



I. N. D. N. J. C.
DISSERTATIO JURIDICA
DE

NOBILISSIMA
CLAUSULÆ CODI-
CILLARIS TACI-
TÆ SPECIE.

In l. 77. §. 23. de Legat. II. contenta,
cujus explicationem,
premissa d. §. 23. analysi

Loco inauguralis

PRÆSIDE
DIVINO NUMINE,

Authoritate atq; Decreto

MAGNIFICI atque NOBILISSIMI
Jctorum Ordinis Academiae Gissensis.

PRO LICENTIA,

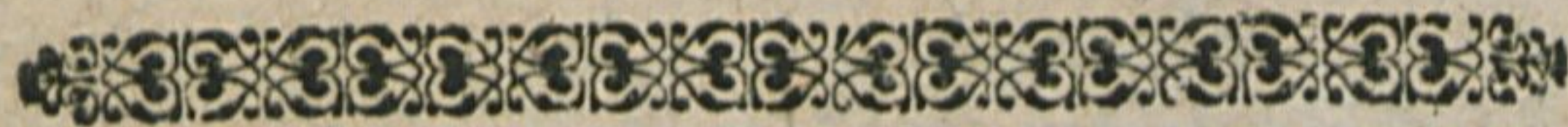
Summos in utroque Jure honores impetrandi,

Solenni DN. DN. Professorum examini
submittit.

JACOBUS DÖRCKES,

Gustrov-Mecklenburgicus

Ad diem 31. Octobris.



G I E S S Æ ,

Apud FRIDERICUM KARGERUM.

Anno 1672.

27

1672, 2

16

75

DEO.

JACOBUS DÖRCKES

PRO LICENTIA

Abd. FRIDERICI MARGRUM

Annod 1722





PRO O E M I U M.

Nihil est, quod magis hominibus debeat, quam ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle homines non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, *l. i. C. de SS. Eccles.* Et præterea publicè quoque expedit, suprema hominum judicia exitum habere, *l. vel negare §. testam. quemad. aper.* Moverunt hæc Legislatores nostros, ut multos modos conservandarum ultimarum voluntatum admitterent. Nam, cum propter nimiam testamentorum & accuratam solennitatum observationem, quibus testatores adstricti erant, sæpius postrema eorum judicia ad effectum perducere non poterant; cœperunt ipsi testatores alios atque alios modos excogitare, quibus voluntatem suam conservari posse confidebant. Hi, quoniam postmodum Juris-Consultis eorumque consilio Legumlatoribus, æquitati viderentur consentanei, sua quoque & publica autoritate illos firmarunt, atque deinceps legibus latis plenissimè illis robur addiderunt. In illorū numero non postremum, sed fermè primum locum occupat clausula illa salutaris (quam codicillarem *Dd.* nostri vocant) cujus adminiculo testatores sua testamenta, quæ jure solennium testamentorum valere nequeunt, in casu quoque intestati conservare possunt. Solet illa in testamentis certis quibusdam verbis exprimi: v. gr. si hoc meum testamentum non potest valere ut testamentum, valeat ut codicilli ab intestato, donatio mortis causa & quævis ultima voluntas minus solennis. Sed cum & alii casus in legibus nostris inveniantur, quibus Juris Conditores similes fere tribuerunt effectus, dubitare cœperunt Juris Interpretes: *num etiam dentur claus. codicillares tacite, vel, quod idem est: testamen-*

A

stamenta quædam sint, quibus illa ex præsumpta mente testatoris
 inesse censeatur? In hujus quæstionis solutione in tres potissimum
 partes iverunt Dd. *Alii* enim existimarunt omnibus testamen-
 tis censeari illam clausulam tacite inesse: in quorum numero est
Mantic. de conj. ult. volunt. lib. 1. tit. 9. n. 2. & 3. Klock. cons. 42. num.
261. ad 264. ibiq. allegati & alii quos jam referre nolo. Horum fun-
 damenta, quibus hoc asserere conantur, solidè refutat Magnif.
Dn. Tabor in Disp. de claus. codic. th. 19. & 20. quo nos brevitatis
 studio remitto. Sed putattamen *Brunnem. ad l. ult. C. de codic. §. 1.*
& 2. n. 13. utile fore, si per statutum clausula codicillaris in omni
 voluntate ultima constitueretur, cum omnis testator præsuma-
 tur, si interrogatus & informatus fuisset, de hac clausula, respon-
 surus, eam omnino addendam esse. Sed hoc suo loco relinquo.
Alterâ classis est eorum, qui illam planè rejiciunt, nec ulli testa-
 mento eam in esse censent, nisi expressis verbis in eo contineat-
 tur. ut *Claudius Chifletius de fure fideicommissorum lib. 3. c. 2. & 3.*
 quem propterea laudat *Hilliger. in Donell. enucl. lib. 7. c. 18. lit. B.*
Giphan. ad l. ult. C. de Codicill. eumque secutus Ludov. de ultim.
volunt. part. 2. c. 5. pag. 412. 413. Quorum rationibus itidem re-
 sponderante vel sine meo encomio laudatus *Magnif. Dn. Tabor*
d. disp. th. 17.

Tertia classis mediâ & veram sententiam amplectitur.
Nempe in quibusdam testamentis eam ex præsumpta mente te-
 statoris intelligi, ut sunt. *Vasqu. de success. progress. lib. 3. §. 30. n. 38.*
ad 48. Covarruv. ad cap. Raynaldus 18. x. de testam. §. 3. n. 15. seqq.
Boer. Decis. 33. & 34. de Præcis de Interpret. ult. volunt. lib. 2. int. 1.
dub. 1. sol. 10. Mantic. d. l. ubi casus refert. Barry de success. lib. 10. tit.
16. n. 18. Menoch. lib. 4. præsumpt. 31. Piso. var. res. lib. 3. c. 2. num. 9.
seqq. Gothofr. in notis ad l. ult. §. 1. C. de Codic. lit. E. Carpz. p. 3. c. 4.
d. 38 & 6. Resp. 7. Brunnem. ad l. ult. C. de Codic. n. 11. seqq. & alii ab
his citati. Sed hi rursus non planè inter se conveniunt, quænam
 testamenta hanc tacitam clausulam codicillarem habere intelli-
 gantur, aut ex quibus indiciis de ea constare possit. Alii enim ni-
 mis multos casus comminiscuntur, quibus clausulam codicilla-
 rem tacitam inesse contendunt, sed confundunt plerique formu-
 las quasdam clausulæ codic. similes cum claus. tacita, & multis
 testam.

testamenti sine legibus eam tribuunt. Alii horum numerum
 nimis coarctant, & vix unicum ejus exemplum admittere volunt.
 Sed hos casus enumerare in praesentia nolui; cum ex his unicum
 saltem, (nempe quando testator heredes suos cum religione
 jurisjurandi obtestatus est, eosque adjuravit, cujus exemplum
 nobis, l. 77. §. 23. de Legat. 2. suppeditat) mihi in hac mea inaugu-
 rati dissertatione explicandam sumserim. Et hanc quidem obte-
 stationem clausulae codicillaris vice fungi, & vim ejus retinere
 se non abnuere dicit ipse *Christet. d. l. c. 2.* alias pro negativa pu-
 gnans. Posset autem ulterius probari, adjurationem habere vim
 clausulae codicillaris tacitae, duobus potissimum modis quos ipse
 textus noster suppeditat. 1. *A priori*, ut ajunt, & potissi-
 mum a forma intrinseca: haec in clausula codic. expressa in eo
 consistit: ut testator per eam testamentum suum, etiam pro co-
 dicillis esse, sive ab intestato valere velit. *Magnif. Dn. Tabor. d. l. c.*
25. Et hanc quoque formam obtestationi huic ipsa textus verba
 tribuunt, ibi: *enixa enim voluntatis preces ad omnem successionis*
speciem porrecta videbantur. i. e. Is qui ita heredes suos adjurat,
 censetur ea quae in testamento reliquit omnino voluisse praestari,
 si non ex testamento ut testamento, tamen quasi ex codicillis &
 quavis ultima voluntate minus solenni. 2. *Probo illud a posteriori.*
 Scil. ab effectu qui enim effectus est clausulae codicillaris,
 eundem quoque de hac nostra obtestatione textus in verbis an-
 tea recensitis demonstrat, *vid. Sect. 2. n. 29.* Cur itaque diversum
 his clausulis vocabulum daretur, quas vis ac potestas una sociasset.
arg. l. 7. C. de Cod. Et praeterea non habeo contradicentem in hac no-
 stra claus. *Ludov. d. l. p. 413. in fin.* ubi jusjurandum testatoris & eni-
 xas voluntatis preces, modum adjiciendi clausulam codicillarem, vel
 codicillos ordinandi, dicit, licet neget esse claus. codic. tacitam,
 cum enim definitionem vel potius descriptionem eandem huic
 obtestationi tribuit, *vid. sect. 2. n. 5.* de definiti nomine tanto faci-
 lius inter nos conveniet. Sed quomodo in reliquis omnibus clau-
 sulae codicillari haec nostra obtestatio conveniat, in omnibus dis-
 sertationis capitulis ut tanto clarius proponam, prout ingenii te-
 nuitas feret, laborabo. Constitui autem primo loco textum. *d. l. c.*
77. §. 23. de Legat. 2. Methodo Italicae Dd. usitata resolvere, &
 A 2 deinde



deinde post tractationem secundæ partis Syntheticam, in tertiâ parte hanc nostram claus. codic. speciem, exemplis practicis per responsa duo mihi à magno studiorum Patrôno amice communicata illustrare. Quod ut feliciter eveniat; Tu Optime Maxime Deus auxilio mihi ac præsidio deesse noli!

SECT. I.

Ipsam textus l. 77. §. 23. de legat. 2. resolutionem continens.

¹
Præmitto.

Est hic paragraphus Æmilii Papiniani Jurisconsultorum prudentissimi (vid. inscriptio l. 69. de legat. 2.) cui multa eaque egregia juris nostri capita debemus, vid. *M. Wesemb. in suo Papiniano*. vix enim quicquam proferre solet quod non sit singulare aut præclarum, uti de ipso testatur *Cujac. in Comment. ad Papin. ad l. 38. §. 1. ad L. Jul. de adulter.* Ut ita merito habitus sit omnium consensu Princeps & ἄριστος sive supremus sui temporis Jurisconsultorum. *Cujac. ad l. 19. de jure fisci* Quare eum ipse *Iustinianus Imper. in l. 30. C. de Fideicommissis*. acutissimi planè in genii virum & meritò ante alios excellentem, & *Carus, Carinus & Numerianus Imp. in l. 16. d. 1.* prudentissimum vocant. ille enim Jus nostrum civile mirum in modum auxit suisque conjecturis ac prudentia admirabili locupletavit. *Cujac. in Comm. ad Papin. l. 102. de condit. & demonstrat. pag. 391.* Vixit ille temporibus Caracallæ dicti alias Antonini Bassiani, & nonnullorum antecedentium Imperatorum, à quo, propterea quod parricidium ipsius, quod in fratrem Getam commiserat, probare atque defendere nollet, internecone deletus est. Dedit hoc ipso eximium atq; generosum planè constantiæ in tuenda justitia specimen. Nam cum Sacerdos esset Justitiæ, tanta eam religione coluit, ut hanc vita omninè cariorem haberet, malletque promptissimè martyrium quasi ab Imperatore sibi propositum subire, quam vel quicquam contra illam omnium virtutum Reginam atq; Dominam, (uti Cicero lib. 3. offic. p. m. 119. justitiam describit) perfidè facere. Habent ergo in hoc tanto Viro omnes Justitiæ Cultores imitatione dignissimum exemplum, quod eos cum reverentia ac
sedulo

§.

sedulo intuentes officii quod gerunt quam optime commonefa-
cere potest.

Inter alia prudentiæ suæ egregia monumenta reliquit ille
quoque libros Responsorum decem & novem, quibus notas ad-
jecit quidam ex ejus auditoribus Paulus itidem postea Juriscon-
sultus, in illis ad singulas quæstiones sibi ad decidendum propo-
sitas breviter ex jure certo constitutoque respondit. *Gothof. in
Comm. ad l. 74. de R. l. in proæm.* Ex eorum libro octavo. (Vid.
l. 77. de Legat. 2. inscriptio) hæc particula, quam ego mihi in præ-
sentia explicandam sumpsi à Juris antiqui Compileribus in
hunc Digestorum titulum relata est.

Circa variam hujus §. lectionem quod moneam non habeo; ⁴ Perlego,
siquidem omnium, quot equidem ad manus habui, constans ver-
borum & congrua lectio est; præterquam quod nonnulli pro
verbo *successionem* substituunt *successionis speciem* qua de re, cum
idem sit sensus, non multum ero sollicitus. Illud tamen adden-
dum puto. Bartol. & alios hanc l. 77. numerare 79. id quod pro-
pterea evenit quod illi primum, l. 32. dividant. & in §. cum ita 3.
incipiant, l. 33. deinde eodem modo *l. ut herediibus* 50. scindant, e-
jusque §. si Titius 2. & seqq. inscribant l. 51. His ita præmissis
ad ipsa jam textus verba me accingam, eademque quantum fieri
potest expediam difficultate, & ad genium styli & significationum
juridicarum accommodabo: Et, quod præterea circa eadem mo-
nenda esse censuero; adjiciam.

Filius. hic dicitur masculus ex fœmina libera procreatus. ⁵
Interdum quidem & filiorum nomine filias comprehendi certum
est, vid. *l. 116. 122. 201. de V. S. & c.* Verum illud ad casum pro-
positum non pertinet, ubi non de jure quodam propter com-
mune illud nomen filiabus quoque cum filiis compe-
tente disquirat Jurisconsultus; sed facti tantummodo quan-
dam refert speciem, in qua verba merito ut sonant accipienda
sunt, in primis hic, ubi nulla subest causa quare ad improprias si-
gnificationes confugere debeamus. Dixi autem, *ex fœmina li-
bera*; quia servilis cognatio non facile ulla videtur jure civili. *l. 1.
§. 2. l. 2. in fin. unde cognati*; ad eò ut nec mater habere eum filium
censeatur qui ab hostibus captus est, *l. 141. de V. S. ibiq. Alciat.*
Quoad illud enim servi pro nullis habentur, *l. 32. d. R. l. & mortuis*

A 3 com.

comparantur. l. 59. §. ult. de condit. & demonstrat. Et quamvis non pareant Jurisconsulti cognatorum nominibus etiam in servis, & parentes, filios, fratres etiam servorum dicant, idque respectu solius juris naturalis, quo omnes homines æquales censentur d. l. 32. d. R. l. tamen ad leges serviles cognationes non pertinent. l. 10. §. 5. de gradib. & affin. Rubric & pr. Inst. de servili cognat. i. e. quoties jus civile cognatorum facit mentionem, servi nunquam intelliguntur, cum juris illius capaces non sint. Unde patet hic solum nominari filium hominem liberum, quando de eo prædicatur id quod à servis alienum planè est, nempe quod ipsi mater ab intestato successerit, & quod testamentum fecerit. Servi enim quia proprii nihil habent, sed omnia dominis suis acquirunt l. 10. §. 1. de acquir. rer. dom. frustra testamentum conderent, vel etiam invicem sibi succedere conarentur, cum non esset de quo testari, vel in quod succedere possent. Nullam tamen hoc casu differentiam intercedere arbitror, utrum filium hic accipiamus ex legitimo an ex illegitimo congressu procreatum, uterque enim filii nomen sortitur, l. 4. §. 3. de in jus vocando: Et, quoad matrem, ratione successionis, de qua hic queritur, perinde est, sive filius sit naturalis, sive legitimus, l. 5. C. ad Sclum Orfit. sive etiam spurius seu incerto patre natus l. 2. ff. unde cognat. l. 9. eod. Carpz, p. 3. c. 28. d. 7. excepto solo filio ex incestu procreato: ejus quippe ut successio matri denegatur. arg. Auth. licet. patri C. de Natur. lib. Nov. 89. cap. ult. & Auth. ex complexu C. de incest. nupt. Richter. de success. ab intest. sect. 2. memb. 3. n. 4. ita hic quoque solus ex liberis hominibus nomine filii indignus judicatur, l. si quis 6. C. de incest. & inur. nupt. idque ob insignem quandam J. Civilis sanctitatem, qua ita nefarios voluit congressus ejusmodi, ut, quasi nunquam in Repub. Romana (quæ egregiam castitatem præse ferebat vid. l. 5. C. ad Sclum Orfit. quam Justinianus pudicitiae dedicavit.) facti essent, nomen quoque filiorum & parentum è medio tollerent, filiosque potius hos tanquam sine parentibus natos & parentes liberis orbos fingere §. 12. Inst. de nupt. quam nomina illis jure naturæ aliàs convenientia, arg. l. 10. §. 5. & l. 4. §. 2. de gradib. & affin. tribuere.

Matrem,

Matrem, sive legitimam vel naturalem & illegitimam, modo non incestuosam, uti ex antea dictis constat.

Heredem, fiduciariam s. quam fidei commissa præstare filius rogaverat. *l. 46. §. 3. ad Scitum Trebell.* eum in textu § non fiat mentio, utrum universalis an particularis fuerint, qua de re deinceps videbo. Ut ut enim heredes non minus intelligantur, qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes fiunt, quam qui principaliter heredes existunt, *l. 194. de R. I. l. 65. l. 170. de V. S.* nihilominus aliquando in strictiori quadam significatione accipitur pro solo herede primo, quando vel substitutio facta est, vel etiam fideicommissa relicta sunt, &c. uti hoc præter hunc paragraphum *exempla l. 70. §. 227. de V. S.* docent.

Scriserit, i. e. scripto declaraverat nominaverat, expresserat: idque vel propria vel cujusque alterius manu cui hoc mandaverat; Nam tum temporis adhuc nihil intererat: Sed Justinianus postmodum testamentorum solennibus, propter eorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc addidit. §. 4. *Inst. de testam. ordin.* ut nulla in posterum heredis institutio momenti alicujus esset, nisi heredis nomen vel manu ipsius testatoris, vel ejus jussu, testium, tabulis scriptum reperiretur; aded ut falsi etiam poenam incurrerent Tabelliones, qui hujus constitutionis tenorem non exactè observaverint, suaq; manu heredem scripserint, *l. jubemus omnino 29. C. de Testam.* Verum cum ipse Justinianus suo jam tempore animadverteret ex ejusmodi subtilitate plurima testamenta destructa fuisse; aliam *in N. 119. c. 9.* constitutionem emisit, qua huic malo ita mederi voluit, ut sublata *d. l. 29. testatoribus* liberum testandi arbitrium hac in parte restitueret, ut per quemlibet, perinde ut universum testamentum, heredis nomen quoque jubente testatore scribi posset. Id quod etiam hodie in judiciis observari testatur & præjudiciis firmat, *Carpz. p. 30. c. 3. d. 2. n. 10. 11. §. 12. §. 6. Resp. 9. num. 16. seqq.* cumque secutus *Philip. us. practic. Instit. lib. 2. Ecloga 45.*

Et, hæc particula hic inter diversa ponitur, & præcedentem enuntiationem cum sequenti justo ordine connectit. *vid. Rudingerus cent. 5. obs. 20.* hætenus enim Papinianus de heredis institutione directa egit; huic jam subjicit fidei commissariam, de qua hic imprimis queritur.

Fidei-

11 *Fideicommissa*, hæc num fuerint universalia an particularia
 Jctus non exprimit; neque est, quod magnopere propterea la-
 bore; utriusque enim hic eadem ratio est. Et vox generis
 cuius speciei sub se compræhensæ congruit, *l. semper 147. d. R. l.*
l. omnes 4. C. de præscript. 30. vel quadr. ann. add. Gothofr. in not. ad
Auth. ex causa C. de liberis præterit. lit. K.

12 *Tabulis*, scil. testamenti, id quod ex heredis institutione
 apparet. *l. Non codicillum. 14. C. de de Testam. Mantic. de conj.*
ult. volunt. lib. 2. tit. 3. sunt autem dictæ tabulæ instrumenta qua-
 libet, quod olim tabulis ligneis, vel etiam arborum putaminibus
 cera illitis scriberent. Unde vulgò quoque bonorum possessio-
 nem contra tabulas, contra lignum appellatam fuisse testatur,
Triphonus in l. quod vulgo 19. de bonor poss. contra tab. postea lati-
 us extensa tabulæ significatio, ut tabulas testamenti accipere de-
 beanus omnem materiæ figuram; sive illæ sint lingneæ sive cu-
 jusq; alterius materiæ, sive chartæ sive membranæ, vel si ex corio a-
 licujus animalis, tabulæ rectè dicuntur, *l. 1. pr. de bon. poss. sec. tab.*
 Hodie vero licet res mutata sit, cum amplius tabulis illis non uta-
 mur, nomen tamen mansit eoque quotidie utimur. *Hilliger. in*
Donell. Enucl. lib. 25. c. 7. lit. A.

13 *Data*. i. e. promissa, assignata, adscripta, relicta, vulgò *ver-*
macht/ verlassen. Propriè quidem dare significat tradendo rei
 alicujus dominium transferre, §. *sic itaque 14. Inst. de Action.*
 Sæpe tamen, ut hic quoque significat promittere, & datio gene-
 ralem quendam titulum traditionis postmodum secuturæ de-
 notat.

14 *Cum* hæc particula plerumque accessionis nota est, & ac-
 cessoriè copulat. *l. uxorem. 41. §. in testam. 1. de Legat. 3. Ruding.*
Obs. 61. cent. 3. ut significet, cum jurisjurandi religione, idem ac si
 diceretur, adjuncta jurisjurandi religione.

15 *Jurisjurandi* i. e. obtestandi adjurandique formulæ testa-
 mento adjectæ. *Hennequinus. in not. ad Accurs. ad h. s. Cujac. h.*
in comment. Est autem adjecta fideicommissi firmandi & ad cau-
 sam intestati producendi causa; ita ut heredem obligaret, ut vo-
 luntatem ejus, quæ ex testamento exitum invenire non poterat,
 solo religionis metu, quo ipsum sibi obtestando in conscientia
 voluit

voluit obstringere, omnino factam testam servaret, etiam testamento ad causam intestati redacto. Propterea enim Deum omniscium quasi in testimonium fideicommissorum datorum vocavit, ut metu iræ potentissimi Vindicis illius, fidem, quam ipse secutus fuerat, præstaret: cum persuasum haberet, eum, si religionis contemptu sanctissimum hoc testimonium non satis reverenter haberet, hoc non facile impunè laturum. Sic in hanc rem *Ovidius sub personâ Acontii ad Cydippam Epist. 19. p. m. 136.*

Quod quia sit dictum sancta presente Diana,

Esse tuam vincens numine teste fidem.

Religione, quæ vox hic non significat cultum divinum, uti in *l. 2. de l. & l.* Sed piam, devotam atque religiosam verborum conceptionem, & singularem quandam sub obtestatione divini numinis devotionem, qua conscientiam heredis constringere testator voluit: idque per metonymiam adjuncti quam vocant Rhetores; Ita ut hic jurisjurandi religio significet jusjurandum religiosum. Interdum & simpliciter vox religio pro juramento ponitur, propterea quod fermè omnis efficacia jurisjurandi, ab eadem dependeat, ut in *l. si quis 11. G. de reb. credit. & l. questionem 32. C. de fideicommiss. & pro ipsa obligatione ex jurejurando fluente. l. videamus 4. §. deferre 1. de in litem jurando.* Nec enim ullum juramentum effectum sortiretur, nisi religionis metu animi hominum ad fidem servandam compellerentur. Licet autem hic non heres sed testator juravit, vel potius heredis fidem religione sibi devincire voluit, tamen ille utique ex illo obligatur; cum illud quoque ad ejus religionem pertineat, ut fidei commissa præstaret, quæ ab ipso testator, adscito quasi in testimonium Numine Divino, reliquit, in quo potissimum hujus obtestationis religio vertitur. *Eo sensu Carpz. p. 2. c. 12. d. 14. n. 4. puto juramentum speciem quandam religionis dixisse. add. idem p. 2. c. 16. d. 69. num. 8.*

Præstari. hujus verbi significatio latius patet, quam verbi dandi, siquidem quamlibet vel rei vel facti præstationem denotat. Ut præstare juramentum, cautionem, evictionem, fidem, culpam, dolum, &c. Hinc præstare legatum vel fideicommissum idem est, atque restituere legatario vel fideicommissario, quod à

B

testa-

32

16

17

testatore, cuius quis hereditatem adiit, sub fide restitutionis accepit.

18 *Rogaverat.* Id quod proprium est fideicommissorum, ut nunquam verbis directis, sed solum precariis relinqu possint. §. *verba. 3. Inst. de sing. reb. per. fia. reliet.* adeò, ut, quamvis legata atque fideicommissa particularia, vid. *Wes. ad tit. de Legat. 1. n. 10.* per omnia etiam quoad verborum figuram sint exæquata, l. 2. *C. comm. de Legat. § 3. Inst. de Legat.* scilicet quoad effectum præstationis: Natura tamen ipsa atque essentialis eorum & specifica, quam vocant Philosophi, differentia non est sublata; & quod verbis directis datur, legatum, quod vero precariis, adhuc hodie fideicommissum rectè dicitur. *Wesemb. d. l. Vinn. ad § 3. Inst. de Legat. Struv. Ex. 35. th. 26.* Unde eleganter dixit, *Manic. de conj. ult. vol. lib. 7. tit. 2. n. 1.* legata atque fideicommissa non sunt idem formaliter, sed virtualiter, quoniam exæquatio est diversorum. Nam in hoc potissimum differunt, quod legata immediatè, fideicommissa vero mediatè à testatore concedantur, unde sequitur eum, qui alterius fidei atque pudori committit, eum rogare omninò debere, quippe in quem nulla ipsi iubendi potestas est: Eum vero, qui legatum dat, illo non opus habere, cum non ab altero legatario quicquam relinquat, sed ipse legatum det, ad quod præstandum deinde heres ex hereditatis aditione obligatur. *Wesemb. d. l. in fin.* egregium hujus differentia exemplum ipse Justinianus nobis suppeditat in §. *libertas 2. Inst. de sing. reb. per. fideic. reliet.* addatur *Hahn. ad Wes. d. l. vers. sunt enim exæquata.*

19 *Cum* i. e. quia: indicat hic rationem dubitandi de fideicommissi vigore, uti exemplum huic simile est in *l. uxorem 41. §. testamento 7. vers. quæsitum est de Legat. 3. vid. Brisson. in parergis. p. m. 684. lin. 35.* Vel possem etiam dicere hanc particulam hoc loco, *quamvis, licet,* significare, idque propter sequentis periodi verbum, *nihilominus* perinde ac si dixerit, *quamvis testamentum nullo jure factum esset, nihilominus, &c.*

20 *Testamentum*, hoc quid significet non jam laborabo, siquidem inter omnes facilè constat; tantum illud hoc loco notandum est: Testamentum etiam nullum & illegitimum nihilominus testamenti nomen sortiri, cum testatoris mentem ultimam expri-

exprimat, *pr. Inst. de testam. ord.* licet illa exitum habere nequeat.

21

Nullo jure. i. e. non jure scilicet eo quod ad testamenti solennitatem pertinet, vid. l. 1. ff. de injust. rumpi. irrit. sed tamen codicillorum, nam, si nec hoc jure factum esset, non etiam fideicommissa ab intestato deberentur. *vid. sect. 2. n. 22. & 66.* Et quamvis Glossa ad hunc §. verba illa de ommissa fideicommissi solennitate interpretetur, tamen non video quorsum illa explicatio pertineat: Siquidem fideicommissum non solum per testamentum solenne, sed & per minus solenne, quod tamen per clausulam codicillarem sustinetur, imò & simpliciter per codicillos ab intestato relinqui potest. *Struv. Ex. 36. th. 22.* cum ergo hic ex religiosa adjuratione clausula ejusmodi inducatur, non video quid in solennitate fideicommissi desiderare possim. Quod si ergo penitius inquirere velim, ob quænam solennia ommissa hoc testamentum sustineri non potuerit, negare non possum, hac in re conjecturam satis esse difficilem, cum nullum in hoc §. vel minimum appareat indicium quo de hoc vel illo defectu certus esse possim. Eatenus quidem benè se habet testamentum: Quod 1. Heredis institutio legitime sit facta. 2. Fideicommissa legitime, verbis nempe precariis, relicta sint. 3. Unico contextu testandi actus fuit absolutus, id quod ex verborum serie conjicio: cum aliàs nec codicillorum jure valere potuisset. *l. cum antiquitas 28. pr. C. de testam. l. ult. §. ult. C. de codicillis. Piso. var. res. lib. 3. c. 1. n. 31. 32.* Et præterea non modo veritatis sed & solennitatis pro instrumento præsumptio sit, §. *si scriptum 16. Inst. de inut. stipulat.* nisi contrarium appareat. Nec 4. Defectus in persona testantis apparet, quippe qui ipsum quoq; à codicillorum confectioe removisset. *l. Divi. 6. §. codicillos 3. ff. de jure codicillorum.* Non denique 6. in persona heredis, vel fiduciarii, vel fideicommissarii: hic enim si fuisset incapax fideicommissorum, non etiam mediante claus. cod. aliquid capere potuisset. *Struv. Ex. 34. th. 56. & Ex. 36. th. 16.* Ille, cujus vicem hic mater instituta sustinet, ut capax fuerit, ita ut vel sibi vel alteri relictam hereditatem acquirere posset, omninò necesse est, cum aliàs ad fideicommissa præstanda non potuisset coarctari. §. 1. *Inst. de sing. reb. per fid.*

Restat ergo ut vel in solennitate circa testes observanda, vel

B 2

etiam

etiam in subscriptione aut subsignatione defectus fuerit. Et quidem utrum septem testes adfuerint, dubito: Nam propter hanc causam testamentum dicitur non jure vel nullo jure factum. *vid. Gothofr. in not. ad l. i. de injusto rumpo, & c. lit. l.* Certè quinque testes adfuisse affirmare possum; quòd sine his nulla voluntas ultima momenti quicquam habeat. *l. ult. §. ult. C. de Codic.* Conjicit quidem *Gothofr. in notis ad h. §. lit. R.* nullum propterea fuisse testamentum, quod testes rogati non fuerint. Sed quamquam ipsi hâc in conjectura non repugnem; quin tamen & alius forsan defectus adfuerit, v.g. testes non fuerint habiles, non quidem simpliciter, sed habito respectu ad solennia testamenti, *vid. l. 20. §. 6. qui testam. fac. poss.* Vel testamentum non subsignaverint, attamen subscripserint vel subnotaverint, *d. l. ult. §. ult. C. de Codicillis.* vel aliud etiam solenne omisum fuerit, cuius liberam judicandi facultatem relinquo; sufficit enim nosse, testamentum propter aliquod enumeratorum solennium à Jcto nullo jure factum dici, licet hunc vel illum defectum certò demonstrare nequeam, cum perinde sit, & hæc investigatio curiosæ magis quam utilis sit indaginis.

22 *Factum esset*, hic nihil quod moneam habeo, nisi quod facere significet idem quod alio loco ordinare testamentum. *rubr. tit. ff. qui testam. facere poss. & tit. C. de testam. & quem. testam. ordinentur & tit. Instit. de testam. ordinandis.*

23 *Nihilominus*, i. e. hoc non obstante. *Calvin. in Lex. Jur. voc. nihilominus vid. quæ dixi ad vocem cum.* Est autem hic particula isthæc decisionis atque dubii soluti nota affirmationi similis. Semper enim hæc vox affirmativam continet, uti nihilo magis negativam. *Gloss. Accurs. ad pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. lit. D.* & auget dispositionem eamque præcisam reddit. *Strauch. in Lexico partic. voce nihilominus.*

24 *Matrem* scil. testamento jure nullo institutam, quæ propterea huic filii dispositioni se opposuerat, quod persuasum haberet, se non adstringi ut fideicommissa testamento data præstaret, cum illud nullum apparuisset, & ex eo hereditas ad se non pervenisset.

