

redicatur nihil aperte statuens, legitimam aut adierit nec repudiaverit; creditur enim qui hoc fecit eodem momento testamentariam repudiasset, l. 17. §. 1. l. 77. *cod. tit.* item si prateritus aut exheredatus ab herede inscuto, cum sciret eum heredem esse, emit aliquid ut pradia conduxit, vel ei solvit quod testatori debebat; his enim factis & iudicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, l. 23. §. 1. *de inoff. test.* Scire item debet qui repudiat, vivat is de cuius hereditate agitur necne; testatus an intestatus decesserit; heres necne ei sit; pure an sub conditione sit heres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet; alioqui uti adeundo ita repudiando nihil agit, l. 13. §. 16. 17. 18. 19. 32. & 94. *de adq. hered.*

10. *Qui surdus vel mutus natus vel postea factus* Mutus, necnon surdus etiam ita nati, pro herede gerere & obligari hereditati possunt, l. 5. l. 93. *infra d. tit.* Diserte autem dicitur pro herede gerere, quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos qui naturā tales sunt, quos loqui non posse constat. Enimvero si quis casu aliquo surdus factus sit, quin ut loquendo ita & verbis voluntatem declarando heres fieri possit non est ambigendum. Sed & qui mutus non natus sed factus

est, licet verbis voluntatem declarare non possit, poterit tamen vel scripto vel alio iudicio eam significare, arg. l. 95. *eod.*

11. Quod si hereditas delata sit ei cuius nulla voluntas est qualis est furiosus, curator ei tradetur hereditas administranda, ea lege ut si furiosus postea ad se redierit ipse de ea suscipienda aut omittenda statur; & omissa ad eos revertetur ad quos remota furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, l. ult. §. 3. & seqq. *C. de cur. fur.* Quid si impubes sit cui delata hereditas? Quod hujus iudicio deest supplementum tutoris auctoritas, l. 49. *de adq. hered. l. 9. §. 3. ff. de aut. tut. l. 5. C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hereditatem adire possit, l. 18. *C. d. tit.* Quod si impubes in potestate sit hic auctore patre recte adibit, l. 8. §. ult. *de adq. hered.* neque obstat quod impubes qui in potestate patris est nec auctore quidem patre obligatur, §. 9. *in fin. Inst. infr. de inst. stip. l. ult. §. 1. de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater cui hereditatem acquirit. Ceterum in adventitia hereditate pendendum est, ab illa regula recessum esse dicendum est, ab illa regula recessum esse dicendum est, ab illa regula recessum esse dicendum est, §. ult. *C. de jur. del. l. ult. §. 6. C. de bon. qua lib. Don. ad d. l. ult. §. 2. n. 7. de verb. oblig.*

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

Dig. lib. 30. tit. 1. & 32. *Cod. lib. 6. tit. 37. Et lib. 3. tit. 5. for. legg. Part. 6. tit. 9.*

Ratio ordinis cum summa eorum qua hic explicantur.

Cognita ratione deferendæ hereditatis ex testamento rectè procedendum videbitur ad partem alteram qua docet quomodo deferatur hereditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum donec omnes per universitatem acquisitionem percussæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordinem & dispositio partium deinceps tractandam facta §. ult. *Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq.* quasi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum à cepto deflexit propter legata & fideicommissa; nec absque ratione, nam cum legata & fideicommissa non minus testamentum relinquantur quam hereditas, & vix ullum

testamentum condatur in quo non aliqui legato aut fideicommissio honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est accessiones & appendices testamenti, exigit ut hoc loco maxime de his disputetur; atque ob hanc etiam causam ad hunc locum collarum est, d. §. ult. cum aliqui legata & fideicommissa sint modi in quibus non universitas sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legato, atque ordine hæc docentur: quid sit legatum, quoties olin fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium; quibus res olin legata distabant à fideicommissis & quæ postea

ea secuta exarquo: quæ res dari legari possint vel non possint, quibus recte legatur aut contra: postremo quædam quæ ad veterem formam legandi pertinebant mutantur.

TEXTUS.

Continuatio.

Post hæc videamus de legatis: quæ pari juris extra propositam quidem materiam videtur, nam loquimur de iis juris figuris quibus per universitatem res nobis acquiruntur; sed cum omnino de testamentis & de heredibus qui in testamento instituuntur loquimur simul, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

DE iis figuris quibus per universitatem] Figuris, id est, causis, modis, rationibus. Docemus, quibus modis res universæ acquiruntur; legatis autem acquiruntur res singulæ, quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda vero est memoria ejus quod notavimus in expositione §. ult. *Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq.* in hac distinctione acquisitionum non solius objecti rationem haberi, verum etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est comparatum ad acquirendum res singulas, non universas; & ideo licet universitas, pars bonorum aut hereditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat, l. 23. l. 26. §. 2. *de legat. l. 1. §. 19. de vulg. & pup. Ulpian. in fragm. tit. de legat. §. 23.* tamen hunc legatarium non fieri juris successorem, d. l. 26. §. 2. proinde nec ullas actiones hereditarias aut activæ aut passivæ in eum transire: ob quam causam olin factum ut stipulationes partium & pro parte inter hujusmodi legatarium & heredem interponerentur, §. 5. *Inst. infr. de fid. her.* Quod autem parte hereditatis legata non deducatur impense, puta pretia servorum manumissorum aut sumtus funeris, l. 8. §. ult. *de legat. 2.* hoc non tribuit legatario successorem juris; sed tantum dicitur ad differentiationem ejus quod observatur cum pars bonorum qua tempore mortis fuit legatur, quo casu impensa deduci placet, l. 9. *d. tit.* Sic cum in specie legis 76. §. 1. *de legat. 2.* Lucio Sempronio legata proponitur hereditas Publicii Mævii, eam Sempronius non suscipit ut

TEXTUS.

Definitio.

1. Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relicta, ab herede præstanta.

L. I. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Legatum unde dictum.
2. Quæ particula quædam donationi in definitione adjecta.
3. Coniunctio pro testamento relicta, ut est in definitione Modestini, hic positum à defuncto relicta.
4. Verba ab herede præstanta non videri otiosa, ut quidem existant.

1. Legatum, inquit Ulpianus in fragm] hoc tit. est quod legis modo; id est, imperativo testamento relinquitur: quæ notatio quædam est & ratio nominis; ceterum quia hoc longiuscule peritum videtur, alii potius legare dictum putant à legendo, quatenus hoc verbum diligere & decerpere significat: quod & Florentinum existimasse credible est, ac proinde legatum definitivè delibationem hereditatis, l. 136. *in pr. de leg. r.* Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Sext. cap. 56.* Omnes undique sterculos carere atque delibare. Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Ecolg. 3. v. 92.*

Qui legitis flores & vini nascentia fraga. Nec dissimili admodum ratione Varro *lib. 4. de ling. Lat.* legatos à legendo appellatos tradit, quia scilicet publice lecti sint ut mittantur. Ceterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudinis significationis verbi legare, in qua usurparur in illo legis XII. tabularum, *Uti quique legavit* &c. ubi hoc verbo legavit continentur etiam heredum institutiones, denique quiddam verbis directis patetiam. In testamento caverit confirmatur, l. 120. *de verb. sign. Vinn.* Immo etymologia Ulpiani nihil est verius. Legare enim prima producta non significat delibare vel decerpere, sed mandare jubere legem dicere. Unde & legare dicitur patetiam, etiam quando heredem ex esse instituit. Placuit vero hoc vocabulum Veteribus, quia, ut supra monui-

mus, testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant quam verbis directis, & ut ita dicamus, legatoris, e.g. habeto, heredi damnati esto, sinito &c. Plura eam in rem diximus in *Antiq. Rom. hoc tit.*

2. *Donatio quaedam* Particulam quaedam Modestianus in sua legati definitione non addidit, l. 36. de legat. 1. Non est tamen omnino supervacua ut quidam putant. Quippe legatum proprie donatio non est; in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, nec mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. & 2. *Inst. de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat; atque ita tamen ut suspendatur & post mortem testatoris adhuc pendeat ab additione hereditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis quæ mortis causa fiunt, l. 5. §. 17. de his que ut indige. Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est vero nihilominus peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio; proficitur enim totum à liberalitate testatoris, & estque titulariter lucrativa: quam ob causam etiam separatur ab hereditate, quæ onera quoque continet & interdum damnosa est, l. 32. mandati, l. 119. de verb. signif. Additur igitur generi est *επιχρηστικὴ* (admodicum) quaedam, ut sciamus genus hoc non simpliciter sed quadamtenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quidquam hæctenus contra legem aut modum definitum. Vid. *Goelen. de trop. definit. can. 9. excerpt.*

A defuncto relicta] Directo scilicet & proxime à defuncto non per interpositam mediam personam, ut excludatur fideicommissum quod quidem etiam relinquunt à defuncto, sed *επιχρηστικῶς* (mediate) atque ita ut relictum prius alteri quæritur, atque in huius persona consistat.

