



Forum Ecclesiasticum

In Quo Jus Canonicum Universum, Librorum Ac Titulorum Ordine Per Quæstiones Et Responsa, Tam Canonistarum Veterum & Recentiorum, quàm Legistarum, in iis, quæ Utrique Juri, Canonico Et Civili Communia Sunt, Autoritate stabilita, Methodo clara & facili explanantur

Leuren, Peter

Moguntiae, 1719

§. I. De codicillis.

[urn:nbn:de:hbz:466:1-73957](https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:466:1-73957)

CAPUT V.

De Codicillis, fideicommissis, Legatis.

§. I.

De Codicillis.

Quest. 668. Quid & quotuplex sit codicillus & ad quid serviat?

R Esp. ad primum: codicillus quasi parvus codex; quia in breviori chartula quam testamentum fiebat, & ut ait. gl. ad rub. Inst. de jure codicillor. habens se ut scapha ad navim, acceptus pro instrumento, appendice & accessorio ultima voluntatis à tabulis testamenti distincto, describi potest, quòd sit ultima voluntas seu testatio, sive per scripturam, sive nuncupativè, sive in testamento, sive extra illud seu sine illo declarata minus solenniter, sine directa hæredis institutione de eo, quod quis post mortem fieri velit. sumitur ex toto tit. Inst. & c. de codicillis. Dicitur primò: *ultima voluntas seu testatio*: quod stat loco generis; quamvis & per *ultimam testatio* distinguatur à donatione mortis causâ, quæ licet & ipsa inter ultimas voluntates referatur. in L. fin. c. de donat. mort. caus. non est tamen ultima testatio, sed potius conventio quædam utriusque donantis & donatarii consensum requirens; & sic potius quò ad sui constitutionem referenda ad conventiones quam ultimas voluntates. Lauterb. ad ff. de jur. codicillor. §. 3. Dicitur secundò: *sive per scripturam, sive nuncupativè*: quia non minus per nuncupationem quam per scripturam more testamenti fieri potest. Lauterb. l. c. §. 6. juxta L. fin. c. de jur. codicill. unde etiam dividi solent codicilli in scriptos & nuncupativos, cit. L. fin. Dicitur tertio: *sive in testamento, sive extra illud*: indubitatum enim est, posse illos fieri tam in testamento post illud juxta Lib. 3. c. de jur. codicill. quam absque testamento. L. 4. c. eod. Unde dividuntur in factos ab intestato & testamentarios, ita ut facti ab intestato per se subsistant & validi sint. §. 1. Inst. L. 2. §. fin. L. 3. §. 10. ff. de jur. codicill. testamentarii verò referantur ad testamentum, & ex inde tanquam pars & sequela vim suam accipiant, sive ante, sive post illud, modo in eo facti. §. 1. Inst. L. 2. L. 3. §. fin. L. 14. 16. 19. ff. de jur. codicill. Lauterb. ibid. §. 4. & licet facti post testamentum majoris securitatis gratiâ; non tamen de juris necessitate opus habent confirmatione. Lauterb. l. c. remittens ad Molin. de 7. & 7. tr. 2. d. 131. num. 3. Muller. ad ff. de jur. codicill. th. §. 6. Lit. a. Dicitur quarto: *declarata seu facta minus solenniter*: non enim requiruntur in codicillis ordinandis solennitates omnes, quæ in testamentis ordinandis sunt necessariae, de quo intelligendum, quod dicitur. §. fin. Inst. de jur. codicill. ad codicillos nullam requiri solennitatem. Adhibendæ tamen etiam in illis solennitates quædam ad effectum probationis, de quibus paulò post in specie. Dicitur quinto: *sine hæredis institutione*: nam in codicillis neque hæres institui, neque hæreditas aufer-

ri potest; ne confundatur jus testamentorum & codicillorum. §. 2. Inst. de jur. codicill. L. 2. & L. si idem. c. eod. & per hoc vel maxime differt codicillus à testamento. Dicitur sexto; *sine directâ institutione*; quia nihilominus per fideicommissum in codicillo hæreditas dari, adeoque hæres indirectè suo modo institui potest, ut dum quis sine testamento decedens facit codicillum, rogando in illo hæredem ab intestato (qui in hoc parere debet, etsi tribellanicam deducere possit) ut hæreditatem vel totam vel partem restituat. cit. §. 2. Inst. & L. 2. c. de codic.

2. Resp. ad secundum: codicilli dividuntur in publicos, qui auctoritate Principis vel Judicis sustinentur, & privatos. Item dividuntur in scriptos & non scriptos seu nuncupativos. Quamvis enim inspecta vi propriâ & significatione verbi codicilli primæva, scripti esse debeant, usu tamen juris ad non scriptos extenduntur, maxime respiciendo voluntatem codicillantis, quæ æquè verbis quam scripturâ exprimi potest. Subdividuntur tam scripti quam non scripti in factos ab intestato & testamentarios, qui etiam codicilli ad testamentum dicuntur, juxta jam dicta. Item dividuntur in declaratorios, quibus testamentum factaque in eo fideicommissâ, legata, aut etiam factæ extra testamentum donationes mortis causâ explicantur & declarantur. & dispositivos, quibus citra testamentum factum aliqua, aut præter ea, quæ in testamento disposita constituuntur alia, aut etiam testamenta, salva hæredis institutione mutari, minui augeri possunt.

3. Resp. ad tertium: serviunt codicilli illis, qui testamentum facere nolentes libenter legata aliqua, vel donationes causâ mortis facere vellent, aut hæredem indirectè instituire, vel testamentum jam factum mutare, declarare, augere, minuire, de quibus paulò post, ubi de effectibus codicillorum.

Quest. 669. Qui codicillos facere & ex iis percipere quid possint?

