

# 補充指定と信託遺贈をめぐる アルチャートの助言

オスワルド・カバラル

田 中 実

ここに紹介・邦訳するのは、ある遺言をめぐって、アンドレア・アルチャート (1492—1550 年) が書いた助言で、今日まで未出版、写本でのみ伝わるものである。<sup>1</sup>

アルチャートは、ミラノ近郊で生まれ、人文主義法学 (復古学派) の第 1 期に (同じ段階のフランス人ビュデが専門法律学の十分な素養を欠いていたこと、ドイツ人ツァジウスがギリシャの法律文献が読めなかったのに比べ)、古典学・文献学の手法を本格的に法律学の具体的な問題に投入し、学派にとって模範となった学者である。パヴィーアやポローニャ大学で法律学を学び、早くも、1515 年には、勅法彙纂のうちの公法に関する最後の 3 巻に対する本格的な注解書を著した。1518 年には、法解釈学の数多くの論点に取り組んだ *Paradoxa iuris civilis* 6 巻、『ローマ法大全』のギリシャ語部分を復元し、またラテン語部分の新たな読み方を提示した *Dispunctiones* 4 巻、古典学の学識を駆使して専門用語を解明する *Praetermissa* 2 巻、という人文主義的な法学作品を出版すると同時に、同年、アヴィニョンでローマ法の講義を開始した。1521 年ペストによる中断もあったが、ここでの講義のうち、学説彙纂の言語契約についての章や、本稿のテーマである補充指定についての章に関する

ものなどが出版されていく。1529年からは、ブルージュで教鞭をとった（講義に先立ちこの地でなされた公開討論が五尺の時効論である）。アヴィニオンでと同様に、伝統的方法を踏襲した講義を始めたが、新たな方法に基づく講義を期待した学生の反発をかい、直ちに人文主義的な講義を行うことになったと伝えられている。ブルージュ大学は、後に、キュジャース、ドノー、オトマンといった学者が活躍し人文主義法学のメッカとなるのであるが、その基礎を築いたのが、まさにアルチャートであった。彼は、この間、旺盛な著作活動を行い、1531年には、170版を超える成功を収めることになる、*Emblemata*『寓意画解説集』の初版を世に送り出している。1533年ブルージュを離れ、以後、パヴィーア、ポローニャ大学などで教え、1550年にパヴィーアで死没した。1543年から47年にかけて本人の承認を受けた初の全集がアメルバッハの指導で完成している。また61年には彼の助言活動の成果が *Responsa*『助言集』として出版された（『全集』『助言集』ともに1582年バーゼル版が最良の印刷刊本とされてはいる）。<sup>2</sup>

アルチャートは、このようにフランス学風（*mos gallicus*）とも呼ばれる人文主義法学の本格的なパイオニアであると同時に、伝統的なイタリア学風（*mos italicus*）、つまり完成された普通法（註釈、注解、博士たちの通説）に従って法律問題を処理していくタイプの学者、教育者であり実務家でもあった。人文主義法学の法学上の成果については、近年、我国でも研究の蓄積が見られるが、人文主義法学者とされる法律家の、伝統的な助言活動については、あまり知られてはいない。<sup>3</sup>

今日の判決例にも相当する助言は、一般の歴史学や社会史にとっても貴重な史料であり、詳細に検討されるべきものであることは論をまたない。<sup>4</sup> もっとも、通説判例の羅列的な援用に終始し、法解釈学の関心からすると得るところの少ないものが多数存在することも事実である。しかし、アルチャートのこの助言を本誌記念号で紹介することにしたのは、助言の中で興味深い問題が論じられており、とりわけ補充指定や信託遺贈に対する解釈原理が我国の法律家にも刺激的であると考えたからである。

補充指定とは、被指定者を補充する形の相続人指定である。被指定者が相続人とならないときに別の者が相続人となることを命じる通常補充指定 *substitutio vulgaris* と、家父が、相続人に指定した家息が未成熟中に亡くなったときに、別の者を相続人に命じる未成熟補充指定 *substitutio pupillaris*、さらに、これに準じたものがある。信託遺贈は、自分の死後、ある者に財産を与えたいが、何らかの要件を欠きその者を相続人にも受遺者にもできないときに、当初は、義務者の信義に頼って行われた死因の出捐行為で、後に、法的な拘束力を与えられるようになり、さらには遺贈と統一されるようになった死因処分である。<sup>5</sup> この補充指定と信託遺贈が結びつき、補充指定が遺贈のレベルでなされたのが、信託遺贈の補充指定である。<sup>6</sup> 周知のように、この構成が、近世の貴族世襲財産制に利用され、フランス革命で原則禁止となるのである。もともと、今日でも、大陸諸法典では、封建体制を支えた貴族世襲財産に繋がらない範囲に限定されて、普通法の信託遺贈に由来するこの制度に関する規定が整備されている。例えば、こうした処分をごく限定的にしか認めない現行イタリア法において、ここで紹介する助言でも現れる、「もし子なしに亡くなるなら」*si sine liberis decesserit* という処分を、通説判例が、指定相続人または受遺者が財産を取得するための解除条件として把握しその効力を認めるなど、補充指定や信託遺贈は単なる過去の制度ではない。用益権と同じくこうした制度を持たない我民法とは事情が異なる。<sup>7</sup>

また、フランス型を継受した我国の遺言制度とは異なり、普通法では、相続人指定が、遺言の冒頭に明記すべき不可欠の要素 (*caput et fundamentum testamenti*) であるとされ、遺贈または信託遺贈は、相続財産の負担において遺言の中でなされる出捐とされている。この二段構えに対応して、遺言による相続人指定に対する制約としては、義務分についての不倫遺言の訴えひいては義務分補充の訴権が、指定相続人に過度な負担とならないように、遺贈に対する制約としては、ファルキディウス法の4分の1に代表される制度が用意されていた。<sup>8</sup> このような普通法の下でのアルチャートの助言は、この意味でも、我国の解釈学に直接に役立つものではないが、普通法ではこの二

つの段階で異なった解釈原理が提示されていたことは、我国の遺言解釈にもながしかの示唆を与えてくれると思われる。要素・核心としての相続人指定の局面では、遺言が効力を持つ方向での柔軟な解釈も時には許されるのに対して（遺言優遇 *favor testamenti*）、相続人の負担となる、とりわけ特定遺贈の局面では、相当厳格な解釈が貫かれるというのが、普通法学の伝統であったと思われる。包括遺贈が相続人指定に代わるものとして構成されていくにしても、遺言の自由ひいては遺言者の真意の探求という言い方をして、または遺言優遇といった論拠を一般的に援用して、遺言の文言を柔軟に解釈することがどの局面でも常に承認されていたわけではない。イタリアで確立したと思われる普通法のこの常識が、新たな法学のパイオニアとして著名なアルチャートの助言からも知られることは、非常に興味深いと思われる。

助言の理解のために、この事件の経緯をごく簡単に説明するところである。1488年1月9日、ジョヴァンニ・デ・バルディは遺言を作成した。彼は、子を遺さず死亡したが、遺言により、遺産は自分の兄弟であるアンジェロに承継された。しかし遺言には条件付きの信託遺贈が含まれていた。1511年、息子のいないアンジェロは、自身の三人の娘と妻を相続人に指定した。アンジェロは、その後も息子がなく死亡したが、ヴェルニオ家のヤコポの息子であるアルベルトは、ジョヴァンニの信託遺贈に基づいて財産の回復を請求したのである。<sup>9</sup> この事件は、1518年から続き、ようやく1543年、メディチ家のコジモの仲裁によって解決したが、この間、アルチャートが、アンジェロの娘の弁護士として登場した。事件が紛糾したのは、アンジェロの娘カミッラ・デ・バルディとその夫ヤコポ・グイッチャルディーニの二人の間の息子が破産し、このためカミッラの嫁資の帰属が中心的な問題となっていたからである。<sup>10</sup> バルディ家はフィレンツェの有力な銀行家であり、グイッチャルディーニ家も有名な政治思想家、歴史家そして法学者であるフランチェスコを生み出したフィレンツェの名門であったことなども手伝って、多くの法学者がこの事件に関与したが、彼らの関心は、この嫁資をヴェルニオの請求から守ることであった。ちなみに、人文主義法学の発展の上で

画期的である、学説彙纂のフィレンツェ写本 *littera Florentina* の校訂・出版に携わったことで有名な法学者レーリオ・トレリもこの事件に関する助言を公にしていることも付け加えておこう。

## 補 遺

### Placentinus<sup>11</sup>

#### 補充指定 区別による定義

補充指定とは、第二（後位）相続人指定であり、第一（先位）指定に続くどの指定でも第二指定と言われる。今一つの定義は、補充指定とは、条件付きの指定である。補充指定には、直接本来的な（相続人指定の）ものと、そうではなく信託遺贈に従うものがある。例えば、後者は、「汝が私の相続人となれ。そして汝が子孫なしに死亡するとすれば、私は、甲に遺産を回復するように汝に願う」である。直接本来的な補充指定には、通常補充指定と未成熟補充指定とがある。さらにまた、通常補充指定には、黙示のものと明示のものがある。明示のものとは、例えば、「汝が私の相続人となれ。もし汝が相続人にならないときは、甲が相続人となれ」である。黙示のものとは、例えば、「汝らが相続人となれ。そして私は汝らを互いに補充指定する」である。「もし甲が相続人にならないときは、もう一方の乙が相続人となれ」、そしてまたその逆もまた同じという条件が、この言い方に、黙示的に含まれている。未成熟補充指定にもまた、明示のもの、黙示のもの、網羅的なもの、準じたものがある。明示的な未成熟補充指定は、（ならないならという）否定的な文言と（となり……死亡したならという）肯定的な文言でなされる。例えば、「私の未成熟の息子よ、汝が相続人となれ。そしてもし汝が相続人にならないか、または相続人となり未成熟のうちに死亡したなら、甲が相続人となれ」である。未成熟補充指定においては、三つの点に注意せよ。つまり、

指定される者が、遺言者の子であり、家父権に服しており、未成熟であることである。次のことを忘れてはならない。明示的な未成熟補充指定は、私はそういう例を記憶しているのだが、時には、成熟期になる年齢が記されていることがあり、また、時には、効果が生じる年齢の制限が述べられていることもあるが、しかし、成熟の時に合わせるのが正しい。黙示的な未成熟補充指定とは、例えば、「未成熟の息子よ、汝が相続人となれ。そしてもし汝が相続人にならなければ、甲が相続人となれ」というように、未成熟者に補充指定がなされているときである。「もし未成熟者が相続人にならず、または相続人になって未成熟のうちに死亡すれば、甲が相続人となる」という条件が、この文言の中に、黙示的に含まれているからである。但し、母親とともに指定されたときはこの限りではない。そのときは、母に不利な補充指定者は認められないからである。または、「未成熟の私の息子たちよ、汝らが私の相続人となれ。そして私は汝らを互いに補充指定する」というように、未成熟者が未成熟者に対して補充指定されるときも、黙示的な未成熟補充指定である。なぜなら「もし一人が相続人にならず、または相続人になって未成熟のうちに死亡すれば、もう一方が相続人となる」、そして逆もまた同じという条件が、黙示的に含まれているからである。

網羅的補充指定とは、時期が指定されていないものである。例えば、「私の未成熟の息子よ、汝が相続人となれ。そしてもし相続人にならなければ、または相続人になって死亡したなら、甲が相続人となれ」というように。異教徒によってなされたか、軍人によってなされたかを、さらに考えなければならぬ。異教徒がなしたものは、成熟期をこえて拡張されないが、軍人がなしたものは、成熟期をこえ、これは、軍人優遇であり、そしてこれが信託遺贈となる。準補充指定とは、精神錯乱者について、次のようになされるものである。「私の息子よ、汝が相続人となれ。もし汝が相続人にならず、または、相続人となったが精神錯乱状態で死亡したなら、甲が相続人たれ」と。注意しなければならないことは、この場合、遺産が相続されないときは、通常補充指定であり、遺産が相続されようがされまいが、相続人が未成

年で死亡したときは常に未成熟補充指定である。遺産が相続されたときには、信託遺贈が有効となる。

## アルチャートの助言〔邦訳〕

本件は、私より先に助言を与えた非常に優れた博士たちによって、<sup>12</sup> 網羅的にそして緻密に処理されており、これまでに未だ述べられておらず、私が付け加えることのできるようなことは、ほとんど残っていない。それ故、当事者がそうではないと考えなかったならば、私は、単に承認して署名・捺印するだけで満足できたであろう。従って、この事件で、ほかの裁判官がかつて下した判決例に、より確固としてより自信をもって従うために、裁判官の意思をよりはっきりとしたものとしうるような若干のことを私は付け加えよう。

ジョヴァンニ・デ・バルディの遺言書を見て慎重に考察した上で、信託遺贈の条件は成就しなかったのであり、また、父の法定相続人としてのアンジェロの娘たちは、アルベルト氏の請求から解放されなければならないと評価するとの結論に私は達した。この結論を根拠づけるとすれば以下のようなことになる。

最初に言っておかねばならないことは、遺言においては、遺言者の意思が、最大限、尊重されるものの、但し、「文言によって明示された限りである」と理解しなければならないということである。<sup>13</sup> 言葉がなければ遺言者の意思そのものも正しく把握できないので、さもなければ、我々は容易に騙されて意思を推測してしまうであろう。それ故、バルドウスが言うように、「文言から離れてはならない」。<sup>14</sup> また、バルドウスは、別の箇所でも、信託遺贈を行うには、このように推測による遺言者の意思だけでは十分ではないと述べている。<sup>15</sup> ヤソン・デル・マイノは引用してこの見解に従っている。

但し、推測が必要であり、遺言者の文言から十分な根拠が引き出せるとき

はこの限りではない。それ故、法文は、遺言者の意思が明白であるときのみ、文言の意味から離れなければならないと述べており、従って、我々は、信託遺贈の文言があてはまらないのに、信託遺贈が有効であるとは決して言わない。信託遺贈は負担であるから、疑わしいときには相続人が負担を負わないような解釈が常になされるので、信託遺贈は存在しないと我々は言う。このため、信託遺贈においては、息子たちに課された負担は、孫には及ばないということになる。この理由で、子に対してなされる、譲渡の禁止に関しても、Nov. 159.1 の註釈によれば、子という言い方で孫は含まれない。<sup>16</sup> このため、相続人指定に関しては、「もし相続人が存在しえないなら」というケースは、「もし相続人が望まないならば」というケースに拡張されるにせよ、しかし、信託遺贈に関しては、そうではないことになる。なぜなら、被相続人の死亡後に回復義務を負う者は、相続を放棄した後は、負担を負っているとは考えられないからである。そして相続人指定に関しては、ケースを別個に想定した相続人指定が、複合的なケースについても同様の扱いがなされるものの、<sup>17</sup> しかしバルトルス<sup>18</sup>とアレクサンダー・タルターニの助言によれば信託遺贈に関してはそうではない。拡張解釈がなされるのは常に相続人指定に関してであって、信託遺贈に関してはそうではない。それ故、いかなる補充指定であれ、補充指定された者の場合よりも、相続人に指定された者の場合、条件が満たされていないときでも、より容易に、条件が成就されたとされるとバルトルスは考えていたのであり、<sup>19</sup> [以下、多くの助言文献が引用されている] これらの箇所では、博士たちは、信託遺贈においては、条件が満たされていないときは、条件は成就していないとの結論を引き出している。この説は、特定遺贈や特定信託遺贈において特にあてはまる。これらはずっと厳格に解されるのが常であり、それ故、これらにあつては、常に、我々は狭義の（厳格な）解釈に従うとの原則が認められていた。

与えることは気が進まないことであると考えられるので、そうした信託遺贈が生じないことは有利であると、別のところで述べられている。それ故、この特定遺贈や特定信託遺贈においては、子という言い方では孫は含まれな



い。特定遺贈や特定信託遺贈に関しては、「もし父の死亡によって自権者となるなら」という条件は、家父権免除にはあてはめられない。これに対して、包括的信託遺贈または相続においてはそうではない。<sup>20</sup> そして、これらの法文に対しては、ほかの適切な解決も与えられえない。この理由のために、ライモンドゥスは、「相続人指定においては、不能のケースは放棄のケースを含んでいるけれども、特定遺贈または特定信託遺贈においてはそうではない」と述べていた。<sup>21</sup> パウルス・デ・カストロによれば、バルドゥスもある討論でこの意見に従っていた。この法文に関する限りでは、反対の理解を行う法学者もいるものの、しかし、私が先に述べたように、特定遺贈と特定信託遺贈において、厳格な解釈が行われるということは、否定できない。我々の問題は、まさにこうした〔特定〕信託遺贈から生じているものである。

