

1738, 483.
6
I. N. J.
DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA,
DE

CLAVSVLA
CODICILLARI IN
TESTAMENTO EX-
PRESSA, ET PRÆPRIMIS
SVBINTELLECTA,

QVAM,
PRÆSIDE

DEO TER OPTIMO MAXIMO,

EX
DECRETO ET AVCTORITATE
INCLYTÆ FACVLTATIS IVRIDICÆ
IN PERANTIQA ERVVRTINA,
PRO LICENTIA

SVMOS IN VTROQVE IURE HONORES PRIVILEGIAQVE
DOCTORALIA CONSEQVENDI,

IN AVDITORIO JCTORVM MAJORI,

DIE V. JVLII, A. MDCCXXXVIII,
HORIS CONSVETIS,

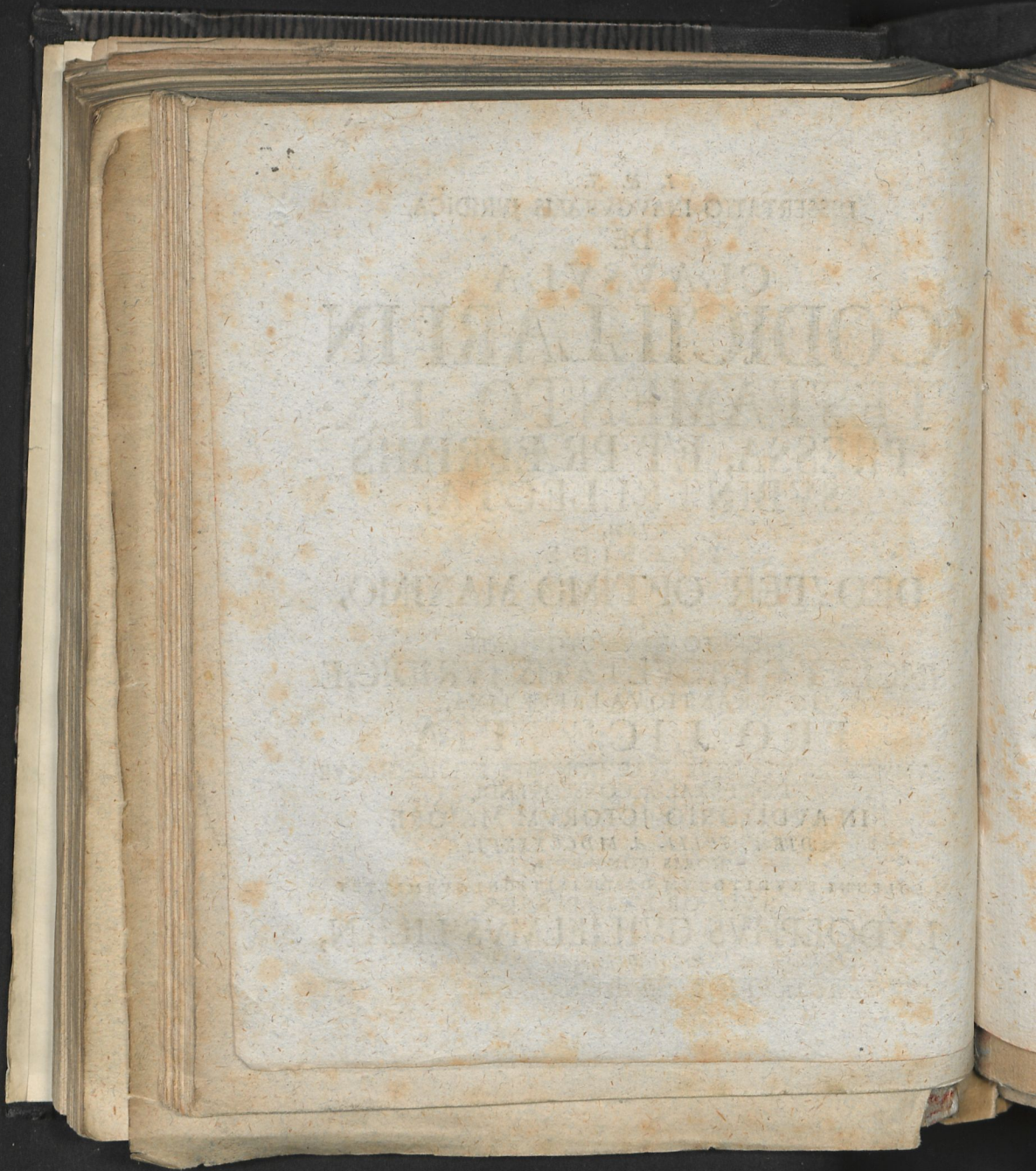
SOLENNI ERVDITORVM DISQVISIONI SVBMITTET
AVCTOR ET DEFENSOR

LVDOLPHVS GVILIELMVS LILIEN,

Erfurto-Thuringus.

ERFORDIÆ, Litteris HERINGII, Acad. Typogr.

(Diss. in vol. 209)





JESU JUVVA!



Onfecto nuper primo in utroque Jure examine, & impetrata ex Decreto Illustris Jctorum Ordinis, qui Hieranam nostram nobilitat, Disputationem inauguralem, pro consequendis Privilegiis Doctoralibus, publicandi Licentia, diu multumque deliberavi, in quo præcipuè argumento vires tentarem, & quid dignum atticis auribus proponerem. Constat enim, communi rerum Magistra experientia docente, quædam popularia multorumque labore excussa, tantum non ad fastidium usque recoqui, quædam verò ab aliis non tam fructuosè, quam subtiliter & spinosè deduci, ut, ad ostentandam ingenii aciem, sibi tantum canere plurimi malint, quam egregio publico studere. Sed verò volupe mihi fuit, si DEVS non abnuerit, in præsentiarum, thematis loco Inauguralis, materiam de *Clausula Codicillari in testamento expressa, & præprimis subintellecta*, paucis evolvere, tum

A 2

quod

quod insignem materiae hujus utilitatem animadvertam, tum quod ignorem, an a quoquam haecenus methodo convenienti hunc quidem in modum pertractata sit. Fateor equidem ingenuè ac lubens, virium mearum imbecillitatem ingenium meum hoc scribendi genere minus exercitatum detertere potuisse, accedit & his metus, nonnullos hunc meum ausum reprehensione dignum judicatos, attamen mihi, quæ de hac materia notatione digna reperientur, paucis ordine nunc examinatum ire constitui. Ut autem propositum meum ad exoptatam metam perveniat, DEVM T. O. M., qui res etiam penitus desperatas donare & consummare virtutis suæ magnitudine potest, supplex adoro, ut prudentiæ suæ efficaciam mihi attribueret, virium magnitudinem ex alto submittere, gratiosissimâ sanctissimi Spiritus sui adstantia mentem manumque meam dirigere, atque propositum ad exoptatum finem perducere benignissimè velit! quo omnia ad SS. Trinitatis perennem gloriam & proprium emolumentum fiant vergantque. Te verò benevole Lector rogo, ut, si quædam invenias, quæ minus tibi arident, pro lubitu corrigas, & sanè, si accurata mentis lance unicuique facillè proprium ponderaturus, videlicet errore duci, & ad ætatem meam respecturus sis, facillè me veniam impetraturum fore, spem exploratam habeo.

DIS-

DISSERTATIO INAVGVRLIS JVRIDICA,
DE
CLAVSVLA CODICILLARI IN TESTA-
MENTO EXPRESSA, ET PRÆPRIMIS
SVBINTELLECTA.

§. I.

UT nihil omittamus, quæ ad declarationem hujus, quam elegimus, materiæ spectat, quædam, quæ ipsam materiam attingunt, directò, sine quibus nostrum thema non rectè intelligi potest, quædam verò, quæ saltim per consequentiam huc trahi possunt, illustrabimus, hinc nonnulla de Codicillis, eorum forma, requisitis & effectu præmittere nobis necessarium visum fuit.

§. II.

Quod verò veteres Jcti, valde solliciti fuerint de etymis verborum, hoc videre licet ex *L. 1. ff. de J. & J.* & passim in Digestis. Hinc, ut omnes evitentur obscuritates, ab explicatione Verborum initium est faciendum, *L. 7. §. 2. ff. de suppl. leg.* nam res satis intelligi non potest, nisi de verbis prius constiterit, *Mantic. de Conject. ult. volunt. Lib. 1. Tit. 1 n. 1.* quippe, ex denominatione rei ejus natura est demonstranda, *L. 6. ff. de bon. damnat.* De verbo Codicilli non opus erit, multis ambagibus ut differamus, cum apud omnes jam notum sit, quod Codicillus, quasi parvus Codex sit, per diminutionem, sicut liber & libellus, atque ita denominetur à Cortice arborum Codicillus enim est diminutivum à Voce Codex seu Caudex, qui propriè in arboribus & fructibus notat id, quod à radice crassius supra terram adsurgit, *der Stamm eines Baumes.* Ex quo cum tabulas, per ferrulam tenuiter dissectas & subtiliter lavigatas, antiqui conficerent, quibus cerâ inlitis, char-

tarum vel membranarum loco, stylo litteras inscriberent ex iisque etiam compactis liberos facerent. Vid. OLDENDORP. *Class. s. de testam. p. m. 779*- Codicilli enim pariter ex tabulis cera illitis fiebant, breviores Codicibus, unde sinu gestari poterant, testamenta verò tabulis grandioribus scribebantur, GOTHOFRED. *ad pr. Inst. de Codicill. Lit. a. conf. §. 17. Inst. de testam.* Et ex hoc fonte etiam denominationem suam sortitum est Protocollum, tanquam prima concinnatio & annotatio rei gestæ seu originale primum, glutino ceræve illitum, das zu erst mit Wachs überkleistert wurde, à *πρωτον*, primus & *κόλλας* gluea, quasi prima conglutinatio, cum in cera seu glutino, quæ per tabulas extensa erat, scriberetur, vid. CALVIN. *Lexicon Jur. hoc vocab.* Hinc per metonymiam materiæ, pro tabulis, quibus aliquid erat inscriptum, vel pro libro, Codices sunt accepti. Qui mos tabulas ex tali materia conficiendi, licet obsoleverit, membranæ & chartis postmodum repertis, nomen hoc tamen, rebus illis impositum, remansit, *L. 52. de Legat. 3. Connan. Lib. 9. c. 6. n. 1.* Unde Imperialium Constitutionum volumina per Synecdo. generis, Codices appellati, ISIDOR *Etym. lib. 5. eodemque sensu*, Codices vocantur tabulæ, continentes notitiam dignitatum & administrationum civilium *L. 3. C. Agent. in reb. item scripturæ argentariorum, & nummulariorum, L. 9. §. pen. cod. tabulæ*, quoque accepti vel expensi teste CIC. &c. unde cum huiusmodi tabellis etiam inscriberentur Voluntates ultimæ: hinc testamentaria quoque scriptura Codex dicitur *§. sed §. unum J. d. Testam. ordin.* quia Codicibus inscripta: Ex quo Codiculus & inde Codicilli, hic sunt quasi minora vel parva quædam testamenta, majori vel principali adjungenda. Cum frequenter eveniat, ut testator, extra testamentum ante vel post confectum aliquid testari velit, circa voluntatem suam adjectum; quod ipsam testamenti substantiam quidem non concernat; in circumstantiis tamen illius aliquid addendo, detrahendo, mutando, determinet. Quo significatu licet frequenter proferatur plurali numero *L. 148. d. V. S.* tamen etiam singularis non uno loco reperitur, *L. 14. §. 28. C. d. Testam.*

§. III.

§. III.

Ex princ. J. de Codicill. adscribitur origo LVCIO LENTV-
LO sub imperio Augusti: Nam ante Augusti tempora in usu
non fuerunt, sed quia Augustus implevit voluntatem LV-
CII LENTVLI, scriptam in Codicillis, & filia LENTVLI solvit
legata per patrem in Codicillis relicta, Augustus adhibuit in
consilium J. C. Trebatium, cum quibusdam aliis sapientibus
viris, an usus Codicillorum esset recipiendus? Quibus
visum est, non solum utilissimum, sed etiam necessarium,
propter magnas & longas peregrinationes. Cum enim va-
rii casus evenire possint, ob quos testamentum condere
quis impediatur, vel etiam ipsum testamentum conditum
ob solennitatum defectum infringatur, sicque supremum
morientis iudicium deficiat, huic incommodo occurri potest
per confectionem Codicillorum, tot solennitatum observan-
tia non adstrictorum. Hinc Jus Codicillorum introductum
esse, declarat Imperator in dicto Princ. quod tamen non ita
accipiendum, ac si praedictus LVCIVS LENTVLVS primò eos
scripsisset, nam & Ciceronem fecisse Codicillos legitur, sed
quia ille occasionem dedit, ut Imperator Augustus eorum
usum, explorato desuper sapientum consilio, comprobaret,
& Juris auctoritatem illis tribueret, ex quo tempore vim obli-
gandi receperunt, quam antea non habebant. Nec obstat,
quod Imperator dicatur habere omnia jura in scrinio pecto-
ris, L. 19. C. de testam. Nam quando vult aliquid constitue-
& non ex suo capite novas constitutiones facere L. 8. C. de
Legib. Nam quod praesumatur habere jura in scrinio pecto-
ris, hoc est propter sapientes & Jurisperitos, quos Princeps
apud se habere debet L. Jurisperitos 30. ff. de excusat. Si-
cut Imperator appellat Juris Consultum VLPIANVM suum
amicum, in L. 4. Cod. de contrab. stipul. & in L. 4. C. de locat.
& conduct. appellat eum ratione scientiae & aetatis suum pa-
trem, ubi subjungit Cynus: vides Studiose Juris, quantum
profit scientia; facit enim legis peritum, patrem principum
& amicum.

§. IV.

§. IV.

Codicilli sunt dispositio ultimæ voluntatis à persona habili testamenti factionem habente *L. 3. §. 3. L. 8. §. 2. L. 9. ff. de Jur. Codicill. sine solennitate, §. ult. J. de Codicill. coram quinque testibus L. ult. §. ult. C. eod. et si specialiter non rogatis, d. L. ult. §. ult. sive in scriptis, s. per nuncupationem, d. L. ult. eod. declarata, qua hereditas §. 2. J. eod. vel res singularis, pr. J. eod. alicui capaci L. 67. §. ult. ad SCr. Treb. quod olim fecus, §. 1. J. de fideicom. hered. per fideicommissum, §. pen. J. eod. id est ita, ut directus sive ex testamento antecedente vel consequente Codicillos, §. 1. J. eod. sive ab intestato d. §. 1. J. L. 3. pr. L. 16. ff. eod. succedens, rogetur prestare, relinquatur.*

§. V.

Ex quibus facilè apparet differentia à mortis causa donatione, quæ quamvis etiam ad ultimas voluntates referatur in *L. fin. C. de mort. caus. donationibus*, non tamen est ultima testatio, sed potius conventio quædam, quæ utriusque consensum donantis & donatarii requirit, & sic quoad constitutionem potius ad conventiones, quam ultimas voluntates referenda est, quia hæc utriusque perficitur consensu & acceptionem requirit alterius, *L. 30. ff. de mort. caus. donat.* sic etiam differt à donatione inter vivos, nam & hæc utriusque constat voluntate, *L. 55. de O. & A.* nec temerè revocari potest, *§. 2. J. de donat.* Nec non à testamento, quod 1) pro intrinseca solennitate & forma sua semper requirit heredis institutionem, 2) quod testamento quidem dari vel adimi hæreditas directo possit, secus in Codicillis, in quibus nequidem directo substitui potest, *FACHIN. Lib. 4. c. 7. 3)* testamenta plenam & perfectam ordinationis solennitatem desiderant, Codicilli autem extra quinque testium, propter probationis necessitatem adhibitorum, præsentiam, præterea nullam. 4) Codicillis etiam ab intestato locus, neutrquam verò testamentis, quorum si vel unicum supersit, successioni ab intestato locus datur nullus. 5) Pluribus testamentis factis, ultimum duntaxat efficax: Cum contra Codicilli etiam plures, modo

modò sibi invicem contrarii non sint, tam priores quàm posteriores sustineri queunt.

§. VI.

Codicillos verò omnes facere possunt, qui jure testamentum condere possunt, & contrà: nam ex legibus communique Dd. consensu tam affirmativè quàm negativè à facultate testandi ad facultatem Codicillos conficiendi inferre licet, juxta *L. 6. §. 3. & L. 8. §. 2. ff. de Jur. Codicill.* BRUNNEMANN *ad d. L. 8. n. 4.* Hinc inhabiles sunt alii natura, ut 1) furiosi *L. 2. §. 3. cod.* quique his æquiparantur, prodigi, *L. 18. ff. qui testam. fac. 2)* Impuberes, *L. 5. 19. d. t.* Alii jure, ut 1) servi, *L. 1. §. 1. de legat. 3. L. 7. pr. ff. de Jur. Codicill.* 2) filii-fam. *L. 1. §. 1. L. 8. §. 3. cod.* Pater verò codicillos etiam pupillares suo rectè facit impuberi filio, *L. 6. §. pen. L. 8. §. Codicill. cod.* Quod enim JUSTINIANVS circa fin. *pr. J. de Codicill.* hos Codicillos facere posse dicit, qui testamentum facere non possent, de facto, non jure capiendum; ut, qui illis temporum, vel locorum angustiis conclusus esset, quibus, quæ ad solennitatem requiruntur, destitutus esset, saltim codicillos facere illi liceret. 3) vel de statu suo dubitantes in jure vel facto, v. g. an servus sit, an filius familias, an verò captivus sit, an pater ab hostibus rediturus sit, *L. 1. princ. ff. de legat. 3. DONELL. & HILL. L. 6. C. 5. Lit. 2. 4)* qui testari prohibitus est, Codicillos etiam facere non potest, exemplum est de illo, qui post conditum testamentum se ad rogandum alicui dedit, codicillis in adrogationis statu postea factis, ut, quamvis ille post iterum sui juris factus decedat, & testamentum jure Prætorio reconvaleseat, codicilli tamen nullius sint momenti, quia nec testamentum, isthoc casu factum, efficax esset, *L. 6. & 19. ff. qui testam. fac.* Nisi testator sui juris adhuc futuros illos suo testamento Codicillos confirmasset. Dn. MANZIVS *de testam. tit. 2. qu. 1. n. 120.* quidem ait, codicillum ad pias causas convalidari, si sui juris moriatur, quod intelligimus, si de peculio profectitio testetur, nam si de adventitio peculio filiusfamilias ad pias causas

B

fas

fas testetur, Jure Can. valebit, quia in piis causis Jura Gentium attendimus, non verò subtilitates Juris Civilis.

§. VII.

