



DISSERTATIO IVRIDICA

DE

1788 2086

LEGATO REI ALIENAE

QVAE EST RES TERTII

4

QVAM

SVB PRAESIDIO

DANIELIS NETTELBLADT

POTENTISSIMO BORVSSORVM REGI A CONSILIIS INTIMIS

ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORIS

PROFESSORIS IVRIS PRIMARI ET FACVLTATIS

IVRIDICAE ORDINARI

D. XVI. AVG. DCCLXXXVIII.

DEFENDET

A V C T O R

IO. CAR. AVG. WARNEYER,

MAGDEBVRGENSIS.

---

HALAE,  
LITTERIS HENDELII

Warneyer. De Legato rei alienae





D I S S E R T A T I O

DE

LEGATO REI ALIENAE

QUAE EST RES TERTIA

DE RE IURIS

AVG. PRAESIDIO

DANIELIS NETTLEBLADT

LAUDATISSIMO POTISSORVM RECI A CONSILIIS IN LEGIS

ACADEMIAE FRIBURGENSES PRAESIDIIS

PROFESSORIS IURIS PRAESIDIIS ET FACULTATIS

FRIBURGENSES

D. XVI. AVG. DCCXXXVIII.

FRIBURGENSES

AVG. T. O. R.

IO. CAR. AVG. WARBNER

FRIBURGENSES

FRIBURGENSES

FRIBURGENSES





V I R O  
SVMME REFERENDO ET PERILLVSTRI  
LIBERO BARONI  
CHRIST. FRID. GVIL.  
DE HAGEN,

POTENTISSIMO BORVSSORVM REGI A CONSILIIS INTIMIS  
RERV CAMERALIVM

CANONICO ECCLESIAE CATHEDRALIS HALBERSTADIENSIS

ET

DOMINO HAEREDITARIO IN MOECKERN

ET NIEDERGEBA

D O M I N O S V O

PERQVAM GRATIOSO



HANC DISSERTATIONEM  
IN DEVOTISSIMAE MENTIS TESSERAM  
CHRIST. FRID. GALT.  
SACRAM FACIT

DOMINO  
IO. CARL. AVG. WARNEYER.



VIR SVMME REVERENDE  
ATQVE  
PERILLVSTRIS,

**L**icet fortasse insignis cuiusdam audaciae  
argui me posse videar, cum Perillustri nomini  
TVO, huncce exiguum libellum dicarem. Sed  
illa gratia humanitasque, quam omnes, qui TE  
adeundi facultatem habent, non satis admirari  
possunt, fecit, vt qualemcunque hanc opellam,  
reverentiae documentum, TIBI offerre ausus  
fuerim. Quodsi desiderio huic, votisque meis,  
vt spero, annuere non dedignatus fueris, bea-  
tum sane me felicemque dicam, & id mihi ne-  
gotii datum credam, vt immortalem humanarum  
rerum



VIR SVMMÆ REVERENDÆ  
PERILLVSTRIS  
rerum moderatorem nunquam non omni mentis  
religione obsecrem, vt TE TVAMQVE Peril-  
lustrem familiam semper salvam, vigentem flo-  
rentemque fervet atque tueatur. Vale, Vir sum-  
me reverende, mihiqve permitte, vt sim

NOMINIS TVI

CVLTOR DEVOTISSIMVS

I. O. CAR. AVG. WARNEYER.





DISSERTATIO IVRIDICA.

D E

LEGATO REI ALIENAE  
QVAE EST RES TERTII.

---

L.

B.

S.

Multas sufficientesque causas, Lector benevole, me ad disputandum moventes, tibi proferre possem, nisi enarratio earum inutilis atque inconcinna mihi videretur. Arramen, me non cupiditate honorem aut gloriam aliquam, quippe quod quam maxime a me absit, adipiscendi, raptum, sed ex necessitate quadam coactum esse, certum tibi que persuasum habeas velim.

A

lim



lim. Quis autem est, qui ignorat, illis, quibus animus est, specimen aliquod publicum proponere, ante omnia curae cordique esse debere, ut habeant de quo disputare possint. Quod cum bene mecum reputarem, mihi diu consultant tandem materia de *legato rei alienae quae est res tertii* in mentem veniebat, quamque etiam, quantum pro virium mearum facultate potuero, pertractare decrevi. Scio quidem THOMASIVM in notis tam ad *Tit. 7. de legatis* pag. 197. quam ad *libros pandectarum de leg.* pag. 279. monuisse, hanc doctrinam exiguum vsum in foris germaniae habere: ast mihi sufficit omnem in foris nostris vsum ei denegari non posse, id quod ex ipsa tractatione patebit; praetereaque non extare speciale scriptum de legato rei alienae tali de quo hic agendum, nempe de legato rei alienae quae est res tertii.

Fontes e quibus singulae doctrinae hauriendae sunt, suis locis in tractatione ipsa sigillatim indicabo. Vnde hic tantum generatim notandum, tam in corpore iuris *civilis*, quam *canonici* textus inveniri qui huc spectant, & quidem praecipue

I. in corpore iuris *civilis*

- a) Lib. 11. Tit. XX. Inst. de Legat.
- b) Lib. XXX. XXXI. XXXII. ff. de legat. & fideic.
- c) Lib. VI. Tit. XXXVII. C. de legat.

II. in corpore iuris *canonici*,

- Lib. III. Tit. XXVI. X. de testam. & vlt. volunt.
- c. 5. C. 12. qu. 5.

Praeterea nec ius naturae hac de re silere per se patet, etsi non sit huius loci inquirere, quid iustum sit circa legata rei alienae  
secun-



secundum earum naturam, qua de re videndus WOLFIVS in  
*Iure naturae Tom. VII. §. 1065. 1066.*

Litteraturam quoad doctrinam hic explicandam quod at-  
tinet, nihil quod notatu dignum & ipsi tractationi praemitten-  
dum obvenit, praeter hoc, prout iam monui, deesse adhuc scri-  
ptum speciale, de tali legato rei alienae quae est res tertii. Quod  
vero reliqua scripta de legato rei alienae attinet, remitto B. L.  
ad LIPENII *bibliothecam iuridicam* sub voce: *legatum rei alie-  
nae* & tantum moneo ibi duplex scriptum omissum esse, nimi-  
rum generosi Valentini, GREGORII MAIANSII *dissertationem  
de legato rei alienae* quae exstat in *EIVS dissertationibus iuris*,  
Lugd. Batav. 1754. Tom. I. Disp. 20. pag. 341. & FERDI-  
NANDI CHRISTOPH. HARPRECHTI in *EIVS Dissert. aca-  
dem. Vol. 1. num. XXXVIII. pag. 138.* sub titulo: *Suprema  
voluntas de bonis heredis*, obviam dissertationem.

Caeterum quoad ordinem tractationis A generalibus doctri-  
nis praemissis: B speciatim secundum I. Jus Romanum II. Jus ca-  
nonicum de hac legati specie agendum, & quidem secundum ius  
romanum de 1) *ipsis iuribus & obligationibus hoc legatum  
concernentibus*; 2) *eius acquisitione, amissione, conservatione &  
persecutione.*





—————

# TRACTATIO IPSA.

A.

## IN GENERE.

—————

§. I.

### DEFINITIO LEGATI REI ALIENAE.

Notione legati in genere, quae ne tironi quidem ignota est, intacta relicta, ad ipsam definitionem legati rei alienae progredior. Est autem *legatum rei alienae* in sensu generali, legatum talis rei, quae non est pars hereditatis a testatore relictae. In hoc sensu itaque legatum rei alienae est, vel *legatum rei alienae quae est res heredis*; vel *legatum rei alienae quae est res legatarii*; vel *legatum rei alienae quae est res tertii*, sicque in hoc sensu aliena est, quod nec heredis, nec legatarii res sit, sed res tertii, de quo loquitur IUSTINIANVS in *§. 1. l. de legat.* dum ait: *etiam rem alienam legari posse ita ut heres cogatur redimere eam & praestare; & si eam non potest redimere aestimationem eius dare.* Hoc legatum est illud, quod proprie *legatum rei alienae*, seu *legatum rei alienae quae est res tertii*, dici potest LAVTERBACH *collegium theor. pract. Lib. XXX. XXXI. XXXII. §. 30.* & de eo hic tantum loquor, dum quoad reliquas species conferri possint FERD. CHRISTOPH. HARPRECHTI *dissertatio de Suprema voluntate de bonis heredum in eius Volum. diss. acad. Tom. I. pag. 1386* seqq. nec non LEYSERVS in *Medic. ad Pand. Spec. 380. de re heredis legata.* Licet vero certissimum sit: quod proprium est heredis vel legatarii, amplius eorum fieri non posse, inde tamen non sequitur, legatum rei alienae in sensu latiori tale concipi non posse, quod est res heredis vel legatarii propria, dum per legatum rei alienae, res aliena non sit res eius in cuius dominio iam est, sed res eius cui legatum relictum, si est validum legatum. Fieri etiam potest rem, quae



quae tempore conditi testamenti & legati constituti, res testatoris, heredis vel legatarii non erat, ante mortem testatoris talem factam esse, sicque eam tempore legati constituti quidem fuisse rem alienam, tempore mortis testatoris vero talem esse desiisse & partem hereditatis factam esse: aut cum legatum rei quae est tempore mortis testatoris res legatarii, prout legatum rei quae hoc tempore est res heredis, inutile legatum sit, legati rei alienae notio in sensu latiori ita, prout factum, restringi debet ad res quae hereditatis pars non sunt. Licet enim difficilis earum paratio sit, ut loquitur ULPIANVS in l. 39. ff. de legatis l. II. Cap. 26., dum et qui legat rem alienam, vi & effectu de suo legare intelligitur. Caeterum, cum praeter rem vel legatarii, vel heredis, vel tertii, legari etiam possit res quae est res testatoris seu pars hereditatis, inde oritur *legatum rei testatoris propriae*, cui opponitur legatum rei alienae, estque in sensu lato, prout dictum, triplicis generis.

