

licet in exemplo proposito Titius & Sejus sint re & verbis conjuncti, tamen ut tales non considerentur sed ut conjuncti simpliciter; ac proinde hic locus ponitur contrarium sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali conjunctione juri accessendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitus inquirere.

16. Illud pro confesso habendum atque omnino retinendum est, nullos esse conjunctos ad quos quidem jus accessendi pertineat nisi qui re sint conjuncti, sive quibus relicta eadem res. Proinde neque si quibus res diversæ relictae sunt quamvis oratione pro conjunctis hic habeantur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do lego*, ut verbis conjungantur, l. 84. §. pen. de legat. 1. neque ulla, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantum ejusdem rei singulis simpliciter datæ; ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi cesset, l. 1. in fin. pr. l. pen. de usufr. accres.

17. Hinc jam de questione proposita judicandum est. Nam si verbis tantum conjuncti qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum non sint simul re conjuncti, ex superiore definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit; contra pertinebit si iidem re quoque conjuncti sunt, ut ecce in hoc exemplo: *Titio & Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do lego*, constat Titium & Sejum verbis conjunctos esse & appellari, sed jus accrescendi inter eos verborum conjunctio parere non potest, si non etiam accedat conjunctio ipsius rei. Non esse re conjunctos ipsa appellatio statim à principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantum conjuncti, l. 142. de verb. sign. item verbis conjuncti non etiam re, l. 89. de legat. 3. Idem videtur ostendere expressio partium singulis attributarum; nam ut hæ partes indivisæ sint sunt tamen diversæ, ut dici non possint re conjuncti aut singulis relicta eadem res. Denique non est realis conjunctio nisi inter eos qui solidum ex judicio defuncti habent; verbis autem conjuncti non solidum sed partes habent, easque expressas verbis testatoris; ut proinde & partes ab initio facere, l. 34. §. 9. de legat. 1. & semper partes habere dicantur, l. 89. de legat. 3. Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos quos hic vocamus etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego æquis partibus*, is utique utrumque conjungit

in eandem rem, dum simul & semel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hæc conjunctionem partium æqualium expressio, nam etsi hæ partes non exprimitur, tacite tamen significantur enumeratione personarum, l. 16. de cond. & dem. Quæ autem non expressa intelliguntur tamen, si exprinantur pro supervacuis habentur, l. 69. de ber. inst. ut omnino verum sit quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æque exprinantur, in his non item; judicio autem defuncti pari jure censi, arg. l. 16. in fin. de legat. 1. Sed cur igitur dicuntur verbis tantum conjuncti, conjuncti verbis non re? Non quia vere verbis tantum conjuncti sunt, re plane disjuncti; sed quia tales videntur in comparatione cum re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum; quæ sola hæc genera separat, & adscriptis æquis partibus in verbis conjunctis qui dicuntur, res diversas facere videtur; quod tamen non ita est si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio cum pariter ad eandem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur, si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum, idque adeo verissimum esse ostendit, l. 80. de legat. 3. ubi Celsus scribit, conjunctim legatæ, esse tota legata singulis dare, partes autem concurren-
fieri; quæ definitio cum generalis sit, dubitandum non est eam ad verbis quoque conjunctos pertinere; & quod expresse partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente ejus sic à prudentibus acceptum, non quod duobus, verbis gratia, ita conjunctis simpliciter velit singulos partes adscriptas atque in omnem eventum habere, etiamsi non concurrant; sed quod cum sciret, si concurrerent ambo quod & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit quid in hunc eventum singuli habituri essent. Ad si unus dicitur, etiam in verbali conjunctione sic mentem testatoris acceptam, quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec obliam causam ad eandem rem utrumque vocaverit, quam quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit quam heredem suum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, d. l. 89. de legat. 1. ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto.

Re-

Respondet, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum: nimirum Jurisconsultus eo loco docendi gratia distinguit verbis conjunctos a conjunctis re & verbis simul, non ex eo quod re ipsa est, sed ex eo quod videtur, quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum, re & verbis conjuncti non habent; neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod vero apud Ulpianum scriptum est, si conjunctim res legetur partes ab initio fieri, d. l. 34. §. 9. de legat. 1. id tam ad verbis & re simul conjunctos pertinet, quam ad conjunctos verbis tantum; ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legatum Juliam Papiam & jus caducarum; uti & l. 84. §. 8. eod. In leg. 7. de legat. 2. aperte Jurisconsultus loquitur de legato damnationis eodemque pertinere principium legis 16. de legat. 1. arguit ejusdem legis §. ultimus. Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere: quippe qui toties locus est quoties res eadem duobus in solidum legata est sic ut partes concursus habeant, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressa sive ex tacita, l. 3. de usufr. accres. Atque hæc communis est sententia, probata quoque Durano lib. 1. de jur. accres. cap. 10. Baroni in comm. ad hunc §. Donell. 7. comm. 13. & 8. comm. 21. Goed. ad l. 142. de verb. sign. n. 12.

18. Confirmatur hæc sententia primum aperto textu l. 16. §. ult. de legat. 1. ubi non solum qui re & verbis conjunctus est, sed etiam qui virilibus portio data, id est conjunctus verbis tantum, arg. d. l. 142. non concurrente altero totum vindicare dicitur. Deinde ex eo quod verbis conjunctus etiam portio dicitur esse in hoc jure quam is qui re tantum conjunctus est, d. l. 89. de legat. 3. siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem; & præposterum est quod Ant. Fab. dicit. 49. err. 8. §. 9. respondet, verbis conjunctos licet re se disjuncti sint, ex accidenti tamen & postfacto etiam re conjunctos fieri, concurrente tertio aliquo qui illis re conjungatur; nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eandem rem plures vocantis; ut necesse sit eos quos in parte deficientes concurrere aut aliis præferri volumus considerari ut ab initio sententiæ testatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit quod à Javoleno responsum est, in hac specie si testator Mævio fundi partem

dimidiam, Sejo partem dimidiam, & emendat fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio solum sed etiam Titio accrescere, l. 41. in pr. de legat. 2. Nam Mævius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantum, verbis inter se separati: quod ipse Jurisconsultus expresse testatur; ait enim, separatim & partes fundi & totum legatum esse; apparetque legatum hoc sic à Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sine in unam dimidiam inter se conjuncti, Titius autem cum his in eandem dimidiam, quia cui totus fundus legatus est utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius amba dimidia ei legata sint: similiter ut in usufructu conjunctos esse dicitur quorum unus fundus alteri usufructus ejusdem fundi legatus est, l. 19. de usufr. leg. quod plenus & eleganter explicat Don. in epist. ad Albor. Gentil. inserta opusculis Donelli postumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac questione sit effectus quam ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos non disjunctos appellamus? Non obstat communi sententiæ quod Celsus l. 20. de legat. 2. respondit, servo communi quod legatum est, id si alter dominium omittet alteri non accrescere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio est, ut ipsa textus verba evincunt; & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur; fortuitumque est, quod æquales singuli habeant. Ac vero non est jus conjunctionis nisi inter eos quos testator in eandem rem conjuncti æqualiter. Magis obstrare videtur l. pen. de usufr. accres. ubi minime obscure Papianus pronuntiat, re separatos videri quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legato; sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate, utpote quæ difficilior accrescit quam usufructus, l. 1. §. 3. d. tit. Sed bene mihi videtur respondere Donellus, id quod in d. l. pen. dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei cujus usufructus relictus est, sed de portionibus singulorum hereditum à quibus relicta est: quam interpretationem & initium d. l. pen. juvat, & plane confirmatio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hac verba, cum alius ab alio herede usufructum vindicet. Bene autem Papianus

Xxx

tic-

negat, in huiusmodi specie legatarios in eandem rem conjungi, cum partes hereditarie prius divisae sint. Bachovius *d. legem pen.* accipit de eo casu quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est; sed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hereditate huic questioni non est locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem ejusdem hereditatis quae alium heredem non habeat partem habere partem repudiare permittit; & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit: quamquam illud etiam in hereditate quaeri potest, ex pluribus diversis generis conjunctis quis cui praferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expedit; plura tamen qui desiderabit, adire poterit DD. in *d. l. 89. de legat. 3.* Gomez *1. resol. 10. Grass. §. jus accrescendi.* Ant. Fab. *dec. 49. §. 50. Christin. vol. 1. dec. 312. §. 2. regg. & qui propriis tractatibus hanc materiam explicaverunt, Duar. Govean. Ant. Fumzeum, Jo. Suev. Corn. Swanemb.*

39. D. Grotius *lib. 2. mandata. 27.* scribit, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus praecipue rationem haberi quod proprius abesse videtur à sententia & mente testatoris; idque aestimari non ex verbis tantum & rei pretio, verum etiam ex conditione & qualitate personae tum testatoris tum legatariorum. VINN. Quae Grotii sententia eum evidenti aequitate fulciatur, & nostris moribus admodum est consentanea. ADDIT. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juris accrescendi non est locus, *l. 57. §. ult. de usufr. l. 16. §. 2. de alim leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l. 16. de adq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l. 35. in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit; ut recte Cujacius.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & usufructus ad eum pervenerit.

9. Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem de alio usufructu, & usufructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, recte eum agere & fundum petere Julianus ait: quia usufructus in petitione servi-

tuus locum obtinet, sed officio judicis continetur ut deducto usufructu jubeat estimationem praestari.

Vid. l. 43. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Speciem hoc loco propositam pertinere ad adstrinam traditam §. 6. huj. tit.
2. Quae sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur.
3. Interpretum error circa ejus explicationem notatus.
4. Ant. Fabri opinio confutata.
5. Non esse novum ut interdum condemnatio fiat in rei petita estimationem.

1. Hic locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. 6. huj. tit. ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit interesse utrum perveniret ex causa onerosa an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extingui sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi; hoc casu contra legatum penitus evanescere, eo quod duae lucrativae in eandem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto ibi traditum est id etiam valet in partibus, ut si quis rei sibi legatae partem unam ex causa onerosa alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguitur quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat & pretium ejus consequi possit, *l. 82. §. 3. de legat. 1.* Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit de tracto usufructu, & usufructus postea ad eum pervenit, puta mortuo usufructuario aut capite minuto atque ita ex causa lucrativa, primae de hoc habendum ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi usufructus non in parte sed in jure consistit; tamen quia emolumentum rei continet merito vicem partis obtinere placet, *l. 66. §. pen. l. 76. §. 2. de legat. 2. l. 58. de verb. obl.* Ceterum in hac specie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet ea petitione contineri intelligi tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l. 82. §. 2. de legat. 1.*

2. Recte eum agere & fundum petere] Recte, id est, impune, sine metu cadendi causa; quae poena est eorum qui plus petendo per-

peram agunt, §. 33. *Inst. inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum herede simpliciter intendere fundum sibi dari oportere, etiam si nudam dumtaxat proprietatem emerit, usufructum adeptus sit gratis, neque hac intentione sua plus cum complexum videri debere quam oportet: fundum, inquam, ipsum, non *diaraxen*, & estimationem, ut male Theoph. & Pac. quod arguunt sequentia.

Quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet] Poterat obijci, immo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque aperte plus petere si simpliciter fundum petat: quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *ll. 10. & 19. de usufr. leg. l. 58. de verb. oblig.* ac proinde tanto plus quam oportet eam petitionem completi, quanto plurius aestimari constat plenam proprietatem quam nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait, usufructum in proposita petitione servitutis locum obtinere; quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, eum qui fundum petit, etsi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu praesenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietate designata intelligatur, seu fundus quatenus praesenti emolumento abest, ut usufructus intellectus ab eo separatur, & ob id tanquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cum & alias cum usufructus separatus est appellatione fundi nudam proprietatem significari constat, *l. 27. de verb. sign.* Hac interpretatio cum petitori necessaria sit, ne aliqui formula excidat si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubebimur quod petitori utile est, *l. 66. de judic.*

3. Scio longe aliter hunc locum ab aliis explicari, sic enim fere ceteri existimant, quod Justinianus hic ait legatarium recte agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium recte, id est strictae rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amissionis causa fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & usufructum comprehendat, aut posse eum ipso jure petere solidi fundi estimationem; & quod mox pro ratione Justinianus assertit, usufructum in ea petitione locum servitutis obtinere, & sic accipiunt, quasi dixisset, quia usufructus non

jam parvis sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor me hac opinione non posse; neque enim intelligo quo colore defendi possit legatarium in proposito rationi juris convenienter agere hoc modo: *Ajo te mihi fundum Sempronii legatum mihi à Titio dare oportere, ut hoc sit formula illius intentio: Ajo te mihi dare oportere, & ita obstat regulam juris quae non patitur duas causas lucrativas circa eandem rem & personam concurrere; si hoc modo, adhuc dico id ipsum eum petere quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate; ac tu te neges, fatendum tibi erit peti quod legatum non est. Immo vero nego unquam eum qui fundum petit posse intelligi usufructum jure servitutis petere; quicumque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l. 5. in pr. si usufr. pet. aut nudam, l. 25. de verb. sign.* Denique non recte in specie proposita solidum fundum aut solidi estimationem peti, statim aperte ut nihil videtur probat quod apud Julianum in *d. l. 82. §. 3. de leg. 1.* notat Marcellus; ait enim, si pars fundi alieni mihi legati redemerit, pars mihi legata sit aut donata, idem esse quod in specie proposita à Juliano, & ideo me partem dumtaxat petere debere: quibus verbis non obscure innuit, nec in praecedenti specie Juliani solidum recte peti; alioqui species quam proponit Marcellus ut similem Juliani longe esse dissimilis.*

4. Antonius Faber *6. conf. 8.* ne hoc quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum recte peti, utut ea intentione nuda proprietate petita esse intelligatur: quoniam ait, nec apud Julianum nec alibi hoc tradidit, & quod meum est amplius meum fieri non potest. Sed ut supra in §. 6. ostendimus, quod ex causa onerosa ad creditorem pervenit, interpretatione juris perinde habetur ac si non pervenisset, propter pretium quod ei abest, *l. 14. de verb. sign.* & refellit Fabrum *lex 19. de obl. & act.* ubi discrete Julianus scribit, eum qui non ex causa lucrativa rem habere capit, non prohiberi eandem ex causa lucrativa petere; tum etiam manifeste locus Marcelli modo citatus; nam si partem fundi

quam ex causa onerosa consecutus sum recte peto, cur prohibear proprietatem petere quae ex tali itidem causa apud me est? Cetera quae eodem loco Faber adversus hanc sententiam & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat assis non astimo.

5. *Sed officio iudicis continetur &c.* Quamvis ratio iudicii hoc exigat, ac proinde regulare sit ut condemnatio fiat in rem ipsam quae petita & in iudicium deducta est, l. 18. *comm. div.* evenit tamen nonnumquam ut necesse sit aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petite æstimationem; veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta sit, l. 23. *de verb. obl.* item si res aliena quæ petitur domino venalis non sit, aut venalis quidem sed immenso pretio, l. 14. §. ult. *de legat. 3.* vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, l. 19. *de obl. & act. l. 84. §. 5. de legat. 1. §. 6. sup. hoc tit.* Idemque est, si creditor partem quam ex simili causa nactus est petat, l. 82. §. 3. *de legat. 1.* & in causa proposito ubi fundo alieno legato fundi proprietates quæ ex causa onerosa apud legatarium est petitur, d. l. 82. §. 2. *de legat. 1.* Hic igitur iudicis officio incumbit, ut reum eodemmet non in rem petitam pura ut fundum præsert deducto usufructu, nam proprietatem fundi jam revera petitur habet; sed ut præsert fundi deducto usufructu æstimationem: hoc est, ut tantam pecuniam legatario det, quantum ille venditori pro fundi nuda proprietate persolvit. Julianus hoc sic expressit, *Judex tanti item æstimabit quantum auctori averit, d. l. 82. §. 2. de legat. 1.*

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum; quia quod proprium est ipsius amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam non debetur nec ipsa rei nec æstimatio ejus.*

COMMENTARIUS.

1. *Celsum videri à ceteris dissentisse circa casum quo legatarius rem suam sibi legatum viro testatore alienaverit; tematur tamen conciliatio.*
2. *Quomodo temperandum quod dicitur, rem suam nemini recte legari.*

Sed si j) Particula hæc videtur arguere hunc §. esse appendicem disputationis habitæ

in §. *præc. & §. 6. huj. tit.* Nam ut illic tractatur de re quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est, ita hic de ea quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat si res quæ legatarii propria est non ipsi legatario sed alteri legata aut potest per fideicommissum relicta sit, docebitur *inf. §. 1. Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quaeritur, an utile sit legatum si quis legatario ipsi rem quæ jam ejus est legaverit. Ait autem Justinianus tale legatum inutile esse, propterea quod fieri non potest ut quis duabus ex causis dominum adquirat, l. 3. §. 22. *de adq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ nec emptio valet, l. 82. *de verb. obl. l. 16. de contr. empt. Idem rescriptum est in l. 23. C. de legat. & responsum ab Ulpiano l. 41. §. 2. de legat. 1.* Quamobrem nec res nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est in *fin. hujus §.*

Et licet alienaverit eam] Ampliato superioris definitionis. Etsi is cui res sua legata est eam post testamentum factum & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihil tamen magis legatum convalescit. Quod suntum ex definitione regulæ Cathoniana, quæ non patitur legatum ex postfacto convalescere quod initio vires non habuit, l. 1. *in pr. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ad *Ulp. d. l. 41. §. 2. de leg. 1.*

1. Aliud tamen Celsi iudicium fuisse eumque in hac questione dissentisse à ceteris existimant Cujac. Horom. Bachelov. per d. l. 1. §. 2. ubi sic Celsus scribit: *Item si tibi legatus est fundus qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum viro testatore alienaveris legatum tibi debebitur, quod non deberetur si testator statim accessisset. Et sane locus ita scriptus est, ut parum absit quin idem sentiam. Sed tamen videamus quid obstat quominus verba illa, si eum viro testatore alienaveris, dicamus esse testatoris, non Jurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario; nec perpetuo observatur, l. 76. *in pr. & §. 1. de verb. obl. l. 1. §. 10. de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? l. 4. *de reg. Caton. d. l. 41. §. 2. de legat. 1.* ut propterea non deberet exemplum conditionalis legati à Celso proponi tanquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catoniana falsa sit. Atqui etiam precedens species*

in §. 1. d. l. 1. *eod.* exemplum continet legatarii conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regulæ Celso excipit. Denique difficulter ad id possum ut credam, in diversis Jurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter promissuros fuisse, quasi in re certa minimeque dubia. Sed tamen iniquies, fatendum tunc erit inepte Celsum facere quod excipit de regula quod ad regulam non pertinet. Patere igitur & tu æque ineptie & prius exemplum à Celso excipi. Verum ego puto, quod nescio an quisquam alius animadvertit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species quas proponit quasi hæc etiam verbas regulæ contineantur excipere; quia cum conditio in utraque specie adscripta talis sit ut deficiat si statim testator decedat, si longiuscule vivat impleri possit: fieri utroque casu potest ut, contra quam regula definit, legatum quod non valuisset si statim dedecisset testator, valeat si diutius vixerit. Ad cetera utam legata conditionalia nec verba regulæ pertinent.

2. Ceterum meminimus, quod initio dictum est, rem suam nemini recte legari sic accipiendum esse, primum si ea res perfecte legatarii sit; hoc est, ita ut advocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus qui Reipub. causa aberat usu adquisierim, & ea antequam evinceretur nihil legata sit, postea evincatur: recte ex testamento petam eam mihi dari oportere, l. 82. §. 1. *de legat. 1.* Deinde si res legata legatarii sit pleno jure; nam si quid juris in ea re aut testator aut alius habet, placet valere legatum & utile esse in eo quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusim, superficiem aut pignus testatoris aut alii in re legatarii constitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo quod juris alieni fuit, l. 43. §. ult. l. 71. §. pen. l. 86. *in pr. & §. ult. de legat. 1. l. 1. §. 1. de liberar. leg.* Nec dubito quin idem dicendum sit si alius in ea re usufructum habeat, arg. l. 76. §. 2. *de legat. 2.* licet dissentiat Accurs. propter textum in l. 66. §. pen. *in fin. de legat. 2.* quo in loco vitiose legitur, *propter istas causas;* cum legendum sit *præter,* ut bene Cujac. lib. 5. *ad Afric. in l. 25. de vulg. & pup. subst.* observavit & nonnullis in exemplaribus legi testis est Donell. 8. *comm. 11.* In quibusdam editionibus præter in margine adscriptum vidi. Postremo si nec ea res testatoris debita sit; nam debitori quod debet recte legatur, licet dominus ejus rei sit, l. 2. *in pr. de lib. leg. vid. inf.*

§. 13. *huj. tit. VINN.* Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic sensus esse. Dixerat Papinianus fundo legato etiam usufructum recte peti, itemque tuendum fundum si oppignoratus sit, præstandam possessionem si alius possideat. Ne quis autem existimaret, idem etiam locum habere si res nostra nobis legata sit, addit: *Si autem res mea legatur tibi, legatum propter istas causas non valet.* Id est, uti recte interpretatur Osw. Hilliger. *ad Donell. encl. lib. 8. cap. 2.* non licet ex superioribus argumentum ducere. Et hinc assentiri non dubito Accursio. Inter pignus enim & usufructum multum interer. Rem meam oppignoratam recipere non possum nisi soluto ere alieno; usufructus ad me redit mortuo usufructuario, vel ex alii causis. HEIN.

TEXTUS.

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est quam quod in opinione. Sed si legatarii esse putaverit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

COMMENTARIUS.

