

circo. 4. c. eod. Quod cum testamento, et quidem quod post illud fieri possit, omnes concedunt. arg. l. *Si quis*. 3. ff. *de Jure codicill.*

714. *Et ante illud.* — Quod vero etiam ante testamentum factus codicillus valeat, deciditur § 1. Instit. *de Codicill.* dummodo « appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse, » uti notanter dicitur cit. § 1. Quod si testator in testamento subsequenti expresse confirmat codicillum prius factum, certo valebit, arg. l. *Sive initio*. 6. c. eod. et cit. Instit. eod. ibi : « Sed cum ante testamentum factum, facti codicilli erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. »

715. *Potest quis plures facere codicillos.* — Resp. IV. Potest quis non tantum unum, sed plures codicillos facere, textu expresso § 3. Instit. eod. ibi : « Codicillos autem plures quis facere potest. » Nec revocatur prius, per posterius, nisi quatenus sibi contrarii sunt l. III. c. eod. Nec refert, quod testamentum prius rumpatur per posterius, § 2. Instit. *Quibus modis testam. infirm.* Nam disparitas est, quod testamentum sit integra voluntas de omnibus bonis, atque ideo per posterius rumpatur : codicillus autem integram omnium bonorum dispositionem non contineat, consequenter priori per posterius non detrahatur, nisi in quantum contrarium est.

716. *Dispositio volentis testari nec ut codicillus valet, si non habet clausulam codicillarem.* — Resp. V. Ultima voluntas illius, qui dicit, vel exprimit, se velle testamentum facere, non valet per modum codicilli, si ex defectu solemnitatis non valet, ut testamentum, etsi omnes solemnitates ad codicillum adessent; nisi dispositio clausulam habeat codicillarem. Caret controversia. Textus expressus est in l. I. ff. *de Jur. codicill.* ibi : « Sæpissime rescriptum, et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit, quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque, quod in illo testamento scriptum est, licet quasi codicillus poterit valere, tamen non debetur. » Quod idem sentiendum in casu, quo quis expresse quidem non dicit, quod testari velit, tamen hæredem instituit, vel exhæredationem facit; quia præsumitur, quod testari voluerit, l. *Non codicillum*. 14. c. h. t. ibi : « Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio, et exhæ-

redatio facta probant evidenter. » Limitatur tamen conclusio, ut si sit adjecta clausula codicillaris, arg. l. fin. § 1. c. *de Codicill.* patebitque magis ex sequentibus.

717. *Vel dispositio sit inter liberos vel ad causas pias.* — Limitatur II. In testamento parentum inter liberos, et ad causas pias, in quo, etsi clausula codicillaris non sit inserta, tamen semper tacite censetur appositae, pro ut communiter advertunt doctores.

718. *Clausula codicillaris tacita et expressa, quid?* — Quæritur VI. Quid, et cujus effectus sit clausula codicillaris? Resp. I. Clausula codicillaris est, quam testator testamento apponit, et per eam expresse, vel tacite declarat, quod, si voluntas sua ultima, ex defectu solemnitatis non valeret ut testamentum, valet tamen ut codicillus. Dicitur *Expresse*, vel *tacite*. Duplex enim est clausula codicillaris expressa nempe, et tacita. Expressa est, dum expresse dicit, v. g. « Si hæc mea dispositio non valet ut testamentum, volo ut valeat ut codicillus. » Tacita est, quando id non expresse sed tacite innuit, dicendo nempe : « Si hæc mea dispositio non valet in testamentum, volo, ut valeat, modo quo potest meliori : » in hac si quidem clausula tacite jam insinuat, quod voluntatem suam valere velit etiam per modum codicilli, hoc ipso, quod valere eam velit omni meliori modo. Ita terminos explicat communis doctorum arg. l. I. ff. *de Jure codicill.* et l. fin. c. *de Codicill.* juncta l. *Ex ea scriptura*. 29. ff. *Qui testament. facere*. Hodierna praxis utramque clausulam codicillarem tam *expressam* nempe, quam *tacitam* cuivis testamento apponere solet dicendo v. g. « Si hæc mea ultima dispositio non valet ut testamentum, volo ut valeat tanquam codicillis, vel alio modo, quo potest meliori. » Quæ praxis ideo merito imitanda est; quia multum disputant doctores quænam ex his duabus clausulis melior sit, ac pinguiores producat effectus; quamvis alii bene demonstrent, esse omnino ejusdem effectus. Quidquid autem sit, utriusque effectus testator habebit, si utramque dicto modo apponit.