さて、これらの前提を述べたので、問題の核心に移ろう。ここでは、信託遺贈の条件は成就しなかったと結論すべきであると私には思われる。なぜなら、遺言者は、アンジェロを相続人に指定した後に、今後生まれてくるであろう息子たち、そしてそのまた息子たちを、さらにはその卑属を補充指定し、しかも、一定の特定物について、そして譲渡を禁じられた物について、次のような文言で、信託遺贈を付け加えた。「もし指定された者も、補充指定された者も、『すべて』いなくなりそして死亡して、そうして、彼らのうち誰も存在せず、あらわれず、その可能性もないならば、このときこの場合に、もつばらこのケースに限って」。<sup>22</sup> 従って、私は、アンジェロが一人も男子を遺さなかったのであるから、信託遺贈の条件が成就したとは言えないと主張するのであり、たとえ息子が一人生まれたと仮定しても、かの「すべて」という言い方は、一人だけについてはあてはまらないので、それ故、オルドラードゥスに従い、信託遺贈は無効になることを前提とする。Dig. 36.1.59.1 に対して、カルロ・ルーニは、オルドラードゥスの意見に従って、繰り返し勝訴したと述べており、この見解が通説であるとされていることは否定できず、それ故、判決の際にはこれから離れてはならない。たとえ

反対論者がいるにせよ、本件では反論の余地はない。なぜなら、後に誰も生まれなかったのであり、また、本件をより明確にするような、ほかの多くのことが生じていたからである。

そして Dig. 36.1.59.1 の法文は、バルトルスやそのほかの論者の通説によれば、オールドラードゥスの意見を支える。そして彼らの説は、「両者とも」という言い方は、一方だけについてもあてはまると考えている。なぜなら、補充指定されたクラウディアは、遺言者の卑属であったのであり、たとえ、クラウディアに有利に、〔文言より真意を重視せよ〕遺言者の真意が主張されようとも、彼女が遺言者の家外人であったとすれば、補充指定は生じないのであるから、本件でも同じでなければならない。「すべて」という言い方は一人のときも誰もいないときにもあてはまらないから。従って、遺言者の家外人である、ヴェルニオ家の原告に有利にはならない。

この立場は他の理由によっても確証される。なぜなら、複数が生まれたならという条件の補充指定は、誰も生まれなかったケースに適用されることはありえないからである。但し、網羅的な補充指定の中に含まれている、<sup>23</sup> 通常補充指定によるときはこの限りではない。従って、複数の者に対してなされた通常補充指定は、その一人一人には解体できない。

第二に、ヴェルニオ家の者たちを相続人に指定している文言は、本件ではあてはまらないことを考察しよう。なぜなら、この遺言者がアンジェロの息子と孫を指定した後に、「しかしもし指定された者も、補充指定された者も、『すべて』いなくなり死亡して（いるならば）」と付け加えたからである。確かに、「いなくなっている」deficereという動詞は、それまでに全く存在しなかった者にはあてはまらない。本件に類似のケースが Dig. 35.1.96 にある。この法文では、補充指定において、それまでに全く生じていなかったものについて「いなくなった」とか、同じ意味であるが、「終わってしまった」desinereという言い方はされていない。それ故、自由の付与は通常は優遇されるのであるが、こうした場合、例えば信託遺贈によって、自由の付与が定められていたとしても、この信託遺贈はやはり無効となる。そして確か

にこの法文には、本件の問題のケースが見られる。すでに15年前のことであるが、私は、この法文に基づいてデチウスの助言の誤りを指摘した。彼はヴェルニオ家の者たちの弁護を行っていた。私が『言葉の意味についての章に対する注解』第3巻定理1で書いたように、時には、「いなくなった」という言葉が広く理解されることもあるが、しかし、少なくとも事実上何かが始まっていたことを常に前提としている。<sup>24</sup>

また、本件の遺言の言葉は明確であり、遺言者は、すでに始まっていたつまりすでに生まれていたときに、ということを考えていたのである。その理由は、遺言書のそれより前でも常にこういう使い方をしており、また、遺言書の終わりでも、病院を補充指定して挙げているところで、「上述のアルベルトの卑属が承認され指定された後に、完全にいなくなると」と書いてあったからである。ここから遺言者の明白な意思が明らかになる。彼は、このように承認された後でなければ、補充指定が行われることを望んでいないのである。法学者たちの迷路のような理屈によってなされた、ローマ法の明確な法文 Dig. 35.1.96 に反する判断を大胆にも行うことは受け入れがたいであり、この意見にパウルス・デ・カストロも助言で賛成している。

我々は、前に存在していなかった条件が「なくなった」という言い方をするというデチウスの理由も、理由にならないと考える。なぜなら条件というのは不確定なものであり、条件では、その不確定なことが確定するものであり、以前に存在したことを前提とはしないのであるが、本件では遺言者の言葉があるので、そうは言えない。L.F. 2.17.1 に対してさえこのように解答される。この法文の事案では、本件に似た問題はなかった。なぜなら、そこでは、最初から男子が生まれていなかったのであるから。<sup>25</sup> 第三に注意すべきは、本件では、遺言者が「いなくなった」という言葉を、すでに始まって(生まれて)いた者について使っていたのであり、補充指定の権利が発生した時にこの世にいた者について考えていたことをはっきりと示すようなほかの言葉もない〔このように表現せざるをえなかった〕ということである。

第四に、私の意見では、遺言者の真意を引き合いに出して、この拡張をな

すことはできない。つまり「息子たちがいなくなると」というこの補充指定は、息子が全くいなかったケースには拡張できない。これは任意の条件であり、通常は、他のケースには適用されない。

こうした解釈が正しいことは、はっきりと証明できる。遺言者は、相続人に指定された先ほどのアンジェロを自分の息子のように愛していたことを、遺言書の中ではっきりと述べていた。そして彼を相続人に指定した後、彼の男子を補充指定していたのであるから、この言葉によって、女子を排除していたと考えられる。それ故、あくまで現に存在している男子のことを考えて、女子を排除〔ローマ法のいわゆる相続廃除ではない〕したのであり、家外者であり、あるいは非常に遠縁にあたる、ヴェルニオ家の人々を考えて女子を排除しようとしたのでないこともはっきりしている。実際、アンジェロの卑属が存在していれば、その卑属が、姉妹、孫娘たちをもたらずと考えていたのであろうし、そのため彼女らを相続人に指定しようとしなかったのであるから、従って、前述の男子が存在していなくとも、同じことを望んでいたとの結論を引き出してはならない。また、そうだとすれば、アルベルトの息子の前に、彼女たちを指定したにちががなく、そのときには、彼女たちはアルベルトの息子によって排除されるというのも反論とはならない。私はこの異論に対して次のように解答する。彼女たちの男兄弟や男性の血族が存在していたとき、いったん彼女らを排除した後に、遺言者は、それ以上のことを考えてはいなかった。「もし息子なしに死亡したなら」という条件について、我々は、類似のケースで、遺言者自身の娘を排除しても、遺言者の孫娘を排除しない。なぜなら、その当時存在していた男子のことを考えてそうしたのであり、通説によれば、それ以上のことを定めようという意思はなかったとみなされるからである。従って、本件では、アンジェロの女子が、男兄弟や男性の血族によって排除されるものの、彼女たちが同じく家外者たちによって排除されることまでも遺言者が意図していたことはありそうもない。

今一つの理由は、もし遺言のないとき、普通法によっても、都市法の規定に従っても、祖父の兄弟（大伯叔父）ジョヴァンニの相続においては、ヴェ

ルニオ家の人々よりも、彼女ら女子が優先されるということである。遺言者が自分の遺言を都市法に合わせていたと考えるのが、彼の意思の最も適切な理解である。この解釈が正しいのは、次の理由から確認できる。つまり、彼はアンジェロを自分の息子のように愛していると述べていたのだから、彼の言葉から明白なこと以上に、アンジェロに負担を負わせる意図があったとは言えないだろうという理由からである。もしアンジェロが、自分より長生きする息子や卑属のために、信託遺贈の負担を負っていれば、その時まで生まれていない者のためにも、同じように理解しなければならず、従って、法定相続人である自分の娘たちに財産を遺すことはできないなど、遺言者の真意が明確でないから、こんなことを空想するのは無駄なことであろうし、我々は遺言書の言葉から離れてはならない。なぜなら、バルドゥス ad Cod. 6.26.8 が言うように、遺言者の真意を推測するとき、多くの場合、誤りが生じるからであり、註釈 ad Dig. 28.5.32 によれば、我々が死因処分できることを法律は特別なはからいにより認めているからである。<sup>26</sup> このはからいは、遺言書で明白に述べられたケースについてあてはまれば十分であり、はつきり述べられていないケースにはこのはからいはなされない。そして、これについて、証明できない犯罪について判決を下さない教会を我々は模倣しよう。なぜなら、我々は、次のことを承知しているから。極めて信心深いユースティーニアヌス帝が、信託遺贈は、四代を超える譲渡のケースに拡張しないように定め (Nov. 159)、たとえ遺言者の真意が反対であると主張・指摘されたとしても、永久に負担となることのないように、その真意を考慮してはならないとしたのである。このことは、ことに本件について言わねばならない。なぜなら、本件は、不確実であり不明瞭であり、また家外人が親族に優先されることのないように、そしてさらに、上述したように、この条件は任意のものであり、一般原則によれば、他のケースにあてはめてはならないからである。一般原則は、安易に離れてはならない。本件での制約は、すでに述べたように、不明瞭であり、従って、遺産が、不確実な推測によって家外人に移転されるより、法定相続によって承継されることで十分である。

それ故、もし遺言者が、方法よりも効果を考えていたことが明白ならば、時には任意の条件でさえ、考えられていなかったケースにも拡張されることがあるというのは、反論にならない。この反論は、前で述べたことに対するものとしては、十分には明白ではないと私は答える。また、遺言者の「このときこの場合に、もつばらこのケースに限って」という文言によって拡張は禁じられているから。

同じ理由で、もしアンジェロの第四、第五世代の卑属が死亡したなら、ヴェルニオ家の者たちに相続されるように、第一世代が死亡しているなら、まるで何の違いもないかのように、ヴェルニオ家の者たちが相続するという主張も根拠がないとされる。この反論に対して私は次のように答える。それどころか、上で述べたように、違いがあり、たとえ違いがないとしても、遺言者がこのように命じたということで十分である。なぜなら条件は任意のものであり、先に述べた遺言者の文言によれば、拡張を禁じているからである。

このような見方をすれば、反論として出される多くの論拠は、反論になっていない。そしてこれらの論拠に対してはすでにほかの弁護士によって解答されていた。私は、重要な反論である二つの論点だけについて述べよう。

第一論点は次のようなものである。「もし息子が生まれそしてその後亡くなるならば」という補充指定は、息子が生まれなかった場合にも拡張されるという結論は通説であると思われる。従って、胎児になされた未成熟補充指定は、誰も生まれなくても、補充者が認められるということになる。これが通説である。このことを、現代の法学者たち、特にデチウスは、本件のような、信託遺贈の補充指定にも拡張している。本来直接〔相続人指定〕の補充指定と信託遺贈の補充指定との間に何ら区別する理由も挙げるできないかのようにである。

しかし私はこの論拠にいくつかの面から解答する。第一に、本来直接〔相続人指定〕の補充指定と信託遺贈の補充指定との間を区別する理由は明白である。なぜなら未成熟補充指定が明示的になされれば、それは通常補充指定

を含んでいる。明確ではない遺言者の真意に基づくだけでなく、法律に基づいてつまりマルクス皇帝が公布した勅法によってである。<sup>27</sup> 博士たちはバルトルスの説を支持している。しかし信託遺贈においてはこの通常補充指定は無効である。なぜなら、信託遺贈においても通常補充指定はできるが、しかし、肝心の法文はこの補充を対象としていない。上述したように、この法文は、本来直接〔相続人指定〕の補充指定のように、信託遺贈を優遇していないから。すべての法学者が述べているように、胎児になされた補充指定は、誰も生まれなかったときにも適用されることは、黙示の通常補充指定の効果によってそうなのである。そしてこの黙示の通常補充指定は、信託遺贈には含まれていない。そしてこの理由によってデチウスの論拠は論駁される。デチウスの見解に対抗するものとして、オールドラードゥス・ダ・ポンテの権威が挙げられる。彼の意見は通説になっており、私が上述したように、有効な論拠によって証明されている。

第二に、私は解答する。信託遺贈において通常補充指定も含まれるのは、網羅的な補充指定の効果によってそうなのである。そのために、「もし生まれて相続人になれば」という条件が、生まれていないときにさえあてはめられるのである。しかし、これは、補充指定が、相続人指定のように、包括的な財産についてなされたときのことでありと理解しなければならない。しかし本件ではそうではない。なぜならアンジェロとその卑属は、包括的な遺産について相続人に指定されていたわけであるが、しかしこのヴェルニオ家の人々（子孫）は、特定の財産について指定されたのである。従って、まだ生まれていない者も認めることになるような、いかなる通常補充指定も含まれていないと考えてよい。このことは、ここでの当事者である、アルベルトの子孫〔アルベルト・ジュニア〕の場合に特に言える。彼は、以下の文言によってのみ指定されたのである。「贈与の権原を有している者に、挙げられた財産が、常に帰属するのであり」、そして、その後、「挙げられた場合には常に、その財産は、アルベルトの卑属に承継されていくものとする」と。しかしバルトルス ad Dig. 28.6.15 によれば、この遺言の言葉は、本来的なものでも法

学的なものでもなく、一般の人々の話し方であり、特定の物について言われる日常の表現は、〔法的な解釈からすれば〕単に本来的ではない不確かな表現として理解しなければならない。しかしバルトルス ad Dig. 28.6.15 によれば、本来的ではない表現で網羅的な補充指定がなされたときは、通常補充指定を含むものではないことは明白である。

信託遺贈の条件が満たされたので、遺言に基づいて相続人となった〔アルベルトの息子〕ヤコポが、「補充指定し、そして、挙げられた特定の財産について相続人に指定する云々」という、本来的なそして法的な表現でそうなったかのような反論もできない。なぜなら、先のアルベルトは、既判力の抗弁が対抗するときには、いかなる主張もできないからであると、師ヤコブスを援用して、私は解答する。従って疑う余地もない。もしアルベルトが、自分自身の権利に基づいて主張するのであれば、後で取り上げるように、別の問題になるが、結局、結論は変わらない。我々は常に最初に訴えた者の権利に注目し、それに基づいて権利を確定し判断する。

第三に、ほかの信託遺贈の場合はどうであれ、本件では、明白であると私は解答する。なぜなら、上述したように、遺言者は、「もっぱらこのケースに限って云々」という言い方を用いて、いかなる拡張も禁止したと見られるからである。そして、この条項がある限り、息子が生まれていないケースにも拡張されると主張する法学者は誰もいない。それどころか、法学者はすべて、異口同音に、反対説をとなえている。つまり、未成熟補充指定はいずれも通常補充指定も含んでおり、そして逆もまた言えるのであるが、これは、遺言者が、絶対的な言い方をしたときには、適用できない。遺言者が、「このときこの場合に」と述べていたときも、絶対的な言い方がなされていると言える。この表現は、それに限定するという機能を持っている。デチウスは、自己矛盾しながら、この点を認めている。このケースにあったように、遺言者が、同じことを別の言葉で繰り返しているので、つまり、彼が「この場合に」を「このとき」に付け加えていたので、私の説が、正しいと考える。添加権は一種の補充指定のようなものであることも、この解釈を支える。こ



うした絶対的な言い方によって、ほかの者は排除されたとみなされる。

第四に、反対説は、条件期限なしの網羅的なものについては言えるが、しかし本件ではそうではない。なぜなら、「もしすべての者がおらずまたいなければ」補充指定がなされたのであるから。補充指定が単一の条件でなされたときは、その条件は、必須条件であり、類似のケースつまり誰も生まれていないケースに拡張される。しかし、バルトルスの説によれば、この場合のように、起こりうるいろいろなケースが明示されているときは、こうした遺言者の意思表示は、自己の意思をはっきり表示したものと考えられ、従ってほかのケースには拡張されない。

アンゲルス・デ・ウバルデイス ad Dig. 28.6.1.3 が記していることも、別の論拠になる。彼は、註釈に基づいて、通常補充指定が、ある特定の場合についてなされたのであれば、それは、ほかの補充指定に拡張できないという結論にいたっている。それ故、本件では、「いなくなりそして死亡しておれば」という条件は、「誰も生まれなかった」ケースには拡張できない。アンゲルス・デ・ウバルデイスの説を否定する学者はいるものの、私は、先の法文で、反論に答えて彼の説を擁護し、その説は通説でありバルトルスの説でもあることを証明した。アレクサンダー・タルターニとフランチェスコ・アコルティも、同じ説をとっている。

また次の理由も挙げられる。網羅的な補充指定に付加された条件は、信託遺贈に関してだけでなく、また黙示的に含まれている通常補充指定に関しても、無視してはならない。

ヨハネス・バプティスタ・ダ・サント・セヴェリーノ ad Cod. 6.26.1 はこの点に注意を払わなければならないと述べている。そしてソチーニ ad Dig. 35.1.102 も同じ意見である。従って、本件では、「いなくなりそして死亡しておれば」という二つの条件は、生まれなかったならという通常補充指定についてもあてはまる。