1. *Male & priorem speciem hujus §. accommodari regulam.* Plus valet quod in veritate est &c. & quo ratione isto casu sustineatur legatum.
2. *Prædictam regulam pertinere ad casum posterioriorem, atque eos actus tantum in quibus error gerenti non obstat quominus velit & possit in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

Supra §. 4. audivimus, si testator rem alienam suam eam esse putans legaverit, legatum non valere nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur: quæ exceptio in exegesi posita & declarata. Quod si quis rem heredis legaverit quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, l. 67. §. 8. *de legat. 2.* Hic ex converso docetur, quid juris sit si testator rem suam legavit quasi alienam; item quid si legavit suam cum crederet eam esse legatarii: placere autem utroque casu valere legatum; & valebit igitur vel magis si suam rem lega-

1. *Non plus valet quod in veritate &c.* Puto rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animaverit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cum quis rem suam quasi legatarii legavit. Nam non recte hic dixerit, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur verum est testatorem rem suam legasse: quoniam etsi opinionem attendas, aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promtu alia ratio ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstat legato: nimirum quoniam si alienam rem credens eam nihilominus legavit, heredemque suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur si scivisset suam esse, d. l. 67. §. 8. de legat. 2.

2. *Sed & si legatarii esse putavit valere constat*] Ad hunc casum recte accommodabimus regulam, *Plus valet quod in re & veritate est quam quod in opinione.* Nam si hic opinionem spectari placeret nullum esset legatum, quia quod legatarii est inutiliter ei legatum, §. præc. Est autem regula ista ex earum genere quæ ad certos dumtaxat casus & actus pertinent; locum enim tantum in iis habet in quibus error gerenti non obstat quominus velit & possit id in quo errat, in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit quominus rem suam legare poterit; neque etiam quominus velle eam legatum existimari debeat, nisi quis dicat, quodcumque res sua legatario legatur, ideo legatum non valere quia animus legandi desit: quod verum non est; neque enim ideo tale legatum inutile quia voluntatem legandi testator non habuit, sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cum quod alijus jam est id ejus amplius fieri non possit, §. præc. Hæc vero ratio cum cesset, si non legatarii, quod testator falso existimabat, sed ipsius testatoris res esse deprehendatur, cessare quoque debet ista dispositio: quod & ipsum Justinianus non obscure significat, cum ita infert, *quia exitum voluntas defuncti habere potest.* Ejusdem generis exempla atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in l. 4. §. 1. de mand. vind. l. pen. §. 4. de jur. & facti ign. In iis vero actibus qui ab animo æstimantur & pendunt certumque propositum gerentis re-

quiritur, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hereditatis, contraria regula probata est; placetque plus valere quod est opinio quam quod in veritate, ll. 15. & 16. junct. l. 19. de adq. her. nimirum quia in his error impedit quominus fiat quod fieri vere poterat, si quis sciret quod in re est; & proinde quod verum est procedere non sinit. D. Hottomannus sic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus esse opinionem*: quod ego falsum esse puto. Nam etsi testator rem suam tanquam legatarii in jure errans legaverit valebit haud dubie legatum: è contra si in facto errans rem legatarii legaverit tanquam suam non valebit; ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat si non adimendi animo vendidit nihilominus debent idemque divi Severus & Antoninus rescribere. Idem rescripserunt eum qui post testamentum factum prædia que legata erant pignori dedit, adimendi legatum non videri; & ideo legatarium cum herede ejus agere posse ut prædia à creditore luanatur. Si vero qui partem rei legatæ alienaverit, pars que non est alienata omnino debetur; pars autem alienata ista debetur si non adimendi animo alienata sit.*

LL. 17. & 40. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus conjiçtatur utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, non.*
2. *Responsum quoddam Scævole cum aliis loci conciliatum.*
3. *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

Pertinet hic locus ad tit. seq. de adempt. legator. est enim rei legatæ alienatio specietate ademptionis; quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert recedere à priore voluntate videtur. Ceterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriiri voluntatis quæstio, an res adimendi legat-

ei animo alienata sit nec ne; ut si non sit, legatum adhuc peti possit: quod hic docet Justinianus.

1. *Si non adimendi animo*] Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi, quæ si libera plane fuit, id est si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut eum necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi id eum fecisse creditur, l. 18. l. 24. §. 1. de adm. legat. ac de hoc casu accipiendi textus in l. 8. pr. de legat. 1. l. 15. de adm. legat. l. 1. & 3. seqq. de pec. leg. §. 17. inf. huj. tit. item l. 6. de legat. 1. Faluntur enim qui putant hac in re quidquam interesse inter legatum purum & conditionale: in quo errore etiam Mynsingerus est. Quod si causa alienandi necessaria fuit, id est si testator rem legatum vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non esse; & ideo legatum peti potest, nisi probetur etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse. Probatio autem mutæ voluntatis hic ab heredibus quamvis reis exigitur, l. 11. §. 12. de legat. 3. quoniam præsumtio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguiendi legati causa alienare, qui etiam maxime legatum valere velit tamen alienare cogitur.

2. Ceterum distinctioni propositæ non parum obstat videtur responsum Scævole in l. 27. §. 3. de instr. legat. Patronus libero quem ex parte heredem scripserat per præceptionem fundum legavit cum instrumento & his quæ in eo fundo futura erant cum moretur. Respondit Jurisconsultus sine distinctione etiam vinum in eo fundo reperit, quod vivus testator vendiderat & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad liberum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem heredes approbent. At vero si alienatio extra causam necessitatis facta argumentum est mutæ voluntatis, dicendum erat id vinum pertinere ad coheredes nisi de contraria voluntate doceret liberus. Respondent nonnulli, in ea specie Scævole venditionem vini factam ante factum testamentum. Ego magis Ant. Fabro assentior, qui lib. 1. conj. 6. respondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum est; & maxime cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, arg. l. 19. de contr. emt. §. 4. Inst. sup. de rer. div. Pla-

ne pro qua parte pretium testator accepit, difficile dictum est cum quoque partem legato præceptionis contineri; & ego dixerim potestem pro ea parte exceptione summovendum esse.

Divi Severus & Antoninus rescripserunt] Neque responsum Celsi extat, neque hoc Imp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hic traditur recepti juris patet ex l. 18. de adm. leg. junct. l. 11. §. 12. de legat. 3.

3. *Qui prædia pignori dedit adimere legatum non videri*] Pignoris datio etsi proprie alienatio non est, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique soluto debito restituenda sit; tamen pro specie alienationis habetur, l. ult. C. de reb. alien. non alienand. Ceterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem; neque enim pignus dari solet nisi ab eo qui necessitate adductus est; ut proinde recte & superiore sententiæ convenienter Imp. Severus & Antoninus rescripserint, eum qui rem legatum oppignorat adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur *non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare.* Extat rescriptum in l. 3. C. de legat. Enimvero audiendum nihilominus heredem existimem, si paratus sit ostendere animo adimendi rem à testatore pignori datam.

Cum herede agere ut prædia luanatur] Hoc est, ut heres de suo tantam pecuniam creditor solvat in quantum prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præstet, d. l. 3. C. hoc tit. quod tamen accipiendum est secundum distinctionem traditam sub §. 1. hoc tit. *Si vero qui partem rei alienaverit &c.*] Hoc omnino præcedentibus est consequens; nam quod juris est in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, l. 76. de rei. vind. Et ideo si pars tantum rei legatæ alienata sit, pars que non est alienata semper debetur, l. 6. l. 8. in pr. de legat. 1. quæ alienata est debetur aut non debetur, prout eam animo adimendi aut non adimendi alienatam esse constabit.

TEXTUS.

De liberatione legatæ.

13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit legatum utile est & neque ab ipso debitore neque ab herede ejus potest heres pe-*

fidenciam Ant. Fabri, qui *lib. 4. conj. 12.* contra manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cum dies venit aut conditio exitit, & Falcidia locum dari & fideicommissum deberi. Falso nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodum representationis duntaxat sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommissum gravari posse: temere id colligens ex verbis Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l. 1. §. 10. eod.* & Ulp. in *d. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. præleg.* qui id disertè negant, nulla necessitate committens. Utique nec rationi convenit ut Falcidiam pariatur legatarius creditor aut fideicommissum præter, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil consequitur, nullumque omnino commodum in re sentit. *Fac. l. 28. §. 1. de legat. 1. l. 3. §. 2. de legat. 3.* Extat responsum Papiniani in *l. 5. ad leg. Falcid.*

3. Existimantium extintum esse legatum, &c.] Hic iterum, ut *supr. §. 11.* occurrit duæ regulæ contrariæ, quarum una definit: *Quod semel utiliter gestum est durare, etiam si ille casus extiterit à quo initium capere non potuerit.* Altera contra: *Negotium extinguitur, cum is casus postea incidit unde incipere non poterat.* Hæc duæ propositiones, ut constat, non possunt simul esse veræ simpliciter & in universum. Immo neutra earum perpetua est aut vera in omnibus causis, *l. 85. §. 1. de reg. jur. l. pen. §. ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id est quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea quæ utiliter sic gesta & consummata sunt infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit à quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit. Exempla suppetunt *l. 8. de his qui sui vel al. jur. l. 16. §. ult. de rit. nupt. l. 31. in pr. de don. l. pen. §. ult. de verb. obl.* Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit tale sit ut impediat quominus negotium recte coepit ad finem perducatur, placet quod ante gestum est resolvi; si non impedit, durare quod bene gestum est exitumque suum sorti. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa etiam ab initio utiliter constituta

sint, non statim tamen ita plene perficiuntur ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur; reliquum enim adhuc est ut heres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum qui testamentum jure fecerat capite postea minuto esse, servum scilicet factum aut deportatum aut adrogatum: dicimus irritum fieri testamentum; nempe quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione conditione personæ testatoris sic mutatur ut testamentum habere non possit ac ne heredem quidem omnino, §. 4. *Inst. sup. quib. mod. test. inf. l. 6. §. 5. & seqq. de injust. rupt. l. 8. §. 1. & seqq. qui test. fac. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tabb.* Finge, servo alieno quid legatum esse eumque servum postea à testatore redemptum: dicimus similiter legatum extingui, quia id quod accidit impedit ne legatum exitum habere possit, *l. 3. §. ult. de his que pro non scriptis.* Ejusdem generis exempla occurrunt *l. 83. §. 5. de verb. obl. §. 2. Inst. inf. de inst. stip. §. pen. Inst. inf. de novat. ult. l. 43. §. ult. de furt. l. 11. de servit. l. 11. de judic. l. 15. in fin. junct. l. 1. seg. ad leg. Aquil.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amissis facultatibus audiendi loquendive, aut bonis ei interdicitum: hic contra dicimus testamentum quod antea recte factum erat nullo horum casuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hereditas ceteraque relicta obtineantur, utpote statum & fortunam suam testatore retinente, §. 1. & 2. *seqq. Inst. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 6. §. 1. l. 18. qui test. fac. fusc. Don. post DD. vulg. in d. l. pen. §. ult. de verb. obl.*

4. Ceterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet *l. 98. de verb. obl.* Atque in casu hic proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat creditori suo pure legavit & vivente testatore dies supervenit aut conditio exitit, Paulus in *l. 82. de legat. 2.* aperte dissentit à Papiniano in *l. 5. ad leg. Falc.* Si demum jam mortuo testatore dies venerit aut impleta sit conditio concedit Paulus durare petitionem legati; si vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici, quamvis ab initio constitit; contra Papinianum, etiam si vivo testatore dies venerit &c. utile esse hujusmodi legatum scribit,

bit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit ut etiam antequam dies aut conditio existat testator mortuus sit; Papinianus unum tantum hic tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendum existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejectâ Pauli Justinianus hic amplectitur.