Legiti-

Legitimam heredem, i. e. quæ postmodum ab intestato filii hereditatem accepit, & quæ vel sine testatoris dispositione ad hereditatem defuncti pervenisset; solius legis, ipsi successionem filii, turbato mortalitatis ordine, defuncti, deferentis, adminiculo. Hæc enim perpetua in jure nostro heredum & hereditatis ab intestato appellatio est, *vid. l. 3. §. 2. pro socio & alia infinita*: Idque non, quasi heredes testamentarii essent illegitimi, siquidem & his lege obvenire hereditatem non inpropriè quis dixerit, quia lege XII. Tab. testamentariæ hereditates confirmantur, *l. 130. de V. S.* sed *διαφώως*, quia immediatè & proximè per legem, sine prævia defuncti voluntate expressa, illis defertur hereditas, cum testamentariam non tam lex, quam homo deferat. Uti hoc explicat Magnificus Dn. Tabor Juris Consultorum nostri temporis meritò Princeps, Patronus Fautor ac studiorum meorum Promotor Opt. Max. mihi que instar Parentis Colendus venerandus, *partit. elem. p. 3. f. 1. lb. 1.*

Cogendam, i. e. jubendam *vid. Gloss. ad l. 4. C. ad Sctum Trebell.* voce *coacta*, etiam invitam. Olim quidem cogi nemo poterat invitus ut fideicommissa præstaret, cum ea nullo juris vinculo sed tantummodo pudere (i. e. religione, probitate, quæ tum pudor erant hominum & videbantur vinculum satis validum implendæ voluntatis defuncti) eorum qui rogabantur continebantur. §. 1. *Inst. de fideicom. heredit. ibique Vinn. in notis.* Hodie quin etiam inviti ad præstanda fideicommissa compelli per actiones possint dubium non est, *vid. l. mulier 22. §. non est 1. ad Sctum Treb. Coll. Jur. Arg. ad tit. Ad Sctum Trebell. lb. 11. Et Carpz. p. 3 c. 13. d. 35.* testatur hodie etiam via executiva legata & fideicommissa peti posse. Debet autem hæc coactio vel jussus à magistratu fieri, cujus de ea re jurisdictio est. Et quidem apud Romanos in urbe de illis cognoscebant Consules vel Prætores, unus vel duo fideicommissarii dicti *C. l. A. d. l. Struv. Ex. 36. lb. 12.* in Provinciis Præsides. *Ulpian. Tit. 25. n. 12.* Et quidem per magistratus municipales, qui eorum autoritate hereditatem adire & fiduciarium restituere jubebant. *Paul. lib. 4. sentent. Tit. 4. §. 2.* vel per duumviros *Cujac. ibid.* ubique tamen extra ordinem, non servato aliàs consueto juris ordine *Vipian, d. l. non per formulam l. pecunia 178. §.*

actionis 2. d. V. S. Neque captanda sunt verba *d. §. 1. Inst. de fideic. heredit.* ibi. paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, ac si Justinianus his ordinariam jurisdictionem quæ jure magistratus competit significare voluerit. Possunt enim illa optimè ex antecedentibus explicari; quibus traduntur gradus quemadmodum fideicommissa paulatim ad cognitionem magistratuum pertinere cœperint, ita, ut, cum ab initio Imperator Augustus quasi per privilegium quibusdam fideicommissariis subveniret, postea tamen moribus factum sit, ut esset assidua Jurisdictio de illis, i. e. ut semper de illis jus diceretur, licet non ab omnibus qui jurisdictioni præerant. Aliàs quidem & executio ultimarum voluntatum ad Episcopos & Diocesanos. (i. e. Abbates, Archidiaconos jurisdictione Episcopali gaudentes vel ex privilegio vel etiam præscriptione *Covarruv. ad c. Johannes 19. x. de Testam. n. 1.*) pertinere dicitur *in c. 3. 6. 17. 19. x. de testam.* Et hinc *Covarr. ad d. c. Johannes.* dicit executionem mixti fori esse *per l. hereditas 50. §. 1. de heredit. petit. verb. Principali vel Pontificali auctoritate.* Sed arbitror vix omnium fideicommissorum executionem simpliciter ad Episcopos pertinuisse, sed potissimum eorum, quæ ad pios aut religiosos usus sunt relicta, id enim solummodo probant LL. juris nostri Civilis *l. nulli 28. C. de Episc. & Cleric. & N. 131. c. 10. 11. & e.* ad quas Pontifex in *d. c. 3.* provocat in verbis *secundum piissimas leges.* Hodie illarum executio ad eos pertinet quibus hoc vel specialiter à testatore demandatum. *De Pratis, de Interpr. ult. volunt. lib. 5. int. 1. dub. 2. n. 21. & seqq.* vel his deficientibus, ad quemvis magistratum cujus jurisdictioni vel heres subjectus, *l. si fideicommiss. 50. §. sed & 2. de Judiciis.* vel etiam in cujus territorio bona fideicommissis obnoxia sunt posita, *arg. l. quod legatur. 38. d. t. l. sed & 52. §. si ea 3. eod.* vel ubi adita est hereditas. *Siruv. Ex. 9. lb. 43.*

Præstare fideicommissa, i. e. restituere, tradere, fideicommissa tabulis data cum omni causa & fructibus ante aditam hereditatem perceptis. l. ita n. 27. §. si heres 1. ad Scrum Trebell.

Respondi, non ut Judex, sed de jure hujus quæstionis consultus. Hi enim propterea Juris consulti appellantur, quod publicè jura interpretandi, de iisdem respondendi, suisque respon-
fis

his controversiam decidendi facultatem à Cæsare nacti essent, §
8. *Inst. de Jur. nat. g. & civ.* Et solent hanc differentiam inter re-
spondere & judicare probè observare Jcti vid. l. 24. ff. de LL. et-
iam Practici. Sæpius enim hac formula utuntur: & ita sæpius
responsum atque judicatum fuit. *Harim. Pistor. lib. 2. qu. 42. n.*
36. vers. qui tamen & l. 2. qu. 33. n. ult. & qu. 26. n. 17. Jul. Clarus. re-
cept. sent. lib. 4. §. feudum. quest. 79. n. 3. vers. m. ibi autem placet. Li-
cet enim tempore JCorum veterum eadem ferme utriusq; fuerit
authoritas. d. §. 8 nomen tamē propterea confundi nō debuit. Sic
itidem Principes *rescribere*, dicuntur quoties de jure dubio con-
sulti respondent. *tot. tit. C. de Diversis rescript. Struv. Ex. 2.*
th. 25.

Cum, rationem & causam decidendi, denotat. *Strauch. Lex.* 29
Partic. voce. nam. n. 3. ubi dicit: Quoties lex utitur verbo nam &
similibus, ratio censetur finalis.

Enixa, hanc voculam Glossa explicat per vocem porrectæ: 30
verum cum hoc verbum itidem in textu alio planè sensu expri-
matur, puto melius huic voci respondere vocabulum obnixæ
quam itidem Gl. subjicit, quamque *Calvin. Lex. tur.* interpreta-
tur, cum conatu, instanter, totis viribus factæ atque significatæ
voluntatis; sumpto simili à puerperis: Uti enim hæ tunc enixæ
dicuntur, quando nitendi, hoc est conandi & dolendi munere
perfunctæ, vel ex hoc quod vinculis quibusdam periculi, quibus
erant suppositæ fuerint ex solutæ. *Fornarius ad l. ter. enixa 137. d.*
V. S. voce enixa, ita hoc loco testatoris voluntas enixa dicitur,
quando labore conandi exprimere preces mente conceptas per
religiosam obtestandi formulam perfunctæ, atque Vinculis peri-
culi quod communis hominum condicio minitari videbatur,
exsoluta, postquam ante quam illud subiret animi sensa, propen-
samque erga fideicommissarium benevolentiam summumque
gratificandi desiderium cum religionis mentione testatum fecis-
set. *add. Cujac. ad Resp. Papin. lib. 8. in h. §.*

Voluntatis patet jam ex supra dictis verbum enixæ ad hoc 31
substantivum pertinere, quamvis & *Glossa* hic illud ad vocem
preces referre malit; quod licet constructioni Grammaticæ non
repugnet elegantius tamen ad vocem voluntatis referri ex ante
dictis apparet.

Præ

Præces, i. e. formula fideicommissi precariis verbis constans, vid. *l. Si patroni* 55. §. *quid ergo* 3. *vers. ut qui destituit*, ff. *ad Sctum Trebell.* v. gr. rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, injungo desidero, impero *Paulus recept. sent. lib. 4. tit. 1. §. 6. ibiq. Cujac.* Vel etiam dici potest, quod hic per preces significet Papinianus religiosam obtestationem, & religiosam inserta Divini Numinis imploratione verborum conceptionem. Quare de juramento dicit, *Struv. Ex. 17. lb. 4.* ejus formam in asseveratione religiosa consistere, qua Deum quasi testem in fidem asserti vocamus, perinde ut precibus imploramus divinum auxilium. Ex illa juramenti, & quod propius ad scopum accedit, obtestatione religiosa, cum precibus quoad invocationem Dei similitudine, natum est illud tritum Vernaculi sermonis proverbium. *Wer recht schworet thut sowol / als wann er ein gläubig Bätter unser bettet.* Sic apud Virgilium 12. *Aeneidos* is qui ita obtestatur atque jurat precans dicitur, ibi:

*Esto nunc testis sol, & hac mihi terra precanti
Et pater omnipotens & tu Saturnia Juno.*

Et apud Livium lib. 21. Deos precatus ita se mactarent, quemadmodum ipse mactasset agnum.

33 *Ad omnem successionis speciem.* Sive ex testamento sive ab intestato delatam. Is enim singularis effectus est clausulæ codicillaris, cujus vicem hic obtestatio religiosa sustinet, ut voluntatem defuncti, qua omnimodo fidei commissario de indubitata successione vel legato prospicere voluit, quicumque heres ipse sit futurus, adimplere teneatur, *l. 3. §. de Jure Codic. Bart. ad l. 1. d. t. num. 3.*

34 *Porrectæ* i. e. productæ, extensæ ad omnem successionis speciem *Cujac. Resp. Papin. lib. 8. ad h. §.* eodem modo sumitur vox porrigi in *l. fideicommissaria* 23. §. *etiam* 3. *de Fideicommiss. libers.*

35 *Videbantur* Scil. Papiniano hujus legis Authori; ut responsum Prudentis intelligas, quod est sententia atque opinio ejus, cui permissum erat de jure respondere, eodem verbo utitur Papinianus in *in l. Titio* 71. §. *Titio* 3. *de condit. & demonstrat.* Et Cicero *Ep. 7. ad Trebat.* refert, quod ita Jurisconsulti aliorum Iuris-

ris-

risconsultorū auctoritatem allegare consueverint, quando ita ad Trebatium verba concepit: *Hoc, quemadmodum vos scribere solentis in vestris libris: Idem Q. Cornelio videbatur.*

Eodem fere modò & hodie Jurisconsulti responsa sua finire solent, quando plerumque subjiciunt ejusmodi formulas: Et ita censuit Facultas &c. salvo melius sentientium judicio. Item. *Welches wir den Rechtens vorbeschriebener massen zuseyn erachten jedoch salvo &c. item. Auch daß diese unsere unvorgreifliche Meinung denen gemeinen Rechten gemäß / bekennen wir Decan. Doct. &c. & quæ sunt aliæ his similes.* Ex hoc verbo igitur apparet, quam bene finis hujus legis cum inscriptione, quæ habetur ab initio l. 77. congruat. Uti enim ex lib. 8. Responsorum Papiniani hic §. desumptus est, ita quoque elegans quoddam responsi exemplum exhibet.

Hunc §. ita in summam redegit Bart. h. *Juramentum testatoris vel heredis habet vim repetitionis ab intestato.* Summe. Sed arbitrari clarius ita summam concipi posse: Juramentum vel potius obtestatio atque adjuratio testatoris religiosa habet vim clausulæ codicillaris, si non valet jure testamenti valeat jure codicillorum vel etiam alterius cujusque ultimæ voluntatis. *Gothofr. in not. ad l. §. lit. S.* Præterquam enim quod Bart. in eo impingat, quod simpliciter juramento testatoris vel heredis hanc efficiam tribuat, *de quo infra latius agendum;* verbum *repetitionis* obscurius est, quam ut sententiam §. per hanc summam sine ipsius legis inspectione intelligere possis. Sunt tamen summæ propterea inventæ, ut breviter sententiam legis quasi in compendio exhibeant, ut de illa certus esse possit, cui non est integrum fortassis totum contextum penitus & longius introspicere; vel etiam ut legis obscuritatem planiorem reddant.

Dividi commode §. hic in duas partes poterit: Quarum prima speciem facti Papiniano exhibitam continet. usque ad verbum *rogaverat*, altera Responsum ipsum: quod itidem tribus constat partibus. Scindo. 37

1. Rationem dubitandi continet. *vers. cum, &c. factum esset.* Quod scilicet fideicommissa, ex testamento quod nullo jure factum erat, non deberentur quasi ex codicillis l. *fideicommissa* II. §. I. de legat. 3.

C

2. Ra-

2. Rationem decidendi *vers. nihilominus ad fin.* quæ consistit in enixæ voluntatis precibus jurisjurandi religione firmatis. Cui simul 3. responsio ad rationem dubitandi includitur verbis *ad omnem successionis speciem porrecta.*

Figuro casum.

38 Casum legis ita exhibet *Gl. Vivian.* qui præprimis in casibus LL. ff. formandis occupatus fuit perinde ut Bartolus, Baldus & Alexander in summis tradendis & Accursius in verborum explicatione, planè atquè inter sese operas hæcce partiti fuissent.

Institu heredem matrem meam, & ab ea fideicommissa reliqui: & feci eam jurare, quod ea præstaret, apparuit postea testamentum meum nullum ipso jure & ipsa mater hereditatem meam habuit ab intestato, numquid cogetur præstare dicta fideicommissa? Et dicitur quod sic. rationem reddit in litera.

Sed paulo accuratius casum ita format *Cujac. adh. §. quem in præsentia sequar:* Filius matrem heredem scripsit injusto testamento, id est, minus solenni, & *ὁὐ ὀμω* rogavit fideicommissum præstare tabulis relictum, mater filio ex testamento heres non existit, quæ nec potuit, cum esset injustum, sed filio existit heres ab intestato ex *Scto Orfitiano*: an mater teneatur ab intestato his quibus testamento fideicommissa relicta sunt? Et videtur non teneri; quia non fuit apposta clausula codicillaris. Placet tamen *Papiniano* æquius esse, ut dicamus matrem teneri propter enixam voluntatem, valdè enim & enixè & fortiter voluisse videtur filius id, de quo matrem per Deum rogavit. &c.

Do causas
1. Rationes
Dubitandi.

39

Sed hæc quidem hætenus de verbis & mente paragraphi ad explicandum propositi. Restat jam ad rationes hujus responsi conquirendas me accingam. Primo itaque loco dubitandi rationes proponam, deinceps decidendi momenta, tum dubiorum solutiones prout ingenium feret, subjecturus. In dubitandi autem rationibus primo loco constituo: Quod fideicommissum testamento irrito vel injusto relictum nullius momenti sit. *Cujac. adh. §.* Idque propterea quod illud sit pars testamenti, quippe in quo continetur, partis autem & totius eadem ratio idemque jus. *l. qua de tota 76. de R. V. l. 32. Non quousque, §. 2. 3. de legat. 1.* 2. Licet aliàs fideicommissa per clau-

clausulam codicillarem quæ illa in vim codicillorum ab intestato conservat, sustineri possint arg. *l. eam quam* 14. *C. de fidei com.* c. n. stat tamen eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos, id valere, videri nec codicillos fecisse, adeoque quod isto testamento scriptum est, licet quasi in codicillis valere posset, tamen non deberi. *l. 1. ff. de jure codic. Cujac. b.* semper enim illud quod actum est attendi debet, quando alia voluntas agentium non apparet. arg. *l. 3. & l. non omnis* 19. *pr. de reb. credit.* Nec actus ultra intentionem agentium operantur. *Carpz. p. 3. c. 1. d. 42. n. 1.* Hic autem testator id egisse & voluisse videtur, ut mater heres testamento scripta fideicommissa testamento data præstaret, si ex testamento hereditatem caperet. Intestati quippe nullam fecit mentionem. Non ergo mater ab intestato succedens ultra mentem atque intentionem testatoris fideicommissa gravari debebat. Cui & hæc ratio accedit, quod mater non possit cogi ut filii testatoris voluntati pareat, cum illa non ex ejus voluntate, quia testamentum non valuit, sed vigore solius legis ipsi proprium quoddam non à testatore dependens jus succedendi etiam contra expressam ejus sed illegitimam voluntatem tribuentis, ad hereditatem ejus veniat. Quam enim non honoravi illam nec onerare possum. *Dd. ad l. 8. §. 1. de jure Codic.* Cum itaq; 3. hoc nostro casu filium non codicillos sed testamentum facere voluisse satis heredis institutio probet. *l. Non Codicillos* 14. *C. de Testamentis* nec tamen ille clausulam codicillarem adjecerit. Et illa non expressa nunquam intelligatur *d. l. 1. de jure cod. & alii text. Carpz. p. 3. c. 4. d. 38. Brunn. ad l. ult. §. 3. C. de Codicill.* cum omissum pro omisso omnino habeatur. *Wesemb. conf. 270. n. 2.* sequitur nec jure codicillorum ab intestato fideicommissa hæc sustineri posse.

Verum hæc & aliæ dubitandi rationes non tanti momenti. ²Rationes Papiniano visæ, ut fideicommissum nullius momenti esse pronunciaret. Censuit ergo omninò illud etiam à matre quæ ab ⁴⁰Decidendi. intestato successerat præstandum. Rationem decidendi unicum quidem subnectit, sed talem, quæ simul & casum propositum exactè definit, omnemque dubitandi causam removet. Dicit enim: *Nam enixa voluntatis preces ad omnem successionis speciem*

porrecta videbantur. Quamvis autem vel cuivis de rationis huius fundamento ulterius inquirenti satis responsum fore arbitrer sola legis objecta autoritate; tamen majoris declarationis gratia pauca his adjiciam quæ desiderari posse videntur. Antequam autem illud aggrediar, suppono ex communi Dd. sententia: verba hæc idem significare atque si Papinianus dixisset, enixas voluntatis preces cum jurisjurandi religione factas habere vim clausulæ codicillaris *Bartol. ad h. §. item ad l. si quis 22. pr. de Legat. 111. n. 15. & in l. eam quam 14. in sexto casu C. de Fideicommissis. Jason ad §. item si quis 11. n. 14. Inst. de action. Panormitan. Abbas ad cap. cum contingat X. de jurejurando n. 25. 26. Mantie. de conject. ult. volunt. lib. 1. tit. 9. n. 12. seqq. cum Didac. Covarruv. ad Cap. Raynaldus. §. 3. n. 16. Turret. de effect. claus. codic. qu. 141. n. 2. Fr. Modius in not. ad. h. §. Wesemb. conf. 88. n. 23. & quos hi infinitos allegant.* Rationem hujus asserti hanc esse conjicio: Quod is qui clausulam codicillarem suo testamento adjicit hac solummodo intentione id agat, ut, quantum in ipso est, de ardenti suo desiderio, quo ultimum suum elogium effectum sortiri enixè voluit, post mortem suam certò constare possit. Sive igitur quis hoc suum desiderium per formulam codicillaris clausulæ consuetam testatum fecit, an vero alio quovis modo vel cum religionis mentione illud hæredibus suis prodidit, perinde ex mente Papiniani Dd. visum fuit. Præprimis cum eundem quoque huic obtestationi religiosæ tribuat effectum Papinianus, qui alias clausulæ codicillaris esse solet. His ita præmissis facilius erit reliquas decidendi rationes invenire. Etenim clausulæ codicillaris ea vis est, ut testamentum, quod ut testamentum valere non potest, ejus vigore valeat ut codicilli ab intestato facti, vel alia quævis ultima voluntas minus solennis *l. Ex ea 29 §. Ex his 1. qui testam. fac. possunt.* ita ut, hoc ad nostrum casum applicando, censeatur mater etiam ab intestato successura, à filio rogata, fideicommissate testamento minus solenni data, præstare. *Wesemb. conf. 29. n. 47. 48. & Conf. 88. n. 14. Carpz. p. 3. c. 4. d. 38. Turret. qu. 3. Struv. Ex. 34. rh. 65.* propterea quod hæc obtestatio clausulæ vicem sustineat. Unde quicquid aliàs clausulæ tribui solet huc etiam pertinere videtur. Et hæc Responsi Papinianæ mens est.

Nunc

Nunc etiam ad contraria breviter respondebo. Quod attinet 1. dubitandi rationem responsio facilis est ex antecedentibus: quod quidem verum sit fideicommissa testamento inutili data, simul cum eo perire: nisi per clausulam codicillarem etiam ad causam intestati producantur. Neque huic assertioni repugnat. 2. quod mens testatoris fuerit non codicillos sed testamentum facere, atque propterea fideicommissa solummodo ex eo præstari voluerit, quia satis in rationibus decidendi probatum fuit, mentem testatoris non ad eò testamenti validitati adstrictam fuisse, ut non etiam fideicommissa ab intestato præstari voluerit; cum religiosa ejus obtestatio contrarium probet, quam propterea adjecisse censetur, ut quocunque modo possint fideicommissa valere, eodem modo etiam sustineantur, sive tandem ex testamento sive ab intestato fiat successio. Nec momenti satis habet, quod dictum; matrem ab intestato onerari non potuisse, cum eo casu non ex voluntate testatoris, sed vigore solius legis vel contra illegitimam defuncti voluntatem heres fiat. Licet enim expressa testatoris voluntas ab intestato succedentibus hereditatem non deferat, quin tamen ex tacita ejus voluntate ad successionem admittatur, dubium non est propter, *l. conficiuntur 8. §. sed ideò 1. De jure Codicill.* ubi ita Paulus: Sed ideò fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias spontè sua his relinquere legitimam hereditatem, cum non ademerit. Dicendum: itaque matrem hoc casu, quæ ex testamento succedere filio debebat secundum ejus expressam voluntatem, jam, licet ab intestato succedat, tamen non contra ejus voluntatem succedere. Nam quantum in filio fuit, voluit is non modo hereditatem matri non adimere, id quod tamen vigore, *d. l. 8.* sufficere poterat ad probandam ejus voluntatem tacitam, eamque fideicommissis gravandam; sed etiam expressè testamento relinquere. Ad 3. respondeo regulariter quidem omissam clausulam codicillarem haberi pro omissa. Dari tamen casus exceptos quibus etiam tacitè inesse censeatur, suo loco dictum est. In horum numerum & hunc nostrum casum referre licebit.

Sequuntur jam Notæ quædam quas Dd. ex hoc textu eliciunt:

C 3

1. Te-

41

3. Resol. r. ab.
dubit.

42

Connote.

1. Testamentum quod propter omissa quædam solennia non valet rectè nullo jure aut non jure factum dicitur.

2. Juramentum importat clausulam, ut actus valeat omni modo quo potest. *Jason. ad §. item si quis II. Inst. de act. n. 14.* qui sequitur *Bart. ad h. §. & ad l. si quis 22. pr. de Legat. III. & in l. eam quam 14. in 6. casu C. de fideicom. & hos secuti alii multi.* Sed dubito, num illud ex hoc textu probari possit, siquidem in eo de formali juramento non agitur, sed tantum de religiosa quadam obtestatione atque adjuratione facta ad heredem de fideicommissis quovis modo præstandis, *vid. Hennequinus in notis ad Accurs. ad h. §. & Cujac. ibid. in commentario.*

3. Jusjurandum vel obtestatio religiosa facta ad heredem fideicommissorum præstandorum gratia habet vim clausulæ codicillaris, *per alleg. sect. 1. n. 40.* quibus addi potest, *Vasqu. de succession. lib. 3. §. 28. n. 1. ubi circa h. §. latius explicat materiam juramentorum, utrum satis commodè, alii viderint.*

4. Juramentum habet vim verborum derogatoriorum & specialis revocationis ubi illa requiritur. *Bart. ad d. l. si quis 22. de Legat. 3. n. 15. & alibi Wesemb. Cons. 88. n. 22.* sed hoc itidem suo loco relinquo.

5. Substitutio juramento firmata (vel potus obtestatione) quæ non potest valere jure directo valet jure obliquo. *Jason. d. l. ibique alleg.*

6. Juramentum habet vim expressi, *Jas. d. l. Boër Decis. 3. n. 4. Tiraquell. post Leges Connub. gloss. 7. n. 152. 155. & c. quod limitat. n. 154. & 158. 159.*

7. Taciti atque expressi eadem vis atque efficacia. *vid. allegat. sect. 2. ad effectum. n. 28.*

8. Jusjurandum enixæ voluntatis argumentum est. *Gothofr. in not. ad h. §. Cujac. Expos. Novell. 48. Barbosa locuplet. voce voluntas axiom. 9.*

43.
Obficio.
Qu. cujus
jusjurandū
operetur
claus. codic. que?

Sed antequam ad alteram hujus dissertationis sectionem transeam quæstionem quandam exsequar, sine qua vix poterit bene legis mens percipi: nempe *Cujus jusjurandum operetur clausulam codicillarem? Num solius testatoris, an heredis, an utrius-*

Hic

Hic certè Doctorum atque Interpretum campus, in quo
 tanquam pro aris & focis inter se decertent, patet latissimus. Sed
 plerique tamen à vera hujus legis sententia longissimè recedunt.
 Consultum itaque arbitror, ante omnium fundamenta recense-
 re, quam alterutri parti accedere. Pro utroque tam herede quam
 testatore exempla proferre conatur *Gl. ad hunc §. & quidem* ⁴⁴ *Rationes*
 pro testatore allegat, *l. cum quis 37. §. codicillis 5. de Legat. 3. N. 48.* ^{dubitandi.}
 Pro herede *l. 2. C. commun. de legat.* Certitamen quicquam non
 ausus est affirmare. Et hanc videtur secutus cum aliis Interpreti-
 bus. *Bart. in summa h. §.* Nam cum propter Glossæ ambignita-
 tem nihil certi quod sequerentur haberent, utramq; sententiam
 æquè textum admittere arbitrati fuerunt. In horum numero
 quoque est *Didacus Covarruvias ad cap. Raynaldus 18 extra de*
testam. §. 3. n. 16. ubi ita ratiocinatur. 1. Ex textu quidem non ap-
 parere heredem jurasse, sed id solum, testatorem rogasse here-
 dem ut fideicommissa præstaret, & ut de illis præstandis jure ju-
 rando caveret per verba textus, *et fideicommissa, et c. rogaverat.*
 2. Constare ex decisione Papiniani hanc testatoris petitionem
 vim clausulæ codicillaris habere. Multo ergo 3. fortius &
 justius esse, eundem effectum tribuere juramento ipsius
 testatoris. Et hinc 4. eodem planè modo infert, heredis
 quoque juramentum re ipsa præstitum hunc effectum habere.
 Et 5. arg. *l. cum certum. 19. C. ad L. Falcid.* concludit, here-
 dem ex sola promissione ad integra fideicommissa præstan-
 da obligari, item ex solo jussu, quo sine ullis solennitatibus fidei
 ipsius quis comisit. *§. ult. Inst. de fideic. heredit.* multò ergo magis ex
 jurejurando idque 6. per *l. questionem 32. C. de Fideicommiss.* Et
 denique 7. licet certò affirmare non possit, quisnam juraverit,
 dicit tamen vero similis esse heredem jurasse, quippe de cujus
 obligatione agatur. Et tandem concludit juramentum à testato-
 re vel herede ejus jussu præstitum vim clausulæ codicillaris ha-
 bere, ut Legata non solum à herede jurante, sed etiam à quocun-
 que successore legitimo repetita censeantur, & hoc se ex volun-
 tate testatoris planè conijcere dicit, huique adstipulari verba
 textus: *Nam enixa, et c.* Idem ex autoritate *Bart. & Baldi* asse-
 rit, *de Præis de Int. ult. vol. lib. 2. int. 1. dubit. 1. sol. 10. n. 36. Mantio.*
 de

de conj. ult. vol. lib. 1. c. 9. n. 14. seqq. Gothofr. in not. b. Piso var. resol. lib. 3. c. 2. n. 17. Barry de success. lib. 10. tit. 16. n. 18. Zepper. de Codic. c. 4. n. 151. seqq. Brunnem. adh. §. alique multi ab his citati.

45

Solius heredis juramento hoc tribuit *Vivianus Gloss. in casu. hujus §. Job. Crot. in l. 1. §. si quis ita n. 9. in fin. de V. O. citatus à Covarruv. Mantie. Pisone. d. d. l. l. Menoch. de presumpt. lib. 4. pres. 55. num. 21. ubi posteriorem Gl. partem adh. §. amplexus est, propter rationes ibidem relatas, quibus adjungit; juramentum à testatore præstari nunquam solere, add. Berlich. Decis. ult. p. 3. n. 50.*

46

Denique pro solo testatoris juramento facit idem *Bart.* antea pro utroque pugnans *ad l. 2. C. Commun. de Legat.* Et hanc ejus contradictionem, plerique *Dd.* animadvertentes, taxant, uti ipse *Alexander ad Bart. d. l. lason. Covarruv. & alii.* Hunc tamen ejus cum se ipso dissensum, nescio quis ex iis qui notas in eum scripserunt, ad h. §. conciliare nititur, quod hic non explicare paragraphum, sed ejus tantummodo summam, eamque ex mente *Glossæ* tradere voluerit. Deinde subjicit *Bartol.* in *d. l. non eodem fine loqui: in hoc §. an intelligatur repetitum ab intestato in d. l. 2. utrum sit differentia inter verba directa vel indirecta, jurata vel non jurata. Sed primam hanc conciliationem ita amplector; Bartolum quidem ad h. §. summam ex mente *Gl.* retulisse; sed dubito utrum ne etiam secutus fuerit. Arbitror autem eum postea dubitare cœpisse, propter ambiguitatem *Gl.* Tandem verò solius testatoris juramento hoc melius tribui perspexisse, ac propterea mentem mutasse: id quod ejus verba *ad d. l. 2.* probant ibi; quicquid *Gl.* dicat: dicit autem *Gl. ibid.* Utriusque tam heredis quam testatoris juramento hoc tribui, id quod etiam ad h. §. expresserat.*

47
Decidendi.

Sed hæc veterum Interpretum plerorumque omnium tradita falsè taxat, *Hennequinus in Notis ad Accurs. ad h. §.* quod hic vocem jurisjurandi de solenni quodam atque, ut ita dicam, formali juramento interpretentur, cum illud *Papiniano* nunquam in mentem venerit. Sed hanc §. sententiam veram dicit: Obtestationem religiosam vel etiam adjurationem item preces cum obtestatione factas à testatore adversus heredes, habere vim claus. codic. Idem quoque probat *Cujac. Obs. 25. lib. 17.* ubi propterea

pterea Alciatum refutat, quod malè exemplum *l. 2. C. Comm. de Legat.* ita conceperit: juro me daturum Titio, cum ex his verbis nec legati nec fideicommissi petitio sit, *arg. l. 34. pr. de legat. 2.* Is enim qui dixit vel juravit se daturum aliquid, nec tamen dedit, neque etiam ab herede ut præstaretur rogavit, nihil videtur egisse, *Gujac. in Comment. ad tit. de Legat. 2. adh. §.* Atque hinc §. nostrum ita explicat: Quod sit accipiendus de solius testatoris religiosa obtestatione, qua heredem adjurare vel jurejurando convenire voluerit, ut onus fideicommissi atque legati omnino subiret. Eodem modo hunc §. interpretatus est. *Magnif. Dn. Tabor in disput. de claus. codic. th. 16.* ubi dicit malè textum hunc alternativè à *Dd.* explicari de juramento testatoris vel heredis, cum verba textus disertè de obtestatione à testatore facta concepta sint. *& th. 49. in hoc §. & in l. 2. C. commun. de Legat.* testatorem non jurasse, sed cum jurisjurandi religione rogasse, obtestatum esse, obstrinxisse heredem, ut fideicommissa aut alio modo relicta restitueret. Et propterea exempla hujus obtestationis congeffit quæ tamen in *sect. 2. n. 23.* referam,

His ita præmissis facilè erit judicare, quomodo hæc nostra quæstio sit decidenda. Nempe solius testatoris jusjurandum (quod verbum, quia in textu continetur, non rejicio, cum jam constet quid eo significare voluerit Jurisconsultus) habere vim clausulæ codicillaris. Id enim solùmmodo textus noster probat, in verbis & *fideicommissa - - - - - rogaverat.* quibus totum fideicommittendi actum cum omnibus suis qualitatibus depingere voluit *Jctus.* Et sic constat malè à *Covarruv.* verba cum *jurisjurandi religione* ad vocem *præstari* relata esse, quasi hic filius heredem rogasset, ut fideicommissum & jusjurandum præstaret, nihil enim minus in textu dicitur. Sed hoc tantùm: testatorem rogasse heredem cum *jurisjurandi religione* fideicommissa præstari, i. e. ut præstarentur ab ipso. Rectius ergo ad vocem *rogavit* referuntur; idem enim qui fideicommissa præstari rogavit, & cum *jurisjurandi religione*, rogavit, uti habent verba textus, quibus formulam quasi petitæ fideicommissariæ restitutionis cum adjectione *jurisjurandi* factam exhibere voluit *Papinianus.* Et hoc clarius adhuc verba sequentia expriment,

D

munt,

48

munt. ibi : *enixa voluntatis preces*. quæ nihil aliud quam
 formulam obtestandi denotant, *vid. supra n. 32. 2.* In textu non
 dicitur fideicommissa valere etiam ab intestato propterea
 quod heres jusjurandum præstiterit, vel quod jurare
 iustus sit : sed propter *enixa voluntatis preces* cum obte-
 statione à testatore de fideicommissis præstandis factas. Quibus
 3. accedit & hæc ratio : Clausulæ codicillaris hic est effectus, ut
 si contingat testamentum non valere, *omnes* ab intestato venien-
 tes censeantur rogati fideicommissa tabulis data præstare. *arg.*
l. 3. §. 1. 2. & l. 16. de jure codicill. Turret. qu. 3. & qu. 32. Mantic. de
conj. ult. volunt. lib. 8. tit. 2. n. 9. vers. sed advertendum. & num. 10.
Barry lib. 10. tit. 16. n. 1. vers. quidam volunt. Uti ergo illud jusju-
 randum heredis præstare nequit, ut alii quoque ab intestato ve-
 nientes ex juramento de fideicommissis restituendis præstito,
 ad illa præstanda sint obstricti : Cum juramentum sit personalis-
 simum nec ad alios qui non jurarunt transeat. *Wesemb. cons. 23.*
n. 13. & Dd. Comm. ita quoque fieri non potest, ut illud vim
 clausulæ codicillaris habeat, id quod tamen omnes dissentientes
 probare ex h. §. conantur. Viderint ergo quomodo ipsi conci-
 lient : Jusjurandum heredis alios non obligare, & hoc juramen-
 tum heredis habere vim clausulæ codicillaris. Quin autem testa-
 toris obtestatio hoc efficere possit dubium non est propter
 ipsam decidendi rationem in textu comprehensam : ibi : nam *eni-*
xæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ
 videbantur.