反対に、補充指定の顛落があったにせよ、補充指定の負担を担う、アンジェロの相続人に遺産はとどまることが、重要な反論になる。バルトルス

ad Dig. 29.2.69 の説によれば、補充指定の順位が複数あって、たとえ中間の順位の方が顛落しても、最後の順位の方が残る。バルトルスの説は通説であっても、しかし四つの限定がある。本件ではこの四つの限定がすべてあてはまってしまう。第一の限定は、中間の順位の方が、顛落または顛落にあたる事由で存在しないときに生じる。しかしもしこれが明記されておらず存在しないなら、そのときは逆である。なぜなら、遺贈または補充指定において、遺言書に明記されていないケースが生じると、信託遺贈の負担は移らないからである。書かれていない条件で負担を負うことはめったにない。なぜなら、アンジェロの子供と卑属が補充されているが、彼らは存在せず、また存在したこともないから。それ故、パウルス・デ・カストロの助言によれば、この信託遺贈の負担は、書かれていないと考えられる。コルネウスとデチウスが同じ意見である。小書付の条件によって負担が移転されるとみなされることは、本件では、反論の根拠にならない。なぜなら、これは、条件の文言が満たされたときにあてはまるからである。後に指摘するように、本件ではこうではない。

バルトルスの説を適用するとすれば、「第二順位に加えられた条件が、矛盾せずに成就した」というのが、第二の限定である。最後の補充指定が矛盾するなら、反対である。法文 (Dig. 28.6.47) がそうであり、バルドゥスもこのように助言していた。その助言で、彼は、「こうしたケースでは、順位が消えても、条件は消滅しない」と述べている。最後に補充指定された者を排除するために、この条件は意味がある。アレクサンダー・タルターニも同じように助言した。彼は、自身の助言で、遺言者が、「私は、第一順位のを相続人に指定し、第二の順位のを補充指定する。第二順位の方が相続人になり、そして遺言書の内容を守るとすれば、彼が子を遺さずに死んだ後には、第二順位は顛落し、私はガイウスを補充する」と述べているなら、この場合、ガイウスは相続人と認められないと解答した。「相続人にならず、しかも遺言書の内容も守っていない」ので条件に矛盾する。コルネウスは、ある助言で、同じ意見に従った。その助言で、彼は述べている。信託遺贈の補

充指定に関して、条件が完全に満たされることが必要であるように、上述のケースで、網羅的な補充に含まれている、通常補充指定に関しても、同じでなければならない。中間の順位の者がなくなれば、次の順位が相続人として認められる。なぜなら一つと同じ条件は、同じように理解しなければならないから。ごく最近、ステファヌス・ベルナルディも助言で同じ結論を出した。しかし本件では、条件は、成就せず、補充指定された者には合致しない。なぜなら、「上記のすべての者がいなくなりそして死亡していれば云々」という文言は、私が先に述べたように、実現しなかったからである。従って、前に述べた問題は、反論とはならない。バルドゥスが先の助言で述べているように、法学者の中には、条件に合わなくても、にもかかわらず、最後の順位に補充指定された者が相続人として認められると考えた者もあるものの、しかし、本件では、「このときこの場合に、もつぱらこのケースに限って云々」という遺言者が付け加えた限定が起こらなかったもので、疑う余地はない。この文言が、すべての疑問をはらしてくれると私には思われる。

第三の限定はこうである。バルトルスの説を適用するとすれば、第一の補充指定においても最後の補充指定においても同じ事項でなければならない。その時、中間の順位の者が取り去られれば、最後の順位の者に認められる。しかしもし事項が異なっていれば、そうではない。法文 (Dig. 28.6.47) では、未成熟の男子に対して補充指定されていた娘が先に亡くなり、中間の順位の者が消えたが、そうだとすると、最後に補充されていた妻と姉妹は相続人とは認められないと述べられている。その理由は、娘は相続廃除されていたのであり、通常の補充指定が、〔網羅的補充指定に〕含まれていたとは言えないからである。それ故、この法文で問題となっていたのは、同じ遺産ではなく別の遺産であり、相続廃除がなされていたのである。実際、一方は、彼の相続財産であり、他方は、彼の兄弟の相続財産であった。しかし、同じ相続財産と訴権であるときは、バルトルスの説が適用される。本件のように、第二順位の相続人が包括的な信託遺贈に指定され、第三順位の者が、第二順位に指定された子が亡くなったならという条件で、特定の信託遺贈に指

定されるとき、子が生まれていなければ、信託遺贈は無効とされる。なぜなら、別の事項について、訴えられているからである。私は何年も前にこのことを Dig. 28.6.41 pr. の講義で述べた。というのも、第二順位は、第一順位の代わりに補充指定されているが、しかし、第三順位は、遺産について補充されているので、通説によれば、「第二順位がなくなれば次の順位も消えてしまう」のである。

上述したバルトルスの説の第四の限定は次のようなものである。最後の順位に補充指定された者は、網羅的な補充指定に含まれている、通常補充指定に基づいているのである。そしてまさにこれがバルトルスの考えたケースである。しかし本件では、原告のアルベルトは、上述したように、通常補充指定に基づいていかなる主張もできない。なぜなら、彼は、特定された物について、日常の言葉によって指定されたからである。しかしこの網羅的な指定には、通常補充指定は含まれていない。それ故、アルベルトにとっては、中間の順位の者が、相続人にならなかったということが、彼の訴権を排除するのである。そしてバルトルスも、印刷されていない、ある助言で、同じ結論を出していた。アンジェロの死亡時に、すでに成年であったヤコボは、上述したように、本来の法律用語で指定されていたが、しかし、原告であるアルベルトは、日常の用語で指定されており、彼は、ヤコボの権利に基づいて主張することはできない。なぜならヤコボに対しては、既判力の抗弁が対抗するからである。ヤコボの立場は、この事件の原告であるアルベルトの立場に比べて、根拠があるであろうにもかかわらずである。

そして裁判官は、疑問の余地があっても、この説の方を支持しなければならない。第一の理由は、被告である女性は、占有しており、疑わしい場合には、占有者に有利に判決しなければならないからであり、そして、原告が明確な証拠を提出しないと、その請求は棄却されねばならず、常に被告に有利な解釈をしなければならないからである。

第二の理由は、財産に負担が課されないように常に解釈しなければならないというものである。従って、彼女たちが、いかなる信託遺贈の負担も負う

ことのないようにである。というのも、信託遺贈は負担であり、信託遺贈に基づいて物を与えるのは、誰にとっても嫌なことであるから。疑問があるならば、遺産は法定相続に従って承継されることで十二分である。なぜなら、法にとっても法定相続の方が正当で正義にかなう方法であるから。そして上述したように、遺言相続の方は何らかの例外に依拠できるときにのみなされるものなのである。

第三の理由は、原告であるヤコポに対しては、全く同じ二つの判決がなされており、裁判官は、疑わしいときは、第三の判決も、先に下された判決に従わねばならない。新しいものは何でも疑わしいから。しかも、裁判官の判決は正しいと推定せねばならず、裁判官は誠実で注意深い者であると推定されねばならないから。特に、学識があつて誠実な者しかこの職に任命されない。また、ある事件で下された判決は、次の判決に半分の証拠（プレユディキウム）の価値を持つ。従つて、次の裁判になると証拠のあと半分を補えば十分である。

それよりも、私がより強く考えているのは、二回の一致した判決によつてヤコポに対する既判力の抗弁が、アルベルト氏にも対抗するので、本件では、原告には、訴訟は終結しているとの抗弁が対抗する。そしてこの抗弁によつて、アルベルト氏には訴訟の開始が禁止されるのである。アンジェロ氏の死亡によつて、もし信託遺贈があつたならば、信託遺贈の権利が発生し、その時には長男であつたヤコポ氏が指定され、ヤコポの相続人に対して、フィレンツェの都市法に基づく執行の請求が開始されるであろう。この都市法によれば、まずは、所有物の請求がなされ、次に、それに異議をとる者がいれば、事件の本案が論じられさえるが、しかし、ヤコポ氏は既判力のある二つの判決によつてすでに敗訴していたのである。

このような事実を前提にして、ヤコポ氏に対して下された判決は、彼自身に対抗するのみならず、目下の原告であり、ヤコポ氏に対して補充指定された者であるアルベルト氏にも対抗すると私は主張する。なぜなら、もし判決が第一の原告に下されていたなら、補充指定された者にも対抗するに十分で

あるとの原則があるから。この原則があるので、明白に誤りが証明されない限り、それを守らねばならない。

上述の結論の理由は、裁判はある時点で終結されねばならず、また占有者が占有物について永続的に訴訟にまきこまれないようにと立法者が定めたからである。従って、裁判は、第一の原告に対してなされれば、それで十分とされた。なぜなら、ほかの者は、もし望むなら、その訴訟に参加するか、または（判決を）知った時に上訴できるから。しかし本件はそうではない。

〔上訴ができるのは〕法律上では三つの例外しかない。第一には、共謀があったと訴えられたとき。第二に、第一の原告が不出頭によって敗訴したとき。第三に、裁判官の不法な侵害によるときである。そして自己の権利を提示することを怠ったときにも、共謀があったとされる。しかし本件はこの三つの例外のいずれにもあてはまらない。反対の説をとる者が、それ以外の例外を引き出そうとしても、それは反論にならない。そしてこれは、ほかの優れた弁護士の助言にもそのように見える。この問題はあとで詳しく扱おう。

第一に、二つの判決は、所有と占有についてだけ下されたと考えられると述べたところで、それは反論とはならない。この反論によれば、判決の中では、ただ「遺言の中で指示されていることに従う必要はない」と述べられており、誰が最初の、より強い占有権を持っているかは述べられていないので、この二つの判決は、占有に関して下されたかのように〔先の訴訟は占有の確認訴訟であるかのように理解して〕、現在の通常の給付訴訟には既判力の抗弁の根拠とはならないと言うのである。

しかし、この反論に対しては、私は、これは占有の事件ではなく、占有回収、占有保全、占有保持という、いかなる種類の特示命令にも属しないと答える。なぜなら、普通法上、とりわけ特定物の受遺者または信託受遺者には、占有訴権は帰属しないからである。そうではなく、給付の訴え、そして、執行の訴えであった。なぜならこの遺言書は判決のようにみなされるから。というのも、普通法上、このような種類の文書には執行力がないから、

そこで、この文書の証拠力に基づき、都市法によって、またはこのような文書をめぐる事件を管轄する裁判官の命令によって、執行力が与えられるからである。<sup>28</sup> この方法は、執行に関するもので、略式ではあるが、給付を請求するものである。まずは所有権が付与されるものの、やはり請求訴訟である。ちょうど、所有物返還請求訴権も〔所有権を最初に確認するのではあるが〕、本来は給付訴訟になるようにである。しかし執行は所有物に限っており、この裁判（請求）では信託遺贈の条件についての紛争になっている。というのも、ヤコポ氏は、再抗弁において、当該財産は上述のヨハネのなした信託遺贈に基づいて回復しなければならず、自らが順位的面でもより強い権利を有していると主張したから。また、請求権に関しての紛争であることは、十分明白であるから。そしてこの請求は証明に関してではなく手続きに関してだけ略式であり、従って、この裁判で言渡された判決は、もはや疑問としてはならない。証明に関しても、本案の根拠に関しても、この裁判は完全なものである。従って判決の文言「遺言の中で指示されていることに従う必要はない」が理解できる。というのも占有の請求者は信託遺贈の権利を有していない。もし信託遺贈の権利を有していれば、それに服さねばならなかったであろう。

第二に、その判決は、文字どおりの意味以上の効果がなく、請求棄却であったというも反論とはならない。「指示されていることに従う必要はない」と単に述べているにすぎないとか、義務がないという証明になったのであるとか、彼が、都市法に従って税を負担しない非フィレンツェ市民であり、自分の都市法の保護を利用することができなかったとか、その他、何らかの障害があったとか、判決は、なるべく障害とならないように解釈しなければならないとか。しかしこういった論拠は屁理屈にすぎず、ある義務が証明されたことが明らかな裁判の記録を見れば、理由にならないことがわかる。原告には、法律上の明白な瑕疵以外に、障害はなかった。信託遺贈の条件が成就しなかったからである。ヤコポ氏が市民でないということは正しくなく、またそうだと推定もできない。疑わしいときだけは判決を寛大に解

釈していいが、しかし本件では明白である。つまり、信託遺贈は生じなかったという理由で敗訴したのであり、裁判の記録がこれを指摘している。この記録こそが、判決の解釈の根拠となる。そして、こうした請求棄却の判決は、原告が裁判で証明ができなかったとしても、またどのように言渡されても、確定したものであると言われる。そして、ヤコボ氏が請求しようとしても、もはや裁判はなされないというように、彼に不利となる。法文 (Dig. 42.1.44) のケースにあるように、同様に、彼に対して補充指定された者にも不利になる。<sup>29</sup> この法文は明白であり、細かな屁理屈をつけて解釈できない。これについては、アレクサンダー・タルターニが正しく述べている。デチウスはある助言で、法文を回避するために多くのことを述べているが、結局、判決の効力は補充指定者にも及ぶと考えてよく、封臣には言えないけれども、本件についてはそうである。フェリヌス・サンデイの区別もまた根拠となる。従って、デチウスの助言の限定は、正しくなく、ほかの法学者によっても非難されているから、私はこれ以上議論したくない。

第三に、補充指定者にも効力が及ぶには召喚が必要であったと考えるのは反論にはならない。バルトルス ad Dig. 30.114.14 はこの説に対し疑問もいっていたが、バルドゥスは、自身の助言でこの〔召喚が必要であるという〕説を支持した。この説が本件にあてはまると考えられる理由は、かのアルベルトの権利は裁判に挙げられておらず、少なくとも、〔この事件に関わるアルベルトにも〕公の宣言が必要であったからというのである。しかし、この理由に対しては、次のように解答できる。このような判決の効力は、不在で知らなかった信託遺贈の受遺者にも及ぶ。バルトルス ad Dig. 30.114.14 の説は、普通では、受け入れられていない。バルトルス自身 ad Dig. 39.3.9 も反対の説をとっていた。法文 (Dig. 5.2.24) も反論とはならない。なぜなら、〔この法文では〕一人の相続人に対してなされた判決の効力はほかの相続人には及ばないとしているが、これは、いずれの相続人も第一順位となるからである。しかし本件では、第一の補充指定者が召喚されるので十分である。後の順位のものに関しては、同じ者とみなされるからである。このよう



に、バルドゥスの助言の説に解答できる。註釈 ad Dig. 25.4.1.14 とアレクサンダー・タルターニの助言も反論にはならない。補充指定者の場合、後順位の者が補充指定者に含まれるのに対して、彼らは、そうでない別のケースについて述べているからである。

まして、一般的な宣言が必要と考えられるというのも全く反論にならない。これは、大した制限にはならない。特別なケースにしかあてはまらないからである。バルトルス ad Cod. 6.33.3 も我々の説に有利である。この法文では、債権者が、同じ順位に立っていたので、少なくとも全員一緒に召喚されなければならないが、本件では、第一補充指定者が、後順位の者に優先するので、従って、訴訟は一緒にしないでその第一の者を扱うことで十分であった。アレクサンダー・タルターニによれば、同時に召喚が要求されると考えている法文は、その法文に従って理解しなければならない。いずれの法文も補充指定者の場合はそうではないと考えている。つまり、判決の効力が補充指定者に及ぶためには、第一指定者が召喚されるだけで十分である。これが最も正しい説であると思われる。コルトゥス ad Dig. 30.114.14 の説にもかわらず、法文の中に、最もはっきりしたケースがある。ヤソン・デルマイノ ad Dig. 45.1.116 も同じ説であり、コルトゥスはヤソンの説にうまく反論できない。そしてソチーニは、先順位の者に含まれる補充指定者についてではなく、ほかの者について述べており、バルトルスが述べているのもやはりほかの者についてである。

第四に、信託遺贈の受遺者には、少なくとも上訴が認められなければならないというのも反論とならない。この議論は、アレクサンダー・タルターニ ad Dig. 30.114.14 が明白に述べており、そして現在の法学者も彼の説に従っている。先の判決について自らに通知がされる日から期間が経過し始めると考えられ、アレクサンダー・タルターニは次のように考えている。「それどころか、判決は、上訴しなくとも第三者には効力が及ばないが、但し、裁判が係属中に知ってしまえばこの限りではない。そのときにできることは上訴することだけである。しかし本件では知ることになったのは、ようやく裁判の

後である云々」と。しかし私は、信託遺贈の受遺者は、上訴が認められているという説は、正しくないと解答する。相続人が同じものについて訴訟をするのを強いられないようにというのが理由である。従って、第一の補充指定者に対して判決が下されたことで十分である。この説は、法文 (Dig. 42.1.44) から、逆に明らかになる。この法文では、補充指定者に対して執行がなされているように思われる。しかし、上訴が可能であったならば、なぜ執行がなされたであろう。また法文 (Dig. 30.50.1) によっても不明確にされた。この法文では、三つの例外だけが挙げられているのである。そしてまた法文 (Cod. 7.63.1) は、第一順位の者に対して判決が下されたときのことを述べていないが、本件ではそうである。この事件では、全く同じ法に基づいて、第一の者に含まれる第二順位の者にも効力が及ぶのである。そしてアレクサンダー・タルターニは、この法文のケースについて述べていない。法文は、第二の者に訴訟が許されてしまったなら、第一順位の者にも効力が及ぶというものである。

従って知っているということが彼らにとって不利に働くのであり、訴訟の時に知っていなければならない。しかし本件では、第二順位ではなく第一順位の者が訴えたのであり、知っているということは、第二順位の者には不利に働かないはずである。ところが、知らない者にさえも効力がある。アレクサンダー・タルターニの説つまり信託遺贈の受遺者には上訴することが認められているというのは、引用された法文の事実関係、つまり法文に述べられた事件を見なければならぬ。例えば、両者が競合しているときであり、彼が引用した法文も同じように考えている。我々のケースはそれにはあてはまらないから、原告は既判力の抗弁によって対抗される。

ほかの優れた法学者も、すでにより詳細に、しかもすべての疑問に助言をしているから、以上述べたことで十分であろう。こういうわけで、最も優れた刈り手の後についていったので、残されたわずかな穂を刈り取ることで、私としては十分満足であった。

より優れた助言がない限り、以上が正しい説だと私は信じている。

私こと、ボローニャ大学法学者アンドレア・アルチャートは、上記のとおり、解答し、署名・捺印する。

注

<sup>1</sup> A. Alciatus, *Responsa* (Lugduni, 1561), 助言集のほかの版にも未収録であることを確認した。

<sup>2</sup> R. Abbondanza, Alciato (Alciati), Andrea, in: *Dizionario biografico degli italiani*, Roma 1960, vol. 2, pp. 69-77.