## §. 2.

## AFFINIA LEGATORVM REI ALIENAE.

1) *legatum iurium in re aliena constitutorum & rei obligatae.*

Licet magnam affinitatem cum legato rei alienae habeat *legatum iurium in re aliena constitutorum*; attamen est differentia inter haec legata, quae etiam *legata rei alienae secundum quid talia* appellari solent & legata rei alienae. Res alienae ipsae enim non legantur per legatum iurium in re aliena constitutorum, sed tantum iura quae & quatenus nobis in re aliena constituta e. gr. ius pignoris, servitutis, & nobis ius de illis disponendi non denegari potest. Idem valet, mutatis mutandis, de *legato rei obligatae*, de quo videatur brevissima disputatio GREGORII MAIANSI de *legato rei obligatae* in Disput. EIVS Tom. I. num. XXI. pag. 355.



§. 3.

2) *legatum debiti.*

Differt porro legatum rei alienae a *legato debiti s. nominis acti-  
vi*. In hoc legato enim res intuitu testatoris non nisi quodammodo  
*aliena*, legatarii vero *propria* est. Unde hoc legatum inutile videtur,  
quamvis saepius utilissimum esse possit. Secundum ius antiquum re-  
gulariter etiam inutile erat *§. 14. Instit. de legat.* Excipiebatur  
vero 1) nisi sub conditione l. in diem debitum pure legetur; 2) si de-  
bitor tutus exceptione pacti conventi, iudicati &c. nihilominus leget,  
tum enim remissa est exceptio, *l. 28. pr. de leg.* 3) si debitum actione  
honoraria petatur, quia tum civilis actio datur legatario pro honora-  
ria *l. cit. 28. pr. de legat. 1.*

§. 4.

3) *legatum nominis.*

Idem fere valet de *legato nominis in specie sic dicto*, in quo tale  
debitum, quod tertius debet testatori, continetur. Per hoc legatum  
quidem rem alienam legari videtur: sed, si sincere illud considero,  
alienam rem non video. Testatori enim ius perfectum competit,  
hanc rem, quae adhuc alterius est, ab altero petendi, ideoque facul-  
tas de ea tanquam de re propria disponendi. At enim vero quod at-  
tinet *legatum nominis alieni*, in quo tale debitum continetur,  
quod tertius non debet testatori, sed tertio cuidam, qui nec testator,  
nec heres eius est, testator vero suum esse putavit & alicui legavit,  
illud omnino pro vera specie legati rei alienae quae est res tertii ha-  
bendum est, & huc pertinet casus qui obvenit apud PUFFENDOR-  
FIVM in *Observ. iur. univer. P. III. Obs. CLXXI.*

§. 5.

4) *legatum rei communis.*

Triti iuris est, in legato rei communis tantum iuris relictum esse,  
quantum ipse testator habuit; sicque non totam rem communem re-  
lictam



7  
dictam esse. Conf. HENRICE GOCCEY Diss. in EIVS Exer-  
citationibus Vol. II. num. 13. de legato rei propriae & alienae  
Cap. 3. in quo naturam legati rei communis latius exposuit. Hinc  
patet, legatum rei communis, nec simpliciter legatum rei propriae,  
nec simpliciter rei alienae legatum dici posse. Hoc posito vero in  
aprico iacet, non nisi suo modo convenire legatum rei alienae cum  
legato rei communis, & de ipsa hac convenientia & disconvenientia  
conferri meretur MAIANSIVS de leg. rei alienae §. 13.

§. 6.

QVOTVPLICI MODO CONSIDERARI POSSIT  
RES ALIENA LEGATA.

*Res aliena legata, est*

A. I. in commercio hominum. Tumque

a) I. heredis. Hoc casu

α) I. heredis simpliciter talis ratione domini.

β) I. secundum quid talis, ratione iuris in re, aut ad rem.

b. I. tertii cuiusdam. Sicque

α) I. simpliciter talis, iure domini,

β) I. secundum quid talis. In utroque casu distinguendum  
est, an testator

I. sciverit, rem esse alienam aut alteri obligatam,

I. ignoraverit.

B. I. extra commercium eorum. Tumque

a) I. simpliciter, ut res sacrae, sanctae, religiosae, publicae &c.

b) I. secundum quid & certo respectu. Quo casu extra com-  
mercium est, ratione

α) I.



- α) l. rei ipsius, si nempe repus aliis ita est annexa, ut ab illis commode separari nequeat.  
 β) l. personae,  
 N) utriusque (tam testatoris, quam legatarii)  
 ζ) l. alterutrius  
 a) l. testatoris,  
 b) l. legatarii, qui  
 α) l. rei commercio caret,  
 β) l. ob aliam causam re uti nequit, aut eius possidendae ius non habet.

B.

## IN SPECIE.

§. 7.

## CONNEXIO.

His generatim de legato rei alienae praemissis ad specialiora me convertito, in qua tractatione ea, quae de hoc legato dicenda sunt, ita separanda esse censeo, ut praemittantur ea, quae secundum *ius romanum* hic notatu digna obveniunt, hisque praemissis addantur ea, quae spectant ad *ius canonicum*.

I.



I. 2  
9  
I V S R O M A N V M.

§. 8.

V L T E R I O R C O N N E X I O.

Iuris romani doctrina de legato rei alienae redit ad duo summa capita, in quorum *primo* de iuribus & obligationibus ipsis seu in se spectatis agendum; quo facto *secundo* quid iustum sit circa huius legati acquisitionem, amissionem, conservationem & persecutionem addendum.

(1)

DE IURIBVS ET OBLIGATIONIBVS LEGATVM  
REI ALIENAE CONCERNENTIBVS IPSIS.

§. 9.

ORDO DICENDORVM.

In explicandis iuribus & obligationibus ipsis, quae legatum rei alienae concernunt, triplex ordo dicendorum locum habet: nimirum secundum I. schema (§. 6.) quod sistit modos diversos considerandi rem alienam legatam; II. eam diversitatem, quod sint vel iura legato rei alienae onerati & iis respondentes obligationes legatarii, cui legatum rei alienae relictum, vel iura legatarii cui legatum rei alienae relictum, iisque respondentes obligationes legato rei alienae onerati; III. eam diversitatem, quod hic dicenda; 1) ipsa iura, ipsasque obligationes, quae legatorum rei alienae *existentiam, validitatem, & effectum* concernunt; 2) quid circa *acquisitionem, amissionem, conservationem & persecutionem* iurium obligationumque huius generis iustum sit, definiant. Eligo tertium, potissimum ex ea ratione, quoniam mihi ob temporis angustiam brevitati studendum, haec via vero brevissima est.

B

§. 10.



## DE EXISTENTIA LEGATI REI ALIENAE.

Quae de *existentia* legati rei alienae in proprio sensu, seu quae nec testatoris, nec legatarii, sed tertii res est, praemittenda, antequam de huius legati *validitate*, nec non eius *effectu* agendum, eo redeunt, ut determinetur, quid requiritur, ut legatum rei alienae *existere*, dici possit, & quidem tale, de quo hic loquor, nimirum quod in sensu proprio ita dicendum, sicque est legatum rei alienae, quae est res tertii. Frustranea enim est disputatio de legati rei alienae *validitate*, ut & eius *effectu*, si non constat legatum de cuius *validitate* & effectu disputatur, revera esse legatum rei alienae proprie sic dictum, seu talis rei alienae quae est res tertii. Sufficit vero, vi definitionis existentiae entis, ad *existentiam legati rei alienae quae est res tertii, de quo hic semper loquor* (§. 1.), *rem legatam esse rem tertii.* Hinc, si quid video, prono alveo fluit generatim dicendum esse: *existere legatum rei alienae toties, quoties res legata est res aliena quae est res tertii, sive testator sciat, sive ignoret, eam talem esse; nec non, sive putet & opinetur eam esse suam, sive vero putet & opinetur eam esse alienam.* Quae cum ita sint, ex dictis porro patet, non inutile esse in definiendis iuribus & obligationibus legatum rei alienae, quae res tertii est, concernentibus, distingui inter legati huius generis *existentiam* eiusque *validitatem* & *effectum*, quodque praeterea ex sequentibus adhuc clarius patebit. Hinc porro non curo hanc, quam defendo, differentiam, expressis verbis, nec in legibus, nec in DD. scriptis, quantum recorder, obvenire, dum inde non sequitur eam legibus adversari & inutilem esse. Interim tamen vellem hic conferri STRAVCHIVM in *dissertationibus ad Ius Iustinianum privatum una cum* CHRIST. THOMASII *annotationibus*, diss. X. pag. 251. ad verba: *an valeat legatum, si testator legaverit rem suam opinans esse alienam*, ubi defenditur ratio IVSTINIANI in *§. 11. Inst. de legatis*, contra BACHOVIVM & VINNIVM: nec non pag. 252. THOMASII annotationem ad verba: *non legat sciens esse alienam*, quae haec est. „Verum est: Philosophice  
„scien-



