exceptionem fere elidi potest*, tunc legatum optimum praestat utilitatem, et fere novum esse debitum, *l. 13. ff. de liber. leg.*, exceptio enim, quae debito obstat, plane videtur esse remissa, *l. 28. ff. de leg. I.* Quamuis debitor nullam inuincibilem habet exceptionem, tamen difficilior est probatio, 1) si quis mihi debet aes, nec quidquam vel securitatis vel probationis habeo, aut si quidem chirographum, aut aliud securitatis medium datum, aut hoc est amissum. Quod vero ut valeat, requiritur, ut quantitas debiti addatur, quia in casu opposito legatario incumbit onus probandi, *l. 25. ff. de lib. leg.* Quibus et casibus creditoris pluris interest agere *ex testamento*, quam *ex debito*, in his omnibus utilitatem praebet, quia saepe pinguior est *illa*, quam *haec actio l. 11. ff. de lib. leg.*

§. 41.

b) *Nulla si adsit securitas.*

Creditori per hoc legatum etiam succurri potest in eo casu, quo ipsam quidem debitum probare potest, aut probato licet debito nulla adsit securitas; exemplum nobis exhibet debitum, quod ex chirographo probare possum quidem, si jam ultra annos est duos, quibus chirographum datum, aut nulla est securitas, quia chirographum tantum dar actionem personalem, scilicet *conditionem ex litteris*, aduersus testatorem ejusque heredes. Si vero debitum, quan-

quantitate expressa est legatum, tunc *actio* mihi competit *hypothecaria*, nam hypothecam in bona hereditaria nactus sum.

§. 42.

c) *Si debito conditio, aut dies adiectus erat.*

Idem utilitatem praestat legatum debiti, si debitum erat sub die contractum, quo veniente demum debitum potuit repeti, si enim debitum est legatum, statim post aditam hereditatem repeti potest nam diem adiectam debito legans legatario tacite remisit, l. 82. pr. ff. de leg. II. Exemplum nobis occurrit in *praelegato dotis*, quae regulariter ab vxore superstite post annum, si in rebus mobilibus consistit, repeti potest, l. 1. §. 2. ff. de dote leg., legata vero illa statim peti potest, l. vn. §. 6. C. de rer. vx. act. §. 15. Inst. de leg. Huic etiam accedit, quod vxor illatam esse dotem ab ipsa, probare non tenetur, si addita est quantitas, solum contra heredes, l. 1. §. 8. ff. de prael. dotis, non vero si bona mariti in concursum inciderunt, tunc enim creditores recte exigunt probationem l. 1. §. 7. ff. cod. Idem valet in legato debiti, cui erat adiecta quaedam conditio, v. g. si cui aliquid dare promitto, si *Sejus erit consul*, tunc legato videtur conditio esse remissa, et, etiam non adimpleta conditione, tamen debetur.

§. 43.

d) *Si legatum exsuperat summam debiti.*

Denique testator potest creditori suo plus, quam ipsi debet, legare, et tali modo legatum utilitatis quoddam habet. Si vero dicendum, quod res est, hoc tantum, quod debitum eminet, legatum potest considerari, abusive vero totum, quod in legato scribitur, vulgo vocatur *legatum debiti*.

§. 44.

2) *Si jus competens remittitur tacite per legatum.*

Hic etiam in computum venit, si quis alicui rem ipsi propriam legat, in quam vero leganti quoddam competit jus, igitur talem rem legat, qualis pe-

D

nes

nes legatarium jam vi p^{re}sentis domini erat, hoc facto tacite jus pignoris remitti-
tur debitori; porro si condominus totam rem legat condomino, id etiam sub
legato totius rei abusive venit, aut re p^{er}itus considerata tantum, quantum
ipse habuit, legat alteri, idem dicendum, si dominus directus domino p^{re}sentis
rem legat, aut vice versa, ut in emphyteufi l. 71. §. 5. ff. de leg. I. Denique etiam
dicitur legatum esse fundum. si is, cui servitus in alterius fundo compete-
bat, ipse domino praedii illius servientis legat fundum, tunc legatum valet, quia
tacite domino illi remissum esse vult onus servitutis, l. 36. §. 4. ff. de leg. I.
Alias, quae sint species legatorum rei sic dictae legatarii, non addens, tamen
moneo semper in sensu improprio esse dictum, si id, quod plus est in lega-
to, quam in debito, etiam vocare vis rem legatarii.