<sup>3</sup> R. Abbondanza, "Jurisprudence: The Methodology of Andrea Alciato," in: *The Late Italian Renaissance*, New York 1970, pp. 77-90; D. Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano 1972. H. E. Troje, *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Köln-Wien 1971.

<sup>4</sup> G. Rossi, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico (secoli XII-XIII)*, Milano 1958; M. Ascheri, "Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen. Italien," in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II/2*. Hrsg. H. Coing, München 1976, pp. 1113-1221.

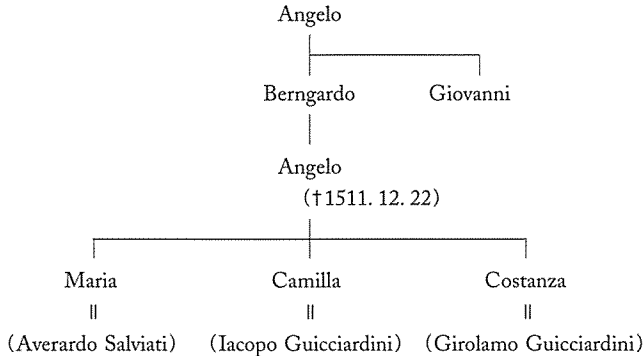
<sup>5</sup> 原田慶吉『ローマ法一改訂一』有斐閣全書 341 頁以下, 366 頁以下。補充指定 substitutio, 信託遺贈 fideicommissum をめぐる一連の専門用語について、本稿では、現行法の紹介の際に、例えばドイツ法系の先位後位相続法, フランス・イタリア法系の継伝処分法について利用されている訳語ではなく、主として、原田に見られる訳語に従っている。また遺贈レヴェルの場合も補充指定と直訳し、補充指定された者を補充指定者と訳している。なおローマの信託遺贈に関する最近の文献として D. Jonston, *The Roman Law of Trust*, Oxford 1988 がある。

<sup>6</sup> E. Bussi, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova 1971, vol. 2, pp. 209-224 に、普通法の補充指定と信託遺贈についての解説がある。ここには相続人の補充指定とは違った形の、信託遺贈の補充指定 substitutio fideicommissaria の例として、「私は、汝を相続人に指定し、ある期日に（または『もし息子なしに亡くなったなら』という条件で）、汝が相続財産を甲に回復するように求める」が挙げられている。また網羅的補充指定 substitutio compendiosa とは、固有の補充指定ではなく、通常、未成年、準未成年、信託遺贈の補充指定をすべて含んだ、いわば、それぞれの補充指定を加えたものであるとされる。後注 11 に挙げたパドヴァーナニが、自身の校訂になるブラケンティーヌスによる補充指定の説明を掲載しているので、補遺で紹介しておく。

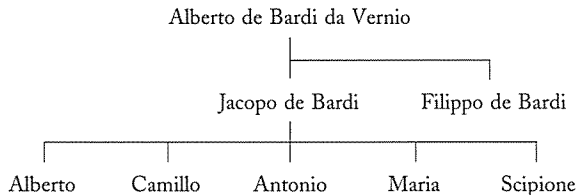
<sup>7</sup> 今日の諸外国の制度（先位・後位相続制度、継伝処分法など）の沿革や現行規定の概観については、「遺言信託の比較法的研究」（『信託研究奨励金論集』12号、平成3年）を参照。この資料は、執筆者の一人である松倉耕作教授（本学法学部）からお借りしたもので、同時に貴重なご教示を受けた。記して感謝したい。

<sup>8</sup>すでに伊藤昌司『相続法の基礎的問題』有斐閣（1981年）第1章序説，最近では，野田龍一「受遺者選定の委託——ローマ＝カノン法源とドイツ民法典」福岡大学法学論叢41巻3・4号（1997年）381頁以下，ともに鋭い指摘がある。

<sup>9</sup>《バルディ家の系図》



《ヴェルニオ家の系図》



<sup>10</sup> この紛争の問題点を列挙した手書き資料からは，当時の嫁資の実際を知ることができ，社会史の観点からも見逃せないので，この資料の原文も編集して，助言の原文の後に Appendix II として収録しておく。またこの資料の最後には請求の趣旨が述べられているので，助言の理解にも役立つと思われる。

<sup>11</sup> A. Padovani, Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni, Milano 1983, pp. 538-539.

<sup>12</sup> ほかの法学者の助言については，別稿を予定している。

<sup>13</sup> Dig. 28.5.47.

<sup>14</sup> Ad Cod. 6.26.8

<sup>15</sup> Ad Cod. 6.42.16.

<sup>16</sup> Nov. 159.1 当該法文の voluisse に対する註釈は Nota prohibitionem alienationis ultra filium non extendi, nisi expresse dicatur et facit Dig. 30.114.11 とある。

<sup>17</sup> 援用されている法文 (Dig. 28.2.13) では，相続人指定で，息子と妻を遺したとき，3分の2を息子に，3分の1を妻に，娘と妻を遺したとき，遺産の3分の1を娘に，3

分の2を妻にと遺言で相続分が定められていたケースで、息子、娘、妻が遺ったときに、息子7分の4、娘7分の1、妻7分の1として処理されている。

<sup>18</sup> Ad Dig. 35.1.102.

<sup>19</sup> Ad Dig. 28.2.29.

<sup>20</sup> ここでの援用法文 Dig. 32.11.11 は、「もし父の死亡によって自権者となるなら」との信託遺贈で、先に家長権免除がなされても条件が満たされなかったと見るのではなく、父が死亡すれば、条件が満たされたかのように、信託遺贈が認められるとしている。これは、包括的信託遺贈の例である。

<sup>21</sup> ここでの援用法文は Dig. 35.1.101 である。

<sup>22</sup> Si instituti substituti omnes deficerent et decederent ita quod nullus ex eis extet, extaret vel extare posset, tunc eo casu et non primo nec ante vel aliter.

<sup>23</sup> 網羅的な補充指定について詳しく説明がなされているバルトルス ad Dig. 28.6.15 が援用されているが、compendiosa substitutio については、すでに挙げた補遺のプラケンティーンヌスによる解説を参照せよ。

<sup>24</sup> A. Alciatus, *De significatione verborum* (Lugduni, 1560), vol. VI, fol. 302v: “Tertius est, quando casus non omnino omissus est, tunc enim ex mente fiet extensio. Cuius rei exemplum est, quando testator in simplicibus disposuit, non enim mixtum casum omnino omisisse creditur, quia de re infra quinto axiomate diffusius agetur. Sed et si sub verbis aliquo modo contineri potest, pro omissio non erit, quod in ea specie a Decio responsum est, cum testator Titio substituisset, et eius filiis deficientibus, seu decedentibus, licet enim non dicatur decedere, qui non natus est, dicitur tamen *ἐν πλάτοις* et crassa Minerua, deficere. Sed hoc vix mihi persuaderi potest, ut deficere dicatur, quod nunquam inceperit. Et ideo verius arbitror, nullo modo ex verbis, sed ex coniectura mentis solum intelligi.” 第三に、そのケースが全く考えられていないわけではないときには、意思に基づいて拡張がなされる。その例は、遺言者が単純なケースを想定して処分しているときに、複合的なケースも想定されていなかったわけではないと考えられるというものである。これについては下の第五定理で詳しく扱う。しかし、遺言者の文言に、何らかの形で含められるときには、想定されていなかったとはされない。遺言者が彼の子供たちが亡くなりつまり死んだらと、甲を補充指定した事件で、デチウスが解答し、生まれてもいない者が死亡するとは言えないが、意味を広げて、亡くなると言えるとしているが、これは馬鹿げた説である。全く生じていないものが「亡くなる」というのは、私にはほとんど納得できない。文言ではなく、専ら意思の推測に基づいて理解されているというのが、私には本当のところだと思われる。

<sup>25</sup> 援用されている封建法書の法文は、「自己または自己の男子相続人に、そしてその相続人がいなくなったときには、女子に」という条件で恩貸として封を受けた者 (Qui sibi, vel heredibus suis masculis, vel his deficientibus feminis, per beneficium investituram feudi accepit) が、娘一人だけを遺して、ほかに如何なる卑属もなく、死亡した。その後、彼女が二人の息子を生子、息子の一方が二人の娘を遺して死亡し、他方が一人の息子を遺して死亡した。最後のこの息子が曾祖父の唯一の男子相続人として封すべてを請求し、その請求が認められた事例を述べている。もつとも男子相続人がいる限りで、女子には、封の相

続可能性はない *non enim patet locus femine in feudi successione, donec masculus superest* という封の特殊性もあると思われる。

<sup>26</sup> 援用されている法文は、他人の裁量に委ねられる相続人指定を認めない有名な法文であり、終意を他人の処分に委ねることを認めている X. 3.26.13 と対照されてきた。野田龍一「受遺者選定の委託」(前注 8) 385 頁以下参照。

<sup>27</sup> 挙げられているのは、冒頭で未成熟補充指定が通常補充指定をも含むとみなしている Dig. 28.6.4 である。

<sup>28</sup> アルチャートはここでベネディクトゥス・デ・ペルージオの *Tractatus Guarentigie* を引用しているが、これについては、A. Campitelli, *Precetto di guarentigia e formule di esecuzione parata nei documenti italiani del secolo XIII* (Milano, 1970); Id. “Una raccolta di *quaestiones* in tema di documenti guarentigiati e il *Tractatus de guarentigiato instrumento* attribuito a Guido da Suzzara,” in *Studi sulle quaestiones civilistiche disputate nelle università medievali* (Catania, 1980), pp. 57–95 を参照。

<sup>29</sup> この法文は、未成熟の娘が、後見人の助成の下で、父の契約に基づいて訴えられ敗訴した。後に、父の財産を彼女が相続するのを後見人が拒絶し、その財産が補充指定者または共同相続人のものとなったとき、原則として彼らが判決の執行を受けるというものである。

## Appendix I

Dei optimi et maximi nomine invocato<sup>1</sup>

Casus praesens tam copiose et subtiliter explicatus est per praestantissimos doctores,<sup>2</sup> qui ante me consuluerunt, ut fere nihil mihi reliquerint, quod adjicere possim quodque non sit dictum prius. Et ideo simplici subscriptione contentus esse potuissem, nisi aliter partibus visum esset. Addam tamen aliqua, qua animum dominorum iudicum melius confirmare possint, ut securius confidentiusque aliorum, qui hac in causa olim iudicaverunt, exemplum imitentur.

Viso ergo et diligenter considerato testamento Ioannis de Bardis, in eam accessi sententiam, ut existimem casum fideicommissi non evenisse, et filias Angeli, tanquam patris sui ab intestato heredes, a petitis per dominum Albertum absoluendas esse. Pro cuius sententiae fundamento, in primis praemittendum /f. 1v/ est quod, licet in testamentis mens testatoris plurimum dominetur, tamen hoc intelligitur dum tamen sit expressa per verba, l. quidam cum filium, ff. de heredibus instituendis (D. 28.5.47), ubi Baldus et Imolensis. Et quia mens ipsa non potest recte percipi nisi ex verbis, alias facile deciperemur in coniectura mentis, ideo non est a verbis recedendum, secundum Baldum l. precibus, col. vi, C. de impuberum et [de] aliis substitutionibus (C. 6.26.8), versiculo “Dixi ergo”. Alibi Baldus, in l. cum virum, col. ultima, C. de fideicommissis (C. 6.42.16), dicit ad inducendum fideicommissum non sufficere coniecturam mentem testatoris, quod refert et sequitur Iason in l. potest, ff. de vulgari et pupillari (D. 28.6.36), nisi coniectura sit necessaria et valde probabilis ex verbis testatoris. Et ideo lex ait non aliter a significatione verborum recedendum esse quam cum manifesta est mens testatoris. Unde, cessantibus verbis fideicommissi, nunquam dicimus subesse fideicommissum, l. Lucius, § tres heredes, /f. 2v/ in verbo “an unciam haereditatis”, ff. ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.80.2), ubi Dynus, Iacobus, Albericus. Et cum fideicommissum sit onus, l. coheredi, § cum filiae, de vulgari et pupillari (D. 28.6.41.2), in dubio pronunciamus non subesse, quia semper fit interpretatio ne haeres sit gravatus, l. unum ex familia, § si rem, de legatis ii (D. 31.67). Hinc est, quod in fideicommissis onus filiis iniunctum ad nepotes non pertinet, secundum Baldum cons. cccclvii, in iiiii; Romanus cons. cccclxxxviii, ultimo dubio; Socynus cons. iiiii, in principio, in iii; Alexander cons. lvi., in v; Decius ccxviii, col. iiiii; Franciscus Curtius lxx, “Sepe reuoluta”, col. ix, cum concordantiis. Qua ratione et in prohibitione alienationis facta filiis, appellatione filiorum non continetur nepotes, secundum glossam in § nos igitur, in auth. de restitutione fideicommissi

(N. 159.1); per Bartolum et doctores in l. filius familia, § divi, ff. de legatis i (D. 30.114.14), et quod Signorolus Homodeis cons. ccxlix; Socynus iiiii, in principio, et xvii, in iiiij, cum concordantiis. Hincque etiam est quod, licet in institutionibus /f. 2v/ casus 'si haeres esse non poterit' extendatur ad casum 'si haeres esse noluerit,' l. finali, C. de institutionibus et substitutionibus (C. 6.25.10), per Bartolum et doctores in l. i, de vulgari (D. 28.6.1). Tamen in fideicommissis non ita est, quia gravatus restituere post mortem non intelligitur gravatus post repudiationem, l. si cui ita, l. sed [et] si ante, ff. ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.32, 10); et, licet in institutionibus casus simplices trahantur ad mixitum, l. si ita scriptum, ff. de liberis et posthumis (D. 28.2.13), tamen secus est in fideicommissis, secundum Bartolum in l. cum avus, ff. de condicionibus et demonstrationibus (D. 35.1.102); Alexander cons. clxxxvii, in ii vol. Sic semper in<sup>3</sup> institutionibus fit lata interpretatio, cum tamen non ita sit in fideicommissis secundum Corneum cons. cccxx, in iiiii. Unde et Bartolus in l. Gallus, in principio, ff. de liberis et posthumis (D. 28.2.29 pr.), facilius extendi conditionem ad casum omissum in persona instituti creditit, quam in persona substituti, quacunque substitutione. Et facit quod notat Ancharanus cons. cclxvii, Angelus li et xciii, Signorolus cci, /f. 3r/ Romanus cxxxi et cxxxviii, Johannes de Anania lxvi, Fulgosius xlix, Alexander clxxxviii, in ii, Socynus cclix, Decius lxxxix; quibus locis praefati doctores concludunt in fideicommissis casum omissum pro omissio esse. Et ista maxime procedunt in legatis vel fideicommissis particularibus, qua etiam strictius solent accipi. Et ideo in eis regula est constituta quod semper, quod minimum est sequimur, l. nummis, de legatis iii (D. 32.75), l. cum servus,<sup>4</sup> § scio, ff. de legatis i (D. 30.39.6), Ludovicus Romanus in l. plures, ff. de damno infecto (D. 39.2.27), Decius l. in testamentis, ff. de regulis iuris (D. 50.17.12). Et alibi dicitur quod talis fideicommissi ademptio est favorabilis, quia datio censetur odiosa, l. si fuerit (D. 34.5.10), ubi Paulus [de] Castro et Socynus, v not., ff. de rebus dubiis. Hinc est, quod in istis particularibus appellatione filiorum non veniunt nepotes, l. si quis ita,<sup>5</sup> § penultimo, ff. de testamentaria /f. 3v/ tutela (D. 36.2.16.5). Et in eis conditio 'si morte patris, sui iuris effectus fuerit' non trahitur ad emancipationem, l. fideicommissa, § si cui ita, ff. de legatis iii (D. 32.11.11), cum secus sit in fideicommissis universalibus vel haereditatibus, l. mulier, in principio, ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.23), l. iii, C. de institutionibus vel<sup>6</sup> substitutionibus (C. 6.25.3), secundum Rayerium.<sup>7</sup> Nec alia solutio commoda potest dari illis iuribus, qua ratione dicebat idem Rayerius quod, licet in institutionibus casus impotentiae conpraendat casum repudiationis, d. l. finali, C. de institutionibus vel<sup>8</sup> substitutionibus (C. 6.25.10), tamen secus est in legatis vel fideicommissis particularibus, per l. pater Severianam,<sup>9</sup> in principio, ff. de condicionibus et demonstrationibus (D. 35.1.101), quod dictum in quadam disputatione secutus est Baldus, ut refert ibi Paulus de Castro. Et licet aliqui teneant



contrarium intellectum, quo ad illum textum, tamen non potest negari quin in legatis et fideicommissis particularibus fiat strictior interpretatio, ut supra /f. 4r/ dixi, et per glossam in l. si te solum, § i, ff. de heredibus instituendis (D. 28.5.27.1), et de tali fideicommissio proprie procedit quaestio nostra.