3. Videtur autem Tribonianus pro eo quod est in definitione Modestini, *testamento relicta*, consulti usus verbo generaliore, à defuncto relicta, ut serviret constitutioni Justiniani de exactione legatorum & fideicommissorum, quæ est l. 2. c. *comm. de leg. & fid.* Post hanc enim exactionem non minus legata quam fideicommissa non testamento tantum sed etiam ab intestato relinqui posse coeperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri: quo legata tantum ex testamento valebant, §. 10. *Inst. infra. de fid.*

ber. Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat cum legatum sic describit ut sic *delibatio hereditatis* (ἀποδοτικὴς κληρονομίας, imminutio hereditatis, Basil. 44. tit. 1. cap. 1.) qua testator ex eo quod *vivens heredi foret*, alicui quid collatum velit, l. 116. in pr. de legat. 1. Eadem differentia indicatur ab Ulpiano in *fragm. tit. de fideicommiss. §. 1. & 6.*

4. *Ab herede præstanda*] Hæc verba non agnoscunt Theoph. Cujac. Hotom. Wesembecus, Baro à sciolo aliquo adjecta ac proinde inducenda putat. Et farendum sane est non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria: quippe in qua quæritur quid sit legatum, non à quo relinquatur aut præstandum sit, quod pertinet ad executionem. Ceterum causam nullam admodum video, cur cum extem in vulgatis codicibus deleri atque ex his expungi debeant. Sæpe enim nostri latioris explanationis gratia quædam definitionibus adjujiciunt quæ ad essentialia rei definitæ non pertinent, ut videre est in definitione tutela, l. 1. de tut. item furti, l. 1. §. 3. de furt. quod & hic factum videtur. Sed dixeris vel ideo delenda esse, quia post exactionem legatorum & fideicommissorum non tantum ab herede sed etiam à legatario legari potest. Ego vero nego quod ita relictum est proprie legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo nonnihil iterum infra tit. *Inst. de fideic. ber. in pr.* Illa autem levicula sunt ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnumquam præstetur, l. 2. de legat. 2. deinde quod quæ legatum recta dicuntur transire ad legatarium, l. 64. de furt. Nam ad primum quod attinet, constat legatum omnino sic relinqui ut præstetur post mortem testatoris & proinde ab herede. Quod si testator anteverat & ipse præstet dum vivit, mutatur voluntate testatoris quod legatum in donationem inter vivos, per l. 84. §. 11. de legat. 1. Quod vero legatum recta à defuncto transire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominiæ nam possessio nihilominus hæc herede præstanda & præstanda est. Neque enim potest quidquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum; aliqui heredi potestas est id revocandi interdico quod legatorum, l. 1. §. 2. quod legat. de quo vid. *Clar. §. testamentum querit. 68. Peck. 4. actio. de testam. conjug. 48. Christin. vol. 4. actio. de testam. 16.* Sed & translatio illa domini facta potest esse.

est quam vera, & ideo introducta maxime ut legatarius post diem legati cedentem decedens ad heredem legatum transmittat, l. 3. l. 7. *quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplici legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modestini & Florentini & nonnumquam ritulum seu causam, ut tit. ff. pro legato. Frequentissime autem designat rem ipsam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum sublati.

2. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem; sinendi modo, per præceptionem; & certa quaedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solemnibus hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis sed voluntatibus eorum faventes, & dispositis ut omnibus una sit natura; & quibuscumque verbis aliquid relictum sit licet legatarius id persequi, non solum per actiones personales sed etiam per in rem & per hypothecariam. Cujus constitutionis peremptum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

Vid. l. 26. tit. 13. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1. Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solum nominibus distincta, sed etiam naturâ & jure.
2. Primum Justinianum effecisse ut omnium eadem vis esset, salva tamen manifesta voluntate defuncti.
3. Explicatur vetus differentia circa potestatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis sublata constitutione Justiniani.
4. Hypothecarium beneficium Justiniani accepto ferendam; quæ de re, adversus quot ea competat; & aliæ nonnullæ eodem pertinentia.

1. **P**er vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem] His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cuiusque generis propriis, aut earum unâ aliqua. Per

vindicationem his verbis legabatur: *Do, lego, capto, iuncto, tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita: *Heres meus damnati esto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeto.* Sinendi modo sic: *Heres meus damnati esto sinere L. Titium sumere illam rem sibi que habere.* Per præceptionem unum ex heredibus legabatur hac formula: *L. Titius mihi ex parte heredi illam rem præcipio, aut præcipuum habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur; in legato damnationis ad heredem; in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed naturâ quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam heredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato aut duabus rebus disjunctis, electio erat legatarii; idque putato etiam obtinuisse in relicto sinendi modo, quia in hoc quoque genere verba excecuta, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat heredis. Quod per vindicationem relictum erat petebatur actione in rem (quantumque eo nomine & in personam est testamento agi poterat); quod per damnationem id actione in personam est testamento persequendum erat. Nominem quoque ejus quod sinendi modo relictum erat non aliam actionem quam ex testamento competisset post Theoph. Bachovius scribit; Gajus, etiam vindicari potuisse, lib. 2. *Inst. hoc tit. §. pen.* quod ego locum habuisse puto cum res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Quod per præceptionem coheredi datum erat, eo nomine familiaris eriscundæ agebatur in coheredes. Hæc ferè & quædam alia hujusmodi reperuntur apud Ulp. in *fragm. tit. 24. Gajum lib. 2. Inst. tit. 5. Paul. §. sent. 6. & Theophil. hic.* Si cui vacat, etiam per me licet adeat *Ant. Fab. 6. conjug. 1.* caute tamen VINN. Rectè Gajum interpretatur Vinnius. Si enim res propria heredis vel testatoris alicui sinendi modo fuerat relicta, & legatarius eam vindicabat; tunc heres non contra vindicare, nec diceret poterat: *Er ego ajo illam rem meam esse; quia jusus erat sinere ut legatarius rem sibi haberet.* Præclare hoc observavit vir cl. *Ant. Schulting.* ad *Gaj. Inst. lib. 11. tit. 6. §. 6. p. 120.* Ceterum septemdecim horum legatorum differentias ex jure antiquo eruditè erutas habuit *Menill. obr. lib. 6. cap. 32. p. 175. HAIN.*

Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitate sublata] Significatur lex 21. C. hoc tit. quæ una quidem constitutio est, sed trium Imp. Constantini Constantii & Constantis, quos si singulos species totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi iidem Imp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus heredum, & in amplectenda bonorum possessione, l. 15. C. de testam. lex ult. C. qui admitt. ad bon. poss.

Nostra autem constitutio] Esc lex 1. C. comman. de legat. Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoque genere uti; nec Latino tantum sed etiam Græco aut Gallico aut cujuscumque alterius generis sermone legarum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguant, & testatur Ulp. in fragm. tit. 25. § 7. manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectuum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihil magis res aliena per verba vindicationis legari poterat quam ante; aut legatum per damnationem relictum in rem actione periti.

2. Hanc generam differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, d. l. 1. C. comman. de leg. Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrunt, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, per vindicationem aut per damnationem, ubique sustulit; rem autem ipsam & effectum reliquit. VINN. Id negari vix potest. Nam sic e. g. in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accrescere dicitur, l. 16. §. ult. C. l. 24. ff. de legat. 1. l. 31. §. 1. ff. de statu lib. Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accrescit conjuncto, l. 16. pr. ff. de legat. 1. l. 16. de legat. 2. Non itaque dicendum cum Cujacio in Paratit. C. ad l. un. de cad. tollend. sub fin. hanc differentiam non esse sublata, sed Pandectarum compositores fesciantiam agentes vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus immutavit, non delevisse. Vid. Merill. Varians. Cujac. lib. 11. cap. 10. p. 241. HEIN.

Non verbis sed voluntatibus] Ætologia hujus exequationis; quæ talis tamen est ut quisvis facile intelligat Imperatorum noluisse quidquam statuere, aut exæquationem istam

valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud distinctim verbis executivis ad heredem directis, non dubitarem respondere in hujusmodi legato electionem tribuendam esse heredi, cum DD. comm. & Zas. in l. 37. de legat. 1. n. 22.

Non solum per actiones personales] In d. l. 1. C. comman. de legat. Utitur numero singulari. Intelligit autem actionem que Veteribus dicitur actio ex testamento, l. 69. §. ult. l. 82. in pr. l. 91. §. ult. de legat. 1. l. 25. §. 3. de legat. 3. l. 6. de in lit. jur. §. 6. inf. hoc tit. Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, in de eo prestando obligatum habet heredem à quo relictum est. Obligatio quasi ex contracta: quippe cum heres adit ut agnoscat hereditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere, scilicet ut præstet quod testator injunxit; atque hoc factio quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. 5. Inst. inf. de obl. qua quasi ex contr. Ex quo apparet tertium possessorem hæc actione conveniri non posse, heredem posse etsi non possideat, per l. 25. de obl. & act.

3. Sed etiam per in rem] Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis fuit, sed non de omni legato; ut ecce, de eo quod per vindicationem legatum erat præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio; de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat: quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc juris nascebatur; ex eo nimirum quod re per vindicationem legata dominium recta à testatore in legatarium transibat, l. 80. de legat. 2. l. 64. de furti. Quod autem per damnationem relinquebatur ejus rei dominium transibat ad heredem; & in hoc tale legatum simile erat fideicommissio quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hæc formulam recte legabatur. Jam vero certum, esse actionem in rem omni domino competere & soli, l. 23. in pr. de rei vind. etique consequens, ut in qua specie ad obligationem heredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantum personalis sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola heredis obligatio locum actioni facit, ibi non potest esse actio in rem. Ex constitutione vero Justiniani etiam in pro legato damnationis consequendo actio in rem

rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis quam vindicationis dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Illud forte alicum turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse contendat, contra §. 14. Inst. inf. de act. Respondent nonnulli speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantum jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium: quod non placet; nihil enim refert quo jure dominum agenti quis situm sit, d. l. 23. de rei vind. & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hæc actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione heredis in rem ex jure dominii, quod statim à morte testatoris in legatarium transfertur: quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento petentem ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantum ut creditorem qui heredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab herede non ut obligato sed ut possessore vindicantem, nam & contra alios possessores sic in rem ageret. Concursus autem duarum harum actionum non cumulativus est sed electivus, hoc est, non ita simul competunt ut liceat experiri utraque, sed ut unâ, utra legatarius velit; unâ autem electa altera consumitur, l. 76. §. 8. de legat. 2. l. 84. §. ult. l. 108. §. 2. de legat. 1. Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit ponendi sunt termini habiles: primum ut legata sit certa species aut corpus, neque enim quantitate aut nomine legato vindicatio locum habere potest; deinde ut res que legata est propria testatoris fuerit, nam quod testatoris non est id ab eo non potest recta transire ad legatarium, l. 54. de reg. jur.