Si verò testamenti factio sit cuiuspiam, v. g. minori, aut conjugis ad utilitatem conjugis interdicta statuto, an codicillos is conficere prohibitus censi debeat? Quod affirmat ALBERTIC. à ROSATE *Tr. de statut. Lib. 1. qu. 165.* quia regula, qui testamentum condere nequit, nec Codicillos facere possit, non tantum in illo verum, qui lege, sed & qui statuto prohibetur testari: Nam per statutum exclusus à testando, nec fideicommissum relinquere potest, idè etiam communis Dd. sensus, quod clausula Codicillaris nullo effectu gaudeat in testamento illius, qui testari nequit, cum non suppleat habilitatem testatoris, CARPZ. *P. 3. C. 4. def. 39.* ANTON. FABER. *in Codic. lib. 6. Tit. 5. def. 4. n. 4.* RICHTER. *P. 1. decis. 63. n. 18. § 25.* Contraria tamen sententia, quæ Codicillorum usum non interdicat his, quibus testamenti faciendi facultas est Jure statutorio adempta, nobis melior videtur: quia statuta, communi Juri derogantia, interpretationem recipiunt strictam, quæ non admittit, ut, quod de testamento dispositum est, ad Codicillos, utpote casum alium, contra commune Jus extendatur, *L. 7. C. de Codicill. L. 32. C. de Appellat:* nam statuentes, quantum per rationes suæ civitatis fieri potuit, quam maximè illasam Juris communis auctoritatem servare voluisse censi sunt, & Princeps statuti consentiens, quam minimè à jure, quod semel æquitati suæ placuit, recedere voluisse putandus. ALDERANVS MASCARDVS *Tr. de Explicat. statut. & statutum, quod generaliter loquitur, semper limitandum ex jure communi, cum favor etiam ultimæ voluntatis extensionem repudiet, L. 10. de inoff. testam.*

§. VIII.

Ut autem quis Codicillos facere possit, requiritur non tantum potestas facientis, sed etiam voluntas, inde dubitant Dd. an si notarius, ad scribendum testamentum rogatus ab homine plebejo, inseruerit clausulam Codicillarem, ut dispositio, si directo jure valere non possit, valeat jure Codicillorum.

dicilli: Wann diese Testaments-Verordnung, einiger Ursa-
 chen wegen, oder Mangels haben, von Rechts wegen nicht
 als ein zierlicher letzter Wille gelten, oder kräftig seyn kön-
 te, so solle sie doch gelten als ein Codicill, fideicommiss,
 oder donatio mortis causa, oder eine andere disposition, wie
 dieselbe sonst nach Recht oder Gewohnheit am kräftigsten
 gelten kan, oder mag *ic. magis ex consuetudine & sulo, quam*
certo testatoris mandato adjecerit, eamque vel ipse non satis
intellexerit, vel ejus efficaciam testatori non exposuerit, an
pariter hoc reputandum, quasi testatoris voluntate illa clau-
sula foret adjecta? sane, ignorantis nullam esse voluntatem,
certum quidem est, & quanquam saepius dicta clausula susti-
neat quidem mentem defuncti, non tamen auget dispositio-
nem ad id, quod testator non voluit, aut non cogitavit,
MANTICA Lib. 5. tit. 2. n. 7. § 12. de conject. ultim. volunt. REVS-
NER. Lib. 1. decis. 10. n. 39. Inde tamen, quod quidem velle
videtur TABIVS TVNCT. tractat. de effect. Claus. Codicill. C. 9.
n. 3. RICHTER. P. 1. Decis. 63. in fin. BESOLD. P. 4. Consil. 173.
n. 11. colligendum non est, hanc clausulam testatori igno-
ranti esse imputandam, & hinc omnem effectum derogan-
dum. Quippe mandavit sine dubio testator Notario, ut
testamentum omni meliori modo & more consueto faceret,
moribus verò nostris ex generali consuetudine testamentis
hæc clausula adjici solet. TVRRET. de Effect. Claus. Codicill. qu.
147. n. 2. atqui verò eo ipso jam tum mandavit adjectionem
clausulæ Codicillaris, ut ut nomen hoc ignoraverit, arg. L.
29. §. 1. ff. qui testam. fac. Omnia enim, quæ ad sustinendum
testamentum facere poterunt, ipsius testatoris voluntate ad-
jecta censenda sunt, cum nemo eam viam elegisse præsumat-
ur, qua ultima ipsius voluntas subvertatur, CARPZ. Lib. 6.
Resp. 7. MANTA de Clausul. R. 3. Claus. 11. n. 1. JOH. de CA-
STILLA Lib. 4. de conject. ult. vol. P. 1. Cap. 48. n. 27. GABRIEL.
Comm. Concl. Lib. 6. tit. de Consuet. Concl. 3. qui enim vult fi-
nem, eundem etiam velle media quæcunque ad finem ducentia
præsumitur, & in dubio semper pro ultimis voluntatibus pro-
nunciandum est. Quæ Clausula salutaris etiam per particulam

abbreviativam, v. g. si hoc testamentum non potest valere Ju-
 re testamenti, valeat tamen &c. expressa est, unde colligunt:
 Clausulam etcetera comprehendere omnia, quæ sunt de na-
 tura actus, cui subjiatur, NICOL. EVERHARD. *de fid. instrum.*
Cap. 4. n. 59. FARINAC. *qu. 157. n. 22.* MINDAN. *de Mandat. Lib. 2.*
Cap. 69. n. 15. GYLMAN. *Lib. 1. decis. 26. n. 219. segg.* STRYK. *Disp.*
de etcetera C. 4. n. 57. § segg. In qua clausula tamen à No-
 tariis juxta formulam consuetam, quæ habet RICHTER.
Decis. 63. n. 2. § 3. & LYCOVICI *Doctrina Pandectarum b. t. §. 5.*
 nonnulla ineptæ clausulæ adjiciuntur, & quidem 1.) non
 solum propter tautologias, quibus illa scætet, otiosas atque
 superfluas, diversis typis seu literarum figuris modò indica-
 tas & quasi segregatas, vid. HUBER. *in Prælect. ad Inst. Tit.*
de Codicill. STRYK. *in dissert. de Claus. Codicill. n. 13.* Sed etiam
 2.) propter perperam & nulliter insertam illam declaratio-
 nem: So soll es doch als eine donatio mortis causa, vel inter
 vivos gelten. Nam ut donatio, sive mortis causa, sive inter
 vivos ea sit, valere non potest, quia hæc supponit præsen-
 tiam & acceptationem donatarii, quæ in testamento & Co-
 dicillis deficit, atque per clausulam Codicillarem suppleri
 non potest, vid. STRYK. *ad LAVTERBACH. Tit. de Jure Codicill.*
non valent. p. m. 78 r. LUDOVIC. *Doctrin. Pandect. d. r. §. 5.*
 Si verò testator præsentem & acceptantem donet rem, tunc præ-
 dicta clausula potest habere effectum, hinc mutato licet te-
 stamento, hæc donatio inter vivos non mutatur. Hinc legatarius
 aut alius, cui in testamento, dicta clausula munito,
 aliquid donatum & ab eo acceptatum est, vi istius clausulæ il-
 lud exigere potest; & quamvis negante SCHEFFER O *quæst. Jur.*
Pract. P. 3. qu. 27. n. 2. contractus in testamenti factio-
 ne possint celebrari, & quod varia & mutationi obnoxia in-
 doles testamentorum, à natura contractuum immutabilium per
 se toto cõslo differat, nec non quod hæc clausula sit accesso-
 rium testamenti, principali verò corruente, tollatur accesso-
 rium: Attamen his rationibus non obstantibus, contra-
 riam opinionem verio-rem puto cum HERCVLE MARESCOT-
 TO *Var. Resolut. Lib. 1. Cap. 48. n. 11.* Nam in testamento
 tales

tales contractus, qui cum testamento aliqualem habent affinitatem & proximitatem celebrari possunt, uti est donatio inter vivos, BARTOL. in *L. rationes defuncti* 6. C. de prob. ANDREOLVS *controvers. forens. P. 3. C. 221.* Quod vero hominis voluntas sit ambulatoria, hoc non aliter conceditur, quam si voluntas sit per modum testamenti purè concepta, secus verò se res habet, si per modum contractus, *L. 5. C. de Obligation. & Action.* Sic etiam negatur, quod requisitis donationis antecedentibus, amplius maneat accessorium testamenti hæc donatio, sed est vi hujus clausulæ eventualiter donatio jure proprio subsistens, etiam citra testamentum. Porro non obstat, quod de Jure Civ. nemo sibi pacto heredem facere possit, per *L. 5. C. de pact. convent.* quia hoc casu non tanquam hæres titulo universali, sed tanquam hæres titulo singulari efficitur, & de Jure Rom. valet donatio omnium bonorum, COCCEJI *Dissert. de Claus. testament. Cap. 2. n. 166. seq.*

§. IX.

Optimæ ergò formulæ Codicillares hæc sunt: Si hoc testamentum non poterit valere ut solenne testamentum, ut valeat tamen tanquam Codicillus, vel alio quocunque modo, *conf. HUBER. in Praelect. ad Inst. Tit. de Codicill. in fin.* seu brevius: hoc testamentum ratum esse desidero, quacunque ratione poterit, ex *L. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.* vid. *LVDOVICI Doctrin. Pandect. d. 1. §. 5. Codicill. p. m. 515.* seu valeat omni meliori modo; *d. L. 29. vid. STRYK. ad LAVTERB. Tit. de Jure Codicill. not. fin. p. m. 787. SCHÖPFF Synops. Jur. priv. d. tit. ubi hanc optimam & brevissimam clausulæ Codicillaris formulam esse dicunt.* Eadem igitur Germanicè aptius hunc in modum potest exprimi: *Daferne dieses mein Testament nicht als ein zierlich Testament gelten mögte, so will ich doch, daß es als ein fidei commiss, oder auf andere zu Recht beständigste Form und Weise gelten solle, vid. MARTA de Clausulis, Claus. 88. n. 6. CARPZ. Decis. 155. P. 2. n. 5. BRVNNEMANN ad L. 1. ff. de Jur. Codicill. n. 6.*

§. X.

Ex prædictis patet, quod hæc clausula in testatore præsupponat facultatem testandi, & defectum in ejus persona non sanet, sic etiam non sanat defectum substantialem in persona heredis, ne fraus legi fiat, i. e. quæcunque persona non habet testamenti factionem passivam, vel quæ directò non succedit, per indirectum etiam vi clausulæ Codicillaris succedere nequit, h. e. illi nequidem per modum fideicommissi vel legati in Codicillis aliquid relinqui potest. TURRET. d. Tr. qu. 127. def. 51. SIM. de PRÆT. d. interpret. ult. volunt. Lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 1.

§. XI.

Sed, si liberi in potestate constituti præteriti, vel iniquè exhæredati, v. g. quando pater antea in testamento filium, cui legitima debebatur, sciens volensque præterit, atque extraneum hæredem suum instituit, vel injustè in testamento condito filius exhæredatus, vel legitima titulo honorabili non fuerit ei relicta, an his casibus macula, per præteritionem vel exhæredationem vel defectum legitimæ titulo institutionis illata, ope hujus clausulæ purgetur atque removeatur? Negandam eam quæstionem esse existimant REVSNER, Lib. 1. decis. 10. n. 29. ubi ita pronunciatum, LUDWEL. de ultim. volunt. Part. 2. pag. 417. BARRY de Success. Lib. 10. Tit. 16. n. 10. & seqq. MANZ. de testam. valid. & invalid. Tit. 8. qu. 2. n. 294. TREUTLER, Vol. 1. disp. 13. tb. 10. lit. g. COVARR. in C. Raynutius 16. X. de testam. §. 1. num. 4. & n. 8. BERLICH. Part. 3. Concl. 15. n. 39. CARPZ. P. 3. Constit. 9. def. 12. BRUNEMAN. ad L. 13. ff. de inoff. testam. n. 2. seqq. ubi ita à Jctis Viadrinis responsum testatur, & in hac controversia decisionem Principis, non sine ratione exoprat, provocantes ad d. L. 13. nec non ad L. 36. ff. de legat. 3. juxta quos textus ejusmodi testamentum à demente factum, ac proinde irritum nullumque esse dicunt; nunquam verò clausula Codicillaris defectum testatoris suppleat, cujus potissimum sit effectus, ut per eam sustineatur testamentum ob numerum testium incompletum aliàs invalidum, & si aliter diceretur, vix locum inveniret

Nov.

Nov. 115. ex qua irritum redditur testamentum ex causa præteritionis liberorum, quoniam hodie nullum ferè inveniatur testamentum, in quo ejusmodi clausulæ non appositæ deprehendantur, contra *L. 35. sub fin. C. de inoff. testam.*

S. XII.

Verior tamen est sententia affirmativa, clausulam Codicillarem tantæ virtutis esse, ut sanet & salvet testamentum, in quo liberi sunt præteriti, vel injustè exhæredati, vel legitima illis honorabili institutionis titulo non est relicta: Nam objecta dementia ficta solummodo est, & propter adjectam clausulam Codicillarem iterum expiravit, immo filius propter istam clausulam planè non est præteritus, sed portionem suam ab intestato capit, & rogatus saltem censetur, ut id, quod superest, detracta Trebelianica & simul nonnunquam legitima, hæredibus scriptis restituat, de quo aliàs etiam patri pro lubitu disponere erat permissum. Hinc clausula Codicillaris enixam testatoris voluntatem continet, dum tale testamentum ratum esse cupit, quacunque demum ratione id fieri possit, idè ut hoc obtineat, etiam ab intestato voluntatem suam impleri voluisse censetur, per *L. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. poss.* quamvis enim aliàs etiam absque hac clausula legata & fideicommissa, non obstante injusta exhæredatione, post Nov. 115. firma manerent, dicta tamen clausula plenius testatoris voluntati consulit, cum præter legata etiam heredis institutionem conservet. Hæres scriptus enim per *d. Novell. 115.* repelleretur planè, sed per Clausulam Codicillarem jus fideicommissi consequitur, in quo consentit *CARPZ. Lib. 6. Resp. 113. & Resp. 7. n. 7. VASQV. de success. errat. Lib. 2. §. 20. n. 251.* Quæ sententia etiam à *Dd. communiter recepta, ALEXAND. Lib. 2. Consil. 142. n. 4. RICHTER. Part. 1. decis. 41. n. 44. & decis. 40. n. 29. & 30.* ubi ita refert decusum. *BOER. Decis. 267. n. 3. ZOES. ad ff. vel de Jure Codicill. n. 9. SANDE Decis. FRISIC. Lib. 4. Tit. 2. des. 2. GAIL. Lib. 2. Observ. 114. n. 2. ZEPPEP. in tract. de Claus. Codicill. Cap. n. 19. 26. §. 56. seq. STRUV. Exerc. 34. tb. 65. Idem in Jurispr. Rom. Germ. Lib. 2. Tit. 28. aphor. 4. BRVNNEM. ad L. 1. ff. de Jur. Codicill. n. 5.*

SCHOEFF-

SCHOEFFER. *d. l. p. m. 575. & 576. n. 21. & 22.* LVDOVICI *d. l. p. m. 528. §. 6.* HOPP. *ad §. 1. Inst. de Codicill. p. m. 510. post med.* Hinc BERGER. in *Oeconomia Juris ad usum hodiernum accommodati Lib. 2. Tit. 4. §. 36. p. 443. Not. 1. ita differit.*

§. XIII.

Illud testamentum, in quo hæredes ex certo tempore, vel ad certum tempus instituti fuerunt, e. g. Si testator dixerit: Titius hæres meus esto per triennium, nulla facta substitutione, nulliter factum quoad institutionem, quia institutio, qua talis, non valeret, sed detrahitur tempus & institutio purè facta videtur, quia nemo temporalem hæredem habere potest, *L. 7. ff. de R. J. & ne scil. testator, respectu temporis pro parte testatus, & pro parte intestatus deccdat, contra §. 5. Instit. de hered. inst. & ita scriptus hæres indelibatam integramque hæreditatem capiat, §. 9. J. d. r. L. 88. ff. eod.* Si verò clausula codicillaris fuerit adjecta, hanc cautelam præbet, & hoc efficit, ut si ad certum tempus hæres fuerit institutus, venientes ab intestato substituti in illo testamento censeantur, & conditiones, quæ in eodem continebuntur, vigore dictæ clausulæ repetitæ videantur: quando enim testamentum jure Codicillorum sustinetur, id fieri semper censetur salva conditione institutionis, *MENOCH. de præsumt. Lib. 4. præsumt. 177. n. 1. ZEPPEL de Codicill. d. Cap. 4. n. 82.* hoc ergo casu hæredes ab intestato pariter rogati censentur, retenta Trebellanica, reliquam hereditatem scripto heredi restituere, *L. 77. ff. de hered. Instit. LVDOVICI Doctrin. Pandect. tit. de Jur. Codicill. §. 6. p. m. 528. §. tit. de condit. Institut. §. 10. p. m. 513. add. SCHÖPFF. ad tit. de Jure Codicill. p. m. 576. n. 27.* Tale itaque Testamentum quoad temporis expressionem convertitur in Codicillum. *TYRRET. de Claus. Codicill. qu. 113.*

§. XIV.

Quando verò per specialem clausulam testator cavet, quod velit testamentum simul pro parte Jure Codicilli & testamenti, subsistere, conjunctio copulativa & in disjunctivam resolvitur, perinde ac si dixerit: Si non valeat Jure testamen-
ti,

ti, valeat jure Codicillorum, cum in dubio voluntas testatoris secundum jura explicari debeat. *TURRET. d. tr. qu. 12. effect. 9.* Ex principiis Juris enim notum est, rem eandem diverso jure non esse æstimandam, cum tamen jura testamentorum & codicillorum planè distincta in legibus nostris habeantur, contradictionem autem involveret, res planè distinctas eodem jure censerentur, *ZEPPER. de Codicill. C. 4. n. 3.*

§. XV.