R Esp. ad primum: facere eos possunt omnes & soli, qui testamentum jure facere possunt. L. 8. §. 2. L. 6. §. 3. de jur. codicill. Unde potestate faciendi testamentum etiam à statuto aliquo id prohibente, eo ipso codicillos quoque facere nequit. Struv. ad ff. de jur. codicill. th. §. 6. Lit. d. citatis Bart. Alex. Zafio in L. 2. de legat. Vafq. de success. progr. L. 3. §. 30. num. 32. à quo dissentire videtur Muller. ibid. dum ait: statutum seu jus municipale, ne quis ante annum 25. faciat testamentum ad codicillos extendi non potest; quia statuta propriè & strictè accipienda, maxime dum juri communi derogant: stricta autem & propria appellatione testamenti codicillus non continetur. quamvis dici possit in eo casu non prohiberi factionem codicilli vi talis statuti, sed vi juris communis, dum illud statuit, quòd cui prohibetur factio testamenti, unde-

cunque proveniat illa prohibitio, prohibeatur quoque factio codicilli dicitur autem: *a jure*: quia impedimentum juris, non verò facti, ut dum quis. V. g. ob defectum unius aut alterius testis impeditur facere testamentum, obstat factioni codicilli. Mantie. *de coniect. ult. vol. L. 6. tit. 4. num. 1. in fin.* Tholosan. *L. 43. syntag. p. 3. c. 1. num. 5.* Struv. *l. c. Lit. y. & ibid.* Muller. Lauterb. *ibid. §. 5.* requiritur autem, ut ea potestas & habilitas juris faciendi testamentum adsit eo tempore, quo fit codicillus. nam si eo tempore, quò si fieret aut factum fuisset testamentum, hoc de jure non subsisteret, factus codicillus, hic non valebit. Unde si quis, dum sua potestatis erat, legitimum condidit testamentum, & postmodum captivus apud hostes codicillos, hi facti in captivitate non subsistunt, licet postmodum testatore postliminio redeunte, ejus testamentum jure postliminii convalescat; quia si testator tempore captivitatis testamentum suum fecisset, hoc non valeret, & jure postliminii non convalesceret. ita Muller. *l. c. Lit. e.* Quæ ipsa tamen sic limitanda: nisi codicilli ante testamentum facti dein in testamento ab habili confecto confirmati fuerint; hi enim vi talis confirmationis, etiam postmodum ab inhabili denuo conditi validi sunt & subsistunt fictione juris postliminii, sicut testamentum, ad quod retrorahuntur. *L. 12. ad ff. de captiv. & postlimin. revers.* Struv. *l. c. Lit. z.* Muller. *ibidem.* Secus tamen esset, seu non subsisterent codicilli, & nihil vi eorum peti posset, si testator non reversus, sed in captivitate mortuus esset. *cit. L. 12. §. penult.* Bart. *in L. 8. ff. qui testam. fac. poss.* etiam in eo casu fictionis legis Cornelia testamentum subsisteret. *§. 5. Inst. quibus non est permiss. fac. testam.* Muller. *l. c.*

2. Resp. ad secundum: ex codicillis capere vel aliis acquirere possunt omnes, cum quibus testamenti factio esse intelligitur. *§. 4. Inst. de heredum qual. & diff.* seu qui testamenti factionem passivam habent, id est, ex eo percipere possent, licet testamentum aut codicillos proprio nomine (nullo tamen facinore intestabiles reddit) facere nequeant, ut filiusfamilias, surdus & mutus, impubes, furiosus &c. Reusner. *de codicil. c. 6. num. 4.* Lauterb. *l. c.* Struv. Muller. *l. c. Lit. β.*

Quæst. 670. An & qualiter rationem codicilli adhuc habeat & subeat testamentum propter defectum solennitatis non subsistens?

Resp. dum quis exprimit se velle facere, vel etiam exstima vit se facere testamentum, quod tamen propter defectum aliquem solennitatis non subsistit ut testamentum, non valet etiam jure codicillari, sed in ratione codicilli, licet omnia codicillorum requisita habeat juxta expressum textum. *L. 1. ff. de jur. codicill.* Extenditurque hoc ipsum ad calum, in quo expressè quidem non dicit quis, se velle testari, heredem tamen instituit, vel exhereditat; quia eo ipso testari voluisse præsumitur juxta *L. 14. c. de jur. codicil.* Limitatur è contra primò; ut si quis expresserit voluntatem alternativam; vel faciendi codicillum, vel testamentum, etsi seu solùm testes adhibuerit, sustinetur tale testamentum tanquam codicillus, si clausulam codicillarem, de qua paulò post, adhibue-

rit, & directa hæredis institutio in eo facta trahitur ad fideicommissum; ut ut hæredes ab intestato capiant quidem hereditatem totam, sed eam scripto hæredi restituere cogantur detractâ Trebelianicâ *L. 13. §. 1. ff. de jur. codicillor. L. 76. ff. ad SC. Trebell.* Lauterb. *cit. §. 5.* Dum autem non apparet, an testamentum, an codicillum quis facere voluerit, ad Judicem spectare ex verbis & circumstantiis desuper cognoscere & decidere. *cit. L. 13. ait.* Idem cum Vinnio *ad §. 2. Inst. de jur. codicil.* Limitatur secundo in testamentis parentum inter liberos & ad pias causas; quæ sustinentur in ratione codicilli, etsi iis non sit inserta clausula codicillaris, utpote quæ talibus testamentis tacite inesse censetur. Reiffenit. *b. t. num. 717.*

Quæst. 671. An & qualiter plures codicillos quis facere possit?