719. *Facit, quod testamento existente nullo, nihilominus præstari debeant legata.* — Resp. II. Effectus clausulæ codicillæ sunt plures, præcipue autem sequentes. Primus est, quod in casu, quo testamentum ex defectu alicujus solemnitatis est nullum, v. g. quia tantum adfuere sex vel quinque testes, vel non

omnes rogati, vel debite subscripserunt, vel non sigillatim, etc., valeat nihilominus dispositio ut codicillus, vi cujus proin hæres ab intestato succedens tenetur solvere omnia legata, ac fideicommissa particularia in hujusmodi nullo testamento reperta. Communis ac certa. Textus est in l. fin. § 1. c. *de Codicill.* et l. *Ex ea scriptura*. 29. ff. *Qui testam. facere*. Concordant, *Land-Recht*. Bavaricæ, tit. XXVII. a. 3.

720. *Ac restitui tota hæreditas (deducta Trebellianica) per modum fideicommissi hæredi instituto.* — Secundus effectus est, quod hæredes extranei ab intestato venientes teneantur hæredi in hujusmodi irrito testamento instituto per modum fideicommissi restituere totam hæreditatem, sola dempta Trebellianica, quam prose deducere possunt, si inventarium fecerunt. Gailus, lib. II, observ. 114; Tuschus, litt. c. concl. 404, et seq. item conclus. 292; Jason, in Authent. *Ex Causa*. 22. c. *de Lib.*, præter; Layman, lib. III. tr. V. cap. VIII. n. 4, et communis aliorum, arg. l. *Scævola*. 76. ff. *ad S. C. Trebellian.* l. *Si frater*. c. *de Fideicommiss.* juncta l. XXIX. ff. *Qui testam. facere*. Concordant, *Land-Recht* Bavaricæ, loc. cit. Ratio est, quia cum juxta dicta in codicillo indirecte saltem, per fideicommissum dari possit hæreditas, testamentum vero irritum clausula tamen codicillari provisum valeat saltem ut codicillus, consequens est, quod hæredes ab intestato saltem per modum fideicommissi hæreditatem restituere debeant hæredi instituto.

721. *Etiamsi ob præteritionem, vel exhæredationem hæredis necessarii, testamentum sit nullum.* — Eadem obligatio incumbit hæredibus necessariis, liberis v. g. in testamento parentum scienter, etsi injuste præteritis vel indebite exhæredatis, hoc solo cum discrimine, quod sicut hæredibus extraneis competit detractio Trebellianicæ, in hæredibus necessariis detractio legitimæ, et Trebellianicæ simul, juxta dicta supra n. 475. Ita doctores citati. Tuschus, litt. c. concl. 292. m. 1. §; Clarus, *Testamentum*, q. 46. et communis aliorum, ita ut Gailus, loc. cit. n. 3. dicat, in hac doctrina non esse dubium; quamvis Fachin., lib. IV. cap. XI. et alii velint, in casu præteritionis hæredem necessarium non teneri restituere hæreditatem v. clausulæ codicillaris. Ratio autem nostræ ac communis doctrinæ est, quod quia parens potuisset filium tali fideicommissio per co-

dicillum gravare, uti omnes concedunt, jam hoc ipso censeatur gravatus, si clausula codicillaris est appositae, arg. cit. *Jurib.* præsertim l. XXIX. ff. *Qui testam. facere*; Concordant, *Land-Recht*. Bavaricæ, cit. tit. XXXVII. a. 3.