„scientia opinioni opponitur, sed vulgariter tamen etiam pro opinione  
 „vſurpatur. Quando ergo in §. 4. I. de legatis dicitur: valere legatum  
 „rei alienae *ſi defunctus ſciebat rem alienam eſſe, non, ſi ignorabat,*  
 „ſcientiae vocabulum minime fumitur ita ſtriſte, vt opinioni contradi-  
 „ſtinguatur, ſed tam late vt opinionem comprehendat. Nam ſi ſtri-  
 „ſte acciperetur, in oppoſito quoque caſu vocabulum ſcientiae deberet  
 „ſtriſte accipi. At in oppoſito caſu non requiritur vt legatum tum de-  
 „mum non valeat, ſi ſciat eſſe ſuam, ſed modo vt ignoret eſſe  
 „rem alienam. Iam autem & qui pvtat eſſe ſuam, ignorat eſſe  
 „alienam. Breviter in d. §. ſcientia non opponitur ſcientiae contrariae  
 „ſed opinioni contrariae: ergo etiam vocabulum ſcientiae opinionem ibi  
 „includit.” Ceterum reliqua, quae ſcientiam & ignorantiam teſtato-  
 ris, ſi legat rem alienam, quoad validitatem huius legati concernunt,  
 remitto ad nunc dicenda de validitate legati rei alienae.

## §. II.

## DE VALIDITATE LEGATI REI ALIENAE

## 1) in genere.

Haec ſufficiant de *exiſtentia* legati rei alienae. Progredior ad  
 doctrinam de eius *validitate*, dum inde, quod legatum ſit tale de quo  
 loquor, ſicque exiſtat, nondum ſequitur illud eſſe *validum*, quale eſt,  
 ſi iura & obligationes producit inter eum qui hoc legato honoratus  
 eſt, & eum qui cum eo oneratus eſt. Invalidum legatum rei alie-  
 nae vero duplicis generis eſt, dum, vel *in totum invalidum* eſt, quod  
 etiam *inutile legatum* dici ſolet, ſi nec ad illud ipſum praestandum,  
 nec ad aeſtimationis rei legatae praestantionem, obligationem producit,  
 vel *non niſi in tantum*, dum quidem obligationem ad praestantionem  
 ipſius rei non producit, aſt tamen ad ſolvendum eius aeſtimationem  
 obligat. Requiſita ad validitatem legati rei alienae *neceſſaria* vero  
 quod attinet, ea ſunt varii generis, de quibus *nunc* ſpeciatiim agen-  
 dum, & ante omnia notandum, rem alienam *legatam*, vel eſſe rem,  
 quae *extra commercium* eſt, vel talem, quae quidem *extra commer-*  
 cium



cium non est, aut tamen *in respectu ad personas certi generis non est in earum commercio*. Non primus sum qui ita distinguit, cum haec distinctio obvieniatur etiam apud HENRICVM COCCEN in Diss. de legato rei propriae & alienae, cap. 2. §. 2. seqq., nec non apud GREG. MAIANSIUM in diss. de legato rei alienae §. 5. seqq., licet vulgo in compendiis iuris civilis negligi soleat.

## §. 12.

2) *in specie, quoad a) rem extra commercium.*

Quoad eam legati rei alienae speciem, quae est legatum rei extra commercium, brevibus me expedire possum. De eo enim, quantum recorder, nemo dubitat, *illud esse legatum quod in totum invalidum est*. Et quid mirum, hic adesse unanimum DD. consensum. Inititur enim haec adfertio non solum indubitato iuris principio: non admittendum esse tale quid, quo fraus fit prohibitioni commercii; sed & non desunt clara legis verba, quae idem confirmant. IMPERATOR §. 4. *Inst. de legatis*, ait: „si talis sit res (nimirum res aliena legata) cuius commercium non est, vel adipisci non potest, nec aestimatio eius debetur, veluti si campum Martium &c. quis legaverit.„ Audiamus etiam VLPIANVM in l. 39. *D. de legatis 1. §. 7.* „Constat, etiam res alienas legari posse; utique si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio sit. §. 8. Si vero Salustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum, qui principalibus visibus inservit, legaverit quis, furiosus est, talia legata testamento adscribere.„

## §. 13.

b) *rem quae tantum in huius vel illius commercio non est ob quaedam quae circumstant.*

Progredior ad legatum rei alienae talis, quae quidem non est extra commercium: aut tamen talis est, quae in huius vel illius hominis commercio non est. Quoad res huius generis distinguendum est inter



inter tales res quae tantum, ut aiunt, *propter quaedam quae circumstant*, in huius vel illius hominis commercio non sunt. Dicuntur vero res quae tantum in huius vel illius commercio non sunt, *tales quae tantum propter quaedam, quae circumstant, in commercio hominum certi generis non sunt*, si commercii prohibiti fundamentum est aliud quid, quam ipsa rei qualitas. Quodsi nunc legatum rei alienae non est legatum rei alienae quae extra commercium est, sed tantum legatum rei alienae talis, quae propter quaedam quae circumstant, in huius vel illius commercio non est, *illud validum esse defendo*, & probo per *l. n. §. 5. legat. 1.* cuius verba haec sunt: „si „quid alicui licite fuerit relictum (vel ius aliud) quod ipse quidem „propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relictum, vel aliam „quamcunque probabilem causam habere non potuit; quanti solet „comparari, tantam aestimationem accipiet.“ Consentit MICH. GODOFR. WERNHER in *lectissimis commentationibus in Pandectis, praesertim in compridia Ill. vivorum Boehmeri, Heineccii ac Ludovici P. II. ad Lib. Pand. XXX. XXXII. pag. 812.*

## §. 14.

c) *absolute in huius vel illius hominis commercio non est in genere.*

Si res aliena legata non talis est quae tantum propter quaedam quae circumstant in huius vel illius commercio non est, sed *simpliciter seu absolute*, quoad validitatem talis legati rei alienae, distinguendum est inter eum casum, quo res legata talis est, tam quod *legatarium*, quam quoad *tertium*, cuius est res aliena legata, & eum casum, quo talis *tantum quoad unum alterumve* eorum est. Quodsi nunc ponis posterius, iterum distinguendum est, an res legata talis sit quoad *legatarium tantum*, an vero quoad *eum cuius est res legata tantum*. Maioris claritatis causa de singulis his casibus sigillatim agendum est.



## §. 15.

*Casus primus.*

Si legatum rei alienae, tam quoad legatarium, quam quoad eum, cuius est res legata, concernit talem rem ipsam, quae nec quoad legatarium, nec quoad eum cuius res est quae legata est, in eorum commercio est, haec notanda esse censeo. Cum sit differentia inter rem quae extra commercium non est, at tamen in commercio huius vel illius non est (§. 11.); indeque, quae dicta sunt §. 12. de valore legati rei alienae, huc trahi non posse videatur: attamen & hic pro vero habendum esse censeo, quod dictum est (§. 12.) de casu, quo res aliena est talis res aliena legata, quae est res extra commercium, sicque & in casu, de quo hic loquor, *rei alienae legatum plane inutile legatum esse, indeque heredem eo oneratum, nec ad rem redimendam, nec ad pretii rei solutionem obligatum esse.* At enim vero non ideo hoc defendo, acsi nulla sit differentia inter casum (§. 12.) & hunc: sed ideo, quoniam, licet quoad eum, cuius est legata res, hoc, quod quoad eum non sit in commercio, non obstat, legato oneratum heredem, rei legatae aestimationem solvere non posse: tamen hoc locum habere non potest ideo, quoniam in casu de quo loquor, res legata etiam quoad legatarium talis est, cuius non habet commercium, sicque vi principii: non admittendum esse, quo fraus fit prohibitioni commercii, hunc casum ita, prout dixi, decidendum esse censeo.