49
Resol rat.
dubit.

Nunc breviter etiam ad dissentientium fundamenta re-
 spondebo. Quod attinet 1. exempla à Gl. huic §. subjecta, illa
 planè huc non pertinent. Nam *in l. cum quis 37. §. Codicillis 5. de*
Legat. 3. & in N. 48. non quæritur, utrum testatoris juramentum
 habeat vim repetitionis ab intestato : sed, utrum jusjurandum
 testatoris, cuius à se præstiti in codicillis fecit mentionem, satis
 depositum probet, quod ibidem affirmat Scævola *in d. l.* in No-
 vella autem quæstio deciditur, utrum juramentum testatoris de-
 functi probet quantitatem bonorum quam ille cum eo designa-
 vit? Utrumque huc non pertinet, Nec alterum exemplum, quod
 pro herede allegavit maioris momenti est. Nam *in l. 2. C. Com-*
mun.

mun. de Legat. nulla fit mentio juramenti ab herede præstiti, ne-
 dum ut effectus ille de quo quærimus illi tribuatur. Sed in illa
 Justinianus tantum constituere voluit, quæcunque verba testa-
 toris sive directa sive precaria, sive interposito juramento prola-
 ta, modo legitimum sensum habeant, utilia atque valida ad legata
 & fideicommissa relinquenda esse. Heredis ibidem nulla fit men-
 tio, quasi ipsum voluerit testator jurare. Ad primum Didaci fun-
 damentum jam antea n. 48. responsum quare jam non repeto.
 Et hoc ipso quoque 2. 3. 4. concidit, quippe quæ primo
 superstruxit. De tertio tamen illud moneo, licet negare non pos-
 sim jurijurando vel obtestationi testatoris religiosæ dictum ef-
 fectum tribui, medium tamen, quo ille ad hanc conclusionem
 probandam usus est, omninò rejicio. Constat enim ex Lo-
 gicorum Canone: ex falsis verum & falsum, interdum sequi.
 Nec 5. ejus argumentum huc quicquam facit. Siquidem tex-
 tus quem allegat solummodo remedium, quo heres ad fideicom-
 missa, quæ remotis testibus ab eo ut præstarentur testator roga-
 vit, restituenda, compelli possit, suppeditat. Et licet ex eo appa-
 reat solam promissionem heredis eum obligare, ergo magis vero
 similiter quoque juramentum, tamen hoc argumentum non pro-
 bat ad quod probandum adductum fuit, scil. num heredis jura-
 mentum haberet vim claus. codic. id quod negamus, nec hoc argu-
 mento Covarruv. illud facilè cuiquam persuaserit. Multo minus
 autem jussus testatoris, quo heredem de fideicommissis post
 mortem præstandis jurare voluit, ullius momenti est; licet enim,
 cæteris paribus, heres quidem ad ejusmodi fideicommissa, si non
 sint improba, præstanda, teneatur, tamen cum hoc juramentum
 ipsi à jure remittatur, *vid. l. 8. cum §§. de Condit. Instit.* de effectu
 ejus quærere nihil attinet. Nec fideicommissa propterea valent,
 quia illa per jurisjurandi impositionem ab herede relicta sunt,
 sed quia aliàs legitime sunt data, ne dicam quod ad causam inte-
 stati per impositionem juramenti porrecta sint.

D 2

Sect. II.

SECT. II.

*Syntheticam hujus clausulae codicillaris tacitae expli-
cationem exhibens.*

1 **U**T ergo hoc melius in tractatione hujus nostrae clausulae codicillaris tacitae versari possim praemissa definitione tam nominali quam reali (ut vocant) deinceps ad ipsam tractationem accedam.

2
Etymolo-
gia.

Dico autem me tractare speciem quandam clausulae codicillaris tacitae, quam nobis exhibet. *l. 77. §. 23. de Legat. 2*, hinc tria potissimum verba explicari debent nempe quid clausula? quae codicillaris? quae tacita? Nam vocem *speciei* propterea ad- junxi, ut significarem me non integram claus. cod. tacitae mate- riam, sed hujus solummodo speciei explicatum ivisse. Dicitur au- tem *clausula* à claudendo quod plerumque in extremo instru- mentorum loco poni consueverit, ut eadem claudat. *Barschamp. de Clausulis. c. 1.* perinde ut claustrum, quod dicitur illud instru- mentum, quo domus, arca, armarium, loculus vel alia quaeque res clauditur atque firmatur, *l. 52. §. 9. de Legat. 3* *Codicillaris* dicitur à codicillo, quod verbum est diminutivum à codice, & significat idem quod parvus codex. *Wesemb. Parat. de Jure Codicill. n. 2.* Codicillare autem significat omne illud quod codicillis inser- tum est, vel quod ad eos quocunque modo pertinet. *Tacita* dicitur à tacendo, quod illam in testamento defun- ctus tacendo praetermiserit, neque ejus expressam quandam fe- cerit mentionem.

3
Homony-
mia.

Significat Latinis *Clausula* propriè extremam cuiusque rei partem, praesertim in oratione verborum conclusionem, exitum, uti hoc exemplis ex Cicerone & aliis collectis explicant Lexicogra- phi. Sic & pro fine sumitur in vulgato illo, omnia tunc bona sunt clausula quando bona est. In jure vero nostro sumitur pro qua- vis edictorum, *l. quadam 19. pr. de edendo. l. 3. quod metus causa,* stipulationum, testamentorum, (ut hoc nostro casu) satisfatio- num, §. 4. *Inst. de satisfat. vel denique cujuslibet instrumenti par- ticula* *Brissou. de Verb. signif. lib. 3. voc. clausula.*

Codi-

Codicillaris dicitur aliàs res quæ codicibus pusillis adhæret. Hic vero, licet testamento inserta sit hæc clausula, nihilominus codicillaris rectè dicitur, tum quod omnis scriptura codicillorum nomen sortiatur § *filius fam. 4. Inst. quib. mod. 7. p. p. s. Wes. d. l.* tum potissimum ratione effectus, quando testamentum quod ut testamentum valere non potest, convertit in codicillos ab intestato factos *Struv. Ex 34. th. 65.* Tacitum alias in jure dicitur occultum seu quod clam remotis arbitris factum est, *l. infraudem 10. pr. l. 11. ff. de his que ut indign. l. in tacitis 103. de legat. 1.* Verum hic dicitur tacita clausula propterea, quod in testamento expressè non est posita, sed quam ex facto testatoris, & hic, religiosa quadam obtestatione de præstandis relictis, lex elicit atque pro expressa habet, *arg. l. si servus 6. ff. de assign. libertis.* Sic eodem modo tacitum pactum dicitur quod ex facto quodam colligimus *l. 2. ff. de pact.* Alias taciti significationes exhibet *Tiraq. post LL. connub glossa 7. n. 81. ad 85.* quas hic recensere mihi non est integrum.

Clausula aliàs dicitur adjectio *l. talis 30. §. 1. 5. 6. de legat. 1.* Synonymia itemque cautio *arg. l. 13. de in offic. test. & l. quærebatur 19. de testam. 4 milit.* *Codicillaris* dicitur à *Dd. salutaris* cautela & elogio supremo proficua *Zepper. de Codic. c. 4. n. 2. finalis, intestati Magnif. Dn. Tabor. disp. de claus. cod. th. 5.* Et clausula codicillaris dicitur formula codicillaris. *Dn. Tabor. d. l. item codicilli subsidiarii, surrogati Zepper. d. l. quod in. rejicit. C. l. Arit. de J. Codic. th. 4. n. 8. Tacita dr.* alias subintellecta *Dn. Tabor. d. Disp. th. 7. n. 2.* præsumpta, non expressa.

Cum in jure definitionem tradere tam fit difficile quam quod difficillimum hoc loco qualiquali descriptione nostram clausulam depingere conabor. Est ergo hæc Clausulæ codicillaris tacitæ species *modus conficiendi clausulam codicillarem, quando testator in testamento, quod expressam clausulam non habet, cum religiosa quadam obtestandi formula hæredes suos rogat, ut fidei commissa à se data aliaque relictæ præstent.*

Constat quidem ex verbis §. nostri hunc solummodo ad fideicommissa tabulis data pertinere, sed cum & alii casus con-

Causa effi-
ciens re-
mota.

tingere possint in quibus obtestatio ejusmodi ad integrum testa-
mentum & per consequens quoque ad ipsam heredis institutio-
nem spectare possit, uti hoc deinceps apparebit: ideoque in
sequenti tractatu utrumque casum conjunctim expediam. Et
quidem I. Causas externas explicabo; in quibus primum locum
Causa efficiens & quidem remota tenet. Est vero illa; Jus civile
Romanum scriptum (quippe ad quod hodie etiā Responso Pru-
dentum in corpus juris relata pertinent §. *constat. 3. Inst. de l. n. g.
& civ.*) Licet enim codicillorum usus paulatim moribus & con-
suetudine fuerit introductus *pr. Inst. de codicillis. C. l. A. de codi-
cillis. th. 5.* attamen cum jam optimo jure admissi essent codicilli,
tractu temporis eorum jura à Prudentibus amplificata sunt; ita ut
codicilli non modo purè sed etiam conditionaliter, nempe in ca-
sum deficientis testamenti, iique per clausulam codicillarem fieri
possent. *vid. Zepper. de codicillis. c. 4. n. 3. 4. seqq.* donec tandem
quibusdam gestis aut apposis à testatoribus in testamento quæ-
enixam ejus voluntatem significarent, clausulæ codicillaris vim
tribuerent, ut testamenta ejusmodi secundum jura codicillorum
ab intestato interpretationem reciperent, perinde quasi clausu-
cod. expresse in illis fuisset posita. Horum exemplo & hanc te-
statoris petitionem jurisjurandi religione firmatam de fideicom-
missis præstandis, ad omnem successionis speciem porrectam vi-
deri; seu, quod idem est secundum Communem Dd. tacitam
claus. codic. continere, Papinianus in hoc paragrapho respondit.
Num vero Papinianus hoc jus de speciali hac claus. cod. primus
introduxerit hoc suo responso, dubium esse posset; quod nulli-
us Jurisconsulti ante ipsum eadem hac de re sententia in jure no-
stro appareat. Equidem licet affirmare nequeam hanc quæ-
stionem jam ante ipsum eodem modo fuisse decisam; cum tamen
constet eum in suis responsis ad quæstiones sibi propositas bre-
viter ex jure certo constitutoque respondisse, uti testatur *Gothof.
in Commentario ad tit. de R. l. in præf. ad l. 74. de R. l. conjicio* vel
hanc decidendi rationem qua in præsentis casu usus est cõnuniore
Jurisconsultorum consensu fuisse receptam, cum eam alias vix ita
absolutè proposuisset

Caus. eff.
prox

7

Causa efficiens proxima est ipse testator qui ita religiose here-

heredem obtestando enixam suam de fideicommissis præstandis voluntatem prodidit. In illo duo illa potissimum consideranda, Consideratur ratione facultatis. quæ alias in omni testatore requiruntur: facultas scilicet & voluntas. Quod facultatem attinet: cum certum sit neminem codicillos facere posse, quin idem testamentum condere possit. *l. si quis 3. l. Divi 9. §. codicillos 3. l. conficiuntur 8. §. codicilli 1. de jure codicill. Barry lib. 10. de success. tit. 16. n. 6.* clausula autem codicillaris etiam tacita testamentum non jure factum jure codicillorum ab intestato sustineat; *Barry d. l. n. 1.* & præterea clausula codicillaris nihil aliud sit quam modus conficiendi codicillos ab intestato. *C. 1. A. de l. Codic. th. 4. n. 8.* sequitur, ut illa effectum sortiri possit, testatorem quoque testamenti factione præditum esse debere. Cum alias nec ut codicilli valerent. *Brunn. ad l. 8. §. 2. ff. d. l. Codicill.* Qui autem testamenta facere possint, qui non, cum ab omnibus *Dd. in tit. ff. qui testam. fac. poss.* latius tractari soleat, hic non operæ pretium arbitror longius repetere. Sufficiat ergo hic in genere notasse qui clausulam codicillarem adjicere suis testamentis utiliter possint.

De voluntate testatoris, quod nempe voluerit testamentum jure codicillorum valere ut constet, omnino necessarium est. Alias enim testamentum nec jure codicillorum valere posset, cum non constet illum codicillos facere voluisse *l. 1. de 7. Codicill. l. 11. §. 1. de Legat. 3.* Constat autem de hac voluntate testatoris, quando expressè clausulam codicillarem vel huic similem testamento suo adjecit. *C. 7. A. de l. Codic. th. 9.* Regula enim est communi *Dd.* consensu firmata: clausulam codicillarem non intelligi intestamento, nisi expressè sit adjecta. *per l. 1. & ult. §. illud 1. C. de codic. l. si jure 11. C. de testam. manum. ibiq. Dd. Boër. D. 33. n. 8, 9. Mantis. de conjeçt. ult. volunt. lib. 1. c. 9. n. 1. De Pratis de int. ult. vol. lib. 1. int. 1. dub. 1. sol. 10. n. 32. Barry lib. 10. tit. 16. n. 19. Wesemb. cons. 130. n. 45. Carpz. p. 3. c. 4. d. 38. n. 6. 7. Brun. ad l. 1. ff. de l. Cod. & ad l. ult. §. 1. C. eod.* Sed hæc regula aliquando patitur exceptiones, ut licet expressa non sit, nihilominus tamen de hac testatoris voluntate ex aliis circumstantiis nonnunquam constare possit *C. 7. A. d. l. th. 10. & Dd. supra alleg.* Et his casibus Lex defectum illum suppet, atque ex præsum-

Et voluntatis.

sum-

sumpta testatoris voluntate clausulam codicilarem testamento
omissam pro expressa habet. Hujus potissimum exemplum ex
hoc §. cernere licet. Movit autem Legislatores ad hujus juris
constitutionem, quod iniquum illis videretur enixam testatoris
voluntatem pati interire, illamque nutantem quasi non quovis
modo sublevare. Cum itaque in hoc §. certissimum vo-
luntatis enixæ indicium jusjurandum vel obtestatio religiosa præ-
beat, id quoque vice codicillorum fungi posse magna ratione
Papiniano visum fuit. Præsumitur enim is qui ita heredem suum
adjuravit ex pio plane atque ardenti desiderio fideicommissario
gratificandi ad religionis vinculum proventus esse. Huic enim
nulla ratio magis idonea visa fuit adstringendi fiduciarium ut vo-
luntati suæ obsequium præstaret, quam si religionis vinculo eum
constringeret. Solent enim homines desperatis propè omnibus
obligandi mediis ad religionis sanctitatem confugere, atque in eo
subsidium sui desiderii explendi quærere. Persvasum enim ha-
bent, eum quem alia non terrent, nisi planè dissolutus atque de-
speratus sit, religioni tamen aliquam reverentiam tribuere, ejus-
que metu in officio contineri posse. Atque ita in hanc rem Ca-
tullus in Epithal. Pelei scribit:

Constituit
in ratione
facultatis
de iure
testatoris

Et in
causa

Causa im-
pulsiva
8

Materia.
9
Subjectum

*Qui, dum aliquid cupiens animo pregestit apisci,
Nil metuit jurare, nihil perjuriam curat.*
Causa impulsiva quam aliàs *προνόμιον* vocant à parte *l'Ci*
Papiniani favor ultimarum voluntatum, quæ benignam hanc in-
terpretationem mereri videntur, ut quovis modo sustineri pos-
sent. *vid. l. 1. C. de SS. Eccles. Ratione testatoris* est partim enixa vo-
luntas fideicommissario gratificandi, ex amore, merito vel alia
quavis causa nata *Wes. π. de hered. inst. n. 4. & de Legat. 1. n. 5.* par-
tim quoque metus ne quid accideret testamento suo, quo posset
fieri ut voluntas ejus exitum non haberet ex testamento. Et
ideo fortiter eum rogasse dicit, *Gloss. adh. §. lit. Y.*
Nunc ad materiam hujus nostræ claus. cod. accedam. Est
autem illa vel subjectiva, vel objectiva. Subjectiva est persona
vel illius cui quid mediante hac clausula relinqui potest, vel etiam
illius qui ex illa ad fideicommissa obligatur. Potest per hanc
claus. aliquid relinqui illi tantum, qui aliàs ex testamento quoque
ali



quid, saltem fideicommissum capere potest: quod enim directo prohibetur per indirectum concedi nequit, ne fraus fiat legi quæ incapacibus aliquid relinqui prohibet. *De Pratis. lib. 2. int. 1. dub. 1. sol. II. n. 23. 24.* Quamvis autem olim, cum fideicommissa adhuc infirma essent, eadem relinquere solebant his qui capere aliquid ex testamento non poterant. §. 1. *Inst. de fideic. hered.* Hodie tamen postquam fideicommissis plenissimum robur tributum est, illis tantummodo fideicommissa deferuntur, qui & directo institui & ex testamento aliquid capere possunt. arg. *l. 10. ff. de his quæ ut indignis §. legari 24. Inst. de Leg. l. 1. C. de delatorib. Servu. Ex 36. th. 16.* Cum ergo clausula codicillaris omnia in testamento scripta in vim fideicommissi ab intestato convertat, necesse quoque est, eum, qui ejus beneficii particeps fieri cupit, fideicommissorum capacem esse. Hunc enim defectum cl. cod. supplere nequit. *Turret. qu. 127.* Hinc facile patet hanc claus. cod. non efficere ut servi pœnæ fideicommissa in ejusmodi testamento data caperent. Propter. *l. 17. de pœnis* nec hæretici *l. 4. §. 2. C. de hæretic. apostatæ l. 3. C. de Apostat.* Peregrini de Jure Civili. *l. 1. C. de hered. instit. ibique Gothofr. in notis.* Deportati *d. l. incestuosi Turret. qu. 127.* & his similes v. gr. Banniti Imperii *Die in die Mordacht erkläret und vogelfrey gemacht. Gail. de P. P. lib. 2. c. 6. Collegia Judæorum, l. 1. C. de Judæis &c.* Illud tamen certum est unius incapacitatem alteri non obesse. Licet enim hæres institutus sit incapax, illud tñ. legatariis vel fideicommissariis non præjudicat, *Barry. lib. 10. tit. 16. infin.*

Is solum hoc fideicommissio gravari potest, quod dicta clausula codicillaris sustinet, qui & legitimus testatoris hæres est, ipsiq; ante fidei-
 alias, si testamentum factum non esset, jure legitimo successisset, & commissæ
 ad quem jus succedendi per testamenti nullitatem rursus pervenit dantur.
Mantic. Lib. 6. tit. 4. n. 16. Turret. qu. 3. C. 7. A. de legat. th. 30. infin. 10
Philip. Us. pract. Inst. lib. 2. Ecl. 103. n. 3. & perinde est, sive ille in
 testamento fuerit institutus, an præteritus. Qua de re ad effe-
 ctum latius dicturus sum. Nam cum testamentum nullo jure
 factum sit, atque adeo res ad causam intestati perducatur, & tum
 demum operari incipiat claus. codicillaris, non potest fieri, ut, si
 fideicommissa alicujus momenti esse debent, alii his onerati cen-
 E scan-

seantur, quam illi ad quos successio ab intestato pertinet. Hoc autē casu solos legitimos heredes honorasse censetur defunctus, quasi illos omnes, dum illis hereditatem ad causam intestati redacta nō ademit, instituisse *l. 3. pr. §. 1. de jure codic. manic. de conj. ult. vol. lib. 8. tit. 2. n. 9. vers. nec dubium* ergo & illos solos onerare potest. *arg. l. 16. d. 7. Codic. l. 1. §. 6 de legat. 3.*

Opus est a-
ditione he-
reditatis
ab inte-
stato.

Sed ut hi legitimi heredes ad restitutionem obligentur, oportet eos quoque hereditatem ab intestato capere. Is enim ad quem nihil ex hereditate alicujus pervenit, neque ad aliquid illius nomine restituendum compelli poterit. *d. LL. Capit autem heres ab intestato hereditatem adeundo §. Item 6. Inst. de hered. qual. & diff.* vel etiam, si suus sit, se immiscendo: quam propterea. *Dd.*, ad id ut effectum sortiri *d. claus. possit* necessariam esse tradere, arbitror: (vid. *De Pratis lib. 2. dub. 1. Int. 1. sol. 11. n. 26. idque arg. l. 2. de fideicom. libert. & §. 1. Inst. de eo cui libertat. conserv. caus. bon. add. Barry. lib. 10. tit. 16. n. 6. Brunnem. ad l. 3. de Jure Codicill. n. 8. & alii*) quia licet fideicommissa vigore clausulæ codicillaris debeantur, tamen ut ab hoc vel illo herede præstari debeant, ita, ut si nolit cogi possit, non nisi post factam aditionem fieri potest. Nam per illam demum quasi contrahendo sese fideicommissariis vel aliis in testamento inutili institutis obligant. *§. heres. 5. Inst. de O. qua*
12 *quasi ex contr. l. 3. §. 3. l. 4. quib. ex caus. in poss. eatur.* Quod si ergo is ad quem hereditas ab intestato hoc casu pertinet illam adire frivole detrectet, censet *de Pratis d. l. n. 27.* succurri illis, quibus aliquid vigore hujus clausulæ debetur, remedio senatusconsulti Trebelliani, cujus adminiculo cogantur adire atque restituere defuncti hereditatem vel fideicommissa ab eo relicta, *§. sed quia 7. Inst. de fideic. heredit.* cum hoc Sctum etiam ad hereditates ab intestato pertineat, *l. 1. §. 5. ad Sctum Trebell.* vel denique in subsidium auxilio Principis impertato, *arg. l. 2. vers. sed nostro semper. C. Com. de legat.* Sed arbitror expeditius remedium fideicommissario propositum ab imperatore Justiniano in *N. I. c. 1. §. 1. commo- dè etiam huc transferri posse, ut si justo ordine servato nemo legitimorum heredum adire velit, ipsi fideicommissarii, vel alii, etiam extranei, hereditatem adire defunctique voluntatem implere possint.*

Et

Et hoc quidem regulariter obtinet, ut soli heredes legitimi per d. claus. gravati censeantur. Dantur enim casus ubi non legitimi sed in testamento scripti fideicommissarij tenentur, v. gr. Si duo sint facta testamenta quorum vel prius (quod testator in posteriori expresse confirmavit) vel posterius nullum est, habet tamen adjectam clausulam codicillarem vel expressam vel tacitam, alterum autem perfectum est, *Mantic. lib. 6. tit. 14. n. 16. in fin.* his enim casibus testamentum quod ut testamentum non valet, propter adjectam clausulam sustinetur perinde atque si codicilli ad testamentum facti essent, *vid. infr. n. 49. 50. 51.*

Interdum & instituti per claus. gravati.

13

Q. hic utrum hac testatoris obtestatio religiosa omnes heredes ab intestato venientes ad fideicommissa praestanda obliget, siue illi primi siue ulterioris gradus sint: an vero illum tantum, quem testator in tabulis testamenti, vel alias ore tenus obtestando compellavit? Prius affirmat Covarruv. ad saepe nominatum cap. Raynaldus. § 3. n. 16. in fin. idque per verba textus nostri. Ibi: nam enixa &c. ad omnem successionis speciem porrecta videbantur. Ubi non distinguitur, num idem ab intestato succedat, an vero alius: Sed generaliter ad quamvis successionem fideicommissorum praestatio extenditur, ergo & ad quemlibet successorem pertinebit. Hunc sequitur *Mantic. lib. 1. tit. 9. n. 15. in fin.* 2. Probatur haec sententia; quia in codicillis ab intestato factis relicta fideicommissa praestare tenentur, quicumque ab intestato succedunt. Nam unus casus est, nec interest quis succedat, uti habent verba, *l. 16. de 7. Codic. addatur. l. 3. §. 1. cod. l. 1. §. 1. sciendum. 6. 7. 8. de legat. 3.* Sed cum haec obtestatio testamentum quod est nullum, more clausulae codicillaris expressae convertat in codicillos ab intestato factos; utique eodem cum his jure censeari debet.

Num omnes legitimos hac obtestatio obliget.

14

Rationes dubit.

Alterum tamen quaestionis membrum defendunt, quos refert *Piso. var. resol. lib. 3. c. 2. n. 29.* quod nempe tantum proximiores censeantur rogati per claus. codic. praestare fideicommissa, idque propter, *l. 1. §. illud 9. & 10. ff. de legat. 3.* & quod solum scripti in testamento heredes legitimi (seu, ut liceat hoc ad nostrum casum transferre, illi quos testator in testamento adjuravit) non alii ex claus. codic. teneantur, licet testator dixerit quisquis mihi heres erit, per *l. qui liberis 8. §. hac verba 1. de vulg. & pupill. d. l. 1.*

15

E 2

§. 9.



§. 9. 10. de Legat. 3. vid. *Mantic. lib. 8. tit. 2. n. 11. Turret. qu. 32. n. 12. seqq.* Idque propterea, quod hi, qui post primos veniunt, vel qui in testamento non sunt nominati, non ex iudicio testatoris sed casu tantum fortuito ad ejus successionem pervenire censeantur. Esse itaq; verosimile dicunt, testatorem eos gravare noluisse, licet generaliter locutus fuerit, quorum mentionem nullam habuit.

Rationes
decidendi.

Sed hunc dissensum distinctione componit *Cuj. ad h. §. in comm. ad tit. de Leg. 2. p. 1379. Barry lib. 10. tit. 16. n. 1. in fin. Turr. qu. 32. n. 13*

16

Discernendum videlicet esse: Num testator omnem legitimum successorem obtestatus sit, an vero nominatim scriptum in testamento vel etiam alium ab intestato successurum. (Potest hæc distinctio quodammodo colligi ex *l. 4. C. ad Sctum Trebell. verb. à quo Tibi nominatim, &c.*) Priori casu quando vel nullum nominavit, sed in genere cum obtestatione fideicommissa reliquit, vel etiam extraneum heredem in testamento invalido instituit adjecta jurisjurandi religione, vel simpliciter dixerit; quisquis mihi heres erit per DEum rogo &c. omnes ab intestato venientes censentur rogati. Id probare conatur, *Cujac. d. l. per arg. l. Lucius 88. §. filiam 9. de legat. 2.* Ubi dicitur quando testator voluit, ut deficiente instituto & substituto fideicommissa libertis debeantur, utique censetur ab omnibus legitimis heredibus illud relinquere velle, cum illi ante testatorem sint mortui, atque ita successio ad causam intestati redacta sit. Cujus argumentum ad nostrum casum transferri posse Cujacio videtur. Ratio vero hujus asserti est: quia, cum ita impersonaliter fideicommissum relinquitur, vel etiam heredis institutio fit, nulla interjecta mentione legitimorum, onus fideicommissorum videtur quasi in res hereditarias scriptum, ipsaque hereditas gravata intelligitur, ita ut quicumque illam capiat, illam cum hoc onere habere debeat, *ut in alio casu ratiocinatur. Mantic. lib. 8. tit. 2. n. 6.* Deinde etiam probatur hæc sententia, *arg. l. 1. §. 6. 7. 8. de legat. 3.* ubi dicitur: fideicommissa ab intestato à quovis legitimo successore relinqui posse, sive illi proximi sive inferioris gradus sint. Quando ergo ita indefinitè heredes suos obtestatus est defunctus, non alia mens ejus apparet, quam quod voluerit illa quæ reliquit à quocumque legitimo præstari. Posteriori casu, quando hunc vel illum ex legitimis heredibus

dibus nominavit, v. gr. illum institui. do & de fideicommissis præstandis obtestando, hunc solum gravare voluisse videtur, quo pertinet, l. 1. §. illud 9. & 10. de Legat. 3. Et huc etiam benè trahit hunc §. nostri casum, ubi filius matrem solam cum jurisjurandi religione rogavit, Cujac. d. l. quem sequitur. Barry. lib. 10. tit. 12. n. 2. in fin. Et hoc modo quoque conciliari posse videtur, d. l. 1. §. 6. 7. 8. cum 9. & 10. de legat. 3. vid. Mantio. d. l. num. 7. Brunnem. ad d. §§.

His non obstat generalitas rationis textus nostri quam urget Covarruv. d. l. hæc enim potest universaliter vera esse (idque ex hypothese Covarruv) & ad omnes heredes pertinere, quamvis hic in nostro casu atque ad eò in particulari deficiat. Deinde quod formulam, *Quisquis mihi hæres erit*, attinet; semper illam ad solos in testamento scriptos heredes pertinere ex d. l. 8. §. 1. de vulg. & pupill. probari non potest. Longè enim alia ratio est in substitutione pupillari atque in aliis casibus. Ad eam enim nemo admittitur, nisi què nominatim in testamèto suo impuberi filio substituit Pater. Licet ergo generaliter locutus sit, tamen hæc clausula in dicta lege eo modo, quem jura substitutionum admittunt, erit explicanda. Quod si vero alias hæc clausula usus est, utique etiam illa ad succedentes ab intestato pertinebit, cum nulla ratio prohibeat.

Hinc nascitur alia quæstio? Si duo ex legitimis heredibus in testamento inutili instituti fuerint, cui tamen ejusmodi obtestatio indefinite concepta fuit adjecta, quem illorum gravare per dictam obtestationem voluisse, ad fideicommissa ab intestato præstanda, censetur? Hic duo discernendi sunt casus: aut enim simpliciter fideicommissa dedit nullo ex heredibus nominato: & arbitror utrumque heredem illum adjurasse de fideicommissis ab intestato præstandis. Quia enim hoc casu uterque aliàs, si testamentum subsisteret pro rata obligatus fuisset. l. 33. pr. de Legat. 2. l. si à certis 17. de duobus reis. ideoque & hanc obligationem ad causam intestati porrigere per obtestationem voluisse omnino censendus est. vid. arg. l. legatorum 33. §. qui 1. de legat. 2. hanc quæstionem bene illustrans. Quod si vero ab hoc vel illo heredum legitimorum in testamento nominatim fideicommissa dederit, illum quoque ab

E 3

intestato

46

17
Resolutio
contrario-
rum.18
Quem ex
pluribus
instituis
adjurasse
censetur.

intestato onerare voluisse præsumendum est, *arg. d. l. 35. §. 1. de Legat. 2.* Ratio autem illius est: Quia testamentum vigore hujus obtestationis se habet perinde atque si codicilli ab intestato facti essent, ideoque omnia in eo scripta secundum eius tenorem fieri debent, licet non ex jure testamenti.

