

§. 6. *Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest, singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum eos custodiri velit.*

A substituição, se pôde fazer, ou a cada filho por si, ou para o ultimo pupillo que morrer: a cada hum, se quizer que nenhum delles morra intestado: ao ultimo, querendo guardar o direito das heranças legitimas entre elles, inteiramente.

Remiss.

Este §. a respeito dos muitos filhos, parece descripto á letra da *L. vel singulis liberis 37. ff. vulg. & pup. subst.* confirma, e explica, *L. si pater 25. ff. eod.* do vinculado no ultimo substituto, *dix. §. 1. Inst. vulg. Peg. maior cap. 5 n. 153.*

§. 7. *Substituitur autem impuberi aut nominatim, veicuti Titius hæres esto, aut generaliter, ut quitquis mihi hæres erit. Quibus verbis vocantur ex substitutione, impebere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt.*

Ao impubero se dá substituto, ou nomeadamente; como, *Titio seja herdeiro*, ou geralmente; como, *qualquer que for meu herdeiro*: pelas quaes palavras são chamados, por força da substituição, morto o filho menor de 14. annos, os que foraõ instituidos herdeiros, e o foraõ com effeito, na parte em que os fizeraõ.

Remiss.

Este §. da substituição pupillar, com nome geral, se confirma, *L. cum filio 3. L. qui liber 8. pr. & §. 1. L.*

sed si plures 10. princ. L. in substitutionibus 31. L. ex duabus 34. ff. b. t. vulg. & pup. subst. L. fin. Cod. impuber. & aliis subst. que juntamente illustraõ.

§. 8. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: femina usque ad duodecim annos: & si hoc tempus excefferint, substitutio evanescit.*

Ao baraõ se dá substituto té 14. annos, e á femea té 12. annos; porque depois deste tempo espira, e cessa o pupillar, e impuberdade, e entra a puberdade, e adolescencia.

Remiss.

Este §. de como a substituição pupillar finda no baraõ com os 14. annos, e na femea com os 12. he o mesmo que, *princ. Inst. b. t. & §. 1. eod. Ord. lib. 4. tit. 87. §. 9. & ibi Barb.* Razaõ, porque nesta idade podem testar, *L. qua etate 5. ff. qui testam. fac. poss. §. 1. Inst. quib. non est perm. fac. testam. Ord. lib. 4. tit. 81. pr.* e naõ se hade tirar ao mayor de 14. ou 12. annos, com juizo, a facção, e factura do testamento, *L. ex factis 43. vers. auferret enim testamenti factionem homini sanae mentis ff. b. t. ut §. 1. n. 7. & §. b. t. d. L. qua etate 5. ff. qui testa. & d. Ord.*

O soldado, ainda ao filho em puberdade, *L. centurio 15. ff. b. t. L. precibus 8. Cod. impuber. & aliis subst.*

§. 9. *Extraneo vero, vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit, & intra aliquod tempus decefferit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alij hereditatem ejus, vel totam, vel pro parte restituere, quod jus quale sit, suo loco trademus.*

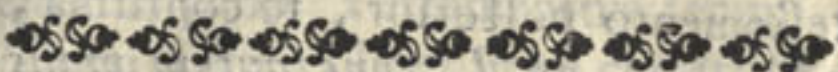
Ac

Ao estranho, ou filho mayor de 14. ou 12. annos, instituido herdeiro, ninguem pòde dar substituto deste modo: *Se for herdeiro, e morrer dentro de certo tempo, outro seja seu herdeiro*: mas he permitido, que o testador obrigue ao outro a restituir a herança, em tudo, ou em parte, por via de fideicomisso, de cujo Direito se ha de tratar mais abaixo.

Remiss.

1 Este §. das pessoas a que se não substitue, pelo dito modo, *L. verbis 7. L. pupillari 14. L. cohæredi 41. ff. h.t. vulgar.* nam se admite herdeiro para certo tempo, *ut §. 9. Inst. hered. instit.*

2 Ainda no codicillo se deixa a herança por fideicomisso, § *codicillis 2. Inst. codicill.* Dos fideicomissos, *h. lib. 2. tit. 23. & 24. morgados, Ord. lib. 4. tit. 100.* a que chamamos successão regular.



T I T. 17.

Quibus modis testamenta infirmentur.

Testamentum jure factum usque adeo valet, donec rumpatur, irritumve fiat.

O testamento, feito conforme a Direito, vale, em quanto se não rompe, pelos modos de o romper, ou se irrita, pelos modos de ficar irritado.

Remiss.

1 T Estamento conforme a Direito, he aquelle, que tem as devidas solemnidades; porque se não he

conforme a Direito, não vale, *ipso jure*, e he de nenhum effeito, *L. 1. ff. de injust. rupt. irrit. testam.* e o 2 que vale ao principio, por Direito Civil, se sustenta em quanto se não rompe, ou irrita. *ut d. pr. Inst. h.t. d. L. 1. ff. injust. rupt.* que confirma, e explica. Para deixar de valer pelo Direito Pretorio, se rescinde pela *bonorum possessio.* contra as taboas, e escriptura do testamento; *lib 3 tit. 10.*

Ulpian. fragm. tit. 24 quemad. testam. rump. diz assim *testamentum jure factum, infirmatur duobus modis: si ruptum aut irritum, factum sit.* he necessario que sobrevenha causa que o infirme, e lhe tire a firmeza, por hum dos ditos modos, ou de romper, ou de se tornar irritado.

Donec rumpatur: rompe-se o testamento, com a mudança da vontade, isto he, por novo testamento, conforme a direito, ou que sobrevenha herdeiro seu, *ut §. 2. Inst. h.t. Ulp. d. tit. 24. §. 1. ib- Rumpitur testamentum mutatione, idest, si postea aliud testamentum jure factum sit. Item agnatione, idest, si suus heres agnoscatur, qui neque heres institutus, neque, ut oportet, exheredatus sit. vide, §. 1. 2. & 3. Inst. h.t.*

Irritumve fiat: fãlle, ou torna-se irritado, se o testador diminuir do estado, ou se nenhum aceitar a herança, *ut § 4. & 5. Inst. h.t. Ulpian d. tit. 24. §. 3. ib- Irritum fit testamentum, si testator capite deminutus fuerit, aut si jure facto testamento, nemo extiterit heres, e tudo comprova a L. 1. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testa. vers. aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel agnatione sui heredis: aut in irritum constituitur, non adita hereditate, torna-se nenhum. Faltando a aceitação do herdeiro, 7 morre intestado, e he como se o não houvera, *pr. Inst. hered. que abint.**

abint. defer. L. si nemo subit 181. tom. 5. Ord. lib. 4. tit. 87. § 8. & §. 2. fn. Inst. h. t. vide, §. 4. & 5. Inst. h. t.

§. 1. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiat. Si quis enim, post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem, eum, qui est sui juris: aut per prætorem, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit: testamentum ejus rumpitur, quasi agnatione sui heredis.

Rompe-se o testamento, quando o testador fica no mesmo estado, e o direito do testamento se vicia: como se depois do testamento adoptar por filho, ao que he de seu direito, por merce do Principe: ou pelo Pretor, conforme nossa Constituiçãõ, ao que está no poder de seu pay; porque se rompe, como se depois lhe nascesse hum filho herdeiro seu.

Remiss.

Que o testamento se rompe pelo filho adoptivo, ou adrogado, Ulp. d. tit. 24. §. 2. ib. agnoscitur suis heres, aut agnascendo, aut adoptando. O mesmo Ulpiano, L. verum est adoptione vel arrogatione filij, filieve testamentum rumpi: quoniam sui heredis agnatione solet rumpi § ff. injust. rupt. Constituiçãõ, a respeito do Pretor, L. pen. Cod. adopt.

§. 2. Posterio- re quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur, nec interest, extiterit aliquis heres ex eo, an non, hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit: aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit: in

his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum á posteriore: & posterius aequè nullas habet vires, cum ex eo nemo heres extiterit.

Tambem pelo testamento posterior perfeito, e conforme a Direito, se rompe o testamento anterior: e não faz differença, ao rompimento, haver, ou não herdeiro neste; porque neste caso sómente se attende, se em algum caso o podia fazer: e por isso, se não quizer aceitar a herança, ou morrer em vida do testador, ou depois da sua morte, antes de aceitar a herança, ou for condicionalmente instituido, e não obedecer á condiçãõ; nestes casos, morre intestado; porque o anterior não vale pelo rompimento, e ao posterior lhe faltaõ as forças, por não haver herdeiro.

Remiss.

Este §. de que se rompe pelo testamento posterior, se confirma, e illustra, ex L. tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est 2. ff. injust. rupt. L. cum in secundo testamento heredem eum qui vivit, institui- mus: sive pure, sive sub conditio- ne: si tamen conditio existere po- tuit, licet non extiterit, superius testamentum erit ruptum 16. ff. in- just. rupt. L. sancimus 27. Cod. testam. Peg. for. cap. 14. ex n. 24 & tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. glos 3. cap. 2. n. 240. pag. 266. & seqq. P. Pinh. testam. disp. 6. sect. 2. ex n. 9. Com doaçãõ depois do testamento, idem Peg. d. tom 4. n. 241. & 242. Da L. Clo- dius 97 ff. acquir. hered. infra §. ex eo autem 7. Inst. h. t.

He necessario que o segundo seja jure perfectum, solemne, e por elle se possa ser herdeiro, L. 1. ff. in- just. rupt. glos in L. 2. ff. eod. §. ex eo autem solo 7. Inst. h. t. Testamento,

sem herdeiro, he nullo, per jura
& DD. Peg. d. tom. 4. tit. 50. glos 3.
cap. 2. n. 67. pag. 245. como cabeça,
e fundamento, §. ante heredis 34.
5 Inst. legat. Tudo depende delle,
e da sua aceitação, pr. Inst. hered.
que abint. L. si nemo subit 181. tom.
5. L. hereditas 64. tom. 6. Portug. lib.
3. cap. 17. n. 16. 17. Phæb. dec. 123. n.
4 Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 196.

6 Ninguém pôde morrer com dous
testamentos, e no testamento deve
dispor de todos os bens; e duas ve-
zes, a todos repugna, L. quæreba-
tur 19. ff. testam. milit.

§. 3. Sed & si quis priore testa-
mento jure perfecto posterius æquè
jure fecerit: etiam si ex certis re-
bus in eo heredem instituerit: supe-
rius tamen testamentum sublatum
esse, divi Severus & Antoninus
rescripserunt: cujus constitutionis
verba (& hic) inseri jussimus,
quum aliud quoq; præterea in ea
constitutione expressum sit. Impe-
ratores Severus & Antoninus Coc-
cejo Campano. Testamentum secun-
do loco factum, licet in eo certarum
rerum heres scriptus sit, perinde
jure valere, ac si rerum mentio fa-
cta non esset: sed & tenari heredem
scriptum, ut contentus rebus sibi da-
tis, aut suppleta quarta ex lege Fal-
cidia, hereditatem restituat his,
qui in priore testamento scripti
fuerant, propter inserta fideicom-
missi verba, quibus, ut valeret prius
testamentum, expressum est du-
bitari non oportet. Et ruptum qui-
dem testamentum hoc modo efficitur.

Se tendo algum feito primeiro
testamento perfeito, fizer segundo,
tambem conforme a Direito, ainda
que no segundo faça sómente her-
deiro de cousas certas, com tudo o
primeiro se rompe, como escreve-
raõ os Emperadores Severo, e An-
tonino Augusto, cujas palavras da
Constituição mandamos fazer aqui
Tom. II.

inertas, como mais expressas. Os
Emperadores Severo, e Antonino
Augusto Coccejo Campano. O tes-
tamento feito em segundo lugar,
ainda que neste haja herdeiro de
cousas certas, vale, como se não
fizera menção de taes cousas: mas
deve o herdeiro assim instituido (nes-
tas) como satisfeito com as cousas
certas, ou quarta Falcida, restituir
a herança aos heideiros do primeiro
testamento; porque daquella certe-
za resulta no mais hum fideicomis-
so. E por este modo, fica roto o
testamento.

Remiss.

Este §. do testamento posterior
com herdeiro in re certa, he descri-
pto da L. si quis 29. ff. ad S.C. Tre-
bel. confirma-se L. posthumus 12. §.
1. ff. injust. rupt. L. 1. §. si ex secundo
ff. hered. instit. No caso do §. não
he visto revogar o testador seu pri-
meiro testamento.

Quando não há outro testamen-
to legitimo, o que he instituido
in re certa, sem coherdeiro univer-
sal, consegue a herança toda L. 1.
L. si communi fundo L. si quis ita 74.
ff. hered. instit. L. coheredi §. fin. ff.
vulg. & pup. subst. Guilhelm. in cap.
Rainuntius de testam. p. 1. n. 272. Fa-
rinac. dec. 635. n. 5. tom 2. & dec. 162.
à n. 5. Cancer. 1. var. cap. 4. n. 28. Ma-
rescot. 2. var. cap. 105. n. 43. Ciarlin.
for. cap. 1. num. 65. e tendo herdeiro
universal, he havido por legatario,
Petr. Cabal. cons. 131. n. 3.

Que tem falencia no filho prete-
rido, para que se não rompa pela
pretirização, Ciarlin. for. cap. 1. n. 64.
Farinac. dec. 337. n. 2. tom. 1. select.

O mesmo que dissemos do herdei-
ro in re certa, procede sendo insti-
tuido no usufruto, sem coherdeiro
universal, que he havido por herdei-
ro instituido puramente, L. 1. §. si
ex fundo L. si ita quis heres ff. hered.
instit. Menoch. cons. 273. n. 1. & lib.

5. *pres. 141. n. 3. & 26. Mantic. con-
ject. lib. 4. tit. 5. art. 1. Farinac. dec.
122. p. 2. entende com Castilh. usufr.
lib. 1. cap. 8. n. 45. & 46. Menoch. d.
pres. 141. vide, Grat. cap. 528. n.
39. cap. 821. á n. 1.*

§. 4. *Alio autem modo testamen-
ta jure facta infirmantur: veluti
cum is, qui fecit testamentum, ca-
pitate deminutus sit, quod quibus mo-
dis accidat, primo libro retulimus.*

Por outro modo se infirmaõ os
testamentos, feitos conforme a Di-
reito: como quando o testador de-
minuio do estado. O como se demin-
ue do estado, *lib. 1. tit. 16.*

Remiss.

1 Este §. se prova da *L. ejus qui §.
si cui ff. testam. irrit. capit. demin. L.
si quis 6. §. irritum ff. h. t. injust. rupt.
Ulpian. tit. quemad. testa. rump. §. 3.
irritum sit testamentum, si testator
capitate deminutus fuerit.*

2 Direito novo, *Auth. sed hodie
Cod. donat. inter vir. vide Inst. lib. 1.
tit. 12. & 16. P. Pinh. testam. disp. 1.
sect. 2. §. 3. n. 47. & §. 6. á n. 62. que d.
n. 47. responde ao §. fin. Inst. quib.
non est permiff. fac. testa. & vide, Ord.
lib. 4. tit. 8. §. 6.*

3 Do que depois foy cativo dos ini-
migos, em que se dá diversa razaõ
da capitis diminuiçaõ, *Inst. lib. 1.
tit. 16 & tit. 12. & §. 5. Inst. quib. non
est permiff. fac. testa.*

§. 5. *Hoc autem casu irrita fie-
ri testamenta dicuntur: quum alio-
qui & que rumpuntur, irrita fiant:
& ea, que statim ab initio non ju-
re fiunt, irrita sint; sed & ea, que
jure facta sunt, & postea per ca-
pitis deminutionem irrita fiunt, pos-
sumus nihilominus rupta dicere. Sed
quia sané commodius erat singulas
causas singulis appellationibus dis-
tingui: ideó quedam non jure facta*

*dicuntur, quedam jure facta rum-
pi, vel irrita fieri.*

No dito caso, (da diminuiçaõ
do estado) os Latinos lhe chamaõ
irritos, como tambem aos que por
outro modo se rompem; e aos que
ao principio naõ foraõ feitos con-
forme a Direito: e assim tambem,
os que foraõ feitos conforme a Di-
reito, e depois se tornaraõ irritos
pela diminuiçaõ da cabeça, se pô-
dem chamar, *rotos*. Porém, he me-
lhor chamar a cada hum pelo seu
nome: e por isso, huns se dizem,
naõ feitos conforme a Direito, e
outros feitos, conforme a Direito,
que se rompem, ou se tornaõ irri-
tos, vaõs.

Remiss.

Este §. do vocabulo *irrito*, me-
lhor se explica na *L. 1. ff. injust. rupt.
irrit. fact. testa. & glos. verb. heredita-
te L. posthumos 12. pr. ff. eod.* os pra-
ticos, a tudo chamaõ *nullo*, ne-
nhum; ou porque o fosse, ou se fi-
zesse pela superveniencia.

§. 6. *Non tamen per omnia
inutilia sunt ea testamenta, que ab
initio jure facta, per captis demin-
utionem irrita facta sunt, nam si
septem testium signis signata sunt:
potest scriptus heres secundum ta-
bulas testamenti bonorum possessio-
nem agnoscere, si modo defunctus,
& civis Romanus, & sue potesta-
tis mortis tempore fuerit. Nam si
ideó irritum factum sit testamentum,
quia civitatem, vel etiam liberta-
tem testator amisit, aut quia in
adoptionem se dedit, & mortis tem-
pore in adoptivi patris potestate sit:
non potest scriptus heres secundum
tabulas bonorum possessionem petere.*

Nem de todo ficaõ inuteis os tes-
tamentos, quando foraõ feitos con-
forme a Direito, e se tornaõ irritos
pela

pela capitis diminuição; porque se tiver fette testemunhas, pôde o herdeiro pedir a posseção de bens pelo testamento, se o testador era Cidadão Romano, e de seu proprio direito, ao tempo da morte. Porque havendo sido irrito a respeito do testador perder a Cidade, ou a liberdade, ou por se dar a outro em adoção, e ao tempo da morte estiver no poder do pay adoptivo; não pôde o herdeiro escrito, pedir a posseção dos bens pelo testamento.

Remiss.

Este §. se confirma, e illustra pela *L. si quis 6. §. quatenus ff. injust. rupt. L. 1. §. exigit ff. bon. poss. sec. tab. §. fin. Inst. quib. non est permiff. fac. testa. Peg. for. cap. 20. n. 64.*

§. 7. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut & si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit: & aut mortalitate preventus, aut quia ejus rei penituit, id non perfecerit: divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae & perfectae fuerint, nam imperfectum sine dubio nullum est.*

O testamento, não se infirma por sómente dizer o testador, que não quer, que valha; tanto assim, que se depois de o haver feito bom, começar outro, e o não acabar, ou pela superveniencia da morte, ou por arrependimento de o acabar; está ordenado por huma oração do Emperador Pertinaz, que o primeiro valha; e quando o segundo não for perfeito por Direito; porque o testamento imperfecto, he nullo, sem duvida.

Remiss.

Este §. de que a vontade nuda não infirma, *L. 2. ff. injust. rupt. L. hac consultissima 21. §. fin. Cod. de testam. L. si jura 18. ff. de legat. 3. Razaõ, L. nihil tam naturale 35. L. 2. 100. L. 153. L. 188. §. 1. tom. 5.*

Temos exceção, quando o instituido lhe impedio a revogação, *Ord. lib. 4 tit. 84. §. 2.* e outras exceções *L. sancimus 27. Cod. de testam & d. L. 2. & L. 21. §. 3.* como se o imperfecto for a favor dos herdeiros abintestado, contra o estranho instituido no primeiro, *L. 2. verfi. nisi forte posterius ff. injust. rupt. Angel. scial. for. compet. cap. 33. n. 418. vide ex n. 410. dos consanguineos) vide, L. hac consultiss. 21. & auth. seq. & §. 2. Cod. testam. Portug. lib. 3. cap. 17. Antonei. temp. legal. lib. 2. cap. 78. e mostra Portug. d. cap. 17. que havendo dous testamentos, e aceitando a herança pelo segundo imperfecto, a não pôde depois aceitar pelo primeiro, ex *L. Clodius 97. ff. acq. hered.**

E he necessario que o segundo seja conforme a Direito, aliás, não revoga o primeiro, *jura supr. P. Pinh. testam. disp. 6. sect. 2. n. 9. verfi. si vero L. quidam cum filium ff. hered. instit. d. §. 7. Inst. h. t. Phab. dec. 56. n. 17. ubi judicat. Nem se diz acto perfeito, quando falta parte para fazer, ut h. §. Barb. ax. 12. n. 11. L. fin. §. illud Cod. codecill. L. 2. verfi. quia ipsi animadvertunt aliquid de esse ff. orig. jur. convem, Arouc. adn. L. 15. n. 39. ff. stat. hom. Peg. 4. for. cap. 72. n. 68. vide, pr. Inst. empt. n. 8.*

§. 8. *Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus, qui litis causa principem reliquerit heredem: neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum:*

baturam: neque ex nuda voce heredis nomen admissarum: neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus & Antonius sæpiissimè rescripserunt. Licet enim (inquiunt) legibus soluti simus, at tamen legibus vivimus.

Na mesma oração ficou escrito, que não admittiria a herança daquelle, que por causa de pleito faz ao Principe seu herdeiro: nem approvaria o testamento que não fosse conforme ás Leys, e ficasse instituido por esta causa: e que não se chamaria herdeiro, só pelo ter dito o defunto; nem alcançaria cousa alguma a que faltasse a authoridade do Direito. Conforme ao qual responderão muitas vezes os Emperadores Severo, e Antonino, dizendo, *ainda que não somos sujeitos ás Leys, vivemos conforme as Leys.*

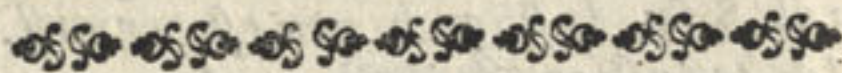
Remiss.

- 1 Este § final, do que institue ao Principe a causa de pleito, e de dar contendor duro, *L. ex imperfecto 23 ff legat. 3. L. 3. Cod. de testam. L. Princeps 31. ff. de legib. & ibi Arouc. adn. n. 9. cum L. Papinianus 8. §. si imperator ff. inoffic. testam.*
- 2 O Principe, deve viver conforme as Leys, porque destas depende a sua authoridade, *L. digna vox 4. Cod. de legib. & constit. Princ. cap. fin. de rescript.* ainda que he soluto da Ley, *d. L. Princeps 31. & ibi Arouc. n. 1 ff. de legib. & in L. 1. n. 13.*
- 3 eod. o que entendem *vi coactiva*, e não *directiva*, *ut per jura & h. §. Arouc. d. L. 31. n. 1.*
- 4 Do Principe, a quem he licito o honesto, *dix. L. 144 & 197. tom. 5. & § 10. Inst. rer. divis. L. sempre 42. ff. rit. nupt. Arouc. d. L. 31. Peg. coment. ad Ord. tom. 2. lib. 1. tit. 3. §. 9. n. 26. usq. 34. Galo de fruct. disp. 3. art. 1. n. 26. disp. 5. art. 3. quæst. 2. n. 5. 27. 28. & 29.*

O irmão do Rey, he subdito da Ley, geral, e não soluto, *d. L. Princeps 31. ff. de legib. L. qui violaverit 11. vers. nam & Romuli frater Remus, & ibi Arouc. adn. n. 5. ff. rer. divis. dix. §. 10. Inst. rer. divis. Cancer. 3. var. cap. 13. n. 184. fin. Roland. lib. 1. cons. 86. n. 72.*

Testamento, feito na presença do Principe soberano, não necessita de testemunhas, ou outra solemnidade, *L. omnium Cod. de testam. P. Pinh. testam. disp. 2. sect. 7. § 2. n. 170.*

A acção não se pôde trespassar em poderoso, *Ord. lib. 3. tit. 39. lib. 4. tit. 10. §. 6. & ibi Glosator. Barb. & Glz.*



T I T. 18.

De Inofficioso testamento.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant, vel omittunt: inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut iniquè se exheredatos, aut iniquè preteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si verè furiosus sit, nullum testamentum est.

Porque os pays algumas vezes, desherdaõ seus filhos sem causa, e os pretirem, se introduzio, que possaõ os filhos oppor contra o testamento, de inofficioso; e quando querelarem do testamento, ou por desherdados injustamente, ou injustamente preteridos, ha de ser com o pertexto de que estava como sem juizo perfeito, quando fez o testamento. Mas isto se diz, não por-

porque de todo estivesse sem juizo, como furioso; mas porque verdadeiramente fez o testamento afastado do officio de piedade; porque se na verdade he furioso, he nullo.

Remiss.