Tota disputatio hujus §. quod Compositores ipsi non animadvertunt, hodie inutilis penè & supervacua videtur; vix enim est ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit & jus taciti pignoris in bonis defuncti, *l. 1. G. comm. de legat.* ut proinde uno tantum casu nunc accidere possit ut legatum rei debite nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra causam legati jus pignoris habet constitutum sibi jam ante vel à debitore vel à lege, ut in specie §. proxime sequentis. *Vinn.* Nemo hæc rem accuratius tractasse videtur viro eximio *Jac. Gothofredo in comment. ad l. 85. §. 1. ff. de reg. jur. p. 391.* ubi regulas has ita conciliat: (1) *Quæ ex præsentibus vires capiunt, quæque non tantum ab initio semel considerunt verum etiam utiliter constituta sunt, quorumque dies utiliter ante casum existentem cessit: ea durant etsi casus extiterit à quo initium capere non possent, nisi rei aut personæ status essentialis ita mutatus fuerit ut jam adimpleri res nequeat.* (2) *Quæ ex præsentibus vires non capiunt, vel quamvis consistant non tamen constituta sunt ante casum existentem, denique quorum dies nondum cessit: ea evanescent emergente casu à quo initium capere non potuerunt.* Ex his duabus regulis egregie solvi quæstiones singulares idem Gothofredus per inductionem ostendit; simulque docuit dissentium *Vererum*, quem jam *Cujacius* observavit, in de esse quod non satis distinxerint illa, *negotium constitit, & negotium utiliter constitutum est:* quæ diversa admodum esse nemo non videt. *Hæm.*

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. Sed si uxori maritus dotem legaverit vales legatum, quia plenius est legatum quam de dote actio. Sed si quam non accepit dotem legaverit, divi Severus & Antoninus rescripserunt, siquidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia vel certum corpus aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.

COMMENTARIUS.

1. Jure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse quam in abrogatione.
2. An novo jure obligat aliquid in ejusmodi legato commodi.
3. Quid juris, si que non accepta est dos aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore.

SI uxori maritus dotem legaverit] Exemplum legati rei debite; proinde quid hic statuendum sit discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato quam in debito legatum valeat; si nihil amplius, legatum sit inutile.

1. Quia plenius est legatum quam de dote actio] Hæc verba arguunt, Veteres semper existimasse plus esse in legato quam in obligatione dotis; ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, factis. *ff. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius esset faciebat aut utilitas representationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, *intra 3. dies, 6. mens.* id est, tribus annis pensionibus redderet; legatum autem statim peti poterat, *l. 1. §. 2. l. 2. d. tit. Ulp. in fragm. tit. 6. §. 5.* ut ad commoditas novæ actionis; nam etsi ceteræ dotis statim reddebantur, teste *Ulp. d. loc.* tamen dotæ prælegata hoc commodum sentiebatur uxori quod dominium rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequeretur; cum pro dote rependa personalem tantum actionem rei uxorie haberet, *arg. l. 3. §. 2. de leg. 3.* auri dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulata consequeretur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionem bonæ fidei, per *l. 28. §. 1. de legat. 1.* Ad hæc varis olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones sæpe etiam dos lucro mariti cedebat. *Vid. Ulp. in fragm. d. tit. 6. l. 15. §. 4. ff. sol. matr. l. un. §. 5. & seq. C. de rei uxori. act.* quibus, locus non erat dotæ relegata.

2. Justinianus vero jus & petitionem mulieris sic auxit, *d. l. un. & l. 30. C. de jur. dot.* ut non videam quod commodi nunc ex relegatione dotis capi possit, nisi quod jure

legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioqui præstatio à nudi dilationem ex constitutione Justiniani habet, *d. l. un. §. 7. vers. exadio C. de rei uxor. aff.* Tentari tamen potest cum plerisque Interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest obijci exceptio quam vocant competentie. Tametsi enim non omnibus hereditibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l. 25. de re jud.* sufficit tamen communi filio qui patri heres extitit competere, *l. 18. solut. matr.* argue ita aliquando legatum utile esse posse & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio quod reus facere posset. VINN. Sed hæc comoda legati non adeo magni momenti sunt; actionem enim realem uxor soluto matrimonio habet tamquam domina doli. Adhuc ex stipularum de dote æque bonæ fidelis & pinguis est ac actio ex testamento, excepta representatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentie ob legatum hoc amittant, *vid. l. 12. 23. & 18. ff. solut. matr. l. 25. de re jud. junct. l. 67. §. 8. de legat. 2.* Observavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenstecher, in *admonit. ad ff. Part. §. 116. HEIN.*

3. *Si quidem simpliciter inutile est legatum*] Si dos uxori prælegata sit non designata certa quantitate aut certo corpore demonstrato & dos nulla data sit, legatum inutile est; quia apparere non potest quid aut quantum fuerit legatum. Neque hoc tantum in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatæ, *l. 75. §. 1. de legat. 1. l. 25. sub fin. de lib. legat. fac. l. 69. §. 4. de jur. dot.*

Si vero certa pecunia vel certum corpus aut instrumentum] Veluti, *Centum que in dotem accipis* aut, *Fundum Tullianum mihi in dotem datum uxori do lego*; aut, *Centum que instrumento dotati conscripta sunt*, *ll. 3. & ult. C. de fals. caus. adi. leg.*

Valere legatum] *D. l. 25. in fin. ff. de lib. leg. d. l. 3. & ult. C. de fals. caus. adi. leg. d. l. 75. §. 1. in fin. de legat. 1.* Ratio aperta est, & expressa dictis locis, quia falsa demonstratio legatum non vitiat; de quo plura *inf. §. 30. hoc tit.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit quam in dotem acceptam excedit, *l. 6. de dot. prat.* Obstat tamen his que diximus videtur quod Ulpia-

nus scribit, *l. 1. §. 7. eod. tit.* si quis ita legaverit, *Centum que in arca habeo*; aut *qua ille apud me depositus*, & nihil in arca sit aut depositum fuerit, nihil deberi: accomodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed recte respondet Jo. Faber, referre utrum legatur certa quantitas ut quantitas, an ut certum corpus aut species, veluti *Centum que in arca habeo*, *l. 34. §. 4. l. 51. de legat. 1.* Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato; posteriore idem juris esse quod certo corpore quod non extat demonstrato, ut siquidem exact quantitas sic designata legatum valeat; si non extat inutile sit, *l. 108. §. 10. de legat. 2. l. 32. §. 5. de legat. 2.*

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16 *Si res legata sine factio heredis perierit legatario decedit.* Et si servus alienus legatus sine factio heredis manumissus fuerit non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus sit & ipse eum manumiserit, teneri tunc Julianus scripsit; nec interest sciverit an ignoraverit si eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & si cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres; quamvis ignoraverit si eum legatum esse.

L. 41. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 *Servi alieni qui legatus sit manumissionem heredem ita liberari ut nec estimationem debeat*; & quid si res legata evicta sit.
- 2 *Heredem qui servum proprium si se legatum vel ignorans manumiserit obligatum remanens*; & cur nominatim hoc pronuncietur de servo heredis proprio.

HUJUS §. doctrina pertinet ad locum communiem de liberatione debitorum, que contingit interitu rei debite. Sic enim in universum jus est, ut rei debite interitu qui sine factio aut culpa debitoris contigit obligatio extinguatur, ita ut nec ulla estimationis petitio supersit, *l. 23. de verb. obl. l. 30. §. 6. ad leg. Falc. l. 47. §. ult. de legat. 1.*

Si res] Id est, res certa, species seu certum corpus, *l. 26. §. 1. de legat. 1. d. l. 23. de verb. obl. d. l. 30. §. 4. ad leg. Falc. idque*

DE LEGATIS.

ex prædicato perierit satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est, nunquam dici potest res legata aut alias debita perisse, quoniam omnes homines generaliter & infinite centum legato aut obligatione continentur; eoque fit ut in his nullo rerum casu sive heres sive quis alius debitor liberetur, *d. l. 30. §. 5. ff. ad leg. Falc. l. 21. C. si certi. per.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei qui in arca sunt, nihil interest, *d. l. 30. §. 4. l. 37. de verb. obl.*

Sine factio heredis perierit] Sive naturali interitu sive factio alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l. 18. S. ult. de dol.* Nam si ipsius heredis factio res perit, non magis id legatario nocere debet quam ceteris creditoribus que factio debitorum contigerunt. Sed & si res naturali fato perierit, ceterum post moram ab herede factam, heredis id detrimentum erit, *l. 39. §. 1. de legat. 1.* Certa enim est juris regula, mora interveniente periculi obligationem, ut post moram re peremta nihil scius teneatur debitor quam si res adhuc extaret, *d. l. 23. de verb. obl. l. 82. §. 1. l. 28. §. 3. eod. l. 5. de reb. cred. de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, perierit.* Perisse non tantum res intelligitur cum in rerum natura esse desit, verum etiam cum commercio exorta est, *§. 1. & 2. Inst. inf. de inat. stip. l. 83. §. 5. de verb. obl. l. 92. de solut.*

Legatario decedit] Hoc locis compluribus traditum, *l. 26. §. 1. l. 35. §. ult. l. 47. §. ult. l. 112. §. 1. de legat. 1. d. l. 23. de verb. obl.* atque, ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum qui certam speciem debent.