4. Et per hypothecariam] Priores duæ actiones etiam Veteribus, secundum ea que diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua hoc loco, tora beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legitimus apud Papiinianum legataros causam pignoris habere, l. 4. §. 1. de separation. id, ut locus ipse indicat, junct. l. 1. §. 3. eod. tit. accipiendum est de specie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hereditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hæc actio hypothecaria in quascum-

que res à defuncto relictas adversus quosvis earum rerum possessores. Ajo, à defuncto relictas; siquidem non res heredis propria; sed hereditarie ex hac causa pignori sunt legataris ex dicta constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris que legata sit; quippe que statim fit legatarii; rei autem nostræ pignus non consistit, l. 45. de reg. jur. Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse receptum est. Myns. 1. observ. 58. Charond. 4. respons. 52. cum vindicatione autem adversus eundem cumulari non posse tradidit Bald. in auth. contra n. 11. C. ad sen. Trib. sed Cyn. in d. l. 1. n. 10. C. comman. de legat. etiam harum cumulationem admittit, quem sequitur Bachov. in Treuil. vol. 2. disp. 13. ibet. 7. Ut utique, certi juris est actiones que se invicem non consumunt successive intentari posse, nimirum ut etiam post sententiam in una latam altera in judicium deducatur; ratio autem non patitur ut per hypothecariam aut actionem in personam consumatur aut rei vindicatio; ut proinde simpliciter verum esse non possit quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hæc actiones electivæ concurrere non cumulativæ sed nec pignori liberati debitor ad solvendum condemnato responsum est, l. 8. C. de pign. Illud pene supervacuum monere, actionibus hæc locum non esse nisi adita ex testamento hereditate; nam si hereditas adita non fuerit nihil eorum que testamento scripta sunt valet, l. 9. ff. de test. tut. l. 14. C. de fideicommiss. nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam per codicillis valere, sive quod testamento relinquatur etiam ab heredibus legitimis præstari, l. 29. §. 1. ff. qui test. fac. l. 29. C. de fideic. l. ult. §. 1. C. de edict. de quo plura Jas. d. l. 14. & post eum Scharh. n. 6. 7. & 9. Don. n. 9. & seqq. Illud in transitu monere non inute visum, actionem hypothecariam quam Justinianus pro legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures heredem ipso jure divisam esse, d. l. 1. in fin. C. comman. de legat. quod speciale est & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, que alias semper individua est, l. 65. de evict. introductum; ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso quod testator legari aut fideicommissi nomine constituit, l. 26. de pign. act. cum in dubio credendum sit testatorem se conformare voluisse ad jus commune, l. ult. C. de verb. sign. Atque hinc intelligimus etiam post hæc constitutionem Jus-

Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constituit. Add. Chrisin. vol. 4. decr. 47. n. 3. & 4. Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare in d. l. 1. n. 12. VINN. Atque de cumulatione actionum frustra queritur si ex principis juris Romani decidenda sit questio. Nam id jus cumulationem ignorare & ab ea plane abhorreere videtur, l. 6. ff. de excepti. rei jud. Nec contrarium liquet ex l. 1. §. 4. de edendo, & l. 12. §. 1. ff. de adq. vel amit. poss. quarum altera ad primam editionem, altera itaque actor duas edere actiones, protestatus, ex altera se velle consequi quod se contingat potest & relicta actione petitoria ad possessorium confugere, sed non duas actiones cumulare. Torum id jus ex jure Canonico videtur proficisci, quod praxis sequitur. Ceterum hæc docet, frequenter cumulari actionem personalem ex testamento & hypothecariam (modo non agatur adversus tertium possessorem, contra quem ex testamento agi nequit); non autem rei vindicationem & hypothecariam, cum alterutra sufficiat. HEIN.

TEXTUS.

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. Sed non argue ad eam constitutionem tradendam esse exitimavimus. Cum enim Antiquitatem invenimus legata quidem stricte continentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem; necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exequare, ut nulla sit inter ea differentia; sed quod deest legatis hoc repletur ex natura fideicommissorum; & si quid amplius est in legatis per hoc creascit fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum canalibus permixtis de his exponendum studiosis adolescentibus quandam introducamus sollicitatem, opera pretium esse duximus interim separatim prius de legatis & postea de fideicommissis tractare; ut naturam utriusque juris cognita facile possint permutationem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

Vid. l. 14. tit. 5. & l. 28. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum

- 1. missorum itidem esse Justinianum.
- 2. Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit.
- 3. Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus.
- 4. Exæquatione hæc non esse sublatam utriusque relicti differentiam essentialiam.
- 5. Quando amplius fuerit in legato quam in fideicommissis.

1. Superiore §. didicimus legata omnia inter se exæquata esse, hic docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, l. 2. c. comm. de legat. quod etiam hoc loco expresse proficitur, & verum esse vel ex eo liquet quod Veteres iuger legata & fideicommissa differentia, quas Ulpianus in fragm. & Gajus lib. 2. Inst. commemorant, certe maxima earum pars usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud quod apud Ulpianum l. 1. de legat. 1. legitur, per omnia exæquata esse legata fideicommissis Tribonianus acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxit ad constitutionem Justiniani jam biennio fere ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hæc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adijcere quædam & detrahere scriptis Veterum possent, l. 1. C. de vet. jur. enuel. Idque in plurimis locis ab eis factum esse animadvertere licet. Vid. Govean. 1. var. l. 29. Duar. 2. disp. 9. Don. 8. comm. 2. Baron. Horton. Wesemb. bic. Covarr. in cap. Raynaldu §. 1. n. 3. c. de testam. Aliter & diversimode hoc expeditur Cujac. 8. obi. 4. Røvard. 3. var. 4. Robert. 2. sent. 3. quorum explicationes etsi non probo confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hæc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia quibus scilicet res singule relinquuntur; ad universalis sive ad hereditates fideicommissarias non pertinere; is enim cui ex fideicommissis restituitur hereditas heredis locus habetur: de quo uberius infr. tit. Inst. de fideic. ber.

2. Strictè concludentem] Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, &

voluntates testantium juris subtilitatis subjicientem. Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum dicebant, certis quibusdam & solemnibus ac præscriptis verbis utendum erat sicut & in heredis institutione, nec aliis verbis relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, l. 7. ff. de vulg. & pup. l. ult. C. de testam. qualia sunt: do lego, capio, sumito, habeto, heres meus damnas esto dare, heredem meum dare jubeo. Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt & legislationis propria, respexit Ulp. in fragm. hoc tit. legatum defuisti, quod legis modo relinquitur. Ceterum præcisè illa & præcisè verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus in §. præc. Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat: siquidem legatum relinquere non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. 10. Inst. infr. de fideic. ber. Gajus lib. 2. Inst. tit. 7. Præterea legatum relinquere non poterat ante heredis institutionem, nec post mortem heredis, nec à legatario aut fideicommissario, sed à solo herede, §. 34. & seq. infr. hoc tit. & tit. Inst. de sing. reb. per fideic. rel. in pr. Ulp. in fragm. hoc tit. §. 16. & 20. Gajus d. tit. 7. Denique verba legatorum strictè accipiebantur, neque in his, si perspicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjectura aut questio voluntatis, l. 25. §. 1. de legat. 3.

3. Ex voluntate magis descendunt] Quam ex lege aut certo jure. Quod significat Ulpianus non ex rigore juris civilis profecti, sed ex voluntate dari relinquuntis. Proinde in fideicommissis parum referebat quibus verbis relicta essent, modo certa esset testatoris voluntas, l. 6. C. de fideic. adeo ut fideicommissum non minus Gæco quam Latine sermone relinqueretur, l. 11. in pr. de legat. 3. Ulp. d. tit. §. 9. Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinquii placebat, l. 21. diff. tit. Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minime obscura essent, magis tamen voluntas quam verba spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, d. l. 16. C. de fideic. l. 95. ff. de legat. 3.

Pinguiorem naturam indulgentem] Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquents coërentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommissis quam in

legatis admittentem: unde nihil eorum quæ legatum vitiasse diximus oberat fideicommissis. Poterat & ab intestato relinquii, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat licet & ante heredis institutionem & post mortem heredis. Poterat & à legatario & à fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentie, quarum Ulp. in fragm. tit. 25. & Gaj. lib. 2. Inst. tit. 7. meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit, VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat iis fideicommissi possent, §. 1. Inst. de fideic. hered. Hinc deportatis, orbis, in cœlbatu viventibus legari non poterat, cum possent fideicommissum relinquii, immo & Latinis, cum hi legatum non caperent nisi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulp. in fragm. tit. 17. §. 1. & tit. 25. §. 7. Unde omnino apud Ulp. tit. 25. §. 6. legendum videtur: fideicommissa dari possunt his quibus legari non potest. Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum esse nondum constat. HEIN.

4. Ut nulla sit inter ea differentia] Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius sicut olim diversa eorum vis sit ac potestas. Hoc enim exæquare est, alterius vim ac naturam alteri communicare: quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicat & in d. l. 2. c. comm. de legat. Itaque nunc legata æque ac fideicommissa & ab intestato & nutu & à legatario &c. relinquii poterant ac fideicommissa, & voluntas legantis servabatur. Quod ideo monendum putavi, ne quis putet hæc exæquationem essentialiam harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est etiam fideicommissum factum; & contra quod præcariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit. Ac profunde etiam adhuc fieri potest ut aliquo casu dissimilem hæc necessario effectum habeant, ne qui d fiat contra voluntatem defuncti, quam non evertere sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommissis libertatis, §. pen. Inst. infr. de sing. reb. per fideic. rel. Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas; sed perspicuo errore, nec digno qui confutetur.

5. Si quid amplius est in legatis] Mutata igitur est hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat quam in fideicommissis, quod aliquan-

quando, & scilicet legata re testatoris propria dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommissio numquam: item quod probinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat etiam rei vindicatio; si fideicommissis una tantum competeat extraordinaria persecutio: de quo dicendum amplius *infra. tit. Inst. de fideic. her. §. 1.* Ceterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus, & fideicommissa vice mutua in his rebus exaequavit legatis, ut jam iisdem quoque actionibus quibus legata peti possint, *l. 1. c. 2. C. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis & postea de fid.] Hinc est quod Justinianus in progressu aliquando ita disserit, tamquam inter legata & fideicommissa quaedam adhuc differentie oblinerent; quas tamen certum est eum una cum ceteris sublata voluisse: veluti in §. 10. *Inst. infr. tit. Inst. de fideic. her.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valent; & in *pr. Inst. tit. de sing. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi à legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re testatoris, heredis, aliena, cuius non est commercium.

4. Non solum autem testatoris vel heredis res sed etiam aliena legari potest, ita heres cogatur redimere eam & praestare, vel si eam non potest redimere estimationem ejus dare. Sed si talis sit res cuius commercium non est, vel adipisci non potest, nec estimatio ejus debetur: veluti si quis campum Martium vel basilicam, vel templum, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est si defunctus sciat alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si sciverit alienam rem esse non legasset, & ita dicitur Pius receperit. Et verius est, ipsum qui agit id est, legatarium probare oportere sciverit alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.