- 1 Este principio, modo, e razão daquerella do testamento de inofficioso, se confirma, e illustra, *L. 1. L. 2. L. 3. L. 4. & tit. ff. inoffic. testam.* Razão, *L. nam & si 15. pr. ff. h. t. L. 7. §. 1. ff. und. liber. L. 7. pr. ff. bon. damnat.*
- 2 O desherdar, deve ser com causa, ou huma das 14. da *Ord. lib. 4. tit. 88. & auth. ut cum de appellat. §. illud quoque & Ord. lib. 4. tit. 82. §. 2. Guerr. tract. 2. lib. 2. cap. 1. num. 113.* Que o herdeiro instituido deve de provar *Novel. 115. cap. 3. Ord. lib. 4. tit. 82. §. 2. L. omnimodo 30. Cod. inoffic. testam Guerr. d. tr. 2. lib. 2. cap. 1. a num.*
- 3 121. ainda que o contrario de Direito antigo, *L. 5. §. 1. ff. h. t. & L. 28. Cod. eod.*
- 4 Privilegio do soldado, *L. Papinianus §. Papinianus 4. ff. h. t. L. si instituta §. 2. ff. eod. L. de inofficioso 9. Cod. inoffic. testa. L. testamentum 24. Cod. eod. tit.*
- 5 *Aut iniqué preteritos*: o mesmo, se preterir o filho, *ut h. pr. Inst. & Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1.*
- 6 *Quasi non sanamentis*: querela com o pertexto, como se estivera furioso, *ut h. pr. vers. hoc colore, & L. 17. §. 1. ff. inoffic. testam.*
- 7 Antigamente, tudo era nullo, nem liberdades, nem legados, *d. L. Papinianus §. fin si ex causa inofficiosi ff. h. t. L. cum mater 28. fin. vers. nihil ex eo testamento valet ff. eod.*
- 8 Hoje julgado inofficioso, só se anulla a instituição, *d. L. cum mater 28. & ibi glos. ff. de inoffic. testam. Auth. ex causa Cod. liber. præter Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1. Novel. 115. cap. 3. contando as causas da desherdação, supr. n. 3.*

Se não obteve sentença pela querela de inofficio, nem por isso perderá o que lhe competia pelo testamento, *d. L. Papinianus §. §. pen. vers. quod si egit, nec obtinuit ff. inoffic. testam.* o legatario, bem pôde impugnar o facto do defunto, contrario á Ley, e Direito, sem perder o legado, *dix. L. ex qua persona 149. tom. 5. Peg. 3. for. cap. 37. n. 9. Valasc. cons. 190 n. 7.*

Se desistir daquerella intentada, não pôde ser ouvido depois, *d. L. Papinianus §. §. si quis post rem ff. h. t. L. destitisse 10. ff. de judic.* o que he livre, e depois não tem regresso, *Rocca cap. 194 n. 9. & 10.*

Além da accusação da querela, tambem ha petição da herança, *L. si quis filium Cod. liber. præter. L. pen. §. sed quemadum ff. bonor. poss. cont. tab. infra §. 1. n. 3.* Querela de inofficioso, he o mesmo que petição, *L. contra maiores 16 L. si quis filium 34 Cod. inoffic. infra §. 1. h. t.* como a possessão de bens, *princ. Inst. bon. poss.* tudo he pedir a herança. E hoje não se expoem o nome da acção, e só se conta o facto, porque deste nasce o Direito, e está tirado esse formulario, *tit. Cod. de formul. act. sublat. dix. §. 16. Inst. leg. Aquil. §. 6. & §. 15 n. 2. Inst. act. Ord. lib. 3. tit. 63. Mend. lib. 4. præfact n. 1. fin.*

Nam si veré furiosus sit: o furioso, nullamente testa, *ut fin. pr. h. t. dix. §. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. Ord. lib. 4. tit. 81. pr.*

§. 1. *Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum acensare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater, turpibus personis scriptis heredibus, ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

A querela, queixa, (petição,) accusação de inofficioso, não só he permittida aos filhos, contra o testamento de seus pays; mas ainda aos pays, o dos filhos. Porém, à irmã, e irmão, contra o herdeiro torpe, e não contra todos os herdeiros escritos, conforme a Constituição dos Emperadores; e além dos irmãos, não compete esta acção, e querela; e se a intentar, não vencerá, pela carencia de acção.

Remiss.

1 A querela de inofficioso, também compete aos pays preteridos, *ut h. §. L. 1. L. pater filium 14. L. nam & si parentibus 15. ff. de inoffic. L. 7. §. 1. ff. und liber. Novel. 115 cap. 4. §. 1. Inst. n. 4. ex hered. liber. Ord. lib. 4. tit. 82. §. 4. fin.*

2 Em huma mesma acção, se pede a recisão, e reivindica a herança, como intestado, *L. 8 §. 8. L. 20. L. 21. §. fin. L. si instituta 27 §. fin. ff. in offic. vide pr. Inst. h. t. n. 15. 16. & 17. & Cald. de inoffic. testam.*

3 A querela, nenhuma outra cousa he, mais que a petição da herança, por causa do testamento inofficioso, *ut supr. pr. d. n. 15. L. 16. L. 34. Cod. hoc tit. L. 3. Cod. petit. hered. L. 6. ff. hered. petit. L. 20. §. sed quemadmodum ff. bon. poss. contr. tab. L. 5. ff. his qui ut indign. Ant. Mathen de judic. disp. 1. n. 12.*

4 Quanto à querela dos irmãos, *ut h. §. L. 1. ff. inoffic. testa. L. fratris 21. juncta L. fratres 27. Cod. h. t. Ord. lib. 4. tit. 90 & ibi Barb. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 4. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50 pag. 266. n. 236 ubi judicat. Peg. tom. 5. for. cap. 80. à n. 45. ubi judicatum. sentença, e tençoens, Menoch. conf. 853. com tanto que não seja torpe, Ord. d. tit. 90. §. 1. Guerr. n. 38.*

6 O Pay, prefere ao irmão, *Ord. lib. 4. tit. 91. Novel. 118 cap. 2.* chama-se primeiro ao descendente, na

falta, o ascendente; e na deste, ao transversal de ambos os lados, e na falta, ao de hum lado, *d. Novel. 118. Ord. lib. 4. tit. 96. infra tit. Inst. hered. que abintest. defer.* Muitas & couzas concedidas aos irmãos, se denegaõ aos tios, *d. L. fratris 21. Cod. de inoffic. testam. Larr. dec. 47. n. 24.* e falando dos alimentos do tio, e sobrinho, *Peg. compet. cap. 105. Guerr. tr. 1. lib. 4. cap. 7. ex n. 78.* que os deve prestar, *Pona cap. 9. n. 22.* e por huma, e outra parte, *Dossio alim. cap. 8. n. 578. 579. & 580.* e nem todos seguem, *Peg. d. cap. 105.*

A carencia de acção, *ut h. §. 1. fin. 9* he quando pelo preposto carece de acção, *Cancer 1. var. cap. 18. n. 20. Hontalb. jur. superv. quest. 5. ex n. 98.* que contra todos, *Carlev. judic. tit. 2. disp. 5.*

§. 2. *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostrae constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hereditatem totam, vel partem ejus, alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

Tanto os filhos naturaes, como os adoptivos, segundo a divisão destes em nossa Constituição, só se podem queixar do testamento de inofficioso, se de outro modo não podem succeder nos bens do defunto; porque os que por outro Direito podem pedir a herança, ou parte della, não a podem pedir pelo inofficioso. Os posthumos, que por nenhum outro direito podem vir à herança, também podem pedir pela acção do inofficioso.

Remiss.

- 1 Como a querela do testamento, de inofficioso, he remedio extraordinario, e odioso, *L. quidam 19. ff. liber & posth. L. fin. §. fin. Cod. liber. prater.* cessa, quando por outro Direito pòde vir aos bens do defuncto, *L. pen. Cod. de adopt.*
- 2 O remedio extraordinario, naõ tem lugar, se naõ na falta do ordinario; e o que tem este, naõ pòde usar daquelle, *Ord. lib. 3. tit. 41. §. 2 ubi Barb. e Glz. n. 22. & 23. Leit. tr. 1. q. 5. n. 36 fin. Reinos. obs. 51. n. 20. Per. revis. cap. 13. n. 11. Peg. tom. 2. ad regim. senat. §. 31. glos. 87. n. 2. pag. 180. & tom. 7. ad regim. senat. cap. 100. n. 36. pag. 656. Barb. ax. 202. Barb. L. fin. Cod. si advers. rem judic. n. 2. Parej. edit. tit. 8. resol. 2. n. 42. & 43. p. 2. tit. 6. resol. 1. n. 11.*

§. 3. Sed hæc ita accipenda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictum est, quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin verò quantacunque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta: de inofficioso querela quiescente, id, quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur: licet non fuerit adjectum, boni viri arbitrato debere eam compleri.

Estas cousas acima ditas, se han-
de de entender, se de todo lhe naõ
deixa nada no testamento; o que
introduzio nossa Constituiçaõ, pe-
lo pejo natural. Porèm, se lhe dei-
xar alguma parte, ou alguma cou-
sa, afastada a querela, se compo-
nha o que faltar para a quarta por
legitima parte; e sendo necessario,
se liquide por arbitrio de homem
bom.

Remiss.

Antigamente, cessava a querela quando se deixava a terça parte da porçaõ da legitima, ou alguma cou-
sa, ao arbitrio do bom varaõ, *L. pa-
rentibus 8. Cod. h. t. Constituiçaõ,
L. omnimodo 30. Cod. h. t. ubi glos.
Transmissaõ, L. si quis 34. Cod. hoc
tit.* A nossa *Ord. lib. 4. tit. 82.* man-
da deixar as duas partes ao filho,
e faculta dispor da terça; e se naõ
sabia do filho, e era vivo, *d. Ord.
§. fin. §. 2. Inst. ex hered. liber.*

Se o que recebe alguma coufa do
testamento, o pòde impugnar, e
vir contra o facto do defuncto, *pr.
Inst. h. t. n. 12. & L. 149. tom. 5. L. 14.
Cod. reivind. Odiern. L. hac edictal
quest. 18.*

§. 4. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testa-
mento patris sui legatum accepe-
rit, cum nihil erat ipsi tutori reli-
ctum a patre suo: nihilominus po-
terit nomine suo de inofficioso patris
testamento agere.

Se o tutor, do irmaõ pupillo,
receber o legado deixado pelo Pay
ao pupillo, ainda pòde arguir o
testamento do Pay de inofficioso,
em que nada lhe deixa, a elle tu-
tor.

Remiss.

O tutor, pòde querelar o tes-
tamento de seu pay, depois de acei-
tar o legado do pupillo, *ut h. §. Ra-
zaõ do §. L. tutorem 22. ff. his qui
ut indign. caso semelhante, L. cum
quidam 26. Cod. admin. tut.*

Deste §. *Cald. de inoffic. testam. 2
cap. fin. Guerr. tr. 3. lib 6. cap 10 ex n.
10. usq. 18. cum h. §. & §. 5. h. t. dix §.
2. Inst. pupil subst.* que huma pessoa
pòde fazer diversas figuras, a di-
versos respeitos; e os auctos naõ

operao ultra a intencao, Guerr. prox. & dix. L. 16. ff. acq. rer. dom. tom. 8.

§. 5. Sed si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est: ipse (tutor,) quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.

Pelo contrario, se o tutor arguir de inofficioso em nome do pupillo, a quem nada deixou, e naõ obtiver sentença, naõ perde o tutor o seu legado do testamento.

Remiss.

¹ Este §. de que, se querelou do testamento em nome do pupillo de que he tutor, pòde pedir o seu legado, he visto ser tirado da L. adversus 30. §. tutorib. pupilli 1. ff. inoffic. testam. e se confirma L. tutorem qui pupilli suo nomine 22. ff. his qui ut indignis aonde dá a razao; e admite a pessoa em diversas figuras, a diversos respeitoes, & h. §. & L. cum quidam 26. Cod. admin. tut. & ibi Aug. Barb. L. Papinianus 8. §. pen. vers. quod si egit ff. h. n. t. Guerr. tr. 3. lib. 6. cap. 10. n. 14. & 15. tr. 2. lib. 4. cap. 5. n. 3. tr. 1. lib. 2. cap. 10. n. 9. 10. & 11.

§. 6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit: sive jure hereditario, sive jure legati, vel fideicommissi: vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos: in ijs tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio: vel alijs modis, qui (in nostris) constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est: ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur: una quarta eis dari possit, ut ea pro

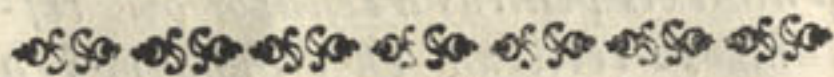
rata eis distributur: id est, pro virili portione quarta.

A quarta, que deve haver para naõ poder arguir o testamento de inofficioso, basta que seja, ou por via de herança, ou de legado, ou fideicomisso, ou doaçaõ a causa da morte, ou entre vivos, conforme as nossas Constituiçoens, cuja quarta, sendo muitos, respeita a todos, conforme sua porçaõ rateada.

Remiss.

Constituiçaõ, L. omnimodo 30. Cod. inoffic. testam. L. 1. §. 1. Cod. de collat. as mais, dizem que naõ existem; facit L. 17. Cod. collat. juncta L. 29. Cod. h. n. t. vide Novel. 18. & Novel. 115. cap. 3. 4. & 5.

Conforme as porçoens, §. si plures 6. Inst. hered. instit. §. 3. Inst. eod. & §. 3. Inst. stipul. servor.



T I T. 19.

De Heredum qualitate, & differentia.

Heredes autem, aut necessarij dicuntur, aut sui & necessarij, aut extranei.

Os herdeiros, ou se chamaõ necessarios, ou seus, e necessarios, ou estranhos.

Remiss.

E Stas differenças, §. 1. Inst. cui & quib. ex caus. man. §. 1. Inst. hered. instit. distribuidas h. t. Inst.

§. 1. Necessarius heres, est servus heres institutus. Ideoque sic appellatur, quia sive velit, sive nolit,

nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius fit. Unde qui facultates suas suspectas habent: solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu heredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona, quam ipsius, testatoris à creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo, illud ei commodum praestatur: ut ea, quae post mortem patroni sui sibi adquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus: (iterum) tamen ex ea causa res ejus, quas sibi adquisierit, non veniunt.

Herdeiro necessário, he o escravo instituido herdeiro; porque ou queira, ou não, morto o testador, logo fica livre, e herdeiro. Donde, os que tem suspeita em seu patrimonio, costumão instituir a seu escravo em primeiro, ou segundo, ou ultimo lugar: para que se não bafatar para os crêdores, antes executem os bens do herdeiro, que os do testador. E por este incommodo tem a commodidade de fazer seu, o que adquire depois da morte do testador, seu patrono: e posto que o patrimonio não chegue á satisfação dos crêdores, não o executaõ no que adquirio.

Remiss.

Vide, in §. 1. Inst. cui & quib. ex caus. man. & §. 1. Inst. hered. instit.

1 O herdeiro seu, e necessário, bem se pôde abster da herança, ut §. 2. n. 5. h. t. porèm o escravo, herdeiro necessário, não se pôde abster, L. necessariis heredib. 57. fin. vers. servis autem necessariis heredibus, si ve puberes, si ve impuberes sint, hoc non permittitur ff. acquir. hered.

3 A herança, antes de aceita, e jacente, representa o defunto, ut Tom. II.

dix. §. 2. Inst. hered. instit. & pr. Inst. stipul. serv. L. 34. ff. acq. rer. dom. tom. 8. Arouc. L. 4. §. 1. n. 1. ff. stat. hom. E 4 depois de aceita, he patrimonio do herdeiro, ut §. 1. Inst. h. t. Gam. dec. 9. pr. Surd. dec. 310. n. 9. Menoch. arbitr. casu 256. n. 8. dix. d. §. 2. Inst. hered. instit. & d. pr. Inst. stipul. servor. Portug. lib. 3. cap. 14. n. 14 & 15. Carlev. judic. tit. 2. disp. 5. n. 301. & 302. vide, n. 303

Ipsi reserventur: fique salva a 5 adquisiçãõ, posterior á morte do defunto, com tanto que faça inventario, L. 1. §. fin. ff. separat. bon. ain- 6 da o herdeiro beneficiato, faz seus os frutos, em quanto os credores do defunto não instaõ pelo pagamento, como provámos, L. 1. §. si vir uxori 2. num. 189. ff. adq. poss. tom. 8. pag. 19.

Nos bens da herança, prefere o 7 credor do defunto ao do herdeiro, L. 1. tot. tit. ff. separat. bon. porque o beneficio deste titulo, veyo em favor dos credores á herança, Arouc. adn. L. 1. n. 15. ff. de just. & jur. e o 8 beneficio do inventario, he a favor do herdeiro, Arouc. d. n. 15. Valasc. part. cap. 8. Altograd. conf. 4. n. 15. Fontanel. pact. nupt. claus. 4. glos. 9. n. 51. Salgad. labir. p. 1. cap. 9. n. 5. 6. & 8. Cancer. 3. var. cap. 2. per tot. Do 9 beneficio do inventario, L. fin. Cod. jur. deliber. auth. sed cum testator Cod. ad leg. Falcid. Valasc. conf. 52. n. 25. Peg. 2. for. cap. 11. à n. 48. usq. 66. infra, tit. Inst. leg. Falcid.

Para beneficio de inventario apro- 10 veitar, se deve começar, e findar dentro do tempo da Ord. lib. 1. tit. 88. e escrever todos os bens; aliás se prezume havia na herança bens para as dividas; e paga pelos proprios, como herdeiro simples, que succede no activo, e passivo do defunto, dix. L. 62. tom. 5. Gam. dec. 369. Per. dec. 34. n. 8. Valasc. alleg. 100. Phæb. ar. 15. & p. 2. ar. 54. Mend. lib. 3. cap. 22. n. 31. Peg. for. cap. 11. sub n. 47. vers. secus dicendum &

ibi iudicat & tom. 2. ad Ord. pag. 306. & 307.

§. 2. Sui autem, & necessarij heredes sunt, veluti filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps ceteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos, neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patris potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur: prima causa est in successione liberorum. Necessarij verò ideo dicuntur, quia omnino, si ve velint, si ve nolint, tam ab intestato, quam ex testamento (ex lege duodecim tabularum) heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hereditate: ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.

Herdeiro seu, e necessario, he o filho, filha, nêto, ou neta do filho, e os mais descendentes, que estaõ no poder do que morre. Porém, para o nêto, ou neta se dizer herdeiro seu, naõ basta que efetivellem no poder de avô ao tempo da morte deste; mas he necessario, que o Pay do nêto deixasse de ser herdeiro seu, em vida do avô, ou por morrer, ou haver sahido do patrio poder; porque entaõ está, e succede no lugar de seu Pay. Chamaõ-se sui heredes, porque saõ herdeiros domesticos, e vivo o pay he visto terem na herança algum dominio: pelo que morrendo intestado, herdaõ primeiro os filhos; e se dizem necessarios, porque ou

queiraõ, ou naõ, saõ herdeiros pela Ley das doze taboas, tanto no intestado, como pelo testamento. Porém, o Pretor lhe concede a estes o absterse da herança; para que os credores paternos antes executem os bens de seu pay, que os seus.

Remiss.

Este §. do herdeiro seu, e necessario, por outro nome, proprio, e necessario, se confirma, e illustra ex L. in suis 11. ff. liber. & posth. L. necessarij 57. pr. ff. acquir. vel omit. hered. L. 33. §. 1. ff. testam. mil. L. 6. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testa. seguem a ordem da dita L. 33. & d. L. 6

Vivo o pay: d. L. 11. ff. liber. & 2 postea. & §. 2. & 3. Inst. hered. que ab intest. defer. e nòs temos a Ord. lib. 4. tit. 96. & tit. 91.

He necessario: ou queira, ou naõ; queira, L. verbis legis 120. tom. 6. L. 7. ff. bon. damnat. L. 4. ff. de condit. & demonstr. Porém, por Direito novo, e Pretorio, tem o beneficio da abstençaõ da herança, e por isto só pedindo se diz herdeiro, filius, ergo heres, e quando he convindo, se lhe deve provar, L. necessarij heredibus 57. ff. acq. vel omit. hered. §. 3. Inst. hered. que ab intest. defer. L. ei qui se non miscuit 12. ff. acq. hered. Maced. dec. 5. n. 3. 4. 5. 6.

Filho, e nêto, e dahi em diante: 5 porque se representaõ, e a representaõ nos descendentes he in infinitum, ut per DD. tenet. Senat. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 2. n. 50. & lib. 4. cap. 6. n. 11. & 12. & Novel. 118. cap. 1. em quanto chama primeiro os deicendentes.

Neste Reyno, saõ herdeiros os 6 descendentes, por sua hordem, nas duas partes da herança dos pays, Ord. lib. 4. tit. 82. & tit. 96. que o 7 pay lhe naõ pòde gravar, L. quoniam prioribus L. si quando §. generaliter Cod. in offic. testam. Peg. maior. cap.

- 8 cap. 4. n. 29. salvo se o filho confen-
tir, (utilizado com a terça livre,
por vocação;) porque neste caso
lha poderá vincular, *Peg. maior. d.*
cap. 4. n. 76. & tom. 2. cap. 20. n. 378.
- 9 pag. 700. E se lhe vincular a legiti-
ma, com sua aceitação, fica o fi-
lho instituidor, *Peg. maior. cap. 3.*
n. 37. com faculdade regia, n. 75.
vide, Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 1. & lib.
7. cap. 4. num. 22. & 23. Valasc. conf.
- 10 130. porém faltando a vontade do
filho, he nulla a disposição pater-
na, *Molin. primog. lib. 4. cap. 2. n. 66.*
Valens. conf. 63. n. 6. Castilh. lib. 5.
cap. 80. n. 18. cap. 152. n. 13. & 19.
- 11 A quem não utilizo, não o posso
gravar, *Barb. ax. 108. n. 1.*
- 12 E supposta a aceitação do primei-
ro chamado, se adquire para os
mais, *L. perfecta donatio Cod. donat.*
que sub mod. Peg. for. cap. 4. n. 145.
Castilh. usufr. lib. 1. cap. 8. n. 38. &
44. lib. 3. cap. 19. ex num. 258. Rocca
- 13 *cap. cap. 109. n. 15. Phab. dec. 83. e*
como o dominio, assim adquirido,
nem a successão, não pôde estar
impendente, ao tempo da morte, e
logo passa para o successor legitimo,
Peg. for. cap. 4. n. 24. Portug. lib. 3.
cap. 21. n. 14. & lib. 1. cap. 11. n. 75.
Peg. maior. possess. n. 379. & 610. &
- 14 *tom. 4. ad Ord. pag. 699. n. 3. pôde o*
successor reivindicar do intruso, *Peg.*
maior. cap. 6. n. 317. dix. L. 8. tom. 5.
- 15 e como administrador, pôde reivin-
dicar o alheado, *Peg. d. cap. 6. num.*
317. e he pratica de julgar.

§. 3. *Ceteri, qui testatoris juri*
subjeti non sunt, extranei heredes
appellantur. Itaque liberi quoque
nostri, qui in potestate nostra non
sunt, heredes à nobis instituti, ex-
tranei heredes nobis videntur. Qua
de causa, & qui heredes à matre
instituuntur, eodem numero sunt:
quia femine in potestate liberos non
habent. Servus quoque heres à do-
mino institutus, & post testamentum
factum ab eo manumissus, eodem nu-
mero habetur.

Os mais, que não estão sujeitos
ao testador, se chamaõ herdeiros
estranhos: e assim os filhos que não
estão no nosso poder, se os insti-
tuimos, he visto saõ herdeiros es-
tranhos. Pela qual razão, os insti-
tuídos pela mãy saõ estranhos, por
não ter os filhos no poder. Tambem
o escravo, que o senhor libertar de-
pois de o haver instituido no testa-
mento, fica do mesmo numero.

Remiss.

Emancipado, fica fora da fami-
lia, e he havido por estranho, *L.*
quin etiam 55. fin. vers. scilicet qui
post emancipationem extraneus in-
telligor ff. rit. nupt. L. pronuntiatio
195. §. familiae 2. vers. idemque eve-
nit & in eo qui emancipatus est tom.
6. E neste Reyno, he havido por 2
emancipado, pelo Matrimonio, e
cessa o patrio poder, *Ord. lib. 1. tit.*
88. §. 6. & Regim. senat. §. 13. Ord. lib.
3. tit. 42. lib. 4. tit. 87. §. 7. Valasc. al-
legat. 29. n. 25. 35. 41. & 46. Guerr.
tr. 3. lib. 2. cap. 6. n. 6. & cap. 1. n. 50.
& seqq. dix. pr. Inst. patr. potest.

A mãy, não tem patrio poder, *ut 3*
h. §. 3. & §. familiae 10. Inst. adopt. L.
nulla familia ff. suis & legit. hered.
Ord. lib. 4. tit. 87. §. 7. L. mulierem 5.
Cod. adopt. L. nam civium 4. ff. his
qui sunt sui Valasc. alleg. 29. n. 8.
Arouc. adn. L. 9 n. 81. ff. stat. hom. e 4
por isso a mãy não tem herdeiros
seus, *ut h. §. Valasc. d. alleg. 29. n. 11.*
seguem ao pay, *L. 196. §. 1. tom. 6. n.*
2. e he fim da familia paterna, e ca-
beça da sua d. L. 195. §. fin. n. fin. tom. 5
6. Val. d. alleg. 29. n. 10. Reinos. obs.
14. n. 10. & 11.

Por Direito commum, a filha ca-
sada estava no patrio poder, *L. si*
uxorem 5. Cod. condit. in sert. tam le-
gat. quam fideicomiss. vide pr. Inst.
patr. pot.