Resp. tametsi plura testamenta facere quis nequeat ita ut ambo valeant, potest tamen plures quis facere codicillos, modò non sint contrarii, alioquin prior per posteriorem revocatus censetur. *§. fin. Inst. de codicil. L. divi. §. 1. ff. de jur. codicil.* Pirh. *b. t. num. 7. in fin.* Reiffenit. *num. 715.* cum communi. Cujus ratio est; quia in codicillis res singulares tantum, & non hereditas, quæ est successio in totum jus defuncti relinquuntur.

Quæst. 672. Qualiter & quibus solennitatibus adhibitis codicilli fieri debeant.

Resp. Forma codicillorum quasi accidentalis, quæ adesse & abesse potest sine eorum interitu, consideratur tam ratione scripturæ & verborum conceptionis, dum ad eos non requiritur necessariò scriptura, neque certa verborum forma. Muller. *l. c. th. 58. lit. d. juxta l. 6. §. 1. num. 3. ff. de jur. codicil.* ubi quòd necessarium non sit, eos manu disponentis scribi aut signari. quin etsi is expressè protestetur, se nolle valere codicillos, nisi à scripti & subsignati essent; postea tamen curet codicillum fieri à se nec scriptum nec subsignatum, adhuc valet; quia protestatio præcedens per factum contrarium tollitur. Brunem. *ad cit. l. 6.* Muller. *l. c.* cum ratione ordinis & confirmationis, dum codicilli testamentarii fieri possunt tam ante quam post testamentum: non testamentarii, confirmatione non egeant, capiunt tamen vires ex testamento, quamdiu non apparet alia mens testatoris expressè. interdum tamen etiam testamento confirmantur; idque diversis modis, nempe vel in præteritum vel in futurum, vel in utrumque. Lauterb. *l. c. §. 13.* Essentialis verò eorum forma, quæ illis dat esse, & sine quo esse non possunt, consistit ferè in hac unica solennitate juris, nimirum adhibitione testium, quorum necessariò requiruntur quinque juxta textum clarum. *L. fin. c. de codicil.* Quin & in codicillis inter liberos sufficiunt duo; cum nequidem ad testamenta inter liberos & ad pias causas requirantur plures. Tusch. *Lit. c. concl. 405. num. 11.* Molin. *Tóm. 11. d. 131. num. 8.* Gail. *L. 2. obs. 112. num. 1. & 7.* Myns. *cent. 1. obs. 96. per tot.* Berlich. *p. 3. concl. 5. num. 13.* Muller. *in ff. de jur. codicil. th. 57. lit. z.* Quin & codicillis militis in expeditione degentis sine omni teste, modò aliàs de

ejus voluntate certo aliunde constare possit. Muller. l. c. Uti & à solennitate exempti sunt codicilli, qui sunt judicialiter & coram actis publicis, valentque ob auctoritatem judicalem absque omnibus testibus. Carpz. p. 3. c. 4. d. 32. num. 4. Muller. l. c. Sic quoque codicilli facti sine teste subsistunt in casu, quo codicillans heredem ab intestato successurum, fideicommissarium legatarium presentem rogavit, ut post mortem suam hereditatem vel rem certam huic vel illi restitueret; tunc enim à defuncto honorati deferre possunt heredi aut alii persona oneratae juramentum ad hoc, ut vel relicta solvat, vel sub juramento neget, nihil à se rogatum, vel non illam speciem aut quantitatem; modo defrens prius ipse de calumnia juret, se non animo calumniandi hoc juramentum deferre, sed & justa & probabili causa. Lauterb. l. c. §. 8. cum Richter. decis. 62. num. 20. Beld. p. 3. conf. 107. num. 7. Carpz. §. F. p. 3. c. 8. d. 40. Pauciores etiam tempore pestis requirunt testes, ait Lauterb. l. c. Nihilominus tamen sicut in testamento caeci supra regularem numerum septem testium requiruntur octavus, vel loco ejus Notarius publicus, ita etiam in codicillis caeci supra ordinarium numerum quinarium requiruntur testis sextus. L. 8. c. qui testam. fac. poss. Jafon. ibidem. & Sichard. num. ult. Harpr. in §. fin. Inst. de codicil. Stryck. de jur. sens. dissert. 2. c. 3. num. 27. Stru. in ff. de jur. codicil. th. 57. lit. v. & alii quos ibidem refert & sequitur Muller. Contrarium tamen, quod etiam in codicillis caeci requirantur septem testes cum Notario, & in hujus defectu testis octavus, Arg. cit. l. 8. c. qui testam. fac. poss. v. que in eundem. tenentibus apud Muller. Mohl. l. c. Barry. de success. l. 1. tit. 6. num. 2. Vafq. l. 3. contr. c. 103. num. 13. Bachov. ad Tresul. vol. 2. d. 10. th. 3. lit. F. & plures alii. Porro testes requisiti ad confectionem codicillorum uno eodemque tempore adhiberi debent; adeoque codicillans expectare debet, donec omnes accesserint, ne per adventum unius post alterum turbetur actus codicillarum, qui uno contextu ad similitudinem testamenti celebrari debet. L. 28. in pr. c. de testam. Muller. l. c. lit. 8. Caterum non requiruntur, ut dicti testes sint specialiter ad hoc convocati & rogati, ut huic actui quæ tales intersint; sed sufficit fortuito convenisse, modo coram illis voluntas codicillantis exponatur. Tusch. pract. concl. lit. C. concl. 404. num. 6. Sichard. ad rub. de codicil. num. 4. Reufn. de codicil. c. 10. num. 4. Stru. l. c. th. 58. lit. v. Muller. ibidem. quin & apud hunc Vafq. l. c. num. 16. asserit, sufficere, quod testes non tantum non sint ad hoc rogati; sed etiam si inviti detenti & compulsi ad hoc. Licet autem testes omnes; non quidem solennitatis gratia, sed ut constet, quinam & cujus codicillis sint adhibiti, ut Barry. de success. l. 1. tit. 6. n. 6. Lauterb. l. c. §. 6. (cujus tamen contrarium, nempe, quod eorum subscriptio tanquam solennitas necessaria sit ita etiam, ut si quis eorum scribere nesciat, non admittatur in testem, tenet cum aliis Muller. l. c. lit. 9.) subscribere debeant & quidem chirographo proprio, dum codicillus sit, eorum tamen subsignatio seu sigilli appressio videtur esse non necessaria. Arg. L. fin. c. de codicil. Lauterb. l. c. In codicillis autem nuncupativis sufficit sola testium presentia, ut Idem juxta cit. l. fin. qui tamen codicillantes videre debent, ut Carpz. §. F. p. 3. cap. 4. d. 37. Lauterb. l. c. Muller. l. c. lit. 5. Nec denique requiruntur, ut testes sint masculi. Sichard. l. c. Tusch. l. c. concl. 405. num. 1. Molin. cit. d. 131. num. 6. Giphon. ad l. fin. §. fin. c. de codi-