722. *Vi dictæ clausulæ potest hæres agere, vel ex testamento, vel in vim codicilli.* — Tertius effectus est, quod hæres in testamento clausulam codicillarem habente institutus agere pro libitu possit vel ex testamento, vel in vim codicilli : id est, posset vel vi testamenti petere totam hæreditatem in testamento sibi designatam : vel timens testamentum non subsistere, agere in vim codicilli, vique illius petere, ut hæreditas per modum fideicommissi sibi restituatur. Ubi tamen notandum, quod si hæres institutus semel incœpit agere ex testamento, amplius variare, et hæreditatem in vim codicilli petere non possit; nisi esset ex agnatis usque ad quartum gradum, vel ex cognatis usque ad tertium gradum. Ita clare dicitur l. fin. § 1 et 2. c. *de Codicill.*

De aliis minus principalibus effectibus clausulæ codicillaris vide apud legistas, ac Tuschum, loc. cit.

723. *Clausula codicillaris nil operatur, nisi dispositio saltem illam solemnitatem habeat, quæ ad codicillum requiritur.* — Resp. III. Ad hoc, ut clausula codicillaris effectus præfatos operetur, necesse est, ut testamentum saltem illas solemnitates habeat, quæ ad codicillum requiruntur. Communis ac certa. Ratio patet, quia dispositio ultima in vim codicilli valere plane non potest, quæ solemnitatem, et juris requisita ad codicillum non habet. Infertur proin : si non fuere adhibiti quinque testes, vel interfuere de jure inhabiles ad testificandum; vel si testamentum tactum est ab incapace testandi, regulariter nec in vim codicilli valere testamentum.

724. Hic tamen in memoriam revocanda doctrina n. 77. et seqq. posita, ex qua colligitur, quod etsi codicillus separatim a testamento factus, vel testamentum habens clausulam codicillarem careat solemnitate ad codicillum requisita, nihilominus hæredes ab intestato teneantur restituere hæreditatem, casu quo ipsimet interfuere, et perceperunt, defuncti voluntatem : et quidem in foro interno semper juxta dicta n. 98. In foro externo vero, si libere, vel juramento (quod ablatum præstare tenentur) compulsi fate n-

tur defuncti voluntatem, ob rationes et jura allegata cit. n. 77. et seqq.

725. *Refertur clausula in Bavaria præcipue usitata. Quidquid in vacuo testamenti spatio, vel in separata charta adjecero, volo, ut valeat, ac si ab initio testamenti fuisset insertum.* — Præter præfatam duplicem clausulam codicillarem Jura Bavarica *Land-Recht*, tit. XXXVII. a. 2. adhuc aliquam adducunt doctores illius tenoris, quo testator dicit: «Volo insuper, ut quidquid huic meo testamento, vel in vacuis foliis aut spatio ipsius testamenti, vel in scheda separata scriptis adjecero, valeat eodem modo, ac si prius jam huic testamento insertum esset.» De hac clausula ita disponunt jura Bavarica, quod nempe vi illius omnino valeat, totumque suum effectum habeat id, quod vel in vacuo spatio testamenti, vel quod in separata scheda scribitur, ipsique testamento adjicitur; dummodo constet de manu propria testatoris, vel totum novum textum aut dispositionem scribentis, aut ab alio scriptam saltem subscribentis, diesque et annus appositus sit, vel ubi de manu propria testatoris dubitatur, si per duos testes, qui ipsum testatorem in vacuis testamenti spatiis scribere, vel subscribere viderunt, probari possit. Qui testes insuper se subscribere debent, casu, quo non in vacuis testamenti scriptis spatiis, sed in separata scheda ulterior voluntas testatoris scribitur: nisi forsitan per notarium publicum fieret instrumentum testificans, quod testator in præsentia duorum testium similem schedulam scripserit, vel subscripserit; tunc enim valet, etsi testes non audiantur, vel jam mortui sint.