Juxta definitionem Codicilli requiruntur quidem quinque testes, sed distinguendum est quoad Codicillorum ordinationem inter scriptos & nuncupativos. In illis 1.) requiritur presentia quinque testium, qui codicillantem videre debent, & non sufficit, si disponentem audiant saltem & intelligant, eumve propter intermediam cortinam vel parietem non videant. Quamvis contrariæ sententiæ non desint patroni, qui adstruere non dubitant, quin codicilli subsistant, licet inter Codicillatorem & testes cortina, vel paries intermedius fuerit, *BARRY de success. Lib. 1. Tit. 1. n. 4. circa fin. DILECT. de arte testandi tit. 2. Caut. 8. n. 3.* ex ratione, cum intuitu codicillorum non adsit specialis legum dispositio: Illorum tamen opinio multis difficultatibus est obnoxia: Hinc contraria opinio veritati & principiis juris magis consona esse videtur, quod nempe pro forma ac solennitate externa codicillorum, non quidem ordinationis, benè tamen ad effectum probationis requiratur, ut testes ipsi Codicillantem non tantum loquentem audiant, sed etiam videant, ob metum, ne fraus committatur per subornationem vel imitationem vocis codicillatoris, idque eò magis, quod non solum in codicillante propter infirmitatem corporis vox nonnunquam mutari solet, siquidem ægrotantes difficulter plerumque ob gravissimam respirationem, quam magnitudo morbi conciliat, loquuntur, ita, ut vix eorum voces noscantur à propinquis, nedum ab extraneis, sed etiam nonnulli homines ea sunt malitiæ præditi, ut aliorum jam defunctorum voces calidè imitari & fingere possint. Refert enim *CYNVS L. 9. C. de testam.* se vidisse hominem, qui adeò dextrè vocem alterius

rius simulare potuerit, ut in occulto loquens uxorem illius, cuius personam simularet, fefellerit usque adeo, quod illa certo crediderit, maritum suum loqui. Aliud exemplum proponit JVL. CLAR. *Lib. 3. sentent. 11. testamentum. qu. 59. circa fin. vers. nostris temporibus*: Unde & Isaac decipiebatur, quando inquit: Vox hæc Jacobi est, sed manus Esævi, GENES. *Cap. 27. v. 22. & 23.* Eadem ergo ratio, quæ in testamentis cortinam prohibet, ne fraus & falsitas quædam committatur, suadet præsentiam testium etiam in Codicillis, quia veritas magis oculata fide, quam per aures animis hominum infringitur, §. *fin. 7. de grad. Cognat.* Imo nec testes de aliis causis vel negotiis dicere debent testimonium, nisi de his, quæ viderunt, & sub præsentia eorum acta esse cognoscunt, CANC. *test. 15. cons. 3. qu. 9.* Neque enim, ut OVIDIUS canit:

Affectus similis aut impeditus idem,
Rebus ab auditis conspicuisque venit.

Siquidem certior aure arbiter est oculus. Et ut Seneca loquitur: Homines semper amplius oculis, quam auribus credunt. Et nostram sententiam propugnant BRUNNEM. *ad Rubr. ff. de Codicill. n. 10.* MAVRIT. *Part. 2. Consil. 4. n. 14.* ZEPP. *de Codicill. cap. 8. n. 36.* RICHTER. *ad L. 9. C. de testam. n. 8.* CARPZ. *Part. 3. C. 4. def. 37.* SCHEFFER. *P. 3. quest. 4. n. 3. seqq.*

§. XVI.

Quorum sententia etiam in Codicillo judiciali, vel tempore pestis condito, vel alio privilegiato procedit. Nec obstat, 1.) quod tempore pestis propter aëris corruptionem non audeant testes lecto decumbentis appropinquare. 2.) quod testes debeant esse in conspectu testatoris, sit solennitas Jur. Civ. hic verò tantum juris Gentium requiratur. 3.) quod regula, quod testis videre debeat testatorem, fallat urgente necessitate: Nam responderetur ad 1.) testes non tenentur ipsum ægrotum propè accedere, sed possunt à longinquo stare, & in conspectu testatorem disponentem de suis bonis audire, & voluntatem ejus annotare. Et sic tempore pestis testamenta condi testatur BOER. *decis. 228. n. 10.* ubi scribit, ita servari Bononiæ, ut testatores peste infecti se ponant in aliqua

aliqua fenestra, & testes stent inferius, aut in via publica, aut audiant voluntatem testatoris presentis. Ad 2.) prædicta ratio petit principium: probandum enim est, quod de Jure Gentium testis de actu testatoris non nisi testimonium ferre possit. Ad 3.) quod licet necessitas pestis multa relaxet solennia, non tamen ea, quibus via fraudibus aperitur, præsertim uti jam dictum, cum possint testes à longinquo & in via publica stare, & exaudire visum testatorem absque omni periculo. Ex quibus simul consequitur, quod, si codicilli noctu conficiantur, luminaria eo numero adhiberi debeant, ut testes distinctè codicillantem cognoscere possint, ADRIAN. NEGVSANT. in disp. pract. qu. 145. n. 6. seqq.

§. XVII.

Porro II.) requiritur unitas actus, licet enim codicilli communiter inter actus minus solennes referantur, atque adeò tanta circumspectione ne utiquam opus esse videatur, hocque suo modo verum sit, interim tamen, quantum hoc requisitum attinet, eadem, quæ in testamento adesse debet unitas actus, in codicillis quoque requiritur, L. fin. §. fin. ibi: in uno eodemque tempore debent adhiberi. C. de codicil. RICHTER. P. 1. Decis. 25. n. ult. ubi præjudicium additur, CARPZ. P. 2. decis. 152. n. 26. Hinc non valet codicillus, si hodie duobus, cras iterum tribus testibus offerantur codicilli, juxta præjud. alleg. CARPZ. BOERUS disp. 6. tit. 32. sed uno eodemque tempore omnes testes adhibendi sunt, REVSN. tr. de Codicill. C. 10. n. 24.

§. XVIII.

III.) requiritur omnium testium subnotatio d. l. f. §. fin. L. 30. ff. qui testam. fac. poss. non solennitatis gratia, sed ut constet, quinam & cujus codicillis sunt adhibiti. BARRY de success. Lib. 1. tit. 6. n. 6. REVSN. loc. cit. quidem putat, non requiri simul subscriptionem testium in Codicillis, & ex eo notabilem differentiam inter testamenta & eosdem intercedere, cum quo conveniunt FERDINAND. VASQ. de success. progress. §. 30. n. 6. nec non HOTOMANNVS Conf. §b. n. 10. adhibita ratione, quod codicillorum tenor, licet in scriptis illi fiant, nihilominus per solam testium depositionem probari possit. Ho-

rum tamen opinio *L. ult. §. ult. C. de Codicill.* in quo Imper. expressè dicit: testis, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodare: nec non *L. 23. C. de testam.* convenire non videtur, eaque verba ut ex contextu apparet, non sunt nudè euunciativa, sed dispositiva: Et quamvis tenor Codicillorum per solam testium depositionem absque eorum subscriptione satis probari possit, ista ratio tamen tunc solummodò concludit, quando de mero testimonio veritatis agitur, non verò, quando testes solennitatis causa adhibentur, nam & testamenta absque subscriptione testium probari possunt, & nihilominus tamen ea subscriptio præcisè exigitur, uti hoc testantur HAHN ad WESENB. *de Jur. Codicill. n. 4.* verb. *nullam solennitatem ordinationis:* RICHT. *ad L. 21. n. 48. C. de testam.* ZEPPER. *de Codicill. C. 8. n. 38.* JOH. de LVGO *de l. et I. D. 24. S. 1. n. 15.* HILLIGER. *ad Donell. Lib. 7. C. 19.*

§. XIX.

In Codicillis verò nuncupativis, quando is, qui Codicillos conficit, suam voluntatem vel literis antè consignatis, claris verbis testibus repetit, vel verbis etiam ore prolatis, legatariis & fideicommissariis benevolam suam voluntatem designat, nulla testium subscriptio per rei naturam requiritur, quia nulla planè scriptura adest, in quibus sufficere præsentia quinque testium, & unitas actus *d. l. fin. §. fin.* Cautè tamen agit, qui Codicillum nuncupativum, quemadmodum in contractibus scriptura melioris probationis gratia adhiberi solet, mox à Notario in instrumentum redigi curat, ne forsitan, si omnes testes mortui fuerint, non jus, sed probatio deficiat.

§. XX.

Subsignatio verò testium nequidem in Codicillis scriptis requiritur, quia in *L. ult. §. ult. C. de Codicill.* solius subnotationis sive subscriptionis, non autem subsignationis mentio fit, & in *L. 6. §. 1. ff. de Jur. Codicill.* expressè habetur, quod non sit necesse, ut codicilli ipsius codicillantis manu scribantur atque signentur, BRVNNEM. *ad L. ult. §. ult. C. de Codicill.* mul-

to minus codicillantis subſignatio vel ſubſcriptio requiritur,
ZEPER. *d. Tr. Cap. 8. §. 42.*

§. XXI.

Sic etiam non requiritur ſolemnis rogatio teſtium, quamvis, quando ex accidenti & fortuito advenerunt teſtes, admoneri & certificari debeant de illo actu, quem codicillans geſturus eſt: ſi verò ſcriptura aliqua teſtibus ad ſubſcribendum afferatur, ſine mentione quod ſit ultima voluntas, vel aliud quicquam in eo contineatur, hoc codicillum redderet nullum, REVSNER. *de Codicill. Cap. 10. n. verſ. nec obſtat.* Equidem CAROLVS MOLINÆVS *Conſ. 31. n. 3.* ſeqq. arbitratur, hodie ſpecialem rogationem neceſſariam eſſe, reſpondet verò ZEPER. *de Codicill. C. P. n. 34.* quod in praxi contrarium multi probent, adeoque merito in jure communi ſubſiſtendum eſt, cum hodie potius de ſolemnibus reſecandis, quàm augendis laborandum ſit.

§. XXII.

Quoad qualitates teſtium quædam differentia inter teſtamentum & codicillos eſt obſervanda. Ponunt quidem quoad teſtes codicillares regulam, quod eadem regulariter qualitates ad eſſe debeant, quæ in teſtibus teſtamentariis exiguntur, MASCARD. *de prob. Vol. 1. Concl. 308. n. 5.* Sed tamen prædicta regula ſuas exceptiones admittit, quia in Codicillis mulieres teſtes eſſe poſſunt, licet in teſtamentis non admittantur, CARPZ. *P. 3. C. 1. def. 30.* ECKOLT. *ad ff. Tit. de Jur. Codicill. §. 9.* BRUNNEMANN. *ad L. ſin. §. f. C. de Codicill.* REVSNER. *de Codicill. C. 10. II. 12.* adeò, ut etiam coram quinque mulieribus, & ſic nullo maſculo interveniente codicilli pro validis haberi debeant. CARPZ. *decif. 152. n. 22.* quoniam in materia codicillorum fides mulierum fidei maſculorum ſemel exæquata ſit, FRANC. VIVIUS *Com. opin. verb. Teſtis eſſe non poteſt mulier, n. 3.* Equidem hæc decifio in puncto juris dubiis non caret, cum nullus poſſit adduci textus, ubi expreſſe diſponitur, quod mulieres ad codicillos admitti poſſint: inſuper quoque reperiuntur, qui negativam ſententiam propugnant, ex ea ratione, quia nimia ſexus muliebris

esset fragilitas, & sic maximum hac ratione de ultimarum voluntatum subversione immineret periculum: DION. GOTHOFRED. ad L. 10. b. ff. qui testam. fac. poss. BOCER. disp. 6. tb. 3. Lit. C. accedit, quod non solius probationis gratia testes hic intervenire videantur, quia alioquin duo sufficerent, nec quinque essent necessarii, ZOES. ad ff. de Jur. Codicill. n. 4. Ideo ad evitandas lites ob discrepantes Dd. melius est, si ma- sculi haberi possint, hos tantum adhibere.

§. XXIII.

Quod legatarii vel fideicommissarii in Codicillis testes adhiberi possint, confirmat CARPZ. P. 2. decis. 152. & PHILIPPI in us. pract. Inst. Lib. 2. eccloga 46. n. 4. & quidem ex hac ratione, quod legatarii & fideicommissarii propterea admittuntur in testamento, quia non sunt Juris successores, h. e. non representant ipsum defunctum, qui in proprio suo testamento vices testis supplere nequit, quam ob rem hæres in locum defuncti succedens non est admittendus. Atqui hanc ipsam rationem in confectione quoque codicillorum obtinere manifestum est, cum nec in hisce legatarii in jus universum succedant, sed relinquitur hoc hæredibus ab intestato, qui personam defuncti sustinent: quid? quod in L. 22. C. de testam. disertè permittitur testatori legatum non tantum in testamento, sed quavis alia dispositione relinquere: quidni ergo etiam in Codicillis?

§. XXIV.

A qua opinione verò omnes ferè interpretes recedunt, & negativam sententiam receptiorem esse, adeoque in praxi præferendam censet BRUNNEM. ad L. 20. ff. qui testam. fac. poss. n. 9. RICHT. ad L. 22. C. de testam. REVSNER. de Codicill. C. 16. in fin. PROSP. FARINAC. de testib. qu. 60. n. 308. WESENBECK. Parat. ff. qui testam. fac. n. II. in fin. MASCARD. de prob. Concl. 307. n. 8. FACHIN. Consil. 8. n. 46. ZEPPER. d. tract. C. 2. n. 29. & maxime Dn. HARPRECHT. D. de testim. testam. mort. caus. donat. Et tam ipsius, quam legat. & fideicom. in Codic. tb. 8. ad finem, ubi hæc quæstio solidissimè per rationes & auctoritates pertrahatur. Et distinctè respondet ad L. 22. C. de testam. BRUNNEM

NEM. ad L. ult. C. de Codicill. in fin. duo in b. l. 22. citat. disponi:
 1) quod testator dictanti testamentum possit aliquid legare,
 2) quod testibus etiam legare possit, verum non determinat,
 an idem quoque dicendum sit de testibus codicillis adhibitis.
 E contrario, quando leges permittunt, legatarios testes esse
 posse, ordinariè loquuntur de testamento, nunquam de Co-
 dicillis, in quibus testes admissi essent testes in propria causa,
 præsertim cum testes hic non tam solemnitatis, quàm prima-
 riò probationis plenioris gratia adhibeantur, in testamento
 verò ideò admittuntur, quia in illo non probationis sed so-
 lennitatis gratia requiruntur, quia etiam inter fideicommis-
 sarium præsertim universalem & codicillantem principale ne-
 gotium geratur, nullum dubium habet, FARINAC. cit. loc. n.
 307. BACHOV. ad Treutler. Vol. 2. Disp. 10. tb. 4. lit. L. in fin.
 Sic etiam maritus in Codicillo uxoris, & vice versa, nec so-
 cer pro genero testis esse potest, ZEPPEL. d. tract. C. 8. n. 31.

§. XXV.

Sunt etiam Codicilli, in quibus nonnunquam plures
 quam quinque testes, nonnunquam verò pauciores, vel pla-
 nè nulli requiruntur. In Codicillis enim coram Judice vel
 Principe factis, nulli alii testes requiruntur, quia eorum præ-
 sentia omnes testes supplet vel superat, L. 19. C. testam. In
 quibus verò testamentis duo tantum requiruntur, ibi etiam
 tot sufficiunt in Codicillis, ubi verò præter septem adhuc
 octavus requiritur in testamentis, ibi quoque ultra quinque
 adhuc sextus erit necessarius, L. 8. C. qui testam. fac. Sed in
 Codicillis cæci nonnulli octo testes requirunt, & hoc probant,
 ex Const. Maxim. 20. 1512. Es ist auch nicht allein in
 einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicil-
 len, und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu hal-
 ten. Sex tamen sufficere tradunt, ZEPPEL. d. tr. §. loc. n. 17.
 RICHTER. ad L. f. C. d. l. n. 68. STRUY. Exerc. 34. tb. 57. in fin.
 putant enim ad prædictam Constitutionem commodè re-
 sponderi posse, verba: auch in seinen Codicillen, esse respectivè &
 proportionabiliter intelligenda: Tutius autem est, à senten-
 tia recepta, etiam in codicillis cæci octo testes requirente,
 non

non recedere: BARRY *de Success.* Lib. 1. Tit. 6. n. 2. MEIER. *Coll. Argent. Lib. 28. Tit. 1. th. 5. n. 5.* TVRRET. *de Claus. Codicill. quæst.* 20. BRVNEMANN. *ad L. 8. C. qui testam. fac. poss.* ubi plures adducit. Citra tamen hæc solennia posse cœcum inter liberos vel ad pias causas testari coram duobus saltem testibus, recepta est Dd. sententia, quia in liberis cessat falsitatis suspicio, & in causis piis solum jus Gentium attenditur, MEIER. *d. thes. 6. n. 5.* TREVTLER. *V. 2. disp. 10. th. 3. lit. f.* PEREZ. *ad C. qui testam. fac. poss. n. 6. in fin.* MENOCH. *Lib. 4. præsumt. 6.* MEV. *ad Jus Lubec. tit. 1. art. 1. Part. 2. n. 41.* BRVNEM. *ad d. L. 8. C. dict. tit. in fin.*

§. XXVI.

Valent etiam Codicilli, licet neque Judex, neque ulli testes adfuerint, si scil. testator hæredem præsentem ab intestato, vel fideicommissarium vel legatarium præsentem roga- verit, ut post mortem suam hæreditatem vel certam rem huic vel illi restituat. Certi quidem juris est, quod legata & fideicommissa regulariter non valeant, nisi coram quinque testibus fuerint relicta, *L. 22. C. d. fideicommiss.* specialiter tamen Imp. JUSTINIANVS *L. ult. C. de fideicommiss.* constituit, ut hæres, etiamsi coram paucioribus, imo coram nullis etiam testibus fidei ipsius quid commissum esse dicatur, aut illud præstare, aut juramento conscientiam suam purgare teneatur, nil à se rogatum esse, vel non illam quantitatem aut speciem se audivisse, nec potest opponere exceptionem deficientium solennitatum. Provocat scil. JUSTIN. Imp. ad primam naturam fideicommissi, secundum quam hæc continebantur pudore hæredum; quos testatores de restituenda aliqua re iis, quibus expressè relinquere non poterant, rogare solebant. Itaque remedium novum in *præd. L. constituit Imp.* cujus beneficio hæredes ad fidem præstandam cogentur, & juramento conscientiam suam purgare recusantes pro confessis haberentur. Quantumvis verò à lege & beneficio Imp. JUSTINIAN. dependeat *d. L. ult. C. de fideicom.* tamen, quia hoc juramentum à parte deferatur, deferens prius ipse de calumnia jurare debet, se non animo calumniandi hoc jura-
men-

mentum deferre, sed ex justa & probabili causa hoc juramentum detulisse, & hoc ita in praxi observari, testantur THE-SAVR. *Lib. 2. q. 97. n. 2.* PEREZ. in *C. tit. de Fideicommiss. n. 9.* RICHTER. *decis. 62. n. 21.* STRUV. *Exerc. 36. tb. 23.* quo ipso tamen non excluditur, si hæres conscientiam probationibus, vel per testes, vel alio modo purgare velit, licet juramentum ex *L. ult. C. de Fideicommiss.* inter juramenta legalia referatur, per id enim non excluditur probatio, ad quam etiam in juramentis legalibus proflire permiffum, RICHTER. *d. Decis. 62. n. 28.* quia juramenta saltem in subsidium, ubi aliæ ordinarie probationes deficient, adhiberi debent, deficiente reo verò in probationibus, ad ejusmodi juramentum regressus datur, & si obtinere velit, adhuc jurare tenebitur: RAVCH-BAR. *Part. 2. qu. 3. n. 29.* MATTH. COLER. *P. I. decis. 127. n. 122.*

§. XXVII.