19
 Num alteri portio ita gravati cum onere accrescat. *Sed quid si ille qui nominatim in testamento gravatus est, hereditatem ab intestato sibi delatam repudiet, num hac obtestatio quæ ad alterum legitimum, cui ejus portio accrescit, porrecta censeri debet, ita ut ille quoque partem accrescentem cum onere capiat? Jus accrescendi quoque in legitimis successioneibus obtinere probat, arg. l. si ponas 23. §. si duo 2. de in offic. testam. Barry. lib. 13. tit. 2. n. 1. arg. l. si Titio 61. §. 1. de Legat. 2. Perez in C. ad tit. de caduc. tollend. n. 10. in med. arg. l. unie. §. 14. C. de eaduc. toll. C. l. A. de legatis. th. 38. ibique alleg.* Quæstio videbatur negativè decidenda, idque propter. l. pater 29. §. 1. & 2. de Legat. 2. ubi dicitur, quod alicuius heredis fidei nominatim committitur potest videri ita demum dari voluisse, si ille extitisset, & §. 2. cum cui deficientis portio accrescit, non præstare legatum. Sed huic decisioni refragatur, *l. cancellaverat. 2. de his qua in testam. del. l. 4. C. ad Sctum. Trebell. l. 61. §. 1. de Legat. 2.* qui textus itidem casus continent, ubi portio nominatim gravati alteri accrescit. Ratio illorum est: quod non sit ferendus is qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. *l. unie. §. 4. C. de caduc. tollend.* Sed amplector distinctionem quam *in d. l. 61. §. 1. de Legat. 2.* Ulpianus supeditat, quæque jus antiquum, ab illo quod post Antonini & Severi rescriptum, (quod habet. *l. licet Imperator 74. de Legat. 1. & quod etiam citant Impp. Dioclet. & Maxim. in d. l. 4. C. ad Sctum Trebell.*) obtinuit: ita ut secundum illud negativa, secundum hoc vero posterior affirmantium sententia sit accipienda. Nam post rescriptum Severi quo fideicommissa ab instituto relicta à substituto quoque debentur, & hic. ad quem deficientis portio devolvitur, quasi substitutus, cum suo onere consequetur ad crescentem portionem. *d. l. 61. §. 1. de Legat. 2.* Hoc igitur ad casum nostrum applicando, dicendum, eum, qui deficientis portionem ab intestato capit, vigore hujus obtestationis quæ fideicommissa testamento inutili data ita format quasi ab intestato fuissent data, ad fideicommissa portionis acquisitæ teneri.

Ita

Ita autem fieri debet restitutio quam claus. cod. operatur, ut legitimis quoque heredibus, qui per hanc obtestationem gravati intelliguntur, Trebellianicam, vel etiam legitimam, si heredes ab intestato tales sint, ut illis legitima debeatur, detrahere liceat.

Mantic. lib. 7. tit. 12. n. 26. Cons. Marpurg. vol. 2. cons. 19. n. 62. seqq. Carpz. lib. 6. Resp. 113. n. 15. seqq. Zepper. de codic. c. 4. n. 26. 27. Neque illa per clausulam codicillarem multò minus per hanc obtestationem prohibita censetur. *Mantic. d. l. n. 27. in fin. Turret. qu. 133.* ejus enim prohibitio nisi expressè facta non præsumitur. *Covarruv. ad Cap. Raynaldus. §. 3. n. 11. Gail. 2. O. 138. n. 15.* neque ulla ratio eius detractionem prohibet, cum restitutio ab heredibus legitimis fiat hoc casu secundum communem fideicommissorum naturam, quippe quorum jure quoque ea quæ directo intestamento relicta hic per claus. cod. tanquam indirecto data sustinentur. Filius tamen legitimam & Trebellianicam simul nec jure civili *arg. l. 24. C. fam. hercisc. l. 22. §. 2. ff. ad Sctum Trebell. l. 91. ad L. Falc. l. 8. §. 11. ff. de in offic. testam. Cujac. 8. O. 3.* nec jure hodierno *de Pratis L. 2. Int. 1. dub. 1. sol. 11. n. 29. 30. Turret. qu. 54. n. 22 seqq. Zepper. de codic. c. 4. n. 63. 64. Carpz. 6. Resp. 113. num. 17. 18. 19.* propter hanc clausulam detrahit.

Materia circa quam hæc nostra claus. cod. versatur, seu *objectum* est, quævis res per *fideicommissum* relicta; sive illa corporalis sive incorporalis, mobilis vel immobilis sit, modo sit in rerum natura & commercio: & si de hereditate agatur, propria quoque testatoris *Wesemb. tit. qui testam. fac. poss. n. 9.* in legato enim & fideicommissio particulari nihil interest (salva tamen distinctione. §. 4. *Inst. de Legat.*) num propria an aliena sit. *Struv. Ex. 35. th. 14* modo de illis testator disponere possit. Uti enim codicillorum adæquatum obiectum est fideicommissum, *C. l. A. de l. codic. th. 11. & Uti Cujac. 11. obs. 25. lit. E. ex l. 7. C. de Codicillis* infert; codicilli sunt instrumentum fideicommissorum proprium: ita quoque clausula codicillaris circa idem versabitur. Hæc enim quoties alicuius momenti est, efficit ut testamentum, quod iure valere non poterat, iure codicillorum ab intestato sustineatur. Quo jure ergo valet, eius quoque naturam induat necesse est. Quare omnia directo scripta, ut valeant, finguntur in fideicommissum

20

Deducenda Trebellianica vel legitima.

47

21

Objectum

missum conversa. *Turret. qu. i. vid. infra. n. 66. 67.* Quamvis autem aliàs, quoties universum testamentum etiam quoad heredis institutionem sustinet, idem cum testamento quoad hereditatem obiectum habeat, tamen diverso modo atque testamentum circa illam versatur. Testamentum enim illam, directò, hæc, ut fideicommissariam, ab intestato sustinet. Sed in hoc nostro §. filius non voluit universum testamentum jure fideicommissi valere, cum mater, aliàs ab intestato successura, in eo fuerit instituta; illa tamen fideicommissa quæ à matre præstare voluit, simul per enixas voluntatis preces ad causam intestati porrigere voluit. Utrum vero particularia an universalia fuerint fideicommissa verbum textus generale atque indefinitum dubitare non permittit, *vid. Gothofr. in not. ad Auth. ex causa. C. de lib. præter. lit. K.*

22
Forma in-
trinseca.

Extrinseca

Forma hujus nostræ clausulæ codicillaris tacitæ consistit in præsumpta testatoris enixa voluntate, quod voluerit ea quæ ex testamento valere non poterant, etiam ab intestato à legitimis, perinde atque si codicillos fecisset, præstari. Sed hæc intrinseca forma, alia quadam extrinseca adjuvatur, quæ in ipsis adjurandi vel obtestandi formulis cernitur, perinde ut clausulæ codicillaris expressæ forma in ipsis formulis consistit. *C. l. A. de l. Cod. th. 16.* Nec interest utrum testamentum in scriptis factum sit, an vero nuncupativum, modo de hæc obtestatione ex testium depositione constet, *arg. l. ult. pr. C. de Codic. verb. sive secundum nuncupationem.*

23
Formulæ
obtestandi.

Formulæ autem obtestandi exempla quædam nobis exhibent LL. nostræ, quæ hic referre lubet. Habet eiusmodi formulam, *l. 3. ff. de l. Fisci. ibi. Vos rogo, ut in eo quod à vobis petii, fidem præsteis, perque Deum ut faciatis rogo.* cui similis est ea, quando quis per salutem Principis rogat, §. i. *Inst. de fideic. heredit.* quod perinde est, ac si quis dixisset: per Deum à quo pendet salus Principis, *arg. l. qui per salutem 23. ff. de iurejur. Cujac. ad Resp. Papin. lib. 8. ad h. §. p. 342.* vel si testator dixerit *ἐὐορκῶ* (ita enim legendum *Cujac. lib. 17. obs. 25.* autoritate manuscriptorum exemplarium putat, secus ac Florentina quæ vocem ita dividit *ἐὐ ὀρκῶ* *vid. Magn. Dn. Tabor in Disp. de claus. cod. th. 49.*) i. e. adjuro, *ich beschwöre.*

Beschwore / l. 2. C. Commun. de Legat. Licet enim in hac voce Dei non fiat mentio, ut dubitari possit num hæc formula religiosam obtestationem contineat, tamen *Cujacius* exemplis probat, in *comment. ad tit. de Legat. 2. ad h. §.* fuisse quoque eiusmodi obtestationem in usu, cum veteres reverentia & metu Divini Numinis Deorum nomina interdum omitterent. Alias obtestationum formulas refert, *Gatthofr. in notis ad d. l. 2. C. commun. de Legat. lit. S.* Similis formula quoque habetur in testamento quod exhibet responsum huic dissertationi annexum. ibi: Solte ein oder ander wider diesen meinen letzten Willen und Befehl thun/soll solches vor dem Richterstuhl Gottes verantworten / wovor wir alle erscheinen werden. Hiemit/xc. & si quæ aliæ his respondentes formulæ reperiuntur quibus testator religionis metu conscientiam heredis futuri ad servandam voluntatem suam ultimam constringere voluit, damit er des Erben Gewissen beladen/oder es ihm auf sein Gewissen befohlen und eingebunden. Uti egregie hoc explicat *Vir magni nominis* in suis commentationibus ad *Wesemb. π. ad tit. de Codicillis.*

Ut vero hæc forma momenti alicuius sit, necesse omnino est, ut eæ adsint solennitates in testamento cui illa fuit annexa, quæ alias ad codicillos ab intestato requiruntur. Nam cum hæc adjuratio efficiat, ut testamentum, quod ut testamentum non valeret, transmutetur in codicillos etiam ab intestato factos; necessarium est, adhibitas fuisse illas solennitates, sine quibus actus codicillande subsisteri nequit. *Covarruv. ad d. cap. Raynaldus. §. 3. n. 16. & ad cap. quamvis X. de pactis in Vl. part. 2. §. 6. num. 2. 3. Mantie lib. 1. c. 9. n. 13. Barry lib. 10. tit. 16. n. 6. Zepper. de codic. c. 4. n. 103.* Quia juramentum vel obtestatio religiosa induit qualitates actus eius cui adjicitur, illumque sustinet eo modo quo valere optimè potest. *Alban. in not. ad Bart. ad h. §. Covarruv. d. l. n. 18. 19. Menoch. pres. 7. lib. 5. n. 18. Wesemb. conf. 10. n. 42. & conf. 52. n. 82. Carpz p. 2. c. 16. d. 15. n. 3. Brunnem. ad h. §. n. 15. 16.* Primo igitur omnium requiritur, ut nullus adsit defectus voluntatis in testamento quod hæc jurisjurandi religio sustinere debet ut codicillum. Quia defectum voluntatis jusjurandum nunquam supplet neque confirmat actum qui ratione deficientis

24

Solennia
clausul.
codicis

F

con-

48



consensus, (qui hic ex perfecta voluntatis expressione colligi-
 tur) minus validus. *arg. l. ult. C. de non num. pec. Covarruv. d. l. n. 17.*
& ad cap. quamvis d. l. §. 6. n. 10. Boer Dec. 3. n. 8. Mantio. d. l. n. 3.
Piso. var. res. lib. I. c. 7. n. 36. 37. Cons. Altorf. 50. qu. 1. in fin. p. 235.
Barry lib. 10. tit. 15. n. 1. Carpz. p. 3. c. 1. d. 42. n. 7. & c. 4. d. 39. His
 non obstant, *l. ult. §. 1. C. de codic. verba si id adimplere nequiverit.*
 quæ de testamento imperfecto ratione solennitatum intelligen-
 da secundum, *Bart. ad l. 1. ff. de l. codic. qu. 4. v. g. quod coram te-*
stibus illud publicare non potuerit. De Pratis lib. 2. Int. 1. dub. 1.
sol. II. n. 3. add. l. 1. ff. de l. codic. Zepperus de codic. c. 4. n. 89. 90. Piso.
d. l. n. 37. 2. Ut non sit defectus in persona testatoris, ut nempe te-
stari possit. vid. supra ad Effic. dicta. 3. Quoad solennia requiruntur
ad hoc testamentum quinque testes. Hos enim uti in alia quavis
ultima voluntate minus solenni, ita & in codicillis, quorum jure
hoc testamentum valet, sufficere communiter Dd. statuunt per
l. ult. §. ult. C. de codic. Covarruv. d. l. n. 17. Vesemb. cons. 17. n. II. &
cons. 130. n. 46. Turret. qu. 18. Carpz. p. 3. c. 4. d. 35. Brunnem. ad d.
l. ult. n. 16. Nec testium defectum hæc clausula supplet. Vesemb.
cons. 52. n. 79. Carpz. p. 3. c. 4. d. 39. Lex etenim, ne quid falsitatis
incurrant per pauciores forte testes compositi codicilli, majo-
rem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines
perfectissima veritas reveletur, l. ult. C. de fideic. Illud nihil attinet,
num illi sint rogati an fortuito convenerint, d. l. ult. §. ult. C. de
codic. Zepper. d. l. n. 103. ad 106. Sive masculi sive fœminæ sint.
Licet enim hoc nullibi in LL. expressum sit, tamen arg. l. qui te-
stamentum 20. §. mulier 6. qui testam. fac. poss. Dd. probant, illas
quoque in codicillis admitti. Etenim constat fœminas regulari-
ter testes habiles esse, l. ex eo 18. de testib. ibique Gothofr. ubi ergo
exceptio non est, regulæ l. 1. §. 1. de Testib. merito insistimus.
Vasqu. de success. lib. 2. §. 12. n. 68. 69. Pratis d. l. sol. II. n. 2. C. l. A.
de l. cod. tb. 15. Carpz. p. 3. c. 4. d. 36. Zoef. tit. de Testib. n. 5. Brunn. ad
l. ult. C. de codic. n. 16. Legatarius quoque vel fideicommissarius
non prohibetur, l. 22. C. de Testam. §. II. Instit. de testam. ord. ergo
non erit repellendus. Carpz. Decis. 152. ut tamen testes uno eo-
ndemque tempore d. l. ult. §. ult. præsentem testatorem videant ad
removendam fraudis suspicionem, requiritur. Carpz. d. c. 4. d. 37.
 Et

Et ut ab illis fiat subnotatio vel subscriptio *d. l. ult. §. ult.* non etiam necessario subsignatio *arg. d. l. §. 1. de l. Codic. Wessemb. cons. 17. n. 11.* In codicillis cœci sex testes sufficere verior est sententia *arg. l. 8. C. qui test. fac. poss. R. l. An. 1521. von Unterrichte der Notarien. §. Doch mag der. vers. Es ist auch. juncto d. l. ult. §. ult. Boër. Decis. 140. n. 10. in fin. Barry lib. 1. tit. 6. n. 2.* Denique si in testamentis privilegiatis minor numerus testium conceditur, idem, non secundum proportionem minor, in codicillis requiritur. Uti contendit, *Covarruv. de Testam. ad tertiam part. rubr. n. 32. Barry. d. l. n. 2. in fin. Philip. usu. Inst. lib. 2. Eclog. 104. 4.* Requiritur ut actus testandi non sit interruptus, seu, uti *Dd. loquuntur, unico fiat contextu, l. cum antiquitas 28. pr. C. de Testam. §. 5.* Non tamen opus est testamentum hoc manu testatoris scribi aut signari. *arg. l. 6. §. 1. ff. de l. Codic.*

Hoc nihil interest utrum ejusmodi obtestatio in testamenti initio medio vel fine reperiatur. Clausula enim posita in quacunque instrumenti parte ad omnia in illo scripta refertur. *Manzic. lib. 6. tit. 13. n. 6.* Etenim uti incivile putavit Justinianus in *§. ante 34. Inst. de Legat.* in heredis institutione scripturæ quidem ordinem sequi, spernere autem testatoris voluntatem: ita hujus *§. arg. idem de hac adjurandi formula dicere possum, ut perinde sit quo in loco testamenti sit posita. Nam in actu continuo nihil ὕστερον ἔσπερον* videri debet. *Vinn. ad d. §. add. Turret. qu. 128.*

Potest etiam hæc obtestandi formula purè, vel sub conditione, vel in diem concipi. v. gr. si Titius Cajam duxerit rogo meos heredes per Deum ipsi centum restituant. Et hoc casu puto testamentum, quod suo jure consistere non potest, sustineri quidem jure codicillorum, verum ante, quam conditio existat, heres ad præstandum fideicommissum compelli non poterit. *vid. tot. tit. de condit. & demonstrat.*

Finis hujus tacitæ clausulæ codicillaris quæ ex religiosa testatoris obtestatione inducitur, considerari potest vel ratione *testatoris*, nempe ut per hoc jusjurandum de enixa voluntate sua testaretur, qua voluit ea quæ intestamento disposuit, omnino quacunque ratione post mortem suam rata esse, *§. h. verb. enixa.* vel ratione ipsius *testamenti* ut defectum ejus hæc obtestatio sup-

pleat & fortuitis casibus occurrat quibus testamenta valde sunt obnoxia: illudque quovis meliore modo, si non jure testamenti, tamen jure codicillorum ab intestato vel alterius cujusque voluntatis ultimæ, sustineat. *Magn. Dn. Tabor. d. diff. tb. 22.* Ratione *heredum*, vel fideicommissariorum, ut illi omnino beneficii testatoris, quo illos afficere voluit, fiant participes. Denique etiam ratione *Legislatorum*, ut faciliorem atque expeditiorem ultimarum voluntatum condendarum rationem traderent. *Coll. Arg. de jure Codic. tb. 18.*

28
Effectus.

Ex his sequitur deinceps effectus hujus nostræ claus. codicillaris. Qui quamvis in hoc nostro casu unicus sit, scil. ut fideicommissa tabulis data, testamento non subsistente, mater legitima filio heres facta, etiam ab intestato præstare cogatur: Tamen cum & aliis modis contingere possit, ut hæc obtestatio testamento inutili adjiciatur, perinde ut aliàs claus. cod. expressa adjici solet, hic in effectu explicando plerosque casus referam quos *Dd.* alias circa effectum hujus clausulæ explicare solent. Et licet integri hac de re extet tractatus, *Turreti videlicet & aliorum*, tamen arbitror me operam non lusurum, si illos paulo fusius persecutus fuero. Quod ut hoc melius assequi possim, in antecelsum moneo: *Clausula codicillaris tacita (sub qua & nostra obtestatio continetur) eundem esse effectum qui est expressa.* *De Præcis lib. 2. int. 2. dub. 1. sol. 4. n. 13. 14. 20. & sol. 10. n. 40. 41. Barry lib. 10. c. 16. n. 1. vers. denique. Vasqu. de success. prorog. lib. 3. §. 30. num. 38. Pijo var. res. lib. 3. c. 2. n. 25. Carpz. Decis. 155.* Taciti enim atque expressi idem est judicium eademque potestas. *Dd. per l. cum quid 3. de reb. credit. Barbosa. Locuplet. ax. 2. voce tacitum. ibique allegati.* quod imprimis in ultimis voluntatibus obtinet. *Bartol. per l. inter vestem 33. de auro & arg. leg. & l. in conditionibus 19. de condit. & demonstr. in l. 3. ff. de reb. cred.* Et licet alias dicant *per l. penult. ff. de injust. rupt.* expressum potentius operari tacito: illud tamen intelligendum, quando expressum & tacitum sibi invicem opponuntur, & de alterius vi atque efficacia quæritur. tunc enim, quin expressum tacito prævalcat, atque ita fortius operetur, dubium non est; cum nihil conducat de tacito laborare quando expressum adest. Sed contradicentem habeo *Turretum* qui multis

multis locis contrarium asserit in primis *qm. 152. n. 5.* ubi hoc potissimum utitur argumento : Non operari tacitum idem quod expressum quando lex expressum pro forma requirit. *Dd. ad d. l. 3. ff. de reb. credit. Tiraquell. post. leg. Connub. gl. 7. n. 98.* Clausulam autem codicillarem talem esse pro cuius forma lex expressum requirit, probat, *per l. ult. §. 1. C. de codic. l. coheredi 41. §. quod si 3. ff. de vulg. & pupill. l. 1. de f. Codicill. l. si jure 11. C. de testam. manumiss.* Sed respondeo : leges quidem regulariter velle ut exprimaturs claus. codic. in testamento, dari autem ab hac regula exceptiones *vid. qua dixi in proëmio. add. Mantio, lib. 1. tit. 9. n. 1. seqq. Barry de success. lib. 10. tit. 16. n. 1.* Cum itaque constet dari quoque claus. cod. tacitas, & his quoque regulam, quod scil. taciti atque expressi eadem sit vis, applicare licebit.

Et, si quod adhuc in aliis casibus clausulæ codic. tacitæ dubium superesset, tamen illud ad casum nostri §. non pertineret, *Vasqu. de success. prorog. lib. 3. §. 30. n. 38.* de quo effectum clausulæ codicillaris expressæ ipsa hujus nostri §. verba probant. Is enim primarius, ex quo reliqui sequuntur, effectus est expressæ : ut testamentum quod codicillorum quidem habet solennia, tamen ut testamentum subsistere non potest, sustineat jure codicillorum ab intestato (regulariter; exceptiones *vid. n. 48. ad 59.*) factorum, vel donationis mortis causa, legati, fideicommissi, vel cujusque alterius ultimæ voluntatis minus solennis. *Mantio, lib. 6. tit. 4. n. 16. Pifo. var. res. lib. 3. c. 2. n. 25. Barry lib. 10. tit. 16. n. 1. C. 7. A. de f. Codic. th. 20. Carpz. Decis. 155. n. 1. 2. & 6. Resp. 113. n. 5. & lib. 6. Resp. 7. n. 3. Brunnem. ad l. 1. ff. de f. codic. n. 4. & alii ab his allegati.* Quin autem jurijurando huic eundem tribuat Papinianus, nemini obscurum esse poterit, propter apertissima planè textus verba. *ibi: cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus, enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.* Non certè video quid magis effectui claus. cod. expressæ conveniat, cum mutatis tantummodo verbis utrobique planè eadem res sit.

F 3

Hoc

Effectus
primarius.

30

Effectus
secunda-
rius.Nihil ope-
ratur quan-
do testa-
mentum
subsistit,
sed quando
non valet.

31

Dubium
soluitur
num clauf.
cod. testam
sustinere
possit?

Hoc fundamento jacto jam ad integram effectus, qui ex hoc primario nascitur, structuram, expeditius progredi potero. Continetur quidem hic secundarius effectus in eo, ut vigore hujus clausulæ heredes ab intestato successuri censentur rogati, omnia, quæ in testamento scripta sunt, quasi fidei eorum commissa fuerint, præstare. *Conf. Altorf. 49. p. 224.* Conabor tamen potissima hujus effectus exempla, prout ingenii vires patientur, in præsentia persequi. Sed antè quam hoc aggredior, statim in limine adhuc generale quoddam explicandum est axioma, quod insimul ordini quoque in sequenti tractatione servando ansam præbebit. Est autem tale: Clausulæ codicillaris etiã tacitæ nullus est effectus, quando testamentũ, cui illa cohæret, valet. *De Prat. l. 2. Int. 1. dub. 1. n. 1. Turr. sol. II. qu. 2. & q. 27. n. 4.* Sed tum demum, quando vitiosum est, nec ut testamentum potest subsistere. *arg. l. 29. C. de fideicom. l. 11. C. de Testam. manum. Turret. qu. 3. Pifo. var. res. lib. 3. c. 2. n. 36. 37. & c. 5. n. 19. Barry lib. 10. tit. 16. n. 4. in fin.* Quando enim testamentum subsistit, effectu clausulæ codic. non est opus, si quidem eum & majorem testamentum producit. *Barry d. l. n. 7.* cum dubium non sit, quin fideicommissa testamento data illo subsistente omnino debeantur his quibus illa fuerunt assignata, idque vi ipsius testamenti, cui accedit obligatio heredis ex quasi contractu, nempe aditione hereditatis nata, qua ille omninò ad fideicommissa & legata præstanda constringitur. *§. heres 5. Inst. de O qua quasi ex contr.* Deinde etiam ipse testator clausulam codicillarem ea mente testamento adjecit, ut, si conditio, quam ille respexit, eveniat, ut testamentum non subsistat, clausula codicillaris ejus defectibus succurrat, & ex eo quocunque meliori modo voluntatem ipsius sustineat. Quando itaq; testamentum valet, deficit utique conditio sub qua claus. codic. fuit adjecta. *Zepper. de codic. c. 4. n. 13. 14.*

Sed hic dubium moveri potest: quænam sit ratio, quod clausula codicill. testamentum sustineat jure codicillorum, &c. cum absurdum videatur principale robur atque efficaciam ab accessorio nancisci. Cedit enim accessorium principali ejusque naturam sequi-

sequitur, l. 19. §. 13. de *arro, arg. legat. c. accessorium* 42. X. de R. 7. in
l. 10. & corrui sublato principali, l. 2. ff. de *pecul. legat.* Sed codi-
 cillos, quos operatur claus. codic. esse accessorium testamenti &
 ex eo valere patet ex l. *quod per manus* 10. de 7. Codic. l. 3. §. 2. eod.
 ejusque sequi jus l. 16. eod. eoque sublato hos quoque non vale-
 re, l. 1. C. eod. Respondet *Piso. var. res. lib. 3. c. 2. n. 37.* ab hac regula
 propter publicam utilitatem, cujus interest suprema hominum
 judicia exitum habere. l. 5. *testam. quemad. aper. l. 1. C. de SS. Eccles.*
 voluisse recedere Legislatores; cum testamentum non tam ex
 codicillis quam ex ipsa testatoris voluntate per hanc clausulam
 significata, quæ est ut nullo casu infirmetur, robur & vires accipiat,
 & valeat eo modo quo potest. Sed arbitror discernendos esse
 codicillos ante, vel post, vel cum testamento factos à codicillis
 ab intestato: illi enim ex testamento vires accipiunt, quo perti-
 nent LL. citatæ, hi per se subsistunt: fiunt autem dupliciter: vel
 simpliciter testamento planè non condito l. 3. *pr. de l. codic.* vel
 sub conditione & quasi in subsidium testamenti non subsistentis
 mediante videlicet claus. codic. *vid. l. conficiuntur* 8. *pr. de iur.*
codic. Struv. Ex. 34. th. 60. Barry lib. 10. tit. 16. n. 1. Hi igitur codi-
 cilli qui ex claus. codic. intelliguntur ad testamentum ut testa-
 mentum planè non pertinent, nedum ut ejus accessorium sint.
 Tum demum enim, si testamentum non valet, voluntatem testa-
 menti tabulis expressam in vim codicillorum ab intestato, per-
 inde ac si nullum fuisset conditum testamentum, conservant.
Luduvell. de ultim. volunt. p. 415. n. 2. Constat ergo clausulam
 codicillarem formaliter consideratam non esse accessorium te-
 stamenti, licet materialiter, testamenti instrumento cohæreat.
Piso. v. res. lib. 3. c. 5. n. 19. Conf. Marpurg. 19. n. 58. vol. 2. Zepper. de
codic. cap. 4. n. 3. ad 6. & 23.

Testamentum autem non subsistit, quod vitietur vel jure
 Civili vel Prætorio. Jure civili, vel ipso jure *vid. l. 1. ff. de injust. Testamen-*
rump. vel officio judicis. Ipso jure si vel *ab initio* non jure factum *torū vitia.*
 sit, vel nullius momenti sit, vel *ex post facto* rumpatur, vel etiam
 in irritum constituatur. Officio judicis, mediante querela inoffi-
 ciosæ instituta ab illis, qui, dum erant instituendi, ritè quidem sed
 iniquè sunt ex hæredati. De singulis singula.

Ab

Testamen-
tum non
jure factū.

33
Si testator
non habeat
testamēti
fact.

Si defectus
voluntatis.

Si falsitatis
adsit suspi-
cio.

Solennia
si omiffa.

36

Ab initio ipso jure testamentum vitio laborat. 1. Quod

non jure factum est: 1. *Si testator non possit testamentum facere.*

Hoc casu, quia nec codicillos facere potest, nihil quoque claus.
codicillaris operabitur, quippe quæ testamentum jure codicillo-
rum sustinere debet, *vid. dicta ad caus. eff. sect. 2. n. 7.*

2. *Si in testamento ad sit defectus voluntatis exempt. l. si quis 25. qui*

test. fac. poss. & c. Et hic itidem nulli momenti est nostra claus. cum
illum defectum supplere nequeat. *De Præcis. lib. 2. int. 1. dub. 1. sol.*

34
quando imperfecta est voluntas, nec codicilli valerent, quorum
tamen jure claus. codic. plerumque testamentum sustinere de-
bet. *Zepper. de codic. c. 4. n. 87.* Neque clausula codicillaris ad
supplendum id quod omiffum, sed tantum ad conservandum illud
quod in testamento reperitur, adjecta censetur, *Zepper. d.*
l. num. 88.

3. *Si falsitatis suspitione* laboret v. gr. si duo testes ex se-
ptem contradixerint. Et hoc casu clausulam codicillarem ni-
hil operari tradit *de Præcis. lib. 2. int. 1. dub. 1. sol. II. n. 4. & Barry*

35
lib. 10. tit. 16. n. 7. Quamvis autem videatur posse hoc casu ali-
quid operari dictam claus. quod nihilominus quinque testes re-
maneant, qui tamen ad codicillos ab intestato conficiendos suffi-
ciunt, *l. ult. §. ult. C. de codic.* Tamen quia hic testamentum non
modo propter testium numerum, sed etiam propter falsitatis su-
spicionem deficit, vereor ne illa quoque clausulam codicilla-
rem vitio quodam afficiat, cum illa in eodem testamenti instru-
mento quod suspectum est, reperiat. Posset tamen benigna
quadam ultimarum voluntatum interpretatione huic clausulæ
codicillari effectus tribui, præprimis si falsitas testamenti non sa-
tis probata sit, adeo ut testamentum quidem de falso suspectum,
non tamen planè falsum fuerit demonstratum, *Zepper. de Codic.*
cap. 4. n. 79.

4. Quando *solennia testamenti fuerint omiffa* v. gr. tan-
tum quinque testes vel non rogati vel alias ad testamentum inha-
biles fuerunt adhibiti. Hic, modo codicillorū solennia, ad fuerint,
v. sect. 2. n. 22. & 24. certum est, clausulam codic. operari ut relicta,
ab intestato debeantur. arg. *l. 29. C. de fideicommiss. De §. hoc nostro*

pro-

probat *Vasqu. de success. prorog. Lib. 3. §. 30. n. 38. Turret. qu. 126.*
Dn. Strauch. l. iust. Diss. 10. aph. 25.

5. Si in testamento *heredis institutio nulla sit facta* sed tantum legata & fideicommissa fuerint relicta *l. 20 ff. d. 1. Codic. tunc* clausula codicillaris efficit ut eadem valeant perinde atque si aliàs in codicillis ab intestato fuerint relicta, *d. l. 20 Zepp. d. c. 4. n. 118.* Non tamen hoc casu defectum heredis institutionis supplet, quia illud quod in testamento non reperitur clausula codicillaris non supplet, sed illud tantum, quod adest, sustinet. *Turret. qu. 120. quem sequitur, Barry lib. 10. tit. 16. n. 4. Zepp. d. l. n. 119.*

Vel siquidem ad sit institutio, ea tamen non legitimè sit facta sed 6. illi non sint instituti qui aliàs fuissent instituendi (excepto suo herede *d. l. 1. de injust. rumpit.* & hodie juxta *N. 115. c. 2. pr.* quoque emancipato: his enim præteritis vel non legitimè exhereditatis testamentum nullius momenti est, uti postmodum dicetur) v. gr. Parentes sint præteriti vel non ritè exhereditati, & quia utroque casu testamentum nullam vim habet, *Nov. 115. c. 4. §. 9.* (ut propterea quoque non malè nullius momenti dici posset) utique clausula codicillaris effectum habebit. *v. n. 30.* De præteritione parentum hoc indistinctè affirmat, *Carpz. lib. 6. Resp. 113.* posset tamen huc quoque applicari distinctio de qua infra *n. 40.* latius dicturus sum; num scienter an vero ignoranter fuerint præteriti: quia eadem ratio quæ in liberis præteritis militat, huc quoque pertinere videtur. Sic, quando illi scienter præteriti, effectum sortietur, quando vero ignoranter, nullius momenti erit. Licet enim parentibus non ita liberorum hereditas debeatur, ut parentum liberis, *l. 15. de in offic. testam.* cum hos ratio naturalis & commune parentum votum, *l. 7. §. 1. si tab. test. null. ex st.* illos ratio miserationis turbato mortalitatis ordine, *d. l. 15.* adluçtuosam liberorum successionem vocet, *l. 28. C. de in offic. testam.* utrisque tamen tanquam secundum naturam debetur. *N. I. pref. c. 2.* Unde efficitur, ut liberi quoque, hunc naturæ ductum sequentes, perinde ut parentes, non censeantur alienas successiones propriis ante ferre voluisse, *l. 30. in fin. C. de fideicom.* modo de illis cogitare potuerint. De fratrum præteritione personis turpibus institutis, quia illa exheredationi similis est, *Struv. Ex. 10. th. 18. infra. n. 61. seqq.* dicetur.