## §. 16.

*Casus secundus.*

Quae dicta sunt in casu primo, aliter se habent in casu secundo eo, *in quo res aliena legata non est res quae tam quoad legatarium, quam quoad eum cuius res est, talis res est, quae ab utraque parte in commercio non est: sed tantum quoad eum, cuius est res legata, in eius commercio non est, quoad legatarium vero talis est, quae*  
in



*in eius commercio est.* In hoc casu enim subscribo eorum sententiae, qui defendunt, *legatum rei alicuius in eo non plane inutile esse, sed potius legatario competere ius ab herede exigendi, ut vel redimat rem alienam legatam, vel eius aestimationem praestet.* Ita esse probo per textum pandectarum l. 49. de legat. 2. ibi §. 2. „Labeo refert, agrum cuius commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse: quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat. §. 3. sed Proculus ait, si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserat ei, qui eius commercium habeat, putat heredem obligatum esse, quod verius est, vel in ipsam rem, si haec in potestate testatoris fuerit, vel, si non est, in eius aestimationem, Idem etiam cum principiis iuris bene cohaeret, dum, licet videatur, eum qui ipse non habet rei alienae commercium, obligari non posse ad dationem rei ipsius, aut loco eius, ad aestimationem, hoc tamen inde non sequitur. Neutiquam enim dans rem ipse alienat, quod respectu sui non est in eius commercio, sed potius testator eo tantum utitur, ut ministerium praestet in acquisitione eius, in cuius commercio est res acquirenda, qualis in casu dato est legatarius, cui danda est res legata, cuius commercium penes legato oneratum non est. Porro notandum, si in casu de quo hic loquor, legatarius commercii rei alienae, quae ei legata est, capax, re legata ipsa, aut rei legatae aestimatione, carere teneretur, eum privari iure lucrandi rem ex testamento, nulla sua culpa. Caeterum nec desunt DD. idem sentientes, veluti COCCII l. c. §. 7. MAIANIVS l. c. §. 9. Ad textum vero qui obstare videntur, facilis est responsio, si casus praecedentis & huius §. a se invicem distinguuntur.

§. 17.

*Casus tertius.*

Sequitur casus tertius (§. 14.) in quo res aliena legata quidem talis res est, quae est *in commercio eius cuius res est:* aut non est *in*  
com-



*commercio legatarii, qui ita, si quid video, decidendus est. Si res aliena legata talis est, quae in commercio est: aut legatarius hoc legato honoratus talis est, penes quem non est eius commercium, legatum simpliciter pro invalido seu inutili haberi nequit: sed, licet is qui legato tali oneratus est, ad rei ipsius praestationem obligatus non sit, tamen praestare debet aestimationem rei legatae. Rem ipsam legatam legatario in hoc casu non esse praestandam, patet ex hypothesi eam in legatarii commercio non esse, & ex alia occasione §. 12. iam allegata ratione, ne fraus fiat commercio prohibito. Cum vero nec inde, nec ex alio solido fundamento sequatur, legatum plane inutile esse, praestandum est tale quid, quod legato oneratus praestare & legatarius acquirere potest, quia in prioris commercio est, & posterior acquirere potest, licet res ipsa talis sit, quae quoad eum res extra commercium est, tale quid vero est, provt per se patet, aestimatio rei legatae. Quae cum ita sint, non curo quae in contrarium allegat MAIANSIUS l. c. §. 9. dum defendit hanc thesin: omnes isti, quibus alicuius rei prohibitum est commercium, neque ex legato, aut fideicommissio ipsam rem, neque aestimationem eius, possunt consequi, ne fiat fraus legibus, provocans ad arg l. 9. §. 3. ff. de donat. tit. C. ne Christianum mancipium; l. 34. ff. de verb. obl., & addens hanc rationem: quomodo enim actionem habeo ad id consequendum, quod consequi nequeo? At, quod pace manium MAIANSII dictum sit, eos de quibus loquitur ipsam rem consequi non posse, ex allegata ab eo ratione & textibus ad quorum argumentum provocat, quidem apparet, in quo etiam cum eo idem sentio: quod vero nec aestimationem consequi possint, est id quod nego, & in quo ab eo dissentio, quodque non probavit, nec probari potest. Cum porro hac occasione MAIANSIUS l. c. §. 11. quoque provocet ad celebrissimam l. 40. ff. de legat. 1. eamque huc etiam pertinere contendat, non possum non hic quoque huius legis aliquam facere mentionem. Est haec lex huius tenoris: „Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi.“ Vt iam nihil dicam de*



de critica huius legis interpretatione, quae fit a *CYIACIO* ei negativam sumendo, & a *IACCHIO* in *Meditationibus criticis de negationibus pandectis florentinis partim recte, vel male iam adiectis aut detractis vel circumscriptis* pag. 281. pro: *ei substituendo* & sicque legendo: *cuius commercium non habet, & cui ius possidendi est*; quippe quae emendationes manifesta absurditate laborant, per ea, quae latius deduxit supra (§ 13.) allegatus *MICH. GODOFR. WERNHER* loco ibi citato: hic tantum moneo: 1) *MAIANSIUM* post figuratam huius legis speciem, quae multis visa est difficilis, defendere, hanc legem ex *l. ii §. 7. de legat. 3.* explicandam esse, sicque, quod de herede non habente commercium valet, dicendum quoque esse de legatario non habente commercium, quod tamen habet fideicommissarius; 2) lectu dignissima, quae huc pertinent, obvenire apud *VINNIVM* in *Comm. ad Tit. I. de legatis §. 4. num. 6.* nec non in doctissimis notis *THEODORI MARCILII & IANI A COSTA* ad §. 4. *Instit. de legat.* praesertim ad verba: *cuius non est commercium*, in eleganti editione Institutionum *IOANNIS VAN DE WATER*, quae Lugduni Batavorum 1719. prodiit cum *IANI A COSTA* commentario & annotationibus *THEODORI MARCILII & MARCI, ANTONII MVRETI* obviis.

## §. 18.

DE LEGATO REI IN QVAM TESTATORI  
IVS QVODDAM COMPETIT.

Validitatem rei alienae legatae concernit etiam quaestio: *quid dicendum de re a testatore legata, quae revera quidem aliena est, atq; tamen testatori ius quoddam in eam, veluti servitus, competit: an nimirum tum ipsa res aliena pro legata habenda sit, an vero potius non nisi ipsum illud ius, quod testatori in re ista competit?* Videtur quidem hanc quaestionem potius ad doctrinam de existentia legati rei alienae, quam huc referri debere: atq; cum suo modo tam existentiam, quam validitatem legati rei alienae concernit, hic potius

C

de



de ea agendum. Quod ipsam quaestionis decisionem attinet, defendo: *legatum quaestionis, quoad rem ipsam in quam ius quoddam competit testatori, ne quidem pro existente, multo minus pro valido legato rei alienae habendum esse: atq. quoad ius, quod testatori in rem competit, illud pro existente & valido legato rei alienae omnino habendum esse, nisi adsit expressa declaratio voluntatis testatoris eum velle ipsam rem alienam legare.* Cum enim secundum PAPINIANVM in l. 67. §. 8. ff. de legat. 2. testatorum voluntates in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis & onerandis heredibus, faciliores sint, inde per se fluit, quod probandum est; dum in aprico iacet, minus gravari heredem, si heres legato oneratus, legatario honorato non ad rem ipsam redimendam, aut eius aestimationem praestandam, sed tantum ad ius testatoris in rem competens transferendum, obligatus est. Praeterea idem confirmat l. 71. §. fin. D. de legatis cuius verba haec sunt: „Sed & si non municipibus, sed alii fundum legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus.“

## §. 19.

DE SCIENTIA TESTATORIS REM LEGATAM  
ESSE REM ALIENAM.

Licet videatur, per ea quae de existencia legati rei alienae (§ 10.) dicta sunt, iam constare ad validitatem legati rei alienae necessarium requisitum non esse, testatorem scire rem legatam esse alienam; tamen ex eo fundamento, quod ad existentiam legati rei alienae sufficiat, rem alienam esse revera alienam, sive testator hoc sciverit, sive ignoraverit, defendi nequit. Dicendum potius: *licet ad existentiam rei alienae legatae non requiratur testatorem scire rem legatam esse alienam: ad validitatem legati rei alienae tamen omnino requiri, testatorem, dum legat rem alienam, scivisse eam esse alienam.* Hoc requisitum ad validitatem legati rei alienae necessarium esse dubio caret, dum IMPERATOR §. 4. I. de legatis expressis  
ver-



verbis dicit: „quod autem diximus, alienam rem posse legari: ita in-  
 „telligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non si igno-  
 „rabat, forsitan enim si scivisset alienam rem esse, non legasset, &  
 „ita D. Pius rescripsit.„ Addatur *l. 67. §. 8. ff. de legat. 2.* quae est  
 huius tenoris: „si rem tuam, quam existimabam alienam te herede  
 „instituto Titio legam: non est Neratii Prisci sententiae nec constitu-  
 „tioni locus: qua cavetur, non cogendum, praestare legatum  
 „heredem: nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere,  
 „quod testator suum existimans reliquit: sunt enim magis in legandis  
 „suis rebus, quam in alienis comparandis & onerandis heredibus fa-  
 „ciliores voluntates: quod in hac specie non obvenit, cum domi-  
 „nium rei sit apud heredem.„ Quae cum ita sint, ulterius determi-  
 „nandum: *an dici possit testatorem scivisse rem legatam esse rem alienam*  
*quae est res tertii, si ita esse putavit, credidit, existimavit vel opi-*  
*natur, quod ex mea sententia omnino affirmandum esse, censeo, sic-*  
*que hic scire includere putare, credere, existimare, opinari.* Hoc  
 enim tam ex supra §. 10. in fine dictis, quam ex contextu verborum  
 earum legum quae de scientia testatoris loquuntur patere, arbitror.  
 Praeterea hoc etiam patet ex ipsa ratione dispositionis legum, legatum  
 rei alienae quae est res tertii, tum demum pro valido habendum esse,  
 si testator sciverit eam esse rem alienam, quam leges allegatae con-  
 tinent. Nonne enim & tum, si testator putavit &c. rem legatam  
 alienam esse, dici potest: forsitan non legasset, si non putasset rem alie-  
 nam esse? Caeterum hic conferri merentur VINNIVS in *selectis*  
*quaestionibus iuris Lib. 2. cap. 26.* GOTTOFR. NIC. ITTIGII  
 Diss. *An plus valeat quod est in veritate quam quod est in opinione*  
 Cap. 3. *de dissensu & praerogativa veritatis & opinionis singularis*  
*in ultimis voluntatibus.*

§. 20.