Quod autem relationi hujus juramenti hoc in casu locus sit, negant MYSINGER ad *§. fin. Inst. de fideicommiss. hered. n. 9.* MEIER. *Colleg. Arg. Lib. 12. Tit. 2. tb. 9.* RIT-TERSHVS. & VINN, ad *§. fin. Inst. de fideicommiss.* ob hanc rationem, quod super facto hæredis, de quo ipse solus notitiam habet, deferatur, & hinc æquum sit, ut ipse juret, quia is, cui refertur, possit ignorare, an revera sit ei fideicommissum relictum. Affirmativam verò, quod referri possit, defendunt BORCHOLT. *tract. de Jurejur. Cap. 1. n. 21.* UMM. ad *process. disp. 14. n. 51.* WOLFGANG ADAM LAVTERB. in *tract. Synops. de Jurament. judicial. n. 86.* pro qua sententia similiter præjudicia assertit RICHTER. *P. I. Dec. 62. n. 32.* ibi: daß Kläger den geforderten Eyd für Gefährde, und gestalten Sachen nach, auch den wieder anheim geschobenen Haupt-Eyd abzulegen und zu schweren pflichtig, ubi statim adhuc aliud simile præjudicium subjungit. Præsupponit verò RICHTERVS *n. 32. dict. decis. 62.* quod hæres fuerit absens, & de voluntate testatoris notitiam non habeat: sed hoc præsuppositum nobis falsum videtur: Nam si hæres fuerit absens, tunc fidei ipsius testator nihil potest committere, & per consequens ejusmodi Codicillum re-

linquere non potest, quod sequenti casu magis declaratur & illustratur.

§. XXVIII.

Sponsa nobilis quædam læthaliter decumbens, amore sponsi ducta, relinquere ei vult 4000. thaleros, hinc consulit curatorem suum, quomodo id commodè & citra omnes ambages, inprimis absque præseitu fratrum fieri possit, siquidem in Mevii fratris domo affixa jacebat lecto. Respondit curator: hæres onerari posse, ut aliquando pecuniam hanc sponso prænumerare cogantur. Accersitus itaque notarius cum duobus testibus, coram iis sponsa enunciat: se admonere hæres suos ab intestato bey adelichen Ehren, Treu und Glauben, & rogare atque onerare eos, ut si quid humanitatis sibi contingat, sponso exolvant 4000. thaleros: sponfus hoc legatum in vim fideicommissi valere ex sequentibus rationibus evincere conabatur, ita ut hæredibus desuper juramentum deferri possit. 1) Pro vocat ad *L. 77. §. 23. ff. de legat. 2.* Ibi mater filii hæres fuit, non quidem ex testamento, quoniam erat injustum, sed ab intestato, nihilominus porrigitur illa testatoris filii voluntas eò, ut fideicommissum, veluti ab intestato relictum, à matre præstandum sit. Enixa enim voluntatis preces, ut ait d. *§. filius matrem 23.* puta omni nisu prolata hoc suadent, ut ea ad omnem successionis speciem porrecta videantur. Ita, quamvis hoc quoque relictum peti non possit ex testamento solenni, desunt enim septem testes, enixa tamen sponsæ voluntas apparet ex illis verbis, quibus admonuit hæres ab intestato bey adelichen Ehren, Treu und Glauben: ut consequenter etiam preces istæ ad casum ab intestato non immeritò porrigi debeant. 2) Allegat *L. Et in Epistola 21. C. de fideicommiss.* ex quo textu patet, relinqui fideicommissum posse quovis modo, etiam sine scriptura, modo per duos testes constet, ita voluisse defunctum. Duos verò testes hoc casu sufficere, colligere licet ex *d. L. Et in epistola 22.* ibi: *adhibitis testibus:* ubi enim numerus testium non exprimitur, ut ibidem, tum duo sufficiunt, pluralis siquidem elocutio duorum numero contenta est, *L. 12. ff. de testib.* Et
ita

ita interminis docet TREVTLER. Vol. 2. disp. 13. tb. 6. tit. h. 3) fundamentum suæ intentionis evincit ex L. 32. C. de fideicom. ubi expressè dicitur: licet fideicommissum non ritè relictum esset, ne tamen ultima voluntas, fidei hæredis commissa, depereat, libera legatario relinquatur electio, utrum fideicommissum probare, an totam rem, prius tamen jurejurando de calumnia præfinito, quod non animo calumniandi fideicommissum petat, juramento hæredis committere velit. Idque probant ea verba: *Et fideicommissarius elegerit hæredis juramentum*: Item: *cujus religio & fides à fideicommissario electa est*. Et vult d. L. fin. ut hæres præcitè compellendus sit, vel ad jurandum, vel ad solvendum, nam utitur textus verbo necessitatis, ibi: *necessè habere heredem*.

§. XXIX.

Hæredes verò sponsæ pro obtinendo jure suo & adversarii destruendo allegant defectus fideicommissi seu vitia codicillorum, & quod ipsis desuper juramentum deferri non possit, sequenti modo. 1.) Quod constet, ex solenni testamento pecuniam hanc à sponso exigi non posse. Nullum enim conditum est, & desunt septem testes, qui sunt ad illud necessarii. 2.) Quod nec sponsi intentio fundata sit ex quavis ultima voluntate, ad eam enim quinque testes requiratur, L. 8. §. 3. C. de Codicill. L. fin. C. de mort. causa donat. sive per codicillum fiat, L. 16. ff. de jur. Codicill. sive per Epistolam fideicommissariam, L. 22. C. de fideicommiss. L. 75. ff. ad SCtum Trebell. cum tamen hoc nostro casu adhibiti sint testes tantum duo. 3.) Quod non aliter hæres veritatem fideicommissi, sine legitimis testibus relictis, juramento suo detegere teneatur, quam si ipse hæres, quando testator fidei ejus commisit, præsens fuit, & sermonem fideicommittentis ad se directum audivit, ita, ut ipsi totius rei gestæ veritas optimè sit cognita. Hoc casu, cum hæres eam aperire recusat, meritò ejus odio introductum est, ut conscientiam suam mediante juramento purgare teneatur, textus in §. fin. ibi: *quod nihil tale à testatore audiverit* J. de fideicommiss. hered. Et in eo sola ratio d. l. fin. C. de fideicommiss. posita est, quod scil. hæres, cujus præsen-

tis fidei est commissum, quàm optimè de voluntate defuncti sit instructus, aded, ut non nisi improbè eam celare possit, PANZSCHMANN *Lib. 2. qu. 7. n. 26.* quia itaque hic sponsa in absentia fratrum, hæredum ab intestato, fideicommissum relinquere voluit, non potest juramentum iis injungi.

§. XXX.

Ad rationes verò contrarias à sponso relatas responderi illaque faciliè resolvi possunt. Nam ad 1) *in d. L. 77. §. 23. ff. de legat. 2.* casus proponitur planè specialis: Filius matrem, adhibita jurisjurandi obtestatione, oneravit fideicommissò, seu per jurisjurandi religionem, ut fieret aliquid, obsecravit, adjuravit, & obtestatus est, puta: adjuro te, ut des, solvas Titio *d. l. 77. §. 23.* ibi: *cum jurisjurandi religione præstari rogaverat.* MEIER. *Colleg. Argentor. Lib. 30. n. 30. in fin.* MERTENA *Controv. L. 4. c. 50. n. 9.* Ad 2) *ex L. Et in epistola 22. C. de fideicommiss.* nequaquam probatur, quod sufficiat fideicommissum probari per duos testes. Negari enim nequit, testes quinque requiri, ut in quavis alia ultima voluntate: Licet igitur *in d. L. Et in epistola 22.* numerus testium non exprimitur, & ita *ad L. 12. ff. de testib.* recurrendum: sed quod *in d. L. Et in epistola 22.* deest, ex speciali materia ultimarum voluntatum rectè jure Codicis suppletur, ubi quinque testes ad minimum sunt necessarii, *d. L. fin. §. 3. C. de Codicill. d. L. fin. C. de mort. causa donat.* BACHOV. *ad TREVTLER. d. disp. 13. th. 6. lit. b. verbis:* modo per duos: ubi Treutlerum ita reprehendit, quod & innuit scil. *ad d. L. §. in Epistola 22. n. 1.* ubi ita scribit: *Fideicommissum potest relinqui in qualibet ultima voluntate, legitimo numerà comprobata:* qui legitimus numerus hoc casu non est alius, nisi quinquarius: specialis siquidem provisio potentior est generali, WESENBECK. *P. 1. Consil. 27. n. 27.* VIIVIVUS *Decis. 136. n. 6.* Ad 3) de intellectu *L. fin. C. de fideicommiss.* actum est supra in rationibus ab hæredibus sponsæ allatis *n. 7.* nempe, quod *d. L. final.* tantum sit locus, quando defunctus sine scriptura & aliis probationibus rem, quam præstare voluit, fidei hæredis præsentis commisit, non autem locum

locum habeat in hærede absente. Quomodo enim hæres, qui ignoravit, quid dixerit testator, onerari potest juramento? DONELL. ad d. L. *fin. in fin.* PANZCHMANN. d. qu. 7. n. 26. In facti autem specie relatum fuit: Hæredes sponsæ fuisse absentes. Hinc in hoc puncto fideicommissi libellus, quod in eo præsentia hæredis non fuerit facta mentio, ex d. L. *fin. C. de fideicommiss.* rejici debet: Daß das unförmliche Libell nicht zulässig.

§. XXXI.

Sola verò destinatio codicillum, in eoque legata in præsentia hæredis ab intestato relinquendi, non efficit ejusmodi voluntatem validam, quod à Facultate Hallensi Mens. Mart. 1730. magis illustratur sequenti responso: Ist Malevola den 13ten Nov. 1728. an einen heftigen hitzigen Fieber, ohne leibl. Kinder ab intestato verstorben, nachdem sie ihren Mann nebst 2. stief-Kindern, eine leibl. Schwester Beatam Possidentem und eine halb Schwester Invidiam verlassen, worauf die Beata Possid. als nächste Erbin sich der Erbschaft, denen statutus gemäß, nach welchen die halb Schwester von der successione ausgeschlossen wird, und der Mann nach denen Ehe-Pacten vergnügt worden, allein ab intestato angenommen, und solche bishero geruhig besessen. Dieweil aber die verstorbene während ihrer Kranckheit einen beständigen Vorsatz gehabt, ein testament zu machen, auch einsten des Nachts zwischen den 7. und 8. Nov. die sub lit. B. befindliche schedul ihrer Schwester nachzuschreiben befohlen, woraus aniesz einige darinnen bedachte Personen wieder Beatam Possidentem, wegen des daselbst hinterlassenen fideicommissi, Klage erhoben; Als wird gefragt: Ob die sub lit. B. annectirte und der Beata Possidenti von jenen dicirte schedala als ein rechts beständiger letzter Wille anzusehen, dergestalt, daß denen darinnen benannten Personen gegen jene eine Rechts gegründete Klage zukomme?

§. XXXII.

In rationibus dubicandi adducitur: Ob nun wohl eine in Rechten ausgemachte Sache, daß 1) wann jemand seinen Erben ins Gesicht befiehet, diese oder jene legata, oder fideicom-

missa nach seinem Tode abzutragen, dergleichen letzte Willens Erklärung ohne einiger Zeugen Gegenwart seine völlige Gültigkeit habe, §. fin. *J. de fideicommiss. hered. L. fin. Cod. de fideicommiss.* Und dann 2) aus der übersendeten specie facti so viel erhellet, daß die Malevola auf ihren Sterbe-Bette der Beata Possidenti, als ihrer künftigen Erbin, in Beyseyn ihrer Magd anbefohlen, alles was sie reden würde, fleißig nachzuschreiben, welches diese auch gethan, mithin die darinnen entworffene dispositiones billig pro fideicommissis validis zu halten, da ohne dem 3) der favor ultimarum voluntatum sehr groß, und jederzeit in dubio pro conservandis illis zu sprechen sey, HERTIVS *Resp. 187. n. 11.* Dannenhero auch 4) die angeführte Schedules sub B. nicht bloß pro nuda destinatione, aut imperfecta voluntate zu halten, in ferneren Betracht, wann gleich daselbst nach gescheneher Benennung derer legatariorum hin und wieder bey etlichen das quantum nicht entworfen, daraus die übrigen dispositiones, wobey dergleichen Mangel sich nicht findet, keinesweges annulliret werden können, *L. 3. pr. de legat. 1. CONS. MARPVRG. Vol. III. Conf. 27. n. 26.* Endlich 5) darauf, daß Malevola bis an ihr Ende sich noch beständig vorgenommen, ein ordentliches Testament zu machen, nicht reflectiret werden mögte, da aus dem *L. 3. ff. de testam. milit.* bekannt, quod nihilominus effectum habeat voluntas ejus, qui destinaverat jure communi testari, sed ante deficit, einfolglich die in besagter Schedules benannte legatarii satssam gegründete Ursache zu haben scheinen, die ihnen daselbst zugedachte fideicommissa von der Beata Possidente zu fordern.

§. XXXIII.

Sed in rationibus decidendi sequentia argumenta decidunt casum propositum: Diemeil aber dennoch die verstorbene Malerola in der sub B. beyliegenden Schedules keine förmliche und deutliche Erklärung ihres letzten Willens gethan, angehen sie 1.) einige Legatarios mit blossen Nahmen darinnen benennet, darbey aber wie viel einem jeden zu fallen sollte, nicht durchgehends ausgedruckt; Nächst dem 2.) solche nur zu dem Ende ihrer Schwester in die Feder dicit, damit den andern Tag

Sag darauf ihr Curator daraus ein ordentlich Testament, so
 doch nicht erfolgt, errichten möge, auch 3.) die defuncta selbst
 nachgehends, als den 9. Novembr. beständig der Verfertigung
 ihres letzten Willens, wie aus derer beyden Geistlichen Attestato
 zuerschen, gedacht: Dadurch aber 4.) offenbahr angezeigt,
 daß sie die angeführte Schedulam, wie einen blossen Entwurff
 selbst angesehen, und nicht vor ein ordentliches Testament ge-
 halten wissen wollen, da anderer Gestalt sie nicht würde nöthig
 gehabt haben, auf eine besondere und ordentliche disposition zu
 gedencken: quod si autem testator tantum decrevit facere
 testamentum, si id adimplere nequiverit, se tantum præpara-
 rasse, & intestatus decessisse existimandus est, L. 25 § 29. *qui*
testam. fac. poss. DAVT. ad cit. L. 25. n. 4. adeo, ut si una pars
 testamenti jam perfecta, altera vero adhuc imperfecta, planè
 nihil actum esse videatur, L. 27. §. *ex imperfecto C. de testam.*
 ubi in simili planè casu responderunt *Jenenses Jcti* apud
 LYNCKERVM *Resp. 101.* Bey solchen Umständen dann ferner 5.)
 aus der ausgeführten Schedula kein Codicillus nuncupativus
 præsentî hæredi injunctus zu erzwingen, und die dispositio L.
f. de Codicill. hieher zu ziehen, gestalten auch ad fidei commissâ,
 gleichwie überhaupt, also auch in denenjenigen, so in dergleichen
 Codicillis den Erben auferleget worden, certitudo voluntatis
 præsupponirt wird, CARPZ. P. 3. C. 8. *def. 40.* Gleichwohl 6.)
 die Malevola sich deswegen fattsam erkläret, und daß sie annoch
 restituere wolle, von sich gesagt, worüber sie aber verstorben, und
 also ihren letzten und beständigen Willen deutlich nicht an den
 Tag gelegeet, sondern allen Umständen nach, simpliciter ab in-
 testato verstorben: Mitthin 7.) auch nach angeführten L. *fin. C. de*
Codicill. auf die in der Schedula sub B. benannte Personen kein
 Recht transferiret haben kan, als welcher nur auf den Fall zu
 restringiren, da sich offenbar hervor thut, daß der defunctus
 allein ein Codicill oder fideicommiss errichten und der blossen
 Treue und Glauben des Hæredis præsentis überlassen, nicht aber
 noch eine andere disposition verfertigen wollen, LYNCK. *cit. l.*
Am allerwenigsten aber 8.) allhier auf den in rat. dub. allegirten
 L. 7. *de testam. militar.* einige Absicht zu achten; als welcher bloß
 auf

auf die testamenta derer Soldaten gehet, und ein Jus singulare, so ad paganos nicht extendiret werden kan, in sich begreiffet: Endlich hierbey die beyden attestata derer Geistlichen, so in dem qu. Tertul enthalten, aus der defunctæ Munde gehöret, und mit ihr etwan darvon geredet zu haben, bezeugen, nichts vermögen, gestalten, wann in Codicillis auf einiger Zeugen Aussage gesehen werden soll, deren wenigstens 5. nach den Gesetzen, und zwar zu der Zeit, als das Codicill gemacht worden, gegenwärtig gewesen seyn müssen, L. f. C. de Codicill. deren doch keines von beyden allhier sich findet, mithin kein tüchtiges fundament sich äussert, woraus die Gültigkeit der angeführten Schedules sub B. dargethan werden könnte; demnach halten wir darvor, daß der Entwurff sub B. als ein rechtsbeständiger Wille oder Codicill nicht zuachten, und daherhero denen darinnen benannten Personen eine fundata Actio gegen die Beatam Possidentem nicht zukäme.

§. XXXIV.

Effectus Codicillorum vel adjectæ clausulæ codicillaris est, ut testamentum alias vitiosum sustineatur in vim fideicommissi, vel si testamentum ab initio nullum, vel ex aliis causis corruat, perinde habatur, ac si codicilli sine testamento facti: quamvis enim communiter obijciatur, quod accessorium naturam principalis sequi debeat, C. accessorium 42. de R. J. in 6to. ex quo sequeretur, quod ea testamentum sustinere non possit, nam accessorium non sustinet principale solum: quia tamen clausula codicillaris non nudum est accessorium, sed per se quodammodo subsistit, & naturam novi alicujus principalis induit, adeo, ut hæres ab intestato, salvo jure Falcidiæ vel Trebellianicæ, defuncti voluntatem adimplere teneatur: unde potius ita dicendum, non subsistente testamento perinde haberi, ac si per eam clausulam principaliter, vel sine testamento facti essent codicilli, adeoque eos testamento validitatem subsistentiæ tribuere, id quod ex verbis L. 29. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. probandum. Si verò Codicilli sunt pars testamenti, sc. quando ante vel post eosdem adhuc etiam testamentum factum fuerit, tunc codicilli tanquam

quam accessorium naturam principalis testamenti sequuntur, ita, ut valente testamento, illi quoque valeant, è contrario autem annullato testamento ceu principali, unde vim habere debeant, nec valent codicilli ad testamentum pertinentes, sive ex testamento codicilli confirmati sunt sive non, *L. 3. §. 2. ff. de jure Codicill. L. 16. in fin. ff. eod. L. 1. C. de Codicill. ZEPHER. de Codicill. Cap. 11. n. 47.* Hæc tamen sunt limitanda, si testamentum & codicilli eodem tempore extiterint. Si verò Codicilli post testamentum jam ruptum confecti fuerint, tunc per se valebunt, nec ad testamentum ruptum pertinebunt, *L. 1. vers. sed cum post ruptum C. de codicill. REVSNER. de Codicill. C. 24. n. 5. §. 6.*

§. XXXV.