His sic praemissis, venio nunc ad articulum principalem, in quo videtur mihi concludendum quod casus fideicommissi non euenit. Cum enim testator, instituto Angelo, substituerit filios nascituros et filiis nepotes, et deinde descendentes, subiicit deinde fideicommissum in certis rebus particularibus et prohibitis alienari per haec verba: “si instituti et substituti omnes defficerent et decederent, ita quod nullus ex eis extet, extaret vel extare posset, tunc et eo casu, et non primo, nec ante vel aliter,” et cetera. Dico ergo quod, cum Angelus nullum masculinum reliquerit, non dicitur evenisse conditionem fideicommissi. Et praesuppono quod, etiam si unus filius esset natus, tamen illa dictio ‘omnes’ non posset /f. 4v/ verificari in uno tantum; et ideo expiraret fideicommissum secundum Oldradum cons. cxlii, et cons. clxxvii, quem sequitur Iohannes Andreae in Speculo, De testamentis, § i, Romanus in l. quamdiu, de acquirenda hereditate (D. 29.2.3), Angelus cons. lxxxiii; Albericus l. precibus, col. xviii, C. de impuberum (C. 6.26.8), Ancharanus cons. ccclvii, Alexander cons. i, col. v, Socynus cons. lxxvii, in iii, in fine, Corneus clxxx, in iiiii, in ii dubio, in fine, moderni in l. i, de vulgari et pupillari (D. 28.6.1), et in l. heredes mei, § cum ita, ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.59.1), ubi Ruinus dicit se pluries obtinuisse secundum illud dictum Oldradi. Et non potest negari quin illud dictum communiter sit approbatum, unde ab eo in iudicando non esset recedendum. Et, quanvis sint aliqui contradicentes, tamen in casu nostro non potest contradici, cum nemo prorsus sit natus, et cum alia multa concurrant, per quae casus noster redditur longe clarior. Et pro Oldrado, facit /f. 5r/ textus in d. § cum ita (D. 36.1.59.1), secundum communem intentionem Bartoli et aliorum tenentium, quod dictio ‘uterque’ verificatur etiam in altero, quia Claudia substituta erat<sup>10</sup> ex descendentes testatoris, adeo quod si fuisset extranea non erat locus substitutionis, quanvis mens testatoris aliquo modo in eius favorem allegaretur. Nam idem debet esse in casu nostro, ut dictio ‘omnes’ non verificetur in uno vel in nullo in favore istorum agentium de Alvernio, qui sunt extranei testatori.

Confirmatur hoc etiam alia ratione. Nam, ut substitutio si plures nascantur ad casum trahatur, quo nemo sit natus, non potest esse nisi virtute vulgaris substitutionis, quae inest in compendiosa, de qua per Bartolum in l. centurio (D. 28.6.15), charta penultima. Sed sic est, quod vulgaris substitutio pluribus facta non resolvitur in suas singularitates, secundum Bartolum et omnes in d. § cum ita (D. 36.1.59.1), /f. 5v/ et in l. penultima, C. de impuberum (C. 6.26.10).

Secundo considero quod verba sub quibus vocantur isti de Alvernio non possunt verificari in casu nostro. Cum enim postquam testator vocasset filios et

nepotes Angeli subiicit “et si instituti et substituti omnes deficerent,” certe verbum ‘deficere’ non potest referri ad eos qui nunquam fuerunt, ut est casus in l. Titio usus fructus, ff. de conditionibus et demonstrationibus (D. 35.1.96), ubi in substitutione non dicitur defficere seu, quod idem est, desinere, quod nunquam incepit. Ideoque expirat fideicommissum, etiam si per hoc perimeretur datio libertatis, quae alias est favorabilis. Et certe ibi videtur casus quaestionis nostrae. Et alias iam sunt xv anni, per illum textum reprobavi consilium domini Decii ccxxxvii,<sup>11</sup> qui pro istis de Alvernio responderat, ut habetur in lib. iiii, de verborum significatione, in primo /f. 6r/ aximomate. Et licet quandoque verbum ‘defficere’ possit latius accipi, tamen semper praesupponit quod saltem de facto ceperit, ut ibi per Imolensem et Paulum de Castro. Et verba in casu nostro sunt clara, quod testator loquutus sit quando iam cepisset, idest iam nati essent, ex quo in praecedentibus semper sic<sup>12</sup> locutus est. Et etiam in fine, in substitutione, qua vocat hospitale et cetera, ibi “descendentes dicti Alberti defficerent in totum, postquam sic admissi et vocati erunt.” Unde colligitur manifesta mens ipsius, nolentis<sup>13</sup> esse locum substitutioni, nisi postquam sic admissi fuerint. Et certe durum esse quod, propter verba et ambages doctorum, quisquam auderet iudicare adversus expressum casum d. l. Titio usus fructus, cum qua decisione etiam concordat Paulus de Castro, cons. cccxciiii, in primo, in novissimis. Nec quicquam facit ratio Decii in d. consilio, quod dicamus ‘defficere’ /f. 6v/ conditionem quae non extitit, l. i, § et cum triplici, C. de caducis tollendis (C. 6.51.1.2), l. i, C. de indicta viduitate tollenda (C. 6.40.1), l. nam et si sub conditione, § post defectum, ff. de iniusto rupto (D. 28.3.5 in c.), cum similibus; quia conditio est incertitudo, l. i, C. de pactis (C. 2.3.1), quae incertitudo cessat et nihil praesupponit prius extare; quod secus est in casu nostro, propter verba testatoris. Et ita etiam respondetur ad c. i, de eo qui sibi vel suis heredibus, in usibus feudorum (L.F. 2.17.1). In casu enim illius textus, nulla difficultas vertebatur circa hoc, quod a principio nullus masculus natus esset.

Tertio est advertendum, quod in casu nostro adsunt etiam alia verba, per quae declaratur expresse quod testator verbum ‘defficere’ intellexit de iis, qui iam cepissent et in rerum natura, post cedentem substitutionis diem, fuissent. Primo, ex praecedentibus, dum substituit filios deinde /f. 7r/ nepotes, et successive de gradu in gradum, et cetera. Secundo, ex subsequentibus, dum in substitutione hospitalis dicit “postquam sic admissi,” et cetera, l. si servus plurium, § finali, de legatis i (D. 30.50.3). Tertio, ex adiuncto verbo “et decederent,” quod non nisi improprie resolveretur in alternativam, l. si Titio fundus, de [usu et] usufructu [. . .] legatum (D. 33.2.10); proprie vero stat declarative et continuative l. i, ff. de iis qui notantur infamia (D. 3.2.1); [Jo.] Calderini cons. ii, de verborum significatione; Bartolus extravag. ad reprimendum, verbo “Videbitur”, in fine. Imo requirit concursus utriusque copulati, secundum l. si haeredi plures, ff. de

conditionibus institutionum (D. 28.7.5), de quo per Bartolum et Iasonem in l. i, ff. de iustitia et iure (D. 1.1.1); canonistas in c. inter caeteras, de rescriptis (X. 1.3.4); et in terminis fideicommissi, per Ancharanum d. cons. cclxvii; et Iohannes de Anania, d. cons. lxxvi, col. finali. Nec dicatur quod hoc modo esse superfluitas, quia hoc est falsum, cum possint dicti haeredes defficere aliter quam si /f. 7v/ decesserint, puta per exilium, per monachismum, et similes casus. Quarto, per dictionem “tunc et eo casu,” quae est limitata, et inducit iteratam limitationem unde facit, et a casu expresso non recedamus, ut per Ancharanum d. cons. cclxvii; Socynus d. cons. cclviii, Decius cons. lxxxix, ccxxviii, ccxxiii, ccxxxii; et alibi saepe, maxime propter vim geminationis, de qua in l. Ballista<sup>14</sup> ff. ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.28). Quinto, per illa verba “nec ante nec aliter,” quae sunt proprie derogativa ad quemlibet alium casum, glossa l. si quidem, ubi Baldus, C. de exceptionibus (C. 8.35.9). Et habent vim conditionis resolutivae respectu cuiuslibet alterius casus, secundum Baldum in auth. ingressi, col. iiiii, C. de sacrosanctis ecclesiis (post C. 1.2.13); Iason in rub. ff. soluto matrimonio, col. finali, in secunda lectura. Imo per talem dictionem “non aliter” inducitur quaedam forma, a qua non licet recedere, c. dilecto, /f. 8r/ extra de prebendis (X. 3.5.25); Felynus c. cum dilecta, de rescriptis (X. 1.3.22). Nec obstant illa verba “ita quod nullus extet, extaret vel extare posset,” quia referuntur ad supradicta, quod nullus ex iis, qui semel extiterunt, amplius extet, et cetera. Natura enim dictionis “ita quod” est, ut secundum supradicta intelligatur, § quoniam eis, versiculo “Et ita,” in auth. de testibus (N. 90.8); et nunquam ampliatur praecedentia sed restringit potius, l. Lucius, § quae habebat, ff. ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.80.10), et per Odofredum et Baldum in tit. de pace Constantiae, § in causis appellationum (Priv. Feder. 7), ibi “Ita tamen,” et cetera.

Quarto, dico nec quidem ex mente testatoris fieri posse hanc extensionem, ut substitutio haec concepta in casu defficientium filiorum, et cetera, extendatur ad casum quo nemo unquam extiterit. Est enim conditio voluntaria, quae ad alium casum regulariter non trahitur, l. Mevius, l. qui heredi, de condicionibus et demonstrationibus (D. 35.1.55, 44), l. commodissime, de liberis /f. 8v/ et posthumis (D. 28.2.10), per Bartolum d. l. Gallus, § et quid si tantum (D. 28.2.29.5). Quae sententia potest manifeste ostendi: testator enim in testamento protestatus est quod dictum Angelum haereditum institutum tanquam filium diligebat; deinde, eo instituto, substituit filios eius masculos, quibus verbis exclusisse censetur foeminas. Unde stat simul quod filias foeminas excluserit contemplatione masculorum existentium in rerum natura, et tamen noluerit eas excludere contemplatione istorum de Alvernio, qui sunt extranei, vel saltem in remotissimo gradu ipsi testatori. Existentibus enim descendentibus Angeli, potuit probabiliter credere, quod ipsi optime providerent foeminis seu sororibus, seu neptibus, ideo noluit eas aliter admitti. Unde non sequitur idem voluisse non existentibus dictis masculis.

Nec obstat quod hoc modo debuisse /f. 9r/ eas vocare ante filios Alberti, et tamen ab eis quoque excluduntur. Quia respondeo, quod testator postquam eas semel exclusisset, existentibus<sup>15</sup> earum fratribus vel consanguineis, non cogitavit ulterius, sicut in simili dicimus in conditione “si decesserit sine filiis,” quae non excludit neptem testatoris, quanvis testator proprias filias excluserit, quia hoc censetur fecisse contemplatione masculi tunc extantis. Nec ulterius censetur voluisse providere, secundum magis communem opinionem, de qua per Alexandrum cons. xxxviiij, in vi; Ludovicum Bologninum inter consilia Alexandri xlix, in iiiij; Iasonem cxlii, in ii, Curtium seniore, xlv et lxx; Curtium iuniorem cxliiij, in ij, Corneum ccii, ccxxx, in iij, cum similibus. Merito ergo in casu nostro, licet foeminae Angeli excludantur a fratribus et consanguineis suis, non est verisimile quod idem /f. 9v/ etiam voluerit testator, ut excludantur ab extraneis. Et facit quia etiam ab intestato istae foeminae praeferentur istis de Alvernio in successione Ioannis tanquam patrum magni, tam<sup>16</sup> ex iure communi quam secundum formam statutorum civitatis. Optima autem est coniectura, per quam testator censetur accommodasse voluntatem suam secundum leges civitatis, secundum Bartolum d. l. haeredes mei, § cum ita, et quae habentur in l. quidam cum filium, de verborum obligationibus (D. 45.1.132).

Confirmatur quia, cum dixerit se amare Angelum tanquam filium,<sup>17</sup> non dicemus voluisse eum onerare ultra quod<sup>18</sup> verba expresse inferant. Ut, si oneratus sit fideicommissio ratione filiorum et descendentium sibi superstitem, intelligatur etiam idem ratione eorum, qui non fuerunt superstites, adeo ut non possit propriis filiabus ab intestato reliquere. Cum ergo de mente /f. 10r/ testatoris non appareat, non erit operae pretium eam somnare, sed stabimus verbis, l. non aliter, ff. de legatis iii (D. 32.69). Et quia in coniectura mentis testatoris plerumque falli possumus, secundum Baldum in d. l. precibus (C. 6.26.8), col. vi; et quia lex specialis quadam gratia concessit, ut de facultatibus nostris post mortem disponere possimus, secundum glossam in l. illa institutio, ff. de heredibus instituendis (D. 28.5.32), per Abbatem et canonistas in rub. extra de testamentis (X. 3.36); per Iasonem in rubr. C. qui testamentum facere (C. 6.22), quae gratia satis etsi quod operetur in casu expresso, de tacitis vero non se impediatur, d. l. quidam cum filium (D. 28.5.47), ubi Baldus et Imolenis, de heredibus instituendis. Et in hoc imitemur ecclesiam, quae de occultis non iudicat, c. i, ut beneficia ecclesiastica (X. 3.12.1), et c. finali, de temporibus ordinationum (X. 1.11.17). Nam et videmus religiosissimum imperatorem Iustinianum in auth. de restitutione fideicommissi (N. 159.8) constituisse, ne fideicommissum in casum alienationis ultra quartum gradum extendatur, /f. 10v/ quanvis allegaretur in contrarium mens testatoris, duxit ille infinitatem reserendam, et eius mentis rationem non habendam, quod maxime in casu nostro dicendum est propter incertitudinem et obscuritatem, et ne<sup>19</sup> isti extranei praeferantur coniunctoribus; et quia, ut dixi, conditio haec est

voluntaria, quae ad alium casum non debet trahi, secundum regulas communes, a quibus facile non est recedendum, ut est glossa in l. omnis difinitio, de regulis iuris (D. 50.17.202), maxime cum limitatio in casu nostro non sit bene probata, ut dixi; et quia satius est sinere successionem pertinere et devolvi secundum causam intestati, quam ex incerta coniectura ad alienos transferri. Unde infertur nihil obstare quod quandoque etiam conditio voluntaria ad casum omissum extenditur, si appareat quod testator potius ad effectum quam ad modum attenderit, d. l. heredes mei, § cum ita; l. /f. 11r/ liberto, § finali, de annuis legatis (D. 33.1.21.5); et per Alexandrum cons. xiii, in ii, et lxxxvii, in iii; Paulum de Castro cons. cccxxxvii, Videtur quod filii, in ii parte. Nam respondeo, hic non apparet sufficienter per supra dicta. Item, hic est prohibita extensio per ipsum testatorem per illa verba “eo casu et non aliter,” et dictum consilium Alexandri lxxxviii est reprobatum a Iasone in d. § et quid si tantum (D. 28.2.29.5). Qua ratione etiam tollitur illa allegatio, quod sicut si quartus vel quintus gradus descendentium Angeli deffecisset, locus esset istis de Alvernio, ita et videtur si primus gradus deffecerit, tanquam non<sup>20</sup> subsit ratio diversitatis. Nam respondeo quod imo subest, ut supra dixi, et etiam si non subesset, satis est quod testator ita iusserit, quia conditio est voluntaria et prohibuit extensionem secundum suprascripta.

Et hanc partem tenendo non obstant multa, quae in contrarium adduci possent, et quibus est /f. 11v/ responsum per dominos consultores, solum attingam duo, quae magis videntur adversari.