LL. 10. & 13. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Quorum verum legatum consistat aut non consistat.
2. Legem XII. tabb. non impedire quominus rei aliena legari possit; & numjus Canonicum.
3. Quid juris sit in legato rei communis: questio subtilis & elegans.
4. Effectus legati rei alienae.
5. Legatum rei simpliciter exenta commercio, aut visibus Principis deserventis prius inutile esse; ut & regulariter earum rerum quae adibus junctae.
6. Rei exenta commercio certa persona legatum valere si legatarius commercium habeat, si minus secus: subiecta plenissima solutio omnium quae obstat videantur.
7. Quid juris si feudum legatum sit.
8. Legatum rei alienae nisi singulari conjectura adjuvetur, atque ita demum valere placuit si testator sciverit alienam esse; & cur legatario ejus rei probatio incumbat.

1. Inchoatur hic tractatus de rebus quae legari possunt aut non possunt, qui locus maxime hujus tit. partem occupat, nec est sine multiplici distinctione pervius. Primum hoc in genere teneamus, non solum res speciatim sic dicitur sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere parere debeat nec solum res corporales sed etiam incorporales, puta usufructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res quae adu sunt in rerum natura verum etiam quae futurae sperantur; quae non sunt nec esse possunt earum legatum inutile esse: de quibus omnibus accuratius agemus suis locis. Porro interest utrum res legata sit in commercio an non sit; & si extra commercium utrum simpliciter atque in totum, ut sunt res publicae, sacrae, sanctae, religiosae, liber homo: quorum rerum legatum nullius momenti est; an vero res talis sit certo respectu & vel ob specialem circumstantiam commercio exenta, cum aliqui per se & conditione sua sit in commercio, cuiusmodi sunt marmora, columnae, tigna aedificii junctae; quae inutiliter itemdem uno atque altero casu excepto legantur: vel exenta commercio quorundam non omnium, ut mancipatum Christianum, cuius commercium non habent haereticus, Judaeus, paganus *tit. C. ne mancip. Chrisit.* item militia, hoc est officium alicujus eorum qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt, et

ex quo salaria à Principe consequentur: cuiusmodi officiorum constat quoque non omnes jure capaces esse, Vid. Cujac. in *l. 3. §. 7. de minorib.* Sic praedii provincialis cum aliis commerciis est, cum praeside non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo post. Quae res legata in commercio est, ea vel est testatoris priora vel non est; & haec iterum vel heredis vel legatarii vel tertii alicujus, quae in hoc argumento specialiter dicitur solet res aliena. De re heredis scriptum hic est, eam non minus quam rem testatoris legari posse; neque ullam hoc dubitationem habet, adeo ut hujusmodi legatum valeat etiam testator existimaverit rem suam se legare, *l. 67. §. 8. de legat. 2.* De re legatarii legata distincte dicitur *inf. sub. §. 10. huj. tit.* De re aliena hic itidem traditum est eam utiliter legari, cum ea tamen distinctione quam legatum rei testatoris aut heredis propria non recipit. Postremo illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatum earum rerum quae legatae nihil emolumentum ad commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius praecipitur diligentius sub §. 14. *huj. tit.*

2. Sed etiam aliena] Etiam res alienae legari posse semper constitit, & posse etiam difficilius earum paratio sit, ut ait Jurisconsultus *l. 39. §. 7. de legat. 1.* Nec obstat *lex XII. tabb.* quae tantum de suo legandi potestatem facit, *l. 120. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam de suo legat intelligitur; onerat enim heredem ut rem redimat & redemptam praestet. Olim hoc proprium fuit legatariorum quae per damnationem relinquebantur, sicut indicat *l. 30. §. ult. de legat. 3.* & expresse restatur Ulpian. *infr. fragm. sub. tit. de legat.* Hodie autem licet in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta *do lego*, aut *similibus*. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l. 104. §. 2. de legat. 1.* Ejus rei quae apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii, *ll. 9. & 98. eod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienae valeat dubitatur, propter *cap. filius x.* de testam. ubi videtur ejusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat speciem *d. cap.* esse singularem quod res alterius Ecclesiae legata proponeretur sepulturae causa, & ideo extra speciem illic propositam etiam jure Pontificio alienae rei legatum consistere; & ita

quoque Mant. *9. de conj. ultim. vol. 10. Faching. 5. contr. 38.* At enim negari non potest quin Pontifex in *d. cap.* ostenderit sibi displicere rei alienae legatum, cum id magis *saeculi legibus legi Dei* convenire significet. Quamobrem D. Tulden. *hic cap. 5.* fatetur quidem improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem; ceterum cum eam expresse non abroget, merito eam adhuc continere debere contendit: maxime cum probabili nitatur ratio, prolixius indulgensu- premis hominum desideris, & eo tantum periclitatur ut heres rem à domino redemptam aut, eo nolente vendere justam rei estimationem legatario praestet. Crediderim Pontificem privata opinione putasse rei alienae legatum legibus saeculi ita sustineri, ut eam rem veli nolit dominus suo pretio vendere teneatur nam ut heres aut redemptione rei alienae aut pretii illius praestatione oneretur, constat legi divinae minime repugnare.

3. Quisquam est, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorem fundum Sejanum quem cum Titio communem habebat legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet si testator sic dixerit, *fundum meum*; hic enim portione tantum deberi, id est partem quae testatoris fuit non alienam discrete respondet Paulus *l. 5. §. ult. de legat. 1.* & addit, hoc constare ut ostendat eerti juris esse non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro herede faciunt, verba, quia *fundum meum* recte interpretatur quantum mens est nam etiam recte dicitur quod parte meum est, *l. 26. de terro. praed. urb. l. 74. de legat. 3. l. 2. de cond. insti.* quavis totum meum esse non recte dicatur, *l. 43. de verb. sign.* mens testatoris, quia etiam res dubia esset, non facile crederetur testator onerare heredem suum voluisse necessitate redimendi, *l. 67. §. 8. de legat. 2.* Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum* aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur an ea tantum portio quae testatoris fuit. Accursum existimavit totum deberi, quoniam legatum rei alienae quam testator scivit alienam esse valeat, & in proposito fundus sit in totum esse alienus totus deberetur: quod & Donello visum in *l. 10. C. de legat. n. 2.* Sed contrariam sententiam, quam probant Bartol. Balb. Jas. Ang. Zas. Duar. in *d. l. 5. §. ult. de legat. 1.* Mant. *9. de conj. ult. vol. tit. 1. n. 12.* veram esse existimo, partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei

in totum alienæ & pro parte mex. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi potest quam voluisse legare totam. Ad cum pars tantum testatoris fuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse heredem suum ita onerare ut partem alienam redimat: quæ conjectura efficacissima est, l. 67. §. 8. de legat. 2. l. 36. in fin. de usufr. legat. Eadem rationem habet quod in specie fundi vestigialis legati responsum est, non videri proprietatem legatam sed jus quod in eo testator habuit, l. 71. §. ult. de legat. 1. fac. l. 24. de instrum. vel instr. leg. l. 30. §. 4. de legat. 3. Plane si testator nominatim dixerit se legare fundum Sejanum totum vel omnem, respondendum, utramque partem & tam alienam quam testatoris deberi, arg. l. 68. in pr. de legat. 2. Fusius hanc questionem tractamus lib. 2. tit. 1. quest. cap. 26.

4. Si eam non potest redimere æstimationem ejus dare? Effectus legati rei alienæ hic est ut heres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, l. 71. §. 3. de legat. 1. l. 14. §. ult. l. 30. §. ult. de legat. 3. & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit ut re aliena legata dominium ejus rei recta à morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc vero ita obtinent si testator rem alienam legavit sciens secus est si ignorans ut paulo post audiemus.

5. Si talis sit res cujus commercium non est nec æstimatio debetur? Ejus rei quæ simpliciter atque absolute extra commercium est legatum inuile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiose, usibus publicis destinatæ, l. 39. §. pen. de legat. 1. Idem est si legata res sit quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiani, fundus Albanus, aut prædia qua in patrimonio Casaris sunt; quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & iuriosi est talia legata adscribere, d. l. 39. §. 8. & 10. de legat. 1. Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, regulæ: aut alia id genus; quambobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur ll. 41. 42. & 43. d. tit. Ex-

cipiuntur duæ causæ, in quibus casum etiam rerum legatum valere placet, quarum una est in d. l. 5. alterum in l. 11. §. 14. de legat. 3. nimirum quia in utraque ea specie cessatio ob quam hæc res legari aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est de ruinis deformetur aspectus publicus, l. 2. C. de ædific. priv. Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata.

6. Quod si certæ alicujus personæ commercium res exenta est, refert testator is aut heres sit an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio si rei in stipulatum deducta commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat, l. 34. de verb. obl. Idemque est si heres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona heredis, utpote à quo res max abitura est, considerari debet. Textus est in l. 49. §. 31. de legat. 2. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usi uti & superioribus recepta. Grot. 2. mandatu. 22. ver. pen. Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est legatum non valere, d. l. 49. §. 2. cui simile est quod si qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, d. l. 34. de verb. obl. & quod donari non potest quod donatario adquiri non potest, l. 9. §. ult. de donat. vides *χρησιμότητος ἀδελφικῆς ἀπορίας πρὸς τὸν νόμον* (veluti christianum servum hæretico homini) ut ibi Græci. Ceterum non est hoc atque expeditum ac præcedentia. Nam primum obstatre videtur quod responsum est, militiæ servo alieno legato domino æstimationem deberi, modo testator sciens eam servo legaverit, l. 11. §. 16. de legat. 3. Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademptam esse totius juris civilis communionem; sed sciendum testamenti fictionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militiæ relinqui potuit & servo possit, atque m persona servi ipsi domino relicta videatur, l. 31. de ber. inst. Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit legatum utile sit, & æstimatio quæ naturæ legati militiæ continetur, d. l. 49. §. 1. de legat. 2. debeatur domino qui militiæ commercium habuit: utque si testator non ignoraverit servum esse; nam si liberum putavit, scriptum est in d. l. 11. §. 26. denegari fideicommissi petitionem addita hac ratione, quia si scisset servum non reliquisset. Itaque nec ad dominum quidquam isto casu ex legato aut fideicommissio redire voluit,