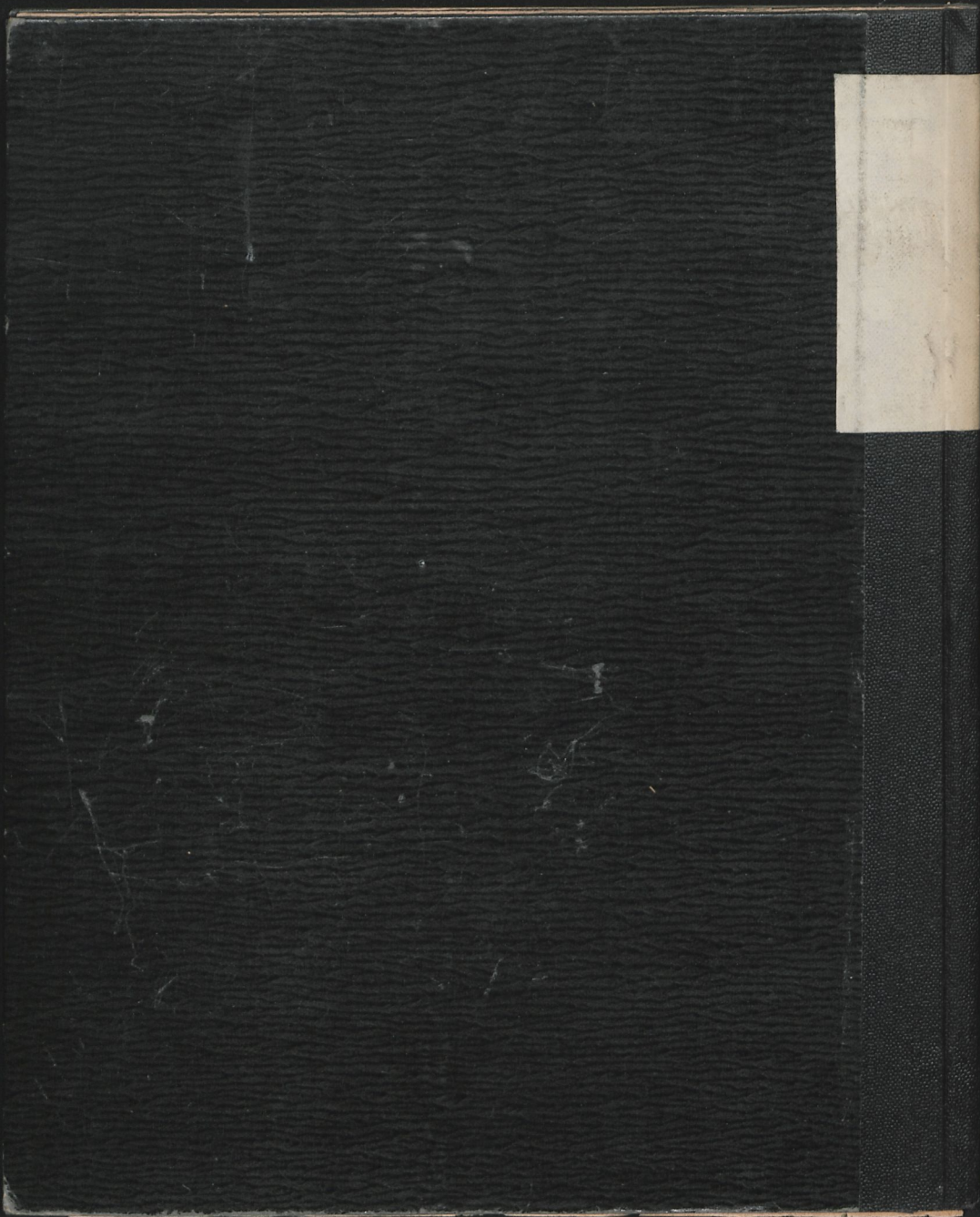
Kf 2139 a

VD 18

ULB Halle
006 609 465

3







B.I.G.

Farbkarte #13

TVS IVRIDICVS

DE

REI ALIENAE

NON EST RES

TERTII

Kf 2139

VCTORE

AVGVSTO SCHELLER

SILESIO.

MART. CIOCCCXXXIX.

ALAE

OHVNDTIANO.