Sic si testamentum ab initio nullum ob præteritos, vel defectum solennitatis, per se stant codicilli: Si verò per natiuitatem posthumi testamentum, cui clausula codicillaris adjecta, rumpatur, codicillus non indistinctè simul rumpitur, sed distinguitur, an quis sciens, an ex ignorantia posthumum præterierit: priori casu negatur, posteriori verò affirmatur. Nec hoc in casu testamentum valet in vim fideicommissi: 1.) quia præsumtio voluntatis cessat, pater enim si scivisset posthumum nasciturum, hunc oneraturus non fuisset, *L. pen. ff. de Jur. Codicill.* quia potius ob urgentem præsumtionem pietatis & affectionis paternæ erga filium non censeatur extraneum voluisse instituire hæredem, vel ei fideicommissum relinquere, si scivisset, se habiturum filium. 2.) Argumento à milite sumto, cujus dispositio non valet, si nescivit uxorem esse prægnantem. Obstant quidem 1.) *L. f. C. de Codicill.* ubi debet valere voluntas codicillo declarata, quomocumque infirmetur testamentum. Sed respondetur, nisi fortior præsumtio aliam voluntatem inferat, uti hic: 2.) *L. 3. §. 1. de Jur. Codicill.* ubi Codicilli valent, etsi posthumus natus ruperit testamentum. Nam hic textus loquitur de posthumis, quos testator scivit sibi nascituros, ibi: *intelligitur enim is quoque heres scriptur.* Porro 3.) non obstat *L. 11. §. L. pen. ff. eod.* ubi posthuma ignorante patre, gravidam uxorem esse, nata, rumpitur

E

pitur

pitur quidem testamentum, at fideicommissa valent. Quia non valent intuitu posthumæ, utpote quam onerare noluit, sed valent intuitu cohæredis: casus prædictæ legis est sequens: pater ignorans uxorem suam esse gravidam, codicillos scripsit ad filium absentem, & eum quibusdam fideicommissis oneravit, postea moritur, & vidua parit posthumam, hoc in casu filius non tenetur ad omnia fideicommissa præstanda in solidum, sed tantum ex dimidia parte, & posthuma planè non obligatur, quia de illa nihil scivit, nihil cogitavit, ergo eam gravare non præsumitur. BRUNNEMANN. *ad Auth. ex causa C. de lib. præ. n. 5. CARPZ. P. 3. C. 9. def. 5. GAIL. Lib. 2. Observ. 114. n. 13. JOH. KOEPPEN. lib. 1. Observ. 114. n. 14. STRUV. Exercit. 34. ib. 65. LVDOVICI Doctrina Pandect. d. 1. p. m. 528. SCHOEPPER. Synops. Juris priv. d. t. p. m. 576. n. 23. 24. § 25. CARD. TVSCH. lit. C. Conclus. 292. n. 33.* Prædicta tamen limitantur, si diu supervixisset testator, nec testamentum mutasset, tunc ex perseverantia & reticentia testatoris voluntas parentis satis colligitur, ut adeò testamentum non secus hic, ac aliàs, ubi liberi tempore conditi testamenti existebant, virtute clausulæ codicillaris appositæ valeat; & videtur cum fideicommissis posthumum obstrictum voluisse, CRAVETT. *Cons. 407. n. 14. MYNSING. singul. Resp. Dec. VIII. R. 74. n. 46. seq. TVSCH. Concl. Pract. 292. n. 1. & 10. Tom. 1. lit. C. secus si repentinè mortuus fuisset, quamquam referente BERGERO in Oeconomia Jur. Lib. 2. Tit. 4. §. 36. p. m. 443. circ. fin.* illud testamentum propter clausulam codicillarem sustineatur, in quo posthumus etiam ignorante patre præteritus: cum amor erga nondum natos liberos non sit tantus, quantus erga jam in lucem editos, ideoque potius præsumendum sit, quod testator nondum natos clausula Codicillari magis obligare voluerit, quàm natos.

§. XXXVI.

Cæterum disceptari solet, an etiam vi hujus clausulæ Codicillaris testamentum fratris ruptum, per querelam alterius fratris, ob turpitudinem hæredis instituti, sustineatur, ita ut frater ab intestato veniens cogatur præstare hæreditatem

tem ex fideicommissō hāredi in testamento scripto? Quod primo intuitu quis affirmandum cogitaverit cum JOAN. DILECTO DVRAND. in tract. de arte testandi tit. 3. cautel. 16. n. 4. quia scil. per clausulam codicillarem censentur gravati venientes ab intestato restituere hāreditatem hāredibus institutis, quicunque illi sint, qui ab intestato successuri sunt, L. 16. ff. de Jur. Codicill. sed penitus si rem inspiciamus, contrarium longē verius, & communi Interpr. calculo approbatum est, DECIAN. Conf. 530. n. 13. JVL. CLAR. §. testament. qu. 50. n. 3. ANTON. GABRIEL. Lib. 6. Commun. conclus. tit. de clausulis Concl. 7. n. 3. ROLAND. à VALLE Lib. 3. conf. 87. n. 12. qui hanc sententiam sequentibus rationibus defendunt. 1) Cum turpis persōna directō hāreditatem ex testamento capere nequeat, sed ea per fratrum querelam moventem ipsi auferatur, L. 17. C. de inoff. testam. non utique per indirectum & vi clausulæ codicillaris bona in præjudicium fratris poterunt ei assignari, & qui non capax est ex testamento, non potest etiam capax esse ex codicillis, arg. L. qui testam. 27. ff. de probat. L. 37. §. 6. ff. de legat. 3. 2) Hocque facit textus in L. 3. ff. si à parente quis manumiss. sit. ubi totum rescinditur testamentum, quando persōna turpis est hares instituta, quod jus patri alias non competeret, contento sola legitima. Unde non malè infertur ad casum præsentem, ita ut & à fratre propter eandem clausulam hāreditas tota vocari queat ex L. 17. C. de inoff. testam. quod tamen non fieret, si per clausulam codicillarem testamentum ejusmodi saltem jure fideicommissi sustineretur. 3) Porro ex singulati sanguinis vinculo fratres & sorores illis præferendi sunt, qui infamia vel macula aliqua notati, & testamentum meritō pro nullo declarandum, TVSCH. pract. Concl. Tom. 1. lit. C. Concl. 292. n. 134. seqq.

§. XXXVII.

Et quamvis hanc sententiam ita temperet STRUV. Exerc. 34. tb. 65. in fin. quod eo saltem casu procedat, ubi persōna turpis instituta adeō est inhabilis, ut planè fideicommissum petere nequeat; tamen potius est extendenda etiam adver-

sus sororis nuptæ dispositionem, in qua spuriam, vel filiam
 naturalem extranei adoptatam instituit, HART. PISTOR. I.
Q. 30. CRAVETTA Conf. 728 & 768. quinimo à demente quasi
 factum illud censetur. Idem *Conf. 998.* Etenim spuria est
 vilis persona, MENOCH. *Conf. 117. n. 51. & conf. 181. n. 14.*
 CARPZ. *P. 3. C. 10. def. 10.* HONDEDÆVS I. *Consult. 66. n. 19.*
 imo turpis, Id. PISTOR. *d. l. HONDEDÆVS II. Consult. 47.* maxi-
 mè ad excitandam inofficiosi testamenti querelam. Sicut qui-
 libet illegitimè natus, pro vili persona habetur, GABRIEL. II.
Conf. 30. n. 2. GRATIAN. *C. 135. Discept. forens. n. 35.* Et licet
 hic objici possit, quod hæc spuria non pro extranea, sed pro
 filia habenda, quia à testatrice adoptata, ideo ejusmodi filia
 fratri præferri possit: Quia tamen fictitiæ matri non est per-
 missum, spuriam extraneam adoptatam, tanquam filiam legi-
 titimam in ordine descendendum (quippe cujus ordinis
 potior est ratio) fratri honesto & sanguine per utrum-
 que vinculum naturaliter conjuncto præferri. Esto eti-
 am, ab intestato successuram esse spuriam naturalem ma-
 tri, licet meretrici, in ordine descendendum, præ fratre
 collateralis: Tamen id de spuria, quæ à sorore tantum ado-
 ptata, nupiam in legibus invenitur: nec licet à naturali-
 bus inferre ad adoptivos, extra casus legibus expressos, si-
 quidem fictio non nisi legis est, indeque silente lege & ipsa
 cessat, CORVS. *P. 3. de Art. Jur. C. 2. SVRD. Conf. 349. n. 45.*
 Jam verò quod de filiis in successione dicitur, nunquam in-
 telligitur de adoptivis, *L. 32. pr. de lib. & postb. hered. inst.*
 BALD. I. *Conf. 24. & 146.* unde nec foemina, quæ per filium
 statuto volente excluditur, per adoptivam filiam excludi po-
 test, DECISIVS *Conf. 399. n. 3.* CAMPEGIVS *de stat. respell. sum.*
qu. 40. siquidem in dispositione legis aut statuti intelliguntur
 nunquam adoptivi, nisi de iis expressè dictum fuerit, PAN-
 CIROLL. *Conf. 134. n. 1.* TIRAQVELL. *gloss. de revocat. donat.*
 verb: *susceperit liberos n. 2. & seqq.* præsertim quod præsens
 foror nupta foemina fuit, cui sanè nullibi permittitur ado-
 ptare, sed saltem viduæ, non officiente Nov. Leon. 27. Cum
 conjugata persona vel virgo in jure Justiniano non possit
 adopta-

adoptare, illudque Jus civile valet rejectis Leonis Novellis, haud unquam in Occidente receptis, sed ea indulgentia solummodo ad viduas, nec tamen ad omnes, sed quæ jus liberorum habet, spectat, quia conjugata ideo non admittitur, quoniam ipsa studere liberis procreandis debet, juxta *L. 15. §. 2. L. 17. §. 2. de Adopt. & adoptio his solum in solatium liberorum amissorum permittitur. L. 5. C. de adopt.*

§. XXXVIII.

Ex prædictis ergo liquet, clausulam codicillarem in quibusdam testamentis invalidis, ut si testamentum injustum, seu nullum, ob defectum formæ & quidem vel internæ, puta hæredis institutionis, quod in specie dicitur nullum, vel externæ, i. e. solennitarum, quod in specie dicitur injustum, vid. STRYKIVS ad LAVTERBACH. *Tit. de injust. rupt. irrit. fact. test. not. nullum, vel raptum*, s. illud, quod ab initio quidem subsistit, ex post facto tamen ipso jure infirmatur, vel per agnationem sui hæredis posthumi, vel per posterius testamentum perfectum, vel testamentum destitutum, seu illud, ex quo hæres scriptus, non adiit hæreditatem, aut eo, quod non voluit, vel testamentum inofficiosum, seu illud, in quo contra pietatis officium exclusi sunt illi, quibus legitima debetur, hunc effectum & vim habere, ut testamentum transformet in codicillum, qua ratione illud desinit esse testamentum, successioque testamentaria degenerat in fideicommissariam ab intestato. Hinc clausula codicillaris in testamento valido jam per se & propria vi subsistente otiosè adjungitur, & ita vi & assistentia claus. Codicill. non indiget: Nam nulla accessio suum Principale confirmat, quod tamen fieret, si codicillus testamentarius, seu ex testamento valens & clausula Codicillaris confirmarent testamentum per se validum vid. GOTHOFRED. *ad L. 10. ff. de Jur. Codicill. lit. i.* Inde etiam sequitur, quod in Codicillis testamentariis testamento confirmatis, requisita codicilli non necessario adhiberi debeant, siquidem, quod ejusmodi codicillis, utpote ex testamento valentibus, relictum est, perinde habetur, ac si testamento ipso relictum esset, *L. 2. §. 2. ff. de Jur. Codicill. ut*

E 3

proin-

proinde, ad horum relictorum vim, testamenti solennitas sufficere debeat, ita VINNIUS ad §. fin. *Inst. de Codicill. n. 2.* & ex eo SCHAMBOGEN ad eundem §. *penult.* Jam autem clausula codicillaris in testamento valido indicat, Codicillos testamentarios eventualiter factos, ideoque, ad vim inibi relictorum, sola testamenti solennitas sufficit, ut ita testamentum validum per clausulam codicillarem non conservetur. Nam confirmatum est confirmante minus, & confirmans confirmato majus. Si ergo testamentum per se validum confirmaretur per codicillos testamentarios, eorumque signum, Clausulam codicillarem, sive illud foret minus quid, quam hæc, & hæc foret majus quid, quam illud, cum tamen absurdum sit, codicillos testamentarios eorumque signum, Clausulam codicillarem, majus quid esse, quam ipsum testamentum. Accedit, quod eo casu, quo testamentum per se subsistit, tota hæreditas (ohne Abzug) devolvatur ad hæredes in illo testamento scriptos, eo verò casu, quo testamentum tantum vi clausulæ codicillaris tanquam codicillus subsistit, hæredibus in testamento scriptis Trebellianica deducatur ab hæredibus ab intestato: si ergo testamento per se valido clausula codicillaris aliquid perficeret, seu hæc in illo effectum haberet, certò ex eodem non integra hæreditas seu As, sed tantummodo dodrans deberetur, quod iterum inconveniens. BERGER. *Oeconomia Jur. Lib. II. Tit. 4. §. 36. not. 3.* Nihil verò potest esse causa suæ causæ, & sic codicilli ex testamento valentes non possunt esse causa suæ causæ, scil. testamento per se valido:

§. XXXIX.

Si verò hæres adimplere recusat voluntatem defuncti in codicillis declaratam, & præstare nolit fidei commissæ universalis, locum habebit imploratio officii Judicis, *L. 178. §. 2. ff. de V. S.* sed non petitio hæreditatis fideicommissaria, nam hæc non datur contra hæredem, sed fideicommissarium, cui hæreditas à fiduciario est restituta, adversus tertium, qui pro hærede vel possessore possidet, *L. 2. L. 3. de fideicommiss. hered.* Sin particularia, propter exaurationem cum legatis eisdem actio.

actionibus compellitur, v. g. actione ex testamento, vindicatione & hypothecaria. Qui verò ex testamento clausula codicillari munito agit, cautio præcipienda est, ne testamenti mentionem in libello faciat, sed simpliciter ex ultima voluntate agat, una enim via electa, ad alteram redire non potest, i. e. si semel ex testamento egit, & succubuit, postea ex clausula codicillari agere non potest, *L. ult. C. de Codicill.* secundum quam adhuc hodie judicari testatur BERGER. *Oeconom. Jur. p. m. 445. n. 6.* modò reus statim litem fuerit contestatus. Nam lite nondum contestata, res adhuc est integra, ut actor, seu scriptus hæres, dimissa hæreditatis petitione testamentaria, adhuc ex Codicillo agere queat. At si simpliciter de ultima voluntate locutus est, judicem id, quod utilius est actori, accipere oportet, *L. 66. de Judiciis*: Prout etiam hæredes testatoris legitimi, nimirum liberi, parentes, & cæteri, usque ad quartum agnationis, vel tertium cognationis gradum, si scripti fuerint in tali testamento, clausula codicillari prædito, adhuc variare, & aliam viam eligere possunt, *d. L. fin. §. si verò*: ratio diversitatis est, quod extranei ad aliena, hi ad propria quodammodo & propinquo sanguinis jure debita sibi bona vocantur. Ratio verò dēnegatæ hoc in passu alternationis, respectu hæredis extranei est, quia lite cum reo super hæreditatis petitione testamentaria semel contestata, actor prædictæ clausulæ renunciassè intelligitur, *cit. L. ult.* Quamvis cum BRUNNEMANN. ad *d. L. ult. n. 2.* simplicitatem legum æmulam desideremus, quum renunciatio juris facillè non præsumatur, neque ex alia causa perentè obster exceptio rei judicatæ, *L. 14. pr. ff. de except. rei judicat.* SCHAMBOGEN ad *§. fin. Inst. de Codicill. p. m. 576.* Oprimæ igitur cautela est, si advocatus petitionem suam alternativè formet, ex testamento si valeat, sin minus, ex clausula Codicillari.

§. XL:

Absoluta nunc forma & effectu codicillorum & clausulæ Codicillaris, nec non demonstratis eorum requisitis necessariis, nunc ad Thema speciale nostrum progrediendum, quod
uni

unicam quaestionem principaliter continet: illud enim tantum quaeritur, utrum in omni testamento clausula Codicillaris subintelligatur, an verò necesse sit, ut speciatim exprimat? Verùm cum hic potissimum totius rei nervus versetur in divisione vulgata clausularum, dum alia sunt expressa, alia tacita, hoc verò multum faciat ad declarationem propositæ quaestionis, omnino necesse erit, ante omnia ostendere ex Jure Romano, qua ratione aliquid subintelligatur in jure, & de effectu ejusdem, quod subintelligitur, seu tacite inest. Sumitur verò verbum subintelligere de jure variè 1.) pro cogitatione seu deliberatione mentis non expressa, quo sensu in *L. 25. C. de jure dotium* dicitur, quod cogitatio ordinationis testamenti, mortis antecedens tempus significet, unde & *SENECA Epist. 43. cogitanda inquit sunt omnia & animus adversus mala preparandus*: Et in hac significatione frequentata JCtis formula est: Ego de hoc cogitabam, vel cogitandum relinquo. Quorsum & Germanorum illud pertinet: Ich bitte mir seine Gedanken hierüber zuersinnen: 2.) Pro proposito faciendi aliquo facto declarato. Hinc subintelligitur acquirere totius fundi possessionem, qui partem ejus introivit hac mente & cogitatione, quasi totum fundum velit possidere, *L. 3. §. 1. ff. de acquir. possess.* 3.) capitur pro actu animi interiori verbis declarato, qua ratione donatio mortis causa subintelligitur & dicitur, si quis sola cogitatione mortalitatis donaverit, *L. 2. vers. unam ff. de donat. mort. caus.* & è contrario donatio inter vivos subintelligitur, quæ sine ulla facta est mortis cogitatione, *§. 2. Inst. de donat.*

§. XLI.