luit, reperiturque res relicta ei solum qui commercium ejus non habet: quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur l. 114. §. 5. de legat. 1. Sed hic locus ipse tibi quod respondeo subministrat. Ait Jurisconsultus, si quid alicui licite fuerit restitutum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium vel propter qualitatem relicti aliorum probabilem causam habere non potest, alius tamen habere potuit, æstimationem deberi. Proponitur legatum licite restitutum: ergo restitutum capaci, non ei cui commercium rei relicte interdictum est. Nemo enim dicit prædium provinciale licite legari prædii, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur restitutum ei qui casu aliquo & probabili ex causa rem habere non potest, non ei qui jure capere prohibetur. Finge, surdo, mutò aut coeco militiam legatam aut per fideicommissum restitutam, hoc casu æstimatio debetur; at non deberetur ei ea res relicta esset incapaci, arg. d. l. 11. §. 16. de legat. 3. Postremo hic obijciunt l. 40. de legat. 1. qui locus plus difficultatis habet; scriptum enim illic expresse est utile esse fideicommissum, & æstimationem deberi etiam eo casu quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus in d. l. 34. de verb. obl. distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque aliud esse non habere jus possidendi, aliud non habere rei commercium. Verum ista distinctio locum habere ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum est. Robertus 3. animadv. 11. & alii interesse putant, sciverit testator legatarium sive fideicommissarium incapacem esse an ignoraverit: priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet quod Cujacius in d. l. 34. contendit, redundare in d. l. 40. secundam negationem eamque demendam; ut hic sit sensus, æstimationem deberi si res cujus commercium legatarius non habet ab eo per fideicommissum relinquatur ei qui commercium ejus rei habet: quæ sententia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur ac si fideicommissum recta ab herede restitutum esset; estque casus hic similis ei qui proponitur in d. l. 49. §. pen. de legat. 2. Secunda autem negatione retenta fit scriptura inepta, & illa abundans, cujus commercium legatarius non habet. Quid enim refert, legatarium à quo res per fideicommissum relicta est commercium ejus rei habeat necne, si fidei-

commissarius non habeat, aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in d. l. 40. Sed cui placere poterit Duareno explicatio, verba illa, cui jus possidendi non est, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ille cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt tunc totum illud, cui possidendi jus non est, abundare? Existimat autem Duareno, in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum: legatum rei cujus legatarius commercium non habet eo jure inutile esse; fideicommissum, in quo benignior admitteretur interpretatio, utile; atque ex eo æstimationem fideicommissario deberi; argumento esse, quod in iis locis ubi negatur deberi æstimatio agatur de legato, ut in d. l. 49. §. pen. de legat. 2. contra ubi æstimatio dicitur deberi, de fideicommissio, ut in d. l. 11. §. 16. de legat. 3. & d. l. 114. §. 5. de legat. 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re quod Duareno sententiam, non indegentem sibi hujus differentiæ rationem reddere videtur, nimirum quia legatum recta transit in legatarium, fideicommissum primo consistit in persona ejus à quo relinquatur. Ego vero non magni hæc æstimo. Nam si tant insignis hoc incasu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminisset Ulpian. & Gajus sub tit. de fideicommiss. ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem plerasque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis eo quo fere hic queritur & fideicommissum ejusdem esse hæctenus naturæ, ut eadem res que per unum relinqui possunt possit & per alterum, d. rit. de fideicommiss. §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit quam ex fideicommissio: eo quo apparet rationem illam differentie quam Bachovius profert non esse usque adeo elegantem.

7. Quid si feudum legatum sit? Hic æstimationem deberi negant Gail. 2. obi. 154. n. 13. Fachin. 3. contr. 37. Vult. 1. de feud. cap. 9. n. 72. Petr. Greg. 42. syntagm. 32. Ajunt Peregrin. de fideic. art. 11. n. 103. & seq. Matheac. lib. 2. epit. legat. cap. 19. n. 4. Quorum sententia probabilior videtur Bachov. in Treat. vol. 2. disp. 13. thes. 5.

8. Si sciebat alienam rem esse? Non semper res aliena legata debetur, sed ut superior diximus interest utrum quæ rem alienam legans sciverit rem alienam esse an ignoraverit: si sciverit, debetur; si ignoravit non item,

De re pignorata.

5. Sed & si rem obligatam creditor aliqui legaverit necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habet heres si sciebat defunctus rem obligatam esse; & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere & hoc expresserit, non debet heres eam luere.

L. 11. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Doctrina hujus §. non ob stare quod alibi traditur, si res certa legata sit talem dari debere qualis est.
- 2 Interdum etiam tunc cum testator nesciverit rem obligatam esse heredem eam luere debere; & quibus casibus.
- 3 Quid juris sit pignore distraho.

item, l. 10. C. hoc tit. l. 67. §. 8. ff. de leg. 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione fortitan enim, inquit, si sciisset alienam rem esse non legasset. Sed unde illud coligimus testatorem legatarium non fuisse? Ex eo nimirum quod nemo facile credendus sit heredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, d. l. 67. §. 8. de leg. 2. l. 36. in fin. de usufr. leg. Atque hinc intelligere licet distinctionem illam ad rem hereditis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi etiamsi testator eam suam existimans legaverit: nempe cum rei legatæ dominium apud heredem est, tam facile eam heres præstare potest quam rem quæ defuncti fuit, d. l. 67. §. 8. Plane aliquando conjectura voluntatis efficit ut etiam res aliena legata indistincte debeatur, veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui cognatis, aut amico singulari, alicui tali personæ cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, d. l. 10. C. hoc tit. quod ad legata in piam causam relicta traducunt Tirac. priv. ple. caus. 66. Vasq. lib. 3. de succ. progr. §. 27. n. 41.

Legatarium probare oportere] Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter heredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, hereditate ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator quid in hac re juris esset simul definire voluit. Ait autem ab herede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere scivisse defunctum rem alienam esse, adjecta hac ratione ex notissima juris regula, l. 23. C. de prob. l. 4. C. de eand. quia necessitas probandi incumbit ei qui agit, qui hic legatarius est, non heres. Hoc idem iisdem verbis & Marcianus tradidit, l. 21. de prob. Accedit tamen hoc etiam alia ratio eaque fortior, quod heres presumptione juris adjuvatur, quæ etsi aforis partes heres sustineret onus tamen probandi rejiceret in legatarium, l. 8. & 9. eod. tit. Plane potest hoc jus et circumstantiis variari & nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quidquam juris habuit aut sibi asseruit, magna causa est presumendi pro legatario scivisse defunctum rem alienam esse. Add. Gomez. 1. res. 12. n. 13. Christin. vol. 4. decis. 32. n. 6. & regg.

posse pignus luere cum id nondum à creditore legitime distractum est.

lumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, l. 66. §. pen. l. 76. §. 2. de legat. 2. Plane si quis prædium legavit obligatum pro annuo reddito, hoc casu non esse cogendum heredem prædium liberare post Joann. Fab. D. Tuldenus hic cap. 11. annotavit; & ita observari ait: quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum testatorem cogitasse deliberatione.

2. Ita demum si sciebat defunctus] Si ignorabat valet quidem adhuc legatum, ceterum tunc res à legatario luenda est, ad loc. Duo sunt casus quibus placet etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse heredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æque legatarius fuisset si scisset obligatam, d. l. 57. ff. de legat. 1. d. l. 6. C. de fideicom. de quo constare poterit, si vel testator id aliquando aperte professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, arg. l. 10. C. de legat. Alter casus est, cum debitum exquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ; quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato: quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, d. l. 57. in pr. ubi ita legendum est, vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ere alieno, ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ & nonnullæ aliz habent, & in sua notat Jul. Pacius; non ut vulgo legitur, vel potest aliquid esse superfluum &c. Nam hac lectione retenta hic Jurisconsulti sensus fuerit, ut recte Fachin. lib. 12. contr. 34. quotiescumque plus est in re legata quam in debito pro quo obligata est heredes eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat Fachin. d. loc. & D. Tuld. hic cap. 11. Atqui tunc regula convertenda erit; quoniam rarissime fit ut creditores pignus accipiant cujus æstimatio non superet quantitatem crediti, Donellus 8. comm. 19. alium sensum vulgatæ lectionis affingit. nimirum cum debitum excedit pretium rei legatæ quam testator obligatam nesciebat, pro ea quidem quantitate quæ rei pretio respondeat legatarium luitorum; ceterum quod restat adhuc exsolvendum ut pignus in totum liberetur, id ab herede præstandum: quam interpretationem verba ista si potest esse aliquid superfluum exsoluto ere alieno minime ferunt. Illud hic monendi sumus, tunc solum heredem

3. Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote domino pignoris jure in alium translato, l. 46. ff. de adq. rer. dom. l. ult. C. si vind. pign. agat. Proinde hoc casu id superest, ut heres aut redimat aut si redimere non possit æstimationem ejus præster, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur, d. l. 6. C. de fideic. VINN. Cum vexatissima sit lex 57. ff. de leg. 1. Stephani autem & Baudozæ lectio etsi violenta videtur nec præsidium in vetustis Codicibus MSS. reperiat: omnino videtur Donelli sententia liquidissima. Ponic primo Ulpianus regulam bimembrem. Si testator scivit rem obligatam, tum heres luit nisi alio animo fuerit. Sin nescivit testator, tunc luit fideicommissarius. Jam sequuntur exceptiones aliquot ad posterius membrum pertinentes: (1) nisi si vel hanc vel aliam rem relictaurus fuisset si scisset: (2) vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ere alieno, id est, nisi exsoluto ere alieno nihilominus aliquid superfluum manet quod solvendum, e. g. usuræ diu non solutz, tunc id quod solvendum superest ab herede solvendum. Ad hunc casum etiam pertinent verba sequentia, in quibus frustra Ant. Fab. lib. 11. conj. cap. 10. & Donell. lib. 8. cap. 19. pro noluerit legunt voluerit. Qua emendatione non opus esse si versiculus ille ad hunc casum referatur, jam ostendit Osw. Hillig. in not. ad Donell. encl. lib. lit. 2. HERN.

Voluerit legatarium luere & hoc expresserit] Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus sed simpliciter standum est voluntati defuncti, l. 33. de legat. 1.

TEXTUS.

De re aliena post testamentum à legatario acquisita.

6. Si res aliena legata fuerit & ejus rei viro testatore legatarius dominus factus fuerit, siquidem ex causa emissionis, ex testamento actionem pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res ei datur, interest utrum rem an æstimationem ex testamen-

mento consecutus sit. Nam si rem habet, agere non potest; quia habet eam ex causa lucrativa si astimationem, agere potest.