O escravo livre depois de insti-
tuido no testament, fica no mesmo
numero de estranho, *ut h. §. fine;*
por-

porque não conseguio a liberdade, e a herança pelo testamento, ut §. 1. *Inst. hered. instit. ubi dix.*

§. 4. *In extraneis heredibus illud observatur, ut si cum eis testamenti factio: sive heredes ipsi instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt, & id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem (facti) tempore, ut constiterit institutio: mortis verò testatoris, ut effectum habeat: hoc amplius, & cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive purè, sive sub conditione heredis institutus sit, nam jus heredis eo maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore, inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentium, mutatio juris non nocet heredi: quia (ut diximus) tria tempora inspicere debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest: sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alij acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi, vel alij acquirere possunt.*

Observa-se, nos herdeiros estranhos, que he necessario terem facção de testamento, ou sejaõ elles os mesmos instituidos, ou os que tem no seu poder; e esta facção se considera em dous tempos: no em que fez o testamento, para valer a instituição, e no em que morreo o testador, para que haja effeito. E mais he, que deve ser capaz da herança, ao tempo da aceitação; ou fosse instituido puramente, ou

debaixo de condição; porque do Direito do herdeiro, mais se perquire ao tempo da aquisição da herança. O não ser capaz no meyo tempo do testamento, e morte do testador, ou existencia da condição, não prejudica ao herdeiro; porque se consideraõ, como fica dito, tres tempos. He visto ter facção de testamento, não só o que o pôde fazer, mas tambem o que pelo testamento alheyo pôde receber para si, ou adquirir para outro, ainda que não possa fazer testamento. E por isso o furioso, o mudo, o posthumo, o infante, filhofamilias, e o escravo alheyo, se dizem ter facção de testamento; porque ainda que não podem fazer testamento, com tudo podem adquirir para si, ou para outro.

Remiss.

Este §. da facção do testamento, quanto a esta, e tempos, he copiado da *L. si alienum servum* 49. §. *in extraneis heredibus illa observantur ff. hered. inst.* e *Bart.* no summario diz, nos herdeiros estranhos, se requiere a capacidade no tempo da morte, e da aceitação da herança, e o que o meyo tempo não prejudica.

O mais do §. he descripto da *L. 2 filiusfamilias & servus alienus, & posthumus* 16. ff. *qui testa fac. poss.*

Daquelle dous, e tres tempos, bene glos. in d. *L. si alienum servum* 49. §. 1. verb. *hereditatem*, *Cald. tit. Inst. de inoffic. testam. §. tunc autem n. 25.* *Portug. lib. 3. cap. 19. n. 2. & cap. 30.*

Capacidade, e qualidade, no successor do morgado, ao tempo da morte do possuidor legitimo, em que se devolve, *Peg. for. cap. 4. n. 27. & 31. dix. L. delata* 151. tom. 6. e o vi julgar com repetição; e nem a incapacidade, ou capacidade, superveniente offende, ou utiliza; por

estar devoluto, e o acto perfeito, e consumado, Peg. for. cap. 4. num. 31. 33. 34. dix. §. 7. Inst. denupt. §. 1. Inst. qui testa. fac. §. 14. Inst. legat. L. 85. §. 1. tom. 5. cap. factum 73. tom. 7. Guerr. tr. 2. lib. 7. cap. 4. n. 25. & 26. & ibi jura.

6 De modo que nestes herdeiros estranhos, se requer capacidade no tempo do testamento, e da morte do testador, e da aceitação da herança; e os de permeyo não offendem, Bart. in d. L. si alienum 49. §. 1. ff. hered. instit. & ibi glos.

7 A legitimação da pessoa, para o acto, se requiere, e considera no tempo do mesmo acto, L. ad testium §. 1. ff. de testam. Gam. dec. 355. Reinos. obs. 13. n. 14. & L. eum qui 104. ff. condit. & demonstr. falando da capacidade de succeder.

8 Não no tempo do testamento, sim no da morte, L. intervinit ff. ff. legat. prestand Per. dec. 116. n. 2. §. 1. & 6. Inst. legit. agnat. success. L. 2. §. proximum ff. suis & legit. hered. Castilb. tom. 6. cap. 15. tom. 5. cap. 90. n. 5. 16. & 21. Giurb. feud. §. 2. glos. 12. n. 2. vers. ampliatio tertio.

9 Não aceita a herança, morre intestado, pr. Inst. hered. que abint. defer. dix. L. 181. tom 5. L. 64. tom 6. Ord. lib. 4. tit. 87. §. 8. Portug. lib. 3. cap. 17. n. pen. & fin. Guerr. tr. 2. lib.

10 3 cap. 5. n. 196. e o testamento, fica irritado, L. 1. fin. ff. injust. rupt. irrit. fact. testa. & supr. tit. Inst. quib. mod. testam. infirm.

§. 5. Extraneis autem hereditibus deliberandi potestas est de ad-eunda hereditate, vel non ad-eunda. Sed si ve is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditatis, si ve extraneus, cui de ad-eunda hereditate deliberare licet, adierit: postea relinquenda hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit viginti quinque annis. Nam hujus aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis dece-

ptis: ita & si temerè damnosam hereditatem susceperint, prator succurrit. Siendum est tamen, divum Hadrianum etiam majore viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod adita hereditatis tempore latebat, emerisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio prestitit: divus autem Gordianus postea militibus tantum modo hoc concessit.

Nos herdeiros estranhos, ha facultade de se deliberar em aceitar, ou não a herança; porém, se o que tem o poder de se abster, se misturar com os bens della; ou o estranho, que tem o Direito de deliberar, a aceitar, depois não ha essa facultade: salvo se for menor de 25. annos; porque este, estando leso, o Pretor o soccorre, como nos mais casos. E se o Emperador Adriano o concedeo, por especial graça, ainda ao mayor de 25. annos, o repudiar depois da aceitação, o Emperador Gordiano o restringio ao soldado.

Remiss.

Aos herdeiros compete o Direito de deliberar, para que não seja adstritos a aceitação da herança temerariamente, ut tot. tit. ff. & Cod. jur. deliber. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 10. Huma vez aceita, já a não póde repudiar; e huma vez herdeiro, não póde deixar de o ser, supr. tit. 14. §. 9. & tit. 15. pr. n. 9. & 18. pr. Inst. vulg subst. Oliveir. muner. cap. 4. §. 3. sub n. 7. Arouc. adn. L. 25. n. 9. ff. stat. hom. E por isso a sentença de habilitação de herdeiro, faz prova entre terceiro, Grat. cap. 869. n. 16. Franch. dec. 694. Staib. junior resol. 86. n. 24. & 28. Ant Fabr. Decad. 2. error. 10. e he pratica inconclusa. E a herança, huma vez aceita, passa a ser patriomonio do herdeiro, §. 1. Inst.

- Inst. n. 4. h. t. dix. §. 2. Inst. hered. inst. & pr. Inst. stip. serv. Portug. lib. 3. cap. 14. n. 15. & 14. Valasc. part. cap. 2. n. 14. Gam. dec. 9. pr. Barb. L. heres absens pr. n. 175. ff. de judic. & in L. post dotem n. 66. & 76 ff. solut. mat.*
- 5 Quanto á clausula *salvo se for menor de 25. annos* a quem o Pretor soccorre; sendo lezo, como nos mais casos, *ut h. §. 5. L. ait praetor 7. §. 2. & seqq. ff. minorib. juncta L. fin. §. 5. Cod. bon. quae liber. L. sicut maior. 4. Cod. repud. hered. Guerr. tr. 1. lib. 3. cap. 5. num. 17. & 18. h. §. &*
- 6 *tract. 2. lib. 1. cap. 12. n. 49. h. t. e o effeito da restitução he repor no primeiro estado, Ord. lib. 3. tit. 41. L. quod minor §. restitutio ff. minor. L. 1. Cod. reputat. cap. fin. 2. quæst. 3. Phæb. dec. 122. num. 3. L. 35. & 75. tom. 6.*
- 7 Por Direito Civil hum anno, vide, *L. 19 Cod. jur. deliber. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 10. ex capite transmissionis & jure deliberandi. P. Molin. de just. tr. 2. tom. 1. disp. 216. & seqq.* As Constituições de Adriano, e de Gordiano, são mencionadas por Justiniano *in L. fin. Cod. de jur. deliber.*
- 9 Factura, ou facção do inventario, *Novel. 1. cap. 2. findo nos dous mezes da Ord. lib. 1. tit. 88. §. 4 & 8. ubi Peg. nem do outro modo aproveita, Peg. for. cap. 11. ex n. 47. supr. §. 1. h. t. vide, Guerr. tr. 1. lib. 1. cap. 2. & lib. 2. cap. 9. 10. & 11. Conciol. hered. solvent. & art. 3. Odiern. L. hac*
- 10 *edictal. Cod. secund. nupt. com tanto que elcreva tudo, que se occultou fica herdeiro simples, dix. rubr. tom. 5.*
- 12 O herdeiro que aceita a herança simplesmente, ainda que não declare o beneficio, satisfaz, se com effeito fez inventario de tudo, *Surd. dec. 132 n. 26. & ex n. 20. Grat. cap. 264 n. 24. & á n. 10. & cap. 34. n. 28. & cap. 553 & num. 8. facit, Valasc. part. cap. 8 n. 26. & 27. & conf. 87. n. 1. fin. Cancer. 3. var. cap. 2. num. 31. aonde, com outros, tem esta sen-*

tença por verdadeira.

A qualidade de herdeiro, ainda que filho, não se presume, e a deve provar o que a allega, ou a mistura; em razão do beneficio de abstanção, de Direito novo, *Maced. dec. 51. & n. 6. Valasc. cap. 11. n. 1. Peg. tom. 12. ad Ord. lib. 2. tit. 52. §. 4. n. 12. pag. 381. & ad regim. tom. 3. pag. 208. n. 10. Conciol. hered. solv. art. 1. Gom. 1. var. cap. 9. á n. 15. L. 55. & 57. ff. acquir. vel omit. hered. L. 1. Cod. si min. ainda q. morto o pay logo se lhe devolve a herança, conforme a Ley das 12. taboas, e como mais proximo, e herdeiro seu, §. 1. & 2. Inst. hered. quae abintest. defer. pr. Inst. legit. agnat. success. L. 1. §. suos ff. suis & legit. hered. Ord. lib. 4. tit. 96.*

§. 6. *Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis Imperio nostro hoc beneficium praestitit: & constitutionem tam equissimam quam nobilissimam scripsit: cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostrae constitutionis, & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.*

Porém, a nossa benevolencia, fez este beneficio a todos os nossos vassallos, por huma Constituição; pela qual, observada, e guardada, podem aceitar a herança, e não ficarem obrigados além das forças da mesma herança; e fica desnecessario o auxilio de deliberar: salvo querendo omettila, e ajudarse do Direito antigo de deliberar.

Remiss.

Neste §. se remette o Emperador a sua Constituição *L. sancimus*

22. Cod. de jur. deliber. aonde concede a todos, e acada hum o beneficio de inventario. O que he assim, sendo legitimo, d. L. fin. §. 2. & 3. Cod. jur. deliber. Novel. 1. cap. 2. supr. §. 2. & 5. Inst. h. t. e com as solemnidades da Constituição d. L. fin. §. fin. vero, Peg. for. cap. 11. n. 53. Valasc. cons. 52. n. 35. e dos 60. dias da Ord. lib. 1. tit. 88. §. 4 & 8. Peg. d. cap. 11. à n. 47. Nem basta protestar o beneficio, quando se obra ao contrario ao mesmo pretesto, Arouc. L. 9. n. 43 ff. stat. hom. Arpr. §. 33. n. 3. Inst. act. & in §. 1. n. 78. & 79. Inst. injur. Bart. in L. non solum §. mors num. 17. ff. nov. oper. nun. Surd. cons. 371. n. 67. Menoch. lib. 3. praes. 45. n. 30. e isto era, o não escrever todos os bens.

4 Na pratica, todas as solemnidades se reduzem, a fazelo em tempo, e de todos os bens, e he o legitimo; porque só he legitimo, o que he conforme a Direito, dix. L. 130. tom. 6. & cap. 1. tom. 7. Da conclusão do §. vide, L. quotiens duplici jure 91. tom. 5.

§. 7. Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiende hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove, & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo de adeunda hereditate: dummodo sciat enim, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obijse, & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere, est pro domino gerere, veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit: ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum,

Tom. II.

qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit, quod agit.

O estranho, instituido herdeiro no testamento, ou chamado para a legitima herança do intestado, he feito herdeiro, e havido por herdeiro: ou tendo-se por herdeiro, ou com a nuda vontade de aceitar a herança. He visto ter-se por herdeiro, se usa dos bens da herança, como herdeiro, vendendo, arrendando, cultivando, ou por outro qualquer modo declarar sua vontade de aceitar a herança, por facto, ou palavra. O ter-se por herdeiro, he ter-se por senhor, e assim lhe chamaraõ os antigos. Porém, assim como o estranho pela nuda vontade se faz herdeiro, assim pela contraria demonstração, he logo repellido da herança. O que nasce surdo, e mudo, ou depois o foy, pòde ter-se por herdeiro, e adquirir para si a herança, se entende o que faz.

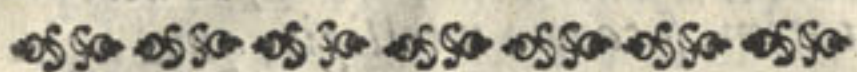
Remiss.

Este §. se confirma, e illustra ex L. pro herede 20. ff. acq. vel omit. hered. L. si is 22. & L. gerit 88. ff. eod. Contraria destinação, com tanto que a declare por palavra, escrito, ou final, L. recusari hereditas 95. ff. acq. hered. vel. aliqua re, vel facto: exemplo, L. nec eis 17. §. 1. L. illud 77. ff. eod. L. 23. §. 1. ff. inoffic. testam. Do mudo, e surdo, vide, L. 5. & L. pater 93. §. mutus ff. acq. hered.

O que se mistura, L. 1. Cod. re- pud. abst. hered. Valasc. part. cap. 15. n. 12. Gom. 1. var. cap. 9 n. 25. Conciol. hered. solv. art. 1. n. 10. Mantic. conject. lib. 12. tit. 12. n. 17. & 20.

Com tanto que saiba, que mor- reo testado, ou intestado, L. qui hereditatem 19. ff. acq. hered. vide, L. 15. ff. eod. & §. 11. Inst. legat. L.

76. tom. 5. Bart. in L. aditio 45. ff. acquir. vel omit. hered.



T I T. 20.

De Legatis.

Post hæc videamus de legatis: que pars juris extra propositam quidem materiam videtur, (nam loquimur de ijs juris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur) sed cum omnino de testamento, & de heredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti sumus: non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

Passémos aos legados, parte da materia acima preposta; porque se tem tratado da aquisição pelo universal, testamento, e herdeiros; e não sem causa vem neste lugar.

Remiss.

A Materia, e modo de dizer, §. 6. Inst. per quas pers. cuiq. acquir.

- 1 O legatario, he sucessor singular; porque não succede pelo universal, L. is cuius 26. ff. legat. 2. & ibi Bart. & L. non amplius 26. §. 2.
- 2 ff. legat. 1. tanto, que legada a especie, e perecendo sem culpa do herdeiro, he o perigo do legatario, d. L. 26. §. 1. si certum corpus & ibi
- 3 Bart. ff. legat. 1. vide §. 20. h. t. e o dominio passa recta via, para o legatario, L. si tibi homo §. cum servus ff. legat. 1. L. cum pater §. surdo
- 4 ff. legat. 2. L. á Titio ff. defurt. ainda ignorante, ut per DD. Portug. prælud. 2. §. 3. dix. L. 18. tom. 5. Gom. 1. var. cap. 12. n. 7.
- 5 O legado para se começar a dever, depende da aceitação da herança, L. si nemo ff. testam. tutel. L.

si hereditas ff. eod. L. 1. §. 1. ff. legat. 3. L. 2. §. adeo ff. vulgar. L. 3. §. si patronus ff. bonor. libert. L. 1. §. antem aditam ff. si quis testam. liber. esse iuss. fuer. L. proxime ff. his que testam. delent. L. eamquam Cod. fideic. Portug. prælud. 2. §. 3. n. 37. & 88. dix. L. 18. & 181. tom. 5. & princ. Inst. hered. que abintest. defer. & n. 14.

Naõ se deve, se não tirado o alheyo, L. circa 66. §. 1. ff. ad leg. Falcid. L. 1. ff. his que infraud. patron. dix. L. 39. §. 1. L. venisse 165. tom. 6. Portug. prælud. 2. §. 3. n. 82. porque o que nós devemos he cabedal alheyo, 49 & 213. §. 1. tom. 6. & d. L. 39. §. 1. eod. Legado pio, he cabedal alheyo, L. sed si non servus, L. æres alieni ff. ad leg. Falcid. prova, Olea cess. jur. tit. 4. quæsi. 5. n. 24. fin.

Quando excedem, se pagão pro racta, e não pela ordem da letra, Olea tit. 4. q. 5. n. 26. e por rateio, se diminue o encargo, ut n. 28. como nas capellas, e morgados, Peg for. cap. 4. n. 237. Rocca cap. 120. n. 10.

E ainda que irrito o testamento não ha legado, d. L. 181. tom. 5. Portug. prælud. 2. §. 3. n. 37. & lib. 3. cap. 17. n. pen. & ult. com tudo, na pertiricaõ, em concurrente quantia da terça, sim, Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1. Peg. tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 62. glos. 5. cap. 3. n. 18. & 19. pag. 630.

Legado, deixado ao credor, he visto ser com animo de compenfar, L. cum dotem §. pater ff. solut. mat. ubi Barb. Carvalh. testam. p. 1. n. 132. vide §. 14. h. t. faz Barb. ad Ord. lib. 4. tit. 31. §. 11. na divida necessaria, e não na voluntaria, Guerr. tr. 2. lib. 8. cap. 7. n. 20. Deixado pelo pay á filha, se ha de compenfar com o dote, Arias de Mes. 2. var. cap. 11. ea respeito do marido, cap. 10.

§. 1. Legatum itaque est donatio quedam à defuncto relicta, ab herede præstanda.

O legado, he huma doação deixada pelo defunto, á entrega do herdeiro.

Remiss.

- 1 Que o legado seja doação, *L. legatum est donatio testamento relicta 36. ff. legat. 2. L. rem legatam 18. ff. adimend. legat. L. donari videtur quod nullo jure cogente conceditur 29. ff. donat.* ainda que hum modo particular, por não ser propria doação em quanto contrato entre dous,
- 2 *ut tit. 7. h. lib. 2.* Alguns o definem, deliberação da herança, *L. legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit 116. ff. legati.* Mas de hum, e outro texto deduzem, que he doação do defunto, que o herdeiro deve entregar, *Gom. 1. var. cap. 12. n. 3. cum d. L. 36. & d. L. 116. & ibi DD.* Diferenças entre o legado, e doação, *Pacion. locat. cap. 61. à n. 67.*
- 3 Como passa o dominio da couza legada, *Cald nomin. quæst. 16. n. 25. L. legatum 7. ff. legat. v. pr. Inst. h. t. n. 3. L. 18. tom. 5. Portug. prælud. 2. §. 3. n. 35.* e defende *Cald* que corre paralelo com a herança aceiteada, que vay buscar a morte do testador, *ut pr. h. t. L. heres quandoque ff. acq. vel omit. hered.*

§. 2. *Sed olim quidem erant genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem: & certa quedam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum Principum solennitas hujusmodi verborum penitus sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntate*

Tom. II.

tibus eorum faventes, disposuit: ut omnibus legatis una sit natura, & quibuscunque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

Antigamente, havia quatro generos de legados: scilicet, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem; e cada hum destes generos tinha certas palavras por onde se conheciaõ. Mas a solemnidade das palavras, se tirou por Constituiçoens dos Emperadores Constantino, e Constancio. Porém, nossa Constituição, feita com dezejo da validade da ultima vontade, sem respeito á formalidade das palavras, dispoz, que os legados fossem de huma só natureza, e se pudesse legar por quaesquer palavras: e os legatarios pudessem pedir, não só por acção pessoal, mas pela real, e pela hypothecaria; o que se pôde bem entender da mesma Constituição.

Remiss.

Reprova os antigos generos de legados: Constituição dos Emperadores, *L. 21. Cod. h. t.* Constituição de Justiniano, *L. 1. Cod. comm. de legat. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n. 126.*

A simples vontade do defunto valha, *ut h. §. & d. L. 1. Cod. comm. delegat. arg. L. ubi 19. L. cum virum 16. Cod. fideicom.* Constando da vontade prefere ás palavras, *L. 3. fin. Cod. liber. præter. L. non aliter 69. ff. legat. 3. L. cum delationis 18. §. optimum ff. instruct. & instrum. legat. dix. L. 96. tom 5. L. 219. tom. 6. Aquil. ad Rox p. 4. cap. 5. n. 10. Girurb. ud consuetud proæm. n. 4. & 5. & cap. 1. glos. 2. n. 8.* Salvo se as pala-
4
vras

- vras forem expressas, e a vontade dubia, *L. 1. §. sed sciente verbi in eo igitur ff. exercit. act. d. L. non aliter 69 pr ff. legat. 3. L. ille §. idem quoque sit ff. legat. 3. L. Titia 35. ff. legat. 2.*
- 5 *Aquil ad Rox. n. 11.* porque no expresso, nem no claro, se não conjectura, *d. L. ille aut ille 25. ff. legat. 3 d. L. non aliter 69 ff. eod. Barb. ax. 50. Mantio. conject. lib. 1. tit. 1. n. 11. Peg maior. cap. 2. sub n. 45. pag. 26. & judicat. pag. 78. fin.*
- 6 Tres accoens para se pedir, ut *h. §. 2. fin d. L. 1. Cod. com. delegat. Lingloes dec 33. quest. 4. num. 1.* pessoal contra o herdeiro: real pelo dominio: hypothecaria, porque todos os bens do defunto lhe estão obrigados, tacitamente.
- 7 Nós admittimos a via executiva de dez dias, com verba do legado, *Mend. p. 1. lib. 3. cap. 22. n. 10. Valasc. allegat. 76 n. 20. Peg. for. cap. 1. sub n. 29 pag. 15. ubi judicat. Moraes lib. 2. cap. 2 n. 24.*
- 8 O mesmo sendo legado o nome do devedor, *Peg. prox. Mend. p. 2. cap. 22. n. 20. ubi jura* (ainda que se opponha *Glz ad Ord. lib. 3. tit. 25. §. fin. n. 24. & 25. cum Arouc. L. 15. n. 8. ff. de legib.*) e se comprova com o que dissemos do §. fin tit. 25. na *L. in omnibus 14 tom. 5.* a que agora ajuntamos a promessa de *Moraes lib. 5. cap. 1. n. 30 31. & 32.* de que não desente *Glz. n. 34.* e a pratica do legado, e do dote com certidão de casados, e do risco com a da chegada da Náo, nos patrocina.
- 9 As vontades dos testadores, são de ampla interpretação, para o efeito, se não forem contra os bons costumes, *ut h. §. L. 12. tom. 5. infra §. 4. n. 3. & §. 11 h. t.*

§. 3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricté concludentem, fideicommissis autem, que ex voluntate magis descende-*

bant defunctorum, pinguiorum naturam indulgentem: necessarium esse diximus, omnia legata fideicommissis exequare: ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo, studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem: operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis: & postea de fideicommissis tractare, ut natura utriusque juris cognita, facile possint permissionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.

Ainda não satisfaz a tudo a dita constituição. Como achamos, que a antiguidade restringia nos legados, e ampliava nos fideicomissos, nos agradou igualar todos os legados aos fideicomissos, e que entre elles não houvesse differença; antes o que faltar nos legados, se supra pela natureza do fideicomisso; e se os legados em alguma cousa forem mais amplos, accreça à natureza dos fideicomissos. Mas para facilidade dos Estudantes se diz aqui dos legados, e depois se dirá dos fideicomissos.

Remiss.

A Constituição, pela qual o Imperador tirou as differenças entre os legados, e fideicomissos, igualando-os, e fazendo-os de huma só, natureza, está na *L. 2. Cod. comm. de legat. §. 1. Inst. singul. reb. per fideic. relict. Gom. 1. var. cap. 12. n. 1. vide, L. 1. ff. legat. 1. fideicomisso, infra tit. 23. & 24.*

Aqui repete o grande Triboniano, e compiladores, e authoridade do Imperador Justiniano, o cuidado de utilizar os Estudantes, nos

modos, de que havia falado, *proem.*
 & §. 2. *Inst. just. & jur.* e todos re-
 conhecerão a utilidade do idioma
 vulgar, §. 3. *Inst. de success. libert.*
lib. 3. tit. 8. e nós, repetimos a su-
 plica de Gregorio, *cap. praterea 8.*
 & *ibi glos. de verb. sign. & cap. intel-*
ligentia 6. eod. Giurb. feud. cap. 118.
 §. 2. *glos. 2. n. 28.*

§. 4. *Non solum autem testa-*
toris vel heredis res, sed etiam
aliena legari potest; ita, ut heres
cogatur redimere eam, & prestare:
vel si eam non potest redimere, es-
timationem ejus dare. Sed si talis
sit res, cujus commercium non est,
(vel adipisci non potest:) nec esti-
matio ejus debetur, veluti si cam-
pum Martium, vel basilicas, vel
templa, vel quae publico usui de-
stinata sunt, legaverit, nam nul-
lius momenti (tale) legatum est.
Quod autem diximus alienam rem
posse legari: ita intelligendum est,
si defunctus sciebat alienam rem
esse, non si ignorabat. For sitan enim
si sciuisse alienam rem esse, non le-
gasset: & ita divus Pius rescripsit.
Et verius est, ipsum qui agit, id
est, legatarium probare oportere,
sciuisse alienam rem legare defun-
ctum: non heredem probare oport-
tere, ignorasse alienam: quia sem-
per necessitas probandi incumbit il-
li, qui agit.