G

II. Viti-

Si non sit
heredis in-
stitutio.

37

Si non sint
instituti in-
stituendi.

38

52



Testamen-
tum nulli
momenti
filio in po-
testate pre-
terito.

39

Ruptum a-
gnatione
posthumi.

40

II. Vitium quo testamentum ab initio inutile dicitur, est quando testamentum nullius momenti est. Quod fit. Quando *filius in potestate Constitutus, d.l.1. de injust. rumpi*, vel etiam hodie secutum *d. N.115. c.3. pr. emancipatus fuit prateritus*. Hic quoque distinguendum erit, num scienter an vero ignoranter fuerint prateriti. Sed hac de re *n. sequenti 40. & seq.* circa prateritionem posthumi latius dicturus sum. Commode enim conjungi poterunt duo illi casus, cum utriusque idem sit effectus.

Ex postfacto testamentum vitium capit I. Quando rumpitur. Id quod fieri solet. 1. *Per agnationem posthumi* sui hæredis qui vel exheredatus est vel etiam prateritus. In testamento in quo posthumus naturaliter talis exheredatus est, clausula codicillaris apposita operatur ut ille rogatus censeatur hereditatem sibi ab intestato delatam instituto restituere; hoc enim testamentum semper hodie nullum intelligitur, quia in illum ingratitude cadere nequit; idque, sive adjecta sive omissa ingritudinis causa fuerit. *Struv. Ex. 32. th. 35.* Jam ad prateritionem posthumi sui hæredis. Solent quidem alias Dd. benè distinguere inter prateritionem jam nati filii & posthumi *Barry. lib. 10. tit. 16. n. 10. Menoch. lib. 4. pres. 32. n. 2. seqq. Turret. qu. 54. seqq.* & deinde rursus circa utrumque, num scienter an vero ignoranter sit prateritus. Sed cum utrumque hisdem fermè argumentis probetur, & præterea quoad effectum nulla in utroque differentia; de utroque conjunctim agam. Primo itaque de filio vel jam nato vel posthumo *scienter praterito* asserunt Dd. clausulam codicillarem perfectum robur habere, *Barry. ad l. 1. ff. de J. Codic. qu. 6 Barry, Menoch. Turretus. ad. 11. Piso. var. res. lib. 3. c. 2. n. 34. Regn. Sixtin. vol. 2. Conf. Marpurg 19. n. 54. seqq. Gail. 2. O. 114. n. 4. seqq. C. 1. A. de Codic. th. 20. n. 1. 2. Struv. Ex. 34. th. 65. n. 3. Brunns. ad l. 24. §. 11. de fideic. heredit. & c.* Moventur autem imprimis per *l. generaliter 24. §. ex testam. 11. de fideic. libert.* ubi dicitur posthumo praterito (idem ob rationis paritatem Dd. de jam natis asserunt *Brunns. & alii ad d. l.*) tum demum directas atque fideicommissarias hereditates vel libertates deberi, si illas à legitimis quoque pater familias reliquerit. Sed per clausulam codicillarem fit, ut censeantur rogati heredes legitimi, relicta in testamento, scriptis ibidem heredibus vel fideicommissariis præstare. *vid. sect. 2. n. 30.*

add.

add. Bart. ad l. quia autem 6. ff. si quis omiff. caus. test. & ad l. ex ea scriptura 29. §. 1. ff. qui test. fac. poss. & ad l. 1. de i. Codic. n. 3. Conf. Marpurg. 19. vol. 2. n. 55. vigore itaque hujus clausulæ scripta in testamento etiam à liberis præteritis præstari debent, Brunn. d. l. & ad l. ult. C. de Codic. n. 7. Zepper. de Codic. c. 4. n. 19. 2. Præteritio liberorum solum efficit ut liberi vigore N. 115. c. 3. §. 14. in fin. ab intestato ad parentum hereditatem veniant, Conf. Marp. d. l. Cum vero hic claus. cod. sit effectus, ut omnia ab intestato repetita censeantur, l. ex ea 29. §. ex his 1. ff. qui test. fac. l. si non jure 11. C. de testam. manum. certum est existere casum quo liberi præteriti obligentur, cum ab intestato hereditatem capiant. 3. In genere toties operatur claus. cod. quoties testamentum ob defectum aliquem subsistere non potest, n. 30. l. ult. §. 1. C. de Codic. sed in hoc testamento in quo filii sunt præteriti jam nati pr. Inst. de ex her. lib. vel posthumi §. 1. Inst. d. t. defectus est, atque propterea inutiliter factum testamentum. d. pr. Fieri itaq; nõ potest quin cl. cod. operetur, neque textus d. l. ult. §. 1. restringendus est ad defectum solennium, v. gr. quod testes inhabiles vel non rogati sint adhibiti, quia generaliter loquitur, nec solennium fere ullam facit mentionem. Conf. Marp. d. l. n. 58. in fin.

Dissentiunt tamen ab hac communi alii Dd. quos refert, Turret. qu. 54. n. 1. Barry lib. 10. tit. 16. n. 10. cum Fachinao contro. lib. 4. c. 11. & Ludov. de ult. volunt. part. 2. cap. 5. p. 418 419. Carpz. p. 3. c. 9. d. 11. & 6. Resp. 113. n. 12. 13. Et quidem 1 propter l. Titia 13. ff. de in offic. testam. l. nec. fideicom. 36. de Legat. 3. in primis propter earum rationem: cum is quoque contra officium pietatis fecisse dicatur, qui filios præteriit atque propterea non sanæ mentis fingatur, pr. Inst. de in off. test. l. 2. ff. eod. N. 115. c. 3. 2. propter l. 2. ff. de Legat. 3. 3. Quia affirmativa admiffa, omnino N. 115. c. 3. constitutio eluderetur contra, l. si quando 35. pr. C. de in offic. test. Cum in testamento parentum inter liberos semper claus. cod. tacitè inesse credatur. Carpz. d. Resp. n. 12. ut ita nunquam testamentum ob præteritionem liberorum nullum dici possit contra, d. N. c. 3. quod in favorem tamen liberorum præteritorum latum est, ut illi præteriti hereditatem parentum ab intestato caperent. 4. Quia injuria per præteritionem liberis illata per claus. codic. non potest tolli. Durante igitur injuria & dispositio

fitio *d. N. c. 3. 45.* operabitur, ut testamentum ad minimum quoad institutiones corruat.

42

Sed adhuc responderi potest, & quidem ad 1. & 2. harum LL. dispositionem hodie cessare sublata videlicet furoris fictione, ut *infran. 60* latius dicitur, aliter *respondet. Bachov. ad Trent. Disp. 13. n. 10. lit. G. & Sixtin. in d. conf. Marpurg. n. 60.* Ad 3. respondeo, non omnes admittere in testamento inter liberos intelligi claus. codic. cum non opus sit hanc fictione, propterea quod hoc testamentum ex singulari privilegio valeat ex sola testatoris voluntate, *l. 21. §. 1. C. d. Testam. Luduv. de ult. volunt. p. 2. c. 5. p. 413.* Sed fac intelligi hanc clausulam in testamento parentum, tamen illud non concedunt Dd. quando liberis hoc ipso creatur præjudicium, *arg. l. 21. §. 1. C. de Testam. ne, quod in eorum favorem introductum, in odium ipsorum detroqueatur. Conf. Altorf. 64. p. 410.* Sed & posset quis non absurdè dubitare, num testamentum in quo liberi sunt præteriti ulla ratione inter liberos vocari posset. Ad 4. respondeo: in effectu injuriam nullam liberis factam esse, illi enim testamento non subsistente ab intestato hereditatem datam capiunt, nec aliter fideicommissis gravati intelliguntur, atque si incodicillis ab intestato factis hæc fuerint relicta. Ut igitur in successione quæ fit ab intestato de heredis institutione frustra quæritur. *Bach. d. l.* ita quoque hic injuria liberis facta non apparet, vel certè non attenditur.

43

De liberis
ignoranter
præteritis.

Nunc ad alterum casum, quando videlicet filius jam natus vel posthumus *ignoranter* præteritus, accedam: & hic non minus quam alter dubius est. *vid. Pifo. var. res. lib. 3. c. 3. n. 2.* Communis tamen propè est sententia: hoc in casu claus. cod. nihil operari. Sequuntur autem plerique omnes *Bart. in l. 1. ff. de l. codic. qn. 6. De Pratis lib. 2. lit. 1. dub. 1. sol. II. n. 8. Mantio. de conj. ult. vol. lib. 1. tit. 10. n. 3. Pifo. d. l. n. 10. Barry lib. 10. tit. 16. n. 10. II. Gail 2. O. II 4. Menoch. lib. 4. pres. 32. n. 9. Coll. 1. A. de codic. th. 20. Struv. Ex. 34. th. 65. n. 3. Brunn. ad l. II. §. ult. ff. de l. codic. Zepper. de cod. c. 4. n. 34.* Probatur hoc 1. Quod parentes non præsumantur voluisse gravare filios, de quibus, dum alterum instituerent, non cogitaverant v. gr. quod persuasum haberent jam natum non amplius

plius in vivis esse, vel uxorem non esse prægnantem, idque *arg.*
l. II § 19. ff. de l. Codic. quibus addi potest, *l. 77 § 29. de Legat. 2.*
 Fundatur hæc præsumptio in charitate parentum erga liberos
 naturali *l. 15 de inoff. test.* & voto communi *l. 7 § 1. si tab. testam.*
nulla exst. quo ipsis quacunque ratione bona sua relinquere velle
 censentur, & quantum in ipsis est, facere, ne ad extraneum po-
 tius quam eos hereditas eorum post mortem perveniat. *l. cum*
acutissimi 30. in fin. C. de fideicom. Carpz. 6. Resp. II. n. 6. Huic præ-
 sumptioni non obstat, quod testator videatur cogitasse de omni-
 bus ab intestato venientibus dum clausulam codicillarem appo-
 suit, uti *arg. l. 7 ff. de testam. milit.* concludunt dissentientes: atque
 omnes eos restitutione gravasse eo casu quo successuri sunt. *l. 3.*
pr. § 1. & l. 16. ff. de l. codic. Nam respondetur, *l. 7. de test. mil.* ad
 nostrum casum non pertinere; quippe quæ de privilegio militari
 concepta est; cuius voluntas hoc casu certa est, quia etiam post-
 humum exheredem voluit, cum possit pro lubitu testari quando
 jure militari testamentum facit. *pr. Inst. de test. mil.* & præterea ge-
 neralis hæc atque vaga cogitatio quam ex claus. codic. colligunt,
 non extenditur ad ea quæ quis vero similiter non statuisset. *Gail.*
d. l. n. 10. arg. l. 6. ff. de pignor. Struv. evolut. contr. Ex. 34. th. 65. n. 3.
opp. 1. his addi possunt ea quæ habet. Mantic. lib. 1. tit. 10. num. 3.
 Inde 2. Vero admodum simile est, parentem, si scivisset filium
 adhuc esse superstitem, & uxorem se prægnantem habere, hanc
 naturalem *εοργην* noluisse negligere, eumque hereditate, quam
ipsi naturalis ratio, quasi lex quadam tacita addicit, velut ad debi-
tam successionem eum vocando, l. 7. de bonis damnator. innocentem
 planè contra omne pietatis officium privare. *pr. Inst. de inoff. test.*
l. 2. ff. eod. Cum ergo 3. cesset hic omnino voluntas testatoris enixa
 cui aliàs claus. codicillaris innititur *§ hic noster.* & ad quam con-
 servandam tendit. *Gail. d. l. n. 12.* necesse quoque est illam non
 sustinere testamentum ejusmodi quod testator non fuisset factu-
 rus, si liberos superesse vel post mortem sibi natos fore credidisset.
 Cum claus. codic. defectum voluntatis non suppleat, *vid. sect.*
2. n. 23. Gail. d. l. num. 12. Is autem qui ex ignorantia procedit ad
 actum aliquem, quem prævia scientia non suscepisset, voluisse
 non censetur, quia voluntas ex scientia provenit. *l. mater. 19. vers.*

ceterum ff. de inoff. testam. l. Labeo 7. § servius 1. ff. de suppl. leg. cum
 igitur non voluisse credatur, nec enixè voluisse (cujus videlicet
 indicium claus. codic. est) præsumitur, quia non entis nullæ sunt
 qualitates uti arg. l. ejus qui 41. vers. quod si stipulatus. de reb. cred.
 & l. si servus 4. §. 1. de act. empt. vend. l. 208. d. R. l. concludit. Gail.
 d. l. n. 12. His 4. addunt Dd. arg. l. si unquam 8. C. de revoc. donat.
 ex qua concludunt, donationem inter vivos, revocari, quando
 donans postmodum liberos susceperit, idque propter eandem
 præsumptionem supra expositam. Brunnem. ad d. l. n. 4. cum igitur
 hoc concedatur favore liberorum in actu qui longè firmitior
 est quavis ultima voluntate l. 1. C. de pactis ibique Gl. ille enim
 duorum hic sola testatoris voluntate nititur, arg. l. 16. C. de fideic.
 l. 127. de Legat. 1. l. 35. §. 3. de hered. instit. multo magis hoc obtine-
 bit in ultimis voluntatibus, cum eadem subsit ratio, conjuncta scil.
 cum favore liberorum præsumpta testatoris erga eosdem pietas.
 Carpz. d. Resp. n. 6. Neque obstat quod donatio revocetur pro-
 pterea, quod nullo alio remedio filio succurri possit ut ad here-
 ditatem parentis veniret, hic autem, quando claus. codic. adjecta
 fuit testamento, potest ad hereditatem ab intestato venire legiti-
 mamque portionem capere, postquam natiuitate sua testamen-
 tum rupit. Nam respondeo, hoc nec quicquam facere contra favo-
 rem liberorum, cum utrobique præsumpta testatoris voluntas,
 qua non censetur liberos, nequidem quoad reliquam heredita-
 tem præter legitimam, privare voluisse, in contrarium militet.
 vid. rat. 1. 2. 3. His 5. adjiciunt: Testamentum militis rumpi per
 agnationem posthumi, vel in nihilum cadere, jam nati ignoranter
 præteriti causa. l. 10. C. de milit. testam. l. 36 ff. eod. cui tamen cense-
 tur inesse clausula codicillari similis: si non valet jure communi
 valeat jure militari, vel omni meliori modo, arg. l. 3. ff. eod. multo
 itaque magis rumpetur testamentum pagani l. 15. C. eod. cui
 claus. codic. fuit adjecta. Neque est quod hic objiciant: testa-
 mentum militare magis rescissione opus habere, quia illud,
 cum ex sola militis voluntate subsistat, filium planè à legitima
 excluderet, arg. l. in testam. 7. C. ad L. Falcid. cum illam filius ex
 testamento pagani propter claus. cod. quæ fideicommissum ope-
 ratur, salvam habeat. Carpz. 6. Resp. 113. Quia nec illud favorem
 libero-

liberorum & præsumptam parentis pietatem infringit. Denique
 6. fideicommissum, quod pater à filio vel avus à nepote post
 mortem alteri voluit restitui, semper tacitam hanc conditionem
 habet, si sine liberis decesserit, eamque ex conjectura pietatis,
l. cum avus 102. ff. de condit. & demonstr. propter quam nemo
 præsumitur alienas successiones propriis anteferre, *l. 30. in fin. C. de Fideic. l. 6. C. de Inst. & subst.* ubi Justinianus Papiniani illud
 responsum, quod habetur *in d. l. 102. approbavit Perez ad tit. C. de fideic. n. 13.* Multo ergo magis in proprio testamento patris
 quo filios ignoranter præterit pietatis intuitu hæc conditio
 suberit: si mihi nemo natus fuerit, vel si sine liberis decedo: cum
 non magis nepoti aut pronepoti quam filio hereditatem relin-
 quere voluisse præsumatur. Huic non adversatur, quod testator
 quando ita fideicommissum dedit nihil de posteritatis suæ suc-
 cessione disposuerit; cum hoc nostro casu utique disponat ap-
 ponendo claus. codic. per quam censetur omnes ab intestato ve-
 nientes adeoque & posthumum rogasse, ut scriptis heredibus
 hereditatem restituant. Hanc ergo diversitatem, diversum quoq;
 jus producere dicendū erit. Sed eodem modo possum dicere eum
 non disposuisse de posthumo vel jam nato ignoranter præterito,
 quippe quem vivere & natum fore plane ignorabat. Quomodo
 autem potuit disponere de eo de quo non cogitabat. Neque
 generalis cogitatio, quam præsupponunt dissentientes, quicquam
 facit, quippe quam ut supra monitum, favor liberorum & paren-
 tum pietas omnino subvertit.

Contra hanc sententiam nihil facit, quod potissimum est
 dissentientium fundamentum, quod paria sint in jure codicillos
 ab intestato facere & adjicere claus. codic. *Struv. Ex. 34. ib. 60.*
 uti igitur codicilli ab intestato facti non rumpuntur agnatione
 posthumi sive scienter sive ignoranter præteriti. *l. 3. §. 1. l. 8. §. 3. de
 7. Codicill.* quæ non distinguunt: ita quoque nec fideicommissum
 per claus. codic. inductum evanescet. Respondeo, Ll. dictas
 illud non probare, neque earum generalitas repugnat quo mi-
 nus cum aliis possint conciliari: loquuntur enim de casu quando
 scienter liberi sunt præteriti. Et fac (quod tamen nunquam
 concessero) illas probare codicillos non rumpi propter post-
 humum

44

humum ignoranter præteritum, tamen hic denuò mens testatoris inter codicillos ab intestato & claus. codic. discrimen faciet. Is enim, qui codicillos fecit, omnino voluisse videri posset, ut fideicommissa à venientibus ab intestato præstarentur, cum alia mente illos fecisse non præsumatur, quam quod eos à legitimis heredibus impleri voluerit. Is vero qui testamento suo in quo liberos præteriit claus. codic. adjecit, potest hoc alia mente fecisse, fortassis quia videt & opinatur se liberos non habere, neque etiam sperare posse. Sed cum vellet, eum omnino hereditatem vel fideicommissa capere, cui illa testamento reliquit, ideo, quod proximè ac secundum liberos eum inter alios charissimum haberet) claus. codic. adjecit, ne forsan alii ab intestato venientes, testamento ipsius evacuato, præ instituto vel eo cui fideicommissa dederat, ad successionem venirent, hique illis contra voluntatem suam defraudarentur. *Struv. d. l. opp. 2. in evolut. alio modo hoc explicat Zepper. d. c. 4. n. 39. 40. quibus addi possunt ejusdem. n. 35. 36. ad 49.*

45
Quid si testator post posthumum natum vixerit adhuc.

Extendunt hoc Dd. quod etiam nihil operetur dicta. claus. licet pater nato posthumo diu adhuc superstes fuerit, nec tamen testamentum agnatione posthumi ruptum mutaverit. Quia testamentum una cum claus. codic. per nativitatem sui heredis semel ruptum ex præsumpta voluntate (scil. quod illud approbasse atque cum tali testamento decedere voluisse censeatur, dum non mutaverit) reviviscere haud possit. *Gail. d. l. n. 13. 14. & obs. 113. n. 4. Piso d. l. n. 19. seqq. Luduvell. de ult. vol. p. 2. c. 5. p. 424. ubi idem de agnatione civili confirmat. Possunt tamen huc applicari distinctiones, quas Magn. Dn. Tabor in ante nominata disput. de claus. codic. th. 40. in tabella exhibet:*

46

Sed ut de hâc ignorantia vel scientia testatoris constet; monet *Carpz. 6. Resp. 10. n. 13. seqq.* probè attendi oportere momentum pariter temporis aliasque præsumptiones & conjecturas. Ibi n. 14. subjicit regulariter quidem præsumi ignorantiam, nisi contrarium probetur, per *c. præsumitur 47. de R. l. in 6to. & alleg. ibid.* hoc tamen casu præsumptionem indubitatum non esse, cum in factò testatoris proprio consistat, relinquere posthumum; in quo scientia potius præsumitur, neque ignorantia probabilis est.

n. 15.

n. 15. præprimis cum in prægnatio non facile possit lateren. 16.
Hinc totum hoc negotium prudentis iudicis arbitrio committit.
n. 18. 19. *add. Philip. us. instit. lib. 2. Ecl. 56.*

Quod si posthumus, qui natiuitate sua, cum ignoranter præ-
teritus esset, testamentum paternum rupit, rursus decesserit, num
heredes ipsius hoc testamentum seruare debeant, distinguen-
dum; aut ille vivo adhuc testatore decessit, & quia testamentum
ex æquitate Prætoriarum reviviscit. *l. posthumus 12. pr. de injust. rumpit.*
puto heredes posthumi illud impugnare non posse ex persona
filii; aut vero post mortem patris mortuus est; & heredes post-
humi ex hac clausula non obligantur, quia testamento semel
agnatione posthumi ignoranter præteriti rupto, jus hereditatis
paternæ posthumo quæsitum in eius heredes sine onere fidei-
commissi translatum est. *Zepper. d. c. 4. n. 52. 53. 54. & 55.* ubi limi-
tat, in prohibitione alienationis facta ad conservandam familiæ
dignitatem.

II. Rumpitur testamentum factum ipsius testatoris, i. aliud te-
stamentum perfectum condentis ex quo heres existere possit.
§. 2. Inst. quib. mod. test. infirm. l. 1. l. 16. ff. de inj. rumpit. hoc casu
effectum claus. codic. nullum esse plerique Dd. contendunt. *Barry.*
ad l. 1. qu. 15. de f. Codic. cumque secutus Piso var. res. lib. 3. c. 2.
n. 31. Mant. lib. 12. tit. 1. n. 37. Barry lib. 10. tit. 16. n. 7. & lib. 1.
n. 41. Zepper. de codic. cap. 4. n. 98. ad 101. I. Quia per posterius
testamentum revocatum videtur quicquid continetur in primo:
cum secundum testamentum indicium satis sit, testatorem voluisse à prio-
ri voluntate recedere, præprimis si posterius valeat. *arg. l. si jure*
18. de Legat. 3. l. nisi si 3. §. item si ipse. 7. si cui plusquam per. Leg.
Falcid. omnes ergo clausulæ in eo contentæ revocatæ censi
debent. *Barry d. l. 2.* Clausula codicillaris tunc demum locum
habet atque effectum sortitur, quando testator in eadem volun-
tate permanserit *arg. l. servum filii 44. §. si pocula. 2. de Legat. 1.*
Barry & Zepper. d. l. n. 99. nec eum prioris voluntatis pœnitue-
rit. *Pratis. lib. 2. int. 1. dub. 1 sol. II. n. 13. 14.* à qua si recessit alio facto
testamento, utique etiam quoad clausulam codic. voluntatem
priorem revocasse videtur. Nam clausulam codic. testator ea utiq;
mente adjecit, ut, si contingeret testamentum non valere ut

H

testa-

56

47
Si posthu-
mus denuo
decedat.48
Si posterio
testamen-
tum perfe-
ctum.

testamentum, per illam tamen alio quovis jure sustineri posset. Sed cum ipse factio suo prioris testamenti auctoritatem oppugnavit, utique id egisse quoque censendus est, ne huic suo testamento clausula codicillaris subveniret, & priorem voluntatem contra posteriorem quasi defenderet atque sustineret. Quia nemo sibi hanc legem dicere potest, ne liceat ipsi à priori voluntate recedere *l. si quis 22. pr. de Legat. 3.* Quod utique fieret, si clausula codic. priori testamento apposita eum adeò constringeret, ut voluntatem suam contrario factio mutare non posset. Cum ergo hic contraria priori adsit voluntas claus. nihil operabitur. *Praxis d. l. n. 11.* Nec potest fieri ut quis ad voluntatem hanc defuncti conservandam constringatur, cum heredes legitimi non teneantur, quia ad eos hereditas non pervenit. *arg. l. 16. de f. Cod. l. 1. §. sciendum 6. de Legat. 3.* heredes autem in posteriori testamento scripti non tenentur, quia non sunt fideicommissio prioris testamenti gravati, cum ejus nulla in posteriori mentio facta sit. *Zepper. d. l. n. 100. 3. arg. l. 3. de test. milit.* quæ probat testamento militis inesse claus. omni meliori modo, quæ tamen codicillari similis est. Sed nihilominus prius ejus testamentum per posterius rumpitur. *l. quærebatur 19. ff. de testam. milit.* idem ergo in testamento pagani quod claus. codic. habet, obtinebit.

49

His non obest: quod clausula codicillaris tunc operari incipiat quando testamentum est nullum. Quia illud verum est: quando testator in eadem voluntate permanferit, nec factio vel verbis contrariam prodiderit & priorem revocaverit. *Bart. d. l. in fin.* Limitatur tamen hæc sententia quando expressè constat de voluntate testatoris quod velit clausulam posteriori testamento ruptam omnino effectum sortiri, hoc enim casu prius testamentum simile est codicillis ad testamento factis; (nemo enim in paganis pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. *l. 7. de R. l. Ludov. de ult. volunt. p. 2. c. 5. p. 415. in fin.*) qui per testamentum postea factum non evertuntur sed confirmantur. *l. 5. l. 16. de f. Cod. Zepper. d. l. n. 102. Magnif. Dn. Tabor. dicta Disp. th. 38.* Simile fermè huic exemplum vid. in *l. si quis 29. ff. ad Sctum Trebell. §. si quis 3. Inst. quib. mod. test. infir. l. 12. §. 1. de injust.*

injust. rupt. ubi itidem benigna quadam interpretatione voluntas defuncti servatur prout optimè potest.

Commodè quoque alter casus hic tractari potest: Quando scilicet prius testamentum perfectum est, posterius vero imperfectum, quod tamen clausulam codicillarem habet. Hoc casu *arg. d. l. si quis 29. ff. ad Sctum Trebell. & §. 3. Inst. q. m. test. infirm. l. 12. §. 1. de injust. rupt. l. querebatur 19. pr. in fin. de test. milit. clausulam codicillarem operari Dd. concludunt.* Uti enim in *dd. LL. testamentum posterius benigna quadam interpretatione*, propter enixam voluntatem testatoris jure fideicommissi & codicillorum sustinetur. *Vinn. ad d. §. 3. Inst. q. m. test. inf.* ita & hic testamentum posterius per claus. codic. sustinebitur, quippe quæ enixæ voluntatis evidentissimum, præbet indicium. *Cujac. Exposit. novell. N. 48. Gothofr. ad h. nostrum §.* At, cum posterius imperfectum testamentum prius jure perfectum non possit evertere, neque ut testamentum valere *§. ex eo 7. Inst. qu. mod. testam. infirm.* & tamen posteriori testamento defunctus adjiciendo claus. codic. vim quoque codicillorum vel alterius cujuscunque voluntatis ultimæ tribuere voluerit, nec tamen illud ut codicilli ab intestato valere possit; propter *l. 7. de R. l. ut testatoris enixa voluntas aliquem effectum sortiatur, benigna quadam interpretatione arg. d. d. L. l. pro CODICILLIS ad testamentum factis. eoque firmatis l. 16. de l. Codic. sustinebitur. Luduvell. de ult. volunt. p. 2. c. 5. p. 415.*

Unde sequitur, hisce duobus casibus ex clausula codicillari ad implenda ea quæ in testamento imperfecto disposita sunt non obligari venientes ab intestato, *arg. l. 3. pr. de l. codic.* sed heredes in testamento perfecto scriptos: tanquam illi in codicillis ad testamentum factis rogati fuissent in posteriori vel priori imperfecto relicta præstare. *Bart. ad d. l. 1. de l. Codic. qu. 1. Pijo var. res. lib. 3. c. 2. n. 30. Barry lib. 10. tit. 16. n. 1. Zepper. cap. 4. num. 18. Struv. Ex. 34. th. 64. n. 2.*

2. Facto testatoris rumpitur testamentum per incisionem cancellationem vel aliam quamlibet corruptionem ab ipso testatore factam. *tot. tit. de his qua in testam. delentur.* & quidem universi testamenti, non partis, aliàs enim pro parte illa quæ non

H 2

est

57

50

Si prius perfectum posterius imperfectum quod tamen claus. habet,

51

His casibus heredes scripti obligantur.

52

Incisio vel cancellatio à testatore facta.

est inducta vel deleta valeret. *l. 2. d. t.* Hic num operetur adjuratio vel clausula codicillaris dubium est, propterea: quod testamentum non subsistat *vid. n. 30.* Sed arbitror hoc casu quoque nullius planè effectus esse claus. nostram. Quia testator dum universum testamentum cancellavit vel alio modo corrupit, licet clausulam non attigerit, omnem quoque clausulæ codicillari efficaciam detrahit, cum nihil planè sit relictum ad quod restituendum heres ab intestato coarctari possit. Quod si & ipsa claus. vel adjuratio deleta sit, dubium non est, quin eadem nullius momenti sit, arg. eorum quæ habet. *Vasqu. de success. progr. lib. 3. §. 30. n. 24. & 56.* Pro parte vero testamento ita corrupto, distinguendum inter corruptionem circa heredis institutionem, & eam quæ circa legata & fideicommissa etiam universalia facta est. Priori casu, quia testamentum non subsistit, quippe quod heredis institutione caret. *l. 3. vers. Calpurnius de his quæ in testam. del. l. 1. §. 3. de Vulg. & pupil.* quæ caput & fundamentum ejus est. *§. ante 34. Inst. de Legat.* operatur claus. codic. ut legata atque fideicommissa, tanquam ex codicillis ab intestato vel alia quavis ultima voluntate minus solenni, ab heredibus legitimis debeantur. *vid. sect. 2. n. 37.* Heredis autem institutio hoc casu non sustinetur in vim fideicommissi ab intestato, quippe quam testator omninò nullius momenti esse voluit. Nam claus. codic. non contra mentem testatoris sed secundum illam effectum fortitur *Turret. qu. 51. n. 3.* neque heredis institutionem supplet, *vid. supra n. 37.* Quod si tantummodo legata quædam corruerit, salva heredis institutione, & quia tunc subsistit testamentum nullo præterea vitio laborans, *per supra dicta.* non operatur claus. codic. Quod si vero propter aliud concurrens vitium non subsistit, operatur quidem claus. quoad reliqua, sed non propter deletionem, quippe quæ circa heredis institutionem non apparet, legata tamen ita deleta contra mentem testatoris ab intestato non sustinet.

Testamen-
tum irritū.

53
Non adita
ex testa-
mento he-
reditate.

II. Ex post facto testamentum infirmatur *Quando in ir-
ritum constituitur.* Quod fit *1. Non adita ex testamento here-
ditate l. 1. in fin. ff. de injust. rumpi.* vel, uti aliàs dicitur deserto testa-
mento *§. 8. Inst. de heredit. quæ ab intest.* Et hic itidem claus. co-
dicillaris operatur ut venientes ab intestato relicta in testamen-
to fi-

to fideicommissa tam universalia, quò etiam pertinent substitutiones fideicommissariae, l. 14. C. de fideicom. quam particularia ut & legata, præstare teneantur, Covarr. ad C. Reynaldus X. de test. §. 3. n. 14. & 16. ubi huc §. nostrum applicat. Gail. 2. Obs. 134. n. 3. Zepper. d. c. 4. n. 65. Carpz. p. 3. c. 2. d. 21.