Subintelligitur ergo aliquid in jure nostro tripliciter, 1.) vel ex natura ipsius negotii, vel 2.) ex juris declaratione, vel 3.) ex præsumta testatoris voluntate. Ad primum referri potest in Rescriptis Clausula: si preces veritate nitantur: Ad rescripta Principum enim requiritur, ut preces impetrantium veritate nitantur, quæ clausula Jur. Civ. exprimenda, *L. ult. princ. C. de divers. R. script. & pragm. sanct.* Canonico Jure autem subintelligitur, *C. 2. X. de Rescript.* Per falsa siquidem nar-

narrata celatamve veritatem impetrata rescripta, siquidem sint gratiæ, secundum communem opinionem, ipso jure nulla sunt, *Clement. 1. de præbend. & dignit. C. 2. X. de fil. presbyr.* Sin justitiæ, infirmantur opposita exceptione sub. & obreptionis, *L. 2. & tot. tit. C. si contra Jus vel utilitatem publicam, vel per mendacium fuerit aliquid postulatum, vel impetratum.* Quando enim ex natura contractus vel negotii aliquid subintelligitur, tunc parilem effectum habebit, ac si verbotenus sit expressum. Quæ enim tacite ipsi actui insunt, non opus est, ut exprimantur, & si expressa fuerint, nil novi juris tribuunt, *L. 99. ff. de cond. & demonstr.* Siquidem, quoties tacitum inest præcisè & simpliciter, parem effectum habet, quam expressum, *JACOB. MENOCH. de præsumt. Lib. 4. præf. 40. n. 8.* Sic in re mutuo data, etiamsi mutuans non expresserit rem in eadem bonitate restituendam esse, attamen cum ex natura contractus id cogitaverit, idem quasi expressum esset, actum subintelligitur: Et eo respectu, quod tacite agitur, pro cauto habendum erit, *L. 3. ff. de reb. cred.* Ad secundum pertinet, si id quod subintelligitur causam finalem actus exterioris gesti concernat, quam causam finalem, cum utriusque cognita fuerit, non opus fuit exprimere, sed ea subintelligitur, *TIRACQUELL. Tract. cessante causa lim. 21. n. 3.* Sic quæ sponsæ donata, nuptiis non secutis, reperti possunt: Hoc enim subintellectu donavit sponsus, si nuptiæ sequerentur, quod quamvis non expresserit verbis, facile tamen cogitare poterit ac debebat sponsa, sub hoc intellectu fieri donationem. Sic in donatione mortis causa, ubi, si ægrotus alieno quid donaverit, postea verò ex eodem morbo reconvalescerit, repetere res donatas poterit, *l. 29. ff. de donat. mort. caus.* Hoc enim subintelligitur, vel tacite cogitasse videtur, si eo modo decesserit. Eadem præsumta cogitatio efficit, ut donationem ob liberorum supervenientiam revocare liceat *ex l. 8. C. de Revocat. donat.* præsumitur enim cogitasse, se improlem discessurum, si enim liberos se suscepturum cogitasset, omnia bona non donasset. Ad tertium pertinet, quod ultima voluntas ex probabili cogitatione testatoris interpretanda sit, & in

F

hunc

hunc sensum conceptis verbis respondit MARCELLVS in l. 24. ff. de Reb. Dub. ita inquiens: *Cum in testamento ambiguit aut etiam perperam scriptum est, benignè interpretari, & secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.* Hæc vero credibilis cogitatio vel ex conjecturis æstimanda, vel arbitrio boni viri interdum dijudicanda committitur. **MAN- TIC.** de *conject. volunt. lib. 3. Tit. 2. n. 4.* Quorsum pertinet casus in l. 27. ff. de *condit. & demonstrat.* ubi hæredes Epitaphium certi generis extruere iussi, ad tale tenentur, quale testator se demonstrare omnino sensit, quod si hæc cogitatio explorari nequeat, pro substantia & dignitate defuncti, & per consequens pro boni viri arbitratu extruendum. Hinc etiam testator disponendo id subintellexisse præsumitur, ut testamentum potius valeat, quam pereat, per l. 12. ff. de *Reb. dub.* **DIDAC. RODERIC.** de *conject. ment. defunct. lib. 4. cap. 2. n. 6.* quæ præsumtio in manifesta ratione fundata, quia nemo præsumitur eam elegisse viam, per quam ejus judicium possit subverti, l. 3. ff. de *Testament. milit.* **ALCIAT.** de *Præsumt. Reg. 3. præf. 35. n. 49.* **CARPZOV.** Part. 1. *Decif. 42. n. 16.* **MENOCH.** lib. 4. *Præsumt. 104. n. 9.* præsertim si verba testatoris in utrumque sensum torqueri possint, tunc enim ille sensus potius accipiendus, qui caret vitio, & per quem actus secundum aliquam etiam impropiam verborum significationem potest sustineri. Sic in materia substitutionum, conditio generalis, si hæres non erit, comprehendit duos casus, alterum voluntatis, si hæres esse nolit, alterum impotentiae, si hæres esse non possit, l. 3. C. de *hæred. instit.* idque ob præsumtam testatoris voluntatem. Sic substitutio expressa pupillaris comprehendit tacitam vulgarem, itemque versa vice expressa vulgaris tacitam continet pupillarem, l. 4. pr. & §. 2. de *vulg. & pupill. substitut.*

§. XLII.

Missis his generalibus, recto pede ad clausulam codicillarem in testamento subintellectam progredimur, ubi separanda illa quæstio, utrum etiam subintelligatur, si ex ipsa dispositione evidenter appareat, testatorem noluisse codicil-
los

los facere? quod utique negandum. Nec etiam illa quaestio hic tangitur, utrum etiam in tali testamento, quod ne quidem habet codicillorum requisita subintelligatur? nam in hac esset frustranea expressa, multo magis tacita. Sed talis formatur status controversiae: utrum clausula codicillaris in testamento, ubi caeteroquin adsunt codicillorum requisita legitima, in dubio subintelligi, & voluntas testatoris talis praesumi debeat, voluisse eum in subsidium codicillos facere, licet hoc non expresserit? Et hanc clausulam quibusdam testamentis ex tacita & praesumpta testatoris voluntate, etiamsi expressa non sit, inesse volunt, puta 1) in testamento inter liberos. Nam tunc pater testator praesumitur voluisse adhibere clausulam codicillarem. Ita tradunt ANTON. GABRIEL in lib. 4. *Conclusionum in titul. de testam. Concl. 5. n. 6.* BOER. in *quest. 33. n. 10.* SOCINVS JUNIOR. in *Consil. 143. n. 36. lib. 2. §* in *Consil. 69. n. 33. lib. 4.* ANT. FAB. in *Codic. lib. 6. tit. 5. Def. 7. n. 4.* SVRDVS *Consil. 232. n. 14. n. 29.* ZEPPERVS de *Codicill. c. 4. n. 138. seqq. 2)* in testamento militis: Nam cum is testari possit quocumque vult modo, l. 1. ff. de *Testament milit.* praesumitur, quod voluerit suum testamentum valere eo modo, quo poterit l. 3. ff. de *Cod.* Et ita in specie respondit RUBEVS in *Consil. 112. in fin. 3.)* aut si instituti sint, quos testator ardentem diligebat, tunc enim in testamento subintelligitur ex praesumpta mente testatoris clausula ipsa codicillaris, GRAMMATIC. in *Decis. 62. n. 27.* COPHALVS in *Consil. 294. n. 16. lib. 2.* quanquam praedicti intelligant clausulam hanc codicillarem hoc in casu solum operari ad legata, ut illa debeantur, non autem quoad heredis institutionem; aut 4.) ad piam causam quid legatum HARPR. ad §. 1. ff. de *Codic. n. 7.* HIERON. PANTSCH. *Qu. jur. controvers. q. 6. n. 59. § seqq. qu. 9. n. 5.* MANTIC. de *conject. ult. volunt. lib. 1. tit. 9.* HONON. D. 11. *th. 54. vel 5.)* testator eo in testamento praestitit iuramentum; Nam iuramentum vim clausulae codicillaris habere dicitur: Ita scripserunt multo congesti ab ANT. GABR. *dict. Concl. 5. in fin.* Quod enim testamentum patris inter libros attinet, quamvis ut tale subsistere nequeat, tamen vi clausulae codicillaris tacitae

jura permittunt, quod ad minimum tanquam divisio paterna valeat, quia tacitam clausulam continet, ut valeat omni meliori modo, REVSNER. *Tract. de Codicill. C. 33. n. 9.* MAVL. *Lib. 1. de ultim. voluntat. Tit. 11. n. 17.* CARPZ. *VI. Resp. 43. n. 9.* In ipso enim testamento inter liberos jus tantum Gentium fervatur, vid. Dd. apud MAVL. *d. l. n. 10.* MICH. GRASSVS. *Lib. 1. Recept. sent. 2. testamentum. Qu. 11. num. 1.* Ad hoc accedit l. 38. ff. *de fideicommiss. libert.* ubi ex testamento imperfecto scilicet ratione solennitatis, de quo dubitari non poterat, debere tamen pios liberos ultimam voluntatem patris implere dicitur idque Jure Naturali, quæ opinio tanquam communis a D. recepta, ut tradit CORNEVS *Conf. 10. n. 1. lib. 1.* & fatetur COVARRVV. in *C. cum esset n. 6. X. de testament. VASQ. de success. progred. §. 30. n. 30.* HONDEDAEVS *Vol. 2. Consult. 57. n. 20.* BESOLDVS *Consil. 150. n. 55. & Conf. 107. n. 1.* Hinc sola sufficit patris scriptura, aut si tenor divisionis aliena manu scriptus fuerit, ejusdem sola subscriptio, *Nov. 18. Cap. 7. & Autb. si modo C. sum. exciscund. HARPR. in §. 3. & 4. n. 208. Inst. de testam. ordinand.* vel hac deficiente duos testes sufficiunt. Nam hodie legata extraneis in testamento inter liberos coram duobus testibus relinqui possunt, PANSCHMANN. *lib. 2. qu. 6. n. 31. 35. RICHTER. P. 4. Conf. 5. in fin.* ubi recenset Præjudiciam Facult. Jurid. Jenensis, post subjecit præjudiciam Facult. Helmstad. Sunt equidem, qui putant, eam inanem esse in prædictis testamentis privilegiatis, præsertim patris inter liberos, propterea, quod ejusmodi testamentum sine solennitatibus subsistat, & si tanquam Codicillus salvandus, eo ipso majus onus imponeretur testatori, dum scilicet ad solennitates Codicillorum adhibendas adstringeretur, unde stultus fuerit, qui ad hanc clausulam confugiat, quoniam heredi ab intestato, quartam Trebellianicam permittit, cum tamen directo jure succedere, atque adeo totam capere hereditatem possit. At enim intelligendum est, clausulam hic non omni utilitate carere, imprimis, ut mortuo ante testatorem hærede, legata ad pias causas vel in testamento inter liberos coram duobus testibus data, secundum *Nov. 107.* præsentur a successoribus ab intestato.

§. XLIII.

§. XLIII.

Nunc tranſeamus ad propoſitam quæſtionem in §. præcedenti, ubi plerisque viſum thema diſputationis valde improbable, & negativè reſpondendum, quia communis ſententia apparet in contrarium, quod nimirum hæc clauſula nunquam ſubintelligatur, niſi expreſſa fuerit, ſed clauſula codicillaris in teſtamento remiſſa, habeatur omnino omiſſa, nec eandem tacitè ſubintelligendam eſſe, CARPZ. P. 3. C. 4. Def. 38. BRVNEM. ad l. ſin. §. 1. & 2. C. de Codicill.

§. XLIV.

Nititur autem ſententia negantium ſequentibus rationibus: 1.) quod actus non operetur ultra intentionem agentium, qui itaque teſtamentum fecit, codicillos facere voluiſſe dici nequeat: cui ſententiæ 2.) favet l. 1. ff. de Jur. Codicill. 3.) quod illa tantum in eſſe præſumantur, quæ ſunt naturalia rei: inde. 4.) leges clauſulæ hujus mentionem facientes ſemper ſupponant expreſſam mentis declarationem, L. 3. de teſtam. milit. L. 29. de teſtam. L. 88. in ſine de leg. 2. L. 8. §. 1. C. de Codicill. 5.) quod ſaltem in teſtamentis quibusdam privilegatis ſubintelligatur, adeoque ordinariè ſecus ſit: 6.) quod teſtamentum, ſicuti cetera instrumenta ſint ſtricti juris, adeoque pro omiſſa haberi debeat, quod non eſt expreſſum, L. 99. de verb. oblig. 7.) quod ita sæpe præjudicium poſſit fieri hæredibus ab inteſtato, ſi teſtamentum quodvis ita ſubiſtat, quibus tamen magis ſuccurrendum eſſe videatur: 8.) quod alias quoque propoſitum in mente retentum nihil operetur: 9.) quod Codicillos facere in factò conſiſtat, adeoque præſumi hæud poſſit: 10.) quod contraria ſententia ſit minus probabilis, nec in praxi recepta.

§. XLV.

Verum ſententia hæc, quamvis rationibus probabilibus niti videatur, nihil tamen dubitamus, quin contrariæ voluntati teſtantium & rationi rectæ, nec non æquitati, imo praxi hodiernæ magis ſit conſentanea. & quidem ex ſequentibus rationibus: 1.) Quia in caſibus dubiis ex circumſtantiis, conjecturis, vel præſumptionibus mens teſtatoris colligi debet, hinc ſem-

semper aequiorem & humaniorem sententiam sequi oportet, eamque testatorem voluisse praesumendum, l. 10. §. 1. ff. de reb. dub. l. 12. l. 56. ff. de R. J. ut dispositio magis valeat, quam pereat, l. 12. ff. d. t. Hinc si testator ultimam voluntatem condiderit, inque illa tantum legata reliquerit, saepius tamen etiam in ipsa insinuacione judiciali illam testamentum appellaverit; ut haeredes ultimam voluntatem esse defendant, per l. 1. §. l. fin. ff. de Jur. Codicill. legatarii vero, testatorem non habuisse animum testamentum condendi, sed codicillos praetendant, tunc ex d. l. 12. respondendum, quod in dubio ea semper sententia sit praeserenda, quae ultimam voluntatem conservat, & magis ex effectu, quam forma dispositionis voluntas praesumatur, RICHTER, ad L. 17. C. de testament. Benigna siquidem debet esse interpretatio, quae rei aptior, l. 67. ff. de R. J. & secundum id, quod credibile cogitatum, credendum est, l. 13. l. 24. ff. de Reb. dub. Hinc 2) nihil obstat, quod testator suam ultimam voluntatem testamentum appellaverit: Nam testamentum, largè sumto vocabulo, sub se etiam codicillos comprehendit, SCHOTANVS in exam. ad tit. ff. qui testam. fac. in princ. SIMON DE PRÆTIS de interpret. ult. volunt. L. 2. §. iut. 4. n. 64. SVRDVS Consil. 258. n. 6. quod etiam probandam ex definitione testamenti, quod sit voluntatis nostrae iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit, L. 1. ff. qui testam. fac. quae definitio etiam codicillis applicari potest. Deinde 3) supponendum, omnem actum ita in dubio esse interpretandum, ut magis subsistat, quam ut pereat. L. quoties ff. de Reb. dub. & L. quoties de Verb. obligat. & egregiè DECIVS in L. in contrahend. n. 7. de reg. jur. ait: hanc praesumptionem esse cæteris firmiorem: Imo interpretatur, ut valeat efficaciori & omni meliori modo, L. 3. ff. de milit. testam. & copiosè tradit ALCIAT. de praesumpt. reg. 3. praef. 35. Atqui si dicimus testatorem intentionem habuisse, ut testamentum potius valeat, quam pereat, inde voluisse, ut valeat omni meliori modo, ob subintellectam hanc clausulam codicillarem ejus ultima voluntas valet, si verò dicimus, quod non habuerit animum codicillandi, ejus di-

spo.

spofitio ob defectum requisitorum testamenti erit nulla. Ergo sumenda est hæc interpretatio, quod voluerit codicillari. 4). Supponendum, quod solita omni actui censeantur inesse, *arg. L. 31. §. 20. ff. de adilit. Edict.* hodie vero consuevit clausula codicillaris apponi in testamentis: Et ideo, si testamentum fuit conscriptum ab ipsomet testatore, præsumitur, quod voluerit testari secundum consuetudinem, & suam ipsam voluntatem esse conformem ipsi consuetudini, juxta ea quæ tradit *RIPA* in *L. heredes mei §. cum ita n. 74. §. 75. ff. ad TREBELLIAN.* cum dixit, præsumi testatorem velle suam dispositionem esse debere legi conformem, sic ergo & consuetudini; si vero testamentum fuit conscriptum à Notario, præsumitur, quod is rogatus fuerit a testatore, ut adscriberet omnes clausulas adhiberi solitas juxta ea, quæ in §. 8. diximus. Hinc s) absurdum foret, plus velle tribuere clausulæ expressæ quam subintellectæ, & quod testamentum ideo valere debeat, quia clausula illa expressa, quamvis non constet, an voluntate testatoris adjecta fuerit, nec ne? Quia plerumque tantum adjiciatur ex consuetudine Notariorum, qui sæpe ipsi non intelligunt vim & nervum hujus clausulæ. Jam verò eadem præsumtio, quæ in eo casu, quod Notarius testamentum scripsit adfertur, locum quoque habet, si ipse testator scripsit, quoniam præsumendum, testatorem voluisse, ut sub consuetis clausulis intelligatur, quia cunctis testatoribus ea sit mens, ut voluntates suas, quacunque ratione poterunt, effectum habere cupiant, haud aliter animati, quam est *LUCIUS TITIVS* in *L. pen. §. ult. de leg. 2.* ubi ita *Lucius Titius: hoc meum testamentum scripsi sine ullo Juris peritorum rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam, & si minus aliquid legitime minuisse perire fecero, pro jure legitimo haberi debet boni viri sani voluntas.* Hinc *MANTICA* de *Conject. ult. volunt. Lib. 1. tit. 9. n. 1.* refert, plerosque hodie hanc clausulam subintelligendam esse judicare, quia communiter apponi consuevit, & ita ex consuetudine universali præsumitur apposita, *KLOCK. Consil. 42. n. 261. HILLIGER ad DONELL. lib. 7. C. 18. tit. 6.*

Nam

Nam omnis testator præsumitur, si interrogatus & informatus fuisset de hac clausula, responsurus omnino eam adhibendam esse.

§. XLVI.