Naõ só se pòdem legar as cousas
 do testador, ou do herdeiro, mas
 as alheyas, para o herdeiro as ha-
 ver a si, e entregar ao legatario, e
 naõ podendo, a sua estimação; mas
 se for fóra do commercio, nem a esti-
 mação: como as cousas Reaes, do
 Templo, ou do commum. Porém,
 da cousa alheya, se requiere scien-
 cia no testador, de que o he, co-
 mo escreveo o Emperador Pio: e o
 que pede, deve de provar essa sci-
 encia no testador, como Author; e
 naõ o R. herdeiro, a ignorancia.

Remiss.

Começa a mostrar que cousas se
 pòdem legar, e que alèm da do tes-
 tador, ou herdeiro que possa legar
 a cousa alheya, com sciencia de que
 o he, *L. cum servus 39. §. constat*
7. ff. legat. 1. L. fideicomissi 11. §. si
vero, L. non dubium 14 §. fin. L. qui
30. §. fin. ff. legat. 3. Gom. 1. var. cap.
12. n. 13. & 14 Valasc. part. cap. 37.
ex n. 13. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n.
101. & 108. porque a vontade do
 testador se deve guardar, todas as
 vezes que commodamente pòde fur-
 tir effeito, *L. vel negare 5 ff. testam.*
quemad. aper. L. 1. Cod. Sacros. Ec-
cles. dix. L. 12. tom. 5. infra, §. 5. n.
3. & §. 11. b. t. supr. §. 2. n. 9. L. 120 n.
6. tom 6.

Quanto á exceiçãõ, de que se
 ignorava ser alheya, naõ vale o le-
 gado, *L. cum alienam 10. Cod. legat.*
 & *b. §. non solum Codex Fabr. lib. 3.*
tit. 18. de finic. 21. Gom. 1. var. cap.
12. n. 13. Angel. scialoya for. compet.
cap. 33. n. 410. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap.
3. n. 108.

Porèm, ainda com ignorancia,
 vale, se for em utilidade de pessoa
 conjunta, ou de sua mulher, ou
 semelhante, *d. L. cum alienam 10.*
Cod. de legat. vers. nisi proxima per-
sonae, vel uxori, vel alij tali per-
sonae L. si filiusfam. §. si quis ff. legat.
1. L. unum ex familia 67. §. si rem ff.
legat. 2. Angel. scial. for. compet. d.
cap. 33. n. 410. fin. e com esta diffe-
rença de estranho, e conjuncto vay
Gom. d. cap. 12. n. 23. Agyd. L. 1. p. 5.
§. 3. n. 3. Cod. Sacros. Eccles. Valasc.
cap. 37. n. 13. Guerr. supr. n. 111. ubi
Peg. & judicat. maior. cap. 4. n. 65. e
Guerr. abunda deste §. e conta o
Valde amico.

Se a cousa está fóra do commercio,
 he como locura o legarse, e o her-
 deiro naõ deve, nem a cousa, nem
 a estimação, *d. L. cum servus 39. §.*
constat. vers. si vero salustinos hor-

- tos, & vers. *furiosi est talia legata*
testamento adscribere & vers nec es-
timatio eorum debet prestari ff. le-
 6 *gat. 1.* porque aquellas cousas, es-
 taõ fóra do comercio dos homens,
ut h. §. 4. & §. 6. & seqq. Inst. rer. di-
vis. & §. 2. Inst. inutil. stipulat.
- 7 O legatario deve de provar a ci-
 encia do testador, e naõ o herdeiro
 a ignorancia, e he regra da *L. ve-*
rius esse existimo ipsum qui agit,
idest legatarium, probare oportere
scisse defunctum alienam rem vel
obligatam legare: non heredem pro-
bare oportere ignorasse alienam vel
obligatam: quia semper necessitas
probandi incumbit illi qui agit 21.
 8 *ff. de probat.* e no Reo, era negati-
 va, aliás improvable, *Ord. lib. 3.*
 9 *tit. 53 §. 10. & 9.* quando naõ he co-
 arçtada, que reduz em affirmativa,
Ord. lib. 5. tit. 124. §. 1. infra §. item
 10 *verborum 12. Inst. inutil. stipul.* ou
 remova *actum á sensu, Peg for. cap.*
19. n. 9. Altograd. conf. 50. Cyriac.
contr. 407.
- 11 Este §. *non solum 4. fin. vers. quia*
semper necessitas probandi incumbit
illi, qui agit Inst. h. t. e a dita L.
verius 21. vers. quia semper neces-
sitas probandi incumbit illi qui agit
ff. de probat. daõ regra geral, de que
 todo o A. e que faz as suas vezes,
 deve provar sua acção, e intenção,
 com seu fundamento; affirmativa, e
 concludentemente, sem o que naõ
 pôde obter; e que ao R. lhe basta
 negar, *L. 1. & L. neque natalis 10.*
& L. actor 22. Cod. de probat. L. fin.
Cod. rei vind. L. possessiones Cod. pro-
bat. L. non hoc 4. Cod. unde legit. L.
qui accusare 4. Cod. de edend. Mend.
p. 1. lib. 3. cap. 21. n. 54. vers. probatio
autem, Peg 2. for. cap. 9. n. 561. &
3. for. cap. 23. n. 64. Peg maior. cap.
 10 *n. 387. fin. pag 341. Aronc. alleg.*
 32. *n. 7. Barb. ax. 10. á n. 2. Conciol.*
allegat. for. 52 á n. 12. Rocca cap. 45.
num. 8. Valens. conf. 77. n. 43. Castilh.
 tom. 7. *cap. 7. n. 7. Grat. cap. 268 á n.*
 12 20. medindo-se a justiça expersona

do A. e naõ do R. Na creação, é
 preparatorio do processo, mais pelo
 A. por em a final, mais pelo R. *dix.*
L. 20. tom. 5.

§. 5. *Sed & si rem obligatam*
creditori aliquis legaverit, necesse
habet heres (eam) luere. Et (in)
hoc quoque casu idem placet, quod
in re aliena: ut ita demum luere ne-
cesse habeat heres, si sciebat defun-
ctus rem obligatam esse, & ita divi
Severus & Antoninus rescripse-
runt. Si tamen defunctus voluerit
legatarium luere, & hoc expresse-
rit: non debet heres eam luere.

Se legar a coufa empenhada, a
 deve o herdeiro remit do credor;
 mas procede o mesmo que no §. 4.
 do testador ter sciencia do empenho,
 como escreveraõ os Emperadores Se-
 vero, e Antonino: salvo se o testa-
 dor mandar, que o legatario a rima;
 porque desobriga ao herdeiro.

Remiss.

Este §. da coufa penhorada, obri-
 gada, hypothecada, com sciencia
 do testador devedor, se confirma,
L. si res obligata per fideicomissum
fuerit relicta: siquidem scit eam
testator obligatam ab herede luenda
est 57. ff. legat. 1. L. prædia obligata
per legatum vel fideicomissum, reli-
cta, heres luere debet, maxime
cum testator conditionem eorum non
ignoravit, aut si scivisset Cod. fi-
deicomiss. L. verius 21. ff. de probat.
supr. §. 4. n. 7. Inst. h. t. L. licet ff. dot.
prælegat. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n.
 103. & h. §. *Gom. 1. var. cap. 12. n.*
 39. *Pacion. locat. 61. n. 169.*

Si tamen defunctus: se o testador
 mandar que o legatario a rima, d.
L. si res obligata vers. nisi si animo
alio fuerit 57. & L. si plures 33.
vers. scilicet nisi ipse testator ex
scriptura ff. legat. 1. porque a von-
 tade do defunto, se deve observar
 como

como Ley, *L. verbis legis* 120. tom. 6. *L. inconditionibus* 19. ff. *condit. & demonstr. Auth. de nupt. §. disponat. collat. 4. Peg. maior. cap. 9. p. 202. & for. cap. 11. pag. 895. Reinos. obs. 7. n. 9.* com tanto que não seja contra os bons costumes.

4 A declaração da vontade duvidosa do defunto, não passa ao herdeiro, *notat. glos. in L. idem Pomponius scribit §. fin. ff. rei vind. e o prova a L. unum ex familia §. rego ff. legat. 2. L. ita legatum §. illi si volet. ff. legat. 1. Gam. dec. 17. n. 3. vide, L. Theopompus 14. ff. dot. praelegat.*

5 Nas condições mais se attende à vontade; que ás palavras, *L. pater Severina ff. condit. & demonstr. perjura, Aquil. ad Rox. p. 4. cap. 5. n. 10.*

6 A ultima vontade, se deve seguir como o caçador a lebre; e responderia o defunto, se perguntado fora; tanto para incluir, como para excluir, *probat Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 4. n. 54 & 55. ubi jura & DD.*

7 No que o testador póde, o rogar, he mandar, como prova, *Barb. dict. 353.*

§. 6. *Si res aliena legata fuerat: & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa emptionis: ex testamento actione pretium consequi potest. Si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest: nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeat: interest, utrum rem, an aestimationem ex testamento consequutus sit, nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si aestimationem, agere potest.*

Se a cousa alheya for legada, e o legatario adquirir o dominio del-

la, em vida do defunto testador, e a aquisição for por causa onerosa, como por compra, tem o legatario o preço pelo testamento: porém, se for por causa lucrativa, como doação, o não póde pedir; porque sabido he, que duas causas lucrativas, a respeito do mesmo homem, e da mesma cousa, não podem concorrer. Por esta razão, se se dever a mesma cousa, á mesma pessoa, por dous testamentos, he necessario saber, se cobrou a cousa, ou a estimação pelo testamento; porque se a cobrou, não a póde pedir, pela ter por causa lucrativa; e se recebeu a estimação, póde pedir a cousa.

Remiss.

Caso da venda ao legatario, da cousa alheya legada, *L. hujusmodi §. 4. qui servum testamento sibi legatum ff. legat. 1. L. plane 34. §. quod si rem emissem mihi legatam 2. ff. legat. 1. L. ex promisso 19. ff. oblig. & act. e na d. L. 34. §. quod si rem refere o caso dos dous testamentos, L. si a substituto 45. pr. ff. legat. 1. Gom. 1. var. cap. 12. n. 35. & 43.* Da compra ao herdeiro, com ignorancia, *Guerr. tract. 2. lib. 5. cap. 3. n. 104.*

Duas causas lucrativas, no mesmo homem, e a respeito da mesma cousa, são reprovadas, *ut h. §. & L. inter stipulantem 83. §. si rem quam ex causa lucrativa ff. verb. oblig. L. 91. L. 159. tom. 5. dix. L. 43. §. 1. d. tom. 5. L. si ex promissione, & L. omnis 16. ff. oblig. & act. L. si servus 108. & L. si stichus ff. legat. 1. & h. §. d. L. 19. L. Mavius 66. §. duorum 1. ff. legat. 2. Carvalh. de testam. p. 1. n. 28. & 30.*

§. 7. *Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur: veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut*

aut quod ex illa ancilla natum erit.

Tambem se póde legar, a cousa que não existe, se póde vir a ser: como os fructos de tal herdade, ou o que nascer de tal escrava.

Remiss.

- 1 Este de que venhaõ em legado, ainda as cousas que não existem, se podem vir em existencia, e a terem ser, *L. quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse* 24. ff. legat. 1. e conta exemplos; e se confirma, *L. etiam ea quæ futura sunt legari posse* 17. ff. legat. 3. *L. 1. §. fin. ff. condit. & demonstr. vide, Valasc. cap. 34. n. 3.* Porque a vontade do testador se deve guardar, *L. 1. Cod. Sacros. Eccles. L. 120. tom. 6. L. 12. tom. 5. supr. §. 4. & 5. h. t.*

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

Se a mesma cousa for legada a dous, juntamente, ou disjuntos; se ambos pedem o legado, se divide entre elles: se algum delles faltar, ou desprezando o legado, ou morrendo em vida do testador, ou por outro modo, pertence todo ao collegatario. Legar, conjunctim, he dizer *Lego meu escravo Estico, a Ticio, e Seyo*: Legar, dis-

junctim, he dizer *Lego meu escravo Estico a Seyo*. Mas se expressar o mesmo Estico, tambem se entendem disjuntos, por conjuntos na oraçaõ, e disjuntos na cousa, e legado.

Remiss.

Este §. da mesma cousa legada o dous, e Direito de accrecer, por caducar em hum, se prova da *L. si pluribus* 33. ff. legat. 1. *L. duobus* 85. ff. eod. *L. re conjunctim* 89. ff. legat. 3. *L. conjunctim* 80. ff. eod. *L. cum questio* 23. §. 1. *Cod. de legat. L. unic. §. 10. & 11. Cod. caduc. toll.* O mesmo na herança, que acrece para os coherdeiros *re conjunctis*, quando hum morreo antes da adicaõ, ou repudiou, *L. si ex pluribus ff. suis & legit. hered. L. 1. §. si nemo ff. ad S. C. Tetul. L. heredes sine partib. ff. hered. instit. Gom. 1. var. cap. 10. n. 22. Grat. cap. 533.*

Morrendo o legatario primeiro que o testador, caduca o legado, e se ha por não escripto, pela não existencia do legatario, *L. si ex tempore ff. his quæ pro non scripta L. si seruo meo* 104. ff. legat. 1. *L. 1. §. in primo Cod. caduc. toll. Cardos. verb. legatum* 15. *Themud. dec. 23. n. 9.*

A parte, caduca, accrece ao outro; se comprova, *L. unic. §. 11. Cod. caduc. toll. d. L. conjunctim* 80. ff. legat. 3. *L. Mexio* 41. ff. legat. 1. falando do jus accrecendi.

Conjunctio, re & verbis, vide *L. si duobus* 16. §. fin. ff. legat. 1. *L. §. 10. Cod. caduc. toll. L. saepe* 53. §. 3. *L. hæc verba* 124. *L. Triplici* 142. tom. 6. *Peg. 5. for. cap. 80. n. 24. Barb. appellat. 56.* Razaõ, *L. plane* 34. ff. legat. 1. porque se unem, e finge huma só pessoa.

Deixado para obra pya, pobre, ou dote, e caducar, *Phæb. dec. 11. n. 11 & 12. Themud. dec. 312. Grat. 213.* que dispense em semelhante, e não caduca no effeito.

- 8 Deixado aos herdeiros de Ticio, não he por igual, he pelas porções da herança, *L. plane §. inde dicitur ff. legat. 1. Bart. L. legatorum pr. ff. legat. 2. Barb. de subst. in L. 5. Gom. 1. var. cap. 12. n. 42.*
- 9 Nos contratos, não tem lugar o direito de accrecer, *L. si mihi & Titio ff. verb. oblig. L. unic. Cod. quand. non petent. part. Portug lib. 1. cap. 3. n. 21.* mas na merce do Principe, sim, *Portug n. 22. ubi jara, & DD. & seqq. Do Direito de accrecer, Gom. 1. var. cap. 10. & n. 28. h. §. & ibi Ayl. vide §. 4. fin. Inst. usufr. & ibi Remiss.*
- 11 Venda feita a dous, o primeiro na posse adquire o dominio, *Ord. lib. 4. tit. 7. L. quoties 15. Cod. rei vindic. infra tit. Inst. empt. O mesmo na locação, tit. Inst. locat. Cardoso verb. locatio n. 29 Gam dec. 130. Farinac. quest. 150. n. 219.* e o vi julgar em causa grave. O mesmo na Doação, *dix. L. 1. §. 2. ex n. 161. ff. adq. poss. tom. 8. & L. 18. eod. vide na Real, e sua extenção, Portug. lib. 1. cap. 3. n. & 17. Maced dec. 113.*

§. 9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & usufructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat: rectè eum agere, & fundum petere, Julianus ait: quia usufructus, in petitione, servitutis locum obtinet. Sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu, jubeat estimationem prestari.*

Se o legatario da Herdade alheya, comprar a propriedade, com reserva do usufruto, e lhe sobrevier este, se lhe pague pelo testamento, e officio do Juiz, a estimação da propriedade, tirado o usufruto, havido por servidaõ.

Remiss.

Deste §. se o legatario da causa alheya a comprar, deixado o usufruto, e este lhe sobrevier, *Julian. in L. non quocunque 82. §. fundus mihi legatus est 2 ff. legat. 1.* quer dizer consolidado por causa lucrativa, *ut d. L. 82. & §. 5. h. n. t. & §. 6. eod. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n. 05.*

O usufruto, havido por servidaõ, *dix. pr. Inst. hered. inst. & L. rectè 25. tom. 6. & §. 2. Inst. act. tom. 4.*

§. 10. *Si rem legatarij quis ei legaverit, inutile est legatum: quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest: & licet alienaverit eam, non debetur, nec ipsa res, nec aestimatio ejus.*

Se legar a coufa propria do legatario, he inutil o legado; porque o que he meu, não pôde ser mais meu; e ainda que faça alienação da coufa, não se deve, nem a sua estimação.

Remiss.

Este §. de que he inutil, legar ao legatario, a sua propria coufa, se confirma da *L. proprias tuas res legari non potuisse certum est 13. Cod. legat. Carvalh. testam. p. 4. cap. 2. n. 11. vers. & videtur Guerr. tract. 2. lib. 5. cap. 3. n. 115. & 116.* O que he meu, não pôde ser mais meu, *ut h. §. dix. §. 14. Inst. act. & in L. neque pignus 45. tom. 5.*

Nem a estipulação, ou compra, de coufa sua, vale, *§. 2. Inst. inutil. stipul. §. 4. Inst. servit. L. 82. ff. verb. oblig. L. 16. ff. contrah. empt. Barb. ax. 149.* O que he viciolo na origem, não se pôde convalidar pelo tempo, *dix. L. 29. 201. & 210. tom. 5. & regul. 18. tom. 7. & L. 6. ff. adq. poss. tom. 8.*

Nomeado o prazo, revocabili-
ter,

ter, e depois legado, *Cald. nomin. quest. 10. n. 5.*

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

Se o testador legar cousa sua, como alheya, vale o legado; porque mais vale o que está na verdade, que o que está na opiniaõ. Se entender que he de legatario, vale; porque pôde haver effeito a vontade do testador.

Remiss.

1 Este §. de que he util o legado da cousa do testador, ou legatario, como alheya, *arg. L. unum ex familia 67. §. si rem ff. legat. 2.* se soubesse que era sua, de melhor vontade a legaria, *supr. §. 4. Inst. h. t. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. num. 106.* Mais vale o que está na verdade, que na opiniaõ, *ut rubro, & nigro Cod. plus valere quod agit. Scat. comert. §. 1. quest. 7. p. 3. limit. 7. n. 4. & 5. Mend. lib. 2. cap. 3. n. 13. Barb. ax. 180. n. fin. ax. 224. n. 4.*

4 Toda a ultima vontade, que não he contra *bonos mores*, e tem commoda interpretaçaõ, se deve guardar, *arg. L. cum in testamento 24. ff. reb. dub. supr. §. 2. n. 9. & §. 4. num. 2. Inst. h. t. L. 12. tom. 5.*

5 A este §. se oppoem a *L. is qui putat 15. ff. acq. vel omit. hered. Genoa conciliat. leg. pag. 363.* diz a Ley, que o que imagina, que he herdeiro necessario, sendo voluntario, não pôde repudiar; porque mais vale a opiniaõ, que a verdade, de qua *Sanch. matr. lib. 1. disp. 33. n. 4.* Porém, esta *L. 15.* he visto fala do animo, requerido, com certeza, para a aceitaçaõ da heran-

ça, *ut dix. L. in totum 76. tom. 5. cum §. fin. Inst. hered. qual. & differ. & Bart. L. 45 ff. acq. vel omit. hered. e que o nosso §. fala de facto; vide, d. §. si. Inst. hered. qualit. & d. L. 76. tom. 5.*

§. 12. Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit: Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi. Idemque divi Severus & Antoninus rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: & ideo legatarium cum herede (eius) agere posse, ut prædia à creditore luantur. Si verò quis partem rei legate alienaverit pars, quæ non est alienata, omnino debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

Se o testador alienar a sua cousa, depois de legada, foy parecer de Celso valia o legado, se não fez essa alienaçãõ com animo de o tirar; e o mesmo escreveraõ os Emperadores Severo, e Antonino. O mesmo responderaõ a respoito de empenhar a cousa depois de legada, e que podia o legatario obrigar o herdeiro ao desempenho. Se alienar parte da cousa legada, se deve a parte não alienada, e a parte alienada, se não teve animo de a tirar.

Remiss.

Este §. se confirma pela *L. si deicomissa 11. §. si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit ff. legat. 3.* O mesmo da hypotheca, *L. qui post testamentum 3. Cod. legat. juncta L. si ex toto 8. ff. legat. 1.* alienada por necessidade, *L. 14. §. 1. L. rem legatam 18. ff. adimend. legat.* se não provar o contrario,

trario, arg. *L. cum servus* 15. ff. eod.

3 O mesmo direito em respeito da parte, que do todo, *L. qua toto* 76 ff. de reivind. dix. *L. 113. 110. & 21. tom. 5. Barb. ax. 132. n. 8.*

4 A vontade, não mudada, (cuja mudança se não presume, e deve provar,) se deve guardar, arg. *L. 32. §. fin. Cod. de appellat. L. 27. Cod. de testam. Barb. in L. si res obligata ff. legat. 1.*

§. 13. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab herede ejus potest heres petere: neque ab alio, qui heredis loco sit. Sed & potest à debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ne heres petat.

Se legar a quitação a seu devedor, he util o legado, e o herdeiro não pôde pedir a divida, nem ao devedor, nem a seu herdeiro, ou outro que esteja no seu lugar: antes o herdeiro pôde convir ao herdeiro do testador, para que o livre, ou se haja por livre pela sentença. Tambem pôde legar, mandando que seu herdeiro não peça a divida até certo tempo.

Remiss.

1 Legada a quitação: o devedor fica senhor, *L. 3. pr. ff. liber. legat. L. 1. ff. d. tit. Gom. 1. var. cap. 12. n. 82. vide L. 8. §. 3. & 4. & L. Aurelius 20. pr. ff. liber. legat.* O mais do §. d. *L. 3. §. nunc autem, & L. 8. §. 1.*

2 A exceção, que aproveita ao R. tambem utiliza ao herdeiro, ut *b. §. arg. L. 62. 59. 128. §. 1. tom 5. L. nihil est 24. tom. 6. L. si à te §. Julianus ff. except. rei judicat.* representa, e succede ao defunto em todo o seu Direito, activo, e passivo.

§. 14. Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet, legaverit: inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito: quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei purè legaverit: utile est legatum propter representationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit: Papi- nianus scripsit, utile esse nihilominus legatum: quia semel constitit, quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, à qua incipere non potest.

Pelo contrario, se o devedor legar a divida a seu credor, he inutil o legado; porque não adquire mais do que tinha. Mas se legar puramente, o que devia para certo dia, ou debaixo de condição, he util; porque pelo testamento fica logo devedor. E se o espaço chegar, ou a condição se cumprir em vida do testador, he util, conforme Papi- niano; porque já o foy, e não nos agradou o parecer dos que o considera extinto, por vir ao caso em que não podia ter principio.

Remiss.

Diz, que he inutil legar o de- vedor a seu credor; e o como pôde ser util, e subsiste depois de o ser: este §. se confirma, e illustra pela *L. si debitor 11. L. legatum 25. vers. contra ff. liber. legat. L. 1. §. si quis creditor L. verbis 5. ff. ad leg. Falcid.*

Razoens, *L. debitor decem 82. 2 pr. ff. legat. 2. arg. L. 85. §. non est novum tom. 5. & L. 12. eod. Sand. L. 29. vers. porro & seqq. ff. reg. jur. tom. 5. cum §. 2. Inst. inutil stipul.*

Para o legado subsistir, he ne- cessario que delle resulte utilidade, *L. sin autem neque modo, neque tem- pore, neque conditione, neque lo-*

- co debitum deferatur, inutile est legatum 29. ff. legat. 1. L. 1. §. si quis creditori suo quod debet legaverit ff. 4 ad leg. Falcid. de outro modo, não pôde pedir pelo testamento, e sim pela obrigação, e titulo desta, que está nos bens do credor, L. 49. & L. 5 133. tom. 6. O que he nosso, não pôde ser mais nosso, §. 10. Inst. h. t. §. 14. Inst. act. L. 45. tom. 5.
- 6 Utile est legatum propter representationem: representat, he o commodo de pagar logo, e antes do dia, ou condiçãõ, L. Publius Mævius 36. & ibi glos. verb. representaretur ff. condit. & demonstr. d. L. 1. §. si quis creditori suo vers. aut si propter representationis puta commodum utile erit ff. ad leg. Falcid. Rebus L. verbum 94. vers. interdum representare ff. verb. sign. ubi dix. tom. 6. n. 2. pag. 58.
- 7 Já temos dito, que a capacidade, ou qualidade de succeder, deve ser ao tempo da successãõ; e ao exclusivo, nesse, não aproveita a superveniencia; e que feita a intrancia, não faz transito sem extinçãõ do intrante, Peg. for. cap. 4. n. 27. 28. & seqq. & 31. Rocca select. cap. 87. n. 7. e o vi julgado repetidas vezes. E a razãõ he, porque o acto huma vez perfeito, e consumado, não se vecia, ainda que venha ao caso em que não podia ter principio, ou começar, ut h. §. Peg. d. cap. 4 n. 32. dix. L. 85. §. 1. tom. 5. & §. 1. n. 3. Inst. qui testam. fac. poss. Barb. ax. 40 n. 21. Cancer. 2. var. cap. 11. n. 95. & 96. L. si qua mihi uxor & ibi Bald. ff. rit. nupt. vide, §. 32. Inst. h. t. & Reinos. obs. 64. n. 16. & 17.
- 9 Nas condiçoens sómente se attende á primeira existencia, e não ao que sobrevem, L. si quis heredem Cod. instit. & subst. Peg. for. d. cap. 4. n. 33. Molin primog. lib. 3. cap. 10. n. 8. E dura a causa, Peg. d. cap. 4 n. 34. Send. L. 29. vers. porro ff. reg. jur. Barb. ax. 40. n. 22. Guerr. tr. 11 2. lib. 7. cap. 4. n. 25. & 26. O vicioso

ao principio não se convalida, §. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. testa §. 32. Inst. h. t. de legat. L. 29. tom. 5. regul. 18. tom. 7.