Et in primis, videtur esse communis conclusio, quod substitutio ‘si filius nascetur et deinde decedat,’ extendatur ad casum, quo non<sup>21</sup> nascatur, arg. l. finali, C. de institutionibus et substitutionibus (C. 6.25.10); et ideo pupillaris substitutio ventri facta facit ut substitutus admittatur etiam nemine nato, l. penultima, ubi glossa, ff. de ventre inspiciendo (D. 25.4.3), l. antepenultima, in fine, ff. de legatis i (D. 30.126). Et est communis conclusio in l. i, de vulgari (D. 28.6.1), quod quidam moderni, et maxime Decius d. cons. ccxxvii,<sup>22</sup> extendunt etiam ad fideicommissariam substitutionem, prout in casu nostro, tanquam nulla ratio differentiae inter directam et fideicommissariam substitutionem adduci possit. Sed Ego ad hoc argumentum respondeo multis modis. Et primo, quod inter directam et fideicommissariam substitutionem ratio differentiae est evidens: pupillaris enim expressa tacitam /f. 12r/ vulgarem continet non tam ex mente<sup>23</sup> testatoris, quae non sat[is] certa est, quam ex legis auctoritate propter constitutionem divi Marci, de qua in l. iam hoc iure, ff. de vulgari et pupillari (D. 28.6.4), secundum Bartolum in d. l. i, col. ii, cum quo ibi transeunt doctores, in principio, et Iasonem l. si filius heres, col. penultima, de liberis et posthumis (D. 28.2.16). At in fideicommissaria cessat ista vulgari, secundum Bartolum in l. centurio, charta antepenultima, de vulgari (D. 28.6.15), versiculo “Quero, utrum substitutio

conpendiosa facta per verbum commune,” et quaestione sequenti, quia licet etiam in fideicommissis possemus vulgariter substituere, l. ut heredibus, ff. de legatis ii (D. 31.50), l. i, § pro secundo, C. de caducis tollendis (C. 6.51.1.4). Tamen lex nunquam eam subaudit, quia non tantum favet fideicommissis sicut directis institutionibus, ut supra dixi. Quod ergo substitutio facta ventri habeat locum etiam nemine nato procedit propter vim tacitae vulgaris, ut dicunt omnes in d. l. i., quae tacita vulgaris in /f. 12v/ fideicommissis non est. Et per hoc tolluntur rationes Decii in d. cons. ccxxvii,<sup>24</sup> contra quem est auctoritas Oldradi in d. cons. cxlii, cuius opinio est communiter approbata, et probatur efficacibus rationibus, ut supra dixi.

Secundo, respondeo quod etiam si alias in fideicommissis contineretur vulgaris substitutio virtute compendiose, per quam conditio ‘si nascentur et haeredes erunt’ intelligatur etiam ‘si non nascentur,’ tamen hoc intelligendum esse, quando substitutio esset facta de re universali, sicut est institutio. Sed in casu nostro aliud est, quia Angelus et eius descendentes sunt instituti in universa haereditate, isti autem de Alvernio in re particulari. Ergo non est credendum subesse aliquam vulgarem, per quam admittantur etiam illis non natis. Et hoc maxime verum est in d. Alberto Moderno, qui nunc agit, qui est vocatus solum per illa /f. 13r/ verba “et sic semper spectent talia bona habente titulum donationis,” et infra “in dictis casibus durare in dictos descendentes Alberti,” quae verba non sunt directa nec civilia, sed communia, secundum Bartolum in d. l. centurio (D. 28.6.15), in ultima parte. Et verba communia de re particulari resolvuntur in mere obliqua seu precaria, secundum eundem Bartolum, loco supra allegato, per l. cogi, § et generaliter, ff. ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.17.2), et in l. his verbis, cum glossa ff. de heredibus instituendis (D. 28.5.49). Clarum autem est quod compendiosa facta per verba obliqua non continet aliquam vulgarem, secundum Bartolum in d. l. centurio, dicta charta antepenultima. Nec dicatur quod dominus Iacobus, qui tunc cum evenit casus fideicommissi vocabatur a testatore, ipse sit vocatus verbis civilibus et directis “substitut sibi, et in talibus bonis heredem instituit,” et cetera, de quo per Corneum cons. xlvi, col. penultima, in primo vol. Quia respondeo, quod /f. 13r/ ex persona domini Iacobi non potest dominus Albertus quicquam allegare, cum obstet exceptio rei iudicatae, ideoque indubitanter verum est, licet si veniat ex persona sua, aliqua sit difficultas, de qua infra dicemus, et concludemus idem esse. Semper enim attendimus ad personam agentis et ex ea metimur ius, l. i, § i, l. si pars hereditatis petetur (D. 5.4.1.1).

Tertio, respondeo quod, quicquid sit in aliis casibus fideicommissorum, in nostro res est clara, quia testator subiiciendo “et non aliter,” et cetera, videtur prohibuisse omnem extensionem, ut supra dixi. Et stante tali clausula nullus est doctor, qui teneat fieri extensionem ad casum, quo non sint nati filii. Imo omnes uno ore tenent contrarium, scilicet quod licet pupillaris substitutio conteneat

vulgarem et e contra, d. l. iam hoc iure (D. 28.6.4), l. quanvis, C. de impuberum (C. 6.26.4), tamen hoc non procedit quando testator dictione taxativa usus sit, d. l. /f. 14r/ iam hoc iure, verbo “Tantummodo,” l. precibus (C. 6.2.8), ubi Salycetus. Et dicitur dictione taxativa usus, etiam quando dixit “tunc et eo casu.” Habent enim haec verba vim restrictivam, prout sibi ipsi contrarius Decius de plano fatetur in d. l. quanvis, et cons. cccxv, et Socynus d. cons. cclviii, et supra diximus. Et Ego verum puto propter geminationem, quia dictioni “tunc” adiectum sit “et eo casu,” prout in terminis nostris fuit factum. Et pro hoc, facit quia ius accrescendi est quaedam substitutio, l. si Titio, § Iulianus, ff. de legatis ii (D. 31.61.1). Et per tales dictiones taxativas censetur esse sublatum, l. Lucius, § quae habebat, ff. ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.80.10), et per modernos in l. re coniuncti, ff. de legatis iii (D. 32.89).

Quarto, respondeo quod contrarium posset procedere in conpendiosa simpliciter facta, secus in casu nostro, in quo facta est “si omnes defficerent et decederent.” Quando enim simpliciter /f. 14v/ facta est, videtur conditio esse necessaria, et trahitur ad casum similem, non nativitatis. Sed cum casus sunt expressi, prout hic, videtur talis expressio esse voluntaria, et ideo ad alium casum non extenditur, secundum doctrinam Bartoli in d. l. Gallus, § et quid si tantum. (D. 28.2.29.5), et facit quod notat Angelus in l. i, § finali (D. 28.6.1.3), et in l. si pater filium, ff. de vulgari et pupillari (D. 28.6.26), ubi concludit substitutionem in singulari aliqua specie vulgaris casus facta ad aliam non trahi, per glossam in l. si mater, § i, eo. tit. (D. 28.6.33), et tex. in l. commodissime, de liberis et posthumis (D. 28.2.10). Et ideo in casu nostro illa conditio “si deffecerint et decederent,” non trahetur ad casum “si nati non sint.” Et licet illud dictum Angeli aliqui improbent, tamen Ego, in d. l. i, eum deffendi a<sup>25</sup> rationibus contrariis, et ostendi esse communiter adprobatum et de mente Bartoli in d. l. si mater, § i; et ita etiam sequitur Alexander in /f. 15r/ d. l. Gallus, § finali (D. 28.2.29.16), et Aretinus in l. quamdiu ii, de acquirenda [vel omittenda] hereditate (D. 29.2.69). Et facit quia conditio adiecta substitutioni conpendiosae attenditur, non solum respectu fideicommissariae sed etiam respectu vulgaris, quae illi tacite inest, quod putat esse valde notandum Iohannes Baptista de Sancto Severino, in repetitione l. praecibus, charta ultima, versiculo “xiii conclusio,” C. de impuberum (C. 6.26.1). Et idem etiam sentit Socynus, in l. cum avus, col.<sup>26</sup> —, versiculo “Limita tamen opinionem,” ff. de condicionibus et demonstrationibus (D. 35.1.102). Et ideo in casu nostro attendentur conditiones, “si deffecerint et decesserint,” etiam respectu vulgaris, cui est locus casu quo non nascerentur.

Rursus principaliter obstat quia bona remanserunt penes haeredes Angeli cum onere substitutionis, quanvis cadauca, l. i, § et cum triplici, C. de caducis tollendis, et § pro secundo (C. 6.51.1.2, 4). Et cum plures sint gradus /f. 15v/ substitutionum, quanvis medii sint caduci, tamen ultimo est locus, secundum

doctores; Bartolus in l. quamdiu ultima, in fine, ff. de acquirenda [vel omittenda] hereditate (D. 29.2.69), quae est communiter approbata per Baldum cons. lxxxi, [Paulum de] Castro clii, Socynum lii, Aretinum clvi, Decium cxxxviii, Curtium li, Iasonem cxlviii et cciii, post doctores in l. quamdiu, et in l. i, de vulgari (D. 28.6.1), ubi idem Iason. Sed respondeo quod illa doctrina Bartoli, quanvis communiter approbata, habet quattuor limitationes, quae omnes procedunt in casu nostro. Prima est limitatio, ut procedat quando medius gradus est nullus, quia caducus, vel in causam caduci. Si vero sit nullus quia pro non scripto sit, tunc est secus, quia in legato vel substitutione pro non scripta non transit onus fideicommissi, per tex. in d. l. i, § in primo (C. 6.51.1.3), ibi “nullo gravamine nisi per raro in hoc pro non scripto superveniente.” Iste autem est casus noster, /f. 16r/ quia substituti sunt filii et descendentes Angeli, qui non erant in rerum natura, nec unquam fuerunt. Merito onus hoc fideicommissi censetur pro non scripto, secundum Paulum de Castro dicto cons. ccclxxxiii, “Videndum est utrum fides sit adhibenda,” in fine, in primo vol., in novissimis. E ita tenent etiam Corneus cons. ccxcviii, lib. iii, et Decius cons. ccccxxvii. Nec obstat quod hoc casu, saltem propter clausulam codicillarem, grauamen debeat censi translatum, quia hoc procederet si verba conditionis verificarentur, secundum Baldum cons. clxx, in v, ad finem, Decium d. l. precibus, col. xii, et cons. ccxci, col. ii, quod non est in casu nostro, ut mox dicam.

Secunda est limitatio, ut procedat dicta conclusio quoties conditio secundo gradui adiecta non repugnaret sed evenisset; secus si repugnaret ultimo substitutio, ut est textus in l. /f. 16v/ qui habebat, ff. de vulgari et pupillari (D. 28.6.47), et consuluit Baldus cons. ccliii, “Titius instituit sorerem,” lib. primo, ubi inquit quod tali casu, licet perempto gradu, non tamen perimitur conditio, sed servat vires suas ad exclusionem ultimi substituti. Et ita etiam consuluit dominus Alexander cons. suo primo, ubi cum testator dixisset “instituo primum et substituo secundum” et “si secundus haeres fuerit et legem testamenti servaverit, post eius absque liberis mortem substituo Caium effecto caduco secundo gradu,” respondit Alexander: “Caium non admitti.” Repugnat enim conditio ‘cum non fuerit haeres neque legem testamenti servaverit.’ Idem etiam consulendo sequutus est Corneus cons. clxxx, in iiiii vol., ubi concludit quod, sicut respectu fideicommissariae substitutionis omnino oportet evenisse conditionem, ita et in suprascripto casu respectu vulgaris, /f. 17r/ quae in compendiosa inest, ex qua perempto medio gradu admittatur sequens, ut una et eadem clausula habeat aequalem determinationem, l. iam hoc iure, ff. de vulgari et pupillari (D. 28.6.4). Idem et novissime consuluit Stephanus Bertrandi cons. ccclxv, col. finale, lib. primo. In casu autem nostro conditio non evenit sed repugnat substitutio, quia illa verba “si suprascripti omnes deficerent et decederent” et cetera, non sunt verificata, ut supra dixi. Merito suprascripta difficultas non obstat. Et licet, ut inquit Baldus in



suprascripto cons. ccliiii., aliqui tenuerint quod etiam repugnante conditione, nihilominus ultimo loco substitutus admittatur. Tamen in casu nostro res est certa, quod non propter limitationem adiectam a testatore, “tunc et in eo casu, et non ante nec aliter,” et cetera. Quae verba videntur mihi tollere omnem difficultatem.

Tertia est limitatio, ut /f. 17v/ procedat doctrina Bartoli, cum de eadem re agitur tam in primis substitutionibus, quam in ultima. Tunc enim sublata media locus est ultima. Secus si de re diversa tractaretur, per d. l. qui habebat, de vulgari (D. 28.6.47), ubi Raphael Comanus. Nam in illo tex. filia substituta pupillo praecesserat et medius gradus erat peremptus, et tamen dicitur quod uxor et soror ultimo loco substitutae non admittantur. Ratio est quia, cum filia esset exhaeredata, non potest dici vulgarem subesse, secundum Alexandrum in l. ii, col. ix, versiculo “Alium etiam ponit Raphael, ff. de vulgari et pupillari.” Unde non de<sup>27</sup> eadem haereditate agebatur, sed de diversis. Cum enim exhaeredata esset, alia erat ipsius, alia fratris sui haereditas. At quaestio Bartoli procedit cum de eadem haereditate eodemque iure tractatur. Et ideo, cum secundus haeres ad fideicommissum universale vocatur, tertius /f. 18r/ vero ad fideicommissum particulare, prout in casu nostro, casu quo filii secundo gradu vocati defficerent, videtur non natis filiis evanescere fideicommissum agr. d. l. Titio usus fructus, quoniam de diversis rebus agitur. Et ita, iam sunt aliquot anni, tenui legendo in l. coheredi, in principio, ff. de vulgari et pupillari (D. 28.6.41). Nam et cum secundus gradus in suitate substitutus est, tertius vero in haereditate, receptum est: perempto secundo gradu, etiam sequentem extinguere, per tex. in l. si mater, § i, cum glossa, ff. eo. tit. de vulgari (D. 28.6.33.1).

Quarta est limitatio, ut procedat suprascripta conclusio, quando ultimo loco substitutus potest venire ex vulgari, quae in compendiosa est. Et ita proprie loquitur Bartolus. Sed in casu nostro dominus Albertus, actor, non potest praetendere aliquam vulgarem substitutionem, ut supra dixi, quia vocatus est per verba communia in re certa, quo casu compendiosa non /f. 18v/ continet vulgarem, secundum Bartolum in d. l. centurio, charta penultima, versiculo “Quero ulterius, quid si substitutio compendiosa fuit in re certa per verbum commune?” Unde ei obstat defectus conditionis proveniens ex eo quod medii non fuerunt haeredes. Et ita etiam consuluit Bartolus in quodam cons. incipiente “Quidam nomine Massius”, quod non est in impressis. Et licet dominus Iacobus, qui tempore mortis Angeli erat maior natu, et cetera, sit vocatus per verbum directum civile, ut supra dixi, tamen dominus Albertus, actor, est vocatus per verbum commune; nec potest se fundare, ex iure domini Iacobi, adversus quem stat res iudicata, licet causa sua esset aliquanto magis probabilior quam domini Alberti, nunc agentis.

Et debent domini iudices inclinare in istam partem, etiam si esset dubia. Primo, quia istae mulieres conventae possident, et in dubio pro possessore /f. 19r/

pronuntiandum est, § commodum, Inst. de interdictis (I. 4.15.4 in c.), et actor nisi clare probet intentionem suam est rejiciendus, l. qui accusare, C. de edendo (C. 2.1.4). Et semper interpretatio accipitur pro eo, qui convenitur, l. favorabiliores, de regulis iuris (D. 50.17.125), l. arrianus, ff. de actionibus et obligationibus (D. 44.7.47).

Secundo, quia semper illa pars est amplectenda, per quam pronuntiatur pro libertate bonorum, ut non subsint alicui fideicommisso, quia fideicommissum est onus et eius datio odiosa, d. l. si fuerit, et supra dixi. Et satius est in re dubia quod haereditas devoluatur secundum causam intestati, cui lex magis favet tanquam legitimae et iustae, l. iii, § i, ff. pro socio (D. 17.2.3.1), cum alia testamenti procedat solum ex quadam dispensatione, ut supra dixi.

Tertio, quia adversus dominum Iacobum agentem per duas sententias conformes fuit iudicatum; et debent iudices in dubio /f. 19v/ sequi exemplum aliorum, quia omnis novitas suspecta est, c. cum consuetudinis, ubi doctores, extra de consuetudine (X. 1.4.9), et c. quis nesciat, xi distinct. (D. 11 c.11), et in l. rebus, ff. de constitutionibus principum. Et praesumendum est pro sententia iudicis, l. ii, C. de officio civilium iudicum (C. 1.45.2), et pro eius probitate atque diligentia, c. abbate, de verborum significatione (X. 5.40.25), et in auth. ut defuncti seu funera (A.5.13. pf.), in principio, maxime cum ad tale numus eligantur litterati et honesti viri, c. in vestra,<sup>28</sup> de procuratoribus (X. 1.38.4), c. nisi essent, de praebendis (X. 3.5.21). Et presumptio est contra eum, qui succubuit, l. Herennius, § finale, ff. de evictionibus (D. 21.2.63.2), ubi glossa. Et sententia lata in uno iudicio saltem facit quale<sup>29</sup> praeiudicium in alio, adeo ut quandoque sufficit semiplenae probationi, secundum glossam, Angelum, modernos in l. ii, C. de edendo (C. 2.12).

Fortius videtur mihi quod domino Alberto obstet /f. 20r/ exceptio rei iudicatae contra dominum Iacobum per duas sententias conformes, et ideo in presenti casu obstet agenti exceptio litis finitae, quae eum a limine iudicii repellit, secundum tex. in c. i, de litis contestatione (VI. 2.3.1), lib. vi, l. fratris, C. de transactionibus (C. 2.4.10), per Bartolum in l. cum quaerebatur, ff. iudicatum solvi (D. 46.7.13), doctores in l. transacta, ubi dixi, ff. de verborum significatione (D. 50.16.229).