DE RE TESTATORIS QVASI NON SVA LEGATA.

Vt opposita contra se posita clariuscant, hic quaedam ad-  
 denda de re testatoris, quasi non sua, legata & de vero sensu notabi-  
 lis

C 2



lis textus *§. ii. I. de legat.* cuius verba haec sunt: „Si quis rem suam, quasi alienam legaverit, valet legatum, nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat; quia exitum voluntas defuncti habere potest.“ In hoc textu explicando distinguendum est inter verba eius *dispositiva*, & ea quae continent *dictorum in verbis dispositivis rationem*. Dispositiva verba sunt haec: *Si quis rem suam quasi alienam legavit valet legatum*; quibus paulo post additur ampliatio: *Sed & si legatarii esse putavit, valere constat*. Ratio verbis legis dispositivis adiecta est duplex, quarum prima, quae generalem dispositionem concernit, in his verbis contenta est: *nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione*: altera, quae extensionem ad legatarios concernit, verò ita sonat: *quia exitum voluntas defuncti habere potest*. Vix dici potest hunc textum, quoad verborum sensum, obscuritate quadam laborare, dum sensus verborum: *valet legatum*, quae aliqua interpretatione indigere videntur, hic est, praestandum esse a legato onerato rem testatoris quam legavit, licet testator putaverit eam non suam, sed alienam esse; sicque tale legatum ideo, quoniam testator putavit rem alienam esse quam legat, pro legato rei alienae non esse habendum. Quodsi itaque hic sensus ipsius dispositionis pro vero assumitur, optime quadrat adiecta ratio: nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. At tamen difficultas quaedam in explicatione huius textus obveniens est haec: quomodo diversae rationes dispositionis, quarum una haec est: *nam plus valet, quod in veritate est quam quod in opinione*: altera vero haec: *quia exitum voluntas defuncti habere potest*, conciliandae sunt & cohaereant cum ipsis dispositionibus? Non cohaerere cum iis, sed potius primam rationem decidendi dispositionis, magis cohaerere cum extensione propositionis ad legatarium, quam cum parte eius generali, defendit VINNIUS, praecunte BACHOVIO, in *Comm. ad §. ii. I. de legat.* contra quos disputat STRAVCHIVS in *Dissertationibus ad ius iustinianicum Diss. X. lib. 3.* Etsi vero negari nequeat, firmiores rationes huius dispositionis dari potuisse, quales legi possunt apud VINNIUM l. c. vt & apud WALCHIVM in nota suae editioni



editioni commentarii HOPPII, quae Franc. ad Moenum 1772. prodit adiecta §. II. I. de legatis: dici tamen nequit plane non cohaerere allegatas rationes cum dictis dispositionibus ipsis. Latius hoc deduxit STRAVCHIVS l.c. & MARCILIVS in notis ad Inst. b. l. ostendit, regulae: plus valere quod in veritate est, quam quod est in opinione, non repugnare aliam secundum quam dicitur: plus valere opinionem quam veritatem. Praeterea MERILLIVS in suis notis ad hunc textum institutionum pag. 220. editionis quae Traiecti ad Rhenum 1739. cum praefatione C. H. TROTZII prodit, figuravit species quae illustrent ibi dicta & probant omnia bene cohaerere.

## §. 21.

## DE EFFECTV LEGATI REI ALIENAE

## 1) quoad heredem &amp; legatarium inter se.

Praeter ea quae dicta sunt de *existentia* legati rei alienae (§. 10.), nec non de eius *validitate* (§. 11. seq.), nunc de *effectibus* existentis & validi legati rei alienae agendum. Huc pertinent *ii effectus* qui concernunt legatarium & heredem inter se, quales sunt legatario competere ius exigendi ab eo qui legato rei alienae gravatus est, huius legati praestantionem, vi cuius heres rem legatam redimere, aut, si hoc fieri nequit, veram eius aestimationem solvere debet. Huic iuri respondet obligatio in herede; nisi casus sit talis, in quo locum habet exceptio. Ita esse, quoad thesin ipsam, probant verba IMPERATORIS §. 4. Inst. de legatis: „non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam & praestare, vel si eam non potest redimere, aestimationem eius dare.„ Praeterea multae aliae leges idem confirmant, inter quas speciatim quoad ea, quae de redemptione & aestimatione dicta sunt, notari meretur l. 14. §. 2. ff. de legatis 3. quae est huius tenoris: „Si cui legatum relictum, ut aliam rem redimat vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel inmodico pretio vendat, iustam aestimationem inferat; praetereaque varia spe-



cialiora hac de re apud MAIANSIUM l. c. §. 5. & 6 obveniunt. Quod vero attinet exceptiones quae hic locum habent, praeter vnam earum quae vulgo tantum allegari solet, dantur omnino plures. Prior fundata est in l. 10. C. de legat., quae huius est tenoris: „quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi vel proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse, & sub hac exceptione secundum veram legis mentem, omnes magis dilectos quam heredes ab intestato, comprehendi posse, mihi videtur. De ceteris exceptionibus vero videatur 10. FR. IVNGHANS in initiis iur. civ. secundum ordinem Institutionum L. 2. tit. 20. §. 408.

§. 22.

2) quoad heredem vel legatarium ab una, & dominum rei legatae, ab altera parte.

Progredior ad legati rei alienae effectum, quoad iura & obligationes inter heredem vel legatarium ab una, & dominum rei alienae legatae ab altera parte, qua de re sequentia notanda sunt. I) Manifestus error est secundum ius civile, de quo hic loquor, vel heredem hoc legato oneratum, vel legatarium hoc legato honoratum, dominum rei legatae cogere posse, ut nolens volens vendat rem suam heredi, sed potius hoc ab eius libero arbitrio dependet. Nulla enim, quantum recordor, adest lex civilis, quae domino imponit hanc obligationem iuris principii contrariam. Licet itaque nec exstet lex civilis, quae dominum liberum ab hac obligatione declarat, hoc non euro, cum sit infirmitas intellectus legem quaerere, ubi adest sana ratio. II. Si testator rem alienam praesente & consentiente eius domino legavit, tale legatum rei alienae hunc producit effectum dominum ad illud praestandum simpliciter obligatum esse. Id quod ex ipsa hypothese per se patet, nec ANT. FABRI de Erroribus pragmaticorum & interpretum, Cbiliadis T. III. Dec. LII. Error IX & X qui



qui contrarium defendit, argumenta, sunt tanti momenti vt specialem refutationem mereantur.

§. 23.

3) quoad reliquos effectus.

Quae hucusque dicta sunt de legati rei alienae, quae est res tertii, natura & indole, seu ipsis iuribus & obligationibus hanc legati speciem concernentibus (§. 9-22.) non nisi *generales* doctrinas, quae huc pertinent, complectuntur. His itaque absolutis, nunc progrediendum esset ad *specialiores* doctrinas de iuribus & obligationibus quae huc referri possunt. Ast hic, quoad hanc partem doctrinae de legato rei alienae quae est res tertii, subsisto, dum mihi sufficiat primas eius lineas duxisse. Ne tamen desint exempla doctrinarum specialissimarum, quae huc referri possunt & specialem tractationem merentur, provo- co ad doctrinas de eo quod iustum est, quoad I. *evictionis praestationem*, si res aliena legata, quae ab herede redempta & legatario tradita, a tertio evicta est; II. *quartae falcidiae detractionem* quoad hoc legatum; III. *heredes legitimos in legitima institutos*, & hoc legato gravatos; IV. *vasa sacra* quibus una ecclesia abundat, alteri, quae istiusmodi vasis eget, legata; V. *ius patronatus* legatum absque fundo cui illud adhaeret; VI. *partem praedii alicui legatam in terris ubi praedia rustica divelli leges vetant*, ut & ubi praedia in forensium commercio non sunt, forensi tale praedium legatur; VII. *rem alienam quae est res tertii pluribus heredibus institutis legatam*; VIII. *feudum alienum legatum*; IX. *heredi fiduciario relictum praelegatum rei alienae*; X. *casum in quo pater, occasione divisionis bonorum inter liberos, uni alterive rem alienam infcius assignavit*; XI. *legatum rei alienae piae causae relictum*; XII. *rem legatam, quam defunctus communem habuit cum tertio*; XIII. *legatum facti alieni* &c.