726. Hanc clausulam non solum jure speciali Bavarico, sed etiam communi Cæsareo procedere, effectumque suum sortiri, loc. cit. n. 3. bene probat Schmidt, citans Besold. et alios arg. l. *Si ita scripsero*. 38. ff. *de Condit. et demonstr.* ac insuper n. 5 et 6. defendit, quod vi hujus clausulæ valeat voluntas in vacuis testamenti spatiis, vel in separata scheda, scripta non tantum quoad legata, et fideicommissa particularia, sed etiam quoad hæredis institutionem, et immutationem, eo quod virtute relationis, quam supra citata clausula habet, quidquid ex post facto scriptum, et testamento adjectum fuerit, quasi ab initio factum, et testamento insertum censeatur; sitque pars illius testamenti, ejusdemque virtute, et non sua propria valeat; prout etiam in consilio Aulico ita deci-

sum esse refert, arg. cit. l. XXXVIII. *de Condit. et demonstr.* ubi dicitur, quod si quis in testamento dicat, se id velle dispositum, quod in codicillis, vel epistola, consequenter in separata scheda scripserit, valeat ex ipso testamento, seu vigore et virtute testamenti.

727. Nec dicas, testamentum quoad institutionem hæredis immutari non posse nisi per novum testamentum juxta dicenda n. 754. Resp. enim, id verum esse, nisi testamentum immutetur per scripturam subsequentem, quæ ipsius testamenti prioris pars, et de substantia, ipsius esse censetur; prout juxta dicta contingit in casu nostro. Verum hæc doctrina quoad instituendum, vel immutandum hæredem per similem schedulam, difficultate et controversia non caret; ut proin ad evitandum omne periculum melius faciat testator, quod, si mutationem hæredis in testamento facere vult, de novo aliud testamentum condat, juxta dicenda n. 754. et seq.

728. Cæterum admodum utilis, et præcipue quoad faciendam, immutanda, addenda, minuenda legata, et fideicommissa particularia, proficua est præfata clausula: ubi enim illa apposita non est, sine numero quinque testium legata, aut fideicommissa de novo fieri, aut immutari non possunt: cum e contra, ubi illa adest, duo testes, vel sola manus propria testatoris certa in Bavaria, et probabilissime de jure communi etiam alibi sufficiant, juxta dicta n. 726.

729. *Refertur clausula inutilis.* — Huc usque enumeratis clausulis aliqui etiam sequentem in testamento apponere solent: «Reservo mihi potestatem, hanc meam ultimam voluntatem semper revocandi, immutandi, addendi, vel detrahendi.» Verum cum cuivis hæc potestas de jure jam competat, arg. l. XXII. *de Legat.* 2. et l. IV. *de Adim. legat.* ex quorumdam stylo et consuetudine superflue addi videtur, uti bene observat Klingensperger, lib. II. tit. XXV. q. 6. licet non noceat, si addatur.

## § XXII.

DE IRRITATIONE, DESTITUTIONE, RUPTIONE, REVOCATIONE, AC MUTATIONE TESTAMENTORUM, AC ALIARUM ULTIMARUM VOLUNTATUM.

730. *Testamentum antiquitus lapsu decennii infirmatur.* — Quia testamentum, ac aliæ

limæ voluntates etiam rite confectæ multis nodis infirmari possunt, merito de his modis, postquam testamentorum naturam examinavimus, in præsentia nunc agimus. Ubi ante omnia notandum venit, quod licet antiquitus testamentum lapsu decennii, ipso jure uerit infirmum, tamen hodie jus antiquum in hoc passu sit correctum, adeo ut nullo tiam longissimo tempore testamentum aliquod infirmum aut nullum reddatur, textu claro l. *Sancimus*. 27. prin. et fin. C. h. t. bi: «Testamenta mortuorum per decennii ransursionem evanescere nullo modo patimur: prioribus constitutionibus, quæ super ejusmodi testamentis evacuandis latæ fuerant, penitus antiquandis.» Rationem reddit illis verbis. «Quod enim non mutatur quare stare perhibetur.» Unde pro regula generali ponitur prin. Instit. *Quibus modis testamentum infirma.* «Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur, irritumque fiat.»