1. *Sine factio heredis manumissus*] Etiam servi alieni legati manumissionem heres liberari, si nulla ejus culpa argui potest, *l. 35. de legat. 1. l. 91. §. 1. vers. sin autem de verb. obl. l. 92. de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse; scilicet quia manumissionem servus commercio eximitur. Quare nec estimationem præstare heres tenetur, quam præstare cogitur cum res adhuc extaret, cumque d minus non vult vendere, *§. 4. inst. hoc tit.* Quid si res legata non peremta sed legatario evicta sit? Et si quidem ex causa pignoris evicta sit à creditore, heres obligatus manet; si nec interest generaliter res le-

gata sit, an aliqua specialiter & certas nam nec illo casu sufficit rem talem dare qualis est, sed ita dare oportet ut eam habere liceat, *l. 29. §. pen. de legat. 3. l. 45. §. 1. de leg. 1.* & hoc casu tenetur heres rem obligatam nexu pignoris liberare, *§. 5. hoc tit.* Sin autem evicta fuerit à domino ut res aliena, hic interest in genere res legata sit an in specie; nam si in genere, & heres rem unam aliquam ex eo genere dederit, que postea à domino evincatur, non liberabitur, ob eamdem scilicet causam quam modo dixi, si in re in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est, ut si testator eam rem tantquam alienam legaverit, tenetur heres eam redimere, aut estimationem ejus dare, *§. 4. hoc tit.* si tantquam suam, placet heredem liberari modo præstet rem talem qualis apud testatorem fuit, *l. 77. §. 8. de legat. 2.*

2. *Heredis servus legatus & ipse eum manumiserit*] Si heres servum proprium à se legatum manumiserit, obligatus remanet & tenetur in ejus estimationem perinde quæsi occiderit; nec refert sciverit an ignoraverit à se legatum esse, *l. 112. §. 1. de legat. 1. l. 28. qui & à quib. man.* quippe etiam manumissionem res interite intelligitur, quia desinit esse in commercio; & nemo suo se factio obligatione liberare alterique damnum afferre potest, *l. 25. §. 2. in fin. ad sen. Treb. l. 91. de verb. obl.* Quod ergo dicitur in *d. l. 28. qui & à quib. man.* heredem servum proprium quem testator legaverat manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis non ad effectum libertatis referendum; ut nihil agere dicitur, quia manumittendo non efficit quominus obligatus maneat, quod etiam Accurs. observavit. Non obstat huic sententia, quod excusatur ignorantia ejus qui servum indebitum sibi datum manumiserit, *l. 65. §. pen. de cond. ind.* nam indebiti conditio, utpote que ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur vero Justinianus hoc loco & Jurisconsulti in *d. l. 112. §. 1. de leg. 2. & d. l. 28. qui & à quib. man.* nominatim loquuntur de servo heredis proprio? Nimirum quia heres servum testatoris à se legatum aut per fideicommissionem tenetur relicturne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem quam restitueret jus esse alienandi potestatem habet, *l. ult. §. 2. C. comm. de leg. Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione plene jure heredis sit, placet tamen libertatem ab-*

herede consequi non posse, l. 29. §. 1. qui *est* à quib. man. Sed quid est igitur quod Paulus in l. 91. §. 2. de verb. obl. scribit, Julianum putasse teneri heredem qui cum nesciret à se petum codicillis ut restitueret manumissis? nam libertate non procedente non potest dici manumissis. Responsum ipsum Juliani, quod extat in l. 25. §. 2. ad sen. Treb. rem expedit. Non ait Julianus servum hereditarium ab herede legatum aut quem nominatim heres restituere rogatus est posse manumissionem heredis liberum fieri; sed posse heredem qui hereditatem restituere jussus est, servum qui ex ea hereditate sit manumittere, ut tamen obligatus maneat pretiumque servi fideicommissatio præstet: inter quæ multum interest. Nam cum servus hereditarius certus specialiter legatus est, manifestum est testatorem velle huic ipsum servum præstari non æstimationem ejus. At in fideicommissio hereditatis potest favore alicujus rei quæ in ea hereditate sit alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit utrum res ipsa an æstimatio præstetur.

Sed *est* si alii donaverit *est* si cum manumiserit *est*. Heres qui servum proprium à se legatum alteri donavit, quamvis eum à se legatum ignoret, tamen si is cui donatus est cum manumiserit teneatur in servi æstimationem, d. l. 112. §. 1. de legat. 1. Ratio eadem quæ in specie præcedente, quia factio heredis accidit ut servus commercio sit exemptus, quod alteri damnum afferre non debet. Tantum hic non proxima sed remota causa heres est.

TEXTUS.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. Si quis ancillam cum suis natis legaverit, etiam ancilla mortuæ fuerint partus legatus cedunt. Idem est *est* si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint; quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo vel manumisso vel alienato peculii legatum extinguuntur. Idem est si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit; nam fundo alienato *est* instrumenti legatum extinguuntur.

COMMENTARIUS.

1. Si ancilla cum suis natis legata sit duo in-

terligi legata separata *est* æque principalia.
2. Idem esse si servus cum vicariis suis legatus sit.
3. Secus si servus cum peculio aut penus cum vicariis.
4. Aut si fundus instructus vel cum instrumento, Paulus cum Justiniano conciliatur.

Hoc §. 3. seqq. docetur quid juris sit rei legatæ vivo testatore vel decessit aliquid vel accesserit. Si aliquid decessit, ita jus est ut neque legatum extinguatur, nisi quod decessit sit principale, reliquum accessorium; neque heres teneatur supplere quod decessit, sed præstatione ejus quod superest liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur: legati ancilla cum suis natis: servorum ordinariorum cum vicariis; hoc §.: legati gregis; §. seqq.: legati peculii, §. 20. Ceterum, ut dixi, ita quod superest legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus quod decessit; nam perempta re principali etiam legatum accessionis extinguuntur, quod ostenditur hoc §. exemplo legati servi cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere: cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis cui postea adjecta plura capita, §. seq. legati ædium quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii cui deinde aliquid accessit, d. l. 20. Late autem hic locus pater. Nam hic etiam pertinent fructus, usura, pensiones prædiorum, partus, foetus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia que hic non tangit Justinianus, l. 8. l. 24. §. 2. *est* §. 1. 39. §. 1. de legat. 1. l. 10. l. 39. de legat. 2. l. 26. de legat. 3.

Partus legato cedunt] L. 62. cum l. seq. de leg. 1. Poterat videri unum hic esse legatum principale, alterum, naturum scilicet, accessorium, quod etiam Servio visum fuit, qui ob id mortua ancilla negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt; statim enim ut sunt edicti separatam plane habent existentiam; & ideo recte Paulus scribit duo hic esse legata separata, hoc est, æque principalia, l. 3. de pec. leg. & Celsus in l. 61. de legat. 1. sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Joann. Fabri & Aretni falsam esse puto & voluntati testatoris minime consentaneam, qui existimant, si pecudes cum foetu legatæ fuerint morte pecudum legatum foetus tanquam accessorium ex-

tingui. Vinn. Genuina ratio cur nec ancille partus nec foetus animalis hic pro accessione ancille vel animalis haberentur, hæc esse videntur, quia post partum non pertinent ad ancillam vel animal, sed ad dominum; adeoque hujus respectu utraque res erat separata, utraque principalis; nullaque remanebat inter matrem & foetum connexio. HEIN.

2. Idem est si ordinarii cum vicariis] Hic eadem dubitatio occurrit quæ in casu præcedenti; nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii qui sunt in peculio ordinariorum l. 17. de pecul. etiam horum accessio videntur, ac proinde his mortuis illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extinguuntur ut ne vicarii qui in ejus peculio sunt debeantur. Et sane fatendum est servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur pars peculii ordinariorum; ceterum ex se non sunt sed revera ordinariorum conservi, l. 9. de pec. leg. atque ut tales considerantur in casu proposito, cum diserte cum ordinariis & ipsi legantur; ut hic quoque sint duo legata separata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur, l. 4. d. tit.

3. Sed si servus cum peculio] Servo legato cum peculio & alienato vel manumisso aut mortuo, legatum etiam peculii extinguuntur l. 1. de pec. leg. Cur tam varie? Quia peculium accessionis locum obtinet; cujus conditionis quæ sunt extinguuntur solent cum principales res peremptæ fuerint: ratio reddita à Gajo in l. 2. d. tit. Eadem ratione placet, & penus certa cum vasis legata & consumpta ne vasa quidem deberi, l. 2. l. 4. in pr. de penus leg. Hoc tamen inter peculium & vasa penuraria intermedium, quod peculium non est simplex & mera accessio quæ necessario servum sequatur: quippe si simpliciter servus legatus sit peculium legatum non cedit, l. 24. de pec. leg. Sed vasa penuraria pura puta sunt accessio; & ideo penus simpliciter legata, vasa quoque sine quibus recte penus haberi non potest, legato continentur, l. 3. §. ult. de pec. leg. l. 4. pr. de penus legat.

4. Si fundus instructus vel cum instrumento] Exemplum simile præcedentis: ideo enim fundum cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguuntur, quia hic non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et si quidem sic aliquis le-

gaverit, fundam cum instrumento, alienato tuum instrumentum peti non posse semper constitit, l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel. instrum. leg. Ceterum an idem sit si sic legaverit, fundum *est* instrumentum aut, fundum instrumentum, non satis convenit. Labeo lib. 1. pibban. putat inter omnes hæc scripturas nihil interesse, l. 5. de instr. leg. Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo ut eandem vim habentia conjungit, d. l. 1. in pr. cod. tit. Verum idem Paulus in notis ad Labeonem d. l. 5. hæc scripturam, fundam cum instrumento, à ceteris diserte separat; sic ut dicat ex illa scriptura fundo alienato nihil deberi, ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum.

5. Equinarius Baro existimat Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posses Horomannus etiam secum pugnare, atque ex insitis sibi cum Labeone simulate solo Labeonis redarguendi studio contrarium respondisse. Verum ego, ut fatear Paulum eo genere morbi laborasse eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in l. pen. §. 1. *est* 2. de adq. rer. dom. l. ult. de uruc. & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari in d. l. 5. non arbitror tamen aut secum cum pugnare aut cum Justiniano. Labeo dixerat, inter superiores scripturas omnes nihil interesse. Paulus aliter interesse; nam ex hac scriptura fundam cum instrumento, alienato fundo nihil deberi; ex his fundum *est* instrumentum, vel fundum instrumentum, posse instrumentum esse legatum. Quasi dicat in hac specie, cum fundum cum instrumento legatus est, tam perspicuum est testatorem instrumentum accessionis loco habuisse, ut alienato postea fundo frustra de mente testatoris quod ad legatum instrumenti attinet disputetur: quod ipse d. l. 1. §. 1. de instr. leg. sic expressit, fundum cum instrumento legato *est* alienato instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti. Cum autem fundus & instrumentum aut fundus instructus legatus est, licet regulariter etiam utroque hoc casu legatum instrumenti pro accessorio habeatur, et eoque alienato fundo legatum instrumenti evanescat: tamen quia mens testatoris hic non tam plana ac perspicua est quam in specie superiore, ideo admitti posse questionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus instrumentum tanquam separatam atque æque principaliter legatum ex sententia testatoris deberi, eoque pro-

probatō legatarium vincere. Non pugnat igitur secum Paulus, cum in d. l. 1. in pr. ait, si ve cum instrumentū fundus legatus sit sive instructus duo legata intelligi; nam in illa specie alterum semper accessorium est, in hac potest utrumque esse principale. Sed nec cum Justiniano: quippe qui quod regulare est hactantum proposuit; quod & fecit Labeo d. l. 5. quem idcirco explicari potius à Paulo quam taxari oportuit. Ad hunc ferme modum hæc quoque componunt Cujac. Wesemb. post Bart. d. l. 5. aliter l. 30. ibid. Myrs Baldain. bic. Quanto plenius sit legatum fundi instructi quam fundi cum instrumentō docet Ulpian. l. 12. §. 15. & §. 27. cum seqq. de instruct. vel instrum. leg.