Cum enim mortuo domino Angelo cesserit dies fideicommissi, si quod suberat, et dominus Iacobus tunc maior natu vocaretur, incepit contra istos haeredes iudicium executivum competens ex statuto Florentino, secundum quod petitur tenuta et deinde, existente contradicente, disputatur etiam de meritis causae, et in tali iudicio succubuit dominus Iacobus per binas sententias, quae transierunt in iudicatum.

Quibus sic in facto praesuppositis, dico dictas sententias contra dominum Iacobum latas obstare etiam /f. 20v/ domino Alberto, nunc agenti, et substituto

predicti Iacobi, quia regula est quod sufficit sententiam latam esse contra principalem, ut noceat eius substituto, ut est casus in l. ex contractu, ff. de re iudicata (D. 42.1.44), in l. si servus plurium, § i, de legatis i (D. 30.50.1), in l. Papinianus, § si ex causa, ff. de inofficioso testamento (D. 5.2.8.16), in l. si patroni, § finale, secundum primum intellectum, ff. ad [sc.] Trebellianum (D. 36.1.57.5), in l. si superatus, ff. de pignoribus (D. 20.1.3), et firmant doctores communiter in l. filius familia, § divi, ff. de legatis i (D. 30.1.114.14), ubi Jason in prima lectura multa similia aggregat, et Felynus, in c. penultimo, col. penultima, extra de re iudicata (X. 2.27.25). Et cum ista sit regula, non est ab ea recedendum, nisi expresse probetur fallentia, secundum glossam in l. omnis diffinitio, de regulis iuris (D. 50.17.202). Et suprascriptae conclusionis illa est ratio quod existimavit legislator aliquando imponendum esse finem litibus, l. singulis, ff. de exceptione rei iudicate (D. 44.2.6), l. i, de usucaptionibus (D. 41.3.1), l. i, de iureiurando (D. 12.2.1), et non cogi /f. 21r/ possessorem perpetuo ad litigandum de re possessa.

Unde satis habuit quod lis sit agitata cum eo ad quem principaliter pertinet,<sup>30</sup> cum alii possint adistere liti, si<sup>31</sup> voluerint, l. si suspecta, ff. de inofficioso testamento (D. 5.2.29), l. non solum, § queritur, ff. de procuratoribus (D. 3.3.39.2), l. si perlusorio, ff. de appellationibus<sup>32</sup> (D. 49.1.14), vel appellare a die scientiae, l. i, C. de temporibus appellationum (C. 7.63.1), c. concertationem, de appellationibus (VI. 2.15.8), lib. vi, quod non est factum in casu nostro. Et solum lex excipit tres casus, quando scilicet argueretur collusio; item, quando principalis per contumaciam succubisset; item, si per iniuriam iudicis, ut est tex. in d. l. si servus plurium, § i (D. 30.1.50.1). Et dicitur colluisse, etiam qui non curavit iura sua exhibere, secundum Decium cons. cccvi, col. ii, et Felynum c. lator (X. 2.27.7), col. finale, de re iudicata. Nos autem non sumus in aliquo istorum casuum, et licet conentur<sup>33</sup> adversarii<sup>34</sup> adducere alias fallentias, tamen /f. 21v/ non obstant, ut apparet in consiliis praestantissimorum advocatorum et particulariter infra ostendam.

Et primo, non obstat quod dictae sententiae videantur latae super tenuta et possessorio tantum, quia in eis simpliciter dicitur, praeceptis non esse parendum, non autem quis prima et potiora iura habeat; unde tales sententiae, tanquam latae in possessorio, non pariunt praeiudicium in casua praesenti ordinaria et pertinente ad petitorium iudicium, l. naturaliter, § nihil commune, ff. de acquirenda possessione (D. 41.2.12.1), l. a divo, § si super, de re iudicata (D. 42.1.15.4).

Nam respondeo quod imo illa non fuit causa possessorii, itaque ad nullam spetiem interdicti pertineret: non recuperandae, non adipiscendae, non retinendae possessionis, ut dicit Bartolus in l. i, in principio, ff. ne vis fiat ei (D. 43.4.1), post Dynum, Oldradum et veteres. Nam nec de iure communi ullum remedium

possessorium competet /f. 22r/ pro legato aut fideicommisso, maxime rei certae, l. prima, in verbo “Quis in rem missionis”, C. communia de legatis (C. 6.43.1, pr.), l. non ets dubium, C. de legatis (C. 6.37.5), per Guidonem Pape in decis. delfin. quaest. cccclxxxiii, et per doctores in l. finale, C. de edicto divi Hadriani tollendo (C. 6.33.3), ubi Jason, col. iii. Sed fuit causa petitorii, verum executiva, quia instrumentum illud habetur pro sententia, secundum Benedictum de Perusio in tractatu “Guarentigie”, q. xviii, ii partis. Nam cum iure communi talia instrumenta non habeant executionem paratam, ut est tex. in l. minor xxv annis cui fideicommissum,<sup>35</sup> ff. de minoribus (D. 4.4.40), statuta propter vim guarentigiae, seu praeceptum iudicis chartularii, tribuerunt executionem, secundum Bartolum l. i, ff. de edendo (D. 2.13.1), l. non fatetur, ff. de confessis (D. 42.2.2), Angelum l. ait pretor, § i, de re iudicata (D. 42.1.5.1), et declarat Iason in l. i, § si quis ita, in fine, ff. de verborum obligationibus (D. 45.1.1.2), ubi etiam alii doctores, et Jason l. error, C. de iuris et facti ignorantia (C. 1.18.7). Et istud remedium quanvis /f. 22v/ executivum et summarium, est tamen petitorium, quia, licet concedatur primo tenuta, tamen non ideo minus iudicium est petitorium, sicut et rei vindicatio proprie est remedium petitorium, l. qui petitorium,<sup>36</sup> ff. de rei vindicatione (D. 6.1.36), et tamen executio fit in sola tenuta, l. qui restituere (D. 6.1.68), l. officium, ff. de rei vindicatione (D. 6.1.9). Cum ergo in hac petitione tenutae disputatum sit de iuribus<sup>37</sup> fideicommissi, quia dominus Iacobus in replicationibus allegavit dicta bona subiecta esse restitutioni ex fideicommisso facto per dictum Ioannem, et se habere priora et potiora iura, et cetera; satis apparet super petitorio ipso fuisse disputatum. Et cum tale iudicium sit summarium, non respectu probationum, sed respectu modi procedendi tantum, sequitur quod sententia in eo lata non possit amplius in dubium refricari. Sufficit enim quod respectu probationum et /f. 23r/ meritorum causae sit plenarium, secundum Bartolum in l. penultima, ff. de iis qui sunt sui vel alieni iuris (D. 1.6.10), Abbatem cons. l, in principio, Decium cons. xcvi, “Viso puncto”, de quo latius per Alexandrum, in l. sepe, col. xxvi, cum seqq., versiculo “Item, circa sextum”, de re iudicata; merito ergo verba illa sententiae “praeceptis non esse parendum”, intelliguntur quia impetrans ius fideicommissi non habet, alias si haberet ius in fideicommisso, fuisset parendum.

Secundo, non obstat quod tales fuerunt sententiae absolutoriae, quae non in plus praeiudicant, quam ex verbis inferatur, secundum doctrinam Bartoli in l. Iulianus, col. iiii, de conditione indebiti (D. 12.6.60); Fulgosii cons. cxi, “Praesuppositis in secundo dubio”. Verba autem simpliciter dicunt, “praeceptis non esse parendum”, quod potest esse quia non probavit incumbentia, ut habetur in d. l. Iulianus, vel quia cum esset forensis, qui non satisdedit secundum formam statuti,<sup>38</sup> non /f. 23v/ potuit eius beneficio uti, secundum Paulum de Castro, in l. omnes populi, in fine, ff. de iustitia et<sup>39</sup> iure (D. 1.1.9); vel<sup>40</sup> quia subisset

aliquod impedimentum, et ita facienda est interpretatio, ut sententia censeatur lata ex causa quae minus noceat, l. i, ff. si quis cautionibus (D. 2.11.1), ubi [Paulus de] Castro, l. haec enim,<sup>41</sup> in principio, ff. de suspectis tutoribus (D. 26.10.4), per Decium cons. cccxlv, col.viii, cum seqq. Sed certe hae rationes sunt satis frivolae et convincuntur ex actis illius causae, in quibus apparet probata fuisse inconbentia, et nullum aliud impedimentum actori fuisse quam defectum iuris, quia non evenerat conditio fideicommissi. Nec est verum quod dominus Iacobus esset forensis, nec hoc praesumitur, secundum Bartolum in l. is potest, col. vi, versiculo “Aliquando ille, qui dicit”, ff. de acquirenda haereditate (D. 29.2.18), Guido Papa in tractatu “Presumptionum”, col. v, vers. “Reperitur aliquid”. Et interpretatio in milioem partem fit in re dubia. Hic sumus in re clara, quod succubuit, tanquam non subesset fideicom- /f. 24r/ missum, et acta ipsa hoc indicant, a quibus interpraetationem recipit sententia, l. si quis ad exhibendum, ubi notatur, ff. de exceptione rei iudicate (D. 44.2.18), l. ait praetor, § si iudex, ff. de re iudicata (D. 42.1.5.1), l. penultima, cum glossa, C. de sententia quae sine certa quantitate (C. 7.46.3), Alexander l. i, in principio, quod quisque iuris (D. 2.2.1). Et talis sententia absolutoria, etiam quia non probatum seu quomodocunque lata sit, dicitur diffinitiva. Et sicut praeiudicat domino Iacobo, ut amplius non audiatur, l. argentarius, § cum autem, ff. de edendo (D. 2.13.10.3), glossa auth. qui semel, verbo “Locum habeat”, C. quomodo et quando iudex ( post C. 7.43.8), glossa et doctores in l. admonendi, ff. de iureiurando (D. 12.2.31), ita etiam praeiudicat eius substituto, ut est casus in d. l. ex contractu, qui cavillari non potest, ut recte tenet dominus Alexander in d. § divi (D. 30.1.114.14), et licet dominus Decius, cons. cccxlv, multa dicat ad circumveniendum illum textum, tamen fatetur tandem verum esse quod praeiudicet sententia substituto, prout est casus noster, /f. 24v/ licet non ita sit vassallo, per dictum Andreae de Isernia, de quo per eum. Et facit etiam distinctio domini Feleyni in c. edoceri, col. ii, de rescriptis (X. 1.3.21). Et ideo non insisto circa dictas limitationes domini Decii in d. consilio, quae non sunt verae et per alios sunt reprobatae.

Tertio, non obstat quod videatur fuisse necessaria citatio, ut praeiudicaretur substitutis, arg. l. circa, ff. de inofficioso testamento (D. 5.2.24), et quod sub dubio forte tenuit Bartolus d. § divi. Et consulvit Baldus cons. cccxxxiii, “Praemittendum”, in ii vol., quod videtur verum in casu nostro, ex quo tunc ius ipsius Alberti in iudicium non deducebatur, doctores c. si vassallus, si de feudo fuerit controversia inter dominum (L.F. 2.26.18), Alexander cons. lxxxiii. lib. iii. Vel saltem fuit necessarium publicam proclamationem, secundum l. si eo tempore, C. de remissione pignorum (C. 8.25(26).6), et quod notat Alexander in l. de unoquoque, de re iudicata (D. 42.1.47), Socynus l. cum filius, de verborum obligationibus (D. 45.1.49), cons. cclxxxii, et /f. 25r/ sequitur Crotus d. § divi.

Nam et huic rationi respondetur quod imo tales sententiae etiam absenti et ignoranti fideicommissario nocuerunt, ut est casus in d. l. ex contractu, et d. l. i, § denuntiari, de ventre inspiciendo (D. 25.4.1.14), cum similibus supra allegatis. Et opinio Bartoli in d. § divi, communiter est reprobata, ut ibi per Iasonem in prima lectura, et Felymus in d. c. penultimo, col. penultima, et ipsemet Bartolus contrarium tenuit in l. in diem, ff. de aqua [et aquae] pluviae arcendae (D. 39.3.9), per Alexandrum cons. cxxiii, col. ii, in primo, lxxxvi, et clvi, in ii.

Nec textus in l. circa quicque, obstat, quia ibi sententia lata contra unum haereditem non nocet alteri, quia uterque est principalis, sed in casu nostro satis est citari primum substitutum, quia censetur principalis respectu sequentium. Et ita respondetur ad rationem Baldi in d. cons. cccxxxiii; et ita etiam tenet Alexander in d. l. sepe, col. ix, versiculo "Et ex praedictis."

Nec etiam glossa in d. l. i, et notatur per Alexandrum in d. cons. lxxxiii, lib. /f. 25v/ iii, obstant, quia loquuntur in aliis casibus quam in substituto, qui repraesentat personam sequentis, ut fatetur Decius in d. cons. ccccxv.

Minus etiam obstat quod videretur necessaria proclamatio generalis, iuxta l. si eo tempore (C. 8.25.6). Ista esset nimis magna limitatio ad d. l. ex contractu (D. 42.1.44), d. l. si servus, § i (D. 30.1.50.1), et d. l. si superatus (D. 20.1.3), cum similibus. Et d. l. si eo tempore, procedit in casu suo speciali tantum, secundum Angelum cons. cclxxxviii, "Viso pacto", col. ii; et facit quod notat Bartolus in l. finale, col. finale, C. de edicto divi Hadriani tollendo (C. 6.33.3), et ibi illi creditores erant omnes pares in gradu, et ideo saltem generaliter sunt vocandi. At in casu nostro primus substitutus est potior sequenti, et ideo satis fuit specialiter litem cum eo tractari. Et Alexander in d. l. de unoquoque, in fine (D. 42.1.47), ubi tenet requiri generalem citationem, debet intelligi secundum d. l. si eo tempore, per eum allegatam, quia in substituto ubique ipse tenuit contrarium: /f. 26r/ quod, ut ei noceat sententia, satis sit citari<sup>42</sup> primum, et ita etiam tenet d. Alexander d. l. saepe, col. xxvi, in vii requisito. Et haec videtur verissima opinio, quae habet casus legum apertissimos, quicquid dixerit Cortus in d. § divi. Et eam tenet Jason in l. decem, de verborum obligationibus (D. 45.1.116), col. xii, per tex. in d. l. ex contractu (D. 42.1.44), cui non potest bene responderi; et Socynus in d. l. cum filius, et cons. cclxxxii, non loquitur in substituto, qui repraesentat praecedentem, sed in aliis personis; et ita etiam loquitur Bartolus in d. l. si eo tempore, cum aliis allegatis per Alexandrum in d. l. de unoquoque.

Quarto, non obstat quod saltem debet admitti fideicommissarius ad appellandum, secundum, l. i, C. de temporibus appellationum (C. 7.63.1), et notatur d. c. concertationem,<sup>43</sup> de appellationibus (VI. 2.15.8), in vi, prout fatetur de plano dominus Alexander in d. l. filius familia, § divi, et sequuntur ibi moderni. Et videtur quod tempus ei non cur[r]at nisi a die intima- /f. 26v/ tionis sibi factae de dictis sententiis, secundum glossam d. c. concertationem, et

Alexandrum d. § divi, et modernos ibi. Fortius sentit Alexander in d. l. saepe, penultimo notabili numero xxi, quod sententia non nocet tertio, quanvis non appellat, nisi supervenerit scientia<sup>44</sup> pendente iudicio, tunc enim tantum tenetur appellare. In casu autem nostro supervenit sententia duntaxat post iudicium, et cetera.

Sed respondeo quod ista opinio, ut fideicommissarius admittatur ad appellandum non est vera. Subest enim illa ratio, ne cogatur haeres saepius de eadem re litigare. Et ideo satis est obtinuisse contra primum substitutum d. l. singulis (D. 44.2.6), et confunditur haec sententia per tex. in d. l. ex contractu (D. 42.1.44), ubi apparet fieri executionem contra substitutum. Quomodo fieret si posset appellare, l. i, C. de exceptione rei iudicate.<sup>45</sup> Et etiam confunditur per d. l. si servus plurimum, § i (D. 1.30.50.1), ubi excipiuntur duntaxat tres casus, et d. l. si superatus (D. 20.1.3). /f. 27r/ Et textus in l. i, C. de temporibus appellationum (C. 7.63.1), non loquitur quando sententia lata est contra primum, ut est casus noster, in quo praeiudicatur secundo venienti, prorsus ex eodem iure, et representanti primum, et Alexander in d. l. saepe, pen., non<sup>46</sup> loquitur in terminis illius legis, in qua praeiudicatur primo, si passus sit secundum agere.

Unde, cum praeiudicium oriatur ex scientia, oportet quod ea adfuerit tempore litis, sed in casu nostro non secundus sed primus egit, et<sup>47</sup> praeiudicium non oritur. Secundo, ex scientia,<sup>48</sup> imo etiam ignorantia praeiudicatur, secundum doctores d. l. in diem, d. § divi, et Alexandrum d. l. saepe, col. xxvi, numero lxxxii, in vii requisito, ubi ad hoc ponderat tex. in d. l. superatus (D. 20.1.3), versiculo "Atqui". Quod ergo dicit Alexander in d. § divi, quod licitum est fideicommissario appellare, referendum est ad terminos iuris, scilicet ad casus positos in d. l. si servus plurimum (D. 30.1.50), puta si agruatur collusio. Et ita etiam loquuntur iura per eum allegata, in l. si perlusorio (D. 49.1.14), in l. a sententia, /f. 27v/ § si haeres, ff. de appellationibus (D. 49.1.5.1). Unde cum nos simus extra illos casus, sequitur ut agenti obstet exceptio rei iudicatae.