731. *Irritari testamentum quid sit?* — Queritur I. Quid sit irritari testamentum? et quomodo irritetur? Resp. I. Irritari dicitur testamentum, quando non ex parte ipsius testamenti, sed testatoris accidens, defectus, vel vitium aliquod emergit, vi cujus testamentum prius validum infirmatur, et redditur nullum § 4. 5. et 6. Instit. eod. ubi etiam habetur, quod licet testamentum ex alio capite nulla, dicantur irrita: tamen «quia sane commodius erat, singulas singulis appellationibus distingui, ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi, et quædam irrita fieri.»

732. *Capitis diminutione maxima, media, et minima irritatur.* — Resp. II. Testamentum præcipue irritatur, quando testator patitur status mutationem, seu ut jura loquantur, «capitis diminutionem,» nam «capitis diminutio est status mutatio,» prin. Instit. *de Capitis diminut.* ubi ulterius dicitur, quod capitis diminutio sit triplex, *Maxima* nempe quæ fit, cum quis libertatem amittit, et servus efficitur *Minor*, seu *media*, quæ contingit, cum quis civitatem amittit. *Minima* fit cum quis prius sui juris alterius jura subicitur, ut fit, si testator alteri arrogandum se tradit, prout amplius explicatur § 1. 2. et 3. Instit. eod. et l. I. ff. eod. Quavis autem ex dictis tribus capitis diminutionibus, si nempe testator, aut servus evadit; aut civitatem amittit; aut ab altero arrogatur, irritatur testamentum ipso jure, arg. § 4. Instit. *Qui modis Testam. infirm.* ibi: «Testamenta jure facta

infirmantur, cum is, qui fecit testamentum capite diminutus sit: quod quibus modis accidat, libro primo retulimus.» Concordant. l. *Si quis*. 6. § 5. et seqq. ff. *de Injusto rupto.* et l. *Conficiuntur*. 8. § 3. ff. *de Jure codicill.* Utrum autem testamentum ob capitis diminutionem irritum factum, maneat irritum etsi ante mortem testator recuperet pristinum statum, litigant legistæ. Negat cum aliis quibus Harprecht, ad § 4. Instit. *Quibus modis testam. infirm.* Affirmat cum quibusdam Raath, quorum sententia juri conformior videtur, arg. § 6. Instit. *Quibus modis Testam. infirm.* et l. X § 2. ff. *de Bonorum possess. secundum Tabul.*

733. *Destitui testamentum dicitur, quando nullus ex eo existit hæres.* — Queritur II. Quid sit destitui? et quomodo destituatur testamentum? Resp. Destitui testamentum dicitur, quando nullus ex eo hæres existit, arg. l. *In quantitate*. prin. 73. ff. *Ad Leg. Falcid.* ibi: «Ne destituito testamento,» et § 2. Instit. *Quibus modis Testam. infirm.* Quod dupliciter contingere potest, videlicet, quia institutus hæres vel non vult esse hæres, sed hæreditatem repudiat, vel ab ea abstinet, vel quia non potest, cit. § 2. Instit. eod. ibi: «Ideoque si quis aut noluerit esse hæres, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Rationem subjungit: Cum nemo ex eo hæres existerit.»

734. *Si hæres non repudians hæreditatem, intra annum ad deliberandum concessum, decedat, transfertur jus adeundi hæreditatem ad hæredes.* — Notandum tamen, quod si hæres institutus hæreditatem non repudians, intra annum pro deliberando concessum decedat, jus adeundi hæreditatem ad suos hæredes transferatur, prout habet communior doctorum. Textu ad propositum valde claro, l. cum. 19. c. *de Jure deliber.* ibi: «Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur etc. prædictum arbitrium in successione suam transmittat, ita tamen ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa.»

735. *Rumpi hæreditatem quid sit? Rumpitur nativitate legitimi hæredis.* — Queritur III. Quid sit rumpi? et quomodo rumpatur