(2)

DE ACQUISITIONE, AMISSIONE, CONSERVATIONE  
ET PERSECVTIONE LEGATI REI ALIENAE.

§. 24.

*De acquisitione legati rei alienae.*

*Legati rei alienae acquisitionem fieri tum demum dici potest, si vi legati rei alienae existentis & validi, rei legatae dominium, quod hactenus erat penes eum tertium, cuius res legata est, transit in legato rei alienae honoratum legatarium. Proprie itaque dici nequit, legatum rei alienae acquiri, si heres, quoniam rem alienam redimere non potest, loco rei ipsius praestat eius aestimationem: sed tum demum si facta redemptione rei alienae legatae, dominium eius acquirit is qui hoc legato oneratus est, & ab eo is qui hoc legato honoratus est. Hinc I. vi definitionis legati rei alienae quae est res tertii (§. 1.), patet, posito hoc legato dici non posse, eum a quo acquiritur esse ipsum dominum rei: sed potius pro tali habendum esse heredem seu legatarium hoc legato oneratum, quod secus si quaestio est de legato rei propriae, dum in hoc casu ipse dominus legato oneratus sit is a quo eius acquisito fit. Hinc est, si ponis legatarium legato rei alienae honoratum, eum adire debere legato oneratum heredem seu legatarium, qui tum, quantum in se est, efficere debet ut acquirat a domino rei alienae legatae eius dominium idque in legatarium transferre. Quae cum quoad legata quae non sunt legata rei alienae locum habere nequeant, inde patet, hoc esse primum singulare, quod quoad acquisitionem dominii legati rei alienae locum habet. II. Cum notum sit, si legatum est species testatori propria, dominium talis rei legatae ipso iure transire in legatarium, tale legatum vero non fit legatum rei alienae; per se patet inde oriri secundum singulare quoad acquisitionem huius generis legati obueniens, quod hoc est: nunquam illud acquiri ipso iure, sed per huius legati agnitionem & subsequendam eius traditionem ab hoc legato onerato factam. III. Accedit hoc tertium singu-*



singulare legati rei alienae, quae est res tertii, quod hoc legato honoratus, si redemptio rei legatae iusto pretio fieri nequit, acquirat ius a legato rei alienae gravato exigendi praestationem aestimationis rei legatae (§. 21.)

§. 25.

DE AMISSIONE LEGATI REI ALIENAE.

Provt acquisitio legati rei alienae tum demum fieri dicitur, si legatum rei alienae existens & validum, nostrum fit (§. 23.): ita & illud amitti tum demum dici potest, si, licet adfit legatum rei alienae existens & validum, legatarius tamen legatum non lucratur. Vnde si contingit, acquisito iam dominio legatae rei alienae, legatarium eius dominium amittere, proprie dici nequit, amissionem legati rei alienae fieri, & ex hac ratione de hac amissione hic non loquor. Porro nec de modis amittendi legata, qui sunt generales, hic loquor, sed tantum de iis qui sunt proprii modi amissionis legatae rei alienae quae est res tertii. Veri nominis amissio huius legati vero fit toties, quoties contingit, legato rei alienae oneratum non posse a domino rei alienae legatae, eam pro aequo pretio redimere, sicque non efficere legatarium acquirere legatum rei alienae ei relictum; licet in casu, in quo loco rei ipsius aestimatio eius praestari debet a legato rei alienae onerato (§. 17.), non in totum fiat amissio rei legatae. Hunc casum talem esse, in quo fit amissio legati rei alienae, ex iam dictis per se patere arbitror, estque is praeterea, si quid video, vnicus qui ad proprie sic dictam amissionem legati rei alienae referri potest. Licet enim videatur & eos casus, in quibus vi principii: duas causas lucrativas in eandem rem & eandem personam concurrere non posse; aut alius non minus noti principii: quod proprium iam est, amplius nostrum fieri nequit, contingere posse amissionem legati rei alienae: hoc tamen vi definitionis amissionis legati rei alienae admitti nequit

D

ideo,



ideo, quoniam amissio veri nominis praesupponit validum legatum, quale hic deficit. Sic, ut alia exempla quae huc pertinent, a CAR. FRID. DIETERICH in *systemate elementari Iurispr. civilis privatae communis Imp. Rom. germanici* §. 598. diligenter exposita, taceam, si vi §. 6. *Instit. de legatis* legatarius, cui ex duobus testamentis eadem aliena res debetur, ex priore ipsam rem iam accepit, ex altero aestimationem petere nequit, eum ex testamento debitum legatum rei alienae amississe, proprie dici nequit, sed potius dicendum, tale legatum referri debere ad casus, in quibus legatum rei alienae tale est, quod efficacia sua destitutum est. Interim tamen, secundum illud: in verbis firmus faciles modo conveniamus in re, per me liceat & hos casus huc referri.

## §. 26.

*De conservatione legati rei alienae.*

Notum est legatariis generatim ad legati ipsis relicti, de cuius existentia & validitate constat, conservationem contra heredem competere implorationem pro obtinenda cautione & eventuali missione in possessionem bonorum, legatorum servandorum causa. Oritur itaque quaestio: *an & legatarius, cui legatum rei alienae quae est res tertii, relictum est, hoc remedio uti possit & contra quem eo utendum, an nimirum contra legato hoc gravatum, an vero potius contra dominum rei alienae quae legata est?* At quis non videt, secundum ea quae §. 22. dicta sunt de iuribus & obligationibus inter legatarium & eum tertium cuius res legata est, *hoc medio conservandi ius suum, legatarium contra dominum rei legatae uti non posse.* Quod vero nec contra heredem legato rei alienae, quae est res tertii, oneratum, legatarius uti possit dicto medio conservandi ius suum, per dicta §. 21. defendo.



## S. 27.

*De persecutione legati rei alienae.*

Et de persecutione legati rei alienae quae est res tertii, non nisi eatenus hic agendum, ut, in quo differat haec persecutio a persecutione reliquorum legatorum, definiendum sit. Huc referri debet: *rei vindicationem quae in legatis praeter alias actiones locum habet, in persecutione legati rei alienae quae res tertii est locum non habere.* Quis enim non videt, legato rei alienae quae est res tertii honoratum, prout contra testatorem rei vindicatione uti nequit, ita nec contra legato rei alienae oneratum, quippe qui non possidet rem legatam, & multo minus contra tertium cuius est res legata, dum non hic, sed heres, is est qui legato rei alienae oneratus est, rei vindicationem locum habere. At tamen, cum heres principaliter obligatus sit ad redimendum rem alienam legatam, vel in subsidium ad praestandum eius aestimationem, in dictis §. 21 & 22. casibus legatarium reliquis actionibus quae legatariis competunt, contra heredem uti posse, dubio caret. Porro hic alternative formatum libellum tolerandum esse, iam recte observavit БОЕНМЕРVS in diss. *de libellis alternativis* §. 16. cum ea sententia in petito libelli expressa censeatur, quae legum menti convenit, cui convenit, in dictis casibus §. 21. 22. in subsidium deberi aestimationem rei legatae. Quod caeterum attinet probationem in persequendo iure legatum rei alienae quae est res tertii, concernente, quoad quaestionem: AN? *probari debet existentia legati rei alienae quae est res tertii*, cum facti sit tale legatum existere, nisi tale quid adsit quod liberat ab onere existentiam probandi, quorsum speciatim quoad hanc probationem referri debet duplex casus: 1) si testator ipse dixit rem alienam esse quam legat: veluti lego aedes Titii; 2) si testator vivens dominium rei, quam ex post legavit, in tertium transiit. Quod vero attinet quaestionem: QVIS? *legatario incumbit onus probandi*, quoniam is est qui agit, sicque, si probatio secundum dicta ad quaest: AN? non cessat, ei incumbat onus pro-

E

pro-



probandi, quoniam necessitas probandi incumbit ei qui agit. Porro quoad quaestionem: QUID? hic non sufficit ad obtinendam victoriam legatarium probare existentiam legati rei alienae: sed & licet constet rem legatam esse alienam, vel hoc probavit legatarius, praeterea legatarius quoque probare debet, scivisse defunctum rem quam legat esse alienam, non vero heredem probare oportet, defunctum ignorasse rem quam legat alienam esse, secundum expressa verba §. 4. I. de legat. Interim hoc ita univrsale non est, vt pro circumstantiarum diversitate variare nequeat, dum secundum eam fieri possit, praesumendum esse pro legatario, scivisse testatorem rem legatam non suam sed alienam esse. VINNIUS in commentario ad I. §. 4. de legatis CHRISTINAEVUS Vol. 4. Decis. 32. Caeterum quoad quaestionem: QVOMODO? hic nihil quod singulare est obvenit, ita, vt haec probatio quoque ex coniecturis derivari possit, veluti si testator nunquam possederit rem legatam & nullum sibi vnquam ius in eam arrogaverit.

## I V S C A N O N I C V M.

§. 28.