LL. 43. & 44. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cum res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.
2. Duarum causarum lucrativarum in eadem rem & personam concursurum esse speciem liberationis; & quo ea pertineat.
3. Quid si eadem res eidem saepius legata sit eodem testamento.
4. Quid si eadem quantitas eidem legata vel unius testamento vel duorum.
5. Si duorum testamentis eadem res relicta sit, eum qui rem nactus est posse ex altero adhuc astimationem petere, non contra; & cur tam varie.

Si res legata tempore facti testamenti legatarii fuit legatum inutile est, ut docetur *inf.* §. 10. *huj. tit.* Quod si eo tempore aliena est & legatarius poseat ex alia causa dominium ejus nactus sit, placet inspiciendum esse quali ex causa nactus sit, ex onerosa an lucrativa: si ex causa onerosa, actione ex testamento eum agere posse & pretium consequi; contra si ex lucrativa, non posse, propter regulam quae definit duas causas lucrativas in eandem rem & personam concurrere non posse, quam statim explicabimus. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus ut pro ea aliquod vicissim praestemus: quod accidit in emtionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. 19. de obl. & aff.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest quales sunt legatum, fideicommissum, donatio, *l. 4. §. 2. de dol. mal. exc. l. 83. §. 6. de verb. obl. l. 61. ff. de solut. l. un. C. de imp. lucrati. descript.*

Si res aliena legata fuerit] Ab eo scilicet qui sciebat rem alienam esse; alioqui legatum inutile est nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum supra in explanatione §. 4. *huj. tit.*

Vitio testatore] Exempli causa hoc dictum putant Gloss. & DD. idemque obtinere quamvis id contingerit testatore mortuo: quibus assentior. Nam etsi hereditatem adiutam ponamus, ex quo heres debitor efficitur:

idem tamen dicendum esset, nempe heredem liberari, si antequam rem redimere & praestare posset ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l. 17. de obl. & aff.* Proinde frivolum est quod objicit Bachovius, diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eandem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescat? Negant comm. Doctores; sed ego subsisto, propter *l. 82. in pr. de legat. 1.* qui locus arguere videtur cum effecta obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente dominium rei adhuc apud legatarium existat.

Ex causa emtionis &c. pretium consequi potest] *L. 14. §. 7. de legat. 1. add. l. 45. l. 84. §. 5. eod. tit.* & quidem si rem totam emit aliove oneroso titulo adquisit pretium totius; si non totam sed partem, pretium partis quam emit consequetur, *d. l. 82. §. 3. de legat. 1.*

2. Duas causas lucrativas in eundem binimum & eandem rem] Definitio generalis, cui locus est non tantum si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l. 108. §. 4. de legat. l. 66. §. 1. de legat. 2. l. 21. §. 1. de legat. 3.* sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. 17. de obl. & aff. l. 83. §. 6. de verb. obl. l. 61. de solut.* Est enim duarum lucrativarum causarum circa eandem rem & personam concursus species liberationis, *d. l. 16. de obl. & aff.* quae, ut ego existimo, referenda est ad eas causas in quibus res incidit in eum casum unde incipere non potuit, *§. 2. Inst. infr. de inur. stip.* Cum enim res quae ex lucrativa causa debetur ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, ceipit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, *§. 24. Inst. infr. de aff. Dices,* idem contingere si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: cur igitur pariter hoc casu non accidit ut alius liberetur qui eandem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus quam si ex causa lucrativa nactus esset rem habere: emolumentum tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse secundum Veterum doctrinam, qui sic definiunt rem abesse videri ei cui pretium abest, *l. 14. de verb. sign.* Porro locus esse propositae regulae si certa res sit aut species quae debeat; nam si certa quantitas aut summa bis, verbi causa, legata sit, non potest *d. l. 1.* eandem rem deberi, *l. 34. §. 3. de legat. 1. l. 87. de legat. 2.* quamvis si ab eodem, mul-

DE LEGATIS.

tiplicatio legati non praesumatur, *d. l. 34. §. 3.* Exigit regula ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. 17. de obl. & aff.* quae verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit ut sit mansura; alioqui si in ea causa sit ut avocari possit, aut ea lege legata ut alteri restitatur, definitio locum non habet, *l. 82. in pr. & §. 1. de legat. 1. l. 61. de solut. fac. l. 71. de verb. sign.*

3. Si ex duobus testamentis eadem rei] Aut duobus, id est, duorum testamentis] Nam si eadem res eidem saepius legatur eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficite vel rem consequi vel rei astimationem, *l. 34. §. 1. de legat. 1.* Quippe saepius idem legando non ampliat testator legatum, *l. 42. de usufr. nec tam legasse saepius quam saepius locutus creditur, l. 66. §. 5. de legat. 2. l. 86. §. 1. de legat. 1.* nisi manifeste constet ampliandi legati causa saepius legasse, ut in hac specie: Duos quis scripsit heredes & damnavit innumquamque solidam rem legatario praestare; hic idem esse responsum est atque si duobus testamentis legatum esset, *l. 53. §. 2. de legat. 1.*

4. Aut eadem rei, id est, eadem species, idem corpus; nam si eadem quantitas eidem duorum testamentis relicta sit pura centum aurei, solidum legatum ex utriusque testamento peti potest: quamvis si in eodem testamento non aliter placeat legatum saepius praestandum, quam si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; praesumitur enim potius repetisse legatum quam voluisse multiplicare, *d. l. 34. §. 3.* nisi forte diversis scripturis legaverit pura testamento & codicillis; tunc enim nisi heres contrarium ostendat legatum duplicatum praesumitur, *l. 12. de probat. & ibi Gloss. & comm. DD.* Duar. ad *d. l. 34. de legat. 1.* ubi occurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis; aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco vel causa; nam & tunc ampliase legatum creditur nisi contrarium doceatur, per *l. 9. de adim. leg. Bald. Castr. Raphaël. Jas. in d. l. 34. §. 1. Gomez 1. resol. 12. n. 38.*

5. Utrum rem an astimationem] Igitur quod scriptum est in *d. l. 34. §. 2.* si duorum testamentis mihi eadem res legata sit bis petere me posse ut ex altero testamento rem consequar ex altero astimationem, id cum distinctione accipiendum est, ut si prius astimationem ex altero consecutus sim ex altero rem adhuc petere possim, non autem ut possim de astimatione agere si rem antea

Tom. I.

consecutus fuero. Non obstat huic distinctioni *l. 84. §. 2. de legat. 1.* ubi per exceptionem repellitur dicitur qui pretium rei legata accepit; nam in specie dicti legis heres Titius id dumtaxat legasse intelligitur quod ipse in res legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil praeter commodum representationis contineretur. Rationem propositae distinctionis suppeditat *l. 88. de verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus eum qui rem habet & astimationem habere intelligi, contra qui astimationem habet non videri habere rem ipsam; & rem enim astimationem contineri, astimatione rem non contineri: ut proinde si is qui rem habet astimationem habet, id petere intelligatur quod jam habet; qui astimationem adeptus est, si rem petat, id petere quod non habet. Adhuc etiam affectio ad minere esse potest supra astimationem, *l. 35. de minorib.*

TEXTUS.

De his quae non sunt in rerum natura.

7. Ea quoque res quae in rerum natura non est recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

L. 12. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Furumne sit legatum de quo hic agitur, an conditionale. Est plenius n. 2.

1. Quae in rerum natura non sunt nec actu nec potentia frustra & inutiliter legantur, veluti si hipocentaurus legatur, aut homo qui mortuus sit: quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est, *§. 1. Inst. infr. de inur. stip. fac. l. 108. §. 10. de legat. 1.* Quod vero in rerum natura nunc quidem non est sed futurum esse aut futurum speratur legari potest, licet fieri possit ut actu in rerum natura numquam existat: veluti si fructus legentur qui in fundo Tuscolano nascuntur, vel quod ex Aescusa natum erit, aut insula in flumine nascitura, *l. 24. in pr. de legat. 1. l. 17. de legat. 3. l. 1. §. ult. de cond. & dem.* cuiusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum reliquij potuisse docet Gajus *lib. 2. Inst. tit. de legat. §. 3.* De eo quaeritur,

Vvv

tur,

tur, primum sit hujusmodi legatum a conditionale. Dicendum est pro puro haberi quoad transmissionem, pro conditionali quoad obligationem, cum Gloss. & DD. comm. ad l. 25. §. 1. *quand. dies legat. ced.* Gomez 1. resol. 12. n. 24. quod mox perfectus intelligitur.

Fructus qui in illo fundo Ille casus huc non pertinet quando quis simpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini aut olei, quæ omnino prestanda est; sed quando legatur fructus aut certa quantitas fructuum qui nati erunt in hoc vel illo fundo, puta hoc modo, *fructus qui nascentur in fundo Tusculano heres dato*; vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo quod natum erit in fundo Semproniano heredem meum dare jubeo*, d. l. 24. de legat. 1. l. 5. de tritic. vin. leg.

2. Ex his autem legatis si nihil natum sit nihil debetur; si non tantum quantum legatum, non amplius debetur quam quantum natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset, si hoc vel tantum natum fuerit, d. l. 5. de tritic. legat. l. 8. §. 2. de legat. 2. & hoc est quod Pomponius significat cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, l. 1. §. ult. de cond. & dem. ex natura nimirum ipsius rei, l. 73. in pr. de verb. obl. extrinsecus, non ex testamento venientem. Hujusmodi autem generis conditiones cum non impediunt quominus dies legati a morte testatoris cedat, mortuoque licet nondum natis fructibus legatario spes legati transmittatur ad heredem, l. 5. §. ult. junct. l. 6. §. 1. *quand. dies leg.* inde dictum est tales conditiones non facere legata conditionalia, l. 99. de cond. & dem. quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus ut non transmittatur pendente conditione, l. 4. l. 5. §. 2. *quand. dies leg.* Non obstat l. 16. *cod. tit.* loquitur enim de legato alternativo & tali specie in qua duplex est dubium, & quid nasciturum, & quid heres electurus sit: nondum autem edito partu electionis locus non est. Quis vero legatum futurorum fructuum earumque rerum quæ postea nascentur pro conditionali hæctenus habebat, ut nulla eo nomine obligatio ad actio esse intelligatur antequam res nate sint; & tunc demum actio incipit cum per rerum naturam præstari possunt, d. l. 73. de verb. obl. Obiter & illud hic monendus est non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum etiamsi fundus adjectus sit non taxationis sed

demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum d. beri, est ex fundo adjecto tantum percipi non possit, l. 12. de alim. legat. l. 27. §. ult. de legat. 3.