TEXTUS.

De grege legato.

18. Si grex legatus fuerit & postea ad unam ovem provenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves que post testamentum factum gregi adjuvantur legato cedere Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicut ædium unum corpus est ex coherentibus lapidibus.

COMMENTARIUS.

- Ratio dubitandi circa priorem speciem bujus §. & cur non idem in legato usufructu gregis. Remissive.
- Ratio exempli posterioris.

1. Grege legato si numerus ovium decreverit, tamen que supersunt capita debeantur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, l. 22. de legat. 1. Quo loco Paponius etiam dubitandi causam significat: que hæc esse poterat, quod rei legatæ interitū legatum extinguunt, §. 16. sup. hoc tit. Etenim grex etsi neque accretione neque decretionē mutetur sed idem maneat, l. 21. §. 1. de exc. rei jud. tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, l. ult. de abig. l. ult. quib. mod. us. amitt. Vid. l. 65. §. 1. de leg. 2. Fabrot. ad Theoph. bic. l. 79. de leg. 3. Gregem autem legatū testator non separatim singula capita, que aliud sunt quam grex, l. 1. in fin. de rei vind. Dicendum est, cum qui gregem legat omnia capita que in eo grege sunt legare intelligi, atque ideo

quidquid ex grege superest die legati cedente legatario deberi. Licet enim capita que supersunt pauciora sint quam ut per se gregem constituant, tamen quotquot supersunt pars sunt aut fuerint illius gregis qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, l. 113. de reg. jur. Nam nec area insula est; et tamen si insula legata combusta sit responsum est aream adhuc vindicari posse, d. l. 22. de legat. 1. nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est insulæ, l. 98. §. 5. verum non est de solut. Nec est contrarium quod traditur in l. ult. quib. mod. us. am. usufructum gregis legatum si in eum numerum pecus reciderit quo grex constare non potest, perire. Aliud enim longe juris est in legato gregis, aliud in legato usufructu gregis. Diversitatis rationem alibi diligenter exposui sub §. 3. Inst. sup. de usufr. n. 6.

Ad unam ovem] Quamvis unica hæc ovis gregem non constituit, id est universitatem multorum capitum, est tamen unum ex capitibus illis que gregem constituunt, ac proinde pars rei legatæ. Vide & l. 65. §. 1. de leg. 2. l. 79. de leg. 3. Fabrot. ad Theoph. bic.

2. Post testamentum gregi adjuvantur] Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est ad eum etiam omnia capita pertinent que postea gregi adjecta sunt, l. 21. de leg. 1. Ratio est, quia testator non illum gregem quantum tunc erat, sed plane quantumcumque erit cum dies legati cederet legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legatari armati & equitum.

Unum corpus ex distantibus capitibus] Ut ædium sic etiam gregis unum corpus est; verum communiter, id est, connexum, atque ex pluribus partibus inter se coherentibus constans; hoc dicitur, distinctum, constans ex clivibus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, l. 23. §. 5. de rei vind. l. 30. de usufr.

TEXTUS.

De ædibus legatis.

19. Aedibus denique legatis, columnæ & marmora que post testamentum factum adjecta sunt legato dicimus cedere.

COMMENTARIUS.

1 Si area legatæ domus imposita sit, superficium

ciem simul cum solo deberi & quid si res legata in aliam speciem mutata sit.

1. Aliud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, l. 41. §. 9. & seqq. de legat. 1. Sed & si area legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est in l. 39. de legat. 2. & l. 44. §. 4. de legat. 1. ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem; sed exceptio illa confirmat solo eo factō testatorem voluntatem mutasse non videri, ac proinde in dubio aream cum superficie deberi: quippe cui superficies etiam aliis jure accessionis cedit; ut res aucti potius quam mutata videatur, §. 29. & seq. Inst. sup. de rer. div. l. 98. §. ult. de solut. Non est contrarium quod apud Gajum scriptum est: si domo que legata erat destructa aliam eodem loco testator ædificaverit legatum non deberi, l. 65. §. ult. de legat. 1. quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, l. 88. §. 2. de legat. 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbarum. Magis obstat locus Celsi in l. 79. §. pen. de legat. 3. & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba, quamquam tunc peti non poterit, per concessionem accipiantur, ut sit hic sensus: quamvis ponatur is casus quo tunc, id est stante ædificio legatum peti non potuit, uti non potest cum constat testatorem sic ædificasse ut nollet domum deberi, que seceptio est d. l. 44. §. 4. de legat. 1. tamen nunc, id est ædificio destructo posse aream peti quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit ne domus deberetur. Ita Duar. ad l. 8. de legat. 1. Don. 8. comm. 17. Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, siquidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercedit, l. 78. §. 4. d. l. 88. pr. & §. 1. de legat. 3. Si vero species in quam res translata est in suum initium redigi potest, veluti si massâ legata scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam pravalere, d. l. 78. §. 4. d. l. 88. §. ult. fac. §. 26. Inst. sup. de rer. div. nisi tamen aut hic heres probet testatorem legato recessisse, aut illic legatarius probet non recessisse: quomodo accipi debet Ulp. in d. Tom. I.

l. 44. §. 2. de legat. 1. Ad Don. d. cap. 17. Cujac. §. a. African. in l. 36. de usufr. & 23. obi. 22.

TEXTUS.

De peculio.

20. Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid servus adquisierit, Julianus ait, siquidem ipsi manumissio peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est legatario cedere; quia hujusmodi legati dicitur ab adita hereditate cedit. Sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem nisi legatum fuerit manumissio non debetur, quamvis si vivus manumiserit sufficit si non adinatur; & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt, peculio legato non videri id restitutum ut petitorum habeat pecunia quam in ratione dominicâ impendit. Idem rescripserunt, peculium videri legatum cum rationibus redditis liber esse justus est, & ex eo reliqua inferre.

COMMENTARIUS.

- Cujus lucro vel damno sit quod peculio legato vivo testatore accedit aut decedit.
- Cur placet si servus manumissio peculium legatum sit, etiam quod post mortem testatoris ante aditam hereditatem extrinsecus accesserit legato cedere; & si extraneo non item.
- Explicatur l. 8. §. ult. de pecul. legat.
- Cur servus testamento manumissio peculium non debeatur nisi legatum sit; inter vivos manumissio sequatur nisi ademptum fuerit.
- Legato peculii non contineri quod servus domino expensum tulit.
- Peculium legatum videri ei qui rationibus reliquisque redditis liber esse justus est.

Multa ex hoc §. discimus. Primum, cuiusvis lucro vel damno cedat augmentum vel diminutio peculii legati: deinde servus qui peculium habet manumissio quem peculium sequatur: cum legato peculii an concilietur quod expensum in ratione dominicâ postremo, qui rationibus reliquisque redditis liber esse justus est an peculium ei legatum intelligatur.

- Accedit vel decedit vivo testatore] Peculio

culum est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura seu credita & debita: passim *tit. ff. de pecul.* unde fit ut facile & diminutionem & incrementum recipiat, *l. 63. pr. de legat. 2.* Papyrius Fronto dicebat, peculium simile esse homini: quippe nasci crescere descrecere mori, *l. 40. de pecul.* Ait, *vivo testatore*; neque hic distinguitur utrum ipsi servo manumisso peculium legatum sit an extraneo, neque etiam utrum ex rebus peculiaribus autum sit peculium an extrinsecus. Ratio est, quia quando testator vivit nullo casu dies legati cedit, id est nihil dum deberi intelligitur.

Quod si post mortem testatoris &c.] Si post mortem testatoris ante aditam hereditatem autum fuerit peculium, hic interest ipsi servo manumisso peculium legatum sit an extraneo; deinde si extraneo, utrum autum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum vel foetu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quaestu servi ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet omne augmentum legato cedere; si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cetera non deberi sed ad heredem pertinere, *l. 8. §. ult. de pecul. legat.* & hoc nostro textu. Rationem diversi juris mox audiemus.

2. Quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate credit] Ratio cur placeat in casu quod ipsi servo peculium legatum est etiam id quod jacente hereditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit ipsius lucro esse. Unde quocumque simul intelligimus cur in casu opposito penes heredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quaeritur quantum sit in legato id tempus inspicitur quo dies legati cedit, *l. 8. §. ult. de pec. leg.* id est cum res legati deberi incipit, *l. 213. de verb. sign.* neque enim ante ad legatum quidquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo autum fuerit legatum, etiam augmentum illud legato debetur; si post diem cedentem, id solum quod res ipsa ex se producit. Jam vero quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculiis legati quam libertatis dies ab adita hereditate cedit, *l. 7. in fin. l. 8. quand. dies legat.* quando autem extraneo, cedit statim a morte testatoris sicut in ceteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus & quae ad heredem

non transcut, *l. 2. cum §. seqq. d. tit. l. un. §. 5. & 6. C. de cad. toll.* Consentaneum igitur omnino est, ut peculium legatum servo crescat eumque sequatur cum omni augmento usque ad aditam hereditatem; extraneo augetur quovis quidem modo usque ad tempus mortis testatoris; ceterum quod jacente hereditate extrinsecus accedit heredis lucro sit.