cil. Harpr. ad §. ult. Inst. eod. Muller. l. c. lit. v. Lauterb. §. 7. cum mulierum testimonium in ceteris actibus tam mortis gratia, quam inter vivos non despicitur. L. 20. §. mulier. ff. qui testamentum facere poss. Reufner. de codicil. c. 10. num. 12. Muller. l. c. Quin & sola esse possunt testes in codicillis. Carpz. p. 2. decis. 152. num. 22. Muller. l. c. dissentientibus apud eundem aliis. His tamen non obstante. L. 8. c. qui testam. fac. poss. dum ibi dicitur, eundem modum servandum in codicillis, ac in testamentis, in quibus mulier testis esse nequit; cum ea non pertineant ad qualitatem testium, sed ad tabularum & reliqua in testamento caeci specialiter observanda. Lauterb. cit. §. 7. debent nihilominus sicut alii testes ad codicillum requisiti esse ad testificandum de jure idonei. Arg. c. relatum. h. t. An verò legatarii ipsi & fideicommissarii esse possint testes in codicillis, valde controversatur inter AA. affirmat Carpz. cit. decis. 152. per L. 22. c. de testam. & plures alii apud Muller. l. c. eò quod ratio, quæ utitur Justinian. in §. 11. Inst. de testam. ordin. non magis militet in testamento quam codicillo; quòdque nullibi à testimonio in codicillis reperiantur exclusi: & leges nostræ non multum curæ ponant in ordinatione codicillorum, dum etiam non rogati & mulieres admittuntur in testes. Contrariam sententiam tanquam receptiorem & communiorem propugnant Salicet. in cit. l. 22. num. 3. Reufn. de codicil. c. 16. in fin. Mascard. de probat. concl. 308. num. 7. Brun. ad l. 20 ff. qui testam. fac. poss. num. 9. Manz. de testam. valid. & inval. tit. c. 9. 1. num. 56. Farin. de testib. q. 6. num. 308. Beld. ad jure Provinc. Wurtenb. d. 3. th. 157. aliique plurimi, quos citat & sequitur Muller. cit. th. 58. lit. v. ex ea potissimum ratione, quòd nemo in propria causa testis idoneus censeatur. Unde etiam deducit Fachin. apud Muller. testibus in codicillis adhibitis, nihil ex eo relinqui posse ita ut ne quidem ejus, cui aliquid in testamento relictum, habens eum in potestate, testis in eo testamento esse possit. eò quòd usus fructus in eo legato ei acquiratur; adeoque ipsi legatum relictum videatur, & consequenter in suum commodum testimonium perhibuisse. Idem est de marito, qui in codicillis, quibus uxori relictum legatum, vel fideicommissum, inter alios testis fuit, & ut propterea talis codicillus non valeat, ut Muller. quem vide de his suis tractantem. Atque ex his omnibus vides, quòd licet codicilli non ab omnibus solennitatibus, ut alii volunt; sint exempti, sed aliquas necessàriò requirant quia tamen hæc longè pauciores sunt solennitatibus testamentariis, bene dicit Reiffenst. h. r. num. 712. id ipsum valde inservire parentibus, dum quandoque illubenter testamentum faciunt, relinquere tamen desiderant ex certis causis aliquid uni ex liberis præ aliis, vel pro anima sua, id facere possunt sine ullo testamento per codicillum adhibitis duobus solum testibus obviis etiam feminis.

Quest. 673. An & qualiter codicillus necessàriò faciendus verbis indirectis, & eget confirmatione?

Resp. Ad primum: declaratio voluntatis codicillantis necessàriò facienda verbis obliquis seu indirectis & precariis, dum per codicillum relinquatur hereditas, ita ut nec pater liberis suis directè in codicillis eam relinquere valeat. L. 76. ad SC. Trebell. Reufn. de codicil. c. 7. num. 27. Carpz. p. 2. decis. 152. num. 3. Muller. l. c. th. 19. lit. a. uti nec eam directò relinquere potest causæ præ. L. 10. ff.