Quia vero præjudicia quoque adicere non Injucundum habetur, præsertim cum exempla plus docere & rem illustrare soleant, quàm si tantum in meris hæreamus doctrinis: Hinc sententiam nostram non in meris & inanibus speculationibus consistere, sed in praxi in viridi observantia esse duobus Præjudiciis ostendemus. Primum concernit casum sequentem, qui paucos ante annos in Præfectura Electoralis Territorii Erfordiensis, pago, Zimmern infra contingit: ubi nimirum ruricola quidam coram Ludimagistro & septem testibus suam ultimam voluntatem nuncupativè ordinavit, in qua defunctæ sororis liberis suum patrimonium, fratris verò defuncti liberis modicum legavit, neminem heredem instituit, & desuper declaravit, se velle istam suam ultimam voluntatem a Ludimagistro in scripturam redactam ad confirmationem Præfecturæ insinuari. Ludimagister desuper concipit notitiæ gratia projectum, quod à testatore & testibus subscriptum fuerat. Post mortem testatoris Ludimagister illam ultimam voluntatem in mundum redegit, & adjecit clausulam codicillarem, cum verò ex ore testatoris projectam & a testibus subscriptam ultimam voluntatem amiserit, in mundo nomina testium & testatoris per manum alienam subscribi permisit, & postea illud Præfecturæ insinuavit. Defuncti fratris liberi hoc factum denunciant Judicio Electorali, & proponunt, Ludimagistrum falsum commississe, & quia ex Inquisitione hoc factum apertum, a prædicto Judicio illud testamentum pro falso & nullo per sententiam declaratur, & hæreditas defuncti ab intestato hæredibus succedentibus adjudicatur. Contra illam sententiam defuncti testatoris fororis liberi querelam nullitatis & restitutionem in Integrum cum eventuali appellatione interposuerunt, Actis ad facultatem juridicam Altorfinaam transmissis, hæc nomine prædicti Judicii Electoralis hanc tulit sententiam, quod res in
prima

prima sententia non sit bene decisa, sed defuncti fratris coram septem testibus nuncupata ultima voluntas, tanquam codicillum in jure perfectum.

§. XLVII.

Rationes decidendi in compendium redactæ sic se habent: So viel nun aber die Haupt-Sache belanget, so verificiret sich so wohl aus denen Untersuchungs-Akten Vol. III. als auch aus der Zeugen Berhde ad perpetuam memoriam Vol. Act. IV. fol. 77. zur Gnüge, daß defunctus testator seinen letzten Willen in Gegenwart sieben Zeugen nuncupiret, und mündlich declariret, und als der Schulmeister denselben in einen kurzen Aufsat gebracht, solcher Aufsat oder Schmuß, wie er in Actis benennet wird, so wohl von dem testatore selbst durch Führung dessen Hand, als auch denen Gezeugen unterschrieben worden. Wann nun aber ein solcher letzter Wille, der coram septem testibus nuncupativè declariret worden, seine zu recht beständige Gültigkeit hat, obgleich darinnen förmliche Erbs-Einsetzung nicht geschehen, nam heredis institutio solummodò requiritur in testamentis, §. 34. *Instit. de legat.* ubi vero aliquis per modum codicilli ultimam suam voluntatem declarat, hæc etiam sine heredis institutione subsistit, si modò coram quinque testibus vel oretenus fuerit declarata, vel in scripturam, subscriptis testibus redacta, L. ult. §. fin. *Cod. de Codicill.* BARBILI Concl. *forens.* Exere. 7. tb. 6. Ingleichen auch ein solcher ultima voluntas per modum codicilli nuncupativè declarata, gnugsam probiret wird, wann dessen Inhalt, wie in præsentem casu ebenfals geschehen, fünff von den adhibirten Zeugen jurato erhärten, wann auch gleich gar kein scriptum zu dessen Beweis vorhanden sich befindet, STRYK. *Uf. mod. ad tit. ff. de Jure Codicill.* §. 8. in fin. Idem in *Caut. Testament.* cap. 13. §. 3. §. 13. Solchem nach ist dahero der in præsentem casu von dem testatore nuncupirte Codicill. denen Rechten nach vor allerdingß gültig zu erkennen, und benimmet dessen Gültigkeit nichts, daß 1.) von dem Schulmeister noticiæ gratia concipirte project oder Schmuß, wie es derselbe genennet, welcher von dem Codicillante & testibus unterschrieben worden, obhanden gekommen, nam

nam si adesset adhuc ultima hæc dispositio per subscriptionem quinque testium uno actu factam corroborata, illa quidem hujusmodi codicillorum confectionem fortius probaret, STRYK. de Cautel. Testam. cap. 13. §. 12. cum autem deficiat talis scriptura, nihil derogat hic defectus actui, per se valido, quia hic codicillus præter scripturam aliter etiam, scilicet per quinque testium depositiones est probata, & scriptura non faciebat ejus substantiam, sed declaratio coram quinque testibus facta, imo scriptura tantum confirmationis gratia accessit, confirmatio verò nil novi tribuit actui, per se valido, sed id saltem, quod actui jam inest, magis corroborat, L. 28. §. 3. ff. de liberat. legat. MEVIUS Consil. 208. n. 9. Wie dann ingleichen vor das 2.) der validität dieses letzten Willens nicht obstruirt, daß der testator solchen dem Tode insinuiren wollen, darüber aber verstorben, allermassen eben auch sothane insinuatio, daß der Codicillus ob solam nuncupationem schon celebrirt zu recht beständig gewesen, nichts anders dann eine bloße confirmatio gewesen wäre, und daher, nachdem der testator morte daran verhindert worden, diese omitta confirmatio dem Codicillo per se valido per antea deducta gar nicht derogiret. Noch weniger aber vor das 3.) mehrbesagten letzten Willen un-
 stößlich machet, daß der Schulmeister, nachdem er die insinuirung des Codicilli bis ad mortem testatoris verschoben, und da er den ex ore disponentis aufgesetzten schmutzigen Zettel, welchen die testes præsentis unterschrieben, gar obhanden kommen lassen, an dessen statt nun des disponentis Willen zu erfüllen, den Vol. I. fol. 8. in Actis befindlichen Aufsatz gemacht, darunter die nomina testium per manum alienam N. N. setzen lassen, und solche dispositio, wie sie fol. Act. 8. bis fol. Act. 11. Vol. I. zu ersehen, dem Judicio insinuiret: vid. Untersuchungs-Acten Vol. Act. III. per tot. als welches factum die dermalige Imploratzen und Querulaten, sowohl auf seiten des Schul-Meisters, als des N. N. vor ein fallum ansehen, und daher vermeynen, daß nun mehro, und da in denen Untersuchungs-Acten Vol. III. per sententiam fol. 46. selbige mit Strafe belegt worden, sie die exceptionem falsi contra ukimam voluntatem productam nun zur
 Gnüge

Gnüge erwiesen, allermaßen nunmehr gar nicht auf den *Vol. act. l. fol. 8.* denen Gerichten exhibirten letzten Willen zu sehen, den der Schulmeister post mortem aut in ipso mortis articulo defuncti, seiner Meynung nach, förmlich gemacht, sondern vielmehr lediglich auf dasjenige elogium, welches der testator coram 7. testibus oretenus ausgesagt, und vor 5. Zeugen *Vol. Act. IV. fol. 77. §. seqq.* juratè deponiret worden, plus enim valet, quod verè gestum, quàm quod simulatè conceptum, *tot. tit. Cod. plus valere, quod agitur, & inde cum in hoc casu de codicillo nuncupativo ritè condito revera constat, non amplius est considerandum scriptum supposititium, utpote quod actui per se valido neque aliquid tribuit, neque derogat, sed ipsa dispositionis voluntas, coram quinque testibus declarata, PEREZ. ad tit. Cod. plus valere, quod agitur. HARPR. Consil. Tubingens. 75. num. 60.* wie dann ingleichen auch vor das 4.) weder der Schulmeister noch N. N. mit dem supposititia voluntate, und zumahlen der erstere mit Untersezung der clausula codicillaris, ein falsum begangen, und daher um so weniger mit der andictirten Straffe zu belegen sind, als sie solche Schrift nicht animo immutandi veritatem in alterius præjudicium aufgesetzt, und die nomina testium eo animo unterschrieben, noch talmente die clausulam annectiret, als welches requisitum nothwendig bey dem crimine falsi seyn muß, animus enim facit delicta, non exitus *L. DIVUS ADRIAN. ff. ad. L. cornel. de sicar. & ad criminis falsi commissionem requiritur, ut quis veritatem rei in alterius damnum & præjudicium immutaverit, L. 38. §. 6. ff. de pen. Novell. 73. in princip.* sondern sie vielmehr das elogium defuncti der Wahrheit gemäß concipiret, anbey aber ex crassa ignorantia in dem Wahn induciret worden, als ob das elogium disponentis nicht bestעה, wann der Schulmeister es nicht ins reine bringe, und die nomina testium in mundo unterschrieben sich befinden, auch der letzte Wille dem judicio insinuiret worden: Cum autem rusticis jus ignorare liceat, inde etiam in iis rebus, quæ ad juris formalia & subtilitatem spectant, omnino rusticorum ignorantia, veniam meretur, *L. 31. pr. C. de testam. GAIL. lib. 2. Observat. 48. n. 28. §. 29.* und da ebener ma-

den die clausula codicillaris, so gar ohne allen des testatoris Vorberuust und Geheiß, mehrmahlen von denen Notariis denen testamentis in mundum redactis annectiret worden, und nichts desto weniger solche ihren effectum juris haben, auch kein Notarius darum mit der pœna falsi angesehen werden mag, quia, si testator aliquem rogavit, ut sibi faciat testamentum, eum etiam rogasse censetur, ut faciat illud omni meliori modo, quo subsistere potest, BARDIL. *Concl. forens. Exerc. 7. Concl. 17.* CARPZ. *Lib. 6. Resp. 7.* so kan auch dabero, und da solche clausulam der Schulmeister nach der Hand erst dem testamento adjiciret, zumahlen da bey ihm der animus veritatem in damnum alterius immutandi deficiret, er als des criminis falsi reus deswegen nicht angesehen werden, da derselbe vielmehr geglaubet haben mag, er verrichte sein thyme a testatore anbefohlenen officium der mundirung nicht recht, wann er nicht auch die clausulam hinzu thâte, die sonst die Notarii hinzuzusetzen pflegen, und in übrigen der ultima voluntas des testatoris auch ohne einmahlen auf das vermeynliche mundum, oder die darinnen befindliche nach der Hand adjicirte clausulam codicillarem in geringsten zu reflectiren, ex sola depositione quinque testium als ein Codicillus nuncupationis de jure schon per se subsistere, und durch sothanen testium Aussage rechts hinlänglich vor probiret zu achten, STRYK. *Cautel. testam. cap. 23. §. 18.*

§. XLVIII.

Alterum præjudicium sequentem satis quoque notabilem casum concernit: Ante non plures annos in Præfectura Electorali Territorii Erfordienfis, pago Frienstädt contigit, ubi rusticus Hans Nicol Ritter defunctus, qui uxorem sine liberis secundi matrimonii, & ex priori filiam reliquit, ante mortem verò testamentum coram Iudimagistro & septem testibus condidit, in quo filiam silentio præterit, & uxori non exiguum de bonis suis legavit: Filia hoc patris testamentum propter defectum institutionis heredis & ipsius præteritionem nullum declarare petiit, & novercæ tanquam atricri exceptionem testamenti nulli opposuit, & quidem pro impediendo litis ingressu. Facultas Juridicâ in hac Alma Uni-

verfi-

veritate, in Responso Juris, a filia tanquam rea d. 4. Julii
 1718. petito, istud testamentum pro nullo declaravit, & rati-
 ones dubitandi sequenti modo adduxit: Obwohlt moribus
 quarundam provinciarum, de quibus videre est GVDLIN. *de*
jur. noviss. lib. 2. c. 5. p. 65. Col. 1. vers. quare &c. introductum
 est, ut sic voceturque testamentum, in quo legatis tantum-
 modo relictis, nulla hæredis institutio sit facta, neque hæredis
 institutio ad substantiam testamenti ibi necessaria sit, wie
 dann auch diese Ritterische disposition ein Testament aus-
 drückerl. genennet wird. Dieweil aber bey uns nach denen reci-
 pirten Kayserl. gemeinen Rechten, und denen Reichs-Abshie-
 den ein anders verordnet, daß keine dispositio, ne quidem pri-
 vilegiata, vel militis vel parentum inter liberos absque insti-
 tutione hæredis tanquam basi & fundamento testamenti be-
 stehen mag, in dem Testamento qu. aber kein Erbe eingesetzt
 und genannt worden, da doch gemeldter Ritter, ein Töchterlein,
 so noch intra infantiam, in ejusque potestate, also sua ejus-
 heres gewesen, verlassen, deren nicht in geringsten Meldung ge-
 than, sondern schlechterdings præteriret, ob substantialis & for-
 malis requisiti defectus dessen Testament in jure vor null
 und nichtig zu achten, folgsam die verordnete legata nicht beste-
 hen, noch gültig seyn mögen, *per L. 81. ff. de legat. 2. L. 6. ff. de*
injust. rupt. & irrit. fact. testam. L. 8. §. 1b. ff. de inoff. testam.
 Etenim absurdum autumat JCtus in *L. 15. pr. ff. de legat. præ-*
stans. contra tabul. præteritum cogere ad præstanda legata.
 Und obgleich einige Interpretes die *Const. Nov. 115.* dahin den-
 ken wollen, daß auch solche von dem casu, quando suus testa-
 mento præteritus vel non ritè exhæredatus est, & propte-
 rea testamentum nullum declaratur, zu verstehen sey, daß den-
 noch legata & fideicommissa, tutorum dationes, quæ tamen
 omnino perfectum requirunt testamentum, *L. 2. C. de Con-*
fir. tut. PEREZ ad tit. C. de testament. tut. n. 5. CARPZ. lib. 5.
Resp. 85. n. 6. & 7. & reliqua in eo disposita valeant, uti com-
 munitè sentiunt, falluntur tamen, veluti apparet in *f. d. cap. 3.*
 Verbis: *non rescissum*: quod prædicari nequit de testamento
 ipso jure nullo. Privatio enim habitum præsupponit, quod
 igitur

igitur in *cit. Nov. c. 3.* constitutum legitur de præteritione, intelligi oportet de præteritione parentum, sub quorum potestate liberi præteriti non existunt, quorumque præteritio vim exheredationis habet, & propterea testamentum, donec rescindatur, robur habet, quorum spectat dicta Novella, ne utiquam pertinens ad Testamenta, quæ ab initio nulla censentur, & hanc seu veriore sententiam inter alias defendunt, AZO, CVJACIUS, ALCIATVS, ACCVRSIVS, citati à PEREZ. ad *tit. C. de lib. præterit. FRANZ. Ex. 6. qu. 3.* da auch der testator diese seine disposition ein Testament genannt, kan auch solches als ein Codicill præter ejus intentionem & ob specialem diversitatem nicht bestehen, secundum *l. 1. ff. de jur. codicill. l. 29. ff. de testam.*

§. XLIX.

Attamen Actis transmissis ad Facultatem Hallensem, filie tanquam reæ, nihilominus & non obstante exceptione testamenti nulli, litis contestatio, & quia illa eventualiter negativè facta, probatio simul actori injuncta fuit, salva reprobatione. Pro ratione dubitandi & decidendi adduxerunt: Obwohl das Testament qu. ob omiffam hæredis institutionem von der Eigenschaft nicht zu seyn scheint, daß desfalls einiger Process zu verstaten: Audiweil aber Kläger aus dem Codicillo fundatam intentionem agendi vor sich hat, auch bey der blossen Absicht einiges legatum an seine künftige Wittbe zu vermachen, nach Gelegenheit eines Codicilli der hæres supponiret wird, da beneben dieser in gegenwärtigen Fall der Erbschaft sich angemasset, und also die legata zu præstiren sich allenfalls nicht erbreehen kan, solchemnach es fürnemlich darauf ankommen wird, was etwa in künftigen Gegenbeweisse anderweitig auszuführen. Peracta probatione & reprobatione, Acta transmittabantur ad Facultatem Juridicam Helmstädiensem, quæ testamentum qu. tanquam Codicillum validum judicavit, & heredi ab intestato præstationem legatorum cum fructibus perceptis per sequentem sententiam injunxit: In Sachen Hans Nicolaus Ritters Wittwen, nunmehr derselben Erben, Kl. Producenten und Reproducenten an einen,

einen, wieder Elisabeth Ritters, Beckl. Producten und Reproducenten; am andern Theil, erkennet der Churfürstl. Maynsl. Amtmann allhier auf vorgehabten Rath der Rechts- Gelehrten vor Recht: daß producenten, was ihr zu erweisen obgelegen, und sie sich angemasset, nach Nothdurfft erwiesen, wannhero Beklagte und Productin das legatum qu. an Klägern, doch so viel das Wohnhaus anlanget, nur zur Halscheid, cum fructibus perceptis auszuantworten und zu überliefern schuldig, die Unkosten aber werden aus bewegenden Ursachen gegen einander aufgehoben. B. N. B.

Decanus, Senior und andere
Doctores der Juristen Facul-
tät bey der Königl. Groß-
Brittl. auch Churf. und Hoch-
fürstl. Br. Lünebl. Julius Uni-
versität zu Helmstädt.

§. L.

Loco rationum dubitandi sequentia adducuntur: Be-
klage und Productin stehet in den Gedanken, es hätte Klägerin,
was ihr zu erweisen obgelegen, wie Rechtens, nicht erwiesen,
mithin sie von der wider sie angestellten Klage zu entbinden und
loszusprechen wäre, in Betracht daraus, daß sieben Zeugen ge-
fordert worden, deutlich zu befinden, wie ihr Vater der seel. Ni-
colaus Ritter ein solennes Testament zu machen gewillet ge-
wesen, wie dann solches nicht allein ein Testament genennet
wird, sondern auch der erste probatorial Zeuge ad Interrog. 5.
Art. 4, aussaget, des verstorbenen Ritters ganze intention sey
gewesen, ein Testament zu machen, diesem nächst es hier an der
institutione heredis, welches doch das Hauptstück eines Te-
staments wäre, L. 34. Inst. de legat. L. 3. ff. de his que in testam.
fehlete, ferner die Vorbenennung der Tochter, welche das Vä-
terl. Testament ganz null und nichtig machte, L. 1. ff. de injust.
rupto, pr. Inst. de exheredar. lib. so dann der Schulmeister den
letzten Willen nicht aus des verstorbenen Munde, sondern nach
des

des Schwieger-Vaters Christoph Ritters Angeben aufgezeichnet, *test. 1. reprob. ad interrog. 4. Art. 7. & ad Art. 8. & §. 13.* In den Rechten aber nicht verkhattet, daß jemand seinen letzten Willen eines andern Willkühr anheim stellen kan, *L. 32. ff. de hered. instit.* Ingleichen die Zeugen zu dem Actu nicht behöriger massen gebethen, und, worzu sie sollen adhibiret werden, nicht benachrichtiget worden, überdieses dieselbe nicht in Gegenwart des Testatoris, sondern in der Schule das Testament unterschrieben, mithin den Testatorem nicht gesehen und sagen gehöret, daß das sein letzter Wille sey. *L. 9. C. de testam. oportet autem ut testatio fiat coram testibus animo & corpore videntibus & audientibus testatorem intelligentibusque testamentum fieri, CARPZ. P. 2. D. 4. d. 94.* Endlich das Testament weder von testatore, noch an dessen statt, von einem 3ten Zeugen unterschrieben, welches doch in denen Rechten ausdrücklich erfordert wird. *L. 21. C. de testament.*

§. LI.