3. Quod tamen diximus, peculiis legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei aperte adversatur quod ex Juliani sententia Ulpianus in l. 8. §. ult. de pecul. legat. scribit, si ipsi servo peculium legetur tempus spectandum quo dies legati cedit si vero extraneo mortis tempus. Ergo in extraneo mortis tempus non est illud quo dies legati peculiis cedit. Paucissimi sunt interpretes qui hoc animadvertent; & tamen locus iste cum aliis omnibus quibus pro certo jure traditur diem legati cedere a tempore mortis testatoris tam manifeste pugnat, ut sine insuscitatione Compilatorum pugna haec sedari non possit. Quid ergo dicimus? Nimirum Ulpianum cum Juliano respondisse secundum jus suorum temporum & senatusconsulta quae circa legem Papiam facta sunt, ex quibus dies legatorum non a morte testatoris sed ab apertura tabularum cedebat, *d. l. un. §. 1. C. de cad. toll.* Quam ob causam etiam aliam hujus differentiae rationem afferunt petitam a conjectura voluntatis testatoris: id vero antiqui juris vestigium oculos ac manus consancinarum fugisse. VINN. Id & alibi factum, veluti in *ll. 31. & 104. ff. de cond. & demonst. l. fin. ff. de don. mort. caus. l. 3. §. ult. & l. 42. ff. de hered. inst.* quae loca jam notavit Cujac. ad Ulpian. in *fragm. tit. 24. §. 31. HEIN.*

Nisi ex rebus peculiaribus] Puta ex partu peculiarium ancillarum foetive pecorum, *d. l. 8. §. ult. de pec. leg.* Hoc enim cum accedit ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur; ut hujusmodi augmentum etiam post diem legati cedendum contingens merito legatarium sequatur; arg. *§. 19. Inst. sup. de rer. div. l. 6. de adq. rer. dom.*

4. Peculium autem nisi legatum &c. quamvis si inter vivos] Servo testamento manumisso peculium nisi nominatim ei legatum fuerit non debetur, *l. 24. de pec. leg.* At cum sui inter vivos manumittitur placet peculium sequi si non adimatur, *l. 53. ff. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lit. mer.* Quaeritur ratio differentiae. Glossa ex Joanne hanc af-

assert, quod inter vivos manumissos operas patrono debeat, in quarum compensationem peculium ei relictum credendum sit; libertum autem Orcinus neque heredi neque ulli alii operas prestare teneatur. Schneidewinus ex Joann. Fabro hanc, quod dominus servum quem inter vivos manumittit majori affectione prosequatur quam quem testamento; ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligatur liberalitatem quam erga hunc cui libertatem in id tempus confert quo rebus suis amplius uti non potest. Hinc esse, quod plus mereri dicatur qui vivens dat elemosynam quam qui moriens &c. Sed quid nodum in scirpo quarimus? Peculium servo vindicta, verbi causa, manumisso relictum, eum neque ut compensatio operarum sequitur: quippe quas etiam adempto peculio praestaret; neque quia major putatur esse affectio domini erga servum quem vindicta quam quem testamento manumittit; licet enim hoc verum sit, tamen cum morientes longe simus liberales quam viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati mortientium quam viventium, *l. 12. de reg. jur.* Denique & cum testamento & cum vindicta servus manumittitur manumisso ipsa praeter libertatem nihil ei tribuit; est enim manumissio non peculii datio sed libertatis. Sed quod vindicta manumissum peculium sequi placet si id ei non adimatur, hanc rationem habet quod duplex in tali casu donatio est; una expressa libertatis, altera tacita minime tamen obscura peculii. Etenim cum dominus manumisso peculium non adimit, sed id cum jam libertum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cum si donatum nollet posset adimere. Hoc vero in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est eo tempore quo qui libertatem dedit peculium libero relinquere non potest; & quia cum poterat nominatim non reliquit, ideo id apud heredem suum cum cetero jure manere voluisse censetur. *Fac. d. l. 53. ff. de pecul. d. l. un. C. de pecul. ejus qui lib.*

5. Petitioem pecuniam quam in res dominicas] Quamvis quod servus domino expensum tulit, id est quod ei dominus debet peculium servi augeat veniatque in actionem de peculio, *l. 7. §. pen. de pecul.* tamen quia verum debitum non est, nec ex ea causa actio servo competere potest, placet peculio legato

id non contineri, *l. 6. §. 4. de pecul. leg.* Quia etiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademptum non sit ac proinde concessum, tamen cum debitoribus peculiaribus convenire non posse nisi mandatis sibi actionibus, *d. l. 53. de pecul.* adeoque verum videtur quod Theophilus scribit, peculio legato, *sed si expositio dicitur non est scriptum, quae in promptu & in parato sunt, duntaxat dominum legasse censeri.*

Et ex ea reliqua inferre] Ex eo solo quod quis servum suum liberum esse jussit si rationes reddidisset peculium ei legatum defendi non potest; nam nec si vetuisset testator rationes ab eo exigi peculium ei legatum censetur, *l. 23. §. 2. de pec. leg.* Ceterum si rationibus redditus reliqua, id est quae putatis rationibus domino eum debere competum fuerit, de peculio solvere aut certam summam hereditus inferre jussit sit, ei quod in peculio servorum legatum intelligitur, *l. 8. §. 7. d. tit.* Nam qui servum ex peculio quod debet aut partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cetero aliter sensisse, per *l. 12. §. 43. vers. denique Neratius de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. Tam autem corporales res legati possunt quam incorporales; & ideo quod defuncto debetur potest alicui legari, ut actiones suas heredi legatario praeter si nisi exegerit vivus testator pecuniam, nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet: Damna esto heredi meus domum illius reficere, vel, illum aere alieno liberare.

L. 15. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

- 1 Legato nominatim quid continetur.
- 2 Extingui hoc legatum si dum vivit testator debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum & quare.
- 3 Admitti tamen hic probationem non mutatam voluntatis ex facti circumstantiis.
- 4 Quid juris si cum debitum periclitum esset testator inter moras iudicii aut nondum facta solutione decederit.
- 5 Eriam facta legari posse, ut qui jussus est

Concludi hic videtur locus de rebus que recte legentur. Duo autem sunt que hoc §. docemur: unum est, posse legari tam res incorporeales quam corporales (in textu trajectio est) alterum, non solum res que proprie & specialiter ita dicuntur legari posse, sed etiam facta.

Quam incorporeales] Non modo res corporales ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata &c. legari possunt, sed etiam incorporeales, ut usus, usufructus, servitutes prædiorum, pars hereditatis aut bonorum, liberatio, actio seu nomen debitoris; & hoc est quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, l. 41. in pr. de legat. 1. Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato continetur explicatur propriis tit. in π. quid legata parte hereditatis, l. 8. §. ult. de legat. 2. l. 22. §. ult. ad senat. Trib. quid parte bonorum, l. 9. de legat. 2. l. 26. §. 2. l. 23. de legat. 1. De liberatione legata & quid eo legato continetur diximus sup. §. 13. huj. tit. agiturque de eo item tit. proprio in π. Hic de legato nominis agendum est.

Quod defuncto debetur potest alicui legari] Quod mihi debetur & debitori meo recte lego legatum dicitur liberationis, & tertio alicui: veluti, *Centum que mihi Sejus ex causa mutui debet Titio do lego*, l. 75. §. 1. & 2. l. 82. §. pen. de legat. 1. estque id legatum quod passim nominis appellatur, l. 44. §. 6. de legat. 1. l. 11. §. 13. l. 34. l. 59. ff. de legat. 3. l. 18. C. de legat. Qui chirographum legat debitum quoque seu nomen aut actionem legari intelligitur, non tabulas solum, d. l. 44. §. 5. de legat. 1. d. l. 59. de legat. 3.

Ut actiones legatario præstet] Legato nominis nihil amplius continetur quam ut actiones suas hares præstet, d. l. 44. §. 6. d. l. 75. §. 2. l. 105. de legat. 1. Ex quo intelligere postsumus nomine legato neque pecuniam ab herede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium si forte debitor solvendo non sit, heredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum si nihil debeatur; & vel eo etiam casu quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixit, *Decem que mihi Sejus debet Titio lego*, d. l. 75. §. 2. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat sive venditum aut donatum, nulla actio legatario veu-

ditor aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experiretur; sed expectandum iis erat donec heres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo sed mandantis nomine & procuratores in rem suam experiebantur. Postea vero his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine non expectata cessione directarum exercerent, l. 18. C. hoc tit. l. 5. & l. 7. C. de her. vel act. vend. l. 16. in pr. de pact. Quod ideo videtur constitutum esse; quia cessio actionum sæpe protraheretur; & interdum nec cedi actio potest, ut in specie l. 1. C. de ibi. & act.

Nisi exegerit testator pecuniam] Nominis legatum ita demum effectum habet si debitum à vivo testatore exactum non fuerit: ceterum si testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit legatum extinguitur, teste Ulp. d. l. 75. §. 2. de legat. 1. quod hic confirmat Justinianus. Ratio huius rei est, quia testator exacto debito quod legaverit admissæ legatum videtur: quæ admodum & ille qui rem legatam postea alienavit, l. 11. §. 12. & 13. de legat. 3. Quin alia etiam ratione eaque fortiore id hic efficitur quum ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est durat, legatumque consistere potest licet res aliena facta sit; at cum nomen exactum est, extinguit ipsa substantia debiti, & præstatis & xivus, hoc est illud ipsum quod legatum est perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius actiones sibi ab herede præstari que nullæ supersunt. Hæc differentia ratio indicatur d. l. 11. §. 13. & d. l. 76. §. 2. de leg. 1. nec absimile est quod traditur in l. 75. §. 4. de lib. leg. legatum liberationis evanescere si dum vivit testator debitum exactum fuerit. Sed si si ultro quod debebatur solum est, vel acceptatione aliave qualibet ratione debitor liberatus; legatum nominis sicut & liberationis extinguitur, l. 21. de lib. leg.

Enimvero etiam hic admittitur probatio non mutata voluntatis ex facti circumstantiis, l. pen. §. ult. de adm. leg. Finge, ideo nomen exactum esse quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam per depositum testatorem habuisse; poterit legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit ut legatum adimeret, d. l. 11. §. 13. Petetur autem hoc casu legatum recta ab herede; nam frustra etiam hic legatarius ageret cum herede ut actiones sibi cedantur: quippe que debito-

re liberato nullæ supersunt. Similiter si debitor ultro pecuniam obtulit & acceptam item pro deposito testator habuit, placet legari aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, d. l. 11. §. 13. Exigi vero etiam in hoc casu videtur ut in deposito sit habita pecunia; secus autem esse si ut in solum data ita simpliciter in solum accepta sit, arg. d. l. 11. §. 13. d. l. 21. de lib. leg. ubi simpliciter Jurisconsultus respondet, solutione debiti extingui legatum nominis. Glossa tamen distinguendum putat inter debitorem qui ultro solvit & qui à creditore conventus: quam distinctionem Schneidewino probari video.

Ait, nisi exegerit. Quid ergo si cum pecunia peti cepta esset, testator inter moras iudicii aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bart. in l. 6. de instr. vel instrum. leg. eumque secuti Angel. & Myns. hic putant, eo casu petitionem legari superesse, nec intelligi adentum legatum quamvis res non desit esse plane integra. Et vero si rem legatam vendidisset testator cæque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in l. 27. §. 3. de instr. vel instrum. leg. Quod etiam nobis videri supra diximus in §. 12. huj. tit. Sed non sunt hæc proprus similia. Et alienatio rei legata non necessaria, & petitio debiti argumenta sunt mutata voluntatis. Ceterum nuda venditio seu que traditione consummata non est pro alienatione non habetur quod effectum attinet ademptionis; ideo scilicet quia traditio arbitrii venditoris ejusdemque testatoris est, qui rei dominio quod transferre poterat retento, & maxime si nec pretium acceperit, non videtur procius legatum adentum voluisse. Non debet autem legatario prodesse quod moras necit debitor aut iudex sententiam differat. Adde quod actio in iudicium deducta consumitur, licet nova nascatur iudicata. Nihil sane pro Bartoli sententia facit d. l. 6. de instr. leg. Nam in specie illic proposita vel maxime debetur quod exactum est, idque pro confesso sumitur; sed dubitatur, an si debitor condempnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia iudicis debitum nec dum solum est, propter verba legati, quod meum erit, quibus testator usus proponitur.