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat, Titio & Sejo hominem Stichum do lego. Disjunctim ita, Titio hominem Stichum do lego; Sejo hominem Stichum do lego. Sed & si expresserit eundem hominem Stichum, aque disjunctim legatum intelligitur.

L. 33. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Quid sit jus accrescendi.
2. In hereditatibus id jus valere ex necessitate unde ea necessitas & quibus ejus effectus.
3. Deficientium heredum portiones quibus, pro qua parte accrescat.
4. Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumta voluntate testatoris: unde dimittuntur effecta, & que.
5. Verus inter genera legatorum circa jus accrescendi differentia.
6. Juri accrescendi locum non esse nisi inter conjunctos & genera conjunctorum exposita.
7. Qui hic & passim disjuncti dicuntur, eis & ipsos vere conjunctos esse. Et n. 10.
8. Quibus, pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat.
9. Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.
10. Singulos tam conjunctorum quam disjunctorum diversa consideratione recte & eorum habere dici & partes.
11. Quid sit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano.
12. Locus Ulpiani in l. 14. §. 9. de legat. 1. expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.
13. An partem faciat qui e conjunctis tempore testamenti mortuus est aut incapax.
14. An conjuncti post obitum testatoris mariti portio conjuncto accrescat.

DE LEGATIS.

16. An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat.
17. Quibus argumentis probari videatur, verbis conjunctos re conjunctos non esse: quibus item contra.
18. Communis sententia, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.
19. Quid hic juris apud nos; & quid in legato alimentorum.

1. **T**angitur hic disputatio de jure accrescendi, quæ nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior vel perplexior. Jus accrescendi est, quo deficientium heredum ejusdem hereditatis aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjectuarum is qui suam portionem agnovit. Applicatione hereditatis & honorum possessores intelligimus, l. 3. §. ult. de bon. poss. junct. l. 178. de verb. sig. & l. 2. de bon. poss. & eos quoque quibus ex fideicommissis restituta est hereditas l. 43. cum l. seq. §. 1. l. 79. ad Trebell. l. 83. de adq. her. Gomez 1. resol. 5. n. 19. Applicatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, l. am. §. ult. C. de cad. toll.

2. Valere hoc jus in hereditatibus ex necessitate. Necessitas na-citur ex duobus juris principis. Unum hoc est, Neminem hereditatis sibi delata partem semel questam repudiare posse, l. 4. C. de rep. her. Alterum, Neminem ejusdem hereditatis que alium heredem non habet partem habere posse partem repudiare, l. 1. & 2. ff. de adq. her. l. 20. C. de jur. del. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Quin nec ipsum testatorem hoc jus in hereditibus prohibere posse demonstravimus sup. in §. 5. Inst. de her. inst. Si vero non prohibuerit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tanquam ex tacita substitutione, l. 61. §. 1. de legat. 2. vid. Osw. Hill. in not. ad Don. lib. 7. c. 12. & 26.

3. Ergo qui ex aliqua parte heres extitit sive ex testamento sive ab intestato, ei invito etiam & ignorantibus deficientium portionem accrescunt, l. 31. l. 53. §. 1. de adq. her. l. 9. de suis & leg. her. & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum, d. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Si plures sint qui portionem suam agnovit, defectæ partes accrescunt omnibus qui agnovit; si omnes conjuncti aut disjuncti sint, sin promiscue conjunctim disjunctimque instituti aut ab intestato vocati, deficientis dis-

juncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo sed pro portionibus hereditatis; & in distributione, si permittim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius potestate persone fungi, ut non plus universi auferant quam singuli disjuncti, l. 34. in pr. ff. de legat. 1. d. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Eademque ratio est heredum legitimum, cum alii conjunctim seu nomine collectiva, alii separatim vocantur: quod fit cum quidam in stirpes alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. 6. Inst. inf. de her. que ab int. fratres & fratrum filii, Nov. 118. cap. 3.

4. Valere idem jus & in legatis inter collegatariorum ejusdem rei, verum effectum non nihil dissimili; namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumta voluntate testatoris eandem rem pluribus legatis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur, & legatum scindi si concurrant; si vero non concurrant, solidum postposito herede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest; & si singulis res singule relicte sunt uno deficiente portio ejus non accrescit collegataris, sed in hereditate manet augeturque jus heredis, cui & ab initio relinqui potuisset, l. 84. §. pen. de legat. 1. Deinde cum deficientis heredis portio nem coheres etiam invitus & cum onere semper accipias, collegataris ut plurimum nec invito nec semper cum onere partem accipit deficientis collegataris. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficientis volent tantum sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem sed sine onere, l. un. §. 11. C. de cad. toll. Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficientis portio defecta deferatur, potest eam non admittere, quoniam deficientis potest; eam autem admissa etiam onus est adjunctum subire debet, arg. l. 117. de reg. jur. Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, summe magis non diminutum retinet quam consequitur alienum, ut huic potius non decrescere quam portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat in d. l. un. §. 11. *ver. in vero C. de cad. toll. & facit l. 4. de legat. 2. ad Gomez 1. resol. 10. n. 42. Bart. & comm. DD. in d. l. un. & in l. 89. de legat. 3. Duar. 1. de jur. accret. 11.*

5. Jure veteri fuit in hac questione nonnulla in legatis ipsis differentia; nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat; si per damnationem manebat penes heredem; & utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim, singulis solidum debebatur; sed in legato vindicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferrebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi; in legato damnationis unus rem alter pretium rei ab herede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes Ulp. in *fragm. tit. 24. Gajus lib. 2. Inst. tit. 5.* atque ex parte Justinianus *d. l. un. §. 11.* Hæc differentia etsi novo jure unâ cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes quibus eadem res quocumque genere legati & quocumque modo relicta: ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis Veterum, quæ non satis accurate ad normam novi juris à Compilatoribus descripta sunt: quod est maxime quod hæc questionem tam perplexam facit. VANN. Nec tamen in universum per legem Papiam sublatum jus accrescendi, quod visum Em. Merill. *var. Cujac. lib. 1. cap. 39.* Valuit enim, si post apertas tabulas aliquid deficeret: valuit si collegatarius haberet liberos: valuit in usufructu aliisque casibus de quibus Jan. à Costa ad *§. ult. Inst. de Scio Orpbit.* & Jac. Gothofr. ad *leg. Jul. & Pap. caduc. cap. 19.* HEIN.

6. Porro autem cum non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur ratione rei conjuncti sunt) locus sit juri accrescendi nec olim etiam fuerit, inde nata questio de conjunctis eorumque differentia, à quem locum tractat Paul. *l. 142. de verb. sign. & l. 89. de legat. 3.* ex cuius disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes qui ad eandem hereditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est. Ceterum hos solos, non alios, ac proinde non eos quibus res diverse quamvis una oratione, *l. 84. §. pen. de legat. 1.* nec quibus res eadem à diversis testatoribus, *l. 16. quib. mod. usufr. amit.* nec quibus separatim partes ejusdem rei legate sunt, *l. 1. in fin. pr. de usufr. accret.* jus conjunctionis aut accrescendi habere.

7. Ceterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eandem rem, ex verborum tamen

forma & conceptione dividantur, *d. l. 142. & d. l. 89.* in tres species, ut alii dicuntur re conjuncti tantum, quorum scilicet singuli separatim seu diversis orationibus ad eandem hereditatem aut rem vocantur, ut *Titius heres esto: Sejus heres esto. Titius fundum Tusculanum do lego: Sejus fundum Tusculanum, aut eundem fundum do lego;* alii te & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit ut *Titius & Sejus heredes sunt. Titius & Sejus fundum Tusculanum do lego;* alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eandem successionem aut rem vocantur, additis his verbis, *aquis partibus veluti, Titius & Sejus heredes sunt aquis partibus. Titius & Sejus fundum illum aquis partibus do lego.* Hac divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere; nam ubi jus conjunctionis est ibi jus est accrescendi, & contra, *l. 16. quib. mod. us. amit.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est quam ut sciremus, inter eos qui conjuncti sunt jus accrescendi esse, inter alios non esse; quamvis sint qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus omnes conjunctos non æque conjunctos esse, sed alios alii conjunctores; & mirum eos quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos quam quos conjungit res tantum oratio separat: unde est quod hic cum illis comparati disjuncti passim appellantur: illi soli conjuncti, *l. 34. in pr. de legat. 1. l. 63. ff. de her. inst. l. un. §. 10. & l. 10. C. de cad. toll.* & apud Ulpian. & Gajum estque ædioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur & oratione separatos excludant, *d. l. 89. de legat. 3. d. l. 63. de her. inst. d. l. un. §. 10. verr. in vero,* ubi etiam hujus rei ratio afferitur. Plane si testator plures una oratione comprehendit non eo animo ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitate studio celerius loquens, deque eo constat: tum si quis ex his defecerit, ceteri non plus in hujus portione juris habebunt quam alii qui aperte oratione sejuncti sunt, *l. 66. de her. inst.*

8. Quidquid autem hic accrescit, nulli accrescit nisi qui portionem suam agnovit si plures agnovissent, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æque & viriles partes datæ intelli-

guntur.

guntur, *d. l. un. §. 11. l. 19. §. ult. l. 67. §. 1. de legat. 1.* Si conjuncti & disjuncti commixti sunt, conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes quam unus ex disjunctis, *l. 34. in pr. de legat. 1. d. l. un. §. 10.* Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione usufructus quardam sunt pecuniaria, quæ à nobis notata sunt sub *§. ult. Inst. sup. de usufr.* Attigi strictim pleraque res tota utcumque intelligi, & de plerisque controversis judicari poterit: nonnulla etiam latius declarabo inferius.