Sed haec sufficiant postquam ab aliis quoque clarissimis doctoribus diffusius consultum est, et ad omnia responsum. Unde satis mihi fuerit, post optimorum messorum terga, paucas hasce spicas collegisse. Salvo tamen semper saniore iudicio.

Andreas Alciatus,  
Iurisc[onsultus] in almo Bonon[iensi]  
Gymnasio, secundum supra scripta  
respondi et subsignavi.

## 注

<sup>1</sup> Firenze, Archivio Guicciardini, Filza XXIV (Processi), s.f. 1545. Sei pezzi di scritture del piato dell'inopia di M[adonn]a Camilla de' Bardi, moglie di Jacopo di Piero Guicciardini.

**Abbreviationes:** col. (columna), vol. (volumen), cons. (consilium), prin. (principium), glo. (glossa), arg. (argumentum), l. (lex), c. (canon, capitulum), d. (dictus), rub. (rubrica), sc. (senatus consultum), D. (Digestum), C. (Codex), N. (Novellae), Inst. (Institutiones), X. (Decretales Gregorii IX), VI (Liber sextus).

<sup>2</sup> Quorum nomina sunt: Niccolò Altoviti, Ormannozzo Deti (consilium 助言) Vieri de' Medici, Giovanni Buongirolami, Aloisio Velluti, Enea della Stufa, Francesco Nelli, Giovannozzo Capponi, Bono Boni, Bernardo Soderini, Francesco Pandolfini, Pietro da Filicaia (subscriptio 署名)

<sup>3</sup> in *suprascr.*

<sup>4</sup> *ms.* apud Iulianus.

<sup>5</sup> *ms.* si ita quis.

<sup>6</sup> *ms.* et.

<sup>7</sup> quod licet *post Ray. del.*

<sup>8</sup> *ms.* et.

<sup>9</sup> *ms.* Severinam.

<sup>10</sup> *corr. ex* erant.

<sup>11</sup> *corr. ex* cclxxvii.

<sup>12</sup> *corr. ex* sit.

<sup>13</sup> *corr. ex* volentis.

<sup>14</sup> *ms.* Balista.

<sup>15</sup> existentibus *suprascr.*

<sup>16</sup> *corr. ex* tamen.

<sup>17</sup> *ms.* filiam.

<sup>18</sup> *corr. ex* que.

<sup>19</sup> *corr. ex* non.

<sup>20</sup> *corr. ex* nu.

<sup>21</sup> non *suprascr.*

<sup>22</sup> *corr. ex* cclxxvii.

<sup>23</sup> *corr. ex* mentem.

<sup>24</sup> *corr. ex* cclxxvii.

<sup>25</sup> a *superscr.*

<sup>26</sup> *om. ms.*

<sup>27</sup> non *corr. ex* nec; de *suprascr.*

<sup>28</sup> *recte:* in nostra.

<sup>29</sup> quale *repet.*

<sup>30</sup> *corr. ex* tenet.

<sup>31</sup> si *suprascr.*

<sup>32</sup> secundo *post* appellationibus *del.*

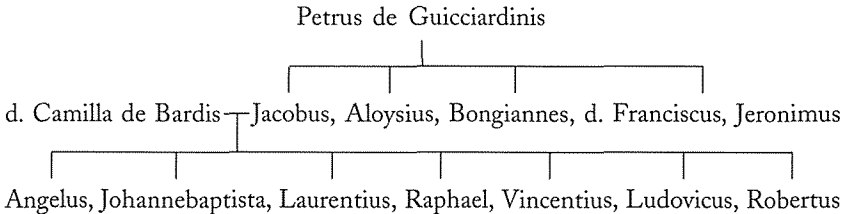
<sup>33</sup> *corr. ex* contentur.

<sup>34</sup> *corr. ex* adversarius.



- 35 *recte*: minor annis viginti quinque, cui fideicommissum.  
 36 *recte*: qui petitorio.  
 37 *recte*: viribus.  
 38 unde *post* statuti *del.*  
 39 *corr. ex* vel.  
 40 vel *suprasc.*  
 41 *recte*: hae enim.  
 42 *corr. ex* extare.  
 43 *recte*: concertationi.  
 44 scientia *suprasc.*  
 45 C. de re iudicata (C. 7.52.1)?  
 46 non *corr. ex* not.  
 47 in *post* et *del.*  
 48 *corr. ex* sententia.

## Appendix II



Suprascriptus Petrus, anno MDCXII, fecit testamentum, in quo sibi heredes universales instituit suprascriptos eius quinque filios, et fecit fideicommissum comprehendentem omnes descendentes, licet satis obscure; et decessit superstitibus dictis suis filiis, qui fuerunt eius heredes. Et ex bonis immobilibus dicti Petri obvenerunt in partem Jacobi duo predia et alia bona, de quibus infra; et Bongianes et dominus Franciscus decesserunt sine filiis masculis.

Suprascriptus Jacobus, anno 1505, contraxit matrimonium cum domina Camilla de Bardis et habuit, et confessus fuit, dotes cum consensu Petri eius patris in quantitate fl. 4000 de sigillo—videlicet, ab officialibus montis et eorum camerario fl. 800 lar. dotis dicte domine, et residuum ab Angelo patre dicte domine—quam dotem promisit restituere dicte domine; et dictus Petrus stetit fideiussor, ut latius per instrumentum. Ex dictis cognigalibus nati sunt omnes suprascripti 7 filii

masculi, qui fuerunt<sup>1</sup> emancipati per Jacopum, ante infrascriptas contractas societates et contracta debita, exceptis Vincentio et Roberto.

Deinde decessit Angelus, pater dicte domine Camille, condito testamento, in quo instituit heredes tres eius filias, inter quas ipsam dominam Camillam, in quam ut heredem, in divisionibus factis inter eam et sorores et coheredes, obvenerunt infrascripta bona, hodie infrascripti valoris:

Unum casamentum et predium situm in comitatu Florentie, in loco dicto Arcetri, valoris fl. 3000.

Unum predium cum canpana Vallis Pese, fl. 1200.

Unum predium in populo Sancti Lauri a Collina, fl. 800.

Que tria capita hodie sunt penes dominam Camillam. Tetigerat etiam dicte domine unum predium a Starniano, venditum pro pretio fl. 850, et quod pretium fuit conversum in utilitatem Jacobi, et de quo est creditrix Jacobi.

Una apotecha sita Florentie, que fuit evicta pro parte ipsius domine, ex causis provenientibus ab authoribus Angeli.

## Mobilia

Jocalia, fl. 23. Que pervenerunt in Jacopum et per eum fuerunt alienata, et de quibus est creditrix dicti Jacobi, ut apparet per libros Jacobi.

Credita montium communis Florentie, que fuerunt alienata per Jacobum ut procuratorem dicte domine Camille, pro fl. 2057, d. 1, s. 3, de quibus est creditrix.

Credita vulgariter nuncupata 'de pisani', alienata, ut supra, per dictum Jacopum, pro quantitate fl. 1629, d. 8, et de quibus est creditrix Jacobi.

Item presupponitur quod dicta domina Camilla fuit heres domine Lisabelle, eius matris, pro tertia parte; et in eam pervenerunt tam ex sua persona quam ex persona domine Marie, eius sororis, fl. 611, de dotibus dicte domine Lisabelle, quos exegit dictus Jacobus, et de quibus est debitor ipsius domine, ut apparet per librum dicti Jacobi.

Item, in dictam dominam venit unum creditum seu depositum, fl. 192, d. 11, existens penes hospitale Sancte Marie Nove, de quo se valuit Jacopus, qui erat debitor dicti hospitalis e converso, et fuit facta compensatio de consensu domine Camille, et de quibus est creditrix.

Item pervenerunt mobilia et supellectilia, que adsunt.

Item presupponitur quod Joannebaptista et Laurentius, duo ex filiis dicti Jacobi, contraxerunt magnum es alienum, et precipue in traffico et societate de

Antuerpia, cantante sub nomine dictorum Johannsbaptiste et Laurentii et sociorum.

Et in anno 1543 dicta domina Camilla, cum consensu mundualdi et cum iuramento, et dictus Jacobus,<sup>2</sup> narrato qualiter Tommasius de Cavalcantibus et Johannes de Giraldis et socii de Florentia inserviverant, et in futurum essent parati inservire, de pluribus quantitibus pecuniarum, et acceptaverant plura debita pro Laurentio de Guicciardinis et sociis de Ferraria, ac etiam narrato qualiter ipsi Tommasius et Johannes et socii de Londra erant creditores Johannsbaptiste et Laurentii de Guicciardinis et sociorum de Anversa de pluribus et multis pecuniarum summis, volentes dicta domina et dictus Jacobus eos cautos reddere promiserunt restituere totum illud, quod usquetunc credidissent, et infra unum annum crederent, usque ad summam fl. 4000, ut latius per instrumentum.

Deinde dictus Jacobus in eius libro promisit dictam dominam conservare indemnem a dicta promissione.

Item, presupponitur quod dicta domina fuerit descripta creditrix per dictum Jacopum in eius libro in quantitate fl. 4526, d. 17, s. 2, ex variis causis, et inter alias de aliquibus quantitibus, ut supra, dependentibus a predictis, et quod de tali libro fuerit factum sumptum.

Item, in alia societate et trafficho de Ferraria, cantante in Laurentium de Guicciardinis et sociorum, ubi erat socius Johannesbaptista et Jacobus eorum pater.

Quo ad societatem de Antuerpia, non est clarum utrum Jacopus in ea esset socius, sed adhuc dubitatur.

Dicta societas de Ferraria, in qua, ut supra, erant socii Jacobus et Johannebaptista, decoxit propter magnum debitum, tam cum Illustrissimo Duce Ferrarie quam aliis, et tam forensibus quam Florentinis.

Illustrissimus Dux, creditor, obtinuit ab Illustrissimo Duce Florentie, adhuc in humanis existente dicto Jacopo, causam sui crediti, et executionis vigore illius committi in magnificum dominum Lelium Taurellum, et tandem obtinuit tenuitam confirmatam in omnibus bonis immobilibus dicti Jacobi, et successive brachium militare, excepta domo de Florentia, de qua non habuit possessionem.

Una domus sita Florentie, que per Jacopum fuit empta ab illis de Beninis pro pretio fl. 1873 de sigillo, quod pretium non fuit integre solutum, sed supersunt solvendi fl. 520, d. 0, s. 7, et pro quo residuo est reservatum dominium pro ratha, que domus pro rata domini translati est valoris fl. 1200.

Duo predia sita a Poppiano in populo Sancti Quirici, que fuerunt empta ab heredibus Bracci de Guicciardinis pro pretio fl. 1400, d. 0, s. 7, de quo pretio restat solvere fl. 544, d. 19, s. 5, cum reservatione domini, adeo quod restat in dominio Jacobi quantitas fl. 963, d. 10, s. 9.

Predium del Marzoccho a Poppiano, in quo sunt fl. 265 Jacobi, quia resuduum fuit evictum, fl. 265.

Unum viridarium et petium terre a Poppiano, fl. 100.

Unum podere vocato 'el Trebbio' a Poppiano, fl. 800.

Unun predium a Poppiano 'delle Rondine', fl. 700.

Duo campi a Poppiano, fl. 142.

Una vinea a Barbistia, fl. 100.

Unum podere, quod in eum pervenit a domino Francisco eius frater, cum onere solvendi quolibet anno fl. 50, uxori dicti domini Francisci, quos annuos florenos Jacobus non solvit, sed illos solvit domina Camilla, et recepit cessionem, et tamen Jacobus ex eo percepit fructus; et in hoc est considerandum utrum sit effectus debitor domine Camille uxoris de quantitibus predictis per eam solutis, que ascendunt ad summam fl. 300.

Item, unum predium a Montignana a Collina, quod est livellarium abbatie Montis Oliveti.

Item, una domus in castro Poppiani, que fuit pretium valoris fl. 300.

Cum propter fallimetum Jacobi venisset casus solutionis alimentorum ipsi domine Camille fl. 50 lar. auri quolibet anno, ipsa domina coram dicto Magnifico domino Lelio, iudice delegato, ea obtinuit super omnibus bonis obtentis in tenuitatem, ut supra, per dictum Illustrissimum Ducem, et fuit deinde facta separatio, et in eam pro dictis alimentis durante matrimonio cum Jacobo obvenere dicta duo predia 'del Trebbio' et 'delle Rondine' supra descripti, in totum valoris fl. 1500.

Deinde, et sub die XV Maii 1548, facta fuit conventio et concordia inter creditores de Florentia dicti Jacopi, ex una, et dictum Jacopum, cum interventu Angeli et Raffaellis eius filiorum, et cum interventu domine Camille uxori, ex altera. In qua apparet nomina creditorum et eorum creditum ascendere ad quantitatem fl. 6754, d. 16, s. 7, pro fl. Et conventum fuit, quod dictis creditoribus solverentur in pluribus partitis et diversis temporibus quantitas in totum fl. 2000—videlicet, per Jeronimum de Guicciardinis, ut fideiussorem, fl. 600; per Ludovicum, unum ex filiis Jacobi, fl. 300; per Angelum, unum ex filiis, fl. 100; per dominam Camillam fl. 1000, que quantitates fuerunt solute per eos respective et qui receperunt cessiones. Et quo ad residuum, convenerunt quod si Jacobus decederet antequam dicta bona perventa, ut supra, in dictum Illustrissimum Ducem in eum revertentur, et dicta domina vigore suorum iurium non dotalium recuperaret dicta bona, quod tale casu dicta domina et dicti Angelus et Raphael eius filii tenerentur dictis creditoribusolvere s. 4 pro lira, seu saltim teneatur dicta domina cedere iura, seu de iuribus dicti sui crediti non dotalis, usque in dictam summam s. 4 pro lira, ut latius in instrumento.

Deinde, et de mense Decembris proximi preteriti, mortuus est dictus Jacobus condito testamento per prius, et iam sunt anni xx, in quo sibi heredes instituit

omnes eius filios masculos, superstitibus suprascriptis 7 filiis. Et bona dicti Jacobi, accepta in tenutam per dictum Illustrissimum Ducem ab ipso Illustrissimo Duce, obvenerunt in Bartolomeum de Gualterottis et d. Hypolitum Paganum, et hodie per eos possidentur.

Quibus consideratis et aliis considerandis etc., in causa predicta considerandum et firmandum est modus agendi. Et intentio sit:

Primo, quod filii ipsius Jacobi non efficiantur heredes.

Secundo, quod domina Camilla consequatur eius dotes.

Tertio, quod consequatur eius credita sibi debita a dicto Jacopo, que sunt multa et ascendunt ad magnam quantitatem. Et quia bona Jacobi excedunt valorem et quantitatem dotium ipsius domine, que bona, si acciperentur per eam in solutum, teneri et possideri possent etiam per filios, absque efficiendo heredes Jacobi vel obnoxii per eius debitis considerandum est que bona sint accipienda.

注

<sup>1</sup> legitime *post* fuerunt *del.*

<sup>2</sup> per instru[mentu]m *post* Jacobus *del.*

▲

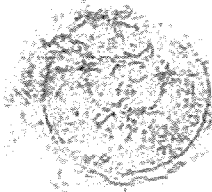
DEI ▲ OPT▲ MAX▲  
NOMINE ▲ INVOCATO ▲

*Casus pygmaeus tam copiose & subtiliter explicatus est per  
praestantiss. Doctores qui ante me consultaverunt, ut  
fere nihil michi reliquerint quia adijcere possim quodam  
non sit dictum prius, & ideo simplicia subscriptione  
contentus esse potuissem, nisi aliter partivus vi-  
sum esset: addam tamen aliqua quae animam do-  
minorum iudicum melius confirmare possint ut  
secularis confidantibusq; aliorum qui hac in causa  
olim iudicaverunt exemplum imitentur*

*Viso ergo & diligenter considerato testamento  
hominis de Bardis in eam accessi sententiam ut  
existimem casum fraeicommissi non esse nisi, si  
filias Angeli tamq; patris sui ad intestato hie-  
res a patris per d. Albertum associandas esse, pro-  
cuius sententiae tenentur in primis promittendū*

s si liceret ff de appell. Unde cum nos simus ex illos  
 casus, sequitur ut agenti obstet exceptio rei iudi-  
 catae. Sed haec sufficiant. postq̄ ab alijs quoqz cla-  
 rissimis doctoribus diffusius consuevit est, et ad  
 omnia responsum. unde satis mihi fuerit. post  
 optimorum mentorum terga paucis haece spicas  
 collegisse, salvo tamen semper saniore iudicio

ANDREAS ALCIAT<sup>s</sup>  
 Iurisc. in Almo Bonon  
 gymnasio 8<sup>m</sup> 3<sup>o</sup> 14  
 rudi, et subroganti



《アルチャートの手になる助言のオリジナル 冒頭と末尾》