De hereditate directa hoc casu quærere nihil attinet, suppono autem nullo alio vitio testamentum laborare. Aut enim non potest esse heres qui institutus est, vel quod 1. sit incapax; & frustra de restitutione à legitimis faciendâ quæritur; quia is qui directò hereditatem capere non potest, nec per fideicommissum illam acquirit, Zepper. d. c. 4. n. 86. cujus tamen jure claus. codic. omnia testamenti capitula sustinet ut infra dicitur, n. 66. Sic v. g. non efficit claus. ut filii incestuosi aliquid capere possint ex testamento Turret. qu. 127. add. sect. 2. n. 9. Vel 2. quod ante testamentum sit mortuus §. 2. Inst. quib. mod. test. infirm. Carpz. p. 3. c. 2. d. 20. tamen post testamentum conditum, l. unic. §. 2. C. de caduc. tollend. Et, quia non est cui possit restitui per fideicommissum, arg. l. 14. pr. vers. esse enim. de l. Codic. de effectu hujus clausulæ quærere non est opus. Neque hic transmissioni locus erit, siquidem heres, antequam jus aliquod transmittendum nactus esset, decessit, Zepper. d. c. 4. n. 131. Turret. qu. 130. Ante testamentum conditum si heres jam fuerit mortuus, quia tunc institutio pro non scripta habetur quasi nunquam facta esset, l. unic. §. 2. 3. C. de Caduc. toll. claus. codic. ex nihilo nihil efficiet. 3. Si quis heres institutus post defunctum testatorem sit mortuus, ante quam hereditatem adierit: & quia desertum est testamentum, §. 8. Inst. de hered. qua ab intest. posset videri claus. codicillari locum relinquere, ut operetur circa eos in quos jus adeundi transmittitur. Sed, quia illi ad quos hereditas jure sunitatis, sanguinis & deliberandi transmittitur vid. Barry lib. 12. tit. 1. n. 1. Struv. Ex. 34. hb. 39. & 44. non acquirunt hereditatem vigore claus. codicillaris, ac si ejus adminiculo ipsis legitimi successores fideicommissum restituissent; sed jure successionis directæ, propter solum jus adeundi quod in ipsos ex persona decessoris sui ante aditam hereditatem defuncti devolutum est; patet, testamentum non in irritum constitui propterea, quod is qui in testamento heres scriptus erat, in adeun-

H 3

54

Hoc casu
circa insti-
tutionem
nihil ope-
ratur.

22

do

do defecerit, cum jus adeundi saluum adhuc sit, atque nondum sit desertum testamentum. Perinde enim est, num scriptus tabulis heres adeat, an is in quem hoc jus scriptus transmiserit, cum hic illius personam repræsentet. Putat quidem *Carpz. p. 3. c. 14. d. 29. n. 9.* ex clausulæ codicillaris adjectione colligi, testatorem voluisse ad heredis scripti heredes hereditatem etiam non agnitam transmitti. Sed hoc, si verum est: puto tunc obtinere quando heredis successores nullo alio jure transmissionis ad hereditatem venire queunt. 3. Quis impeditur quominus hereditatem adire possit, si *conditione* sub qua institutus est, *defectus sit*, §. 2. *Inst. quib. mod. test. infirm.* hoc enim casu heredis institutio evanescit & legitimis heredibus ab intestato defertur hereditas, *arg. l. 8. pr. de peric. & comm. reuendit.* Neque ad eam conservandam clausula codicillaris quicquam operari potest, quippe cujus omnis effectus ex voluntate testatoris dependet: hic autem testatorem non aliter voluisse institutum hereditatem capere, quam si conditio adjecta exstiterit, ex natura conditionis apparet; quippe quæ actum qui propter ipsam in pendentem est existendo confirmat aut omnino destruit, *d. l. 8.*

55 Quod si quis *nolit* adire hereditatem & propterea testamentum effectum careat, clausula codicillaris non potest efficere ut ipsi hereditas à legitimis restituenda sit. Quia invito beneficium non datur, *l. 69. de R. l.* Quò propterea quod hereditatem adire noluit indignus habetur, *arg. l. si patroni 55. §. quid ergo 3. ad Sctum Trebell.* Et licet postea velit sibi à legitimis restitui hereditatem, tamen quia jam facto suo hereditate se privavit, contra illud amplius ipsi venire non licebit: nam quod semel placuit amplius displicere non potest, *c. 21. X. de R. 7. in Vno.* Idem dicendum de herede qui ipse sua culpa efficit ut testamentum irritetur, uti concludit, *arg. l. 23. de neg. gest. & l. 34. §. 1. de R. 7. De Præis lib. 2. fol. 11. n. 25. int. 1. dub. 1.* ne, ex eodem facto ex quo poenam sensit, commodum quoque aliquod ad eum redundet. In substitutione num aliquid operetur claus. codicillaris dubitari posset, quod testamentum per repudiationem primi instituti desertum videatur. Sed itidem responsio facilis est: Quamdiu enim speratur heres sive institutus sive substitutus, testamentum non potest dici desertum, cum adhuc incertum sit, utrum substitutus adire an

re an repudiare velit atque aditione sua testamentum aut confir-
mare, vel repudiando irritum reddere, *arg. l. 181. de R. 7. ibique*
Gothofr. in commentario vers. ait. regula. § 1. 10. § 2. de Legat. prest.
const. tab. bon. poss. pet: Quod si vero unus ex pluribus repudian-
tibus (qui non habent ad quos adeundi jus transmittere queant
vel qui ipsis sint substituti *Barry lib. 13. tit. 2. n. 1*) adeat, testamen-
tum quoque subsistit, cum adeunti portio deficientium vigore,
L. 7. ff. de R. 1. quæ non patitur quemquam in paganis pro parte
testatum & pro parte intestatum decedere, accrescat, atque adeo
totum testamentum subsistat. *l. 6. C. de Impub. & alius substit.* quo fit
ut circa heredis institutionem clausula codicillaris effectum nul-
lum habeat, *vid. n. 30.*

Sed quæro adhuc: num heres in testamento institutus, le-
gatum sibi in eodem testamento relictum, postquam heredita-
tem repudiavit, à legitimis heredibus, petere possit, propter claus.
codicillarem illi testamento adjectam? Affirmat hoc *Baldus conf.*
328. arg. l. filio 87. de Legat. 1. tum propter rationem, quod is qui
est exclusus ex uno capite, ex alterò admittatur, *arg. l. Lucius 88.*
§. filiam. 9. de legat. 2. Sed rectius denegari heredi petitionem le-
gati, *arg. l. si patroni 55. §. quid ergo. 3. ad Sctum Trebell.* concludunt
Turret. qu. 99. Zepper. d. c. 4. n. 66. ubi dicitur ei, qui defuncti
preces destituit, non adeundo, videlicet hereditam sibi relictam,
fideicommissi vel legati petitionem denegandam esse; cum indi-
gnus sit ut aliquid ex defuncti voluntate consequatur, qui eam
implere noluit. Hæc ratio cum generalis sit, ad hunc quoque
casum applicari commodè poterit. Aliam subnectit, *Zepper.*
d. l. Quod clausula codic non operetur contra mentem testa-
toris, hic autem præsumi contrariam voluntatem, cum non sit
verisimile, eum, si scivisset heredem repudiaturum hereditatem,
ipsi quoque vel tantillum quidem relicturum. Neque his ob-
stat, *arg. l. filio 87. de legat. 1.* Ubi dicitur licere alicui hereditatem
repudiare, & legatum petere. Illud enim verum esse dicit, *Bart.*
add. l. filio. quoties plures uno in testamento sunt instituti: licet
enim horum aliquis hereditatem repudiet, tamen propterea te-
stamentum non destituitur, cum reliquis adeuntibus portio re-
pudi-

Heres re-
pudians nū
legatum ex
hac clausu-
la capere
possit?

56

57

57

57

pueritatis accrescat, quod utique fieret unico tantum herede instituto.

Status mutatio testatoris.

57

2. Irritum fit testamentum si quid *accidat in persona testatoris* post conditum testamentum: nempe 1. Si *status ipsius mutetur*, & ille capitis deminutionem patiatur, §. 4. 5. *Inst. quib. mod. test. infirm.* sive maximam mediam vel etiam minimam, arg. §. 6. d. Quia testamentum non est nisi liberi hominis, civis Romani, & patris familias, *Vinn. add. §. 4.* Et sic per ejusmodi capitis deminutionem testamentum incidit in eam causam à qua incipere non poterat, ac perinde habetur, ac si testamentum nullum fecisset is, qui quidem testamentum condidit, quod tamen, postea irritum fuit, *pr. Inst. de heredit. qua ab intest.* Sed cum certum sit, ejus qui testamentum facere nequit nec codicillos valere, sequitur nec clausulam codicillarem hoc loco alicujus effectus esse; quippe quæ ab eo fuit adjecta qui tempore mortis in eo statu fuit, qui testamenti factionem non admittebat. Et hunc quidem testatoris defectum clausula codicillaris nunquam supplere poterit. *Turret. qu. 46.* quia illa non potest operari contra jura, & efficere, ut is, qui testamenti factionem non habet censetur codicillos vel aliam quandam ultimam voluntatem fecisse, *Zepper. n. 83. 84. 85. Carpz. p. 3. c. 4. d. 39. n. 2. 3. 4.*

si fiat testator.

58

2. Aliquid accidit in persona testatoris, *si is ipse sibi non tædio vitæ aut doloris impatientia vel ex morbo quodam; sed conscientia criminis* alicujus ne damnaretur *mortem conscivit*, l. 6. §. 7. *de Injust. rumpit.* ubi hoc casu quoque irritum dicitur testamentum; & quia huic itidem testamenti factio denegatur, l. 2. *C. qui testam. fac. poss.* clausula codicillaris testamentum nec codicillorum jure conservat. Cum bona ipsius publicentur, l. 3. §. 1. 2. *seqq. de bonis eorum qui ante condemn.* & ipsis heredem, ne legitimum quidē, habere nō liceat, id quod tamen ad reos eorū criminum, ob quæ bona publicantur, *in d. l. §. 1. 3.* restringitur. Et ad huc magis in *Constit. Carol. V. art. 135.*

Si delictum committat.

3. Si testator ejusmodi committat delictum, ob quod ab initio quoque testamentum facere prohibetur, v. gr. si fiat hæreticus; apostata &c. vel certè ob quod bona ipsius fisco vindicantur, add. *Vasqu. de Success. resolut. lib. 1. s. 3.* Uti enim is qui bona non habet propria nec testamentum facere potest, *per supra dicta*

Ita

ita quod ante fecit, omnino bonis in fiscum redactis concidat
 necesse est, cum obiecto circa quod versetur, destitutum sit; Et is
 qui bona non relinquit, heredem quoque habere nequeat, *l. lex
 Cornelia 27. ff. de Vulg. & pup.* Quod ergo hic de testamenti vi-
 ribus dictum fuit, idem quoque ad clausulam codicillaris effectum
 pertinebit, ut illa nullius momenti sit, nisi ab eo adjecta, cui etiam
 mortis tempore, testamenti factio competat.

Officio iudicis testamentum infirmatur mediante querela
 inofficiosa, quando ritè quidem sed iniquè, i. e. observato quidè
 exheredandi modo in *N. 115. c. 3.* præscripto (nominatim vide-
 licet expressaque iusta exheredationis causa, sed quæ ab herede
 probari nequit) sed non ex officio pietatis, exhereditio facta, co-
 rum, qui aliàs instituendi fuerant. Horum cum triplex sit ordo
 descendantium, ascendentium & fratrum consanguineorum &
 germanorum turpibus personis posthaborum: prius de liberis
 & parentibus conjunctim & deinceps de fratribus separatim tra-
 ctaturus sum. Quod ergo *liberos & parentes* attinet: si illi legi-
 timè secundum normam in d. N. ab imperatore traditam sint ex-
 hereditati, querelam in officiosi locum habere certum est, *vid.
 Struv. Ex. 10. th. 14.* Verum hoc plerique Dd, in testamento
 quod adjectam clausulam codicillarem habet, limitant, *vid. De
 Pratis Lib. 3. Int. 1. dub. 1. sol. 4. n. 18. Turret. qu. 26. n. 7. seqq. quem
 refert, Barry. lib. 10. tit. 16. n. 13. Gail. 2. obs. 114. n. 1. 2. 3. Struv. Ex 10.
 th. 36. Zepper. d. c. 4. n. 56 & 57.* Ita ut vigore illius querela excluda-
 tur, & venientes ab intestato, qui aliàs de in officio conqueri po-
 terant, cenſeantur rogati, ut heredi in testamento scripto heredi-
 tatem tanquam per fideicommissum ab intestato datum, restitu-
 ant, *Gail. d. l. probatur hæc sententia, l. arg. l. 29. §. 1. ff. qui testam.
 fac. poss.* ubi dicitur: quando testator claus. codicillarem testa-
 mento adjecit, eum voluisse omnimodo valere ea quæ reliquit,
 etiamsi intestatus decessisset: Quod cum generale sit, licebit hoc
 quoque ad nostrum casum transferre. Quia enim hoc testa-
 mentum, ob ritè sed iniquè factam exheredationem querelæ in
 officiosi succumberet, atque adeò posset annullari, vel etiam per
 eam jam sit rescissum, uti exemplum in præjudicio exhibet *Carpz.
 Decis. 155.* succurrit huic defectui claus. codic. & testamentum de-

Officio Ju-
 dicis testa-
 mentum
 infirmatur
 per quere-
 lam inoffi-
 ciosa a-
 liberis vel
 parentibus
 institutam.

59

I

tracta

60



tracta planè exheredationis mentione ita format, quasi codicilli ab intestato essent facti atque in illis fideicommissa data: ut hac ratione heredes legitimi tanquam non fuissent exheredati teneantur voluntatem defuncti implere, quasi ab intestato factam. *Struv. d. l. 2.* Quoniam testamento per querelam everso res ad causam intestati redit; clausula vero codic à testatore sub hac conditione testamento fuerit inserta, *arg. d. l. 29. & l. 24. §. ex testam. II. de fideic. heredit.* ut si testamentum non valeret jure testamenti, hæc illud quovis meliori modo sustineret, *vid. supr. n. 30.* igitur, existente hac conditione, effectum suum claus. secundum mentem testatoris quoque exeret. Quod autem Dd. dicunt, clausulam dictum testamentum in officiosum à querela immune reddere, id fieri arbitror in favorem ipsorum heredum legitimorum, ne illi majoribus sumptibus frustra defatigentur, dum testamentum evertere per querelam satagant: nam testamento hoc modo everso existit conditio, ut operari claus. codicillaris possit, atque legitimi admittere jam cogantur, quod per querelam evitare conati fuerunt, quod tamen admodum foret ridiculum. Cum hac ratione nihil aliud egisse videantur legitimi, quam ut heredi in testamento scripto, gladium, quo ipsos jugularet sua spontè porrigerent. His addi potest *3. arg. l. si pars 10. de in offic. test.* quod magis favendum sit voluntati testatoris quam legitimis exheredatis, quæ cum per claus. codicillarem omnino certa sit, huic potius & humanus, uti textus loquitur, quam querelæ locus dabitur, *Zepper. d. l. n. 59.*

60

Sed huic sententiæ præprimis obstare videtur, *l. nec fideicommissum 36. de Legat. 3. item l. Titia 13. de in offic. test. l. patron. 35. in fin. de legat. 3.* Ubi dicitur: nihil deberi ex testamento in officioso, quia credatur testator quasi furiosus testamentum facere non potuisse. Ejus autem, qui testamentum, facere nequit, nec clausulam codic. ullius momenti esse supra ad efficientem claus. monitum, *ad d. Cuj. ad tit. de leg. 2. ad h. §.* Sed respondetur cum *Struv. in evoluc. controu. d. Ex 10. lib. 36.* priorè sententiam respicere potissimum jus novum in quo color iste dementiæ non amplius attenditur. Quia per N. 115. laxa hæc testandi potestas ab imperatore ita coarctata est, ut non amplius colorem ejusmodi querere opus sit, cum illius fictionis vicem hodie ipsa consti-

stitutio Novellæ sustineat, *Struv. d. l. th. 3. in fin. ibique alleg.* Hæc enim formam hanc querelæ instituendæ de finit, ut illa, non amplius ut olim sub colore dementiæ, ejus enim nullam facit mentionem, sed tum demum competat, si justa exheredationis causa in testamento fuerit expressa. *Struv. d. l. th. 15. Barry. lib. 10. tit. 2. n. 4. & 8.* Deinde quoque probatur hanc fictionem hodie non attendi; quod, cum olim propterea totum testamentum etiam quoad legata & fidei commissa per querelam everteretur *l. 8. §. 16. l. 28. de in offic. testam.* hodie propter, *d. N. 115. c. 3. §. 14. in fin. & c. 4. §. 9. in fin.* solum quoad institutionem concidat, cum aliàs à demente, quippe qui testari nequit, *l. 9. C. qui testam. fac. poss.* nec legata aut fideicommissa relinqui possint, *l. 2. de legat. 1. l. 36. de legat. 3. ad d. Bart. ad l. 1. ff. de l. Codic. qu. 9. & ad auth. ex causa C. de lib. pret. n. 23. Zepper. d. c. 4. n. 58. Piso. var. res. lib. 3. c. 4. n. 29. Cons. Marp. 19. n. 60. vol. 2.* Non obstant ea quæ pro his impugnandis affer, *Luduvvel. de ult. volunt. p. 2. c. 4. p. 367.* ubi dicit *l. d. N. 115.* ad querelam in officiosi non pertinere, cum ejus nulla ibi fiat mentio. Verum licet nomen querelæ ibidem non exprimatur: tamen quod hæc novella ad illam quoque pertineat, ex eo constat, quod, cum causa querelæ sit ex hereditio ritè quidem sed iniquè facta, *pr. inst. de in off. testam.* dicta nov. determinet quomodo rectè fieri debeat ex hereditio, ita ut modo ibidem tradito non observato non querela detur sed testamentum sua spontè concidat atque jure nullum sit. 2. Dicit: legata atque fideicommissa in hoc testamento non sustineri jure communi, sed ex speciali privilegio dictæ Novellæ; quod tamen probandum suis Authoribus relinquo. Nam non ex privilegio quodam hic legata sustinentur, sed ex generali ratione, quod eatenus ex hereditis non sit facta injuria, atque testamentum rectè factum censeatur, *Perez. ad tit. C. de in offic. testam. n. 23.* Nec video quid privilegium fingere opus sit, cum antea probatum sit furoris colorem non amplius attendi. Denique 3. Non obstat distinctio *Luduvvelli* quod possit concedi in legatis non obtinere hunc colorem, quamvis in institutione omninò adhuc retineatur. Sed hoc concessio facilè quoque alterum quod probare conor obtinebo. Certum enim est fictionem omninò naturam imitari, *arg. l. 16. de adopt.* Sed fieri per rerum naturam non potest, ut quis,



unum eundemque actum perficiendo & demens & sanæ mentis sit. ergo nec fictio juris ita erit formanda, ut ejusmodi absurdum absq; necessitate inferat, quod utiq; evitare possumus; si nec quoad institutionem dementiam testatoris fingamus. Ex his igitur apparet, quamvis expressis dictæ Nov. verbis probari nequeat hanc fictionem hodie sublatam esse, tamen ejus argumento constare, illo quoad querelam inducendam hodie non opus esse.

61
Testam in
quo fratri
turpis per-
sona fuit
prælatæ.

De testamento fratris quo turpem personam instituit, & fratrem germanum vel cōsanguineum vel exheredavit vel etiam sine causa præterit; *Struv. Ex. 10. th. 18.* utrum illud claus. codic. sustineat, maxima inter Dd. est controversia, Hinc *Piso. var. resol. lib. 3. c. 2.* propositis in hac quæstione, quam ipse non minus dubiam quam disputabilem dicit, ab utraque parte rationibus, illam indecisam relinquit. Denegant hoc casu effectum claus. codic. plerique Dd. quos refert & sequitur, *de Præis lib. 2. int. 1. sol. 11. n. 20. seqq. Turret. qu. 28. n. 6. Zepper. c. 4. n. 107. ad 109. Carpz. Decis. 155.* ubi illam præjudicio firmat, *Brunnem. ad l. 1. ff. de iur. cod. n. 7. & ad L. Paconius 3. si à parente quis manumissus sit n. 4.* ibiq; allegati. Moventur autem his potissimum rationibus: Quod is, qui directo hereditatem capere nequit, nec per indirectum seu fideicommissum eam acquirere possit, *Struv. Ex. 36. th. 16.* Cum vero claus. codicillaris semper fideicommissum ab intestato operetur, *Brunnem. ad l. 1. de 7. codic. n. 5.* ut infra latius dicetur; & certum sit turpem personam fratre præterito vel iniquè ex hereditate hereditatem sibi testamento relictam capere non posse, *l. fratres 29. C. de in offic. testam.* imò planè etiam hoc casu totius hereditatis incapacem esse arg. *l. Paconius 3. ff. si à parente quis manumissus sit;* Idque propter odium turpis personæ & favorem legitimi heredis. *Decius cons. 561. n. 5. vers. non obstant. & c.* sequitur nec claus. codic. efficere posse ut turpis persona fratrem hereditate excludat, *Carpz. d. l. n. 21.* Rationem illius hanc tradunt, quod illud quod directo prohibetur, nec per indirectum concedi possit, *arg. l. athletas 4. §. ait Prator. 2. de his qui not. infam. & cum quid una via prohibetur ad id alia via quis admitti non debet, c. 84. de R. l. in 610 ne fraus legi fiat, quando id fit quod lex fieri noluit, fieri autem expressè non prohibuit, l. 29. & 30. ff. de legib. 2. In l. Ti-*

bia

etiam 13. de inoffic. testam. generaliter decisum reperitur, quod clausula codicillaris non possit testamentum per querelam eversum sustinere quasi à demente factum: cum igitur hæc lex jure novo expressè mutata non sit, cur stare prohibeatur, l. sancimus 27. C. de Testam, l. 32. §. quicquid. 6. C. de appellat. c. licet Romanus 1. X. de constitut. in 610. Et sic quoque perinde ut alia testamenta nec hoc, in quo frater præteritus vel exheredatus, jure fideicommissi sustinebit.

Quamvis autem hæc rationes pro negativa allatæ satis ponderis habeant, atque sententia illa usu judiciorum propè recepta videatur: tamen cum argumenta illa quæ pro affirmativa faciunt mihi priorem sententiam quodammodo dubiam reddant, fundamenta quoque quibus illa defendit posset, hic subnectere voluit. Putat autem Barry lib. 10. c. 6. n. 7. circa fin. & P. Iso var. resol. lib. 3. c. 4. n. 31. cardinem hujus controversiæ in eo consistere, ut prius inter dissentientes conveniat, num fratri, cui turpis persona in testamento prælata, sufficiat hoc casu legitimam capere, ut querela excludatur, an tota hereditas ipsi debeat. Illud enim, si verum est, facilius affirmativam admitti posse concludunt, cum claus. codic. quoque fratrem à legitima non excludat: hoc vero si probatum erit, negativæ subscribendum esse. Sed fundamentum quibus aliàs probare conantur fratri hoc casu integram hereditatem deberi, non satis, ut opinor, perspicuè ex arg. d. l. Paconius 3. si à parente, quis manum. deducitur. Ibi enim non deciditur casus, num patri per querelam in officiosi, contra testamentum filii in quo turpis persona fuit instituta, universa hereditas obveniat: quia hæc de re dubium non erat: Nam, cum patri præterito vel exheredato jure veteri querelam quoque competiisse certum sit, etiam contra testamentum filii emancipati. l. 14. de inoffic. testam. l. 1. §. 6. si à par. quis manum. ubi querela jus antiquum dicitur, uti ex Viglio refert. Cujac. lib. 8. obs. 23. in fin. non opus erat quærere, num per illam totam hereditatem caperet. Quia de jure veteri certum erat per querelam omnia in testamento annullari. l. 8. §. 16. l. 28. de inoff. testam. ut adeò fieri non possit, quin testamento ad causam intestati per querelam redactò, si cohæredem non haberet, totam hereditatem caperet pater, quippe cu-

Explis. L.
Paconius 3.
ff. si à par.
quis manum.

50
 jus præter ipsum nemo heres existit. *Struv. Ex. 10. 16. 22. & 23.*
 Sed illud solum *in d. l. Pacionius* constituitur, quod patri totorum
 bonorum possessio contra tabulas filii, in quibus turpis persona
 fuit instituta, competat, propter jus non parentelæ, ut ita loquar,
 sed patronatus *Struv. Ex. 37. 16. 55.* Patri enim qui filium manu-
 misit perinde ut patrono, *l. 1. pr. si quis à par. manum.* certa quæ-
 dam bonorum portio, propter beneficium bonorum quærendo-
 rum *l. 1. pr. d. t.* præstari debebat. *l. 29. §. 3. de test. milit.* quæ erat
 olim dimidia, sed postea ex constitutione Justiniani quam ex
 Basilicis refert *Cujac. 20. obs. 34.* tertia pars bonorum liberti &
 quidem sine onere legatorum & fideicommissorum. *§. sed nostra*
3. Inst. de success. libertorum. & si in illa exheredatus vel præteritus
 esset, ipsi bonorum possessio contra tabulas filii dabatur: at si tur-
 pis persona, ipsi à filio prælata fuisset, ipse totam hereditatem
 capiebat. *per d. l. Pacionius* Satis igitur patet, quam malè argumen-
 tum hujus legis ad fratrem *Dd.* transferant: Siquidem patri ut
 patrono hic singulare quoddam jus atque privilegium tribuitur,
 ut ipsi liceat universam filii hereditatem per bonorum possessio-
 nem acquirere, quando filius tam ingratus erga ipsum fuit, ut non
 modo hoc tantum beneficium bonorum quærendorum parvi
 faceret, sed & turpem personam magis quam patrem heredem
 habere voluisset. Quod igitur privilegii loco patri concessum
 est, illud ad alios casus & hic ad fratrem malè produci arbitror.
 propter *l. 14 15. ff. de L. L. 2.* licet negari non possit, quoties frater
 jure veteri, querela mediante fratris testamentum evertit, totam
 quoque hereditatē illum obtinuisse; tamē illud jus (quod hodie per
 sapius *d. N. 115.* mutatū est) ipsi non ut præcipuū competiit pro-
 pterea quod turpis persona à fratre in testamento esset instituta;
 sed quia hoc universale erat omnis querelæ de in officioso, (cui
 solum à fratre instituendæ, turpis persona heres scripta occasio-
 nem dat) ut totum converteret testamentum. *d. l. 8. §. 16. & l. 28. de in-*
off. testam. Prius si verum est: quod videlicet fratri, ne querelam
 movere possit sufficiat legitimam, eo casu quando turpis perso-
 na fuit instituta, salvam habere, concludunt, claus. codicilla-
 rem effectum sortiri posse, quippe quæ illam quoque fratri
 non intervertit *uti supra n. 20. dictum.* Legitimam, autem que-
 relam

relam excludere satis probat §. igitur 6. *Inst. de inoffic. testam.* ibi: igitur quartam quis habere debet, ut de inofficioso agere non possit: quod nec in fratre ullibi mutatum reperitur quando illi persona turpis prælata est.

His præmissis jam reliqua quæ pro affirmativa facere possunt paucis adjiciam. 1. Ratio ipsa introductæ claus. codic. exigere videtur; ut quoties testamentum in eam causam venit, ut illa effectum sortiri possit, illum huic non denegandum esse, propter enixam testatoris voluntatem, quæ illi clausulam hanc, & hoc nostro §. obtestationem religiosam extorsit. Quod, cum hic eveniat, quando per querelam inofficiosi testamentum fratris evertitur, & ad causam intestati redit, vel licet actu eversum non sit, tamen in ea causa est, ut everti posset: iniquè sane & contra propensam defuncti voluntatem, cujus quantum fieri potest liber debet esse stylus. *l. i. C. de SS. Eccles.* huic effectus denegaretur. 2. Querela inofficiosi tum demum in subsidium datur quando ex heredatus nullo alio jure ad defuncti bona venire potest. *§. tam autem. 2. Inst. de inoffic. testam.* & legitimam salvam habere. *§. igitur 6. eod.* Sed quando claus. codicillaris in testamento inofficioso adjecta est, hæc alio quodam modo exheredato consulit. Efficit enim illa hoc casu, ut perinde ac si jam ad causam intestati redactum esset testamentum, quod querelæ aliàs suppositum foret, legitimiq; rogati videantur nominato in testamento heredi, tanquam fideicommissario, hereditatem legitimam detracta sibi debita portione restituere. *Siruv. Ex. 10. th. 36.* 3. Si id sit quod minus erat verisimile etiam illud quod magis. Minus autem verisimile erat, (quamvis verum probaverim *n. 59. 60.*) liberos atque parentes ritè exheredatos per hanc clausulam gravari posse. Quia magis filiis debetur hereditas parentum *l. 7. pr. de bon. damnat. add. n. 38.* & parentibus *l. 15. pr. de inoffic. testam. l. 28. C. eod.* quam fratribus, quibus non necessario jure naturæ relinquenda est hereditas, sed illis alii possunt præferri quibus defunctus benè cupit. *Siruv. Ex. 10. th. 9.* Et illi tantum quasi in subsidium admittuntur, ne turpis personæ potius quam illi ad fratris hereditatem venirent. *quo pertinet Nov. 1. pref. §. primum. 2.* Sed liberos & parentes per hanc claus. gravari *n. 59. 60.* dictum est, ergo

63

63

ergo multo magis fratres turpibus personis postpositi. Neque tamen odium turpis personæ tantum potest efficere, ut fratri in successione pinguius quoddam jus tribuatur quam liberis: quia illi suo quodam modo essent deterioris conditionis in successione fratribus, quod tamen ipsi naturali rationi non videtur consentaneum, quæ planè ad successorem fratres præ aliis institutis simpliciter non vocat. Neque etiam 4. hoc ipso fraus legi 29. *C. de inoffic. testam.* fit, quæ non vult, ut turpis persona planè hereditatis sit incapax, cum illud nec ullo alio juris textu probari possit, modo non aliud vitium turpitudini cohæreat, quod ipsum inhabilem reddat; sed hoc tantummodo, ne præferatur fratri in portione sibi hoc casu tanquam secundum naturam debita *d. N. i. præf. §. primum. 2.* Hanc cum vigore hujus clausulæ salvam habeat. *vid. ratio. 2.* nihil prohibebit, quominus turpi personæ hereditatem fratris tanquam fidei suæ tacite commissam restituere debeat. Turpis enim persona non est ex numero simpliciter directæ hereditatis incapacium, sed tantum legitimæ fratri potius quam ipsi debitæ. Nec 5. obstat *l. 13. de. in offic. testam. &c.* ad illas enim supra *n. 6.* responsum est. Et his quidem rationibus videtur affirmativa defendi posse, quam etiam *Struv. Ex. 34. th. 65. n. 4.* cum limitatione: modo turpis persona non sit plane inhabilis: amplectitur: dummodo, quod vereor, usus fori non reclamaret.

64
Non ritè
facta exhe-
redatione.

Rectè ex-
hereditatio
ne facta.

65
Jure Præ-
torio infir-
mum testam.

Et hic effectus est claus. codic. quando exhereditatio ritè facta est: hujus occasione etiam tractari potest, quid operetur, quando exhereditatio non ritè facta est: hoc fit, quando sine causa vel sine legitima causa illi qui instituendi sunt exheredantur: & hic operatur clausula codicillaris *Turret. qu. 24. 25.* quia testamentum est nullum. *Struv. Ex. 32. th. 32.* Quod si causa legitima fuit adjecta, quæ ab herede scripto fuit probata, quia tunc testamentum non est inofficiosum, nec per querelam subverti potest, nihil attinet de effectu clausulæ quærere; cum heredis institutio & fideicommissa ex ipso testamenti jure subsistant. *Turret. qu. 26. n. 14. Barry lib. 10. tit. 16. n. 13.*

Jure Prætorio testamentum infirmatur per bonorum poss. contra tabulas ab emancipato petitam: Et hic num operetur clausula

17
sula codicillaris, reperere non censeo pretium operæ esse, cum hodie jura suorum & emancipatorum sint confusa. *N. 115. c. 3. & 118. c. 1.* licet affirmativam latius probare conentur *arg. l. 3. pr. de J. Codic. Turret. qu. 34. 35. ibique* allegati.