eod. ne, ut inquit Imperator. §. 2. *Inst. de codicil.* confundatur jus testamentorum cum jure codicillorum. Muller. *l. c.* Unde si directo quis instituitur vel substituitur hæres per codicillum, & evidenter patet, defunctum potius facere voluisse codicillos quam testamentum, non valet illa institutio jure directo, ita ut hæres possit adire hæreditatem; sed cogitur eam accipere per personam intermediam, quæ detrahat quartam trebellanicam; adeoque verba directa instituentis benigna quadam interpretatione obliquantur, & ad fideicommissum trahuntur. §. 2. *Inst. l. 13. §. 1. l. 4. c. de codicil.* ita ut ab intestato venientes censentur rogati hæreditatem tanquam fideicommissum hæredi instituto restituere; ac ita in vim fideicommissi valet institutio. *cit. l. 76. Lauterb. l. c. §. 11.* dicens communem. Muller. *cit. ib. § 9.* addentes posse etiam hæredem per codicillos declarari indignum juxta *L. 4. c. de his, qui ut indigni.* quia, ut Lauterb. §. 10. hæreditas tunc non directo admittitur. Cætera quoque objecta codicillorum, fideicommissa nimirum & legata, postquam exaucta fideicommissis, non nisi verbis precariis & indirectis relinquuntur, dum præstanda sunt ab intermedia persona, regulatiter detracta in legatis falcidia, sicut in fideicommissis Trebellanica. vide Lauterb. §. 12.

2. Resp. Ad secundum: præter ea, quæ dicta sunt desuper *quæst. ante hanc. 5.* hodie codicilli testamentarii, nimirum facti post testamentum seu in præteritum; sive ante illud, seu in futurum vim suam accipiunt, seu confirmantur dependenter à testamento, utpote quo censentur quasi naturæ posteriores, quò ad effectum seu acquisitionem ex iis. *L. 6. in fin. ff. de codicil.* Et quidem absque eo, quòd in testamento sit facta mentio eorum, aut etiam in illis mentio testamenti facti aut faciendi; non enim specialis & expressa requiritur eorum confirmatio; ut dum diceretur: codicillos, quos ante feci, servari volo; vel codicillos, quos faciam, valere volo; sed sufficit tacita, quatenus ipso jure per præcedens vel subsequens testamentum, dum in eo non reperitur mutata voluntas, confirmari præsumuntur. §. 1. *Inst. l. 5. ff. de codicil.* Stru. *in ff. de jur. codicil. ib. 60. lit. a. & d.* Muller. *ibid. & clarius. ib. 56. lit. a.* Wesenbec. *in par. tit. ff. eod. num. 6.* dum autem ad testamenta non referuntur, quippe facti ab intestato, & absque eo, quòd codicillans voluerit facere testamentum, per se substitunt juxta dicta supra ad *quæst. ante hanc. 5.*

Quæst. 674. Quisnam codicillorum effectus, & qualiter expirent aut deficiant.

1. Resp. Ad primum: effectus illorum in eo consistit, ut hæres, sive ab intestato sive ex testamento talis, adimplere teneatur voluntatem defuncti in codicillis legitime declaratam. qui primò omnium adire debet hæreditatem. *L. 3. §. fin. de jure codicil.* Brunem. *ad l. 1. c. eod. num. 6.* Lauterb. *ibid. §. 14.* & si is præstare nolit fideicommissa universalialia, locum habet imploratio Judicis, si particularia, propter exaurationem cum legatis, iisdem actionibus compellitur. v. g. actione ex testamento, vindicatione, &c. de quo infra, ubi de legatis; uti & de effectu, eorum more, ubi de clausula codicillari.

2. Resp. Ad secundum: codicilli ritè & legitime facti infirmantur & resolvuntur contraria codicillantis voluntate ritè declarata, non nudis verbis

vel quocunque modo, sed vel in testamento, vel in codicillis contrariis ritè factis; vel sine his & illo, revocatione à codicillante facta coram Judice vel quinque testibus, ita ut non sufficiant duo. Lauterb. §. 15, citatis Schneidev. Harpr. Vinn. Wesenbec. qui testentur sic in praxi servari. Quæ tamen infirmitas per testamentum ex eo præcisè non inferitur, quòd in eo confirmati non sint, intellige, expressè, ita ut onus probandi remanentem codicillorum valorem tunc incumbat volenti ex iis aliquid capere; sed censetur tunc induci, ubi contraria voluntas testatoris in testamento expressa, cum, ut dictum paulò ante, nisi hoc factum, tacitè potius præsumantur confirmari; ita ut tunc hæredi contrarium affirmanti incumbat probatio. Lauterb. *l. c.* Resolvi autem & expirare priores codicillos per posteriores contrarios, dum hi legitime facti, seu nullum quo ad formam defectum patiuntur, extra controversiam est. in quo casu soli posteriores valent; cum in his spectetur & firmior habeatur voluntas. Arg. *L. 12. §. fin. de legat. & l. 19. c. de fideicom.* Muller. *l. c. ib. 67. lit. b.* Si verò posteriores imperfecti; quia v. g. tantum adhibiti 4. testes, vel in codicillis per scripturam confectis testes non subscripserunt, non tollerent priores nisi lapsò decennio. Arg. *L. 27. c. de testam.* Muller *l. c.* citatis Valq. *de success. prog. l. 3. §. 30. num. 52.* Barry. *de success. l. 10. tit. 1. num. 4.* Brunem. *ad l. 8. c. de codicil.* Porro ubi duo reperiuntur codicilli de quorum prioritate & posterioritate constare nequit, in quorum uno legatum relictum, in altero ademptum, illud censi posteriorius, in quo ademptum; eò quòd privato, qualis est ademptio, semper est posterior habitu. *L. 3. §. 1. de capit. minut. asserti Muller. l. c.* citatis Alex. Salicet, Brunem. Gothof. *ad l. 3. c. de codicil.* Mantica. *de consuet. ult. vol. l. 6. tit. 4. à num. 10.* Quid in casu dicendum, ubi duo reperiuntur codicilli, in quorum uno legatum legatur Titio, in altero idem legatur Cajo, nec apparet, cui prius legatum, neque etiam de ademptione unifacta explicitè vel tacitè, de hoc inquam vide Muller. & fortè infra de legatis de cætero testamento infirmato & irrito, codicilli quoque ad illud relati seu testamentarii, tanquam principali, cui inmittuntur deficientes, deficient Muller. *cit. ib. 60. lit. y.* cum Donell. juxta *L. 3. §. fin. ff. & l. 1. c. de codicil.* nisi obstat clausula codicillaris testamento inserta.