### CONNEXIO.

Sic ductis primis lineis doctrinae de legato rei alienae quae est res tertii secundum ius romanum, addenda sunt quae spectant ad ius canonicum (§. 7.). Haec vero eo redeunt, vt nunc definiatur, an & in quo differant inter se ius romanum & canonicum in doctrina de legato rei alienae, secundum textus iuris canonici, qui spectant ad hanc doctrinam, nimirum c. 5. C. 12. qu. 5. & c. 5. X. de testam.

Inter



Inter eos vero praefertim vltimus, propter diffensum DD. de vera eius mente, & quae de eo obveniunt in novissimis scriptis, hic notandus qualia sunt CAROLI FEAЕ Presb. & I. C. *Vindiciae Et observationes iuris. Volumen primum.* Romae 1782. in cuius Cap. 1. obvenit observatio sub titulo: *Nova interpretatio c. 5. X. de testam.* GONZALEZ ALTESEKRA *aliquae refutantur.* Castigantur VINNIUS & HEINECCIUS. Haec FEAЕ observatio vero, vt videtur, ansam dedit Io. Lud. Ern. PÜTTMANNŌ suis *Miscellaneis ad ius pertinentibus* Spec. II. Lips. 1785. inferendi *Obs. 6.* quae inscripta est: *de legato rei alienae ad cap. 5. X. de testam.*

## §. 29.

TEXTVVM IVR. CAN. QVI HVC PERTINENT  
EXPLICATIO.

## 1) c. 5. C. 12. qu. 5.

Inter textus iuris canonici qui concernunt legatum rei alienae, primus hic notandus est c. 5. C. 12. qu. 5. huius tenoris: „Si Episcopus condito testamento aliquid de ecclesiastici iuris proprietate legaverit, aliter non valebit nisi tantundem de iuris proprii facultate suppleverit.“ Hunc textum de legato rei alienae, & quidem de tali quae est res tertii, loqui, patet ex verbis: *aliquid de ecclesiastici iuris proprietate legaverit*, idque in eo sensu fieri, qui est sensus iuris romani secundum §. 1. nemo in dubium vocabit. Dispositionem iuris romani de legato rei alienae quae est res tertii vero per eum correctam esse, ideo dici nequit, quoniam hoc legatum neutiquam generatim pro invalido declaratur, dum de eo tantum dicitur: **ALITER non valebit nisi** &c. Quando vero valeat, vltius ita determinatur: eum qui rem alienam sub lege restitutionis possidet, non aliter talem



rem legare posse, quam si, ut textus loquitur, *tantumdem de iuris proprii facultate suppleverit*. Quae cum ita sint, tantum abest per hunc textum correctum esse ius romanum: ut potius, prout recte iam observavit WIESTNERVS *Institutionum canonicarum L. III. Tit. XXXVI. num. 136* per eum convelli possit eorum opinio, qui iuris civilis de re aliena legata dispositionem per eum correctam esse volunt.

§. 30.

2) c. 5. X. de testamentis.

Sequitur alter textus iuris canonici hic praesertim notandus, nimirum c. 5. X. de testum. cuius verba haec sunt: „Filius noster Faustinus conquestus est, quod quondam pater suus aliqua ecclesiae vestrae, sepulturae suae gratia, iuris alieni reliquerit. Et quidem leges seculi hoc habent, ut heres ad solvendum cogatur, si auctor eius rem legaverit alienam. Sed quia lege Dei, non autem lege huius seculi vivimus, valde mihi videtur iniustum, ut res tibi legatae quae cuiusdam ecclesiae esse perhibentur, a te teneantur, qui aliena restituere debuisti, . Nolo, ut brevitati studeam, ex fonte unde hic textus in compilationem RAYMUNDI manavit, eum redintegrare, quod praeterea ab aliis veluti a PÜTTMANNŌ iam factum est, l. c. pag. 5. & 6. nec etiam recensere DD. de vero huius textus sensu varias opiniones, cum hic mihi, quoad antiquiores, otium iam fecerit GONZALEZ in *Com. ad hunc textum num. 13*. quoad recentiores vero, praeter PÜTTMANNVM & CAR. FEA supra §. 27. iam laudatos, tantum notari merentur Petrus de GREVE in *Diff. ad Inst. Imp. loca difficiliora pag. 191*. HEINECCIUS *Inst. f. 612*. in not. IOAN. HERM. LVIS *Diff. de natura legati generatim & in specie quo tempore debeantur fructus & usurae legati Goett. 1786. pag. 26. seqq.* Ipsam textus explicationem itaque quod attinet, ante omnia adaequatam eius resolutionem praemittendam esse, censeo. Priora verba: *Filius noster Faustinus conquestus est, quod*  
quon-



quondam pater suus aliqua ecclesiae vestrae, sepulturae suae gratia, iuris alieni reliquerit, sine dubio continent casum ad respondendum propositum. Quae sequuntur verba: *Et quidem legis seculi hoc habent, ut heres ad solvendum cogatur si auctor eius legaverit rem alienam*, continent rationem dubitandi. Post eam sequitur ratio decidendi: *sed quia lege Dei non autem lege huius seculi vivimus*, addita decisione: *valde mihi videtur iniustum ut res tibi legatae quae cuiusdam ecclesiae esse prohibentur a te teneantur, qui aliena restituere debuit*. Quae cum ita sint, sique praeterea ex fonte, ex quo manavit haec decretalis epistola, maioris claritatis gratia suppleantur quae huc faciunt, apparet: hunc textum continere casum, quo ecclesia Constantina res suas a patre Faustini detentas, ab eo vero relictas ecclesiae Messanenensi, & a Faustino post patris mortem ecclesiae huic traditas, vindicabat vi dominii sui, ecclesia Messanenensis vero ea restituere volebat. Hoc posito itaque, cum res legatae erant res alienae, ratio dubitandi qua vitur Pontifex, provocando ad leges seculi, omnino, prout solet & debet, aliquam veritatis speciem praese fert, aut tamen exacte convenit cum principiis iuris romani de legato rei alienae. Neutiquam enim cum DD., qui contrariam sententiam defendunt, haec verba ita intelligenda sunt, acsi secundum ius seculi rei legatae dominus, nolens, volens rem legatam vendere debeat, dum Pontifex non de domino rei legatae, sed de herede, loquitur, & si addit eum ad solvendum cogi, & hic valere debet, unius positio non est alterius, nimirum si redemi potest res legata, eam ipsam dandam, esse legatario, exclusio. Quod vero attinet rationem decidendi qua vitur Pontifex, provocando ad legem Dei contra leges huius seculi nec ea pro absurda & plane non concludente haberi potest. Pontifex enim dum ait: *sed quia lege Dei non autem lege huius seculi vivimus*, hac ratione decidendi vitur, partim ideo, ut destruat praemissa ratio dubitandi in legibus huius seculi fundata: partim vero ideo ut inde appareat, si etiam defendi posset legatum subsistere secundum leges seculi, sine peccato tamen, restitutionem rerum de quibus quaestio erat, denegari non posse.



SVMMA DOCTRINAE IVRIS CAN. DE LEGATO  
REI ALIENAE.

Quodsi nunc in summam contrahere placet doctrinam iuris canonici de legato rei alienae, quam explicati textus iuris canonici secundum veram eorum mentem continent, patet: eos *quidem loqui de legato rei alienae, quae est res tertii, in genuino sensu iuris romani sumto: ast non generatim, sed tantum de duplici singulari specie legati huius generis.* Prior textus enim loquitur de tali legato rei alienae quae est res tertii, quod non nisi tum, & eatenus, validum est, si & quatenus tale legatum constituens, damnum quod inde sentit dominus ex suo patrimonio refarcire potest & vult, in casu quo episcopus aliquid de ecclesiastici iuris proprietate legavit. Posterior textus vero tale legatum rei alienae sinit, quod quidem itidem est legatum rei alienae quae est res tertii: ast non talis quam dominus eius detinet & cuius praestatio a testatore heredi vel legatario suo iniuncta est: sed talis, quam non dominus detinet, qui legat eam tanquam suam, veluti si quis legat rem sibi oppignoratam, commodato datam aut suae custodiae commissam. Intertim tamen, hoc non obstante, non solum defendi potest, non dari veri nominis differentias inter ius romanum & canonicum in doctrina de legato rei alienae quae est res tertii: sed & Pontificem Gregorium neutiquam ignorasse veram legati rei alienae quae est res tertii naturam & indolem secundum ius romanum. Contrarium enim inde non sequitur, quod in textibus iuris canonici obviant dictae species singulares legati rei alienae quae est res tertii, quarum, quantum recorder, in iure romano nulla sit mentio: nec etiam inde, quod legatum de quo loquitur prior textus in tantum, id vero de quo loquitur posterior textus, in totum, inutile sit. Recte itaque I. H. BOEHMERVS in *corpore iuris canonici ad c. 5. X. de testam. Tomo II. pag. 500.* ad verba: *leges seculi*