Et hæc de effectu circa unumquodque testamenti vitium hujus claus. codicillaris dixisse sufficiat: Nunc paucis tanquam corollarii loco adhuc monendum. Clausulam codicillarem efficere ut directa heredis institutio in fideicommissariam convertatur. *l. ult. §. 1. C. de Codic. l. conficiuntur 8. pr. de J. Codic. l. 76. ad Sctum. Trebellian. arg. l. 12. §. 1. de injust. rumpi. Bart. ad l. 1. ff. de l. Codic. qu. 1. per l. 19. ff. de testam. milit. Vasqu. de success. lib. 2. §. 12. n. 69. & in specie de hoc nostro §. lib. 3. §. 25. n. 1. 2. seqq. Mant. lib. 6. tit. 4. n. 14. & lib. 7. tit. 12. n. 26. 27. De Pratis lib. 2. int. 1. dub. 1. sol. 11. n. 18. Conf. Altorf. 49 p. 224. Turret. qu. 1. & qu. 82. cum seqq. Gail. 2. obs. 114. n. 1. Carpz. 6. Resp. 113. n. 9. 10. Perez. ad tit. C. de Codicillis n. 8. in fin. & alii. Ratio hujus est: Quoniam clausula codicillaris est modus conficiendi codicillos ab intestato. *Barry lib. 10. tit. 16. n. 1. vers. facti. Coll. 1. A. de Codic. th. 20. Struv. Ex. 34. th. 60.* Quicquid ergo juris est in codicillis ab intestato factis, idem etiam in clausula codicillari obtinebit. Constat autem codicillis directò hereditatem nec dari nec adimi posse *l. 2. C. de codicillis.* ne confundatur jus testamentorum & codicillorum §. 2. *Inst. de Codicill.* Nam si idem codicilli, quod testamentum, possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas una sociasset. *l. 7. C. d. t.* plures rationes vid. *ap. Vasqu. de success. lib. 3. §. 25. n. 2.* Ut igitur clausula codicillaris sustineat testamentum, quod subsistere non potest, jure codicillorum, oportet ita formet institutionem in testamento factam, uti illa in codicillis ab intestato factis subsistere potest, quod aliter fieri nequit, nisi ad fideicommissum trahatur. *vid. l. 2. §. ult. ff. de l. Codic.**

Idem quoque de substitutione directa, quæ facta est in testamento quod non valet, dicendum est, ut & illa in fideicommissariam convertatur vigore claus. codic. De pupillari affirmat *Bart. ad l. 1. ff. de l. Codic. qu. 16. Piso. var. res. lib. 3. c. 2. n. 33. Turret. qu. 85. seqq.*

64

66
Claus. cod.
operatur
fideicom-
missum.

67

K

74
seqq. Gail. 2. obs. 114. n. 3. Barry. lib. 10. tit. 16. n. 3. Zepper. c. 4. n. 72.
73. Sed cum distinctione l. coheredi 41. §. quod si 3. de vulg. & pu-
pill. ubi hoc ad bona quæ impubes à patre habet, non ad propria
puberis, pertinere dicitur. Quia per fideicommissum non tam
heredi quam ipsi testatori succeditur. Zepper. d. l. n. 73. ita quoque
sustineri dicunt substitutionem pupillarem à matre factam, cui
illa claus. codicillarem adjecit. Carpz. p. 3. c. 8. d. 7. Richter Decis.
44. in fin. De vulgari negant alii quos refert. De Paris lib. 2. int. 1.
dubit. 1. sol. 11. n. 15. & Turret. qu. 83 n. 1. Sed rectius affirmat.
Mantic. lib. 5. tit. 2. n. 10 11. 12. Pifo. d. l. n. 32. Gail. d. l. Barry d. l.
n. 2. Cujac. consult. 50. lit. G. Turret. d. qu. 83. & 84. Zepper. d. l. n.
69. ad 71. Nam uti institutio per clausulam codicillarem in fidei-
commissariam convertitur, ita quoque substitutio directa; quip-
pe quæ est institutionis species. l. 43. §. 2. in fin. d. vulg. & pup.
Hulliger. in Donell. enucl. lib. 6. cap. 23. lit. B. C. ibique not. W. semb.
7. ad tit. de vulg. & pup. n. 1. Cum vero nec directa substitutio co-
dicillis fieri possit. l. 6. pr. de l. Codic. §. 2. inst. eod. l. 7. C. eod.
ut substitutio valeat, illa quoque in fideicommissum converti
debet. Iason. ad §. item si quis 11. Inst. de action. ibique alleg. Et ita,
perinde ac heredes legitimi institutis, ita quoque substitutis per
claus. codic. rogati censentur hereditatem illis per substitutio-
nem assignatam, restituere, idque propter benignam interpreta-
tionem Scævola in l. Scævola 76 ff. ad Sctum Trebell. add. Cujac.
11. obs. 25. lit. E. F.

68

Non solum autem institutiones & substitutiones, sed &
omnia testamenti capitula quæ jure directo valere non possunt,
ut legata, &c. ad fideicommissum trahuntur: Adeo ut & verba dire-
cta obliquè & per modum fideicommissi interpretationem re-
cipiant. Bart. ad l. 7. ff. de vulg. & pup. n. 4. 5. Covarruv. ad cap. Ray-
nutius 16. extra de testam. §. 5. n. 4. Mantic. lib. 6. tit. 4. num. 14.
Pifo d. l.

69
Effectus
ortus.

Nunc pauca adhuc de effectu orto quem vocant Dd. seu
actionibus, quæ his, quibus aliquid per clausulam codicillarem
debetur, competunt, adjicienda. Et quia ante dictum est clausu-
lam codicillarem sustinere in testamento scripta in vim fidei-
commissi, constat illa quoque actione tali qua alias fideicom-
missa

65

missa petuntur, ab heredibus legitimis impetranda esse. Sed Theodosius Imperator in l. ult. pr. & §. 1. C. de Codic. heredi in testamento instituto, quod clausulam codicillarem habet, liberam eligendi facultatem concedit, num jure directo hereditatem ex testamento petere vel bonorum possessionem secundum tabulas impetrare; an vero vigore claus. hereditatem jure fideicommissi quærere malit. Ita tamen ut illius electione, hujus adiutum sibi præclusisse sciat, licet nihil obtinuerit. Boër. Decis. 33. n. 11. Ea enim electionis vel optionis natura est; ut alterutro electo eligendi aliud arbitrium pereat. l. 20. de optione Legat. Neque in contrarium quicquam facit, quod quis non prohibeatur ex alia causa petere si ex alia non obtinuerit. l. Et an eadem 14. pr. de except. rei judic. alia autem causa est directæ, alia fideicommissariæ hereditatis, alia deinde testamenti, alia codicillorum ab intestato; Respondet enim Brunnem. ad d. l. ult. n. 2. in fin. hic non diversam causam petendi esse, cum eodem testamento ad utramque actionem utatur, & hoc dum jure testamenti defendit clausulæ codicillari videtur renuntiasse; quippe quæ ipsi ignota esse non potuit. arg. l. Clodius 97. de acquir. heredit. Brunnem. d. l. cum omnis variatio in jure sit odiosa. Boër. d. l. n. 13. Carpz. p. 3. c. 20. d. 44. n. 5. nisi justam ac probabilem ignorantiam causam habuerit, v. gr. quod putaret testamentum valere. arg. d. l. Clodius. quod tamen ad juris, vel supinam facti ignorantiam non pertinet. Boër. d. l. n. 14.

Et hæc quidem electio statim etiam ante litis exordium facta eligenti præjudicat; adeò, ut, quamvis aliàs usque ad litem contestatam quis variare possit, cum ante illam non agere, sed agere velle dicatur. l. amplius 15. rem ratam. haberi. Brunnem. ad l. 3. C. de edend. n. 3. seqq. ipsi variare amplius non liceat, propter expressa textus verba. ibi: ab ipsis intentionis exordiis & postmodum. ibi. statim inter ipsa hujus juris auspicia, ex quibus apparet, quamvis heres litem nondum contestatus sit, modo tamen aliquam viam agendi elegerit, mox altera ipsum excludi. Boër. d. Decis. num. 14. 15.

Rigor tamen hujus constitutionis tantummodo ad heredes extraneos non ad conjunctos in linea recta pertinet. Illis enim, quam-

70

similia

71

K 2

quam-



quamvis alterutrum elegerint, & non obtinuerint, ad alterum confugere permittitur, *in d.l. ult. §. 2.* Idque propterea, quia non par eademque ratio est, amittere debita (scil. jure sanguinis, *Perez. ad tit. C. de codic. n. 9.* cujus intuitu penè ad propria bona veniunt, *l. 1. §. largius 12. de succes. edicto.*) & lucra non capere, *d. l. §. 2. in fin.* Sed hac variandi licentia non omnes quoque in infinitum ascendentes aut descendentes fruuntur, sed agnati ad quartum, cognati vero tantummodo ad tertium usque gradum, attamen ut hic quoque includatur, *Perez. d. l.*

72

Haftenus de effectu hujus nostræ clausulæ codicillaris, in quo explicando aliquanto, quam ab initio proposueram, fui prolixior. Sed prolixitatem facilè, ut opinor, excusabit materiæ dignitas. Licet autem negare non possim, non omnes illos effectus quos ego explicavi in hoc §. contineri puipe qui unicum tantummodo casum, fideicommissorum videlicet per obtestationem religiosam ab intestato etiam sustinendorum, *vid. Magn. Dn. Tabor. d. disp. th 23.* complectitur. Quia tamè non modo huc §. mihi pro ingenii viribus explicandū sumsi, sed & occasione ejus integram materiam hujus claus. codic. tacitæ quæ fit mediante obtestatione religiosa, quantū fieri potuit, persequi conatus sum, puto me quoque non extra oleas, uti tritum est sermone proverbium, ivisse. Persuasum enim habeo, nihil me proposuisse, quod non itidem ad hanc claus. codicillaris tacitæ speciem applicari commodè possit. Nunc brevibus adhuc affinia & contraria persequar, deinde finem huic sectioni 2. impositurus.

73

Affinia.

Ad affinia hujus nostræ claus. codicillaris tacitæ videtur posse referri ex sententia Dd. juramentum testatoris quod in testamento apposuit, quòque se velle observare omnia in testamento scripta, asseveravit. Sed hunc casum ex censu affinium claus. codicillaris longius removet, *Magnif. Dn. Tabor. in d. diff. th. 49.* cujus sentententiæ cum observantia quam lubentissimè subscribo: cum uti supra, *sect. 1. n. 47.* dictum, hujus juramenti nullus planè sit effectus, *arg. l. 32. pr. de Legat. 2.*

Propius quidem adhuc ad affinia nostræ clausulæ videtur accedere juramentum, quod heres jussu testatoris præsti-

stitit de fideicommissio sine ulla solennitate dato præstando. Illud enim propterea huc referunt Dd. quos allegat, *Piso var. res. lib. 3. c. 2. n. 17.* quod illud heredem constringat, ad ea, quæ testator minus solenni testamento reliquit, præstanda, uti *Concludit Covarruv. ad cap. Raynaldus 18. Xtra de test. §. 3. n. 16. circa fin.* Ubi & hoc plane vim clausulæ codicillaris habere dicit. Attamen penitus hoc inspicienti facilè patebit, hic itidem, nihil cum hac clausula conveniens esse. Nam licet concedam posse hoc modo heredem ex minus solenni voluntate testatoris ad fideicommissa obligari, tamen illud non fit quasi hoc jusjurandum vim claus. codicillaris habeat, vel huic simile sit; sed quia se heres legitimus hoc juramento testatori obstrinxit. Et cum illud sine salutis æternæ dispendio servare possit, utique vel jure canonico ad illud implendum tenebitur, *c. cum contingat. 28. X. de jurejur.*

Contraria hujus nostræ claus. explicaturus, animadverto hæc pleraque jam in ipsa dissertatione fuisse explicata. Ideoq; ⁷⁴ Contrariar hæc multis repetere non censeo operæ pretium: duo tamen adhuc adjicere volui, quæ video in dissertatione non fuisse proposita. 1. Est clausulæ codicillaris effectui posse renunciari, vel à testatore, vel herede, *Turret. qu. 156.* Omnes enim licentiam habent, his, quæ pro se introducta sunt renunciare, *l. Siquis. 29. C. de pactis.* 2. Clausulæ codicillaris effectum statuto prohiberi posse. Quia statutum non modo ea quæ sunt juris communis tollere potest, sed etiam illi prævalere dicitur, *Turret. qu. 132.*

Et hæc quidè hæctenù de nobili ista nec minù difficili clausulæ codicillaris tacite specie pro ingenii mei viribus dixisse in præsentia sufficiant. In qua explicanda, si quæ fortassis non satis accuratè exsequi mihi licuit, illorum veniam, facilè à bonis omnibus me impetrare posse confido. Certum enim atque persuasum habeo, optimum quemque, licet quædam in hac dissertatione non adeo probet, conatum certè meum non improbatum.

Nunc adhuc in sectione tertia duo illa responsa, quæ usum hujus clausulæ designant, subjiciam.

Ne:

Ne pagina vacet subijciam adhuc
COROLLARIA QUÆDAM.

I.

Quamvis regula sit *l. 7. ff. de R. 7.* jus nostrum non pati, eundem in paganis & testatò, & intestatò, decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugnam esse; testatus & intestatus: Tamen non absurdum est asserere, sæpius quem in paganis pro parte testatum, pro parte vero intestatum decessisse, *l. 15. §. 2. l. 24. ff. de in offic. testam. Gothofr. add. l. 7. in Commentario Gail. 2. obs. 124. n. 13. Barbosa locuplet. voce, testamentum, axiom. 35. Berlich. p. 1. Dec. aur. 49.*

II.

Is qui clausulam codicillarem testamento inutili adjecit, non testatus, *pr. Inst. de hered. que ab intest.* neque etiam omnino intestatus decedit, *arg. pr. Inst. de testam. ordin.* potest tamen & testatus, & intestatus decessisse dici, *d. d. §. §.*

III.

Venenum qui dicit, adjicere debet, utrum malum an bonum: nam & medicamenta venena sunt: quia eo nomine omne continetur, quod adhibitum, naturam ejus, cui adhibitum esset, mutat, *l. 236. de U. S.*

IV.

Ejus est non nolle, qui potest velle, *l. 3. ff. de R. 7.*

V.

Is qui coactus aliquid fecit, etiam voluisse censetur, licet id, quod fecit, si liberum fuisset, noluisset, *l. 21. §. 5. Quod meus causa.*



S E C T I O III.

Usum hujus Clausulae Monstrans.

Responsum I. De Testamento Nobilis in suo
prædio sine ullis testibus propria manu consignato,
an ut validum sustineri possit *ex*

L. 77. §. 23. de Legat. 2.

1. Demnach der Frey-Reichs Hochedel gebohr-
ne und Gestrenge Herr G. F. von und zu R. In Anno
1664. den 28. Januarii einen letzten Willen auffge-
richtet / und solchen eigenhändig geschrieben / gesiegelt
und unterschrieben auff folgende Maasß und Weise:

2. In dem Nahmen der heiligen Unzertheil-
ten Dreyfaltigkeit. Amen.

Nach dem alle Menschē der Sterb-
lichkeit untergeben / und auch ich
G. F. von und zu R. der Unbe-
ständigkeit meines Lebens erin-
nert / und noch zur Zeit meine
Ehe-Liebste M. E. von und zu R. gebohrne von
F. keine Versicherung gethan / daß / auff den Fall
GOTT der HERR mit dem zeitlichen Todt
über mich gebieten solte / wie es mit meiner Ver-
lassenschafft und Nahrung / beneben allen eigen-
thumlichen Gütern folgender Gestalt solle ge-
halten werden:

Erstlich : will meine Seele meinem
Schöpfer und Erlöser Christo **JESU** be-
fohlen

A.

79
 fohlen haben welche **EX** an dem jüngsten liebent
 Tag/wieder mit dem Leib vereinigen und in das
 Himlische ewige Reich versetzen wolle. Der Leib
 solle nach Christlichem Adlichem gebrauch / a-
 ber ohne pracht zu der Erden davon wir alle her-
 kommen bestattet werden.

Für das ander/ will vor die Armen auß-
 zu spendē / legiret und verordnet haben zwanzig
 Gliden.

Drittens meinen Freunden 20. fl. an Geld
 oder ein capital Brieff der so viel innen hält.

Viertens demnach ich und meine Ehe-Liebste
 zwischen uns noch zur Zeit keine Ehepacten auf-
 gerichtet/nach meine Ehe-Liebste bishero von
 mir wegen eines Wittumb-sitzes versichert wor-
 den: Als thue in Krafft dieses Ihr mein rechts-
 mässiges anerbtes Stamm-Gut H. und dazu
 gehörige Ort mit allen Gerechtigkeiten und zu
 gehörigen/wie es bishero Ich und meine Vor-
 Eltern im besitz gehabt zu einem Adelichen Witt-
 ben-sitz / so lang als meine Liebste im Leben seyn
 wird verordnen und vermachē: welches hernach
 Ihrem Todt / so Sie **GDt** lang bey Ihrem
 Leben erhalten wolle/den Rechtmaßsigen Erben
 wiederumb heimfallen soll.

Fünff

Fünfften will Ich das übrige auch meiner Ehe-Liebsten hiermit testiret und vermacht haben / an Baarschafft und Mobilien / Wein / Frucht / Vieh: in summa alles was nach meinem Tode an eigenthümlichen Gütern und Verlassenschafft sich befinden wird / soll Ihr als meiner Ehe-Liebsten vor Erb und Eigenthümlich verbleibē / auch Sie damit macht haben zu schalten und zu walten ohne einiges Menschen einredens. Solchen meinen letzten Willen habe Ich mit eigener Hand geschrieben / und wohl bedacht unterschrieben / auch mit meinem gewöhnlichem frey-Adellichem Pittschafft bekräftiget.

Solte ein und ander wieder diesen meinen letzten Willen und Befehlich thun / soll solches vor dem Richterstuhl Gottes verantworten / wovor mir alle erscheinen werden. Hiemit im Nahmen der Heiligen Dreyfaltigkeit geschlossen. Amen. HERR IESU Christe Amen.

H. den 28. Januarii
Anno 1664.

(L. S.)

G. F. von und zu R.

2 2

Wöchte

3. Wöchte dieses anjeko nach seeligem Absterben /
Eingangs ermelten Herrn Testierers wegen Gültig-
keit des lezzen Willens / insonderheit des darinnen ent-
haltenen vierten und fünfften Punctens einiger zweif-
fel sich ereignen nemlich und zum ersten.

Quæstio-
nes Juris.

4. Ob 1. die in ob angezogenem leztem Willen
begriffene disposition wegen des Wittumbs oder Wit-
tibses zu Recht gültig und beständig; und krafft der-
selben hinterlassene Hoch-Adeliche Frau Wittibe das
Stamm Gut H. sampt dazu gehörigen Orten als ein
Dotalitium oder Leibgedinge ad dies vitæ zu besitzen
und zu geniessen befugt / und die Agnati deroselben den
alium fructum auff jeztermelten Gütern zuerstattten /
nach denen Rechten gehalten seyn?

5. Ob 2. das im fünfften Puncten verordnete le-
garū an Baarschafft und Mobilien / als Frucht Viehe /
und in summa alle eigenthumliche Güter den Rechten
nach einigen valor habe / und die Hoch-Adeliche Frau
Wittib auch zu diesen allen juxta voluntatem piæ de-
functi testatoris zu lassen seyn?

Resolutio
quæstionis
I.

6. Über welche zwey fragen dann unsere
Rechtsbelehrung cum rationibus dubitandi & deci-
dendi begehrt worden. Demnach sprechen wir nach
fleissiger Verles- und Erwägung / und zwar so viel
anfangs die erste Frage betrifft / vor Recht; Ob gleich
primo intuitu es das ansehen beginnet / als hätte die
hinderlassene Adeliche Frau Wittib sich durchaus
keines Wittumbs oder Dotalitii in specie aber dessen
so der Seelig verstorbene in seiner lezten disposition
Ihr constitueret zu getrösten noch zu erfreuen.

7. Viel [i.] bekanten Rechtens / quod dona-
tio propter nuptias, Cujus species dotalitium est

Hartm.

Hartm. Pistor. lib. 1. qu. 4. in pr. Carpzov. Jurispr. For. p. 2. Const. 42. def. 2. n. 1.

non debeat nisi constituta & promissa fuerit.

Gloss. & Dd. ad Auth. dos data C. de donat ante nupt.

Petr. Ant. de Petra de fideicommiss. qu. 8. n. 183. & 60.

In nostro calu aber keine donatio propter nuptias seye cōstituiet worden / inter vivos per pacta aut stipulationē, wie des Seelig verschiedenen letzter Wille Artic. 4. solches klärlich bezeuget in verbis: Daß noch zur Zeit keine Ehe-Pacten auffgerichtet ic. neque per ultimam voluntatem. Dann jetzt gedachter letzter Wille weder als ein testamēt noch codicill wegen magel unterschiedener requisitorum, sonderlich aber nicht beschener adhibition 7. oder 5. Zeugen bestehen kan; also vor null und nichtig zu halten / und posito daß eine zu recht beständige letzte disposition were auffgerichtet / und darinnen ratione donationis propter nuptias in favorem viduae was gewises verordnet worden.

8. Dennoch (2.) sothane dispositio ob non adhibitum consensum agnatorum unkräftig / cum ad firmitatem donationis propter nuptias in bonis gentilitiis & fideicommissio obnoxiiis ut in feudis constituendam, omninò consensu Domini & Agnatorum opus sit, ceu textibus & rationibus hoc post alios probat.

Struv. synt. Feud. c. 13. aph. 5. n. 3. adde Beust. de jure Connub. pag. 3. C. 9. de dotalit. in pr.

9. Ja (3.) Ob non illatam nec in utilitatem feudi conversam dotem null und nichtig seye. Denn gleich wie auß Unterlassener Auffrichtung der Pactorū dotalium zu machtmassen / daß kein dos seye inferiret / weniger zu deren Stamm-Gütern nutzen angewendet worden also geben auch die Rechten klare maa / quod

L 3

dote

69



dote non soluta nec illata dotalitium planè non debeatur. Ceu latè hoc probant & deducunt.

Simon Pistoris Const. 20. Rothschütz de dotalitio art. 1. n. 3. Carpz. p. 2. c. 44. d. 9. Myler ab Ehrenbach Gamolog. Princ. cap. 13. S. 1. seqq. & alii ab his allegati Dd.

Cujus asserti evidens est ratio, hæc videlicet: quod dotalitium fiat respectivè propter dotem promissam aut datam.

Myler ab Ehrenbach d. p. S. 1. vel in compensationem dotis.

Hartm. Pist. d. qu. 4. n. 24.

Ita, ut, cessante ex parte uxoris dotis datione, non immeritò quoque cesset ex parte mariti dotalitii constitutio, quemadmodum uno correlatorum destructo alterum quoque destrui solet.

l. ult. C. de acceptilat. Myler d. l. 10h. Bernhardin Pandus tr. de dotario. pr. qu. 1. Neuenhahn. de privilegio & jure viduit. membr. 2. sect. 6. lit. F. G.

Diesmal des oneris probandi zu geschweigen / so jedesmal eine Wittbe da sie nach des Mannes Todt einen Wittumb prætendieret / nach außweiß der Rechten übernehmen muß / in demselbige jedesmahl realem dotis numerationem, illationem, & factam in bona mariti versionem zu docieren und zu beweisen verbundē. per ea quæ tradunt.

Rationes,
Decidendi.

Mascard. de probat. vol. 2. conclus. 1115. Carpz. d. d. 9. & 10. Myler. d. p. 1. circa finem.

10. Daß jedannoeh in Gegentwärtigem fall die HochAdel. Frau Wittib mit einem Ehrlichen / Ihrem Stande gemässigen Wittben-sitz zu versehen sey / und das haupt sächlich auß nachfolgenden Ursachen:

11. Weil (1.) die constitutio dotalitii ad vera onera feuda-

feudalia aut fideicommissa subjecta gehörig/und den so
 wol dem Successori als auch ipsi Domino dergestalt
 obliege/ daß / ob gleich à vivo marito kein dotalitium con-
 stitueret worden/so doch in nostro caluper modum ul-
 timæ voluntatis geschehen/dennoch post mortem mariti
 solches à domino vel agnatis der Wittib verordnet wer-
 den mußte/davon weitläufftig und einhellig schreiben.

*Wes. conf. 29. n. 27. Schulz de feudis. c. 8. n. 217. Hart.
 Pistor. d. qu. 4. n. 3. Rothschütz de dotalit. dict. 1. n. 16.
 Carpzov. L. 6. Resp. 56. n. 2. & part. 2. constit. 44. def. 1.
 & alii*

und ob schon diese rechtliche Meinung à Dd. dah in re-
 stringieret und mit der condition passieret wird/dasern
 à vidua dos realiter inferiret und solches von der selbe
 probiret worden / also daß communissima opinio das
 hin gehet: viduæ quidem dotalitium à domino vel agna-
 tis esse constituendum, etsi vivente marito nihil planè de
 eo fuerit conventum, modo vidua dotalitium petens
 dotem verè illaram probaverit.

*Hartm. Pistor. d. l. n. 8. 12. seqq. Carpz. d. Resp. 56
 Struv. synt. Feud. c. 9. & 10.*

12. So gehet jedoch. (2.) Bewehrter Rechtslehrer
 Meinung dahin/ quod, sicuti vidua inops alenda est ab
 heredibus mariti etiamsi nullam habuerit dotem.

arg. Auth. praterea C. unde vir & uxor.

Ita eidem quoque dotalitium loco alimentorum ex bo-
 nis mariti determinandum sit, cum in vidua adhuc dura-
 re censeantur vestigia matrimonii si vitam honestam du-
 xerit.

*l. ult. C. de bon. matern. ubi Bald. Paulus de Castro lib. 2.
 conf. 471. n. 2.*

& lex non tam consideret paupertatem viduæ,
 quam

quam opprobrium mariti defuncti, cujus manes contri-
statur quasi si uxor post mortem ejus in egestate degeret.

Surdus de aliment. qu. 57. n. 6. & seqq.

Hinc expressè.

Gudelin. de iure noviss. p. 1. cap. 4. in fin.

Viduae superstiti, scribit, debetur dotalitium etiam si pa-
rum aut nihil in matrimonium attulerit.

vid. Myler ab Ehrenbach d. t. c. 13. §. 8.

Welches den in præsentem casu umb so viel mehr statt
findet /

13. [3.] Weilen die Wittib alle Ihre Haab und Nah-
rung in das ~~Konjugalische~~ Konjugalische Vermög mit eingeschlos-
sen und niemals einige separation gehalten / dadurch
auch zweiffels ohne Herz Testator bewegt worden in
compensationem illatorum bonorum Sie mit einem
ehrlichen dotalitio zu bedencken wie hoch und weit sich
aber das dotalitium erstrecken solle / wird von den
Rechten oder deren Lehrern nicht so eigentlich beschrie-
ben / sondern da keine disposition obhanden / boni viri
arbitrio überlassen / qui, secundum statum viduae & loci
aut provinciae consuetudinem, dotalitii quantitatem de-
terminare debet wie davon zu lesen bey dem.

Coler. p. 1. Decis. 70. n. 19. Myler. ab. Ehrenbach

Gamolog. Princip. cap. 12. n. 11.

ubi scribunt: in dotalitiorum quantitate constituenda id
obtinere debet quod cujusque provinciae mos & usus
postulat,

14. (4.) Woraus den Folget / quod si à marito ultra
legitimum modum dotalitium fuerit constitutum, non in
totum illud inutile esse, sed solum in eo in quo excedit
modum usu & consuetudine receptum.

*Coler Decis. 15. n. 22. Carpz. l. 5. Resp. 79. n. 5. & p. 2. c. 42.
d. 5. Struv. synt. Fend. cap. 14. n. 2.*

15. Und

15. Und hieran hindert nicht / was oben vor die
 niedrige Meinung angezogen worden. Dann so
 viel den ersten Einwurff betrifft / wird darauff von den
 allegierten Dd. selbst geantwortet / quod, licet jure
 communi donatio propter nuptias nisi constituta aut
 promissa fuerit non debeat, tamen aliud in dotalitio
 receptum, & Juri communi per consuetudinem contra-
 riam in hoc derogatum sit, usque eo, ut etiam agnatis &
 domino feudi quoties ad ipsos feudum aut bona familiae
 proveniunt, onus hoc dotalitii constituendi, non so-
 lum tum, quando id prius promissum fuit, sed & tum,
 quando nihil de eo fuit conventum, incumbat. Als be-
 reits in ratione decid. 2. angeführet und Authoritatibus
 Dd. genugsam erwiesen worden. Zu dem fehlet es
 auch an der Constitutione dotalitii à vivo marito nicht;
 dann solche per ultimam voluntatem geschehen; quae ulti-
 ma voluntas licet solennibus jure civili praescriptis desti-
 tuatur, vigore annexae clausulae in verbis: So ein und
 ander wieder diesen meinen letzten Willen und Befehl
 thun wird / soll er solches vor dem Richterstuhl Gottes
 verantworten / lustinendavidetur, ut apparebit ex di-
 ciendis ad quest. secundam.

16. Gleiche Beschaffenheit hat es auch mit dem
 andern Einwurffe ob jam allegatam diversitatem do-
 nationis propter nuptias & dotalitii, quippe quod secun-
 dum consuetudinem in rebus quoque feudalibus ac bo-
 nis familiae constitui potest & ad onera feudalia refertur

Servv. supr. alleg. cap. 13. aph. 5. in. f. & c. 14. aph. 9. n. 1.

Neuenhahn. alleg. 11. membr. 2. sect. 6. lit. e. in f.

17. Was die (3.) dub. rat. belangee / wird solcher
 ex ratione decidendi tertia begegnet weil die Frau
 Wittib dotis loco all Ihr Vermögen dem seelig ver-
 storbenen

M

storbenen

Respon-
 siones ad
 rat. dubit.

storbenen zugebracht / und posito, quod nihil planè marito attulerit, so ist dennoch rechtens / quod si maritus sciens uxorem dotem non habere, nihilominus dotalitium ei constituerit, aut aliàs vidua relicta fuerit inops, nihilominus tamen dotalitium ipsi debeat. Wie das von bey Ausführung und Beweisung secundæ rationis decidendi mit mehrem gehandelt worden.

Resolutio
Quæstio-
nis secundæ
Rat. Dubit.

vid. Myler ab Ehrenbach d. c. 13. §. 8.

Und dieses von der ersten Frage.

18. Betreffend die landere; scheint es anfangs freylich auch / als könnte die ultima dispositio des Seel- verschiedenen Herren von R. keinesweges bestehen.

19. (1.) Weder als ein Testament, propter defectum non solum institutionis heredis, quæ caput ac fundamentum testamenti à quo omnia pendent, sed & testium, quorum in testamentis 7. requiruntur.

§. 3. Inst. de Test ord. l. 21. §. ult. qui test. fac. poss. l. hac consuetissimare C. de testam. R. Absch. de Anno 1612 tit. von Testament. §. Nun die Form. versic. von

7. Zeugen die sonderlich zusammen beruffen re.

20. Noch (2.) als ein codicill, weilten auch ad codicillorum validitatem. 5. Zeugen erfordert werden.

l. ult. §. ult. C. de Codicillis Anton. Faber. in Cod. lib. 6. tit. 5. def. 2. n. 17.

21. Noch (3.) als eine donatio mortis causa oder fideicommiss. oder einige ander Ubergab von Tods wegen. Cum ad quamcunque ultimam voluntatem & mortis causa donationem etiam quinque requirantur testes. Et legatum aut fideicommissum, quamvis in epistola vel codicillis aut etiam sine scriptura solo nutu relinqui possint, non tamen valent nisi adhibitis quinque testibus.

Welches

22. Welches (4) bewehrter Lehrer Meinung/ sa
selbsten den Klahren Gesetze nach/ so generaliter de adhi-
bendis 7. vel 5. testibus disponieren/ dahin extendiret
wird/ daß wenn ein testamentum oder dispositio patris
inter liberos sola scriptura Testatoris interveniente auff-
gerichtet/ und darinnen auch der Frauen oder Witt-
ben etwas vermacht wird/ ob gleich die disposition son-
sten quoad liberos in Ihren Kräfften bleibet/ dennoch
solches Legatum oder Feideicommissum, uxori relictum
ob defectum testium nicht bestehen könne.

vid. Harprecht. ad §. 3. Inst. de Test. ord. n. 224.

23. Wie aber dem allem / so will sa dennoch die ^{Rationes}
disposition quaestionis sich so schlechter Dinge nicht ver- ^{decidendi.}
werffen lassen. Alldierviel

24. (1.) Notorii juris, quod in voluntaria jurisdic-
tione idem possit sustinere personam & publicam & pri-
vatam, & ita magistratus actus voluntariae jurisdictionis
coram se ipso validè exercere e. gr. coram se ad optare &
adoptari, manumittere & c.

vid. l. unic. in fin. ff. de offic. cons. l. 3. & 4. ff. de adopt.
ibique Brunnem. in comm. n. 1.

cur non etiam testari? cum & ordinatio testamentorum,
actus testandi, quando fit coram magistratu aut actis in-
tervenientibus, ad jurisdictionem voluntariam indubiè
pertineat.