Sed in rationibus decidendi prædictæ rationes dubitandi resolvuntur sequenti modo: Demnach aber und dieweil vor allen Dingen dahin zu sehen, daß die letzten Willen auf Recht erhalten werden, *L. 1. C. de SS. Eccles.* und daß des verstorbenen Hans Nicolaus Ritters Wille gewesen, seine Wittbe wohl zu bedencken, die Zeugen Aussage *Test. 1. & 3. ad Art. 10. test. 2. ad Art. 11.* auch aus dem, daß er gefaget, seine Tochter solte das übrige behalten, er gnugsam zu Tage geleyet, daß ihm selbige ab intestato succediren, seiner Wittben aber, nach Anleirung seines Codicilli, das zuge dachte legatum præstiret werden solte, woran nicht hindert, daß solcher letzte Wille ein Testament genannt wird, angesehen nichts ungewöhnliches, daß der Nahme Testament in einer weitläufftigen Bedeutung auch den Codicillen beygeleyet würde *SIMON DE PRÆTIS de interpretat. ult. volunt. lib. 2. solut. 4. n. 64. SVRDVS Consil. 258. n. 6. STRYK. Cautel. testament. c. 24. §. 66.* und die Zeugen, daß ein Bauer den Unterscheid zwischen einem Testament und Codicill nicht wisse, und einen jedweden letzten Willen ein Testament heisse, einmüthig aussagen, auch der Schulmeister, daß es ihm hier

hier an nöthiger Wissenschaft fehlet, nicht in Abrede ist, *deposi-
st. ad interrog. 36. Art. reprob. 2.* Diesemnach, daß so wenig der
testator, als auch der Verfasser des letzten Willens gewußt, daß
zu einem Codicill nicht mehr denn fünf Zeugen erfordert wer-
den, wegen gebrauchten sieben Zeugen der Eigenschaft des Co-
dicills nichts abgethet, und es also mit guten Fug hier heißen
kan, *superflua non nocent, L. 7. C. de testament.* bevorab, da
in den letzten Willen nur von Vermächtniß gedacht, folglich der
animus codicillandi, obgleich den einfältigen Bauern der Un-
terscheid zwischen einem Testament und Codicill, nicht bekannt
gewesen, gnugsam zu Tage leget. In dubio tamen actus ita
interpretandus, ut valeat, in quantum valere potest; cum ne-
mo illam elegisse viam credatur, per quam iudicia ejus sub-
vertantur, *STRYK. ad Lauterb. tit. de Codicill.* solchemnach der
Einwurff, daß in dem Ritterischen letzten Willen Niemand
zum Erben eingesetzt, und die Tochter vorbeý gegangen, von selb-
sten hinfället, hiernächst man wohl per personam interpositam
seinen letzten Willen dem, der ihn zu Pappier bringen soll, eröff-
nen kan. *CARPZ. P. 3. C. 3. d. 27.* und der Zweifel, daß solche Er-
öffnung nicht in Gegenwart des codicillanten, sondern in der
Schul-Stube geschehen, dadurch hinfället, daß sich der sel. Rit-
ter schon zuvor dahin vernehmen lassen, und ihm hernach den
Aufsatz in Beweyn fünf zu gleicher Zeit gegenwärtigen Zeugen
vorgelesen, auch von ihm bewilliget worden, *test. 4. § 5. ad Art.
prob. 23. 24. 26. test. 1. § 2. ad Interrog. 10. § test. 1. ad interrog.
17. Art. 2. reprob.* ferner in einem Codicill nicht nöthig, daß die
Zeugen insonderheit zu dem actu eingeladen, sondern auch hin-
länglich, wann man dieselben von etwa ohngefehr habhafte
werden kan; *L. ult. §. ult. de Codicill. BOER. decis. 34. n. 9.* so denn
die Zeugen wie der letzte Wille vorgelesen worden, Hans Nico-
laus Ritters gehdret und gesehen: Imo sunt, qui contendunt
codicillos subfiliere, etiamsi testes codicillatorem non vi-
deant, *JASON. lib. 3. Consl. 83. n. 4. SOCINVS SENIOR lib. 1.
Consl. 130. n. 9. BORN. de success. lib. 1. tit. 114.* Ingleichen zu et-
nen codicill, daß solches von dem Codicillatore unterschrieben
werde,

H

werde, nicht erfordert wird, L. 6. §. 1. ff. de jur. codicill. ZEPPE-
RVS de Codicill. L. 8. n. 42. übrigens test. 1. reprobat. ad Interrog.
2. Art. 21. und sonst in rotulo beständig besaet, daß defunctus
rat. des Hauses in so weit seinen Willen geändert, daß selbiges
nur zur Halbscheid seiner Wittben sollte legiret seyn, so sind wir
geschehener massen so zu sentencioniren bewogen worden. In-
zwischen haben wir ungeachtet des, was L. 39. §. 1. de legat. ent-
halten, der Erbinnen nur die fructus perceptos mit heraus zu
geben auferleget, weil sie bey dieser nicht wenig dunklen Sache
Zweiffels ohne in bona fide gewesen, auch sind die Unkosten, weil
es producten gleichfalls an einiger Wahrscheinlichkeit nicht feh-
let, gegen einander aufgehoben worden. Helmstädt den 19ten
Febr. 1723.

§. LII.

Contra quam sententiam filia, tanquam heres defuncti
ab intestato, appellationem ad Judicium Electorale Territorii
Erfurtensis interposuit, à quo, Actis ad Facultatem Juridicam
Aldorffinam transmissis, sententia prior Dn. Helmstädiensium
confirmata fuit. Verba sentent: Auf interponirte Appella-
tion derer adhesion und erfolgte Gesetze in Sachen Elisabeth
Ritterin wider Hans Nicol. Ritters Wittib, modò derselben
Erben ic. erkennen und sprechen Churfürstl. Mayngl. zu denen
Weltl. Gerichten zu Erfurth verordnete Stadt-Schultheiß und
Assessores, nach eingeholten Rath auswärtiger Rechts Gelehr-
ten, vor Recht: daß es eingewendeter Appellation und deren
adhesion ungeachtet, bey dem am 9ten Mart. 1723. publicirten
und sol. Act. 179. Vol. 5. befindlichen Urtheil billig verbleibet.
B. R. W.

§. LIII.

Loco rationum decidendi sententionantes adduxerunt:
daß in substrato dieses, daß der verstorbene Johann Nicolaus
Ritter präcise ein zierliches und solennes Testament zu machen,
in intentione gehabt haben solle, nirgends her, weder aus dessen
Wort

Worten, noch aus andern Umständen *necessario* und für ganz gewiß inferiret oder probiret werden mögen, solches ist in Actis bereits hin und wieder *ad nauseam usque* weitläufftig an und ausgeführet worden. Wann nun im Gegentheil dieses: *quod passim in legibus rescriptum & responsum occurrit: Mortientium supremas voluntates, quoad per leges fieri poterit, sustinendas, benigna interpretatione adjuvandas, suppletas, & conservandas esse, L. 109. ff. de Legat. 1. L. ult. Cod. quae res pign. dari poss. L. 30. Cod. de inoff. testam. L. ult. Cod. de fideicommiss.* von allen Rechts Lehrern unanimiter admittiret wird. Als tragen wir gleichfalls kein Bedencken, dasjenige, was in actis hin und wieder gar Rechts beständig asserirt worden, zu confirmiren: daß neml. obgleich obbesagten Johann Nicolaus Ritters letzte Willens Verordnung nicht als ein solennes Testament, dennoch als ein zu Recht beständiges Codicill gar wohl bestehen könne. Und dieses letztere um so viel desto mehr, nach dem ganz ausfindig und ausgemachten Rechts: *Quod pater etiam privilegiatum Codicillum inter liberos facere, & in eo, adhibitis duobus saltem testibus, personis extraneis quantacunque legata & fideicommissa relinquere valeat, L. 16. § L. ult. C. famil. hercisc. Nov. 107. n. 1. CARPZ. P. 3. C. 4. Def. 20. WESENBEK. Consil. 21. n. 45. LVDWELL in tract. de ult. volunt. Part. 2. pag. 344. § seqq.* Welches in proposito desto mehreres statt und Raum findet, alldieweilen hier nicht in genere de legato qualicunque extraneae personae relicto, sondern von einem solchen Vermächtniß die Frage ist, womit ein codicillirender Vater seine liebe Ehe-Frau, von der er sehr viel gutes und grosse Treu empfangen zu haben viel Ruhmens gemacht, honorirt und bedacht hat. Und weilten hienächst auch dieses dem gegenwärtigen Codicillo nicht geringen Behelff bringen kan, daß nach aller und jeder Rechts-Lehrer beständigen Meynung dergleichen *novissima voluntates parentum ex hac praecipua & potissima causa* von denen Kindern adimpliret werden müssen, *quia impium & inverecundum foret, voluntati parentum quoquo modo probatae contravenire*

nire velle, vid. STRYK. *Diff. de jur. testandi inter Liber. C. 1. n. 16.* Als ist solchemnach weiters kein Zweifel, daß Beklagtin ihres Vaters letzte Willens-Meynung in allen zu adimpliren, michin das Legatum quæstionis nach Inhalt des von uns confirmirten Urtheils zu præstiren schuldig und gehalten sey. vid. *omnino L. 1. in pr. ff. de legat. præstand. contra tab. bon. possess. petit. ex qua constat, quod & aliàs, tametsi filius à patre præteritus, petita bonor. possessione contra tabulas, patrum elogium subvertendi jus habeat, legata tamen personis valdè dilectis relicta, parentibus scil. liberis, nurui, uxori, à filio præstanda sint, atque hoc naturalem æquitatem habere dicit VLPIANVS in cit. Leg.* Was hiernächst der Klägerin adhesionem appellationis, wegen præteriter illatorum anbetrifft, ist zwar nicht ohne, daß uxor ihre illata, aus des verstorbenen mariti bonis zu prætendiren, oder si adhuc extant, solche in natura zu repetiren berechtiget sey; alleine weilten erst besagte Klägerin in subtrato deren würcklichen illation nicht ordentlich und Rechts beständig dociret, oder probiret, überdieß auch nicht zu præsumiren, daß der testator seine Tochter, die Beklagtin habe mit deren restitution noch mehr graviren oder oneriren wollen: Als ergiebt sich von selbst, daß auch derentwegen keine sonderliche reflexion hierauf zu machen gewesen, præprimis, quia ultimarum voluntatum interpretatio eò dirigenda est, ut testator hæredem quam minus fieri potest gravasse videatur *L. 34. §. 4. L. 67. §. 8. ff. de legat. 2.*

Decanus und andere Doctores
der Juristen Facultæt bey der
Mürnbergischen Universitæt
zu Altdorff.

§. LIV.

Hicse suppositis argumenta Dissentientium facili negotio declarantur. Nam ad primum desiderarem applicationem,

nem, quæ hoc casu plane deficit, imo si clausula codicillaris subintelligatur, tunc actus testatoris secundum ejus intentionem, quæ sine dubio fuit, ut ejus ultima voluntas, quocunque modo fieri possit, potius valeat quam pereat, operatur, non verò ultra. *d. L. 12. ff. de reb. dub.* Hinc licet aliquis ultimam suam voluntatem testamentum dixerit, tamen si requisita codicilli adsunt, ut codicillus salvari potest. Secunda ratio ex *L. 1. ff. d. Codicill.* desumta, est aliena: non loquitur enim lex de casu dubio, sed uti satis constat, quod testator noluit codicillari, sed tantum testari: hoc enim in casu, uti jam dictum in §. clausula codicillaris non potest subintelligi quia præsumtio cedit veritati. Tertia ratio non exhaurit naturam rei totius, apparet enim ex materia substitutionis, quod multa in illa subintelligantur ex præsumta testatoris voluntate, quæ tamen naturalia substitutionis non sunt, sed ex probabili voluntatis conjectura inesse præsumuntur. Quarta non infert id, quod inferendum erat, siquidem id non in dubium vocatur, utrumve soleat plerumque expresse adjici, sed an necessario debeat, si operationes edere velit. Quinta petit id, quod est in principio. In Sexta negari potest consequentia, quia potius ultimæ voluntates semper benigniorem habent & requirunt interpretationem. Septima suavoria tantum est: Si enim per ipsum testamentum non fit præjudicium agnatis, multò minus per hanc tacitam clausulam. Ad Octavam responderetur, non posse dici, in mente esse retentum, quod tacitè subintelligitur, & præsumtivè negotio inest. Nona refert præsumtionem, qua contraria fortiori eliditur. Decima supponit praxin, sed erroneam, adeoque applicanda hic est *L. 39. ff. de LL.* neque verò obstat, quod ita tot Doctoribus contradicere debeat, hoc enim à veritatis tramite neminem dimovere debet, qui nullo auctoritatis præjudicio est succinctus, vid. omnino SANDIVS *Lib. 4. Tit. 1. HVBER. Prælect. ad §. 5. Inst. de Clausul. Codicill.* GRÖNEWEG. *ad tit. Inst. de Codicill.* qui de praxi in contrarium testantur.

H 3

§. LVL

§. LV.

Sufficiant hæc L. B. quæ de clausula codicillari in testamento subintellecta huc usque à me sunt adducta. Plura quidem, non ignoro addi potuisse, sicuti quoque animus fuit, sed temporis ratio, jam jam eò magis abrumpere jubet, quo minus integrum tractatum de hac amplissima materia in lucem proferre, sed potius pro tenuitate quantumque specimen Dissertationis Inauguralis loco exhibere contituerim. Interim verò cum eo, à quo fuit principium atque medium factum, Deo nempe Triuno, gratiis, quas animus pius concipere potest, maximis actis, pro viribus clementissimè mihi concessis addendus est

FINIS.



Erfurt, Diss., 1730

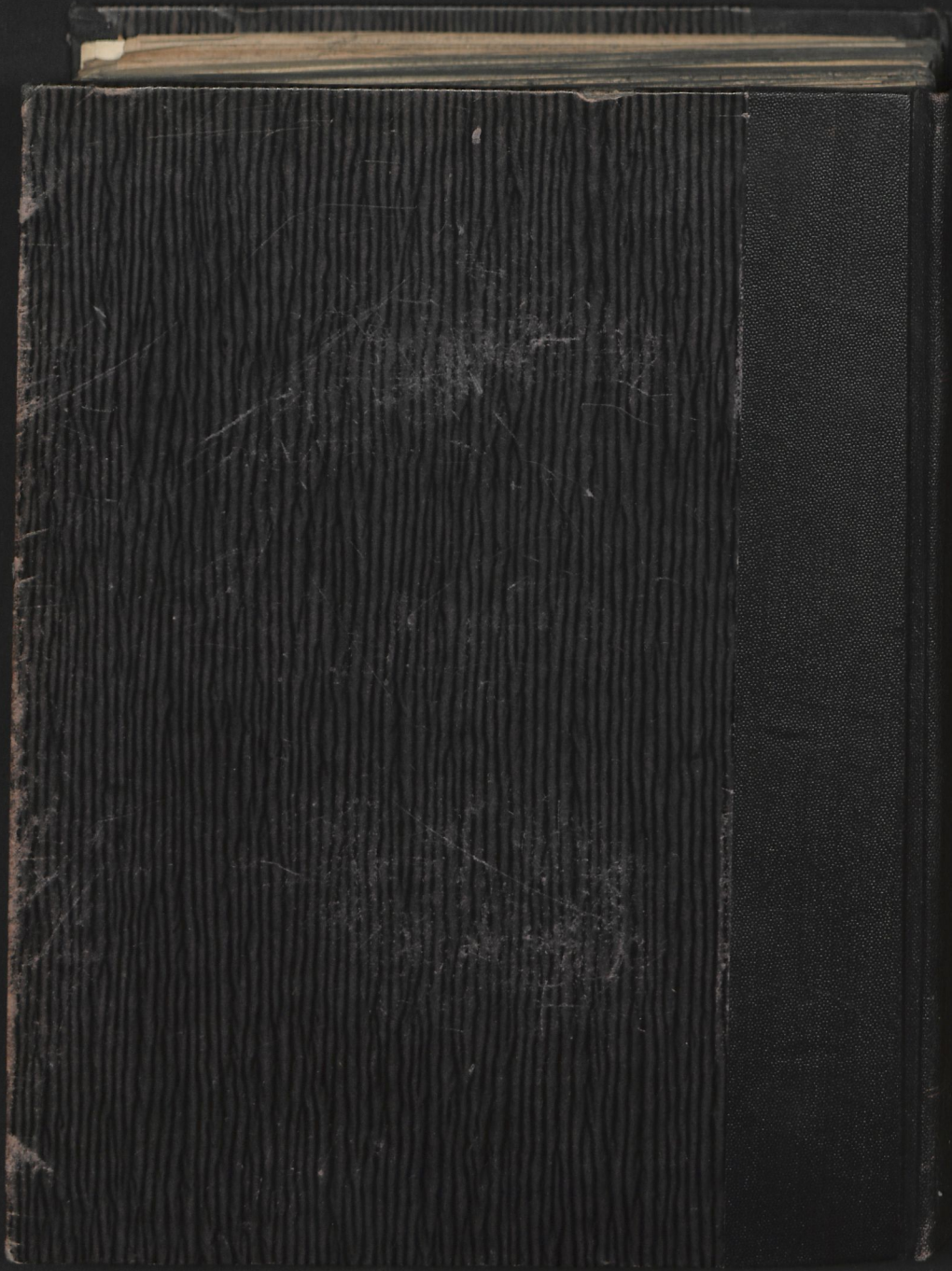
ULB Halle
005 367 816



3

V018







1738, 463.
6

I. N. J.
DISSERTATIO INAUGVRALIS IVRIDICA,
DE
CLAVSVLA
CODICILLARI IN
TESTAMENTO EX-
PRESSA, ET PRÆPRIMIS
SVBINTELLECTA,

QVAM,
PRÆSIDE
DEO TER OPTIMO MAXIMO,
EX
DECRETO ET AVCTORITATE
INCLYTÆ FACVLTATIS IVRIDICÆ
IN PERANTIQA ERFVRTINA,
PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IURE HONORES PRIVILEGIAQVE
DOCTORALIA CONSEQVENDI,
IN AVDITORIO ICTORVM MAIORI,
DIE V. IVLII, A. MDCCXXXVIII,
HORIS CONSUVETIS,
SOLENNI ERVDITORVM DISQVISITIONI SVBMITTET
AVCTOR ET DEFENSOR
LVDOLPHVS GVILIELMVS LILIEN,

Erfurto-Thuringus.

ERFORDIAE, Litteris HERINGII, Acad. Typogr.

(Diss. in v. 209)