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

Se o marido legar o dote á mulher, he valido o legado; porque he melhor a acçãõ do legado, que a do dote. Mas se lhe legar dote, que não recebo, he inutil, se legou simplesmente, como responderãõ os Emperadores Severo, e Antonino. Porém, se assinalar certo dinheiro, ou certa couza, ou as escrituras, em que se mostre haver recebido alguma couza, he valido.

Remiss.

Dote legado: O legado he mais amplo que o dote, pela utilidade da representaçãõ, supra §. 14. n. 6. h. t. porque o dote legado, logo, depois da morte do testador, se deve, L. 1. §. 2. Cod. dot. prælegat. juncta, L. unic. Cod. rei uxor act. e os beneficios que contaõ os DD. h. §. vide §. fuerat 29. Inst. act.

Quanto á segunda parte, do dote legado simplesmente, ou generico, ou de couza, ou quantia certa, não recebida, o mesmo na L. 3. & L. fin. Cod. fals. caus. adject. L. legari 25. ad fin. ff. liber. legat. L. si sic legata 75. §. 1. fin. ff. legat. 1.

Da falsa demonstraçãõ no legado, §. 30. Inst. h. t. de falsa causa, §. 31. eod.

§. 16. Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit: non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri ipsum Julianus scripsit, nec interest, sciverit, an ignoraverit à se legatum esse. Sed & si alij donaverit servum & is, cui donatus est, eum manumiserit: tenetur heres, quamvis ignoraverit à se eum legatum esse.

Se a cousa legada parece, sem facto, ou culpa do herdeiro, he a perda do legatario: e assim, se o escravo alheyo legado for forro, sem facto do herdeiro, não está obrigado por elle. Porém se o escravo do herdeiro foy legado, e este o manumettir, está obrigado, como escreveo Juliano; nem faz differença haver, ou não sabido, se era, ou não legado: e se o doar, e o donatario o forrar, o herdeiro está obrigado, ainda que ignore o achar-se legado.

Remiss.

1 Da não existencia da cousa legada, por perecer: este §. se confirma ex *L. non amplius* 16. §. 1. & *L. Titia* 36. *fn. ff. legat. 1. L. cum res* §. *fn. & L. si quis in quilinus* 112. §. 2. *ff. legat. 1. Guerr tr. 2. lib. 5. cap. 3. n. 143. & 144.* Razaõ, porque a cousa parece para seu senhor, *L. pignus in bonis debitoris per manere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit* 9. *Cod. pign. act. L. 1. Cod. commod. L. 1. Cod. locat. Cyriac. contr. 442. ex n. 13. & 14. e faz §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig.*

3 Se o herdeiro for em culpa, contra elle parece, e não contra o legatario, que he hum terceiro, a quem não prejudica, o facto, ou culpa do outro, *L. 74. L. 155. tom. 5. Regl. 22. tom 7. Barb. ax. 93. n. 21. &*

22. & *ax. 62. L. sancimus Cod. de pen. L. si in rixa* 17. *ff. ad leg. corn. de sicar.*

O facto, como não se presume, 4 (como incerto por natureza, *L. in omnibus ff. jur. & fact ignor.*) o deve provar, o que nelle se funda, *L. in bello §. facto ff. cap. & postlim. revers. Barb. ax. 93. n. 27. & 28. e 5 a culpa siga seu autor, Barb. d. ax. 62. d. L. sancimus Cod. de pen.*

Perigo na compra, e venda, (pe- 6 la perfeição do contrato,) §. 3. *Inst. empt. Ord. lib. 4. tit. 8. L. necessario* 8. *Cod. peric. & commod. rei vend. L. 1. Cod. eod. Peg. for. cap. 3. á n. 125. 140. & 144.* no que se há de medir, pe- 7 zar, goftar, que antes he do vendedor, *d. Ord. §. 5. Peg. d. cap. 3. n. 149. Aronc. L. 1. §. 2. n. 15. ff. rer. divis. Cald. for. quest. 35.*

Caso fortuito, he hum accidente, 8 que o cuidado do homem não pôde evitar, ou prever, *L. 2. §. si eo tempore ff. act. empt. L. quæ fortuitis casibus accidunt* 6. *Cod. pign. act. §. item is cui Inst. quib. mod. re contr. oblig. Barb. appellat. 42. Peg. for. cap. 3. n. 27. e, regularmente não obriga, d. L. 6. Cod. pign. act. Peg. n. 28. Ord. lib. 3. tit. 45. & lib. 4. tit. 53. §. 3.* que deve provar, o que nelle se 9 funda, *Peg. n. 29. & n. 30.* porém se 10 procedeo culpa ordenada ao caso, tenetur, *Peg. for. cap. 3. n. 32. 33. & ex 35. Pacion. cap. 29. n. 55. Casareg. disc. 23. ex n. 51. & 52.*

§. 17. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiam si ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est, & si ordinarij servi cum vicarijs legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarij, tamen vicarij legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus: mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculij legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit. Nam fundo alienato,

Se legar as suas escravas com seus filhos, ainda que morraõ as escravas na vida do testador, ficaõ os filhos no legado. O mesmo he se legar os escravos ordinarios, com os vigarios, mandantes; porque ainda que morraõ os ordinarios, obediẽtes, ficaõ no legado os vicarios. Mas se for legado o escravo com seu peculio, morto elle, ou forro, ou alienado, se extingue o legado do peculio. O mesmo he, se legar a Herdade com seus instrumentos; porque alheada a herdade, se extingue o legado nos instrumentos.

Remiss.

1 Na primeira parte deste §. se consideraõ dous legados, *L. si ancila cum suis natis legata sit etiam mortua ea, vel manumissa, nati ad legatarium pertinebunt: quia duo legata sunt separata 3. ff. pecul. legat. L. sed & si cum vicariis suis 4. ff. eod. L. si ancila 62. L. si ancilas 63. ff. legat. 1.*

2 O contrario no escravo com o peculio, e que morto aquelle se extingue este, *L. 1. & 2. ff. pecul. legat.*, vide, *L. 9. eod.* na Herdade com seus instrumentos, *L. 1. juncta L. 12 § sed si ff. instruct. vel instrum. legat.* Razaõ, *d. L. 2. ff. pecul. legat.* vide, *L. 5 ff. instruct. vel instrum. legat.* e parece subtileza recorrer a regra do accessorio, quando temos a vontade do testador, e esta benigna interpretaçaõ, *L. 12. tom 5.*

4 Quanto á opposiçaõ que se faz com a dita *L. si cui fundum 5. ff. instruct. vel instrum. legat.* responde *Genoa conciliat. leg. pag. 392.* e a dita *L. 5. fn. vers. fundum cum instrumento nihil erit legatum*, vem ao nosso §. que falla pela dicçaõ cum;

§. 18. *Si gres legatus fuerit: & postea ad unam ovem pervenerit: quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut adium unum corpus est ex coherentibus lapidibus.*

Se o rebanho de gado for legado, e depois se diminuir a huma ovelha, pòde o legatario pedir o remanente: mas conforme Juliano, tambem entra no legado do rebanho, o que se tiver multiplicado depois do testamento. O rebanho, he hum corpo de diversas cabeças, assim como humas casas, he hum corpo de diversas pedras unidas.

Remiss.

Este §. do rebanho do gado, que leva o augmento, e perde a diminuiçaõ, parece descripto da *L. si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent 22. ff. legat. 1. L. grege legato & quæ postea accedunt ad legatarium pertinent 21. ff. legat. 1. L. rerum 20 ff. usucap. facit, L. solum 49 §. 1. ff. reivind.* vide, §. 1. *Inst. deleg. Aquil. L. legatis 65. & §. pecoribus ff. legat. 3. Barb. appellat. 111. & §. si gres 38. Inst. de rer. divis.* da palavra armentum, e da palavra *pecus*, o que comprehende, *L. boves 89. num. 2 & 3. tom. 6.* Do corpo das casas, pedras unidas, *L. qui universas ades 30. pr. ff. adq. poss. tom. 8. pag. 83.*

§. 19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora, quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato (dicimus) cedere.*

Legadas as casas, vem no legado as colunas, e marmores, adjuntas depois do testamento.

Remiss.

- 1 A regra do accessorio, faz que este siga a natureza de seu principal, *L. 129. §. 1. L. 178. tom. 5. Regul. 42. tom. 7.* e se ajuda de muitas Leys especiaes, *L. cetera 41. §. pen. & L. servum 44. §. si arræ ff. legat. 1.* vide, *Castilb. lib. 5. cap. 110. & ex n. 41. lib. 3. cap. 168. lib. 7. cap. 8. à n. 15.* que traz suas limitações, como se o principal he nullo, v.g. nulla a divida, nulla a fiança, *L. fidejussor 16. verſ. fidejussor potest ff. fidejuss. L. sicut 65. ff. eod. Ord. lib. lib. 4. tit. 50. §. 2. fin. & tit. 48. §. 1. Phæb. p. 2. areſt 34. Mend. p. 2. lib. 3. cap. 21 n. 38. Peg tom. 12. pag. 543. n. 62. vide, d. *L. 129. §. 1. & L. 178. tom 5. & 88 eod. & §. 1. Inst. fidejuss. Moraes lib. 2. cap. 18. n. 24. Hontalb. jur. superv. quaest. 18.**

§. 20. Si peculium legatum fuerit: sine dubio, quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarij lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem (aliquid) servus adquisierit: Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit: omne, quod ante aditam hereditatem acquisitum est, legatario cedere, quia hujusmodi legati dies 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, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur, & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. *Iidem rescripserunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecunie, quam in rationes dominicas im-*

penderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.

Quando se legar o peculio, tudo o que accreter, ou diminuir, na vida do testador, he lucro, ou damno do legatario. Porém, se depois da morte do testador, antes da aceitação da herança, o escravo adquirir alguma coisa, diz Juliano, que se o peculio for legado ao mesmo escravo com liberdade, tudo o que adquirio antes da aceitação da herança, vem no legado. Mas se o peculio foy legado a outrem, que não entra no legado, o que se adquirio depois da morte do testador; salvo se o augmento provier das mesmas cousas peculiares. O peculio, se não for legado, não se deve ao forro: ainda que, se o testador o forrar em vida, basta que lho não tire, como escreveraõ os Emperadores Severo, e Antonino. Os mesmos Emperadores responderaõ, que legado o peculio, não era visto deixarlho de modo, que pudesse pedir o dinheiro dispendio nas cousas do senhor. Os mesmos responderaõ, que era visto legarse o peculio, quando fica livre com encargo de dar contas; e daqui se infere o mais.

Remiss.

O legado, e a liberdade, começa da aceitação da herança, *L. hæredis 7. fin. verſ. interdum & L. nam §. pr. ff. quand dies legat. ced. dix. L. quæ legata 18. & L. 181. tom. 5. Portug. prælud 2. §. 3. n. 37. & lib. 3. cap. 17. n. 16 & 17.* Computa se pelo dia que cede, e começa, *L. cedere diem 213. tom. 6. L. denique 8. §. interdum ff. pecul. legat.*

Naõ ha duvida, que ainda sendo o peculio deixado com liberdade, tenha esse liberto o augmento havido

- do tẽ esse dia ; e a dita *L. 8. §. interdum & L. si post peculium 6. vers. sicut autem & vers. cum peculium ff. pecul. legat.* que illustraõ este §. 20. vide §. 17. *Inst. h. t.*
- 4 No estranho passa outra cousa ; porque a este logo cede , e começa o legado da morte do testador ; com as exceçoens , de quib. *L. 2. L. 3. L. 4. L. si post diem ff. quand. dies legat. ced.*
- 5 *Nisi ex rebus peculiaribus augmentum fuerit* : salvo se o augmento provier das mesmas couzas peculiares , como o parto da escrava , o feto do gado , *d. L. denique Pegassus 8. §. interdum ff. pecul. legat. & ibi glos. margin. vers. incrementa tamen naturalia , & vers. secus autem si legasset peculium extraneo.*
- 6 O peculio , se naõ deve ao forro na ultima vontade , naõ lhe sendo legado , *L. dominus 23. §. fin. vers. quæsitum , & L. si legatus fuerit servus quia non sequitur , nisi legetur 24. ff. pecul. legat.* Sendo forro entre vivos , basta que lhe naõ seja tirado , e esta differença faz tambem a *L. unic. Cod. pecul. & ejusque libert.* que he huma Constituiçaõ semelhante à dos Emperadores Severo , e Antonino.
- 8 O mais do §. *d. L. 6. vers. sicut , & d. L. denique Pegassus 8. interdum ff. pecul. legat.*

§. 21. *Tam autem corporales res legari possunt , quam incorporales : & ideo quod defuncto debetur , potest alicui legari , ut actiones suas heres legatario præstet : nisi exegerit vivus testator pecuniam , nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet , Damnas esto hæres meus domum illius reficere , vel illum ære alieno liberare.*

Tanto se pòdem legar as couzas corporaes , como as incorporaes : e por isto se pòde legar o que se deve ao defunto , cujas acçoens lhe

dará o herdeiro ; salvo se o testador cobrar em sua vida ; porque neste caso , se extingue o legado. Tal legado como este , he valido : *Mando a meu herdeiro Damas que edifique a casa de N. ou , que lhe pague suas dividas.*

Remiss.

O que ao defunto se deve , (in- corporal ,) se pòde legar , *L. cætera 41. vers. & quidem corpora legari omnia , & jura , & servitutes possunt ff. legat. 1. L. si sic legatum 75. vers. nam & si vivus exigissem ff. d. tit. L. non quocunque 82. §. qui Gaium ff. eod.* e he o mesmo que legar o nome do devedor , *L. servum filij 44. §. eum qui chirographum legat. ff. legat. 1. L. nomen debitoris in hæc verba legavit 34. L. qui chirographum legat 59. ff. legat. 3. L. ex legato nominis 18. Cod. legat.*

E no inventario se escreve , o que se nos deve , como patrimonio nosso , *Ord. lib. 1. tit. 88. §. 4. & ibi Peg. tom 7. L. bonorum 49. & L. id apud se 143. tom 6.*

O Direito da Renovaçaõ , tambem he legalvel , *Peg. for. cap. 9. n. 506. 507. P. Pinb. emphit. disp. 7. sect. 1. n. 12. Cald. nominat. quest. 10. n. 2. & vide , o caso n. 5. e se he legavel , vide para o da pretericaõ , Ord. lib. 4. tit. 82. §. 1.*

Dos legados defacto , *L. 49. §. fin. 5 ff. legat. 1. L. 49. §. fin. ff. legat. 2.* eltipulaçoens defacto , §. *fin. Inst. de verb. oblig. §. 2. Inst. stipulat. servor.*

Quando há herdeiro , instituido , e falta de nomeaçãõ ao prazo , se ha por nomeado o herdeiro , nos termos da *Ord. lib. 4. tit. 36. fin. pr. Peg. for. cap. 10. n. 126. P. Pinb. emphit. disp. 6. sect. 1. n. 8. Guerr. tr. 2. lib. 2. cap. 8. n. 76.*

§. 22. *Si generaliter servus vel alia res legetur : electio legatarij est , nisi aliter testator dixerit.*

Se

Se o escravo, ou outra cousa, for legado geralmente; a escolha he do legatario, se o testador naõ declarou o contrario.

Remiss.

- 1 Este §. do legado geral, e escolha do legatario, *L. si domus 71. princ. L. si servus legatus 108. §. cum homo Titio legatus esset & ibi Bart. ff. legat. 1. L. 2. vers. sed & homine generaliter legato, arbitrium eligendi, quem acciperet, ad legatarium pertinet ff. option. vel elect. legat. juncta L. legato generaliter 37. & ibi Bart. ff. legat. 1. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n. 121. & h. §. aonde refere casos ao intento, e a dita L. legato 37. ff. legat. 1. dá a razão, & vide a*
- 2 *L. si domus 71. ff. legat. 1. preço commum, nem optimo, nem pessimo, Ord lib. 4. tit. 78. §. 4. L. 31. ff. aur. & arg. legat. Guerr. tr. 2. lib. 5. d. cap. 3. n. 122.*
- 3 E se pôde temperar, porque o testador se pudera declarar mais, e fique contra elle, *L. veteribus 39. ff. de pact. dix. L. 172. tom. 5. Maced. dec 65. n. 5. dec. 108. n. 14.* e a vontade do testador, em que ha benigna interpretação, *L. 12. tom. 5. pôde ter execuçaõ; e a do homem, sendo legitima, se deve sustentar, DD. in L. 1. Cod. pro soc. Barb. L. 6. n. 2. Cod. pro soc.*
- 5 Legada a quantidade, he a eleição do herdeiro, *L. cum certum 4. ff. tritic. vin. legat. vide Guerr. d. lib. 5. cap. 3. ex n. 129. outra eleição, L. si domus 71. pr. ff. legat. 1.*
- 6 Outra he a eleição no contrato, *ut in §. si quis agens 33. Inst. act. Guerr. d. cap. 3. n. 127. & 128.*

§. 23. Optionis legatum, (id est,) ubi testator ex servis suis, vel aliis rebus optare legatarium jufferat, habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad heredem legatum non trans-

Tom. II.

mittebat: sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est: & data est licentia heredi legatarij optare (servum,) licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est: si ve plures legatarij extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: si ve unius legatarij plures heredes (sint,) & inter se circa optandum dissentiant alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem fors venerit, illius sententia in optione præcellat.

Quando o testador dá escolha ao legatario, entre os escravos, ou outras cousas; antigamente tinha inferta a condiçaõ, de se naõ transmitir o legado ao herdeiro do legatario, se este naõ elegia na vida: porém emendamos isto por huma nosa Constituiçaõ, dando licença ao herdeiro do legatario, para eleger: e acautelou mais, que se fossem muitos legatarios, e naõ concordassem na escolha, ou muitos herdeiros de hum legatario; por naõ perecer o legado, como alguns quiserão, a fortuna fosse o juiz da escolha, e se descidisse por sortes: de modo, que valha a respeito da escolha, e perfira este parecer approvado pela sorte.

Remiss.

A antiguidade deste §. he visto estar na *L. 3. fin. ff. qui & a quib. manum.* a Constituiçaõ, he visto estar na *L. fin. Cod. comm. de legat.* com a qual *Moraes lib. 6. cap. 12. n. 21. fin. vers. sic & electio rei legata.*

Os antigos usavaõ de sortes com frequencia, *L. 14. ff. de judic. L. 5. ff.*

K

famil.

- famil. ercisc. L. 24. §. 14 ff. fiduc. libert. vide L. legato 37. & ibi Bart.
- 3 ff. legat. 1. mas he quando o animo de outro modo não aparece, L. 8. ff. de pact. §. 1. Inst. de satisfat. tut. L. 47. fin. pr. Cod. Episc. & cleric.
- 4 Quando muitos legatarios, do mesmo genero de cousa, elejaõ pela ordem da nomeaçãõ, segue, e prova, Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n. 123.
- 5 Casos em que se perde a eleiçãõ, por não usar della em tempo, como o Padroeiro que não apresenta, Moraes d. lib. 6. cap. 12. n. 21. Ord lib. 4. tit. 1. §. 1.
- 6 O credor tem escolha, e arbitrio nos bens do devedor, para a penhora, L. creditoris arbitrio 8. ff. distract. pign. Peg for. cap. 3. n. 353 pag. 135. col. 2. E se os officiaes passaõ certidãõ de deligencia de que não tem bens se passa mandado em fórma, L. magis puto §. non tantum ff. reb. eor. Moraes lib. 6. d. cap. 12. n. 29 Ord. lib. 3. tit. 86 §. 8. & addo Gusm. evict. quest. 4 n. 80. Hering fidejuss. cap. 27 p. 1. n. 201. & 202. e assim se pratica pelo Senado.

§. 24. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.

Sómente se pôde legar aos que tem facção de testamento; quer dizer, que o pôdem fazer; e tem Direito, e capacidade para receber para si, ou para outrem, pelo testamento alheyo.

Remiss.

Este §. de quem pôde ser legatario, se confirma, e illustra, ex L. debitor decem 82. §. servo alieno 2. ff. legat. 2. L. si servo 101. §. 1 ff. legat. 1. §. 4. Inst. hered. qualit. §. 6. Inst. testam. ordin. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 3. n. 118.

A facção do testamento, a dividem em *activa*, e *passiva*; e a L.

filiusfam. 16. ff. qui testam. fac. poss. conta muitos que tem facção de testamento, e o não pôdem fazer, e pôdem adquirir o legado: a respeito do escravo a tem o senhor, L. non minus 31. ff. hered. inst. d. L. debitor decem 31. §. servo alieno vers. cum enim servo alieno ff. legat. 2. vide, §. 32. n. 4. b. t.

Sómente se diz ter facção de testamento, falando propriamente, o que tem Direito para o poder fazer, L. 3. & 4. & L. filiusfam. 19. ff. qui testam. fac. poss. e nos mais, que tem capacidade para receber pelo testamento, he facção menos propria, aut improprié.

§. 25. Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat: veluti si quis ita dicat, quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato. Illud quoque, quod ijs relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi Consules designati essent: æquæ incertæ personæ legari videbatur, & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari, quia placebat nominatim servos liberari. Sub certa veró demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè legabatur: veluti, ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.

Antigamente, não era permitido deixar legado, ou fideicomisso a pessoas

peſſoas incertas, nem ainda o ſoldado, como respondeo o Emperador Adriano. Incerta peſſoa, era viſto ſer aquella que o teſtador tomava incertamente no ſeu teſtamento, como: *a qualquer que der ſua filha por mulher a meu filho, meu herdeiro lhe dê tal Herdade.* O que ſe deixava aos que depois do teſtamento foſſem feitos Conſules, tambem ſe dezia legado a incerta peſſoa, e outros caſos ſemelhantes. Tambem a liberdade ſe não podia dar a peſſoa incerta; porque que-riaõ o nome do eſcravo. Porém de- baixo de certa demonſtração, e in- certa peſſoa, de peſſoas certas, ſe legava bem, como: *Faço meu herdeiro de tal couſa, ao que de meus parentes, que agora ſão, receber minha filha por mulher.* Mas eſtava acautelado nas Conſtituições Im- periaes, que os legados, ou fidei- comiſſos deixados a peſſoas incer- tas, e pagos por erro, ſe não repe- tiſſem.

Remiſſ.

1 Este §. Direito antigo, (novo §. 27.) a respeito das peſſoas incer- tas, he viſto ſer tirado dos fragmen- tos de Ulpian. tit. 25. de legat. §. 17. *ib-incertæ personæ legari non potest veluti, quicumque filio meo filiam suam in matrimonium collocaverit, ei homini tot milia dato.* e ſe confir- ma com o mesmo Ulp. tit. 23. *qui hæ- redes institui possunt §. 3. ib- incer- ta persona hæres institui non posse, veluti hoc modo, quisquis prius ad funus meum venerit hæres esto: quoniam certum consilium debet esse testantis.* vide §. 27. h. t. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 6. n. 102. & 103. & cap. 3. n. 152. 153. & 154.

2 Em favor dos pobres, Cidade, Comunidade, e parentes, L. *id quod pauperib. 24. Cod. Episc. & Cleric. L. omnib. civitatibus 26. ff. ad S. C. Treb. L. hereditatis 12. ff. hæred.*
Tom. II.

inst. L. 1 §. 15. ad S. C. Treb. Ang. scial. de for. compet. cap. 33. n. 411. & seqq.

Debaixo de certa demonſtração, 3 *ideſt*, de certas peſſoas, a peſſoa incerta, ſeja valido, Ulp. d. tit. 25. de legat. §. 17. *verſ. sub certa tamen demonstratione incertæ personæ legari potest, veluti, ex cognatis, qui nunc sunt, qui primo ad funus meum venerit, ei hæres meus illud dato & Mans. h. §. & de testam. va- lid. quæst. 7. n. 191. P. Pinh. testam. disp. 3. sect. 6. n. 118. Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 6. d. 105. & 106. falando da instituição, e legado, vide, §. si quos 12 Inst. hæred inst.*

Et per errorem soluta, repeti non 4 posse: deixados a peſſoas incertas, e pagos por erro, não tenha restituição; (porque naturalmente ſe deve,) L. *naturaliter 13. L. 19. ff. con- dit. indebit. L. 10. ff. obligat. & act.* Direito novo, §. 27. h. t. L. 1. Cod. in- cert. pers.

A incerteza, vicia os actos, L. 5 *duo sunt Titij ff. testam. tutel. Peg. 3. for. cap. 26. n. 31. Reinos. obs. 29. n. 3. Altim. tom. 3. quæst. 8. Barb. ax. 119. mas hum Ticio parente faz certeza, Angel scial. de for. compet. d. cap. 33. n. 411. se instituir em no- 6 me de irmão, ou filho, ao que não he, ſe vicia a instituição, L. si filius 4. L. nec apud 7. Cod. hæred instit. Arouc. adn L. 3. n. 24. fin. ff. just. & jur. e obtive no Senado.*

§. 26. *Posthumus quoque alieno inutiliter (antea) legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos, hæres testatori futurus non est. Ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat postumus avo.*

Até agora, tambem ſe legava, inutilmente, ao postumo alheyo. Posthumo alheyo, he aquelle, que ſendo nascido de herdeiro seu, não ha de ſer herdeiro do teſtador; e

por isso o neto, concebido de seu filho emancipado, era posthumo estranho ao avô.