Quæst. 675. Clausula codicillaris quid sit, qualiter adjiciatur, aut inesse censeatur testamentis.

1. Resp. Ad primum: quod sit expressio enixa & ulterioris voluntatis testatoris, qua is testamentum in casum deficientis in eo solennitatis legalis, ac propterea invalidi in ratione testamenti, jure codicilli seu ut codicillum valere cupit. ita ferè Stryck. *de claus. codicil. num. 2.* quâ descriptione pater non comprehendendi clausulam specialem aliam, quam insuper jure Bavarico vigere testatur Reiffenst. *num. 725.* quin & quam jure communi Cæsareo procedere probant apud eundem Besold. nimirum hanc: volo insuper ut quidquid huic in testamento vel in cæteris foliis aut spatio ipsius testamenti, vel in scheda separata scriptis adjecero, valeat eodem modo, ac si prius hoc testamento infer-tum esset, vi hujus omnino valeat, effectumque suum habeat, quòd in spacio vacuo testamenti, vel in separatam chartam dein adscriptum fuerit manu testatoris aut saltem subscriptum, vel, si de eo dubi-
tetur,

tetur, per duos testes, qui viderunt testatorem ea interfecerem aut in separata charta scribentem probetur) in quo casu posteriore testes subscribere debent: nisi forte per Notarium publicum fieret instrumentum.

2. Resp. Ad secundum primò: apponitur hæc clausula in testamento vel litteris vel verbis. Lauterb. *ad ff. de iure codicill.* §. 17. Quocunque modo conceptis, sive sint præteriti temporis, sive præsentis, sive futuri: si non valeat: si non valeret: si non valebit: sive conceptis alternativè: valeat vel ut testamentum, vel ut codicillus: sive copulativè: valeat & iure testamenti & iure codicillorum. ut Terret. *de effect. & defect. claus. codicill.* §. 12. & 14. Tusch. *pract. concl. lit. C. concl. 292. num. 6.* Præcis. *de interpret. ult. volunt. fol. 10. n. 75.* Muller. *l. c. th. 63. lit. B.* Item apponitur verbis dictam clausulam vel clarè exprimentibus ut dum dicitur: si hæc mea dispositio non valet ut testamentum, volo eam valere ut codicillum, vel tacitè id ipsum comprehendentibus, ut dum dicitur: si hæc mea dispositio non valet ut testamentum, cupio tamen, ut valeat, quocunque modo valere potest: eo ipso enim comprehenditur modus, quo valere potest iure codicilli, vel in vim fideicommissi, legati, donationis causâ mortis. Muller. *l. c. th. 61. lit. D.* quarum clausularum posteriorem, quia aliqui pinguorem, alii ejusdem efficaciam censent, praxis ferè hodie dum obtinet, ut utraque simul cuivis testamento adhibeatur. verùm utramque hanc clausulam venire nomine clausulæ codicillaris expressæ, illam verò tacitam dicendam, quæ nullis verbis aut literis exprimitur, sed solum inesse testamentis. v. g. inter liberos, milites & ad pias causas præsumitur, pro ut hanc sententiam amplectuntur. Valsq. *de succes. progr. l. 3. §. 3. num. 38.* Covar. *in c. Raynuntius. h. t. §. 3. num. 15.* Menoch. *L. 4. presump. 31.* Carpz. *p. 3. c. 4. d. 38.* Brunem. *ad L. fin. c. de codicill. n. 11.* & alii, quos citat Muller. *l. c. lit. B.* contrarium tenentibus, seu clausulam tacitam in hoc sensu rejicientibus, & nullam inesse ulli testamento clausulam, nisi in eo expressis verbis contineatur. Giphano. *ad cit. l. fin. c. de jur. codicill.* Chifflet. *de jur. fideicom. L. 3. c. 2. §. 3.* Ludvvel. *de ult. vol. p. 2. c. 5. & c.* quibus adharere videtur Muller. *l. c. th. 62.* dum citatis pro hoc *L. 1. ff. de jur. codicill.* Tusch. Simon. de Præcis & aliis, ait non præsumi adjectam codicillarem clausulam, nisi in specie in testamento appareat; cum clausula codicillaris non expressa non subintelligatur.

3. Resp. Ad secundum secundò: dum dicta clausula adjecta est manu Notarii, in dubio censetur adjecta non ex mera consuetudine Notariorum, sed ex præsumpta voluntate testatoris. Barbol. *de claus. claus. 21. n. 3.* Stru. *in ff. de jur. codicill. th. 62. lit. a.* Muller. *ibid.* cum omnia, quæ in testamento scripta, regulariter propter fidem Tabellionis præsumantur esse scripta de voluntate testatoris saltem implicita; dum hic in dubio censetur eidem demandasse apponere omnes clausulas salutare & consuetas. de Præcis. *l. c. num. 55. & seq.* Muller. *l. c.* Quamvis autem tutius sit, ut Notarius hanc clausulam ad usum exprimat; videtur tamen sufficere, si adjecerit clausulam cateratam, ut loquuntur. AA. scribendo: si hoc testamentum non potest valere iure testamenti, valeat & cætera. cum nemini dubium, quod per illam particulam & cætera indicentur formalia clausulæ codicillaris. dum enim Notarius communiter sic soleat eam exprimere, censeri non debet omiſſa, sed compendii causâ, sub

illa particula inclusa; quæ post modum extendi potest, competente hac potestate Notariis, ut queant protocollum abbreviatum & cateratum extendere secundum consuetudinem generalem, addendo illa, quæ subintelliguntur de consuetudine. Muller. *l. c. cutu Carpz. L. 6. respons. 7. n. 27.*

Quæst. 676. Ut clausula codicillaris ordinaria vim suam exerceat & effectum suum habeat, quanam requirantur.