*seculi iam notavit: hoc non absolute improbat Gregorius, sed tantum eo respectu, ne legatarius rem alienam, invito domino cuius est, detinere praesumat, quod nec leges seculi permittunt.* Porro nec inde probari potest Gregorium leges seculi de legato rei alienae quae est res tertii, non intellexisse, quod dicat: *leges seculi hoc HABENT ut heres ad SOLVENDUM cogatur si auctor eius rem legaverit alienam.* Quoniam inde, nec probari potest dixisse legatarium rem alienam detinere posse invito domino, nec heredem in stricto sensu solvere debere rei legatae pretium. Quae cum ita sint, satis, ut spero, probatum est, errasse VINNIVM in *iuris quaestionibus Lib. 2. Cap. 26.* cum pluribus qui eum sequuntur, dum, postquam quid alii ab eo allegati veluti COVARRUVIAS, MANTICA, TVLDENVS hac de re sentiant, dixit, suam sententiam declarat, quae haec est: *Crediderim Pontificem opinionis errore deceptum putasse rei alienas legatum legibus seculi ita sustineri, & eam rem, velit, nolit dominus, suo pretio vendere teneatur: nam ut heres aut redemptio rei alienae, aut pretii illius praestatione oneretur, constat legi divinae minime repugnare.* Caeterum addo his, coronidis loco, *Ioan. Herm. LVIS l. c.* causam pontificis agentis verba: Quae solet, an etiam iure canonico valeat rei alienae legatum? Aliqui volunt indistincte non tenere, si res sit ecclesiae sive alterius privati, quod lex civilis tale legatum permittens foveat lucrum odiosum heredi, atque ita non esse servandum ab Episcopo. Alii restringunt ad rem ecclesiae, quasi ea legata non debeatur ex ratione, quod non sit in commercio. Fundant se in textu cap. 5. de testam. in quo agitur de legata re ecclesiae & resoluitur esse contra legem Dei legare rem alienam. Verum cum statutum iuris civilis permittens legari rem alienam, nihil peccati includat, (nam si quid includeret, esset ratione detrimenti domini, cuius res legata, quod nullum est, cum ei invito non auferatur res, sed vendere nolenti datur aestimatio, quae alias offerenda legatario) verius est: hac in parte canones a legibus non recedere & permittere legatum rei alienae. Nihil obstante d. c. 5. in quo pontifex

tan-



tantum reprehendit apprehensionem & detentionem rei alienae legatae per legatarium, domino invito, ut patet ex finalibus verbis istius textus, qui non cogitur rem suam invito alienare, cum in rem alienam alteri nihil sit iuris, ne quidem per ultimam voluntatem. His praemissis IDEM addit: *nec debet quemquam movere quod pontifex post verba, si auctor eius rem legaverit alienam subiiciat, sed quia lege Dei vivimus: quia ista verba non referenda ad illa priora, sed ad subiunctam decisionem, scilicet, valde mihi videtur iniustum &c. quibus non tam reprehendit leges seculi, quae, uti dictum hac in parte nihil mali involvunt, quam iniquam detentionem, leges seculi perperam in sui defensionem allegantem, quasi sicut legare rem alienam licet, ita etiam auferre invito domino & detinere liceat.*





Halle, Diss., 1788-91

ULB Halle

3

001 967 045

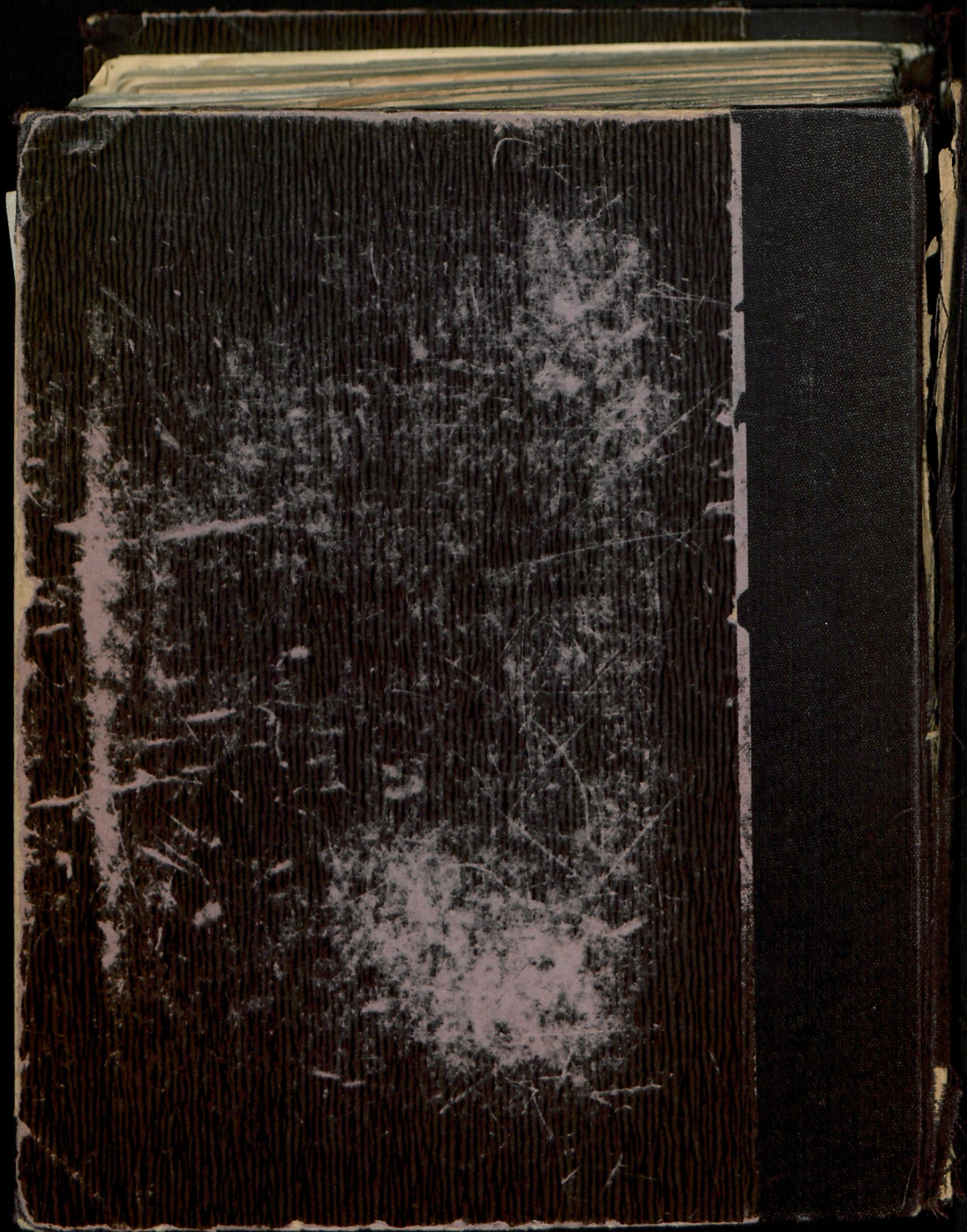


Sb.

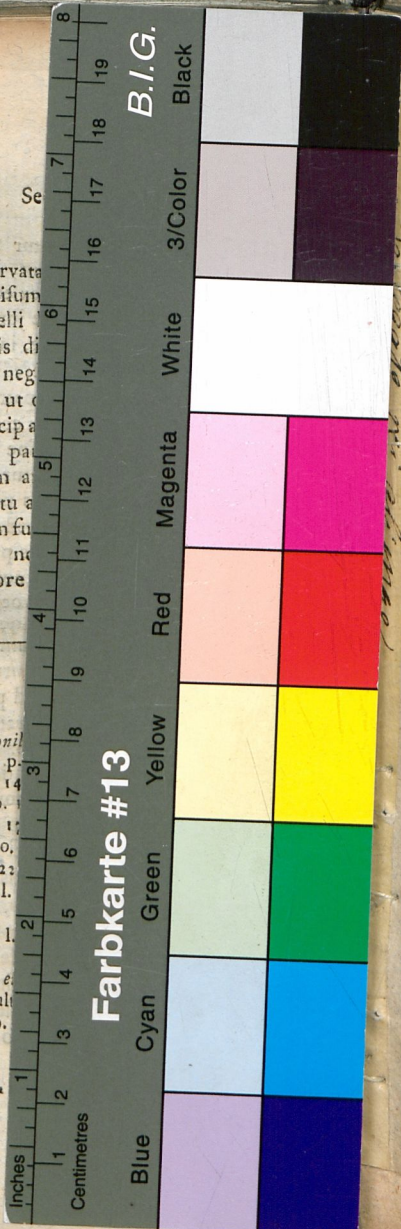
v. 178











DISSERTATIO IVRIDICA  
DE  
1788 2086  
LEGATO REI ALIENAE  
QVAE EST RES TERTII 4

QVAM  
SVB PRAESIDIO  
DANIELIS NETTELBLADT

POTENTISSIMO BORVSSORVM REGI A CONSILIIIS INTIMIS  
ACADEMIAE FRIDERICIANAE DIRECTORIS  
PROFESSORIS IVRIS PRIMARII ET FACVLTATIS  
IVRIDICAE ORDINARII

D. XVI. AVG. DCCLXXXVIII.

DEFENDET  
AVCTOR  
IO. CAR. AVG. WARNEYER,  
MAGDEBVRGENSIS.

---

HALAE,  
LITTERIS HENDELII