Remiss.

1 Este §. refere o Direito antigo, contado na *L. 1. Cod. incert. pers.* do posthumo alheyo, e que lhe era inutil o legado: e define, que posthumo alheyo he, o que nascendo entre os herdeiros seus, o não havia de ser do testador: e faz exemplo, que o neto concebido do filho emancipado, era posthumo alheyo, a respeito do avô.

§. 27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta, quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medentur, non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela sua posteritati cavere.*

Mas nem esta especie passou sem emenda no nossoCodigo, e por huma nossa Constituição se moderou nesta parte, tanto nas heranças, como nos legados, e fideicomissos, o que se faz evidente pela mesma Constituição. Porém, o tutor incerto, nem pela nossa Constituição se pôde dar; porque cada hum deve de fazer juizo certo da tutela.

Remiss.

1 A Constituição do Direito novo, dizem que não existe noCodigo, salvo, se entende da *L. 1. Cod. incert. pers.*

2 O Emperador Justiniano quiz, que o legado deixado a pessoa incerta, não seja viciado, se se puder virificar de presente, ou futu-

ro, *Guerr. tr. 2. lib. 5. cap. 6. n. 104. ubi Ægyd. P. Pinheir. Bart. Menoch. Mantic. P. Molin. Mans. testam valid. quest. 7. n. 194. idem Guerr. tr. 1. lib. 4. cap. 6. n. 121. e da incerteza ex n. 116. sup. §. 25. h. t.*

Tutor, pessoa incerta, não surte efeito, porque o juizo da tutela deve ser certo, *L. 20. & L. duo sunt Titij ff. testam. tutel. Ulp. d. tit. 23. §. 3. Guerr. d. cap. 6. n. 102. & 103. cum d. L. 20. & h. §. 27. & n. 117. & tr. 3. lib. cap. 5. n. 23. & 24.*

Do instituido como filho, ou irmão, e o não era, *dix. §. incertis 25. n. 6. Arouc. L. 3. n. 24. fin. ff. just. & jur. Surd. conf. 1. n. 5. & 6.* e que vicia; porque a falsa demonstração, significativa do parentesco, vicia a disposição, *L. si pater, L. nec apud Cod. hered. instit.* ainda que passe o contrario em outras cousas; e a qualidade do sangue se prezume causa final, *glos in L. nemo §. 1. & ibi Bart. & alij ff. hered. instit.* e a instituição, em tal caso, se diz feita por erro, e não vale, e se tira a herança ao instituido, *d. L. si pater & d. L. nemo & per DD. de quibus Surd. d. conf. 1. n. 6.* Mas se chamar a sua mulher prima; não vicia a instituição, *L. non ideo minus uxor tua 5. Cod. de hered. instit.* e appareceo certeza da pessoa, *vide, §. 29. h. t.*

§. 28. *Posthumus autem alienus, heres institui & antè poterat, & nunc potest, nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest.*

Posthumo alheyo, antigamente, podia ser instituido herdeiro, e ainda agora o pôde ser, se não estiver no ventre daquella, que conforme a Direito, não pôdia ser mulher do testador.

Remiss.

Posthumo alheyo instituido, *1 princ. Instit. bon. poss. sup. §. 26. h. t.*

e a ultima parte do §. *L. si quis posthumos* 9. vers. *sed & si ex ea ff. liber. & posth.*

- 2 Tambem se diz posthumo, o que nasce depois do testamento, §. 1 & 2. *Inst. ex hered. liber. ubi Instituta Guerr. tr. 3. lib. 1. cap. 6. n. 13.*

§. 29. *Si quidem in nomine, cognomine, praenomine, (agnomine) legatarij testator erraverit: cum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus servatur, & recte. Nomina enim, significandorum hominum gratia reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.*

Se o testador errar no nome, ou sobre nome, ou no que se poem antes do nome do legatario, como conste da pessoa, vale o legado. E o mesmo procede nos herdeiros, e com razao; porque os nomes foraõ inventos para por elles entendermos de que homem se falla: os quaes sendo entendidos por outro qualquer modo, naõ faz differença, nem vicia.

Remiss.

- 1 Este §. do erro do nome, de antes do nome, e sobre o nome, se confirma, ex *L. si in nomine, vel praenomine seu cognomine, (seu agnomine) testator erraverit, nec tamen de quo senserit, incertum sit: error huiusmodi nihil officit veritati* 4. *Cod. testam. & quemad. aper. L. quoties* 9. §. *si quis nomen ff. hered. instit. Cost. select. cap. 3. L. nominatim* 34 ff. *condit. & dem. L. si ita scriptum* 8. vers. *sed & cum praenomine, cognomine erratum est ff. bon. poss. sec. tab. L. si quis infundi vocabulo erravit* 4. ff. *legat. 1. vide, L. 7. §. 2. ff. supelect. legat.* aonde vicia no nome da cousa, & *L. 6. ff. reb. credit.* que naõ faz differença a vocação do de do á vocal.

- 3 Os nomes, foraõ inventos para

conhecer, *L. Labeo ff. supelect. legat. L. ad cognoscendos Cod. ingen. & manumiss. Giurb. dec. 50. Menoch. lib. 3. pres. 64.* Cognome, mostra fer de familia nobre, *Cabeb p. 2. dec. 73. n. 17.* O nome naõ muda a natureza da cousa, *L. nam figura ff. oblig. & act.*

Erro do nome, naõ vicia, se constada da cousa, *d. L. si quis infundi* 4. ff. *legat. 1. dix. L. si me invocam* 34 ff. *adq. poss. tom. 8. L. si in iudiciis nomine* 80. ff. *de iudic. Tusch. lit. E. concl. 334. Bart. cons. 179. & in L. demonstratio* 17. ff. *condit. & demonstr. cum n. 14 & 15. Bart. in L. 1. §. quibus autem ff. quod cuiusq. univers. Mantic. tacit. lib. 2. tit. 2. n. 18. & 20. vide, L. 9. ff. contr. empt.*

§. 30. *Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi: veluti si quis ita legaverit, Stichum servum meum verna, lego, licet enim non verna, sed emptus sit: si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit; Stichum servum, quem á Seio emi, sitque ab alio emptum; utile est legatum, si de servo constat.*

A isto, he semelhante aquella Regra de Direito: *A falsa demonstração, naõ perime o legado: como se disse, Lego o meu escravo Estico, nascido em minha casa; porque ainda que naõ nascesse, e fosse comprado, se consta do escravo, he util o legado. E do mesmo modo he, se disse havelo comprado a Seyo, e o havia comprado a outrem, e consta do escravo.*

Remiss.

Este §. da falsa demonstração, se confirma da *L. demonstratio* 17. *L. falsa* 33. ff. *condit. & demonstr. L. quintus Mutius* 10. §. *qui certo ff. aur. & arg. legat. L. 4. L. 75. §. 1. ff. legat. 1.*

Razaõ, §. 29. h. t. & ibi L. 9. ff. hered. instit.

² Porque se pòde certificar, L. 1. §. si quis ita ff. bon. poss. sec. tab. L. uter ex fratribus ff. condit. inst. Ægyd. L. 1. p. 1. init. n. 32. Cod. Sacros. Eccl. Guerr. tr. 1. lib. 4. cap. 6. n. 120. & 121. Gom. 2. var. cap. 11. n. 8. vide, §. 25. & 27. h. t. Nem vicia o juizo, Bart. in L. 80 ff. de judic. vide, Surd. conf. 1. n. 5. & 6.

§. 31. *Longe magis legato falsa causa (adjecta) non nocet: veluti cum quis ita dixerit: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do, lego: vel ita, Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valet. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa: aliud juris est, veluti hoc modo, Titio si negotia mea curaverit, fundum (meum) do, lego.*

Mais he, que a falsa causa adjunta, naõ vicia o legado, como dizendo: Deixo a Ticio, meu escravo Estico, por haver patrocinado meus negocios em minha ausencia; ou assim: Deixo a Ticio, meu escravo Estico, por me haver advogado em hum crime capital; porque ainda que lhe naõ tratasse seus negocios nunca, nem lhe prestasse patrocinio que o livrasse da morte, com tudo he valido o legado. Mas se a causa for enunciada conditionalmente, como: Se Ticio tiver cuidado de meus negocios, lhe deixo huma herdade que tenho, outro Direito he.

Remiss.

¹ Este §. da falsa causa no legado, parece que foy composto da L. demonstratio falsa est 17. §. quod au-

tem juris est in falsa demonstratione & ex L. cum tale legatum 72. §. falsam causam legato non obesse verius est, ubi Bart. ff. condit. & demonstr. aonde dá a razaõ, e mostra a exceiçaõ: de modo, que o legado causal, vale, etiam falsa causa; mas se a causa he condicional, naõ, sem se provar purificada, nem se lhe for illidida. A falsa causa, ou falsa demonstraçaõ, naõ vicia o legado, ut supr. glos. in cap. ad audientiam & in cap. significante 34. glos. 1. de rescript. da falsa causa, e falsa demonstraçaõ, Altim. nullit. contr. quest. 12. & sectionib. seqq. & Ulp. tit. 25 de legat. §. 18. infra n. fin.

A dicçaõ si, denota condiçaõ, principalmente sendo junta a verbo que fale do tempo futuro, ut h. §. fin. i L. 1. ubi DD ff. condit. & demonstr. L. quib. dieb. 40. §. quidam Ticio centum legaverat ff. eod. Barb. dict. 364. dix. L. 1. tom 6. e induz fórma, L. sed & si §. conditio ff. instit. act. L. idemque §. si quis ea ff. mandat. Actolin. resol. 28. n. 4. e o mesmo Barb. d. dict. 364. mostra que adicçaõ ut importa modo, que differem, Moraes lib. 3. cap. 7. n. 2. & 7. & cap. 4. a tinge Phæb. dec. 11. vide, Guerr. tr. 1. lib. 3. cap. 10. e adicçaõ si autem, diversifica da dicçaõ, si vero, Barb. d. dict. 364. O gerundio, ou ablativo absoluto, com futuro, tambem importa condiçaõ, L. à testatore ff. condit. & demonstr. Phæb. dec. 79. n. 3. Reinos. obs. 44. n. 27. Moraes d. lib. 3. cap. 7. n. 9. ubi jura & DD.

Quando he condiçaõ, ou modo, no legado, Phæb. dec. 11. & addit. Reinos. obs. 69. n. 13. & 14. Guerr. tr. 1. lib. 3. cap. 10. Moraes lib. 3. cap. 7. & cap. 4. Barb. vot. 126. n. 51. & 52. P. Molin. just. disp. 208. Gom. L. 50. n. 29. Castilh. lib. 4. cap. 55. iib. 8. cap. 38. §. 10. n. 10.

Da falsa causa, ou falsa demonstraçaõ, e definiçaõ, e ponto do legado,

gado, Ulp. tit. 25. de legat. §. 18. ib- neque ex falsa demonstratione, neque ex falsa causa legatum infirmetur. Falsa demonstratio est, velut: Titio fundum quem à Titio emi, do, lego Cum fundus à Titio emptus non sit. Falsa causa est, velut, Titio quoniam negotia mea curavit, fundum do, lego, ut negotia ejus numquam Titius curasset.

§. 32. An servo heredis rectè legemus, queritur, & constat purè inutiliter legari nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione verò rectè legatur (servo,) ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate, heredis non sit.

He questaõ, se o legado deixando ao escravo do herdeiro, vale? E se resolve, que he inutil, se foy puro: nem lhe aproveita, o lahir do dominio do herdeiro em vida do testador; porque como era inutil, se o testador logo morrera depois do testamento, naõ he valido por haver vivido mais. Porèm, debaixo de condiçaõ, vale, se quando se purifica naõ està no poder do herdeiro.

Remiss.

Este §. do legado puro, ao escravo do herdeiro, e por isso inutil desde o principio, que se naõ convalida por cessar o impedimento, e que o condicional he valido, se o pòde ser quando a condiçaõ se purifica, se prova das doutrinas seguintes: Ulp. tit. 25 de legat. §. 21. ib- ei qui in potestate, manu, mancipiove est scripti heredis, sub conditione legari potest, sed requiri-

tur, ut quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit. e passando ao §. 22. confirma a primeira parte, ib- ei cujus in potestate, manu, mancipiove est heres scriptus, legari non potest. e a mesma exceiçaõ da condiçaõ h. §. sine, faz prova da primeira parte.

O mesmo nos diz Ulpian L. cetera igitur 41. § tractari tamen poterit verl. & si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet: quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum fuerit alienata quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis tempore mea non sit, vel adibus juncta non sit ff. legat. 1. e assim o Iumma Bart. d. §. tractari tamen; comprova L. Julianus 86. (ex Martiano) ff. condit. & demonst. L. cum legato 17. ff. quand. dies legat. ced.

O que he vicioto ao principio, e origem, naõ se convalida pelo tempo, ut §. 10. § Inst. h. t. & § 14 n. fin. & §. 1. Inst. quib. non est permiff. fac. testam. & supr. h. §. dix. L. 29 L. 201. L. 210 tom. 5 & § 2. Inst. auct. tut. & Regul. 18 tom. 7. Moraes lib. 2. cap. 19. n. 6. & pertractat. Hontalb. jur. superv. ex quæst. 1.

O que se lega, (e na instituiçaõ) 4 ao escravo, he visto legar se ao senhor, e por este se diz, tem facçaõ de testamento, L. non minus servos, quam liberos heredes instituere possumus: si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus: cum testamenti factio cum servis, ex persona dominorum introducta est ff. hered. instit. dix. §. legari 24. Inst. h. t. e ficava inutil 5 deixar o legado ao escravo do herdeiro, que o havia de adquirir, pelo escravo, para si; e o que se lega ao herdeiro para o receber de si mesmo naõ vale, L. & quidem 18. verl. quanvis à semetipso inutiliter ei legatum fuisset ff. legat. 1. L. legatum

tum 116. §. heredi à semetipsum legatum dari non potest ff. legat. 1.

6. A liberdade, a pôde receber de si mesmo, o herdeiro instituído, ut §. 1. Inst. hered. instit. §. 1. Inst. hered. instit. §. 1. Inst. hered. qualit. O que he meu, não pôde ser mais meu, dix. §. 10. Inst. h. t. & §. 14. Inst. act. & L. 45. tom. 5.

§. 33. Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legatur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator: non tamen apud eum, qui heres sit, dies legati cedere intelligitur: cum hereditas à legato separata sit: & possit per eum servum alius heres effici, si prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem transsalus sit: vel manumissus ipse heres efficitur: quibus casibus utile est legatum: quod si in eadem causa permanerit, & jussu legatarij adierit: evanescit legatum.

Pelo contrario, instituindo por herdeiro ao escravo, he valido o legado deixado ao senhor, ainda sem condiçãõ; no que se não duvida; porque ainda que o testador morra, logo depois do testamento, não se entende correr o tempo do legado, a respeito do herdeiro, pela herança ser cousa separada do legado; e pelo escravo pôde outro ser herdeiro; se antes de aceitar a herança por mandado do senhor, passar ao dominio de outro, ou for forro, nos quaes casos vale o legado; e assim não he a mesma pessoa, herdeiro, e legatario, como no outro caso acima. Porém se estiver na mesma escravidãõ, e aceitar a herança por mandado do senhor legatario, se desvanece o legado.

Remiss.

Vem por equiparaçãõ do filho, ^T in L. à filio herede 25. L. quaesitum 91. pr. & ibi Bart. ff. legat. 1.

Permanecendo na escravidãõ, resulta confusaõ de ser herdeiro, e ² credor legatario, e não pôde estar no mesmo sujeito *actio*, & *passio*, L. in omnib. ff. solut. & liberat. Peg. 6. for. cap. 132. n. 32. Phab. dec. 102. n. 69. Nem os contrarios se podem ³ conservar, L. mutuis ff. pro soc. L. 1. Cod. defurt. e se extingue a açãõ, ⁴ quando o devedor succede ao credor, L. vice versa L. Stichus 95. §. aditio hereditatis ff. solut. & liber. ⁵ assim como repugna o penhor, servidãõ, usufruto na cousa propria, dix. L. 45. tom. 5. & tit. Inst. servit. & tit. Inst. usufr.

§. 34. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur: scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturae ordinem quidem sequi (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem: per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus: ut liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.

Antigamente, o legado deixado antes da instituiçãõ de herdeiro, era inutil; porque o testamento tomava sua força da instituiçãõ de herdeiro, como cabeça, e fundamento do testamento. E por igualdade de razãõ, nem a liberdade se podia dar

dar, antes da instituição de herdeiro. Mas considerando nós, que era incivil o seguir a ordem da letra, (o que já havia parecido mal à mesma antiguidade), e o desprezar a vontade do testador; e mendamos também este vicio por huma Constituição, para que seja licito legar antes da instituição de herdeiro, e no meyo, e muito mais o dar liberdade, a qual he tão favorecida por uso.

Remiss.

- 1 Diz, que se pôde legar, e forrar antes de fazer a instituição de herdeiro: reprova a ordem da letra, ou da escriptura, para que haja effeito a vontade, do testador, *ut h. §. L. cum pater 77 § fidei tuæ vers. & etiam ea quæ & vers nam ordo escripturæ non impedit causam juris, ac voluntatis ff. legat. 2. L. nec enim ordo scripturæ spectatur, sed potius ex jure summittur id quod agi videtur 6. ff. de solut. & liberat. Constituição, L. ambiguitates 24. Cod. de testam. & quemad. testa. ordin.*
 - 2 O testamento, sem herdeiro instituido, he nenhum, *L. heredes palam 21. ff. qui testam. fac. poss. L. 1 ff. hered. instit. Peg. tom 4 ad Ord. lib. 1. tit. 50. glos. 3. cap. 2. n. 67. pag 245. & 2. for. cap. 11. sub n 175. pag 836. col. 2. vers. quo ad primum ubi DD. Phæb. dec. 137. n. 20. Vaz alleg. 61.*
 - 3 O cerrado, na fórma da *Ord. lib. 4. tit. 80.* toma a sua força da approvação do Notario, *Peg. d. cap. 2. n. 70. Reinos. obs. 17. num. 3. Gom. L. 3. Taur. n. 46.*
 - 4 Herdeiro: cabeça, e fundamento do testamento; e antes de instituir herdeiro, não podia legar; porque o poder do testamento começa pela instituição de herdeiro, *ut h. §. & Ulpian. tit. 25. de legat. §. 14. ib- ante heredis institutionem legari non potest: quoniam & potestas testamenti ab heredis institutione in-*
- Tom. II.

cipit & L. fm. ff. jur. codicill. L. 1. ff. hered. instit. a que sobreveyo a Constituição da L. ambiguitates 24. Cod. testam. & quemad. testa. ordin.

E se reduz, a que sem herdeiro, não ha testamento; e basta que o instituido não aceite, para morrer intestado, *pr. Inst. hered. que abint. defer. L. 181. tom. 5. Ord. lib. 4. tit. 87. §. 8.* Mas pela Constituição, e pratica de julgar, basta que a instituição seja feita em qualquer parte do testamento.

Liberdade favoravel, *L. 122. L. 7 20. 56. 85. 106. 125. 168. 176. §. infinita 179. 192. §. fm. tom. 5. dix. L. 9. eod.*

§. 35. *Post mortem quoque heredis aut legatarij simili modo inutiliter legabatur: veluti si quis ita dicat, cum hæres meus mortuus fuerit, do, lego. Item, pridie quam hæres aut legatarius morietur. Sed simili modo & hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum inveniat.*

Tambem era inutil o legado, quando se deixava para depois da morte do herdeiro, ou legatario: como dizendo, *Lego tal cousa, para quando meu herdeiro for morto; ou assim, Hum dia antes da morte de meu herdeiro, ou legatario.* Mas do mesmo modo emandamos isto, dando firmeza aos legados, á semelhança dos fideicommissos, para que neste caso não sejaõ de peyor condição os legados, que os fideicommissos.

Remiss.

Ulpiano, falando desta fórma de legado, diz assim; tit. 25. de legat. §. 15. ib- Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis hæ-

rede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur. In mortis autem heredis tempus legari potest: velut, cum heres moriatur (seu morietur) Paul. sent. lib. 6.

2. Emenda, ou Constituição correctoria, huns L. 11. Cod. contrah. emption. outros, L. unic. Cod. ut act. ab hered. vide §. 13. 14. 15. 16. Inst. inutil. stipul. a exemplo dos fideicomissos, L. 5. §. 1. ff. legat. 3. infra: tit. 23. & 24. Forão igualados, ut §. sed non 3. Inst. h. t. de legat. L. 2. Cod. commun. de legat.

§. 36. Pæne quoque nomine inutiliter (antea) legabatur & adimebatur, vel transferebatur. Pæne autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit: hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: vel ex diverso, si non collocaverit, dato decem aureos Seio: aut si ita scripserit, hæres meus si servum Stichum alienaverit: vel ex diverso, si non alienaverit, Titio decem aureos dato. Et in tantum hæc regula observabatur, ut quam plurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec principem agnoscere, quod ei pæne nomine legatum sit, nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis alie militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur. Quin etiam nec libertates pæne nomine dari posse placebat, eo amplius nec heredem pæne nomine adici posse, Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat, Titius hæres esto, si Titius filiam suam in matrimonium Seio collocaverit, Seius quoque hæres esto. Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur,

licet pæne nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata: nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet ijs, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut aliàs probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere, secta meorum temporum non patitur.

Tambem era inutil, antigamente, o legado deixado, tirado, transferido, como por pena. He visto legar como por pena, quando a coufa se deixa por causa de constrianger o herdeiro, a que faça, ou não faça alguma coufa, como se disser: Meu herdeiro de a Seyo dez cruzados, se casar sua filha com Ticio: ou pelo contrario, se a não casar; ou dizendo: Meu herdeiro de a Ticio dez cruzados, se alienar a Estico escravo, ou se não o alienar. E tanto se observava, que por muitas Constituições Imperiaes era ordenado, que nem o mesmo Emperador podia haver tal legado, nem o soldado deixalo, não obstante ser taõ favorecido no testar: nem ainda a liberdade se podia dar, com pena de fazer, ou não fazer alguma coufa, conforme Sabino, como: Titio seja meu herdeiro, se casar sua filha com Seyo, e tambem Seyo. Sem fazer differença no modo, ou qualidade. Porém, reprovámos estas escrupulosidades, e constituimos com generalidade, que tudo o que se deixar, como por pena, tirar, ou transferir, não tenha differença dos mais legados; excepto as impossiveis, defezas pelas Leys, ou deshonestas.

Remiss.

Do legado antigo com pena, Ulpian. tit. 25. de legat. §. 16. ibi pæne causa legari non potest. Pæne autem

tem causa legatur: quod coercendi heredis causa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut legatum pertineat, ut puta hoc modo: Si filiam tuam in matrimonio Ticio collocaveris, decem milia Seyo dato. O mesmo Ulpiano, tit. 26. de fideicomiss. §. 11. ibi pœna causæ certæ personæ nequidem fideicomissa dari possunt.