Resp. Requiritur primò, ut persona testatoris sit habilis ad testandum, ita ut si testamentum ex hac parte pariatum defectum clausula dicta nihil proficit. Carpz. *p. 3. c. 4. d. 29. num. 2.* Stru. *ad ff. de jur. codicill. th. 66. lit. a.* Muller. *ibid.* Secundò ut constet de voluntate testatoris; ita ut, si testamentum sit imperfectum ratione deficientis voluntatis requisitæ ad testandum per clausulam codicillarem, sustineri nequeat in ratione codicilli juxta clarum textum. *L. 11. §. 1. de legat. 3. & l. 29. ff. de testam.* si quidem hæc clausula corroborare & confirmare tantum potest voluntatem testatoris, non autem eandem alterare & extendere. Barbol. *de claus. claus. 21. num. 27. & 28.* Mantic. *de conjeçt. ult. vol. l. 6. tit. 4. num. 15.* Menoch. *conf. 532. num. 20.* & *tr. de presump. l. 4. presump. 5. num. 6.* Gratian. *discep. for. c. 550. num. 9.* Gail. *L. 2. obs. 114. num. 12.* & alii, quos citat & sequitur. Muller. *l. c. lit. B.* Atque ita, dum testamentum est coactum, nimirum voluntate extorta vi metûe, clausula adjecta nihil operatur. Harpr. *de testam. ratione voluntatis imperf. th. 35.* Muller. *l. c.* Ad quem defectum etiam reducitur, dum testator cœperit scribere ultimam voluntatem, non tamen ad finem perduxit. Stru. *l. c.* quamvis, ut Muller. velint aliqua, ut si testator occupatus in testamento faciendo vehementia morbi impeditus, voluntatem suam, ut ab initio constituerat, perfectè explanare non potuerit, adjectam clausulam operari, ut scriptura, quæ ad testamentum parabatur, quò ad ea, quæ ibi exstant scripta (non verò ad ea, quæ ibi omiſſa, cum de illis difficilis sit collectio) valeat in vim codicillorum. pro quo sententia citantur à Muller. Giphano. *in l. fin. §. ult. c. de codicill.* Schvvendendorff. *de codic. th. 4. lit. e.* Tertio requiritur ut testator in præsentia duorum testium similem schedam scripserit vel subscripserit, tunc enim valet testibus etiam non auditis vel mortuis. quin & valere talem clausulam non tantum quò ad legata & fideicommissa, sed etiam quò ad hæredis institutionem & immutationem à Schmidt bene probari asserit Reiffenst. *h. t. n. 726.* quem vide. Quarto requiritur, ut testamentum saltem illas solennitates habeat, quæ ad codicillum requiruntur; cum dispositio illa in vim codicilli nullatenus valere possit, quæ solennitates & juris requisita ad codicillum non habet. v. g. dum ad testamentum ne quidem quinque testes adhibiti. Quintò ut codicillus secundum se legitime confectus subsistat. Unde si codicillus separatim à testamento factus caret solennitate aliqua ad confectionem codicilli essentialiter requisita, frustra adicitur dicta clausula testamento, vel etiam ipsi codicillo; ut dum diceretur: volo hanc dispositionem meam codicillarem valere, quocunque modo valere potest.

Quæst. 677. Quisnam igitur sit effectus clausulæ codicillaris.

1. Resp. Si itaque requisita codicillorum perfectè servata, effectus clausulæ codicillaris ordina-

ria

riae sunt ferè sequentes. Primus ac præcipuus, ut testamentum deficiente solemnitate aliqua. v. g. quia tantum adhibiti sex vel quinque testes, vel non omnes rogati, vel non debite subscripserunt, vel non subfigillarunt, subsistat nihilominus ut fideicommissum vel legatum; ita ut hæres in eo scriptus, alias etiam ab intestato succedens, si testamentum validum fuisset, teneatur omnia legata & fideicommissa particularia per tale testamentum nullum relicta teneatur solvere. *L. fin. §. 1. c. de codicil. l. 29. ff. qui testam. fac. poss.*

2. Secundus effectus est, quòd hæres scripti vi hujus clausulæ per indirectum bona hereditaria, quæ directò ob testamento nullitatem consequi non poterant, consequantur per modum fideicommissi universalis. *Jafon. in Auth. 22. c. de liber. præterit. Tusch. Lit. C. concl. 404. & 292. Gail. L. 2. obs. 141. num. 1. Laym. L. 3. tr. §. c. 8. num. Faber. in Cod. l. 3. ut. §. de 7. num. 2. Carpz. p. 3. c. 4. d. 38. num. 4. Turret. de effec. claus. codicill. q. 1. n. 1. Reiffenst. h. t. num. 720. Muller. l. c. th. 65. lit. B. dum in hoc casu de testamento vi dictæ clausulæ subsistente tanquam fideicommissò universali perinde censetur, ac si testamentum nullum confectum, & codicillus se haberet, non tanquam nudum accessorium, sed per se quodammodo subsistere, & naturam alicujus novi principalis inducere; ita ut hæres ab intestato successurus, veluti ad hoc rogatus, pefuncti voluntatem implere teneatur, adeoque hæreditatem salvo tamen jure Trebellianicæ, quin & legitima, si hæres ab intestato est filius, restituere teneatur. *Lauterb. l. c. §. 22. Muller. l. c. Lit. e.**