Gloss. in l. testamenta. verb. solent. C. de testam. We-
semb. Parat. ff. tit. qui testam. fac. poss. n. 10.

25. Dannenhero die Dd. der Meinung / quod
nobilis Jurisdictionē habens coram se testari possit, ita ut
nulla ulteriori insinuatione testamenti aut ultimæ volun-
tatis opus sit.

Ferdin. Vasquius de success. lib. 3. §. 22. limit. 12. n. 28.

Berlich. p. 3. conclus. 4. n. 33. Carpz. p. 3. constit. 3. d. 14. n. 3. & 4. Brunnem. ad. d. l. 3. ff. de ad opt. n. 1

26. Und ob schon hoc casu sicherer gehalten und à Dd. gerachten wird/ut testator nobilis duos adhibeat testes vel tres, so ist doch solch assertum wie auß dem contextu zuersehen de eo casu zu verstehen / wann der Testator nicht selbst den letzten Willen schreibet / sondern solchen per Notarium zu Papier bringen lässet / wozu den billig Zeugen erfordert werden ad excludendas fraudes Notarii, qui voluntatem testatoris invertere & fallum testamentum aliquando substituere valeret. Solches alles aber celsieret wenn das Testamentum holographum ist seu manu testatoris propria scriptum atque subscriptum. Sicut ergo testamentum coram iudice aut actis intervenientibus conditum, secundum leges & verioreni iurique magis consentaneam Dd. opinionem subsistit, licet nulli planè testes adhibiti fuerint, ita & hoc sine testibus ab ipso magistratu coram seipso confectum valere vi detur, ob rationem ante allatam, quod nempe actus voluntariæ Jurisdictionis magistratus e. gr. nobilis coram se ipso validè exercere queat.

27. (2.) Ist absonderlich und hauptsächlich auff die à pié defuncto Domino testatore annectierete clausulam zu sehen/ wann Er also testieret: Solte ein und anderer wieder diesen meinen letzten Willen und Befehl thun / soll Er solches vor dem Richterstuhl **GOTTES** verantworten / wovor wir alle erscheinen werden / hiemit im Nahmen der Heyligen Dreysfaltigkeit beschlossen / Amen **HERR JESU Christi** Amen. Dann auß diesem zwar Christlichen doch scharpffen und nachdencklichen Worten constans & enixa Testatoris voluntas sonnen klar erhellet; indem
Er

Er die Nachfolger super validitate dispositionis suae gleichsam beschweret und Sie Ihres Gewissens und Ihrer Seeligkeit darben nachdrücklich erinnert.

28. Nun aber haben wir von dergleichen Materia und Casu einen schönen und notablen text,

in l. cum pater 77. §. filius matrem 23. ff. de Legat. 2.

Wtvo der Ictus nachfolgender maassen schreibet.

Filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione prestari rogarat, cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legitimam heredem cogendam prestare fideicommissa respondi. Nam enixa voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrecta videbantur.

Auß welchem klarem Textu dann die Dd. füglich schliessen / si quis omisis juris solennibus testatus fuerit & testamento suo annexerit ejusmodi obtestationem: quod testamentum contra subtilitatem juris ob enixam testatoris voluntatem valeat, cum ejusmodi adjuratio vel obtestatio omnem solennitatis defectum suppleat.

vid. Iason Comm. ad Cod. ad. l. eam quam de fideicom. n. 18. Boër. Decis. 3. n. 8. Bart. ad d. l. cum Pater. §. filius matrem: Cujac lib. 17. Obs. 25. colleg. Argent. lib. 30. §. 30. Circafinem. Finckelb. Obs. 51. n. 8. Brunnem. in comment. ad ff. ad d. l. 77. n. 17.

scribit, & ideo Juramentum vel adhibita obtestatio facit, ut debeatur legatum etiamsi nulla solennitas accesserit.

29. Welches [3.] umb so vielmehr in nostro casu statt finden soll / weilen nicht allein als obgedacht die disposition manu Testatoris propria geschrieben / unterschrieben und gesiegelt / also daß de veritate scripti &

enixa testatoris voluntate nicht das geringste zu zweifeln noch einige substitutio falsi testamenti zu befahren / sondern auch von Anno 1664. an / da die Disposition geschrieben worden / der Seel Herr Testator in die 8. Jahr lang biß in seinen Tode der beständigen Meinung geblieben / den letzten Willen nicht im geringsten geändert sondern vielmehr morte sua confirmiret / und bestättiget.

30. Nunc autem manifesti juris est: maximum esse testamentorum aut ultimarum voluntatum favorem, & cum publicè expediat suprema hominum judicia valere, interpretationem semper ita esse faciendam, ut fortiantur exitum.

l. 9. §. 2. ff. de tritic. vin. & oleo leg. l. 5. ff. Testam. quem ad. aper.

31. Porro omnem testamenti substantiam in voluntate testatoris consistere.

l. 19. pr. ff. de condit. & demonstrat. Vasqu. de succes. p. 1. l. 1. §. 2. n. 3.

& omnibus modis, ad eoque pro lege servandam esse

Nov. 22. c. 2. can. ultima voluntas 13. qu. 2. Alexander lib. 2. Cons. 130. n. 2.

& in omnibus ut reginam prædominari.

l. cum quest. 23. inf. C. de Legat. Iason in l. si is qui 15. ff. de usucapion. n. 346.

adeò ut & lex ultimam voluntatem sequi dicatur ut canis leporem.

Curt. Iun. cons. III. n. 6. Carpz. l. 6. Resp. 21. n. 11.

& quia donatio inter virum & uxorem, licet à legibus improbata, nihilominus subsistit, si morte alterutrius fuerit confirmata.

l. 32. ff. de donat inter vir. & ux. l. 1. 3. 10. C. eod. Gail, 2. Obs. 91. n. 1.

Quid

Quidni eodem modo ultima voluntas licet solennitatibus destituta confirmaretur.

32. Ueber das alles ist auch [4.] Rechtfindig / quod, quando heres ab intestato de voluntate testatoris certus est, ille ad præstandum legatum tum in foro civili tum vel maximè in foro conscientie obstrictus & obligatus sit, adeò ut ipsi Juramentum desuper deferri possit, si ve quinque adhibiti fuerint in ultimæ voluntatis declaratione testes, si ve minor numerus vel nemo, ceu patet ex nobilissima & decantata

l. fin. C. de Fideicom. vid. Carpz. p. 3, c. 8, d. 40. Richter Decis. 62. n. 20. & seqq.

33. Si autem heres aut sacramentum subire aut legata vel fideicommissa præstare obstrictus est, licet sine scriptura & præsentia testium fideicommissum derelictum fuerit,

d. l. ult. in pr.

multò magis obligatur, si scriptura testatoris propria produci ejusdemque enixa voluntas ad oculos demonstrari & ita intentio legatorum à fideicommissariis probari potest, cum magis ad voluntatem testatoris, quàm legum solennitatem respiciendum, & heredes, ut justis testatorum dispositionibus obcediant, merito compellendi sunt.

34. Hinc eleganter

Ferdin. Vasqu. de Succes. Lib. I. §. I. n. 23.

si certus, scribit, heres est de voluntate testatoris ipsi ob animæ salutem consulerem ut ipse penitissimè conscientiam suam scrutetur, & hâc in re id faciat quod sua conscientia dicat, quæ consciuum pectus nunquam premere desinit, si voluntas testantis, de qua explenda agitur, certa & apud heredem indubitata est, nihil aliud in foro animæ desideratur.

Welches

AS

35. Welches alles ad nostrum calum füglich zu applicieren / zumahlen da der Herr Testator nicht bloß bey schlechten verbis dispositionis verblieben / sondern die Merckwürdige clausulam davon oben gemeldet annectieret / und die Heredes ihrer Schuldigkeit / Christlichen Gewissens und auff Verweigerungs fall des Richterstuhl Gottes und Ihrer schweren Verantwortung ernstlicher erinnert / und vor alle contravention treulich warnet.

Conf. Finckelb. supr. alleg. Obs. 51. n. 8.

36. Worzu dann (s.) Kömpt / daß ob singularem æquitatem nach verschiedenen Chur und Fürstlichen Landrecht und Statuten dem letzt lebendem Ehemahl ohne dem alle fahrnis / Errungenschafft und bewegliche Güter des verstorbenen gebühren / und also der seelige Herr von R. mehrers nichts als was ohne dem seiner Frau Wittib de consuetudine gebühren mag / Ihro zum besten verlassens wollen.

*Resp. ad
rat. dubit.*

37. Und hieran mögen nicht hindern ob angeführte rationes dubitandi, den auff solche alle sampt in genere geantwortet wird / daß zwar regulariter ad omne testamentum 7. ad codicillos autem aut aliam ultimam voluntatem 5. testes requirirt werden / solche regulæ und leges generales aber in unterschiedenen Fällen auß allerhand bewegenden Ursachen limitiret werden. Dergleichen dann in gegenwärtigem Fall auch billig geschicht; per ea quæ prolixè in rationibus decidendi deducta sunt, ad quæ nos referimus.

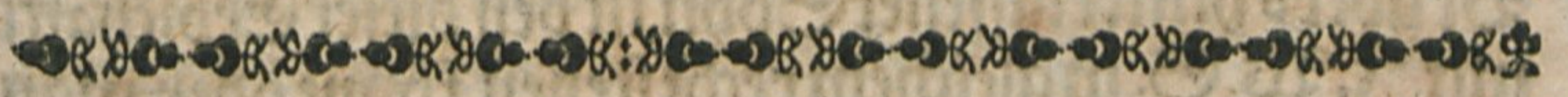
38. Welches wir den rechtens vorbeschriebener
Maasse



Maasse zu sein erachten; jedoch salvo cuiusvis melius
ludentis iudicio. Geschehen unter unser Facultät In-
siegel denn 30. Decemb. 1671.

(L.S.)

Dechant, Senior Doctores und
Professores der Juristen Fa-
cultät bey der Eöblichen Uni-
versität zu N.



RESPONSVM II.

De

Eodem testamento prioris refutatorium & ge-
nuimum l. 77. §. 23. iensum exhibens.

Species facti juncta momentorum evolutione.

1. **S**ist in dem abgewichenem 1671sten
Jahr des Monats Octobris G. F.
von und zu R. ohne Leibes- Erben
verstorben; von diesem R-nischen
Stamm- oder Geschlecht ist nie-
mand mehr im Leben als eine an-
den Herrn von G. Verheurahete adeliche Dame /
welche des verstorbenen G. F. Batters Bruders
Tochter ist. G. F. Mutter aber ist gewesen A. F. ge-
bohrne S. von und zu B. deren leiblicher Bruder J.
W. S. von B. diesen Todes fall seiner Schwester
Sohn erlebet.

2. Weil nun der von R. Seeliger in Anno
1664. unter seiner eigenen Hand und Versiegung ein
N Testa-



testament auffgerichtet dessen copia sub litera A.
(*vid. I. respons.*)

hieby zu sehen: so begehret J. W. S. hierinnen rechtliche Unterrichtung und Rath:

3. 1. Ob Er an die R-nische eigenthumbliche Verlassenschaft ratione seiner Schwester Seel A. F. jure hereditario eine in den rechten gegründete präntension habe/und auff was Weise es förderligst anzugreifen?

4. (2.) Ob J. A. S. Welcher R. Mutter A. F. Bruders hinterlassener Sohn ist bey dieser Erbschafft mit J. W. S. in gleichem rechte stehen könne oder man Ihm die Helffte zu cediren/ quovis jure verbunden und schuldig seyn?

(L.S.)

J. W. S.

5. Die erste Frage betreffend stehet dem Herr J. W. S. zu B. eusserlichem ansehen nach im wege des Seel verstorbenen Herrn Bettern und Schwester Sohns Herr G. F. von und zu R. testamentliche Verordnung unterm dato H. den 28. Januarii Anno 1664. da selbiger zwar/ohne einiges Notarii oder Zeugnens/vielweniger anderer zu recht erforderter solennitäten ad hibition gleichwol/ aber mit eigener Handschrift & per holographum seine hinterlassene Frau Wittib. M. J. geborne von F. nicht allein mit einem Wittben. Sig versehen/sondern Ihr auch alle Mobilia und eigenthumliche Güter vermacht hat.

6. Præclari autem Jurisconsulti censuerunt: utramque dispositionem jure subsistere.

7. Et dotalitii quidem quia id nobili viduæ per se debeat juxta.

Wesemb. cons. 29. n. 27. Hart. Pistor. I. qu. 4. n. 13.
Carpz. 6. Resp. 56. n. 2.

etiam

etiamsi parum aut nihil in Matrimonium attulerit, per
tradita.

Myleri in Gamolog cap. 13. §. 8.

8. Legatorum vero: quia testator Nobilis testatus
fuerit in eo loco in quo jurisdictionem habuerit adeoque
coram se testari potuerit.

per Vasqu. lib. 3. de Succes. creat. §. 22. limit. 12. n. 28.

Berlich. 3. conclus. 4. n. 33. Carpz. 1. c. 3. d. 14. n. 3. & 4.

Brunnem. ad l. 13. de Adopt. n. 1.

& testamentum totum sua manu scripserit; utrumque sine
testibus: maximè cum accesserit adjuratio & obtesta-
tio testatoris.

l. cum 77. §. filius matrem 23. de legat. 2. Boër. Decis. 3.

n. 8. Cujac. 17. Obs. 25. C. I. A. lib. 30. th. 30. circa fin.

Finckelthaus. Obs. 51. n. 8. Brunnem. in Comm. ad d. l.

77. n. 17.

ubi ita scribit: Juramentum vel obtestationem facere, ut
debeat legatum, etiam si nulla solennitas accerferit. Et
cum heres de cōstanti testatoris voluntate certus sit, non
posse eum bona conscientia refragari.

l. ult. C. de fideic. Carpz. p. 3. c. 8. d. 4. Richter Decis. 62. n.

20. & seqq. Vasqu. de Succes. tit. 1. §. 1. n. 23.

ubi scribit: si heres certus sit de voluntate testatoris, ipsi
ob animæ salutem in voluntate defuncti acquiescendum
esse. Et quæ alia in eam rem eruditè proferuntur.

9. Wenn denn nun solche testamentliche disposi-
tion im stande rechtens sustinieret und erhalten werde
könte / so wurde es ferner keiner nach frage de Succel-
sione ab intestato sulcipienda bedürffen / zumahlen da
Frau Wittib in besagtem testament vollmacht gege-
ben und ertheilet worden mit des Seel Herz Testato-
ris allodial Gütern ebenermassen und mit eben der Gewalt

Walt pro lubitu zu disponieren / als deroselben in Ibr
rem eigenthümlichen Gütern zustehet.

10. Causa autem testati prior est, & facit cessare di-
spositiones de causa intestati, neque hereditati ab inte-
stato locus est, quamdiu speratur testamentaria.

*l. quamdiu 39. de acquir. heredit. S. ult. Inst. per quas perso-
vers. Et prius; ubi post.*

Harprecht. & ceteros Locamerus Lit. A.

Es möchte auch wol ex abundantia gesaget
werden / Frau A. F. Herrn G. F. Frau Mutter sene
vor dem Herrn Sohne gestorben und habe demnach
superstitis filii hereditatem neque ad fratrem neque ad
fratris filium transmittieren können.

Cum hereditas non adita non transmittatur.

*l. unic. S. in novissimo. S. C. de Caduc. toll. l. quoniam sor-
rorem 7. C. de jure delib. Noalis in tr. de transmis. c.*

8. n. I.

II. Demnach aber das vorgespiegelte Testamen-
zweiffels ohne in acie iudicii schwerlich bestehen wird /
prout paulo post dicetur. So finden sich den in suc-
celsione intestati der Herr J. W. S. zu B. als avuncu-
lus vel frater matris Dn. Defuncti an einem: dann die
Frau G. als des verstorbenen Herrn G. F. Vatters
Bruder Tochter in dispari gradu: und hat demnach
die Successionem allodiale dem Edelbemelter Herr J. W.
S. allem ansehen nach ganz allein zu ziehen per cla-
rum textum.

L. avunculus 6. C. Commun. de Succes.
verba ipsa merentur ad scribi, quia decisionem in termi-
nis continent. Ita autem rescribunt Imperatores: A-
vunculo priori [qui est in tertio gradu] quam conso-
brino

brino (qui sequentem gradum accupat) deferri successionem intestati certi juris est. Certitudinem hujus juris per rationes & exempla deducit.

C. I. A. ad tit. de suis & legit. hered. th. 28. n. 1. vers. proximor succedit, & vers. gradatim enim deferatur success. l. 2. §. 2. de suis & legit. add. Augustin. Strauch. de success. disput. 5. th. 31. Parladorus lib. 2. rer. quotidian. cap. 15. Carpz. p. 3. o. 18. d. 20. Anthon. Diss. feud. 5. thes. 7. lit. H. Richter. de Success. pag. 219.

Auß welchen und andern scriptoribus in primis Vasqu. und Fostero de Success. dieses theorema weitläufftig auß geführet werden könte / wann es einziger Weise vor nöhtig befunden würde.

12. Ist also bey Erörterung dieser ersten Frage allein noch übrig die rationes dubitandi kürzlich zu removiren, welches den also zu reden mit einē Worte geschehen könte / wann man sagte: paria esse in jure, testamentum aut plane non factum esse, aut non ritè factum

pr. Inst. de hered. quæ ab intest.
ubi post veteres

Heig. Harprecht. Frantzck & ceteri plerique. Cephalus 4. conf. 585. n. 53. Natta. 3. conf. 468. n. 8.

und würde demnach die Frau Wittib Ihre prætenfiones weder nomine postulati dotalitii, noch nomine der Vermächtniß auß diese scriptur fundieren können: ob wol nicht unbillig / daß einer Adelichen Wittib ein Wittwen-Sitz verordnet werde: So kann es doch krafft dieser scriptur nicht geschehen: zumahl in derselben §. viertens der Seelige Jungfer selbst gestehet / es seyen zwischen Ihme und seiner Ehe-Liebsten keine pacta dotalia außgerichtet / noch selbige wegen deß Wittben-Sitzes versichert worden: Darumb Sie

177
 auß diesem testamento invalido auch wenig Trost
 schöpfen wird: zumaln sie noch keine illationem dotis
 probieret hat / neque enim illatam dicere sufficit, sed
 probare oportet.

vid. post Baldum Rotschütz. & alios tractatores.

Richter. d. n. 10. § 39.

quod omne ex statutis & consuetudinibus locorum di-
 metiendum esse cum aliis docet.

Sturzius 1. conf. 14.

Und die gegen seitige Herrn Consulenten selbst
 gestehen / quod in postulando dotalitium modus servan-
 dus sit.

in resolut. quest. 1. rat. decid. ult. vers. War auß den
 4. folget.

14. Denn daß ein Edelmann in Teutschland
 vi competentis Jurisdictionis in seinem prædio ein testas-
 ment sine Notario & testibus vel ulla alia solennitate
 adhibita durch seine blosse Handschrift auffrichten
 könne / wird weder Berlichius noch Carpzovius noch
 Brunnemannus, noch andere vornehme Jcti Lehren.

15. verba ex opposito

Berlichii part. 3. concl. 4. n. 33. ita sonunt:

Testes autem Testatorem videre coram debent, ut eum
 in conspectu habeant, aliàs testamentum non valet.

16. Ist also Berlichius denen Herren allegantibus
 dießfals ganz zu wieder / sintemal zu dieser dispositon
 kein Zeuge gebraucht worden.

Carpzovius statuiret 3. c. 3. d. 14.

Nobilem, qui merum vel mixtum imperium habet, co-
 ram actis sui iudicii validè testari, idque n. ult. necessa-
 rium esse docet: nicht aber das eines Edelmannes blos
 se scri-

se scriptur sine ullis actis judicialibus vel testibus vor ein gültiges testament gehalten werden solle.

Carpzovii verba refert Brunnem. ibidem appositus in comm. ad l. 3. de Adopt. n. 1.

nempe Nobilem coram actis sui iudici tum validè testari, si Schultetum & Scabinos adhibeat, & ita quoque ceteres

17. So kan auch die adjuratio, obtestatio vel imprecatio dieses fals wenig zur Sachen thun; Sintes mahl der Textus.

l. 77. §. 23. de legat. 2.

gar nicht die Meinung führet / als ob eine jedwede scharter da kein Zeuge ben gewesen / welcher berichten können wie das Werck geführet worden / nur deswegen pro testamento legitimo gehalten werden sollte weil der Geschäftmacher seine heredes ab intestato futuros obtestieret habe: Id enim foret contra sententiam æquitate plenissimam.

l. 5. & 6. C. de probat.
Et omnium testamentorum solennitates tam sollicitè excogitas tolleret.

l. si quando 35. C. de Inoff. testam.

ubi dicitur licet ipse Imperator alicui liberam testandi facultatem expressè concesserit; non aliter tamen id accipiendum esse, quam ut testator solennia juris observet. Sondern das testament wird pro nullo gehalten / und succedieret die Mutter nicht ex testamento sondern ab intestato.

vid. Cujac. in prælect. ad l. 77. §. 23. de Legat. 2. pag. 1380. vers. verum redeamus.

18. A deoque aliud dicendum est in voluntate imperfecta testaturi, sive ejus qui testamentum facere velit:

Et



Et qui in omnem eventum saltem fideicommissa relinquere voluerit uti docemur.

in l. fideicommissa II. §. quoties I. de Legat. 3. Castrens. I. conf. 308. n. 1. & 3. p. 162. Sandeus lib. 4. tit. I. defn. 5.

19. Hier aber will man ex testamento ejusmodi nulliter factio succedieren / welches propter defectum omnium solennitatum & testamentariarū & in codicillis requisitarum nicht seyn kan. Siquidem & clausula codicillaris nihil operatur si desint requisita codicillorum.

l. ult. §. 3. C. de codicillis. l. ult. C. de more. caus. donat. l. ult. C. de Fideicom. Simon. de Præcis lib. 21. de interpret.

ult. volunt. interp. I. dub. I. solut. II. n. 1. & seqq. Richter Decis. 63. n. 21. Philip. lib. 2. de usu Inst. Eclog. 104.

20. Neque aliud obtineri potest per objecta quorundam Dd. postulata. Qui sane nimium aliquando clausulæ codicillari tribuunt:

uti Gailius conqueritur 2. Obs. 114. n. 9.

21. Bartolus & Jason hoc tantum dicunt: Juramentum testatoris vel heredis habere vim repetitionis, quod tamen nec ipsum dubio vacat, uti cum aliis ostendit.

Sparrius de clausula codicillari. §. 49.

22. *Boër. decis. 3. n. 8.*

Itidem hoc tantum dicit: Juramentum non habere vim specifici & expressi ubi est defectus substantiæ.

Cujac. lib. 17. Obs. 25.

hoc docet: quod præmissimus. Nempe preces enixas effectum suum habere in causis fideicommissi ab intestato præstandi. Hoc autem casu Domina vidua prærendit se in illa pagella sine ullis testibus scripta, heredem institutam esse testamento: A deoque heredes legitimos & ab intestato excludendos esse.

23. Itaque nec sententia.

Collegii

Collegii Argentoratensis lib. 30. §. 30. in fin.

pro domina vidua induci hic potest: cum ad imitationem Cujacii, Cujus explicationem semper veneratur, agnoscit, traditque dictam.

l. 77. §. 23. de Legat. 2.

accipiendam esse non de eo qui de testamenti validitate pugnat, sed de eo qui ab intestato succedit dicat.

24. *Finckelthufius* autem quem dissentientes porro allegant clarissimè contrà Dominam viduam cum Collegis suis definit & decernit, in opposita.

Observ. § 1. ubi n. 5. scribit:

Etiā id quod in vim fideicommissi relictum est non valere si vel testamentum solenne (ad quod septem testes requiruntur) vel codicillus vel alia ultima voluntas (ad quam quinque testes requiruntur) desuper confecta non sit. n. 6. vel heres præsens rogatus fuerit n. 7. Quæ requisiti hic planè deficiunt. Additque n. 8. in l. 77. §. 23. de Legat. 2. proponi casum planè specialem; ubi filius matrem (ab intestato succedentem) obsecravit & obtestatus est, ut aliquid faceret. Quæ species à nostra præsente & ratione subjecti & formæ & modi toto cœlo differt.

25. Neque Dn. Brunnemannus extremo loco in subsidium advocatus causam Nobilissimæ Dominæ viduæ sustinet: Ita enim planissime d. l. 77. §. 23. accipit. quod [1.] de fideicommissio juramento relicto agat, quod [2.] valeat, licet septem testes adhibiti non fuerint dummodo ut alia voluntas ultima sustineri possit,

Conf. supra alleg. leg. 11. §. 1. de Legat. 3.

ubi voluntas testatoris ab intentione fideicommissaria accuratè discernitur.

Atqui hoc casu (1.) à nullo herede testamento instituto fideicommissum aliquod relictum est: Neque

O

(2.) re-

79

(2.) requisita codicilli vel alterius ultimæ voluntatis ut in l. ult. C. de codicillis & alibi designata fuerint adhibita. Itaque vel iudicio Domini Brunnemanni Nobilissima Domina vidua hic causa cader.

26. Eadem facilitate profigari poterunt quæ de favore ultimarum voluntatum & beneficio l. ult. C. de Fideicommiss. à præclaris Jctis suggeruntur. Cum notum sit, favorem juris eademum elogia mereri quæ secundum juris præscriptum conduntur: Aliàs indignum esse juris auxilio qui in legem peccat aut ejus præscriptum negligit.

§. 5. inf. Inst. de hered. qual. & diff. l. 2. C. quando & à quibus quartapars debetur. lib. 10. tit. 34. Nov. 82. cap. 1.

27. Sed & species.

l. ult. C. de Fideicommiss.

à præsentem est alienissima atque diversissima uti patet ex traditis à

Wesenbecio 1. consil. 38. n. 60.

Neque enim Imperator heredem ab intestato manum defuncti agnoscentem & simul exceptionem deficientium requisitorum legis opponentem, constringere & coërcere voluit, sed inficiantem, uti rectè advertit

Bachov. in comment. ad §. ult. Inst. de Fideicom. quem Vinnius Franzkius & alii eruditi commendatores ibidem sequuntur.

28. Wird demnachdem Hoch-Adelichen Herr Consulenten verhoffentlich nicht zu verdenden seyn/ wenn Er sothane fundamenta der Hoch-Adeliche Frau Wittib und deren vornehmen Anverwanten anfänglich in der Güte präsentieren und darneben erinnern lassent wird/ daß im Fall der Verweigerung nicht allein die

lein die *refusio expensarum factarum* sondern auch *perceptorum & percipiendorum* cum omni interesse schwer fallen dörfste: Dafern aber wieder alle bessere Zuberficht keine gewünschte Antwort erfolgen solte / wird der Herr *Advocatus causæ* woll wissen was er vor *remedia* in diesem Fall ergreifen solle / benantlich das *interdictum quorum bonorum*

l. i. & tit. Quorum bonorum

oder gleich so fort *petitionem hereditatis*: Quæ *remedia* etiam *cumulari* possunt.

vid. post Ferrar. Schneidewin & alios Wesembec. in commentario C. de petit. heredit. n. 50. pag. 931.

29. Die andere haupt Frage von des Mutter Bruders Sohn / ist bereits oben in *comparatione* des Vatters Bruders Tochter reipsa (si tantum nomina *subjectorum* mutantur) *extextu in terminis loquente* erlediget / und schreibet der ab *adversa parte* selbst gen priesen. i.

Brunnem ad sub indicatam l. avuncula 6. C. communia de Successionib. hiervon gleichmäffig also.

Patruï vel avunculi alterius filius non succedit cum superstite patruo vel avunculo. Allegat *Boërium & alios in terminis.*

conferrî possunt integra volumina, quæ circa hoc problema An. 1581. in hac controversia prodierunt circa Successionem Lusitania summã habet Cambdenus part 3. Histor. Elisabethæ in Anno 1582. p. 337. vers. nec sine specie juris

Dabey es billig gelassen wird und verbleibet /

Errata quaedam relegendo observata sic
corriganur.

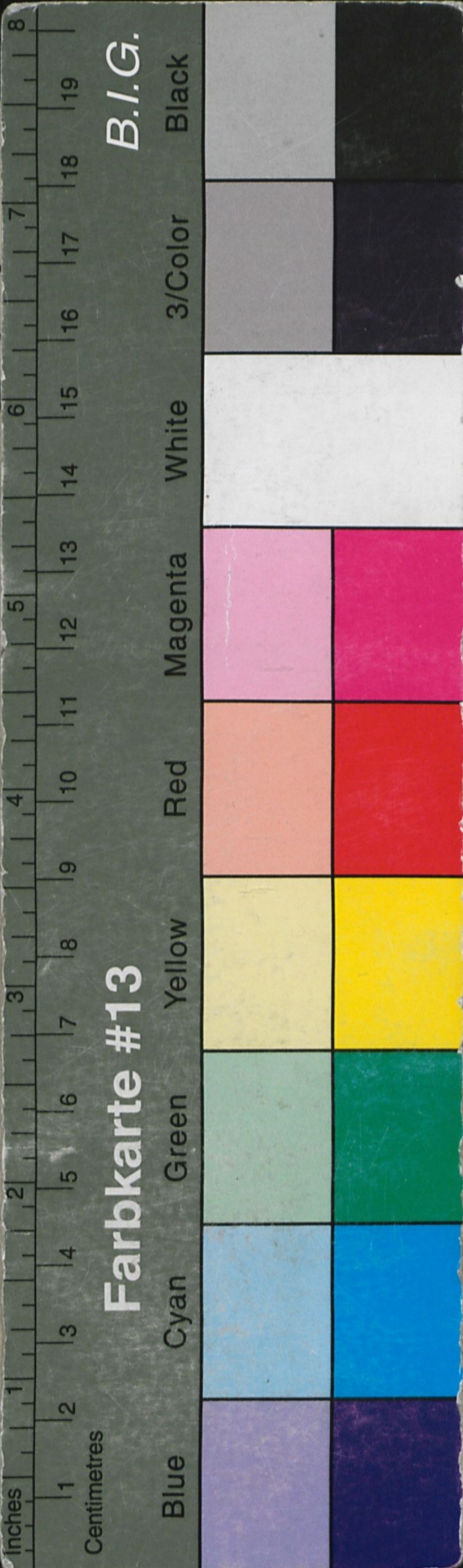
In tit. lin. 14. pro *Anthoritate*, *Authoritate*. p. 9. l. 15.
pro *Metonomyam*, *metonymiam*. p. 13. l. 20. pro *pu dere pu*
dore. p. 14. l. 31. præponatur. num. 27. & l. 34. n. 28. p. 15.
l. 28. pro *condicio* *conditio*. p. 16. l. 1. pro *præces* *preces*: &
addatur n. 32. lin. 6. pro *in ferta* *inserta*. l. 18. pro *Vno*; *Juno*.
p. 19. l. 4. pro *se fe* lin. 34. pro *cum cam*. p. 23. l. 10. pro *am*
bignita *ambiguita*. p. 31. l. 35. pro *tis tiis*. p. 40. l. 32. pro 23.
33. p. 41. l. 25. pro *codicillande* *codicillandi*. p. 42. l. 6. pro
verba si, *verba*: *si*. p. 48. l. 6. pro *exempt* *exempl*. p. 50. l.
4. pro *secuntum* *secundum*. p. 52. l. 19. deleantur *ditatem*
p. 64. l. 1. pro *sieret* *fieret*. p. 65. l. 18. pro *imp.* *Imp.*. p. 66. l. 35.
pro *imp.* *Imp.*. p. 67. l. 16. pro *affer* *affert*. p. 69. l. 14. pro *vo*
luit *volui*. p. 70. l. 29. pro *quia* *quia*. p. 72. l. 1. pro *turpi*
bns *turpibus*. l. 6. pro *sucessonem* *succelsionem*. p. 76. l. 14.
pro *puip.* *quip.*. p. 77. l. 6. pro *habare* *habere*. p. 72. lin. 20.
præponatur. num. 31. p. 100. l. 22. pro *sonunt* *sonant*. p.
101. l. 7. pro *teres* *teri*. p. 102. l. 29. pro *nlis* *ullis*.

(X2617988)

VD17







B.I.G.

Farbkarte #13

C. 27
 URIDICA 1672, 2
 SIMA 16
 E CODI-
 TACI-
 IE.
 I. contenta,
 nem.
analyse
 alis
 DE
 MINE,
 ecreto
 OBILISSIMI
 ia Giffensis.
 NTIA,
 zores impetrandi,
 orum exanini
 ORCKES,
 urgicus
 obris.
 ARGERUM.