9. Eadem res] Quod obiter ante tetigimus hic prolixius explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi nisi ad eandem rem plures vocati sunt, aut, quemadmodum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit: inter diversarum rerum legatarios non esse; sive singulis legatur separatim, puta hoc modo *Titio Stichum do lego: Marcio Pamphium do lego;* sive etiam una oratione conjunctim, ut *Titio & Marcio singulos terros do lego, l. 84. §. pen. de legat. 1.* Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto, *Marcio fundi illius partem dimidiam, Sejso partem dimidiam do lego:* non intelligitur res eadem legata, sed altera atque altera, & diverse singulis; ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficienti pars ejus non ad collegatarium sed ad heredem pertinet, *l. 1. in fin. pr. de usufr. accret.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt diversæ, quarum una sit unius altera alterius, *l. 5. de stip. sero.* Neque obstat, quod ex duobus heredibus quorum unus instituitur sit ex parte dimidia alter ex altera dimidia, uno deficienti pars ejus accrescit alteri qui ex sua parte heres extitit: quoniam conditio hereditatis non paritur ut qui solus sit heres ejusdem hereditatis partem habere possit, partem non habere, *ll. 1. & 2. ff. de adq. her. l. un. §. 10. C. de cad. toll.* At nihil prohibet ejusdem fundi partem dimidiam alicui legari ut altera dimidia remaneat apud heredem. Illud frustra objicitur, quod nemini concessum est ejusdem rei sibi legatæ partem velle partem nolle, *l. 4. de legat. 2.* Nam in proposito cum pars tantum singulis legata sit, qui partem suam agnoscit totum quod sibi legatum est agnoscit. Quod si partem tantum partis suæ amplecti vellet &

reliquum repudiare, hic ei obstatet juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solidam conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un. §. 11. C. de cad. toll.* Hoc igitur ratum sit necesse esse, ut is inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis; hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert, toties jus esse accrescendi, quoties ex duobus qui in solidum habuerunt concursu res divisa est, *l. 3. in pr. de usufr. accret.*

10. Sive conjunctim sive disjunctim] Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur. Disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eandem rem vocantur: ut hic sior plures enuntiationes, illic una copulata, *d. l. un. §. 10. & §. seq. C. de cad. toll. l. 1. §. 3. de usufr. accret. l. 33. de legat. 1.* Indequè est, quod alii conjuncti alii disjuncti passim dicuntur. Ceterum conjunctio hæc & disjunctio ex verbis potius quam ex re assumatur, cuius respectu omnes conjuncti sunt quibus res eadem legata licet disjunctim; & hi sunt qui in specie rei conjuncti appellantur, *l. 142. de verb. sign. l. 89. de legat. 3.* quod & supra notatum est, & simul observatæ nonnullæ inter hæc genera differentie cum de onere partitis accrescentis quaeritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis cum permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum] Hoc alibi sic dicitur, concursu partes faciunt, aut concursu partes habent, *l. 3. de usufr. accret. l. 34. §. 10. de legat. 1. l. 80. ff. de legat. 3. l. 7. C. de legat.* Estque hoc certissimum argumentum in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cum dicitur non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unum quemque solidum petere posse, non expectato casu quo alter deficiat; aut alterum rem alterum ascimationem consequi: quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura testatorum solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un. §. 11. C. de cad. toll. l. 33. de legat. 1.* quo in loco valde conspiciuntur sunt emblemata Tribonianæ, sed habere solidum considerato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate testatoris.

11. Omnino enim credibile est testatorem

rem ad hunc eventum respexisse, atque ideo rem conjunxisse singulos, seu singulis eandem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum absque eo foret ut pars deficientis rediret ad heredem. Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere recte dicuntur; easque etiam in hunc eventum habent ex voluntate testatoris, quae hic manifesta est, cum utroque concurrente, quod utriusque futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur: tamen totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concursu faciunt: quales sunt quibus partes tantum ab initio assignantur. Ceterum quod tam conjunctis quam disjunctis solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. 34. §. 9. de legat. 1.* expresse scribit, si conjunctim res legatur partes ab initio fieri; nec solum partem facere eos in quorum persona consistit legatum, verum eos quoque quorum in persona non constitit.

12. Hunc locum obstat non putant qui non intelligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minime obscurum est. D. Gothofredus in notis ad *d. §. 9.* scribit, *partem facere, non quorum persona in divisione partem accipiunt, sed cum ejus qui deficit aut incapax est parte conjunctio accrescit*, contra manifestam *d. §.* sententiam & perpetuum usum juris auctorum, quibus partem facere, est facere ut quis partem tantum habeat in eo quod totum habiturus esset si solus esset, aut impedire ne totum ad alteram pertineat, ut constat ex *l. 8. §. 8. l. 17. de inoff. test. l. 7. de reb. dub. l. 84. §. 8. de legat. 1.* cum similib. Et igitur perspicue etiam errat Goveanus, qui *lib. de jur. accer. n. 6. & 7.* scribit, eos qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accrescendi excludatur, necesse esse partes ab initio habere legatariorum. Facere autem ab initio partes eo dicitur, quia pro parte ab utroque legatum vindicatur, sed quia utroque solidum vindicantur res inter eos scinditur. Tot errores & errores conspicui quot penes dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio non habent, in his dicit non potest partes ab initio fieri, sed tantum concursu: quae perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est partes ha-

bere ab initio, quam partes ab initio fieri? Utrouque enim significatur, alterum hoc casu solidum habere nunquam posse, sed quod idem est, juri accrescendi non esse locum; & quamvis qui partem facere dicitur non concurrat aut concurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur ac si concurrisset, suamque partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu: quod in tanto vivo vix ferre possum. Postremo illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulos conjunctos solidum vindicare, vel unum eorum quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet quam delatum est; at in eventum quo uterque concurrat singulis non solidum sed partes relinquitur intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant. Faber *disq. 49. err. 9.* Quomobrem miror, D. Swanemburgium locum hunc Goveani notatum tam dignum existimasse, ut eum integrum verbis Goveani describeret *cap. 8. tract. de jur. accresc.*

13. Quid ergo respondemus ad dict. locum Ulpiani in *l. 34. §. 10. de legat. 1.* ubi tam discrete Jurisconsultus ait in *conjunctis partes ab initio fieri*? Ant. Faber id quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis restringit ad verbis conjunctos tantum, qui effectu ne conjuncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille referetur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum; ut adeo dicamus, de his ibi agi qui vel ante mortem testatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat caducum fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quae aliqui vel in hereditate mansissent, vel accrescissent conjuncto; nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accrescebat nisi post diem legati cedentem (cedebat autem demum ab apertura tabularum) legataris defecisset, aut tempore facti testamenti non fuisset in rerum natura, cui quod relictum erat pro non scripto habebatur, *l. unie. §. 1. & seqq. C. de cad. toll.* Eodem referendum atque eodem modo explicandum quod est in *l. 84. §. 8. de legat. 1.* Plane istud concedo, disjunctis apertis atque expressis solidum ab initio assignari quam conjunctis, utpote quibus ipsa conjunctione quodammodo partes attribui videantur: quod consideravit Justinianus *d. l.*

l. unie. §. 11. sed tamen nec disjunctis solidum simpliciter datum dici potest; alioqui non concursu res divideretur, sed alter rem, alter existimationem consequi deberet.

14. *Si alter deficiat*] Non potest dici defecere in cuius persona legatum nunquam constitit; veluti si quid ei datum sit qui quo tempore testamentum condebatur in rebus humanis non erat, puta diem suum functus cum id testator ignoraret; aut ei quicumque testamenti factio non est sive incapax, puta deportato aut peregrino. An igitur si alter de conjunctis aut testamenti tempore jam mortuus sit aut capere ex testamento nequeat partem alteri facere, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse testatur Justinianus *d. l. unie. §. 3. C. de cad. toll.* Puto autem & quod ei qui capere non poterat conjunctum cum alio relictum erat in eadem causa fuisse, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam atque quam illud pro non scripto habebatur, arg. *l. 1. C. de her. inst.* quod tamen non aliter processisse quam si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. 34. §. 9. de legat. 1.* ubi Jurisconsultus ait, etiam servum proprium qui sine libertate quod legatum est, quamvis id in persona servi non consistat, conjuncto partem facere, inuenis, ut paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut intervenit legatum] Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani in *fragm. tit. 24. §. 11. & seqq.* ubi scribit partem non concurrentis conjuncti, quae in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hereditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri; nunc autem certum est in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos esse partes.

15. *Vivo testatore defecerit vel alio quoque modo*] Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat qui de conjunctis vivo testatore defecerat vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum aut deportatione, uti ex *d. loco Ulpiani* manifestum est; idque quod huic relictum erat dicebatur esse in causa caduci, *d. l. unie. §. 2. C. de cad. toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eandem rem accrescit sine discrimi-

ne generis legati aut modi legandi *l. unie. §. 4. §. 10. & seqq.* Verum quid si unus defecerit testatore jam mortuo? Ego existimo hoc casu nihil conjuncto accrescere, sive legem Papiam spectes sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas defecisset, & pars ejus ex lege sic caduca, aut post aperturam tabularum, quod ex legati dies ex lege cedit, & hic quidem quod ei adscriptum est non fit caducum, jam enim ei debere coepit; ceterum nec accrescit collegatario sed ad heredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis dicitur in legatis & fideicommissis, *l. §. & passim quand. dies leg. ced.* & textus est in *l. 4. in fin. pr. de ultim. leg.* Ex constitutione autem Justiniani, cui placuit diem legatorum statim cedere a morte testatoris, effectum est ut idem juris nunc sit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut scilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accrescat collegatario, sed ad heredem similiter transmittatur, quemadmodum si solus esset totum transmittitur, per *d. l. unie. §. 5.* Non frustra igitur dicit, *vivo testatore.*

Totum ad collegatarium pertinet] Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantum vel tantum disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex *§. 30. §. 3.* si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum ceteris anteferuntur, disjunctorum partes accrescent omnibus, sic ut in divisione omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. 34. in pr. de legat. 1. l. 89. ff. de legat. 3. d. l. unie. §. 10. C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit accrescit cum onere, quod disjunctis sine onere, *d. l. unie. §. 11. sub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do lego] Quod in his quibus dictum conjunctim legatur Justinianus solum utitur exemplo re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet ut negent inter verbis tantum conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Goveanus *n. 26.* Horom. *6. obs. 12.* Ant. Fab. *6. conf. 1. & dec. 49. err. 4.* D. Swanemb. *de jur. accresc. cap. 8.* Sed sane hoc argumentum perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restituendum regulam: nulla hoc loco est conjunctorum inter se oppositio; sed conjunctorum id est eorum omnium quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorum quibus quod legatur orationibus diversis: ut