3. Tertius: quòd simili modo dicta clausula conservet legata & fideicommissa particularia, etsi hæreditas adita non sit. *Lauterb. l. c. citatis Carpz. p. 3. c. 2. d. 21. Brunem. ad l. 14. c. de fideicom. ad hæc relicta quoque relinquenda Legatariis & fideicommissariis ab hærede vi dictæ clausulæ quasi rogato & obligato ad hoc.*

4. Quartus, quòd obtentu dictæ clausulæ sustineatur testamentum, si testator sciens uxorem prægnantem posthumum, id est, natum post conditum testamentum in eo præterierit; cum id nulli contrarietur, & de aperta patris clausulam adjicientis voluntate constat per *l. 24. §. 11. de fideicom. libert. Muller. l. c. lit. g. cum Jafon. l. c. & Socin. Jun. L. 1. conf. 27. n. 24. ubi etiam, quod si testator posthumo etiam ignoranter præterierit postmodum eo nato diu supervivisset & testamentum non mutasset, clausula codicillaris adhuc operetur fideicommissum pro quo citat *Tusch. Lit. c. concl. 292. n. 1. & 10. Roland. vol. 4. conf. 7. n. 3. Surd. decis. 54. n. 10. Cravet. conf. 409. n. 14. & c.* Quòd si verò nato posthumo, testator repentina morte præventus non potuit testamentum mutare, per dictam clausulam non sustineri testamentum jure fideicommissi; eò quod præsumatur fuisse mutaturus, si repentina morte præventus non fuisset, ait *Idem cum Menoch. L. 4. præsump. 32. num. 36. Decian. L. 1. respons. 37. n. 36. & c.**

5. Quintus effectus probabiliter à *Muller. l. c. th. 64. Turret. l. c. q. 102. num. 2. Barry. de success. L. 10. tit. 26. Stryck. de claus. codicill. num. 58.* Quòd, si duo reperiantur testamenta, quorum prius est solenne nullum patiens juris defectum, posterius ratione omittæ solemnitatis imperfectum, instructum tamen clausula codicillari, posterius vi hujus clausulæ nihilominus sustineatur præ priore; eò quòd ultima voluntas sit attendenda, eoque ani-

mo ultimum testamentum condiderit testator, instruxeritque eà clausula, ut valeat; adeoque præsumatur voluisse omnino derogare priori per posterius. Quæ contra objici possunt, vide apud eundem.

6. Sextus effectus, quòd hæres institutus in testamento instructo dicta clausula agere libitu suo possit, vel ex testamento, dum putat testamentum non esse defectuosum, petendo nimirum totam hæreditatem in eo sibi assignatam. vel timens testamentum fortè non subsistere, agere in vim codicilli, vique illius petere, ut hæreditas per modum fidei commissi sibi restituatur. ita tamen, ut ubi cepit agere ex testamento, amplius variare, & hæreditatem in vim codicilli petere non possit, nisi esset ex agnatis usque ad quartum gradum, vel ex cognatis usque ad tertium gradum. ita *Reiffenst. h. t. n. 721. quod posterius tenet quoque Lauterb. cit. §. 22. in fine. juxta clarum textum, L. fin. §. 1. & l. 2. c. de codicill.*

§. II.

De fideicommissò universali indeque detrahenda legitima Trebellianica.

Quæst. 678. Quid sit fideicommissum & quotuplex.

1. **R** Esp. Ad primum: fideicommissum in genere pro ut accipitur pro re, quæ fidei committitur, comprehenditq; tam fidei commissum universale: quàm fideicommissa particularia, est, quod alicui à testatore ex bonis hæreditatis illius per mediam personam, sive per ministerium & quasi manum alterius extradendum relinquatur. Universale verò est vel tota hæreditas, vel certa pars illius, puta, media vel tertia, quam testator jubet vel rogat hæredem suum, vel ex testamento vel ab intestato successurum (qui exinde etiam hæres fiduciarius, vel hæres gravatus vocatur. *L. 46. & 47. ff. ad S. C. Trebell.*) restituere certæ alicui personæ à se designatæ. Particulare est res aliqua particularis. v. g. fundus, torques aureus, certa summa pecuniæ, de mandato vel rogatu testatoris ab hærede illius alteri restituenda, ita ferè *Molin. tr. 2. de f. & f. d. 182. n. 12. Haunold. Tom. 2. de f. & f. tr. 7. n. 125. Pich. h. t. n. 72. Reiffenst. n. 604.*

Dicitur autem in descriptione fideicommissi universalis; *vel tota hæreditas vel pars*: non enim minus quàm pars illi s fideicommissi potest juxta claros textus. §. 2. & 10. *Inst. de fideicom. hæred.*

Dicitur etiam; *quam testator jubet vel rogat*; ita ut rogatus hic hodiernum potius rationem jussionis habeat. quamvis enim jure antiquo fideicommissa sola rogatorum hæredum fide citra aliam obligationem nitebantur, ita ut in potestate fideicommissò gravati esset fideicommissum præstare, nec ne, juxta *cit. §. 2.* hodierno temen jure fideicommissa etiam veram & strictam obligationem inducant; ita ut etiam hæres tam ex testamento quàm ab intestato per codicillum gravati autoritate prætoris seu officio Judicis cogi possint ad adeundam hæreditatem, eaque aditâ ad præstanda fideicommissa. *Pich. l. c. Molin. l. c. d. 186. in pr. cum communi. juxta cit. §. 2. & l. 14. §. 1. ff. eod.* Idque non tantum, ubi testator utitur verbis expressum mandatum continentibus, dicendo. v. g. Titium hæredem instituo, volòque seu mando, ut statim tertiam hæreditatis partem restituat Cajo; sed etiam dum utitur verbis