2 Quanto á emenda do Emperador Justiniano, *L. unic. Cod. his quæ pœn. nomin. intestam. vel codicill. adscrib. vel relinq.* aonde dispoz, que deixado, ou transferido em nome de pena, vale; se não tiver causa torpe, ou condição impossível, ou resistência da Ley, *ut verſ. quod si aliquid facere vel legibus interdictum, vel alias probosum, vel etiam impossibile jussus aliquis eorum fuerit, tunc sine ullo damno, etiam neglecto testatoris præcepto, servabitur.*

3 Nenhuma iniquidade ha, em que o herdeiro seja adstricto a fazer o honesto; antes a vontade do testador, se deve de guardar, se não for contra as Leys, e bons costumes, *arg. L. filius 15. ff. condit. instit. dix. L. 12. tom. 5. & d. L. unic. Cod. his quæ pœnæ nomin.* nas finaes palavras transcriptas. O que he inhonesto, e contrario ás Leys, he impossível, *dix. L. 9. L. 31. cum L. 125. 182. & 188. tom. 5. d. L. filius 15. Maced. dec. 22. n. 12. P. Pinh. testam. disp. 3. sect. 8. §. 2. n. 163. & 169. Odiern. in L. hac*
4 *edictal. quæst. 19. n. 10. 11. & 12.* O impossível, não vicia a instituição, legado, ou fideicomisso, antes essa condição he a viciada, nas ultimas vontades, *dix. §. 10. Inst. hered. instit. & §. 11. Inst. inutil. stipul. & L. 31. tom. 5. & Regul. 6. tom. 7. L. 3. ff. condit. & demonstr. L. condiciones 14. ff. condit. instit. L. 37. ff. condit. & demonstr. tract.*

6 O que não posso dispor, não o posso introduzir por condição, *Cas. tilh. lib. 2. cap. 18. n. 71. Odiern. in L.*
Tom. II.

hac edictal. cap. 19. num. 17. Tusch. concl. 591 n. 9. Convem Moraes lib. 2. cap. 19. n. 6. O testador, não pôde fazer, que as Leys não tenham lugar no seu testamento, *dix. pr. Inst. testam. ordin. & pr. Inst. hered. quæ ab intest. defer.*

Ainda que soldado, ou a favor da liberdade: as dicções ainda que, posto que respeitão ao caso mais amplo, e mais duvidoso, *L. etiam 141. tom. 6. L. conventicula Cod. Episc. & cleric. Valasc. reform. just. §. 7. n. 66. & 67. Reinos. obs. 61. n. 11. Barb. dict. 304.*

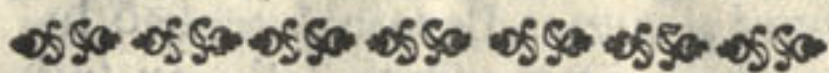
O legado, se entende, tirado o cabedal alheyo, *ut §. 4. Inst. leg. Falcid. Portug. lib. 1. prælud. 2. §. 3. n. 82. & L. bonorum 49. tom. 6.*

Hoje se pagaõ sem caução de restituir, vindo algum credor, *L. fin. §. & si factum Cod. de jur. deliber. L. qui autem §. apud labeonem ff. quæ infraud. credit. Valasc. cons. 52. n. 28. Per dec. 16 n. 1. nem se citaõ os credores para a facção do inventario, ut dix. & judicat pr. Inst. de vulgar. subst. n. 11. & 12.*

Ainda que no legado dos moveis, não venha o dinheiro, *L. si chorus 79. §. 1. ff. legat. 3.* porque huma cousa he preço, e outra a mercadoria, *L. 1. ff. de rer. permut. dix. L. mercis 66. n. 2. tom. 6. pag. 45.* Com tudo, quando se legaõ todos os moveis, vem dinheiro, livros, gados, ouro, prata, frutos separados da terra, e todo o movel venavel, *ut multis Ploto de in lit. jur. §. 1. n. 14. & 15. Conciol. for. alleg. 73.* pela dicção *Omnia*, que nada exclue, e comprehende tudo, *Barb. dect. 241. Valasc. loc. comm. lit. O. n. 17. Arouc. adn. L. 3. n. 3. & 4. ff. stat. hom. mas sempre se deve respeitar, attender ao modo, e costume de falar da terra em que testou, L. cum delationis §. asinam ff. fund. instruct. Barb. ax. 222. n. 7. dix. rubr. n. 30 tom. 6.*

O instituidor do morgado, pôde impor pena de contravenção, *Pég. for.*

for. cap. 4. num. 6. & per tot. dix. L. 8. tom. 5.



T I T. 21.

De Ademptione legatorum, & translatione.

Ademptio legatorum (sive eodem testamento adimantur, sive codicillis) firma est; sed & sive contrarijs verbis fiat ademptio: veluti si quis ita quid legaverit, do, lego: ita adimatur, non do, non lego: sive non contrarijs: sed & alijs quibuscunque verbis.

O tirar dos legados, (ou seja no mesmo testamento, ou no codecillo) he firme; e ainda por palavras contrarias: como, *dou, Lego*; tirasse, *naõ dou, naõ Lego*, ou por outras quaesquer palavras.

Remiss.

1 **O** Que se dà pelo primeiro testamento, se pôde tirar pelo segundo, ou codecillo, (fala do legado materia sujeita) *L. divi Severus 12. & vers. cum testator postrema scriptura ff. adimend. vel transfer. legat. vel fideicomiss. L. nihil prohibet priorem scripturam posteriore corrigere, commutare, rescindere 17. ff. eod. tit. L. 16. vulgar. & pupil. subst. L. si mihi 12. §. in legato ff. legat. 1. Razaõ, L. 4. ff. adimend. & transfer. legat.*

2 He cousa firme: comprova, *L. datum legatum adimi 17. Cod de legat. Razaõ, porque, a vontade do testador he de ambulatoria, tẽ á morte, d. L. 4. vers. ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum ff. h. t. Ord. lib. 4. tit. 37. fin. pr. L. unum ex fami-*

lia ff. legat. 2. Peg for. cap. 9. n. 360. & 377. Valasc. cons. 102. Cald. nomin quest. 1. & 10. Barb. ax. 183.

Ou por outras quaesquer palavras: probat, *L. si quis 3. vers. sed melius & §. fin. & divi severus 12. ff. adim. vel transfer. legat.*

§. 1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita dixerit: hominem Sticum, quem Titio legavi, Seio do, lego: sive in eodem testamento sive in codicillis hoc fecerit, quo casu simul (&) Titio adimi videtur, & Seio dari.*

Tambem se pôde transferir o legado de huma pessoa, em outra: como *Dou, Lego meu escravo Estico*, que havia legado a *Ticio*, ou o faça no mesmo testamento, ou no codecillo; no qual caso, se tira a *Ticio*, e se dá a *Seyo*, juntamente

Remiss.

Este §. de se poder transferir, de hum, em outro, *L. sicut adimi legatum potest, ita & ad alium transmitti 5. ff. adimend. legat. L. plane 34. ff. legat. 1. juncta L. licet transferam legatum 20. ff. adimend. legat.*

Ou no mesmo testamento, ou no codecillo: vem a regra de que o posterior derroga o anterior, que he geral, e comprehende a ultima vontade, *Barb. ax. 183. & §. posteriore 2. Instit. quib. mod. testam. infirm.*

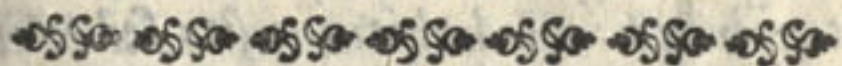
Legada a cousa debaixo de condicãõ, e transferido o legado, leva a condicãõ; salvo se sõmente respeitava ao primeiro legatario, *L. legatam sub conditione datum cum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio priori personæ coheret 23. ff. adimend. & transfer. legat.*

Se era dado puramente, e tirado com condicãõ, ainda que se naõ adim-

adimpla, não torna áquelle primeiro, *L. si legatum purè datum Titio adimatur sub conditione, & pendente conditione Titius decesserit: quanvis conditio defecerit ad heredem Titij legatum non pertinebit. Nam legatum cum sub conditione adimitur, perinde est ac si sub contraria conditione datum fuisset 10. ff. de adimend. legat. L. legata inutiliter 14. ff. h. t.*

5 O tirar o legado, he diminuição, e não pôde produzir augmento, *d. L. legata inutiliter 14. & d. L. si legatum 10. ff. h. t.*

6 Nem o que se introduzio para augmento, pôde trazer deminuição; nem para o favor, trazer odio, *L. si à milite ff. mil. testam. L. si Ruphinus Cod. eod. L. nulla juris ratio 25. ff. de legib. & ibi Arouc. Barb. ax. 34. n. fin. ax. 58. n. fin. ax. 96. n. 1.* e por esta regra vi defenir no Senado, huma causa grave, sobre embargos remettidos na execução, por reles-tir ao julgado.



T I T. 22.

De Lege Falcidia.

Supereft, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissimè legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare (quippe (cum) ea lege ita cautum esset: uti quisque legasset suæ rei ita jus esto) visum est hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id, quod plerumque intestatis moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latae sunt, quarum

neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur: novissimè lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est, ut siue unus heres institutus sit, siue plures apud eam eosve pars quarta remaneat.

Resta tratar da Ley Falcidia; que poz, ultimamente, hum certo modo de legar: porque como pela Ley das 12. taboas podia consumir toda a herança em legados, nestas palavras: *Uti quisque legasset rei suæ, ita jus esto*, pareceo restringir esta faculdade; e isto em favor dos testadores; porque muitas vezes morrião intestados, pelos herdeiros não aceitarem a herança. E como sobre isto se fizeraõ as Leys *Furia*, e *Voconia*, e pareceo não bastava, se fez ultimamente a Ley *Falcidia*, na qual está acantelado, que não possa legar mais das tres partes, das quatro da herança; ou seja hum, ou mais os coherdeiros da quarta parte.

Remiss.

DA Ley Falcidia, *L. 1. ff. ad leg. Falcid. ibi- Lex Falcidia lata est, quæ primo capite Liberam Legandi facultatem dedit, usque ad dodrantem, his verbis: Ulpian tit. 25. de legat. §. 30. ibi- Lex Falcidia jubet, non plus quam dodrantem totius patrimonij legari, ut omnimodo quadrans intiger apud heredes remaneat.* e as palavras da Ley, que este §. transcreve, existem na *d. L. 1. ff. h. t. & L. verbis legis 120. tom. 6.*

Razaõ, por não morrer sem testamento, em que ha interesse, e o contrario ser lastimoso, *L. & quia 6 ff. interrog. act. e ficaõ os herdeiros sem lucro, em cujo favor tambem veyo a Falcidia, L. potest 71. ff. ad leg. Falcid. L. quod bonis 15. ff. eod.*

4 eod. e naõ aceita a herança morre in-
testado, ut h. pr. & pr. Inst. hered.
quæ abintest. defer. L. si nemo § 1.
tom. 5. L. hereditas 64. tom 6. Ord.
lib. 4. tit. 87. §. 8 & infra §. 2. h. t.
Guerr. tr. 2. lib. 3. cap. 5. n. 196. Por-
tug. pralud. 2 § 3 n. 37 & 38 & lib. 3.
cap. 17. n. 16. & 17.

5 Direito novo, Novel. 1. cap. 2. &
vers. si vero expressim.

6 Se o testador pôde tirar a quar-
ta Falcidia, ou prohibida, em seu
beneficio, argum. L. pen. Cod. de pact.
cujus voluntate relegiosa se deve guar-
dar, L. 5. ff. testam. quemad. aper. L.
1. Cod. Sacros. Eccles.

§. 1. Et cum quesitum esset, duo-
bus heredibus institutis (veluti Ti-
tio & Seio) si Titij pars, aut tota
exhausta sit legatis, quæ nomina-
tim ab eo data sunt, aut supra mo-
dum onerat: à Seio verò aut nul-
la relicta sint legata, aut quæ par-
tem ejus duntaxat in partem dimi-
diam minuunt: an quia is quartam
partem totius hereditatis aut am-
plius habet, Titio nihil ex legatis,
quæ ab eo relicta sunt, retinere li-
ceat, ut quartam partem suæ partis
salvâ habeat: placuit posse reti-
nere, & enim in singulis heredi-
bus ratio legis Falcidiæ ponenda
est.

Havia questãõ, ou foy qu' sito,
se sendo dous herdeiros intituidos
(Titio, e Seyo) e a parte de Titio,
ou toda se exaurir com os legados,
ou for muito gravada, e a de Seyo
pouco, ou sómente ametade, se
porque Seyo tem a quarta parte de
toda a herança, ou mais, poderã
Titio reter alguma parte dos lega-
dos, para ficar salva a quarta? E
a gradou que sim; porque a razãõ
da Ley Falcidia, se ha de entender
em cada hum dos herdeiros.

Remiss.

Este §. de muitos herdeiros se
confirma da L. singulis heredibus
rationem legis Falcidiæ componen-
dam esse non dubitatur: & ideo si
Titio & Seio heredibus institutis
semis hereditatis Titij ex haustus
sit, Seio autem quadrans totorum
bonorum relictus sit: competit Ti-
tio beneficium legis Falcidiæ con-
vem, fin. pr. Inst. h. t.

§. 2. Quantitas autem patrimo-
nij, ad quam ratio legis Falcidiæ
redigitur, mortis tempore specta-
tur. Itaque (verbi gratia) si is,
qui centum aureorum patrimonium
in bonis habeat, centum aureos le-
gaverit: nihil legatariis prodest,
si ante aditam hereditatem per ser-
vos hereditarios, aut ex partu an-
cillarum hereditariarum, aut ex fœ-
tu pecorum tantum accesserit heredi-
tati, ut (centum aureis) legatorum
nomine erogatis heres quartam par-
tem hereditatis habiturus sit: sed ne-
cesse est, ut nihilominus quarta pars
legatis detrahatur. Ex diverso, si
septuagintaquinque legaverit, &
ante aditam hereditatem in tantum
decreverint bona (incendiis fortè,
aut naufragiis, aut morte servo-
rum) ut non amplius, quam septua-
gintaquinque (aureorum substantia.)
vel etiam minus relinquatur: soli-
da legata debentur. Nec ea res dam-
nosa est heredi, cui liberum est non
adire hereditatem: quæ res efficit,
ut sit necesse legatariis, ne destitu-
to testamento nihil consequantur,
cum herede in portione pacisci.

A quantidade da herança, a que
se derige a razãõ da Ley Falcidia,
se computa pelo tempo da morte.
Assim que, se o que tem com cru-
zados de patrimonio, os legar to-
dos, naõ aproveita aos legatarios
que a herança se augmente com as
crias,

crias, antes de se aceitar, para que pagando aos legatarios os cem cruzados, lhe pudesse ficar a quarta parte della; mas se deve de tirar a quarta parte dos legados. E pelo contrario, se legar setenta, e cinco cruzados, e diminuir, antes da aceitação da herança, aos setenta, e cinco cruzados, por casos fortuitos, ou a menos, se devem todos os legados. Nem isto he danoso ao herdeiro, a quem he livre o não aceitar a herança: e fará com que os legatarios venhão com elle a algum concerto; porque a não se aceitar a herança, nada terão os legatarios.

Remiss.

- 1 Este §. de se regular o patrimonio do defunto, para a quarta Falcidia, pelo tempo da morte, he à letra da *L. in quantitate patrimonij ex quirenda visum mortis tempus spectari 73. ff. ad leg. Falcid. supra*, *L. cum quo verus ego dubito, quoniam mortis tempus in ratione legis Falcidiae ineunda placuit, observari ff. eod. L. quod bonis §. quod avus fin. vers. sed quartam heres nepotis de bonis dumtaxat quae moriens avus relinquit, retinebit ff. eod.* O mesmo he sobre a nossa terça, *Ord. lib. 4. tit. 82. Cald. empt. cap. 1. n. 6.*
- 2 E pela morte se computão os adquiridos, e fim da sociedade legal, para a mulher pagar a divida que tinha antes do matrimonio, *Per. dec. 50 n. 6. & 9. Guerr. tr. 2. lib. 6. cap. 4. num. 37. Per. prompt. verb. matrimonium n. 1233. Pona cap. 4. n. 40.* e obtive; e que os bens do marido não estão obrigados, *Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. & passim DD.* E na morte he meação, *Ord. lib. 4. tit. 46. & tit. 95. §. 4. & tit. 96. §. 7. 8. 9.*
- 3 Razaõ do §. porque depois da morte do testador, logo he herança, e os legatarios começaõ a ser senhores das cousas legadas, *L. à Titio 64. fin. ff. de furt. pr. Inst. &*

§. 20. de legat. *L. 18. & 181. tom. 5. Portug. praelud. 2. §. 3. n. 34. & 37.* se pereceo fortuitamente, *dix. §. si res legata 16. Inst. legat.*

O não aceitar a herança he livre, *5 ut h. §. & §. 5. Inst. hered. qualit. & differ.* além do beneficio da abstenção: nem os successores singulares, como são os legatarios, o podem constringer a que aceite a herança, *L. si quis 17. ff. si quis omiff. caus. testam.*

Viraõ a concerto: porque se não 6 aceitar a herança, caducaõ os legados, e morre intestado, *ut h. §. 2. fin. & pr. Inst. h. t. & n. 4. & pr. Inst. hered. quae abintest. defer. L. 181. tom. 5. Ord. lib. 4. tit. 87. §. 8.* Concerto, aconselha tambem a *Ord. lib. 3. tit. 20. §. 1. L. quod debetur ff. de pecul. pelo dubio evento, e ponderaçoes de Arouc. adn. L. 1. n. 3. ff. just. & jur.*

Direito novo, *Novel. 1. cap. 1. §. 8. 1. vers. si vero nullus.*

§. 3. *Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, antè deducitur aes alienum: item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat, tres verò partes inter legatarios distribuantur: pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse, & patrimonij quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse: quarta pars legata ijs singulis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus: octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit: initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Antè enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est: deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.*

Quando se faz a conta da Ley *Falcidia*, primeiro se tiraõ as dividas, o funeral, e o preço dos escravos forros: e do resto se faz a quarta parte ao herdeiro; e as tres se distribuem entre os legatarios, reteando-se conforme suas porçoens: como se legar quatrocentos cruzados, e estes importar a herança; a cada legatario se tira a quarta parte: e se legou trezentos, se deve tirar a oitava a cada hum; e se legou quinhentos, primeiro se tira a quinta parte, e depois se tira a quarta; porque primeiro se tira a quinta parte legada, e depois, do remanecente, a quarta.

Remiss.

- 1 Este §. nos diz, que antes da quarta *Falcidia* (e tambem dos legados) se ha de tirar para ás dividas, se confirma ser tanto assim, que o mesmo herdeiro pôde ser credor, *L. in imponenda ratione 6. Cod. ad Leg. Falcid. L. qui fundum 87. § si quis ff. eod.* como patrimonio do credor, *L. 49. & L. 213 §. 1. tom. 6.*
- 2 Quanto à distribuição dos legados: *L. in quantitate 73 ad fin. vers. ergo optimum quidem est ff. leg. Falcid.*
- 3 Tirados os forros: porque na liberdade, inestimavel, *L. 20. L. 106. L. 176. §. 1. tom. 5.* não há *Falcidia*, *L. si servus 33. ff. ad leg. Falcid.* nem çalada, na appellação, *Cabed. p. 1. arest. 75.* E as despezas funeraes tem prelação, *L. impensa funeris 45. ff. religios. & sumpt. funer. Gam. dec. 308.* e muitos mais aos legados, *L. & si quis impediatur 14. vers. satius enim est de suo testatorem funerari, quam aliquos legata consequi ff. religios. & sumpt. funer.*
- 5 Nem se diz herança, ou bens, antes de se tirar o alheyo, *L. 39 §. bona, & L. 165. tom. 5. Guerr. tr. 1. lib. 1. cap. 10. n. 20.* e alheyo he, o que se deve ao credor, em sua con-

currente quantia, *L. bonorum 49. vers. aequae bonis L. cedere diem 213. §. est alienum est tom. 6.* E sem bens, não ha herança, *auth. ingressu Cod. Sacros. Eccles. L. Lex Cornelia ff. vulgar. Valasc. part. cap. 1. num. 1. nem inventario, L. tutor ff. admin. 8 tut. Cancer. 3. var. cap. 2. n. 112. Pona cap. 1. n. 32. & 33. vide, Guerr. tr. 1. lib. 1. cap. 5. n. 13. 14. 15. 16. & 17.*

Inventario de todos os bens, para a *Falcidia*, *Novel. 1. cap. 2.* como dissêmos para utilizar o beneficio de inventario.

Na nossa pratica, se tiraõ do monte as despezas funeraes, tẽ a sepultura do conjuge defunto, e os legados da terça do pay, ou mãy, *Gam. dec 308. Pona cap. 4 n. 25. & 26. Guerr. tract. 2. lib. 6. cap. 6. Molin. just. tr. 2. disp. 214. & 215.* porque não pôde onerar as legitimas, *L. quoniam prioribus, L. si quando §. generaliter ff. in offic. testam. Phæb. dec. 212. n. 7. Peg. maior. cap. 4. n. 29. Ord. lib. 4. tit. 82. & §. 1.*

Nem os legados se devem, sem se tirar o cabedal alheyo, *L. circa legem Falcid. 66. vers. sicuti legata non debentur, nisi deducto ære alieno aliquid supersit ff. ad leg. Falcid. Valent. illustr. L. 3. tract. 5. n. 10. dix §. fin. n. 9. Inst. legat. Portug. lib. 1. prelude. 2. §. 3. n. 83.*

Este §. parece que nos diz, o que deixou em pratica o Doutor Manoel Lopes de Oliveira, sobre a divida que conjuge levou, *ex Ord. lib. 4. tit. 95. §. 4. scilicet, que antes que se faça monte, se tire da parte do conjuge devedor essa divida; porque esta concurrente quantia do devedor se não diz communicada, Peg maior. cap. 6. sub n. 51. pag. 385. vers. secundum & judicat. pag. 575. & 576. Peg. 3. for. cap. 35. ex n. 550. usq. 576. Pona cap. 4. n. 36. Guerr. tr. 2. lib. 6. cap. 4. à n. 34.*

Se o marido pagar a divida que tinha dos frutos, satisfeitos os encargos

- taõ nos interesses, *Ord. lib. 1. tit. 62.*
- 5 §. 53. E primeiro succede o chamado na sua instituiçãõ, *Ord. d. tit. 100. §. 3. Peg. maior. cap. 10. n. 67. 201. & per tot. Peg. for. cap. 4. n. 122.* e na falta de vocaçãõ, e pela ordem regular da Ley, succede o mais chegado ao ultimo possuidor, pelo sangue do instituidor, *d. Ord. §. 2. Gam. dec. 7. n. 3. Peg. for. cap. 4. ex n. 24. Peg. maior. cap. 10. n. 30. pag. 238. & n. 28. cap. 9. n. 93. Per. dec. 5. n. 4. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 7. n. 40.*
- 7 Entende do possuidor legitimo, e naõ do intruso, que este se naõ conta por possuidor para a proximidade, *dix. L. 8. tom. 5. Peg. de maior. cap. 9. n. 1. fn. Maced. dec. 16. n. 15. Portug. lib. 2. cap. 3. num. 59 Rox. in compatib p. 4. cap. 1. n. 85. & 86. & ibi Aquil. n. 15. Molin. just. tom. 3. disp. 626 n. 12.* nem as Leys fallaõ se naõ do legitimo, *dix. L. 130. tom. 6. & Regul. 1. tom. 7.*
- 8 Na falta de devoçãõ, fica o caso occurrente na disposiçãõ de Direito commum, *L. commodissime 10. ff. liber. & posth. L. quoties 22. ff. condit. & demonst. Maced. dec. 16. n. 4. Gam. dec. 7. n. 4. & 173. n. 23. Portug. lib. 3. cap. 21. n. 19. & 20. Peg. for. cap. 4. n. 158.* convem a *Ord. lib. 4. tit. 100. §. 3.* e esta he o nosso Direito commum, *Moraes lib. 1. cap. 2. n. 6. & 7. Glz. ad Ord. lib. 3. tit. 64. pr. n. 2. Arouc. alleg. 59. n. 9. Peg. ad Ord. lib. 1. tit. 1. glos. 1. n. 9. Themud. dec. 59 n. 13.* a que se recorre, quando falta soccorro na instituiçãõ: e a omisãõ na *Ord.* se resolve por outra Ordenaçãõ, *Glz. d. tit. 64. n. 3. & 4.*
- 11 Na falta de devoçãõ, entra a successãõ regular da *Ord. lib. 4. tit. 100.*; e primeiro se busca a melhor linha, e nesta o grãõ, e neste o sexo, e neste a mayor idade, *Ord. d. tit. 100. pr. & §. 1. Peg. for. cap. 4. n. 159. Peg. maior. cap. 10. n. 202.* nem ha disputa fóra da linha; nem do

sexo, fóra do mesmo grãõ; nem da idade, fóra do mesmo sexo, *Peg. maior. d. cap. 10. num. 8. 33. & 202. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 7. n. 50.*

A capacidade, se busca ao tempo 13 em que se deferio, *Peg. for. cap. 4. 27. & 28. & 31.* porque como a successãõ naõ pôde estar suspena, pela morte do legitimo possuidor, se devolve logo ao legitimo successor, *Peg. for. d. cap. 4. ex n. 24. & maior. poss. n. 379. & 610. & tom. 4. ad Ord. lib. 1. tit. 62. glos. 61. n. 2.* e por isso 15 este pôde reivindicar de possuidor intruso, *ut per DD. Peg. maior. cap. 6. n. 317. & for. d. cap. 4. n. 23.* e tanto 16 que entra na linha, naõ faz transito a outra sem se extinguir, scilicet, do habil, e capaz; *Peg. for. cap. 4. n. 29. ubi DD. Das linhas, Maced. dec. 16. só duas, Reinos. obs. 23. addit. n. 8. fin. pag. 138.*

A dita *Ord. tit. 100. pr.* finge tres 17 casos: o 1. tirou a queitaõ de *patruo, & nepote*, e define, que o filho do filho mais velho do possuidor, he o que succede, ainda que o pay morresse, e naõ o tio filho segundo do possuidor; e isto com representaçãõ *in infinitum* nesta linha reta do possuidor bom, que o faz o mais proximo, *Reinos. obs. 26. addit. n. 6. fin. ubi judicat. Maced. dec. 16. n. 28. & 29. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. á n. 11. & n. 27. dix. L. 8. tom. 5.* E 18 o segundo he admitir representaçãõ nos transversaes, descendentes do instituidor, tambem *in infinitum*, *vers. sempre o filho, e seus descendentes legitimos, por sua ordem representem a pessoa de seu pay.*

O 3. caso he, que se os transversaes naõ forem descendentes do instituidor, que se guarde o que he disposto por Direito commum: e como a materia sujeita, he da representaçãõ a admite entre irmãos, e filhos de irmãos; de que dissemos *L. 8. tom. 5.* e por isso v. g. no morgado instituido por transversal, em que o ultimo possuidor he transversal,

sal, concorre sobrinho filho de irmão, e de irmã, e este mais velho, se devolve ao filho do irmão, ainda que mais moço que o primo, porque representa seu pay, e vencia a tia se viva fora, assim como seu pay; e isto por força da representação, *interfratres, & filiosque fratrum* do Direito commum, ut *Reinos. obs. 26. addit. n. 6. pag. 163. ubi judicat. Maced. dec. 16. num. 22. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. n. 27. & 32. ubi Peg. & DD. P. Cordeir. Soc. Jes. tom. 1. p. 5. resolut. 119. & 136.* e assim o vi julgar proximamente, (e se referia a outra proxima) escusada a revista.