Damnus esto heres meus domum illius reficere] Etiam facta, ut diximus, recte legatur aut in fideicommissum deducuntur: id est damnari potest heres aliusve qui testamentum obligari potest rogari ut aliquid in gratiam alterius faciat vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est parere debet, modo ne quod fieri scriptum est contra jus vel bonos mores sit, l. 112. §. pen. de legat. 1. aut estimationem non recipiat, veluti si heres liberos suos emancipare jussus sit aut extraneum aliquem adoptare, l. 142. §. 8. de legat. 1. l. 41. §. 8. de legat. 3. jubeat tamen l. 92. de cond. & dem. Facere jubetur heres & licite in exemplis hic propositis cum damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare & similibus, veluti si jubetur alteri domum vel monumentum extruere aut fundum vendere, l. 49. §. ult. de legat. 2. l. 49. §. 7. & reg. de leg. 1. l. 11. §. ult. de leg. 3. Paul. 3. sent. 6. Non facere, veluti si veterum fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, d. l. 114. §. 15. de legat. 1. l. 69. §. 3. de legat. 2. Plane si id quod fieri jussus est ad nullius utilitatem pertinet, veluti si testamento quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & personæ ignoletur propter quam testator id fieri vellet, placet scripturam quasi nudam præceptum continere nullius momenti esse, d. l. 114. §. 14. de leg. 1. l. 38. §. 4. l. 91. in pr. de legat. 3. Ejusdem generis sunt quæ à Papinianum dicuntur ineptæ d. functio circa sepulcrum voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, l. 113. §. ult. de legat. 1. l. ult. §. 2. de aur. leg.

TEXTUS.

De legato generali.

22. Si generaliter servus vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

L. 23. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. Quid prudentibus sit genus, quid species.
2. Definitionem hujus §. ad genera summa aut subalterna non pertinere, sed tantum ad genera infinitum; nec tamen aliter quam si species huic generi subjecta certam à natura habeant determinationem.
3. Si res generis legato subjecta naturâ determinata non sit legatum inutile esse, nisi testator res ex eo genere habeat; & num hoc etiam in fundo simpliciter legato obineat. Ubi

4. *Ubi utile est legatum generis regulariter electionem esse legatarii.*
 5. *Vetus & speciosa inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia.*
 6. *An istius differentie ratio adhuc habenda potquam legatorum omnium una coepit esse natura.*
 7. *Quibus casibus hereditas sit electio etiam si testator id non expresserit.*
 8. *Electionem in casu nostro non esse usquequoque liberam.*

1. **I**n signis hic locus est & difficilis. Illud primo notandum, genera à nostris dici ex omnia quæ sub appellatione communi plures res hic appellationi subiectas continent, etiam ea quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant: cujusmodi sunt, verbi causa, homo, equus, bos; species autem nostris esse quæ Dialectici vulgo vocant individua & non esse species contendunt. ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo nostri communem usum loquendi sequuntur: veluti cum dicant, in mutuo recipi non eandem speciem sed genus, pro quo in scholis dicent, non idem numero sed idem specie. Quinetiam electio sententia quorundam philosophorum revera quæ de individuis prædicantur genera sunt, scilicet infima: individua ipsa species, nempe specialissimæ; atque adeo ab ipso etiam Aristotele sic appellatur, ut videre est *lib. 2. philo. cap. 3. & lib. 3. cap. 4.* item *lib. 1. de part. animal. cap. 4.* Deinde non omne legatum generis valere.

2. Interpretes primum & recte hinc remanent genera summa & subalterna, veluti si quis substantiam, corpus, aut animal simpliciter legat; quia in his ea est infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere & vel minimam de mundo, ut loquuntur, heres præstando liberaretur. Dein in genere infimo, quod ut diximus in scholis est infima species, recte distinguunt inter res huic generi subiectas; ut si tales sint quæ certam determinationem habeant à natura ut homo equus bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l. 1. §. 1. 37. in pr. l. 108. §. 2. de legat. 1. l. 25. §. 17. fam. ercis.*

3. Si vero naturâ determinate non sint ut fundus & domus (quippe quæ non naturâ sed destinatione hominis constituuntur, *l. 24. §. 3. de legat. 1. l. 60. de verb. sign.*), in eo omnes consentiunt ut si testator nullas ades aut fundos haberit, ex simpliciter harum rerum legato nihil debeatur, magisque deriso-

riam tunc legatum sit quam utile, *l. 71. de legat. 1. l. 69. §. 4. de jur. dot. l. 115. in pr. de verb. obl. utpote quod à superiore nihil aut parum utilitate distet; aut, quod magis puto, quia his rebus simpliciter legatis, nullisque à testatore relictis, tanta est incertitudo ut nullo modo definiti possint quantum præstari debeat: ac proinde similiter habendum ac si corpus ignotum legatum sit, *d. l. 69. §. 4. de jur. dot.* Quod si testator fundos aut ades haberit, ædibus simpliciter legatis omnes consentiunt legatum esse utile, usaque ex his quas testator relinquit deberi; etque in eam rem textus apertus in *d. l. 71. in pr.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant quam si nullos fundos testator habuisset; alii tam fundi legatum utile esse quam domus, unumque ex fundis quos testator regionibus distinctis habuit præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato nec legatum ullum nec stipulationem esse, *d. l. 69. §. 4. de jur. dot. d. l. 115. in pr. de verb. obl.* pro his, exemplum ædium legatarum, *d. l. 71. de legat. 1.* quarum & fundi hæcenus eadem ratio videtur, arg. *d. l. 24. §. pen. de legat. 1.* tum quod cum testator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsus est si quis heredem damnaverit vinum oleum frumentum dare non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum quasi testator legasset vinum oleum frumentum suum, & tantum quantum ex his generibus habuit, *l. 7. de trit. vin. ol. leg.* Cui sententiæ, quæ est Petri de Bellapert in *d. l. 115.* ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ assertore, *1. resol. 12. n. 32. & 2. resol. 11. n. 9.* Consule D. Don. in *d. l. 115. n. 13. & segg. de verb. obl.* ubi simul docet, stipulationis & legati non eandem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse vel ex sola collatione *d. l. 7. de trit. vin. leg. & l. 74. de verb. obl.* apparet. Quinimo etsi nullum fundum nullasve ades testator haberit, ex æquitate tamen juris Canon. atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, & pro modo facultatum ejus, dignitate ac caritate vel necessitudine legatarii statuendum quales præstari debeant, post Archidiaconum Panorm. Felin. & Alexandrum censet idem Gomezius *d. loc. n. 10.**

Ele-

4. **E**lectio legatarii est] Ubi utile est legatum generis placet electionem non heredi sed legatario dari, ut hic scriptum est & in *l. 2. §. 1. de opt. leg.* Idemque est si plures res disjunctim legatæ sint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l. 34. §. pen. de legat. 1. l. 19. l. 23. de legat. 2.* aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit: puta si testator dixerit, *Ex duobus servis meis unum Titio do lego*, *l. 20. de legat. 1.* Diversi autem casus sunt qui proponuntur in *l. 32. §. 1. l. 39. §. 6. eod.* Ceterum additur hic exceptio, nisi aliud testator dixerit. Addamus & alteram, nisi sermonem ad heredem direxerit; nisi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, nisi aliud dixerit, significari. Sed etsi testator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautio ne quod hic simpliciter definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget.

Jure veteri etiam cum genere legato aut duabus rebus disjunctim de jure eligendi queritur differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis heredi electio permittebatur: cuius differentie testimonia non obscura videmus in *l. 34. §. pen. l. 45. §. 1. l. 110. de legat. 1. d. l. 19. §. 23. l. 43. §. ult. de leg. 2. l. 29. §. 1. de leg. 3.* Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est & ratio juris. Voluntas testatoris: quippe qui in legato vindicationis sermonem confert ad legatarium ei dans, legans, eum sumere, capere, sibi habere jubens; in legato autem damnationis heredem alloquitur damnans jubens eum dare aut facere. Ratio juris, quia is cui per vindicationem res legata erat, non tam eam actione in personam ex testamento petere poterat, sed etiam jus eam vindicandi habebat & perendi actione in rem. Par autem est ei electionem tribui qui rem vindicare potest, quod significat African. *l. 108. §. 2. de legat. 1.* ubi ait ejus electionem esse oportere cui potestas sit qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat is eam rem vindicare non poterat, sed tantum in personam ex testamento agere, hæc demque ut debitorem quasi ex contractu obligatum venire, hujusmodi puta formula, *Ajo te mihi Servum dare oportere;* aut hac, *Ajo te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere.* Itaque juris ratio postulabat ut hic heredi concederetur electio exemplo ceterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis aut pluribus rebus disjunctim pro-

missis constat, §. 33. *verv. buic. autem Inst. inf. de act. l. 10. in fin. de jur. dot. l. 75. §. 8. de verb. obl.*

6. Queritur vero an hodie distinctionis istius ulla porro ratio habenda sit. Nam postquam Justinianus differentiam generum legatorum sustulit legatæque omnia sic exquirat, ut etiam jus vindicandi à quo jus eligendi pendere videretur, per *d. l. 108. §. 2. de legat. 1.* ex omnibus concesserit, *l. 1. C. comm. de legat. nullis visum est,* electionem legatarii factam perpetuam, neque ex eodem legandi amplius astimandam. Verum ego coram sententiam venero, qui negant legatorum illam exæquationem ad effectum de quo hic agimus trahi oportere: quippe quæ, ut supra quoque monui, sic semper accipienda sit, ut ne quid admittatur contra voluntatem testatoris. Utri autem electionem tributam legatorum velis, legatione an heredi, non potest apertius declarare, quam cum jubet aut legatarium vindicare aut heredem dare. Illic enim, cum verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertissime significat se eligendi quoque potestatem ei faceres; hic vero cum eadem verba ad heredem refert, hoc ipso contra ostendit se heredis arbitrio permittere quam rem velit dare. Et igitur si ita testator legaverit, *Heres meus damnatus esto bonum dare;* vel sic alternative, *Heredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubet:* in his legatis dicimus etiam nunc heredi electionem concedendam, non obstante supra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quam ut ibi electionem tributam legatario, ubi eam testator tam manifeste permittit heredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, quam heres declaraverit quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. in *l. 23. de legat. 2. & in l. 27. de legat. 1.* probat Gomez *2. var. resol. 11. n. 43.* nec non summi viri Covar. in *cap. indicante n. 3. x. de testam. Ant. Faber 6. conf. 1. Wesemb. & Bachov. hic.*

7. **Nisi aliud testator dixerit]** Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantum si expressis verbis heredi electionem permisisset, *l. 12. de opt. leg. l. 84. §. 9. de legat. 1. l. 11. in fin. de leg. 2.* verum etiam si verba legati executiva ad heredem direxerit, ut fit cum quid per damnationem ab heredem legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Plane enim cum ex voluntate testatoris tota hæc est astimanda sit, parum interest verbis an per modum