21 O que procede, ainda que o testador diga sempre succederá o mais chegado porque he segundo a representação, que nem por isso se diz exclua, *Peg. maior. cap. 10 pag. 267. col. 1. fin. vers. neque enim & n. 142. n. 284. n. 258. 259. & 638. n. 743. 745. & 747. 749. & seqq. Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. n. 42. dix. L.*

22 *S. tom. 5.* Nem obsta o dizer-se, que não há linha sem filhos, e fóra da linha não há representação, e que as Authenticas fallaõ do irmão, e filho de irmão; porque temos a representação na Ley, e terceiro caso; e não he necessario tio, e sobrinho, porque procede nos primos, *Guerr. tr. 2. lib. 4. cap. 6. n. 35. dix. L. 8. tom. 5.*

23 Temos fallado com a Ley *tit. 100.* dos legitimos: dos naturaes, *Phab. dec. 97. Guerr. tr. 2. lib. 1. cap. 5. Peg. maior. cap. 20. & ad Ord. lib. 1. tit. 3. §. 1. cap. 32. Portug. lib. 2. cap. 16. lib. 3. cap. 21. n. 22. Maced. dec. 106. & 107. Gufm. verit. 5. Joseph. de rustic. ad L. cum avus lib. 3. cap. 1.* que excluem a devolução da Coroa, *Maced. dec. 106. n. 11. Portug. lib. 3. cap. 21. n. 23.*

24 No morgado electivo, metido o nomeado de posse, não vaga esta, assim obtive de proximo, e o refere julgado *Peg. maior. poss. n. 284. Tom. II.*

286. 295. usq. 300. 301. 305. usq. 316. *Phab. dec. 92. & n. 2. Per. dec. 55. n. 5. Peg. for. cap. 4 n. 39. Per. dec. 108. n. 4. Phab. dec. 21. n. 7. & addit. Cabed. dec. 96. Valer. tit. 4. q. 2. n. 62.*

§. 1. *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo invitus cogebatur prestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant (hereditatem.) Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea divus Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur, & populare erat: paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem: tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

He de saber, que em outro tempo todos os fideicomissos eraõ invalidos; porque nenhum era contrangido a restituir a cousa que se lhe rogava: porque quando não podia instituir, ou legar à pessoa, deixavão em confiança ao que o podia ser; e por isso lhe chamavão fideicomisso, porque não eraõ feitos por vinculo de Direito, mas só pelo pejo dos rogados. Depois o Emp. Augusto mandou aos Consules, que interpuzessem sua authoridade, o que por justo, e util ao commum, se converteo em jurisdicção; tanto, que veyo a ter Pretor particular, que conhecia delles,

les, e se lhe chamava Fideicomissario.

Remiss.

- 1 Se pôde mandar restituir ao incapaz, ou indigno? Nega-se, *argum. L. contra legem facit 29. L. fraus 30. & ibi Arouc. ff. de legib. L. si de portati 7. ff. legat. 3. DD. h. §.*
- 2 nem merece auxilio da Ley, o que pecca contra a Ley, *Barb. ax. 136. n. 21. DD. passim.*
- 3 Se comette, occultamente, que restitua ao incapaz em fraude da Ley, se applica ao Fisco, *L. imperator 43. ff. iur. fisc. Ord. lib. 2. tit. 26 § 23. ubi*
- 4 *Glosator.* e se claramente, fica no herdeiro, *L. fin § fin ff. his qui ut indign. L. filius 14. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de fals.* O que se deixa ao indigno, tambem pertence ao Fisco, *Ord. lib. 2. tit. 26. § 19. ubi Glosator.*
- 5 Indigno, he, o que sendo herdeiro abintestado do que morre, a este fim lhe impede fazer testamento; e o que o obriga a que o faça a elle herdeiro, *Ord. lib. 4. tit. 84. Portug. lib. 3. cap. 31. á n. 16. & á n. 20. Peg. tom 13. ad Ord. lib. 3. tit. 5. á n. 12.* Com huma reposta do Doutor Procurador da Coroa.
- 6 Capaz, he aquelle que por Direito he habil para adquirir, e reter dos que morrem, e tem façãõ de testamento, *probat Portug. lib. 3. cap. 29. n. 2.*
- 7 Incapaz, o que he inhabil, não por incapacidade sua, mas por causa extrinseca, como são os Frades Menores de S. Francisco, *idem Portug. n. 3. & 4.* e o que o he por delicto seu, ou alheyo, mais se pôde chamar indigno, *idem Portug. n. 5.*
- 8 Indigno, he o que era habil, e capaz, mas pelo seu delicto não pôde reter, *idem Portug. n. 6.* e por isso o indigno acquire, e retém, té que o Fisco lho tire; e o incapaz, he repellido *ipso jure*, *idem Portug. n. 7. & 8.* do incapaz, e indigno,

Portug. d. cap. 29 cap. 30. & 31.

O mesmo he *ipso facto*, que *ipso jure*, *Reinos. obs. 40 n. 3 & 5.*

Do que tomou Ordens por medo, e coacto, e sua nullidade *Barb. vot. 77. desta profillaõ, Peg. for. cap. 131. Moraes lib. 5. cap. 5.*

§ 2. *In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento heres instituat: ejusque fideicommittatur, ut eam hereditatem alij restituat, alioqui inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit, Lucius Titius hæres esto; potest adjicere, rogo te Luci Titi, ut cum primum poteris hereditatem meam adire, eam Caio Seio reddas, restituas. Potest autem quisque & de parte restituenda heredem rogare. Et liberum est, vel purè, vel subconditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.*

Primeiro que tudo, se deve perquirir se ha no testamento herdeiro instituido, conforme a Direito, a quem se commetta a restituicãõ da herança; porque o testamento sem herdeiro instituido, he inutil. Mas quando o instituir, dizendo *Lucio Ticio seja meu herdeiro*, pôde acrescentar: *Rogote, que tanto que puderes aceites minha herança, e a restituas a Cayo Seyo.* Tambem pôde fazer fideicomisso de parte da herança. E he livre fazelo puro, ou condicional, ou para certo dia.

Remiss.

Instituicãõ de herdeiro, cabeça, e fundamento do testamento, *§ ante hæredis 34 Inst. legat. Testamento, sem instituicãõ de herdeiro, he inutil, ut dix. h. §. 2. princ. Inst. hered. instit. & d. §. 34. Inst. L. 1. & L. fin. ff. hered. inst. P. Pinheir. proem. n. 2. Peg. tom 4. ad Ord. lib. 1. tit. 50. n. 67. pag. 245. Reinos obs.*

55. n.9. & 10. Guerr. tract. 2. lib. 3. cap. 5. n. 145. & 146. & lib. 5. cap. 7. n. 141.

3 O rogar, em quem pôde, he mandar, Barb. dict. 353.

4 Pôde fazer fideicomisso de parte: parece que he pela regra, quem pôde o mais, pôde o menos, ut L. 21. tom. 5. & Regul. 35. & 80. tom. 5. Barb. ax. 140. n. 5. ax. 180. n. 2. e terá o mesmo juizo, L. que de tota ff. reivind. L. in eo 110. tom. 5. Barb. ax. 132 n. 6.

6 Entre fideicomisso puro, e condicional, fazem differença: que quelle sem addição se transmite no herdeiro do fideicomissario, e este não; salva a vontade do testador contraria, Arpr. h. §. n. 2. fine.

§. 3. Restituta autem hereditate, is quidem, qui restituit, nihilominus hæres permanet: is verò, qui recipit hereditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarij loco habetur.

Feita a restitução da herança, o que a restitue, ainda fica herdeiro: o que a recebe, humas vezes he havido por herdeiro, e outras por legatario.

Remiss.

1 Este §. do effeito da restitução da herança, diz princ. que huma vez herdeiro, pela aceitação da herança, já o não pôde deixar de ser, L. ei qui solvendo 88. ff. hered. inst. L. ait prætor 7. §. sed quod Papin. ff. de minor. L. sicut Cod. repud. abst. hæred. dix. §. 5. Inst. hæred. qualit. & difer.

2 O fideicommissario, (que he aquelle a quem se deixa por modo precativo, Ulp. tit. 25. de legat. pr. ver. nam ea, que precativo relinquuntur, fideicommissa vocantur) restituindo ao segundo, lhe transfere aos acçoens, L. 1. & §. de illo

ff. ad S. C. Treb. e o fideicomissario tem exceção, d L. 1. §. 1. ver. quamquam: e repete, se tiver pago a algum credor, L. 1. Cod. ad S. C. Treb.

Se restitue tudo, he universal, e havido por herdeiro; e se só recebe parte, he havido por legatario, Arpr. h. §. n. 5. e as acçoens, á proporção. O que succede em tudo, he havido por herdeiro, L. 128. §. qui in universum jus succedunt, hæredis loco habentur tom 5. vide §. 5. & 6. h. t. L. quanvis 40. ff. h. t. L. 5. §. 1. ff. quod cum eo qui in alien.

§. 4. Et Neronis quidem temporibus, Trebelliano Maximo & Anneo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est: quo cautum est, ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit: omnes actiones, que jure civili hæredi, & in heredem competere ei, & in eum darentur, cui ex fideicommissi restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actiones ei, & in eum qui recipit hereditatem, quasi hærede, & in heredem dare cepit.

Em tempo do Emperador Nero, houve huma deliberação do Senado, que ordenou, que restituída a herança, passassem todas as acçoens, activas, e passivas ao que recebia a herança por fideicomisso, conforme a Direito Civil; e depois, começou o Pretor a dar as acçoens uteis aquelle, e contra aquelle, que recebeo a herança: de modo que as dá como a herdeiro, e contra herdeiro.

Remiss.

As cousas deste §. são tiradas da L. 1. & 2. ff. ad S. C. Treb. aonde se dá a razão; e se confirma ex L. quanvis 40. pr. & L. si ejus 64. ff. ad S. C. Treb. Sand. in L. 59. de reg. jur. ver. porro, & ver. denique Ulp. tit. 26.

26 de fideic. §. 12. ib- is qui rogatus est alij restituere hereditatem lege quidem Falcidia locum non habente & §. 13. de modo, que o que succede em todo o direito do defunto, pelo universal, convem, e he convindo; e sendo muitos, conforme suas porçoens hereditarias.

§. 5. Sed quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut penè totam plerunque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguiebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusionè consulibus, senatus censuit: ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permessa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat. Ille autem, qui ex fideicommissio recipiebat partem hereditatis, legatarij partiarij loco erat, id est, ejus legatarij, cui pars bonorum legabatur; quæ species legati, partitio vocabatur: quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem & partiarium legatarium interponi: eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommissio recepit hereditatem & heredem, id est, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.

Mas como os instituidos recusavão as heranças, pelo pouco, ou nenhum proveito, e por isso se extinguiaõ os fideicommissos; depois em tempo do Emperador Vespasiano, sendo Consules Pegaso, e Pusion, deliberaraõ, que o fideicommissario retivesse a quarta Falcidia, concedida a respeito dos legatarios, con-

tra estes, e em favor do herdeiro, e que se pratica-se o mesmo nos fideicommissos, e em cada huma das cousas. Depois desta deliberaçaõ, sustentava o herdeiro os encargos da herança; e o que a recebia em parte por fideicomisso, estava em lugar de legatario, que partia a herança com o herdeiro: e era a perda, e proveito, conforme suas porçoens, por estipulaçaõ.

Remiss.

Este §. parece tirado ex Ulp. tit. 26. de fideicomiss. d. §. 12. is quis vers. ex Trebelliano, & §. 13. vers. ex Pegasiano Senat. Consult. e das estipulaçoens, Ulp. tit. 25 de legat. §. 23. vide § 7. hc.

§. 6. Ergo si quidem non plus, quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas, & in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dabantur: in heredem quidem jure civili, in eum vero, qui recipiebat hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano tanquam in heredem. At si plus, quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset: locus erat Pegasiano senatusconsulto: & heres, qui semel adierat hereditate (si modo sua voluntate adierat) sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat: ipse universa onera hereditatis sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & heredem; si vero totam hereditatem restitueret, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus heres adire hereditatem: ob id, quod diceret eam sibi suspectam esse quasi damnosam: cavebatur Pegasiano senatus-

usconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus esset, jussu prætoris adiret, & restitueret hereditatem: perindeque ei & in eum, qui reciperet hereditatem, actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto, quo casu nullis stipulationibus est opus: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hereditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hereditatem, utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

Se o herdeiro não havia de restituir mais de nove partes da herança; neste caso, pelo S. C. Trebelliano, se restituía a herança, e se davão a ambos as acções hereditarias, conforme suas porções; ao herdeiro por Direito Civil, e ao que recebia a herança, pelo S. C. Trebelliano, como herdeiro. Porém, se era rogado para restituir mais das nove partes, ou toda a herança, tinha lugar o S. C. Pegasiano: e o herdeiro que havia aceitado a herança, (sendo por sua vontade) ou retivesse a quarta, ou a não quizesse, sustentava todos os encargos da herança. Mas se retinha a quarta, intervinhão as estipulações *partis & proparte*, como as que se fazem entre o legatario parciario, e o herdeiro: e se restituía toda a herança, se faziaõ as estipulações *emptæ & venditæ hereditatis*. E se o herdeiro recusava a herança, com suspeita de damnosa, estava ordenado pelo S. C. Pegasiano; que querendo o rogado restituir a herança, que a aceita-se com autoridade do Pretor, e a restituísse, e lhe passassem as acções, conforme o Trebelliano; no qual caso não são necessarias estipulações; porque o que restitue fica seguro, e ao que recebe, se lhe passaõ as acções activas, e passivas, concorrendo neste caso, hum, e outro Senado.

Remiss.

Provaõ-se as couzas deste §. do que fica dito, e Ulp. d. tit. 26. de fideic. §. si hæres damnosam hereditatem dicat, cogetur á Pretore adire 14. Ulp. §. 13. mostra as estipulações, *ib-partis & proparte* stipulationes proprie dicuntur, quæ de lucro, & damno solent interponi interheredem, & legatarium partiarum, idest, cum quo partitus est hæres. L. 14. ff. ad S. C. Trebell. Das estipulações *emptæ & venditæ hereditatis*, L. in illa 50. §. 1. ff. verb. oblig. Direito novo, infra §. 7. h. t.

O herdeiro, e não o comprador da herança, he o convindo pelos credores á herança, L. ratio juris Cod. hered. vel act. vend.

Se não aceitar a herança, morre intestado, §. 2. Inst. leg. Falcid. princ. Inst. hered. quæ ab intest. defer. L. 181. tom. 5.

§. 7. Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes, & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenij Papi-nianus appellat, & nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet: ideó omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentijs utriusque senatusconsulti: placuit, expulso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum quasi ex Trebelliano senatusconsulto: pro rata portione

tione actionibus, tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus: si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod praecipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum & contra eum transferre actiones: & hoc transposuimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.

Mas porque as estipulaçoens, descendentes do S. C. Pegasiano, desagradarão á mesma antiguidade, e Papiniano, homem de engenho excelso, lhe chamar, em alguns casos, enganadoras, e nos agradar mais a fingeleza das Leys, que a dificuldade; reprovámos a authoridade do Pegasiano, e a demos ao Trebelliano, para que as heranças fideicommissarias sejaõ restituídas na fórma della: ou o herdeiro tenha a quarta parte pelo testador, ou mais, ou menos, ou nenhuma: de modo, que quando lhe ficar menos, ou nada, retenha a quarta, ou o que para ella faltar; ou torne a repetir do já pago, o que para esta lhe faltar, conforme Trebelliano; competindo as acçoens contra o herdeiro, e fideicommissario, conforme a parte que lhe coube: e se de sua vontade restituir toda a herança, todas as acçoens passaõ para o fideicommissario. E ainda que era principal no Pegasiano, que quando o herdeiro recusar a aceitação, que a devia de restituir toda ao fideicommissario, (que a quizesse,) e transferir-lhe todas

as acçoens para elle, e contra elle, o trepassámos ao S. C. Trebelliano, para que por elle seja obrigado, se não quizer aceitar, a restituir ao fideicommissario, pedindo este, sem damno, nem commodo do herdeiro.

Remiss.

Aqui se approva o Trebelliano, e reprova o Pegasiano. Que as estipulaçoens entre o herdeiro, e fideicommissario, á maneira de parciario, ou comprador da herança, fossem de muitas cabeças, ou enganadoras, he evidente; porque as acçoens ficavão salvas contra o herdeiro, e só por força do contrato o vendedor teria a acção ex vendito, *L. ratio juris postulat 2. Cod. hered. vel act. vendit.* e se multiplicavão os letigios, quando devem evitar-se, *L. fratris Cod. transact. L. minorib ff. de minor. L. servus ff. oblig. & act. L. item si res §. fin. & ibi glos. verb. competit ff. alien. judi. mut. caus. cap. dispendia de rescript. in 6.* e impor-lhe o termo, *L. properandum Cod. de judic. L. litib. Cod. agricol. & censit. lib. 11. cap. finem litib. de dolo & contum. cap. 1. de appellat. in 6 Mend. p. 1. lib. 3. cap. 13. n. 18.* e ainda por equidade, se devem evitar circuitos, *Barb ax. 42. n. 2. Tusch. lit. C. concl. 229. ut n. 5.*

Repetir o pago: se deve entender, quando erradamente restitua, além das tres partes, *L. error 9. Cod. ad leg. Falcid. L. si haeres 68. fin. vers. sed si probaveris per errorem te quartam non retenuisse, recuperare eam poteris ff. ad S. C. Trebel.* O que paga, o que não deve, e por erro, repete pela condiçãõ indebiti, ou condiçãõ sine causa, *L. 1. Cod. condit. indebit. L. Julianus verum debitorem ff. condit. indebit. dix. §. 6. Inst. oblig. quæ ex quasi contr. & L. cujus per errorem 53. tom. 5. Valasc. conf. 56. n. 6. Salgad. labir. p. 3. cap. 1. n. 143. Olea cess. jur. tit. 5. quest. 9 n. 2. Grat.*

Grat. cap. 417. d. n. 30. cap. 516. n. 9.
7 & 120. cap. 552. n. 27. que he huma
8 accção pessoal, ut §. 15. Inst. act. naõ
se seguindo a causa final, desvanece,
e illide, Peg. for. cap. 1. n. 170.
pag. 42. col. 1. Barb. vot. 69. Peg. 3.
for. cap. 33. n. 152. Portug. prelud. 2.
n. 73. Larr. dec. 33. Grat. cap. 894.

9 De modo, que estipulavaõ cada-
hum as porçoens conforme a L. 37.
ff. de pecul. L. 50. §. 1. ff. verb. oblig.
a que se deu nova fórma.

§. 8. Nihil autem interest, utrum
aliquis ex esse heres institutus, aut
totam hereditatem, aut pro parte
restituere rogatur: an ex parte he-
res institutus, aut totam eam par-
tem, aut partem partis restituere
rogatur. Nam & hoc casu eadem
observari precipimus, quæ in to-
tius hereditatis restitutione diximus.

Naõ faz differença ser o herdeiro
instituido em toda a herança, para
restituir toda, ou parte: ou que se-
ja instituido em parte, para resti-
tuir essa parte, ou parte desta; por-
que ainda neste caso, se manda guar-
dar, o que dislémos da restituicão
de toda a herança, e quarta.

Remiss.

1 Este §. parece hum Axioma, de
que o mesmo juizo he no todo, a res-
peito deste, que na parte, a respei-
to desta, L. 3. ff. pro derelict. L. quæ
de tota 76. ff. reivind. L. juris gen-
tium §. adeo ff. de pact. L. à Titio ff.
verb. oblig. cap. fin. cap. pastoralis §. 1.
& ibi glos. verb. citationis de offic. de
legat. Barb. ax. 132. n. fin. dix. L.
110. tom. 5. salva sempre a quarta.

§. 9. Si quis una aliqua re dedu-
cta, sive præcepta, quæ quartam
continet (veluti fundo, vel alia re)
rogatus sit restituere hereditatem:
simili modo ex Trebelliano senatus-
consulto restitutio fiet, perinde ac

Tom. II.

si quarta parte retenta rogatus esset
reliquam hereditatem restituere,
sed illud interest, quod altero casu,
id est, cum deducta, sive præcepta
aliqua re, restituitur hereditas: in
solidum ex eo senatusconsulto actiones
transferuntur: & res, quæ remanet
apud heredem, sine ullo onere here-
ditario apud eum remanet, quasi
ex legato ei acquisita: altero verò
casu; id est, cum quarta parte re-
tenta rogatus est heres restituere he-
reditatem, & restituit: scinduntur
actiones, & pro dodrante quidem
transferuntur ad fideicommissarium,
pro quadrante remanent apud here-
dem. Quin etiam licet una re aliqua
deducta, aut præcepta, restituere
aliquis hereditatem rogatus sit, in
qua maxima pars hereditatis conti-
neatur: æquè in solidum transferun-
tur actiones, & secum deliberare de-
bet is, cui restituitur hereditas, an
expediat sibi restitui. Eadem scili-
cet interveniunt, & si duabus pluri-
busve deductis præceptisve rebus,
restituere hereditatem rogatus sit.
Sed & si certa summa deducta præ-
ceptave, quæ quartam vel etiam ma-
ximam partem hereditatis continet,
rogatus sit aliquis hereditatem res-
tituere: idem juris est. Quæ (au-
tem) diximus eo, qui ex assè insti-
tutus est: eadem transferimus & ad
eum, qui ex parte heres scriptus
est.

Se algum for rogado a que res-
titua a herança, tirando certa cou-
sa, v.g. Herdade, a qual valha a
quarta, se fará a restituicão do mes-
mo modo, pelo S. C. Trebelliano,
retendo a quarta, como se fora ro-
gado restituir a herança, em que
retém a quarta. Mas com esta dif-
ferença, que no primeiro caso, quer
dizer quando a herança se restitua,
retendo alguma certa couisa, pelo
mesmo Senado C. se transferem as ac-
çoens in solidum contra o que a re-
cebe, e a couisa certa, fique salva

N

em

em poder do herdeiro, e sem nenhum encargo hereditario, como se a houvesse adquirido por prelegado, ou legado. Porém no segundo caso, que he quando restitue a herança, e retem a quarta parte, se dividem as acçoens, á proporção das partes, entre o fideicomissario, e o herdeiro. Mais he, que ainda que essa Herdade tirada, comprehenda pelo valor, a mayor parte da herança, do mesmo modo se transferem as acçoens *insolidum*; e o que ha de receber a herança por restituição, deve de tomar consigo a deliberação, se lhe convem a tal restituição. O mesmo he, se fosse rogado a restituir a herança, e tirasse para si duas, ou mais coufas. Do mesmo modo he se for rogado a restituir a herança, tirando summa, que importe a quarta, ou mais. E o que dissémos do herdeiro instituido em toda a herança, se entende do instituido em parte.

Remiss.

¹ Este §. de certa coufa, ou coufas, e que fique salva com a restituição, *L. 1. §. si haeres praepcepto fundo rogatus sit hereditatem restituere: Trebelliano restituet hereditatem L. si ita tamen 27. §. si praepceptis quibusdam rebus haeres rogatus sit ff. ad S. C. Trebell. o mais do §. L. si rogatus 30. §. multum ff. ad S. C. Trebell.*

§. 10. *Prætera intestatus quoque moriturus, potest rogare eum, ad quem bona sua, vel legitimo jure, vel honorario pertinere intelligit: ut hereditatem suam totam, partemve ejus, aut rem aliquam (veluti fundum, hominem, pecuniam) alicui restituat: cum alioqui legata, nisi ex testamento, non valeant.*

O que quer morrer intestado, pôde rogar ao que entende lhe pertencem

seus bens, ou por Direito das 12. taboas, ou por Direito Pretoreo, a que restitua toda a herança, ou parte, v. g. huma Herdade, ou Escravo, ou certa quantia pecuniaria; porque de outro modo não valem os legados, se não no testamento.

Remiss.

Este §. do fideicomisso do herdeiro abintestado, se confirma, *L. 1. §. hoc autem, L. 6. §. meminisse ff. ad S. C. Treb. L. 3. Cod. eod.* A razão de duvidar, tira a *L. 8. §. 1. ff. jur. Codicill. vide §. 3. Inst. legat. L. 2. Cod. comm. de legat.* aonde se igualão os legados, e fideicomissos, & *L. 1. ff. legat. 1. P. Pinh. testam. disp. 2. sect. 10. §. 1. n. 376 fin.* Os legados, ³ valem no Codicillo, *L. si tibi 88. §. 1. ff. legat. 1. L. Titia 35. §. fin. ff. de legat. 2. L. quidem 24. ff. de jur. Codicillor. Ord. lib. 4. tit. 86. pr. & pr. Inst. n. 2. de codicill. & n. 3.*

Quanto a dizer o §. que não valião ⁴ fóra do testamento, falla de Direito antigo, em que havia as diferenças, & *ita glos. vers. non valent*; e agora tambem no Codicillo, *P. Pinh. testam. d. disp. 2. sect. 10. §. 1. n. 376. & 377.* aonde explica este §. e ainda fideicomisso, *vide §. 2. Inst. codicill.*

§. 11. *Eum quoque cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alij aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

Tambem pôde rogar ao que a coufa se restitue, que a restitua a outro, em parte, ou em todo, ou outra qualquer coufa.

Remiss.

Este §. do fideicomisso a outro fideicomissario, se illustra, e confirma *ex L. 1. §. de illo & §. inde 19. ff. ad S. C. Trebel. & L. mulier 22. §. fin. ff.*